

Leg 6 ~~cuadernos 1.~~

~~to 50.~~

467

Substitucion pupilar

¿ Es preferente a la sucesion  
del pupilo por la madre ?

1. Litteratur

2. Wissenschaften

3. Geschichte  
90

# DISCURSO

SOBRE

SI ATENDIDO EL ESTADO DE LA LEGISLACION PATRIA

DEBE SER PREFERIDO EL SUSTITUTO PUPILAR

À LA MADRE EN LA SUCESION DEL HIJO SUSTITUIDO,

**PRONUNCIADO**

EN EL ACTO DE RECIBIR LA INVESTIDURA DEL

**GRADO DE DOCTOR EN JURISPRUDENCIA**

POR

**D. DOMINGO SANCHEZ OCAÑA,**

ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA NACION, SECRETARIO HONORARIO DE S. M.,  
Y OFICIAL DE LA CLASE DE SEGUNDOS DE LA  
DIRECCION GENERAL DE CONTABILIDAD DE LA HACIENDA PÚBLICA.



MADRID:

IMPRENTA Á CARGO DE D. ANTONIO PEREZ DUBRULL,  
calle de Valverde, núm. 6, bajo.

—  
1853.

UVA. BHSC. LEG.06-1 n°0467

HTCA

U/Bc LEG 6-1 n°467



1>0 0 0 0 2 8 4 0 9 5

DISCURSO

AL ABRINDAR EL ESTADO DE LA LEGISLACION PATRIA

EN EL SENADO DE LA REPUBLICA

EL DIA 15 DE ABRIL DE 1906

— PUNTO DE ORDEN —

EN EL SENADO DE LA REPUBLICA

GRADO DE DOCTOR EN JURISPRUDENCIA

D. DOMINGO GARCIA OCAÑA

EXCMO. É LLMO. SR.

La materia de sucesiones ha dado lugar entre los juriconsultos á opiniones encontradas, en las cuales, menos que á la razon, se ha consultado á veces el rigor de un derecho que el tiempo y las circunstancias han modificado. Por el empeño de seguir las huellas de la legislacion romana, se ha defendido, aun en nuestros dias, una doctrina que era en aquella una consecuencia de la organizacion de la familia, que es inadmisibles, atendidos los principios que determinan la sucesion en la nuestra. En las obras de juiciosos comentaristas vemos consignado que el sustituto pupilar escluye á la madre; pero ¿quién, Excmo. Sr., preferirá un extraño á la misma madre, en la sucesion del hijo sustituido? ¿Pues qué, la muerte que estingue todo poder, respeta en el sepulcro del padre, para que escluya á su mujer de la herencia del hijo, cuando este mismo no pudiera hacerlo? La legislacion que autorizara estas consecuencias seria absurda en sus principios, mas de un hijo la rechazaria como contraria á sus sentimientos, y todas las madres la tacharian de cruel. La España entera reprueba esas ideas; y sus leyes, signos ostensibles de la marcha de su civilizacion, no pueden autorizarlas. Una interpretacion conforme á ellas seria tanto como mostrar al mundo que nuestros códigos no corresponden á las necesidades del pais; que nuestro derecho sanciona lo que rechaza el corazon y la inteligencia. Disculpemos

en D. Alonso X la admision de esos pensamientos, y salvemos el honor de la ciencia en nuestra patria con una juiciosa interpretacion del Derecho que consignaron las legislaciones posteriores.

La España, ó mejor dicho, el mundo entero, ha participado del carácter especial de un pueblo que le dominara, de un pueblo que nos muestra al padre como único representante de su familia, como único que podia gozar de los derechos de la ciudad, y como único, en fin, que en un tiempo gobernaba por su albedrío cuanto entraba bajo su poder omnimodo. ¿Qué derechos, pues, habia de tener la madre en esta familia? La relacion entre una cosa y su dueño es la del varon, y la mujer, hermana de sus propios hijos, no tiene mas consideracion que ellos, y hasta de su vida dispone libremente el marido. Los Pretores en Roma modifican el rigorismo antiguo de este derecho, supliendo con sus edictos el vacío de la legislacion, pero respetándola siempre; los Emperadores con sus constituciones se concretan á determinados puntos, que modifican; el Evangelio hace á la esclava compañera de su marido, pero nada basta á destruir completamente el principio de autoridad esclusiva del padre, dominante en la familia. La ciudad inmortal refleja sus ideas en las águilas imperiales de sus legiones vencedoras. Roma civiliza al mundo, y España cambia su desolado amor por la libertad en dura esclavitud, y su cariño á las armas en respeto á las artes y ciencias romanas; España esclava, olvida la muerte de sus mas valientes hijos, troca sus hábitos y costumbres por las de sus señores, y se convierte en provincia del imperio: tal es el influjo de la ciencia. Las leyes romanas son, pues, el primer retrato de la civilizacion de los españoles, reflejo entonces de sus hábitos, de sus creencias, de sus necesidades.

En el fondo de la Tartaria suena el grito de guerra contra la Europa, y, correspondido por pueblos enteros, conmueve el magnífico pero ruinoso edificio del imperio. Habia concluido la vida del gran pueblo, y civilizaciones nacies debian ocupar el vacío que dejara. Los germanos en España no pueden amoldar sus costumbres á las leyes romanas; los hábitos de los godos los alejan de los españoles, que á su vez tampoco pueden violentar sus ideas hasta hermanarlas con las del pueblo vencedor, y el sistema de castas es el resultado de este orden de cosas. En un mismo país, vencedores y vencidos conservan sus leyes ó tradiciones; pero el tiempo viene á demostrar la imposibilidad de sostener esa situacion, y acerca el momento en que los reyes godos dictan leyes iguales para todos

sus súbditos, despues de mezclar las civilizaciones de ambos pueblos. Hé aquí, Excmo. Sr., el principio de la legislacion española propiamente dicha; hé aquí las leyes romanas y las costumbres góticas, formando una civilizacion completa, pero modificándose nuevamente.

