

LEY DÉCIMA SÉPTIMA.

(L. 1.^a, TÍT. 6.^o, LIB. X, NOV. REC.)

Cuando el padre ó la madre mejorare á alguno de sus hijos ó descendientes legítimos en el tercio de sus bienes en testamento, ó en otra postrimera voluntad, ó por algun otro contrato entre vivos, ora el hijo esté en poder del padre que hizo la dicha mejoría ó no, fasta la hora de su muerte la pueda revocar quando quisiere. Salvo si fecha la dicha mejoría por contrato entre vivos, oviese entregado la posesion de la cosa ó cosas en el dicho tercio contenidas á la persona á quien la ficiese, ó á quien su poder oviese. Ó le oviere entregado ante escribano la escriptura dello. Ó el dicho contrato se oviere fecho por causa onerosa con otro tercero, así como por via de casamiento ó por otra cosa semejante. Que en estos casos mandamos que el dicho tercio no se pueda revocar, si no reservase el que lo fizo en el mismo contrato el poder para lo revocar; ó por alguna causa que, segun las leyes de nuestros reinos, las donaciones perfectas é con derecho fechas se pueden revocar.

COMENTARIO (1).

I.

1. Conocidas son las reglas capitales sobre el derecho de testar en estos reinos de Castilla. Las personas que tienen hijos

(1) Hemos dudado, al empezar este Comentario, si reuniríamos aquí, como lo hemos hecho en otras ocasiones, las varias y subsiguientes

ó padres, descendientes ó ascendientes legítimos, no pueden disponer libremente de todos sus bienes. Nuestra legislacion, como la romana en sus medios y en sus últimos tiempos, ha reconocido y señalado herederos forzosos, á los cuales no se puede privar de lo que se llama su *legítima* sino por una explícita, terminante exheredacion, fundada en causas ciertas y legales.

2. La legítima completa de los hijos ó descendientes consiste en las cuatro quintas partes de los bienes paternos y maternos. En esa fijacion, en el tanto de esa cantidad proporcional, no han seguido nuestras leyes las disposiciones del derecho de Roma: sabido es que segun el nuevo, el que sucedió allí al de las Doce Tablas (1), la tal legítima no consistía sino en el cuarto de los referidos bienes; y que segun el novísimo, creado en este particular por una Novela, cuando los hijos eran hasta cuatro tenían accion al tercio de aquellos, y cuando excedían de tal número le tenían á la mitad. Pero nuestras leyes españolas, las visigodas primero, y las castellanas despues, habían restringido más la libre disposicion de los padres, y extendido tambien más, hasta la suma de los expresados cuatro quintos, el derecho total de los hijos ó descendientes. Así lo escribió la 1.^a, tit. 5.^o, li-

leyes que tratan del asunto de las mejoras. Quizá de ese modo podríamos dar un carácter más ordenado á nuestro libro. Si no nos hemos atrevido, por fin, á emprenderlo, si nos limitamos aquí á exponer esta ley décima séptima, consiste en que para seguir otro camino habríamos tenido que agrupar demasiadas, nada ménos que hasta la vigésima nona ó trigésima; y hemos recelado que entónces dejaría de ser lo que es la obra que escribimos, convirtiéndose de comentarios en verdaderas monografías. Puede ser que bajo cierto punto de vista fuese esto mejor; pero no ha sido tal nuestro propósito, no es lo que venimos haciendo. Nos resignamos, pues, á marchar de un modo constante, como exige esta Coleccion de leyes, siguiéndola paso á paso: sin perjuicio de modificar parcialmente nuestro método en aquel otro sentido, siempre que podamos hacerlo sin dificultades graves, y como lo hemos hecho hasta ahora en las ocasiones en que ha sido posible; y sin perjuicio tambien de consignar en un apéndice, al fin de las que tratan de esta materia, las reflexiones que no nos hayan cabido naturalmente en el exámen de ninguna particular.

