

LA CAUSA CURIANA

**¿SERÍA POSIBLE, SIGUIENDO EL MODELO ROMANO,
REIMPLANTAR EN EL CÓDIGO CIVIL LA SUSTITUCIÓN
PUPILAR?**

Un trabajo de investigación de la Cátedra “A” de DERECHO ROMANO de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, cuyo profesor titular es el Dr. Juan Carlos Ghirardi.

El presente trabajo ha sido dirigido por la profesora María Cristina Filippi y colaboraron en el mismo las docentes: Laura Echenique, Mónica Avendaño y Claudia Zatti.

Córdoba, abril de 2003.

I. OBJETIVO DEL TRABAJO

La idea fuerza en la que este trabajo se nutre parte del análisis de un famoso caso judicial que tuvo lugar en la Antigua Roma, la *Causa Curiana*, ventilada allá por el año 93 a J.C. Trata acerca de la sustitución pupilar en los testamentos.

Para abordar el tema, será menester que nos detengamos específicamente en el análisis del desarrollo de esta institución –la sustitución testamentaria pupilar- a lo largo de las diversas épocas del Derecho Romano. Partiremos del Derecho Civil Quiritario, para pasar luego al Derecho Pretorio y por fin a las Constituciones Imperiales y la Compilación Justiniana.

No nos detendremos allí sin embargo, porque posteriormente habremos de detenernos en el Derecho Intermedio, con especial énfasis en el Código de las Siete Partidas de Alfonso X, el Sabio, para desembocar en el tratamiento que la cuestión de la sustitución hereditaria ha merecido en el código civil de Dalmacio Vélez Sársfield.

La idea final consiste arribar a una conclusión, que se basará en todos estos antecedentes, e incluirá una propuesta de reforma legislativa que compatibilice las necesidades actuales con nuestra historia y nuestras raíces jurídicas.

Vayamos pues, a los hechos.

II. LA CAUSA CURIANA

Se refiere a un juicio que versó sobre la sustitución vulgar y pupilar, planteado ante el tribunal de los centunviro. Este verdadero *leading case* de la Antigüedad, que tuvo lugar en el año 93 a J.C., puede resumirse de la siguiente manera.

Marco Coponio, creyendo que su mujer estaba embarazada, decide realizar testamento e instituye como heredero al hijo que pensaba iba a nacer. Para el supuesto de que el heredero instituido falleciese antes de alcanzar la pubertad, Coponio dispone sustituirlo por un tal Manlio Curio.

La cuestión es que Coponio fallece sin haber cambiado ese testamento, finalmente el hijo no nace, y Manlio Curio reclama la herencia. Su petición es controvertida por los agnados de Marco Coponio, a quienes les habría correspondido la calidad de sucesores si éste hubiese fallecido intestado.

Tenemos entonces planteado el problema: un testamento conteniendo la institución de heredero de un supuesto hijo póstumo, con una cláusula de sustitución para el caso de que el tal descendiente falleciese sin alcanzar la pubertad. Frente a él, y en pugna, se levantan los diversos órdenes de la sucesión *ab intestato*, disputándole la primacía.

Se desencadena entonces un litigio, en el cual Quinto Mucio Scaevola, hijo de Publio Mucio Scaevola, será quien defienda al heredero agnado (un hermano del difunto Marco Coponio), y Licinio Craso a Manlio Curio.

Scaevola sostiene la improcedencia de la sustitución pupilar, por no haber nacido el hijo. Pide la interpretación literal del testamento de Coponio, ya que si éste hubiese deseado realizar una sustitución vulgar debería haberla puesto en los siguientes términos, “*si mi hijo no llegase a ser heredero*”. Sigue aquí la doctrina y las enseñanzas de su padre Publio Mucio.

En la vereda contraria, Licinio Craso argumenta que se debía estar a la voluntad real del testador, la que prima sobre las palabras utilizadas. ¿Cuál era esa voluntad real de Coponio? –Simple y sencillamente que si su hijo no existía al momento de morir él, que el heredero fuese Manlio Curio. Desde este punto de vista –agrega- la sustitución vulgar se encuentra implícita y comprendida en la pupilar.

El antiguo y tradicional tribunal de los centunviro, que se ocupaba de todos los juicios referidos a sucesiones, en los cuales solía aplicar un criterio riguroso de derecho estricto, dejando de lado los nuevos vientos de equidad que el pretor ya estaba

introduciendo, dicta sentencia favoreciendo a Craso. Dicho de otra manera, prima la interpretación subjetiva del deseo del testador, con lo cual se acepta la sustitución vulgar del hijo no nacido y se concede la herencia al sustituto Manlio Curio.

Tal será, a partir de entonces, el criterio general. Véase a Modestino, en D. 28.6.4.pr.: *“Por la constitución de Marco y Vero usamos ya de este derecho, que cuando el padre sustituye al hijo impúbero para otro caso, se entiende que lo sustituye para uno y otro, ya sea el hijo heredero o no, y muriere impúbero”*.

III. EL MOMENTO HISTÓRICO Y LOS PERSONAJES

Expuesto de este modo el caso, y antes de analizar la doctrina, estimamos pertinente realizar una brevísima referencia al marco histórico en el cual la misma tuvo lugar, a los litigantes y al tribunal interviniente.