Sobre esta base se levanta un nuevo orden de ideas, la ocupacion de los árabes, que despierta el desenfado guerrero, característico de los primitivos españoles, y una lucha de siglos produce necesidades, creencias, costumbres y hábitos que se habian de retratar necesariamente en la legislacion; los fueros municipales vienen á alterar las ideas legislativas godo-romanas, y este nuevo elemento á su vez se debió combinar con los adelantos propios del renacimiento de las letras; pero Alonso X, sin embargo, llevado de ellas, quiere adoptarlas esclusivamente, y en sus Partidas prescinde de la civilizacion española, é importa una extranjera. La oposicion que encontró siempre este Código para su publicacion es la mas robusta prueba del error que padeció el Rey Sabio; y la prelación que en el Ordenamiento de Alcalá y leyes posteriores se dió á las disposiciones verdaderamente patrias, y que señalaban, aunque de un modo incompleto, las costumbres y creencias españolas, designa claramente que los legisladores posteriores á D. Alonso conocieron que era ineficaz el Derecho Romano para la España de los siglos XIII y siguientes.

Hé aquí, Excmo. Sr., cómo se esplica que pueda dudarse de la preferencia que la madre debe tener en la sucesion de sus hijos, y hé aquí por qué procuraré demostrar, contra los partidarios exclusivos de la legislacion romana, *que el sustituto pupilar no debe postergar á la madre en la sucesion del hijo sustituido, segun el estado actual de la legislacion*, porque si la proposicion contraria puede ser consecuencia de los principios romanos, no lo es ciertamente de los demas elementos que constituyen la legislacion patria, y que deben ser consultados con preferencia.

### **Ideas romanas acerca de la sustitucion pupilar.**

Me alejaria de mi propósito y escenderia los limites marcados por la proposicion á que deben concretarse estos apuntes, si esplicase minuciosa y detalladamente la sustitucion pupilar; necesito, sin embargo, notar las ideas mas culminantes de esta institucion en la legislacion romana, para deducir de ellas, como propio, el pensamiento de que la madre debe ser postergada al sustituto pupilar. Las leyes romanas exaltan

el cimiento de autoridad y respeto entre padres é hijos mas allá de los límites en que la naturaleza lo encerrara. Su familia es el bosquejo de un pueblo guerrero, y el padre manda en ella, como el romano vencedor gobierna á la humanidad esclava á sus pies. Si fuera posible que la personalidad del padre no concluyera con la muerte, aun despues de ella dirigiria su familia.

Tal era la exaltacion de ciertas ideas, y sus mas lógicas consecuencias, entre otras, las de la sustitucion pupilar. Ocupémonos de ella.

Un segundo testamento que el padre hace en el suyo propio ó separado de él, pero guardando los requisitos del Derecho, y en el cual suple la falta de capacidad de su hijo impúbere nombrándole un heredero para el caso en que muriese antes de adquirir la facultad de testar, es lo que propiamente significaba en Roma esta institucion, que, como sostienen algunos maestros, debiera mas bien llamarse nombramiento de heredero, puesto que es uno solo el señalado por el hijo. Así delineada la sustitucion pupilar, supone necesariamente por fundamentos, de un lado, la gran autoridad del padre de familias, y de otro, el deseo de evitar las sucesiones intestadas; de consiguiente, las consecuencias de ella serán tanto mas estensas, cuanto mas fuertes sean los vínculos de la potestad paterna y mientras mas arraigada se encuentre en el pueblo romano la creencia de que era honorífico el morir con testamento, ora atendiendo á razones propias de aquella legislacion, ora al deseo de demostrar al mundo la cualidad de ciudadano romano, en el ejercicio de uno de los derechos que componian esa categoría. En efecto, Excmo. Sr.; dos monumentos se presentan en la legislacion romana que nos muestran, el uno, el principio de la sustitucion pupilar en la estension de la autoridad del padre, y el otro, su desarrollo segun las costumbres romanas.

Los Decemvros establecen por ley lo que el padre disponga *super pecunie tutelave suæ rei*; Justiniano en su *Instituta* nos dice: *Moribus institutum est*; las costumbres establecen que los padres suplan la capacidad de sus hijos impúberos, haciendo por ellos el testamento que no pueden ejecutar. Evidente es, pues, que el precepto de la ley decemviral, comprendiendo al hijo, se desarrolla por las costumbres; y ellas, sobre esta base, dan formas á la institucion de que me ocupo, con otras peculiares del pueblo romano.

Este principio, que dista mucho de la civilizacion actual, y que, con-

signado en la ley romana, era la expresion de las creencias de aquel pueblo, es consecuencia natural de la organizacion de su familia. Y si no, Excmo. Sr., ¿qué es el hijo en los primeros tiempos de Roma? Considerémosle separado de los negocios públicos y en el seno de la familia, y veremos un esclavo de su padre, un hermano de su madre; le veremos allí constituir parte de la riqueza de aquel; este vende al hijo, se aprovecha por derecho propio de todo lo que adquiere, lo deshereda ó lo omite en su testamento, lo da *in noxa*, lo reivindica por la accion de hurto, cuando le ha sido robado, y hasta su vida está solo garantida por el albedrío del padre; esforcémonos en vislumbrar en la organizacion de la familia el amor y cariño del padre para con sus hijos, la deferencia y consideracion para su mujer, y solo se nos presentará el rigorismo de la ley civil, oprimiendo los sentimientos naturales y confundiendo en un solo individuo la personalidad de toda la familia, solo por ser su representante, solo por ser el único en ella á quien se le concede el derecho quiritarío. La emancipacion tambien, un acto puramente civil, rompe los lazos de la agnacion, y privando al hijo de la participacion de los derechos de su familia natural, le hace extraño á su mismo padre, quedándole únicamente ligado por los vínculos de un patronato degradante, puesto que recordaba su condicion de esclavo.