(1) En el derecho de las Doce Tablas no hay legítimas, y la facultad de testar en los padres es completamente libre. Todo el mundo conoce la célebre fórmula: *Paterfamilias uti legasset super familia tutelave suæ rei, ita jus esto.*

bro IV del Fuero-Juzgo: así lo volvió á escribir la 10.^a, tit. 5.^o, lib. III del Fuero Real: ésta fué la constante legislacion de nuestros mayores, y añadamos asimismo su no interrumpida costumbre. Vanamente el Código de las Partidas copió entre sus disposiciones el sistema y el precepto de Justiniano: esa pretensa innovacion ni tenía antecedentes en nuestro suelo, ni se recomendaba como teoría por razones filosóficas que la hiciesen triunfar, á la manera que triunfaban otras de las comprendidas en aquel libro. La ley 17.^a, tit. 1.^o de la Partida VI, no ha regido nunca, ni por un solo instante, en los estados castellanos.

3. Volvemos, pues, á decir que la totalidad de la legitima de los hijos en los bienes paternos, esto es, lo que el padre tiene que dejar á todos sus descendientes del caudal que goza, consiste en las cuatro quintas partes de ese caudal mismo. De lo que excede ó está fuera de esta suma, del quinto, puede disponer con entera libertad, ora para sufragios, segun nuestras piadosas costumbres, ora en beneficio de cualquier persona extraña: en esa suma, en los referidos cuatro quintos de sus bienes, la ley fuerza su voluntad, embarga su mano, y no le permite llamar sino á los que por legítimas nupcias han nacido ó descienden de él propio.

4. Mas si la ley ha fijado ese límite é impuesto esa barrera á la facultad de testar de los padres, ya dentro del límite mismo háles dejado alguna, no poca amplitud. La totalidad de los hijos ó descendientes tienen incuestionable derecho á los cuatro quintos de los bienes de sus padres; mas no por eso cada uno de los tales hijos lo tiene igual, perfecto, absoluto, á la respectiva parte alicuota de esa legitima comun. Es obligacion del padre dejar á todos sus descendientes la referida suma; no es obligacion del mismo la de dejársela repartida con igualdad estricta y rigurosa. Dentro de esa suma, de ese todo, y tratándose ya sólo de los mismos hijos ó descendientes, hay legítimas especiales que son enteramente necesarias, y caben tambien desigualdades, ventajas, preferencias, que pueden hacerse ó no hacerse, á voluntad de los padres testadores.

5. Así como estos tienen absoluta libertad para dejar el quinto á quien quisieren, aun á las personas más extrañas y apartadas de su linaje, por medio de donaciones, mandas y legados; así la tienen tambien, para dejar el tercio á alguno ó algunos de sus hijos ó descendientes, por medio de lo que se ha llamado *mejoras*. Las propias leyes que establecieron entre nosotros la legitima de los cuatro quintos, esas mismas la explica-

ron y completaron con esta institucion. Despojando al padre de todo derecho de testar para su alma (1) ó para extraños en aquella gran mayoría de sus bienes, diéronle sin embargo ese derecho respectivamente á sus hijos, y para beneficio de sus hijos, hasta en el tercio de su hacienda. De modo que la suma doctrina legal consistió en una combinacion artificiosa de límites y de poder, de imposibilidades y facilidades, que satisficieron á nuestro juicio completamente las idéas, los hábitos, las exigencias del pueblo para quien se dictaban. Huyóse en este sistema de los derechos rigurosos y absolutos: no se admitió en él ninguna consideracion que eclipsase por completo á las demás consideraciones. Si estuvo muy léjos de ser omnímodo el derecho de testar, como debe suceder en los países de tendencias democráticas, al cabo, dentro de la familia, algo y mucho se otorgó al padre con la facultad de conceder mejoras. Todo había querido atenderlo el legislador en su conciliadora prudencia: ni los hijos podían ser privados por un capricho de la mayor parte de los bienes que naturalmente esperaban; ni los padres quedaron desarmados delante de ellos, con mengua de una autoridad tan respetable como la suya, y sin el poder doméstico que les ha confiado Dios en su carácter de jefes y cabezas de sus familias.