Eran tiempos de profunda crisis, política, social y económica. Nos hallamos en el período turbulento que transcurre entre el sexto y séptimo consulados de Cayo Mario (años 100 y 86 a J.C. respectivamente).

No es del caso trazar aquí una semblanza de este personaje que fue uno de los que marcaron a fuego con su impronta el último siglo de la Roma republicana, simplemente digamos que se trató de un miembro conspicuo del partido popular, férreo opositor de los optimates, quizás porque éstos por desprecio jamás lo acogieron en su seno, ya que siempre lo consideraron un advenedizo por más que se hubiese casado con Julia, hija de uno de los representantes de la más rancia nobleza romana, Cayo Julio César, abuelo del futuro dictador. General brillante, desempeñó siete veces el consulado, aunque el consiguiente desgaste que ocasiona el ejercicio ininterrumpido del poder fueron lentamente erosionando las amplias bases del apoyo que tenía entre los más humildes.

Hay graves problemas económicos en el Estado, cuyas arcas se encuentran agotadas, lo que profundiza el descontento de las clases más bajas, tanto hacia sus dirigentes cuanto contra los restantes habitantes de Italia, los **socii**, la guerra social se avecina. Los campesinos, que han regado con su sangre y sembrado sus huesos los lugares más recónditos para comenzar a forjar los cimientos de un futuro gran Imperio han vuelto a casa, y están descontentos. Han perdido sus tierras, a manos de los ricos senadores y caballeros, los mismos esclavos se insurreccionan. En fin, el caos está cada vez más cerca...

Dos palabras ahora acerca de los abogados que llevan adelante el litigio. Por un lado, Quinto Mucio Scaevola, hijo del brillante jurisconsulto Publio Mucio Scaevola (uno de los fundadores del derecho civil, tal como lo califica Pomponio en D. 1.2.2.39), es también él un hombre notable. Pontífice Máximo, cónsul en el año 95 a J.C. tiene ya ganada fama por sus propios méritos, dado que a él se le atribuye el haber ordenado metódicamente el derecho civil, compilándolo en dieciocho libros (Pomponio, en D. 1.2.2.41).

Y aunque no pueda propiamente contarse entre sus obras –porque resultó fruto de la naturaleza y no de su voluntad- será el padre de Mucia Tertia, que será luego esposa del joven Mario, hijo de Cayo Mario. Por poco tiempo claro está, hasta que el

muchacho muera peleando contra Lucio Cornelio Sila y la viuda, no tan desconsolada, sea heredada por éste quien se convertirá por un breve lapso en su nuevo marido.

Lucio Licinio Craso, hijo del jurisconsulto homónimo quien Pomponio (D. 1.2.2.40) dice fue hermano de Publio Mucio) es por su parte también un eximio orador. Cónsul en el año 95 a J.C. y por consiguiente colega en la magistratura de Quinto Mucio, su primo, desempeñará la censura en el 92 a J.C. Procede él también de una familia noble, no se olvide que la gens Licinia ha dado hombres preclaros a Roma, recuérdese a Licinio Stolo, coautor de las leyes **Sextias y Licinias**, o a aquella Licinia esposa del desafortunado Cayo Sempronio Graco. Sin olvidar, por cierto al Marco Licinio Craso, amigo, mecenas y aliado de Cayo Julio César, que encontrará la muerte medio siglo después luchando contra los partos.

En fin, el tribunal con competencia originaria en materia sucesoria es el de los centumviro. Pocas referencias tenemos en la Historia acerca de su origen, si bien Gayo lo menciona en sus **Institutas** (4.31).

Aparentemente era un órgano colegiado, compuesto por tres representantes de cada una de las treinta y cinco tribus que entonces conformaban el pueblo romano, lo que totaliza ciento cinco miembros, que en épocas de Trajano se elevarán a ciento ochenta. Por derecho propio formaban parte de él los decemviro (tribunal con competencia específica en cuestiones de libertad y ciudadanía), que presidirán el cuerpo a partir de la época del emperador Augusto. En un principio se reunían en el Foro, lugar que luego fuera cambiado por el pórtico de una de las Basílicas.

Posiblemente podamos encontrar su origen en la segunda mitad del siglo II a J.C., tiempos en que eran convocados y presididos por un pretor denominado *hastarius* cuando ejercía esas funciones, nombre éste que le viene del hasta o lanza que portaba en la ocasión, con un fuerte sentido simbólico como a continuación mencionamos. Se dividían a esos efectos en cuatro secciones llamadas *hasta*, las cuales conjuntamente eran también conocidas como el *ordo hastatus, primus, secundus, etc. hastatus*. Según Gayo, “ante el tribunal de los centumviro está fijada una lanza” (**Institutas**, 4.16), simbolizando el ***iustum dominium***, ya que se consideraba que el dominio más justo era el de las cosas que se tomaban a los enemigos, usualmente por la fuerza de las lanzas.

Tampoco está muy claro hasta cuando perduraron, aunque todavía se los menciona a finales del siglo IV d J.C., lo que hace indudable que tuvieron vigencia durante toda la época de la jurisprudencia clásica, tiempos en los que jugaron un rol preponderante, influyendo en la formación del derecho civil, fundamentalmente en lo que

hace a la materia hereditaria. Hoy resulta indudable que cuestiones tales como la declaración de inoficiosidad de los testamentos se debe a ellos.