Así bosquejada la posicion del hijo en Roma, no es de extrañar, antes bien es lógico el principio de que el padre testando tuviese absoluto poder para disponer libremente de aquel como cosa de su propiedad, aunque limitando su accion á cierto tiempo; puesto que por su muerte quedaba el hijo *sui juris*, y á su vez habia de tener los grandes derechos de la ciudad; así es, que si hasta los catorce años no goza del derecho de testar, el padre le nombra heredero á prevencion de si muere antes de llegar á aquella edad, y si hasta los veinte y cinco no puede administrar sus bienes por sí mismo, con absoluta independenciam de los demas, el padre tambien le nombra un tutor, que habrá de ejercer su encargo por la sola autoridad del que lo nombró. La sustitucion pupilar, pues, es la consecuencia necesaria de los principios de la legislacion romana, y su germen, arrojado por la ley decemviral en medio de la familia, hace al lado de las costumbres, al señor del mundo, señor tambien de sus hijos. Empero el amor conyugal, Excmo. Sr., identifica los seres, y de dos voluntades distintas forma una sola, y de dos diferentes inteligencias crea tambien una sola; los derechos, de consi-

guiente, que el marido tiene en la familia, son los mismos que la naturaleza da á la madre sobre sus hijos; y si la ley civil, por conservar en la unidad la fuerza de la sociedad doméstica, erige al padre en jefe de ella, no puede, sin contrariar esa misma ley natural, destituir absolutamente á la madre de todos sus poderes durante el matrimonio, y continuar negándose los concluido este. El hijo es verdad que, como hemos visto, no puede coartar en nada la voluntad del padre expresada en su testamento; pero la mujer debe tener facultades en Roma para ello, porque si el padre era dueño de sus hijos, la mujer debía ser su dueña y señora. ¿Pero el romano, Excmo. Sr., habria de sufrir á su lado persona alguna que mandara? Necesitaba vencer al mundo, y era preciso vencer antes los nobles afectos del corazón, sujetando la mujer á su albedrío.

El acto del matrimonio, aunque fuese con arreglo al derecho quirritario, aun cuando mereciese el nombre de justas nupcias, no producía por sí solo el poder marital, *la manus*: era preciso que por un medio ostensible, formulado con arreglo á la ley civil, se rompiesen los vínculos creados por ella en la familia natural de la mujer, para que fuesen sustituidos por otros nuevos en la del marido. Era preciso que la mujer fuese poseída por su marido durante el término de un año, para que, á manera de una cosa mueble, adquiriese este su dominio, con arreglo á la usucapion de los Decemviro. Era preciso que si en el momento mismo de celebrarse el matrimonio quisiera el marido adquirir potestad sobre la mujer, se valiese, ó de la confarreacion, ceremonia religiosa que predisponia á los hijos de los que la ejecutaban para ejercer ciertas funciones sacerdotales, ó de la coempcion, ó sea una verdadera venta de la mujer, hecha por el padre al marido, con los mismos ritos con que podia enajenarse una cosa *mancipi*, ó capaz de la propiedad quirritaria. La sola enunciacion de estas fórmulas, que precedian á la adquisicion de *la manus*, es bastante á descubrir el estado de la mujer en la familia; se nos presenta adquirida por el marido como una *cosa mancipi*, y en ello tenemos la demostracion de que la consideracion de hija, tal y como la hemos examinado, era la que podia convenirle; y, en efecto, Excmo. Sr. Gayo nos dice que la potestad del marido puede concluirse durante el matrimonio: ¿y de qué modo sucederia esto si no por la emancipacion, á la manera que los hijos se libraban del poder de su padre, guardando así relacion la conclusion con el principio del poder

marital, y uno y otro con la consideracion de cosa que en la venta tenia la mujer? Mas todavia: la tutela perpetua de las mujeres, de que hablaban Ulpiano y Tito Livio, y que Gayo confirma en estos términos, *veteres autem voluerunt feminas, etiam si perfecte atatis sint, propter animi lenitate in tutela esse*, es una institucion que demuestra que la mujer en Roma no tenia personalidad civil completa, y si *sui juris* necesitaba una persona que la representase, y si en su familia natural era para el padre una cosa, el esposo por el matrimonio habria de reducirla á su dominio, porque la usucapion por el uso, ó la venta por la cesion de los derechos del padre, habrian de dar al poder del marido toda esa estension; así es que por su muerte, á semejanza de lo que hacia con los hijos, le nombraba tutor testamentario, y hasta el mismo abuelo, á manera de nieta, ejercia sobre ella igual derecho, siempre que á su falta hubiese de quedar *sui juris*.

Segun estos principios de la legislacion romana, es indisputable la preferencia que el sustituto pupilar tiene á la madre en la sucesion del hijo sustituido; porque si este no era nada para su padre, si la mujer, cuando mas, habia de adquirir esa consideracion, no podia tampoco tener derechos sagrados para su marido, y si en el testamento estaba expresa la voluntad del jefe de la familia, debia respetarse, como la ley decemviral la respetaba, estableciendo por derecho lo que el padre dispusiera. Sin embargo, ya por las leyes de Justiniano era cuestion dificil de resolver lo que en un principio habia sido sin duda consecuencia precisa de las leyes familiares (debiendo naturalmente suceder así, supuesto que la estension que habia de tener el derecho de sustitucion pupilar dije al principio que dependeria de la fuerza de la autoridad del padre y de la consideracion que la madre tuviese en la familia).