Tenían jurisdicción sobre temas de **vindicatio**, tanto en la reivindicación de la propiedad (entendían en temas de aluviones, mancipaciones, etc.), cuanto en lo que hace a la materia hereditaria de manera específica. Actuaban, como se lleva dicho, divididos en colegios que eran cuatro tal y como se ha expuesto, que se reunían y fallaban con total independencia unos de otros. Había no obstante asuntos importantes, para tratar los cuales sesionaban todos juntos en plenario.

El procedimiento vigente ante ellos fue el de las **legis actiones**, aún luego de que éste cayera en desuso durante la época clásica. Intervenían en la etapa **in iudicio** o **apud iudicem**, luego de la fase **in iure** desarrollada ante el magistrado.

IV. SUSTITUCIONES HEREDITARIAS

Si bien la cuestión dista de ser pacífica y universalmente aceptada, se dice que en un comienzo el derecho a testar libremente chocaba con las creencias religiosas en las cuales se asentaba el derecho de propiedad familiar y correlativamente implantaban un orden sucesorio diseñado para preservar la incolumidad del patrimonio de la primitiva familia romana. Ni el culto ni la propiedad pertenecían al ciudadano en sí mismo, sino a su **gens**, el **pater** no era más que el representante de la misma, calidad que luego de su muerte debía transmitirse a su heredero varón, que era el pariente más próximo por línea masculina.

Dice Cicerón, *“la religión prescribe, que los bienes y el culto de cada familia sean inseparables, y el cuidado de los sacrificios recaiga siempre en el que reciba la herencia”*. Y esto abona lo que acabamos de exponer.

Las menciones al testamento aparecen nebulosas en el derecho romano antiguo, Aulo Gelio hace mención al testamento de Acca Laurentia a favor de Rómulo lo que parecería indicar que esta forma de disposición de última voluntad se conocía desde los orígenes mismos de la ciudad, pero aparte de ello y de manera concreta recién encontramos referencia legal explícita en una breve disposición de la quinta de las **XII Tablas**.

Esto de ninguna manera implica que la sucesión testamentaria no haya existido, pero debió ser muy engorrosa por el modo mismo de testar ante los comicios calados, puesto que el instituido debía hallar la aprobación del pueblo entero reunido en asamblea. ¿Qué esto era un trámite formal? Muy posiblemente, en la medida que el testador se mantuviese dentro de los límites de su familia al designar su sucesor, pero quizás un vallado infranqueable si los trasponía. La sucesión no es en esta época un mero traspaso privado de bienes, sino el cambio en la jefatura de un culto y una familia. Una cuestión de Estado, en suma.

Porque, ¿qué era el testamento en la Roma Antigua? Maynz nos lo dice con claridad meridiana, *“la disposición de última voluntad por la cual designamos una o varias personas para que nos sucedan como herederos”*. Más adelante los conceptos variarán, el acento se desplazará a la cuestión meramente patrimonial y de libre albedrío del testador. Véase la definición de Ulpiano (**Reglas**. 20.1): *“La manifestación legítima de nuestra voluntad, hecha solemnemente para hacerla válida luego de nuestra muerte”*. O

también a Modestino (D. 28.1.1): *“Una legítima disposición de nuestra voluntad, en cuanto a lo que queremos que se haga después de nuestra muerte”*.

En algunas ocasiones el **paterfamilias** al realizar su testamento nombra heredero a su hijo impúber y, para el caso en que éste falleciera antes de alcanzar la pubertad, designa a su vez al heredero del mismo. Tal la sustitución pupilar planteada en la causa sub análisis. ¿Cómo y cuándo aparece ésta?

Sin duda nace del deseo muy típicamente romano, de no marcharse al más allá sin dejar a sus espaldas un heredero de su confianza y elección. Tal lógicamente será el hijo, si este existe, pero si éste fuese un menor impúber se explica muy bien que el padre haya querido protegerlo de las acechanzas de los demás agnados próximos, sus sucesores naturales si el niño falleciera sin testar. Para ello, nada mejor que aventar ambiciones, nombrándole **ab initio** un heredero a su vez.

Según Cicerón la sustitución pupilar aparece instituida por el **pater** para disponer de su herencia más allá de la muerte del heredero designado en primer término (**De inventione rethorica** 2.21): *“Immo pater sibi scripsit, et secundum heredem non filio sed sibi iussit esse. Quaere, praeterquam quod ipsius (i. E. filii) fuit, testamento illius (i. E. patris) vestram esse non potest”*.

El mismo Cicerón (**De Oratore**. 2. 32), nos da la fórmula empleada para ese tipo de sustitución, la que todavía es repetida por jurisconsultos clásicos como Juliano en D. 37.11.8.1: *“...si muriese mi hijo antes que llegue a su tutela, sea entonces Ticio mi heredero, así como reivindica la herencia lo mismo que si no se hubiese añadido la palabra mía, así también puede obtener la posesión de los bienes”*.