La marcha progresiva de la humanidad es el desarrollo continuado del individuo; los mismos periodos recorre aquella en siglos que este en años, y lo mismo crece y ha de concluirse el mundo, que adelanta y se estingue el hombre. Las ciudades, los reinos, los imperios, esos elementos de la civilizacion universal, esos mundos pequeños (séame permitida la frase), siguen la misma suerte, nacen, se desarrollan y se destruyen. El pueblo, jigante por su poder, pareciendo á los grandes hombres, eleva con sus ruinas la idea de la destruccion á igual altura que la de su grandeza, y la de su desarrollo intelectual al nivel de sus conquistas materiales, pero no lo consigue en breve tiempo; trascurren siglos,

atraviesa distintos períodos, cruza civilizaciones diferentes y conquista por fin el preferente lugar que ocupa en la historia de las generaciones. Nace Roma para la guerra, vive en la guerra, y en la unidad únicamente puede buscar la fuerza; sacrifica al individuo en aras de la patria y á la familia en aras del padre, y el padre, la familia y la ciudad forman una sola individualidad. Esa misma guerra, que da carácter á la primera legislacion de Roma y pone á la ciudad en contacto con pueblos mas civilizados, es una causa de la alteracion de las costumbres; y la legislacion se acomoda á las nuevas necesidades que forma. Empiezan á modificarse las antiguas ideas; los adelantos de la ciencia manifiestan que la base de la familia es la misma naturaleza; que los derechos en ella no deben ser creados por la ley civil, sino que el ministerio de esta se limita á reglamentarlos; que la patria potestad, mas bien que tal derecho sobre los hijos, es obligacion para con ellos; que la mujer, por último, no es el mero instrumento de generacion que nos describen casi todas las civilizaciones antiguas y algunas modernas, sino que, lejos de eso, es la compañera inseparable del hombre, el ser inteligente y libre, capaz de derechos y obligaciones como él, la imágen, en fin, de la Divinidad que creara á ambos.

La influencia de estas ideas en las leyes de Roma la demuestran innumerables disposiciones del Derecho nuevo y novísimo; y, en efecto, la familia toda se une y enlaza entre sí por los vinculos de la sangre: así es que el Pretor relaja el parentesco civil, llamando á la sucesion por su edicto *unde cognati* á los parientes que lo eran, y que por el rigorismo del Derecho estaban escludidos de ella, y Justiniano rompe de una vez este lazo, quitando toda diferencia entre agnados y cognados. Pero no quiero distraerme de mi principal objeto; siguiendo la marcha de la civilizacion en la generalidad de los derechos familiares, quiero únicamente concretarme á los que dicen relacion entre el padre y los dos miembros de que conduce á mi propósito tratar, á saber, del hijo y de la mujer.

El pretor templea el rigorismo del Derecho antiguo representando las ideas de adelanto, y llama al hijo emancipado á la participacion de los derechos de agnacion. Las costumbres por su parte, impulsadas por la civilizacion, como los miembros de un cuerpo por el germen interior de vida que lo desarrolla, se modifican sin necesidad de disposiciones legales, y ya en tiempo de la República hace mencion Ciceron, en su *Tratado del Orador*, de la necesidad, contra el Derecho antiguo, de que fuesen los



que ya estaba en desuso: prueba clara de que se había estinguido este derecho, contrariado por el uso mas bien que por los rescriptos imperiales, y quizás tal vez porque, introducidos los peculios, ellos respondian mas fácilmente de los daños causados por los hijos de familia que su trabajo personal.

Consecuencia es de lo hasta aquí manifestado que, según los principios dominantes de la legislación romana, el padre, en la sustitución pupilar, nombrase heredero para su hijo impúbere por derecho propio, en virtud de los suyos absolutos, y no en representación de aquel, supuesto que este no tenía para él personalidad alguna sino en los puntos en que, como excepción de una regla común, hecha en obsequio de la civilización, se la concedieron, ó las costumbres, ó los rescriptos imperiales; así es que en el momento en que el hijo adquiría por completo esa personalidad por medio de la emancipación, cesaba en el padre natural el derecho de sustitución pupilar.

Ahora bien: la preferencia que el sustituto pupilar tiene á la madre importa una desheredación de la misma madre hecha por el padre en los bienes de su hijo; y atendiendo á que el padre dispone de estos bienes como suyos propios, y atendiendo también al carácter de la mujer en la antigua familia romana, parece que el padre puede desheredar libremente á su mujer, que para él es una hija, cuando, como dije antes, en tiempo de la República no puede con igual libertad desheredar á los demás hijos; de consiguiente esa preferencia debió desaparecer con la admisión de las nuevas ideas. No fue así, y mas digo, que no debió serlo, porque la misma civilización varió el carácter de la mujer, y ya no es hija de familia, cuya consideración debía darle derechos muy respetables para con su marido; es sí una compañera que tiene derechos sobre sus hijos, y los tiene también para con su mismo marido, aunque de diferente orden y categoría. En efecto: los medios empleados para dulcificar la triste condición de los hijos en la primitiva familia romana no son los que se usan para con la mujer: el Pretor adopta para ella un remedio extraordinario, y la llama á la sucesión de su marido por el edicto *unde vir et uxor*; luego es claro que no le competen las acciones civiles como hija de su esposo. Mas todavía: hemos dicho que al concluir la legislación romana con la familia civil, rompe la antigua agnación; de consiguiente, guardando la mujer el lugar de hija, podría suceder á los suyos, que, según la ley, eran hermanos; pero no vemos esto; notamos, al con-

trario, que hay necesidad del Senado-Consulta Tertuliano para que la madre que reuniese cierto número de hijos, según su estado civil, les sucediese, muertos ab-intestato, bien que anteponiéndosele los descendientes, el padre y los hermanos germanos y consanguíneos del difunto, entrando, no obstante, en la herencia en concurrencia con las hermanas consanguíneas del finado. De la misma suerte es preciso el Senado-Consulta Orficiano para que los hijos sucedan á sus madres, muertas intestadas; y, por último, hay necesidad de que Justiniano, modificando el Senado-Consulta antes citado, admita á la madre á la sucesión de sus hijos, cualquiera que sea el número de estos, y aun cuando concorra con los hermanos consanguíneos del difunto, señalándole entonces una porción viril, la que se estendería á la mitad de la herencia, cuando entra en ella á la vez que sus hijos.