De la misma manera, y así como un **pater** se arrogó el derecho de designar el heredero de un hijo impúber, de modo natural lo hizo también cuando el mismo era insano mental sin intervalos lúcidos, para el supuesto que muriese sin recuperar la capacidad con lo que aparece la sustitución cuasi pupilar. Más ampliado el panorama esta vez, porque no se limitaba al hijo loco nombrado heredero por el padre, cualquier persona que designase sucesor a un furioso podía hacer uso de esta institución

La tendencia entonces es sólida y continuada, la *causa curiana* no es un fallo más, las sustituciones pupilares introducidas por los usos y costumbres ya desde antes de Cicerón se tornaron con el tiempo cada vez más frecuentes, y lo propio sucedió con las cuasi pupilares. La jurisprudencia clásica las recogió y Justiniano las reglamentó y albergó definitivamente en su monumento legislativo. Léase con detenimiento al **Digesto**, 28. 6. **De vulgari et pupillari substitutione**.

V. EL CÓDIGO DE LAS SIETE PARTIDAS

La Sexta Partida, en el Título Quinto, se ocupa de *“De cómo pueden ser establecidos otros herederos en los testamentos en lugar de los que hi fueren puestos primeramente, a que dicen en latín sustitutos”*. Tal la rúbrica del título, que cuenta con catorce leyes, y que obviamente ha sido detenidamente por Dalmacio Vélez Sársfield, ya que un resumen del mismo puede leerse en la nota del art. 3724 del C.C.

La Ley 5 trata específicamente el tema y lleva como rúbrica *“De la substitución que es llamada pupilar, cómo debe ser fecha”*. Aunque no se agota allí la cuestión, que trasciende a las leyes sucesivas. Así tenemos:

Ley 6: *“Cómo el padre puede dar substituto al fijo en los bienes que heredase de la madre, maguer le hubiese desheredado de lo suyo”*.

Ley 7: *“Que fuerza ha la substitución pupilar”*.

Ley 8: *“Si muere el mozo a quien es dado substituto, cómo puede heredar el substituto lo suyo”*.

Ley 9: *“Cómo aquél que porfijó algún mozo, le puede dar substituto”*.

Ley 10: *“Por qué razones se desface la substitución pupilar”*.

Mientras tanto, la sustitución a que nos hemos referido más arriba como cuasi pupilar se halla legislada en la ley siguiente, bajo el nombre de *substitución exemplaris*.

Ley 11: *“Cómo se face la substitución que es llamada exemplaris, et cómo desfallece”*.

Nos detenemos no obstante aquí, no ha sido nuestro propósito analizar en profundidad la riqueza del texto de las Partidas, sino mostrar de qué manera las mismas han servido de puente entre el derecho romano y el argentino.

VI. LA CUESTION EN EL DERECHO CIVIL ARGENTINO

Vamos a tocar ordenadamente cómo se plantea la sustitución hereditaria en nuestro derecho, y cuál fue la idea del codificador al redactar los artículos pertinentes. Inspirándose como a continuación se verá, en el modelo romano.

1. Sustitución receptada en el código civil.

Como ya se ha dicho, los romanos agrupaban bajo la denominación general de *sustituciones*, a ciertos tipos de segundas o ulteriores instituciones hereditarias, condicionadas a que la principalmente establecida cayese por cualquier motivo.

Nuestro código civil toma, al igual que las **Siete Partidas** y prácticamente sin introducir mayores modificaciones, la sustitución vulgar. Esta institución se recepciona en el **art. 3724** de nuestro C.C, que expresamente dice: *“El testador puede subrogar alguno al heredero nombrado en el testamento, pero cuando este heredero no quiera o no pueda aceptar la herencia. Solo esta clase de sustitución es permitida en los testamentos”*.

Pero veamos cuál fue el pensamiento del Codificador, y para ello nada mejor que leer la nota al artículo en cuestión que contiene citas del **Digesto** de Justiniano (D. 28. 6.43) y de las **Partidas** (P. 6. 5. 1). La misma textualmente expresa:

“En el derecho español y en el derecho romano se enumeran seis clases de sustituciones: 1) La vulgar, que es la que permite el artículo. 2) La pupilar por la cual el padre hace su testamento y el testamento de su hijo impúber, y le nombra heredero para el caso en que muera antes de llegar a la pubertad. 3) La ejemplar, disposición por la cual los padres hacen en el testamento de sus hijos púberes, dementes o imbéciles, para el caso que ellos mueran sin haber recobrado la razón. 4) La sustitución recíproca, hecha entre todos los herederos instituidos, por la que se llama a los unos a falta de otros, sea vulgar, sea pupilar o ejemplarmente. 5) La sustitución compendiosa, que comprende a la vez una sustitución vulgar y una sustitución fideicomisaria. Ella valía como vulgar si el caso de la vulgar se presentaba, y como fideicomisaria si el caso de ésta llegaba. 6) La fideicomisaria subroga a un segundo heredero al heredero instituido con el cargo de conservar los bienes para que a su muerte pasen al sustituido. Véanse las leyes del Tít. 5, Part. 6.”

“Con excepción de la vulgar, abolimos todas estas sustituciones. La fideicomisaria, que es la principal y la única que por los autores franceses se llama sustitución, tiene el carácter particular de la carga que impone al heredero de devolver a su muerte los bienes al heredero instituido, estableciendo así un orden de sucesión en las

familias. Esta sustitución es un obstáculo inmenso al desenvolvimiento de la riqueza, a la mejora misma de las cosas dejadas por el testador. Tiene, lo que se creía una ventaja, la conservación de los bienes, pero para esto es preciso una inmovilidad estéril en lugar del movimiento que da vida a los intereses económicos. La sustitución vulgar no tiene estos inconvenientes, pues no es más que una segunda institución para el caso que no tenga lugar la primera, no trastorna el orden de las sucesiones, ni tiene las propiedades inertes, ni el dominio en suspenso”.

La única sustitución que nuestro derecho permite es entonces la vulgar. De allí los límites establecidos por el artículo 3723, precedente al anteriormente transcripto: “*El derecho de instituir un heredero no importa el derecho de dar a éste un sucesor*”.

Aunque el fundamento es diferente al que imperaba en Roma, ahora se trata de proteger la libertad más amplia en las disposiciones **mortis causa**, y no de asegurar a toda costa la existencia de un heredero testamentario como sucedía entonces. Presentada de esta manera, la sustitución vulgar es simplemente un acto de previsión efectuado al amparo del derecho a realizar testamento libremente. Que es lo que verdaderamente importa.

2. Supuestos en que puede operar.

Tal como el art. 3724 del C.C reza en su primera parte: “*El testador puede subrogar alguno al heredero nombrado en el testamento para cuando este heredero no pueda o no quiera aceptar la herencia*”.

Hay que advertir que el artículo en cuestión ha seguido el proyecto de García Goyena, de modo que la expresión “*aceptar*” la herencia puede resultar equívoca. El meollo del problema no radica en que el heredero acepte o deje de aceptar la herencia, sino que no llegue a ser tal, por imposibilidad o cualquier otro motivo. Todo hecho que impida suceder al primero de los convocados resulta suficiente para producir el llamamiento del sustituto, cosa que puede ser resumida de la siguiente manera:

a) Que el heredero designado no quiera serlo. Se produce esta situación cuando el instituido repudia la herencia o renuncia al legado.

b) Que no pueda serlo. Caso que a su vez admite diversos supuestos:

*El primer instituido premuere al causante. Aquí es obvio que aquel no puede recibir la herencia, en cuyo caso ésta deriva al sustituto.

*Conmoriencia, el primer instituido muere a la vez que el causante, pero como entre ellos no se transmiten los derechos hereditarios, la herencia pasa **ipso iure** al sustituto.

*Declaración de fallecimiento, se equipara a la muerte natural, sea la declaración judicial anterior o coetánea a la del causante.

*Indignidad, cuando el primer llamado incurre en alguna causal de indignidad antes de la muerte del testador, el sustituto adquiere la herencia desde el momento de la muerte del causante. El indigno se excluye de la sucesión y se considera como si nunca hubiese sido heredero (art. 3303)

*Incapacidad para heredar.

*Invalidez de la institución, referida al primer llamado cuando está afectada de nulidad, o es revocada por el testador, y siempre que dicha nulidad o revocación, no alcance a la sustitución. Aquí debiéramos aclarar que existen opiniones en doctrina sosteniendo para este supuesto la extinción también de la sustitución, invocando el principio de que anulado lo principal, lo accesorio no puede permanecer.

Nos hemos inclinado por la solución contraria, en virtud de la naturaleza misma de la sustitución hereditaria, destinada a operar precisamente cuando el heredero principal desaparezca.

Ahora bien, cuando el testador prevé ambos casos de sustitución, abarcando las dos categorías descriptas, no cabe duda que la sustitución opera ante cualquiera de las hipótesis planteadas.

Pero el testador puede ordenar sustitutos sin expresar casos (sustitución expresa *in genere*), situación en la cual abarca todos los supuestos posibles. O, y esto ya es más complicado, expresando uno de los casos concretos (sustitución expresa *in parte*). Decimos que aquí el tema se vuelve más complejo, porque habría dos problemas distintos a plantearse, según se adopte una interpretación rigurosa que solo admita el caso previsto por el testador: o el de una interpretación amplia que incluya también los casos no contemplados por el causante.

García Goyena, quien inspira las normas contenidas en nuestro código civil, adscribe a la mayoría romanista, partidaria de la interpretación amplia, tendiente a favorecer la sustitución testamentaria.

Así el art. 3725 del C.C, nos brinda una regla interpretativa acerca de la extensión de la sustitución: *"La sustitución simple y sin expresión de casos comprende los dos: el caso en que el heredero instituido no quiera aceptar la herencia, y el caso en que no pudiera hacerlo. La sustitución para uno de los dos casos comprende también al otro."*

Luego de leer la norma no parecieran quedar dudas. Habría sin embargo que hacer una salvedad y es que no aparezca en alguna parte del testamento la voluntad del causante expresada en sentido contrario.

3. Naturaleza jurídica de la sustitución hereditaria argentina.

Hay dos tesis diferentes que pretenden explicarla:

*Romana tradicional (dominante), conforme la cual se trata de una institución condicional, en que la condición suspensiva negativa, consiste en el acontecimiento futuro e incierto de que no sea heredero el instituido en el primer llamamiento: ***si heres non erit***.

Correlato necesario de esta postura resulta que el sustituto sólo es llamado cuando se cumple la condición, cual es la desaparición del heredero instituido principalmente, teniendo aquel que sobrevivir a ese momento.