Lo dicho me basta para probar que la facultad del padre, testando por su hijo, no podía ser limitada por la madre, puesto que sus derechos para con los bienes del marido eran tan deleznable, que solo se preferían á los del fisco tratándose de sucesión intestada, y solo á manera de excepción concurría con los descendientes, ascendientes y demás parientes de su marido, y aun este con los de su mujer, á tomar, ora en propiedad, ora en usufructo, una porción civil de la herencia, ó una cuarta parte de la misma, según el número de herederos, en el caso de ser pobre el cónyuge que sobrevive y rico el difunto: disposición que parece consignada en los Códigos de Justiniano como un paso atrevido dado por la ley en la senda de la civilización.

Reasumiendo, pues, tenemos que en los últimos tiempos de la legislación romana no podía prescindirse absolutamente del primitivo Derecho, aunque sus disposiciones se encuentran en parte sustituidas por otras que recomendó el desarrollo de aquel pueblo en la senda de su progreso, y que importaron en la familia dos nuevos gérmenes de vida, á saber, la condición que la religión cristiana da á la mujer, y la preferencia de los lazos naturales á los civiles. No obstante, estos nuevos elementos no pudieron permanecer puros; fue preciso que se mezclasen con los antiguos, y que, modificándose mutuamente, se amoldaran á las exigencias de la época á que servían de guía, pero que se dilató poco, para desenvolverlos completamente, dejando en las ruinas del Imperio el germen de las ideas que actualmente crecen entre nosotros, como plantas, que si distintas veces han sido cortadas por la mano inteligente del

Creator, es para llenarse de nuevo y mas precioso verdor; así es que hemos visto no destruirse el poder absoluto del padre de familia fundado en la ley civil, sino dulcificarse solo por los edictos y constituciones pretorianas é imperiales; no vemos una ley que quite á la madre terminantemente la consideracion de hija, pero sí disposiciones que la suponen abolida; no se encuentra, en fin, mandato alguno que fije la consideracion de la mujer, pero notamos en el conjunto de las últimas disposiciones romanas una idea como dominante en el Derecho, y de la que habrán de aprovecharse los pueblos venideros en obsequio de la universal civilizacion; y esa mujer, de esclava de su marido, se eleva á su compañera, y el matrimonio de acto de adquisicion de una cosa se convierte en vínculo sagrado, que engendra la sociedad conyugal como un ser compuesto de dos personas iguales, supuesto que han podido asimilarse y formar una sola, sin que tenga la menor duda en fijar este pensamiento cuando veo á Justiniano, conservando lo que antes se habia introducido, equiparar las condiciones del padre y la madre, estableciendo cierta relacion en algunos de sus derechos, y señalando indistintamente como legítima de uno y otro una porcion igual de los bienes de sus hijos.

¿Será de estrañar que por la legislacion de Justiniano se disputara ya sobre la preferencia de la madre al sustituto pupilar en la sucesion del hijo sustituido? Ciertamente que no, porque muy natural es la duda cuando se presenta por una parte la antigua legislacion, con sus rigurosos principios, dando absoluto valor á la voluntad del padre y no considerando en nada á los hijos ni á la madre, y por otra al Derecho nuevo y novísimo restringiendo la patria potestad, dando á la madre la consideracion de tal para con sus hijos, obligando á estos á reconocer ciertos derechos en ella sobre sus bienes, haciendo ver, en fin, al marido en su mujer cierta personalidad muy distinta de la de hija que antes tuviera en la familia.

Hablando en principios del Derecho romano, creo habia de resolverse la cuestion en favor del sustituto pupilar, porque hemos visto ser consecuencia inmediata de la patria potestad la facultad de sustituir á los hijos impúberos, y obrando el padre por sí mismo, y no á nombre de aquel, no tiene limitada su facultad por la madre, como este la tuviera por el establecimiento de las legítimas, toda vez que el Derecho nuevo y novísimo restringió en parte el absoluto poder del padre respecto á los hijos; pero quitando esa antigua consideracion á la madre, no le dió po-

der para coartar la accion de aquel, supuesto que sus derechos son, en todo caso, inferiores á los de su marido.

Estas ideas sin duda motivaron el que D. Alonso X escribiese en la Partida 6.<sup>a</sup> la ley 12, tit. v, en que terminantemente resuelve la cuestion en favor del sustituto, y cuyas ideas eran probablemente las corrientes en sus tiempos, cuando Bonifacio VIII dice: *Licet filius testamento suo matrem portione jure naturæ debita privare non possit; pater tamen in testamento quod filio impuberi facit potest.*

### **Ideas españolas acerca de la sustitucion pupilar.**

Grande es la dificultad que se ofrece para decidirse en contra al tes- to espreso de una ley española en la cuestion que me ocupa; pero cuando veo que la variacion de las antiguas leyes romanas sobre que se elevó el grandioso edificio de su civilizacion justificó la duda en las leyes de sus últimos tiempos, y cuando considero que las ideas que la motiva- ron, como dije antes, han sido las magníficas ruinas del imperio sobre que se han levantado las naciones modernas, no dudo encontrar en nues- tra legislacion disposiciones preferentes, que, apoyadas en distintos prin- cipios que la de Partida, den una consecuencia contraria á esta, pero conforme con los sentimientos propios de la época que alcanzamos.

Examinadas, aunque muy ligeramente, las leyes romanas que deter- minan su espíritu, al establecer y conservar la sustitucion pupilar, me he hecho cargo del primer elemento, que, como dije al principio, consti- tuita la actual legislacion española, elemento que se combinó con las costumbres góticas, formando un pensamiento que á su vez sufrió mo- dificaciones por el contacto con los árabes y las necesidades especiales del pais en aquella época, junto con el renacimiento de las letras.