*Otros autores sostienen que en la sustitución vulgar propiamente dicha, no hay tal institución condicional, pues por definición la condición es un elemento accidental del negocio jurídico, en tanto que en la sustitución resulta esencial. El acontecimiento futuro e incierto es una exigencia del derecho positivo, ***conditio iuris, no facti***. La exigencia forma parte de la institución, aunque formalmente aparezca impuesta por el testador. No sucede así con la condición propiamente dicha en los demás negocios jurídicos, en los cuales la misma puede estar o no, sin que la validez del acto se vea afectada en los más mínimo.

*Otros autores en fin, entienden que no hay condición en sentido propio, ni ***conditio iuris***, sino un fenómeno análogo a la multiplicidad de designaciones de posibles sucesores en la sucesión intestada. Las mismas están en relación sólo antes de la muerte del causante, o sea en un momento que está cronológicamente fuera del instituto sucesorio. Al caer la primera vocación hereditaria (primer instituido), cobra eficacia la segunda, ya que aquella es un antecedente lógico y presupuesto necesario, más que un acontecimiento futuro e incierto, al que se subordina para que pueda operar.

4. Vocación y delación.

El sustituto tiene vocación hereditaria ***ab initio***, aún antes de que resulte infructuoso el primer llamamiento, pues la vocación, implica el llamamiento de todos los herederos posibles, en el momento de la muerte del causante.

En cambio, no se produce ya entonces la delación, pues ésta representa el llamamiento actual y efectivo a la herencia, para que el convocado concorra a adquirirla. Y a esto no podrá hacerlo el llamado en segundo lugar, sino hasta después de fallida la citación al designado en primer término.

No obstante para calificar la capacidad del sustituto se atiende al momento de la muerte del testador (arts. 3287 y 3302), por lo que si el sustituto premuere al instituido, no adquiere este ningún derecho, ni lo trasmite a sus herederos.

5. Variedades según el número de designados.

La sustitución vulgar, con ser una y la misma, admite variedades según el número de sustitutos designados. Así encontramos la simple y la compuesta.

La primera (simple) es aquella en la que a un heredero se le nombra un sustituto, ***unus in locum unius***, que es la más común.

La segunda (compuesta) comprende diversos casos:

a) Varios sustitutos para un heredero, ***plure in locum unius***, que puede ser conjunta o sucesiva: art.3726, primera parte (tomado del art.631, primera parte del Proyecto García Goyena). Es conjunta cuando no determinándose partes, son llamados todos por igual (art. 3721).

Es sucesiva o gradual cuando todo sustituto cualquiera que sea su grado se considera como sustituto directo del primer sustituto. Se recoge expresamente en el art. 3728 que a su vez se tomo del art. 632 del Proyecto García Goyena. Sigue de algún modo la regla romana: ***substitutus substitutio est substitutus institutio***.

b) Un sustituto para varios herederos, ***unus in locum plurium***, se contempla en el art. 3726, segunda parte, norma que reproduce del art. 632 del Proyecto García Goyena. En nuestra opinión, salvo voluntad contraria del testador la sustitución se hará eficaz cuando no suceda alguno de lo instituidos y no será preciso que falten todos.

c) Varios sustitutos para varios herederos, en este caso se habrá de averiguar si a cada instituido se le ha nombrado un sustituto, o si se ha querido que entrasen todos los sustitutos. Si bien no ha sido contemplado directamente por el C.C., el supuesto surge tácitamente del art. 3726.

d) Varios herederos sustitutos entre si, ***sustitución in vicem***, se da cuando los mismos herederos instituidos son nombrados recíprocamente sustitutos (sustitución recíproca la llamaban los romanos). El problema queda planteado en relación a la forma de distribuir la parte del heredero que no llega a serlo. Hay dos hipótesis diferentes.

La primera: los herederos instituidos en partes iguales, son nombrados recíprocamente sustitutos, en cuyo caso no hay dificultad, se siguen las reglas de los arts. 3721 y 3727.

La segunda: los herederos instituidos en partes desiguales y nombrados recíprocamente sustitutos, supuesto previsto expresamente en el art. 3727 (tomado del

art. 633 del proyecto de C.C. español de 1851), pero que encierra a nuestro juicio notorias imperfecciones, por carecer de precisión ya que podría conducir a soluciones inaceptables, pues siempre quedaría una porción vacante o se dispondría de la herencia contra la voluntad del testador.

Véase el caso en que se haya instituido como herederos dos personas, llamémoslas A y B, el primero con un tercio, el segundo con los dos tercios restantes. Si A no puede tener más que un tercio porque así lo ha dispuesto el testador, y es el sustituto, ¿qué se hace con los dos tercios adicionales?

Tampoco su aplicación puede ser literal cuando hay dos o más instituidos en partes desiguales ya que no sería posible, al quedar vacante una de las participaciones, que los restantes, tengan en ella la misma parte que en la sustitución.

Frente a esto, el **art. 3727** debería interpretarse de la siguiente manera:

1) Si son dos los herederos instituidos en partes desiguales y con cláusulas de sustitución recíproca, al sustituto le corresponde la parte íntegra del instituido que no concurriese, cada uno suplanta al otro íntegramente por la cuantía de la institución del otro.

2) Si son tres o más, se distribuirá la porción vacante del instituido que desaparece, entre los sustitutos proporcionalmente a sus respectivas participaciones en la institución.