Quizás me atreva á asegurar que la sustitucion pupilar no es propia de la legislacion española, atendida la organizacion de la familia y los principios dominantes de nuestra civilizacion; porque si su fundamento era en Roma la patria potestad; si en virtud de ella el padre disponia de los bienes de sus hijos por derecho propio y no en su representacion; si tenia á mas autoridad suficiente en ese mismo poder para destruir los derechos que la madre pudiera alegar á esos mismos bienes, faltando en España un poder tan estenso, no podrá admitirse su consecuencia legí- tima, que es la sustitucion pupilar.

Si el padre testaba por el hijo y testaba por derecho propio en Roma, es porque era su dueño, absoluto primero, y restringido en sus facultades luego por el Pretor y los Emperadores; es porque en virtud de esta consideracion disponia libremente de todo lo que le pertenecia, sin que el hijo pudiese en nada coartar su accion, interin permaneciese en la edad de la impubertad. En España no sucede así; seria inútil, por ser cosa de mas sabida, demostrar que el hijo no es propiedad de su padre; existe entre ellos relacion de inferior á superior, pero relacion que comprende derechos y deberes reciprocos, y que por lo mismo diferencia bien ambas personalidades. El Fuero-Juzgo prohíbe absolutamente á los padres vender, donar ó empeñar á sus hijos; las Partidas permiten venderlos en caso de necesidad estrema, y aun comérseles antes de entregar la fortaleza que se defienda. ¿Y por qué, Sr. Excmo., esta diferencia? Porque el Código visigodo no está basado en la idea de que el hijo es propiedad de su padre, y si las Partidas, vaciadas en el molde de la legislacion romana. ¿Cómo, pues, el padre puede disponer libremente de lo que al hijo pertenece, cuando esto se opondrá á los principios del Fuero-Juzgo, como deduccion precisa que es de las ideas dominantes en las Partidas, y cuando aquel Código es preferente á este por la ley? Si en el testamento dispone el propietario de sus bienes segun su voluntad, el hijo sustituido por su padre ha hecho testamento de lo que era legítimo dueño, de lo que solo á él pertenecia, y, sin embargo, no es aquella su intencion. ¿Qué ley entre nosotros ha dado al padre la propiedad sobre la voluntad de su hijo? ¿Entre nosotros, cuando los fueros de Aragon dicen *non habemus patriam potestatem*, para indicar que el poder del padre es solo una autoridad directiva de las acciones del hijo!

La sustitucion pupilar, sin embargo, se conserva; las leyes de Partida la consignan; su fundamento es la patria potestad; y aquí encuentro una prueba mas de que la sustitucion pupilar así considerada es planta exótica en nuestro pais, porque si la autoridad del padre no pasa los limites que le marca el sepulcro en la facultad de dar tutor á su hijo, puesto que el que nombra por su testamento necesita de la autoridad del juez, que le comunica el poder de custodiar al pupilo que no ha podido en España trasmitirle el padre, ¿cómo sin contradiccion se admitirá la estension de la patria potestad hasta disponer de la herencia de su mismo hijo? Por la práctica, la voluntad del padre es impotente para trasmitir por sí sola despues de su muerte la custodia y guarda de sus hijos, que es un dere-

cho que le pertenece; de consiguiente, no puede ser eficaz para disponer de la herencia que no es suya, sino propiedad del hijo. Mas aun: en España no hay las creencias acerca de la testamentifaccion que engendraba el orgullo romano por ostentar la cualidad de ciudadano; no existe por lo mismo el otro fundamento que dije al principio haber producido por consecuencia la sustitucion pupilar; luego si ni esta base, ni la del dominio quirritario en los padres sobre los hijos, sostienen en España esta sustitucion como en Roma, es claro que justa y legalmente podremos decir que las leyes sobre sustitucion pupilar están derogadas por el espíritu de las disposiciones verdaderamente patrias, y que, segun el Ordenamiento de Alcalá, deben consultarse como preferentes.

Aquí debiera terminar este trabajo, si no temiese la tacha de exagerado en mis doctrinas, que pueda recaer en perjuicio de la opinion que sostengo, mayormente cuando no es precisa esa misma exageracion para demostrar, á mi ver victoriosamente, el asunto que me he propuesto.

De lo dicho anteriormente, y ya que quiera considerar la sustitucion pupilar como una institucion española, deduciré cuando menos lógicamente que no puede significar un testamento del padre, hecho para su hijo impúbéro sin consideracion á él, sino representándole y supliendo su falta de capacidad para testar; en una palabra, podrá decirse que en el lenguaje de las Leyes Recopiladas aquel es un comisario legal de este, que testa por él. La precision de esta consecuencia me dispensa su prueba, porque basta fijar nuestra consideracion en el seno de la familia, y pedir al conocimiento práctico que tenemos del conjunto de derechos que componen la patria potestad la solucion de la cuestion que nos ocupa, y de seguro veremos que al ejercer el padre el derecho de sustitucion pupilar no hace mas que representar á su hijo, porque, haciéndolo como lo hace á nombre de este, no puede ejecutarlo sin consideracion á él, puesto que su personalidad, lejos de confundirse, se distingue mucho de la del padre. No obstante, haré observar que el jurisculto Sala, explicando las mismas leyes de Partida, dice en el lib. II, título V, párrafo 15 de su Derecho Real, que la razon por qué el sustituto toma todos los bienes del instituido, es porque el testamento en que ha sido nombrado se considera como del hijo: prueba de que, segun la opinion de los tratadistas españoles, el padre, sustituyendo pupilarmente, obra á nombre del hijo.

Ahora bien; si la sustitucion pupilar en España no puede ser otra cosa

que un testamento hecho en representacion de otra persona, amoldemos esta institucion, para observar sus reglas, á las Leyes Recopiladas, y entonces el padre, como comisario legal del hijo, habrá de nombrar heredero á los que debieran serlo abintestato; y como á falta de descendientes lo es la madre, es claro que ella deberá ser preferida al sustituto pupilar en el caso en que no le fuera nombrado por su marido.