3) Si el causante ha sustituido recíprocamente a un heredero con otro u otros, en el caso que un instituido desaparezca, se produce la misma consecuencia práctica que en el acrecentamiento; salvo una diferencia. La parte que recae en los herederos por causa de la sustitución requiere una aceptación o repudiación independiente, exigencia que no se da en el acrecentamiento.

6. Sustitución pura y modal.

Puede ocurrir que la sustitución vulgar ordene sin poner modalidad, al instituido o al sustituto, en cuyo caso la sustitución será pura y simple. Pero el testador puede también imponer alguna modalidad al instituido, y en ese caso se plantea el problema de saber si aquella afecta también al sustituto.

El **art. 3729** del C.C, (tomado también del art. 634 del Proyecto García Goyena), dice: *“El heredero sustituto queda sujeto a las mismas cargas y condiciones impuestas al instituido, si no aparece claramente que el testador quiso limitarlas a la persona del instituido”*.

Esta regla presenta dos excepciones:

*Que el testador haya querido limitar las cargas o condiciones claramente a la persona del instituido, lo que sería el fundamento de la voluntad del testador.

*Que las cargas o condiciones sean meramente personales, que sea que la modalidad no puede ser cumplida más que por el instituido, *intuito personae*, o porque el testador solo la puso para que el instituido la cumpla.

7. Efectos.

Cuando el sustituto queda convertido en heredero, los efectos en relación a él son los propios de la institución del heredero.

El sustituto desplaza a los herederos intestados y excluye en principio el derecho de acrecer.

El sustituto tiene acción para hacer declarar la indignidad o incapacidad del instituido en primer término y puede como tercero interesado instar al instituido a que acepte o repudie la herencia.

8. Extinción.

Las causales genéricas de extinción de la institución del heredero sustituto vulgarmente, en tanto y en cuanto éste es en definitiva un heredero, son las mismas que tienen vigencia en general en materia hereditaria. Hay también causales específicas, como por ejemplo la previa muerte del sustituto o la aceptación de la herencia por el heredero designado en primer término.

9. Sustituciones prohibidas.

La única sustitución permitida por nuestro derecho, es la sustitución vulgar, esto ya ha quedado claro. En consecuencia se hallan prohibidas las sustituciones pupilar, cuasi pupilar y también la fideicomisaria. En cuanto a la recíproca, si bien formalmente habría quedado también excluida por el texto expreso del articulado que se ha citado, en realidad podría disponerse, bajo la forma de una sustitución vulgar. Nos remitidos a lo ya expuesto.

Añadamos en fin que muchas legislaciones modernas también han eliminado de su normativa a las sustituciones pupilar y cuasi pupilar. Y que en la actualidad pareciera haber una tendencia en favor de la admisión de la sustitución fideicomisaria, si bien con limitaciones.

VII. CONCLUSIONES

Ante las realidades jurídicas que acabamos de analizar, ¿sería válido, o más aún provechoso, propugnar nuevamente la inclusión de las sustituciones pupilar y cuasi pupilar en el código civil?

No desconocemos que el sentido del concepto de lo que es testamento ha variado muchísimo desde Roma hasta hoy. En aquel entonces no se concebía testar sin instituir heredero, siendo la existencia, o no, de bienes totalmente irrelevante. Lo que le interesaba al *pater* era la persona de su *heres*, esto es quién iba a sucederlo en el apellido y la continuación de la dirección del grupo familiar. En el marco de tal concepción originaria, y solamente dentro de él, puede comprenderse el sistema sucesorio establecido por las *XII Tablas*, la idea misma del parentesco por agnación, la adrogación o el alcance de las limitaciones a la capacidad del pródigo, para nombrar algunos pocos ejemplos.

Hoy en día por cierto las cosas han cambiado. La agnación no existe, las familias que no engendran hijos varones para continuar el apellido se extinguen, y ello no es de importancia vital para la sociedad moderna, ya que otras toman su lugar. Testar ya no tiene como finalidad esencial dejar un *heres*, sino decidir la manera en que se reparten los bienes del causante. Y aún esto de manera muy limitada, dada la escasa porción disponible (apenas un quinto) que queda de libre disposición si hubiera herederos forzosos.

Sin embargo, y aún así, sigue habiendo testamentos. Hay personas que desean disponer libremente así fuere de la minúscula porción que les deja libre la legítima. Y otras, que careciendo de herederos forzosos, desean disponer de su patrimonio como que les plazca después de haber dejado este mudo, sin que la ley les imponga un orden de prelación con el que no se hallan de acuerdo.

Bienes, siempre bienes, hoy en día todo se reduce a cómo un causante dispone de ellos. Por eso, así como en Roma no se concebía testar sin dejar heredero, hoy no se entiende para qué puede alguien hacer testamento, si no tiene un patrimonio que distribuir. Las miras son otras, y el acento ha cambiado de lugar.

Pero, pese a todo ello, la respuesta que se nos ocurre al interrogante planteado al comienzo de este acápite es afirmativa, aún basándonos en el mismo razonamiento que utilizara el Codificador cuando redactó el art. 3724 y su nota.