Aparte de estas reflexiones, consideremos si nuestras creencias permiten dar á la sustitucion pupilar toda la estension que es precisa para que el nombrado heredero en virtud de ella sea preferido á la madre, aun supuesto que el sustituto pupilar represente al padre. ¿Puede este tener facultades para privar á su mujer de un derecho que le da la naturaleza y que sanciona la ley? La sociedad de gananciales introducida en el Fuero-Juzgo; la potestad de la madre para casar los hijos é hijas muerto el padre, segun la version de la ley 8.<sup>a</sup>, tit. 1, lib. III del mismo Código; la prohibicion, en fin, de llamar huérfano á la persona que á cierta edad no hubiese perdido ambos padres, muestran claramente que, segun el primer Código, verdaderamente español, se reconocia una igualdad muy natural entre los cónyuges respecto á sus facultades. La patria potestad, es verdad, se concedia exclusivamente al padre; pero á falta de este le sucedia la madre, ó, mejor dicho, tan pronto como moria el jefe de la familia, en obsequio del cual, y por conservar la unidad, tenia la madre sus derechos en suspenso, venia inmediatamente á ejercer algunos, propios de la potestad paterna; y adviértase que si no los ejercia todos, es porque en el Código de que hablo se reunió la legislacion de dos pueblos distintos: y ¿cuán grande no seria la fuerza de las costumbres góticas, cuando al fundirse con la legislacion romana establece los preceptos mencionados? Nótese que si en obsequio del pueblo mas sabio se excluye de la patria potestad á la mujer, en justa reverencia á las creencias de los germanos se modifica ese principio, dando á la madre, despues de roto el matrimonio por la muerte, algunos de los derechos paternos, y proclamando en la sociedad de gananciales la igualdad de las condiciones de ambos cónyuges.

Demos un paso mas en la historia de nuestro Derecho, y los fueros municipales, reflejo exacto de las necesidades del país, nos muestran hermanados en los derechos sobre los hijos los dos seres que igualmente han contribuido á su desarrollo. Los fueros de Plasencia y Cuenca reconocen en la madre la patria potestad. Por último, Excmo. Sr., ¿qué

persona hoy no mira con indignacion que, muerto el padre, la que ha dividido con él los cuidados y vigílas que proporciona la familia; la que ha contribuido eficazmente á la educacion de sus hijos; la madre, en fin, tenga necesidad de apelar á la investidura de tutora y curadora para ejercer alguna autoridad sobre las personas á quien dió el ser? Y si por los principios de nuestra legislacion se desprende la igualdad de los cónyuges en el matrimonio, aunque representados por el padre los derechos familiares en bien de la unidad; si las ideas actuales elevan á la madre á mayor altura que la ley, y quieren concederle ciertos derechos propios de la paternidad, ¿cómo sin contradiccion hemos de admitir una notable desigualdad entre los derechos del marido y la mujer, concediendo á aquel el de privar á esta de la herencia de sus hijos? ¿Cómo sin consentimiento de ella se le ha de quitar una herencia, de la que si el padre dispone por sí mismo (en cuyo supuesto hablo), el mismo derecho debe tener, segun nuestros principios legislativos, esa misma madre? Mas aun: observemos (siempre partiendo del supuesto de que el sustituto representa al padre) que no solo los derechos que en la familia tiene la madre para con sus hijos, segun las doctrinas actuales, sino los que tiene para con el mismo marido, imposibilitan á este de privarla de la herencia del hijo, prefiriendo á un extraño. Es cierto que tampoco podremos en este punto citar leyes que directamente terminen la cuestion; pero veremos principios emitidos en ellas, en los que, por poco que reflexionemos, encontraremos las semillas de un nuevo orden de cosas, en el que de seguro no podria entrar la sustitucion pupilar en la acepcion tomada en Roma. Ya en los últimos tiempos de esta ciudad vemos introducida cierta doctrina, de que me ocupé en su lugar respectivo, sobre la herencia del cónyuge premuerto por el otro cónyuge. Las leyes de Partida, al copiar esta idea romana, la alteraron esencialmente, y establecieron que la viuda pobre tenia derecho en todo caso á la propiedad en la cuarta parte de la herencia testada ó intestada de su marido. El fuero del Baylio hace aun mejor la condicion de la viuda, disponiendo que todos los bienes que resulten al concluir el matrimonio, cualquiera que sea su procedencia, se dividan por mitad entre ella y los herederos del marido, ó vice-versa.

En las provincias de fueros especiales la condicion de la viuda es menos triste: en Aragon, por ejemplo, el viudo ó viuda tiene el usufructo de todos los bienes (aun de los vinculados) que correspondian á su cónyuge.

je premuerto ; lo mismo sucede en Navarra respecto de los bienes libres, y en vida ó muerte pueden asignarse la sesta parte sobre los vinculados. A la vista, pues, de estos derechos que reciprocamente existen entre marido y mujer respecto á las herencias, en las distintas provincias de nuestra España, no podremos menos de convenir que son resultado de la consideracion que respectivamente se deben los cónyuges y que demuestran que las ideas que los han hecho consignar en los Códigos son las que existen en todos los españoles, y que por lo mismo la legislación que las contrariara debería caducar, si no por ministerio del legislador, por costumbre que la derogase. Esto supuesto, creo que, conforme á ellas, no podrá darse ni reciprocidad en los derechos de los cónyuges facultando al sustituto para que en representacion del marido prive á la madre de la herencia de su hijo, cuando ella no puede hacer otro tanto, ni cree que su marido puede dar preferencia en sus bienes á un extraño, para quien no tiene obligacion alguna, postergando á su misma viuda, á quien está ligado muchas veces por los lazos del amor, algunas por la legislación de Castilla, y siempre por los fueros especiales y las creencias de todo el reino. ¿Qué significa, Sr. Excmo., de otra suerte la disputa que recientemente se ha sostenido en la comision de Códigos para declarar que los cónyuges fueran entre sí herederos forzosos? No significa mas que el reconocimiento de los derechos reciprocos que debe dar despues de la muerte el acto del matrimonio, que durante la vida ha identificado á dos personas formando de ellas una sola carne, y la igualdad por lo mismo que hay siempre entre ellas.