Veámoslo de esta manera:

Lo normal, en nuestros tiempos, será la sucesión **ab intestato**, el potencial testador que posee herederos forzosos les deja toda la herencia que devendrá a ellos de manera natural y por imperio de la ley, explicito o no su última voluntad. Poco es ciertamente, lo sometido a su libre disposición, apenas un quinto de la herencia, y por esa mínima proporción no vale la pena pasar por el engorro de hacer un testamento.

Sin embargo algunos lo hacen, así sea para sustraer ese quinto de las manos de sus herederos forzosos. O, y esto se explica mucho mejor, en el caso de no tener tales herederos forzosos, para imponer un orden de prelación distinto al que hubiese dispuesto la ley si se mantuviesen en silencio. Lo cierto es que, quien hace testamento, es porque no se encuentra conforme con el destino hacia el que fluirán sus bienes conforme el orden legítimo, y desea cambiarlo.

Pero ¿para qué testar si hay herederos forzosos? Tal la pregunta que podrían hacerse muchos, aún renegando del orden sucesorio legítimo que continúa a tales herederos forzosos. Y entonces no testan, aún sabiendo que esos herederos forzosos no tienen a su vez otros herederos forzosos, y que de morir intestados los bienes fluirán naturalmente en un sentido que ellos jamás habrían escogido. Si no puedo sustituir a ese hijo incapaz o menor, que puede llegar a ser mi heredero, que seguramente llegará a serlo, pero que muy probablemente fallezca sin testar a su vez, ¿a qué molestarme?

Pero ¿no variarían las cosas si el padre pudiese prever más allá? ¿Si pudiese mirar, no ya por encima de su propia muerte, sino también de la de su hijo? ¡Oh claro! Por cierto que, loco o menor de edad le dejará los bienes a éste, y si él llegare a adquirir la capacidad dispondrá de ellos como que le plazca para el momento en que, a su vez, le toque dar el salto a la eternidad.

Pero, para el hipotético caso en que eso no pasase, si mi hijo viviese y muriese demente declarado, o no llegase a alcanzar la edad suficiente para testar y falleciese sin dejar herederos forzosos, ¿porqué impedirme que en ese supuesto tome otra opción? ¿Porqué no dejarme que haga yo lo que él no podrá hacer? Al fin y al cabo son mis bienes los que dejo, ¿no es verdad?

La vía, la única vía para satisfacer estos interrogantes hasta hoy sin respuesta, sería reimplantar la sustitución pupilar, o la cuasi pupilar. Cuya inclusión legal, lejos de acarrear perjuicios, no haría más que permitir la libre expresión de la voluntad del testador, más allá del fin de su existencia y de la de su sucesor. El libre albedrío llevado a la máxima expresión.

Al fin y al cabo, ésas eran las ideas de Vélez Sársfield, ¿o no?

BIBLIOGRAFIA

- ALLENDE, Guillermo. *La Causa Curiana*. Ed. La Ley. Año XLIII. N° 245. Bs. As. 1977.
- AULO GELIO. *Noches Áticas*. E.J.E..A. Bs. As. 1959.
- Código Civil Argentino*. 2° ed. Oficial. Talleres Tipográficos La Pampa. Buenos Aires. 1883.
- Código de las Siete Partidas*. Anotado por Gregorio López. Lib. De Rosa y Bouret. París. 1861.
- Códigos Españoles*. XII Tomos. Ed. Antonio de San Martín. Madrid. 1872.
- COULANGES, Fustel de. *La Ciudad Antigua*. Albatros. Bs. As. 1942.
- Corpus Iuris Civilis*. Trad. Ildelfonso García del Corral. Ed. Jaime Molinas. Barcelona. 1889.
- Digesto del Emperador Justiniano*. Trad. De Bartolomé A. Rodríguez de Fonseca. Imprenta de Ramón Vicente. Madrid. 1874.
- DOMICIO ULPIANO. *Reglas*. Trad. Nina Ponssa de la Vegua de Miguens. Lerner. Bs. As. 1970.
- GARCÍA GARRIDO, Manuel J. *Diccionario de Jurisprudencia Romana*. Ed. Dykinson. Reimpresión. Madrid. 1990.
- GHIRADI, Juan C. *Rómulo. ¿Héroe o Asesino?*. Eudecor. Córdoba. 2002.
- GHIRARDI, Juan C. Y ALBA CRESPO, Juan J. *Manual de Derecho Romano*. Ed. Eudecor. Córdoba. 2000.
- MARCO TULIO CICERÓN. *Diálogos del Orador*. Ed. Emecé. Bs. As. 1943.
- MARCO TULIO CICERÓN. *Discursos*. Ed. Gredos. Madrid. 1991.
- M. FABIO QUINTILIANO. *Instituciones Oratorias*. Ed. Joaquín Gil. Madrid. 1887.
- MARCO TULIO CICERÓN. *Obras Escogidas*. Ede. El Ateneo. Bs. As. 1951.
- MAYNZ, Carlos. *Curso de Derecho Romano*. Ed. Jaime Molinas. Barcelona. 1892.
- MOMMSEN, Teodoro. *Historia de Roma*. Ed. Aguilar. Madrid. 1956.
- PEREZ LASALA, José. *Derecho de Sucesiones*. Tomo 2. Bs. As.

SCIALOJA, Victorio. *Procedimiento Civil Romano*. E.J.E.A. Bs. As. 1954.