Tal vez mi falta de ilustracion haya dado á la materia un giro que no debiera tener, y haya querido demostrar que es impropia de la legislación patria la institucion que quizás sea su mas legítima consecuencia; quizás la patria potestad española engendre naturalmente la sustitucion pupilar; quizás este derecho se estienda hasta postergar la madre á un extraño, á pesar de sus derechos sobre los hijos y respecto á su marido, y por esta causa ninguno, aunque pocos, de los autores que he tenido ocasion de consultar se hace cargo de la cuestion bajo el aspecto que yo la he considerado ; por lo mismo no puedo dejar de tratarla bajo el punto de vista en que lo hacen aquellos.

Ellos dicen : la madre es heredera forzosa de su hijo, segun la legislación propiamente nacional, tanto, que ni este mismo siendo adulto puede privarla de la sucesion sino por ciertas justas causas; así lo expresa

la ley dada en Toro, que es hoy la 1.<sup>a</sup>, tit. xx, lib. x de la Novísima Recopilacion: de consiguiente, mientras no haya una disposicion tan española como esta que la derogue, no puede entenderse destruida por el sistema legal de las Partidas.

Este argumento, presentado así, aislado, tiene contestacion, porque en esta ley se establece la legitima de los ascendientes; por ella se ha modificado la cantidad de su importe, segun las Partidas, que tambien la conocia; pero por lo mismo que habia en estas una disposicion semejante, y sin embargo se cree por D. Alonso que no obsta para que el sustituto pupilar sea preferido á la madre, por esa misma razon creo que no deberán entenderse derogadas dichas Partidas en la cuestion de que me ocupo. Sin embargo, esta observacion se destruye cuando se considere la impropiedad en nuestra legislacion de la sustitucion pupilar, cuando se demuestre por lo menos que si en el sistema de las Partidas puede sostenerse como hecha por el padre sin representar á su hijo, en los principios de nuestro Derecho no sucede así, segun queda, á mi ver, probado.

Continúan los mismos autores tratando la cuestion de que si, segun la ley citada de Toro, se entiende ó no llamado el sustituto pupilar antes que la madre, apoyándose los defensores de ambas opiniones en el testo espreso de la ley, dice así:

«Los ascendientes legitimos por su órden y línea derecha sucedan ex-testamento y ab-intestato á sus descendientes y les sean legitimos herederos, como lo son los descendientes á ellos, en todos sus bienes, de cualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos ó descendientes legitimos ó que hayan derecho de los heredar.»

En las últimas palabras que preceden se apoyan los partidarios del sustituto pupilar, queriendo demostrar que la ley se refiere á este, al decir y los demas que *tengan derecho de los heredar*; pero los autores de la opinion contraria sostienen, y con fundamento, que hablan solo de hijos que, no siendo legitimos, tengan derecho á heredar á sus padres, como sucede á los legitimados por subsiguiente matrimonio y por rescripto del príncipe, en atencion á que la particula *ó* que precede respectivamente á descendientes legitimos y que hayan derecho de los heredar, es diversificativa y no puede referirse mas que á hijos que, por esplicarme así, es la sintesis, cuyas partes se distinguen por la particula *ó*, separando los hijos legitimos de los otros hijos que, sin tener esta consideracion, tengan derecho á heredar á sus padres.



davía suyos los derechos de este, aun cuando con las modificaciones del Derecho nuevo y novísimo, y porque la madre de la familia antigua romana ha mudado de posición en la moderna. Estas ideas creo fueron el antecedente de la ley de Partida, que prefiere al sustituto pupilar en concurrencia con su madre, y luego he creído demostrar que los principios que supone la legislación de Partida no son ciertamente los propios de la legislación patria, deduciendo por consecuencia que la madre debe ser preferida al sustituto pupilar, si bien reconociendo siempre lo difícil de la cuestión, porque nuestra legislación no forma un sistema legal completo, reconocemos por base el del Imperio del tiempo de Justiniano, y un sistema completo de legislación no se altera del todo sustituyéndole con otro también completo, sino que, modificándose poco á poco, los principios van produciendo con el trascurso de los siglos y con la influencia de la ciencia consecuencias nuevas, que á su vez exigen de los sabios redoblado afán y trabajo para formular un todo acabado y perfecto en medio de la debilidad de la inteligencia, conjunto que no se ha formado en España, vagando de una parte, por esplícarme así, las ideas de la antigua civilización romana, representada por el conjunto inmenso de sus leyes, formadas sucesivamente, y á su vez, por el Derecho antiguo y las exigencias de las nuevas ideas, representadas en el edicto del Pretor y en las constituciones de los Emperadores, y por otra las ideas importadas por pueblos de distintas razas, adquiridas por el contacto de civilizaciones diferentes, y producida por las situaciones difíciles en que se ha encontrado nuestra patria. Recoger estos materiales; formar un conjunto legal que esté al nivel de las necesidades de nuestra sociedad, hé ahí el camino de gloria de que me separa la oscuridad de mi inteligencia, á que debe aspirar el claro talento de mis compañeros, guiados por la ciencia de nuestros dignos maestros, cuya sagrada investidura voy á tener la honra de recibir en los momentos mas gratos para mí, cuando al fin logro llegar al término de mis estudios.

He dicho.

DOMINGO SANCHEZ OCAÑA.

Madrid 15 de junio de 1855.

UVA. BHSC.





УДА. ВМС. ЛЕГ.06-1 п°0467