6. Pero si éste era, en principio, en resúmen, el sistema castellano al comenzar el siglo XVI, no cabiendo sobre su naturaleza ninguna verdadera cuestion, no pudiendo dudarse de su esencia ni de sus límites; forzoso es reconocer que faltaba expresion, decision legal, para muchos de sus pormenores, y que cabían fácilmente arduos y empeñados problemas en varios incidentes de su aplicacion y de su práctica. Las leyes que hablasen de este asunto no eran hasta entónces más que las dos que hemos citado; y eso, suponiendo que la del Fuero-Juzgo pudiera invocarse y aplicarse. Nada más había en ellas, ninguna otra cosa habían hecho que establecer un principio de doctrina, que asentar una base de legislacion. Y si ellas no habían cuidado de

(1) Usamos la expresion de testar *para su alma* ó *en favor de su alma*, porque está usada por todos los expositores. A nosotros no nos parece muy propia; y mucho ménos la que tambien se acostumbra de *insituir á su alma por heredera*. El heredero, que *legalmente* se hace la misma persona con su causante, debe ser, no puede ménos de ser *naturalmente* una persona distinta. Pero si fuésemos á censurar todas las locuciones impropias de una tecnologia como la del foro, grave carga nos impondríamos, y en insoportable trabajo nos empeñaríamos.

su desenvolvimiento auténtico, fácil es de conocer cuántas dificultades embarazarían al doctrinal, considerando que nuestro Código científico, el de las Partidas, no había admitido la propia base, sino una bien opuesta, cuyas deducciones legítimas, cuyas consecuencias prácticas debían ser necesariamente muy otras.

7. Infiérese de aquí, aun en el terreno más general y más abstracto, que las leyes de Toro, destinadas á resolver dudas, á transigir diferencias, á poner en orden y conciliacion los encontrados elementos de nuestro derecho, tenían naturalmente que ocuparse en estos importantísimos asuntos de legítimas y mejoras. No por un capricho, no siquiera por un deseo de perfeccionamiento vulgar, debían acudir á esa materia los jurisperitos que se dedicaban á aquel trabajo: era indispensable que á ella viniesen, si habían de cumplir el propósito que los llevaba á la redaccion de este cuerpo legal, cuyo confesado objeto era el de completar el derecho existente, el de resolver las dificultades de la práctica diaria. La cándida sencillez de la ley del Fuego reclamaba una científica explanacion de sus bases: la jurisprudencia, hasta allí caprichosa porque carecía de apoyos teóricos y reflexivos, demandaba tambien fundamentos de orden, principios realizables de razonada aplicacion. Ni podia ser más importante la materia, ni se podia recomendar la decision con más urgencia ni con más empeño. La transmision hereditaria es uno de los primeros principios de toda sociedad civil; y no merece el nombre de legislacion filosófica y culta la que no cuida de definirla convenientemente en sus preceptos, resolviendo todas las dudas que hayan surgido acerca de los mismos en el variable terreno de la práctica.

8. Hé aquí lo que trataron de hacer varias leyes de Toro, á comenzar por esta décima séptima que nos ocupa.

II.

9. Tiene por objeto la presente ley estatuir la revocabilidad ó irrevocabilidad de esas mejoras del tercio, á que hemos hecho alusion. Con este fin, da por sentados algunos supuestos en la esfera de su derecho; y pasando á la parte preceptiva, establece un principio, señala excepciones, y vuelve á distinguir y á excepcionar en las excepciones propias.

10. Los supuestos asentados por ella, son: primero, que las

mejoras pueden hacerse, no solo por testamento ú otra especie de disposicion *mortis causa*, sino tambien por contrato entre vivos; y segundo, que pueden hacerse á hijos ó descendientes que se hallaren en poder del padre, y asimismo á hijos ó descendientes que estuviesen fuera de su potestad.

11. Esta segunda suposicion era natural, era obvia, no ofrecía en nuestro juicio dificultad alguna. Basta considerar que la madre no tuvo nunca, ni tiene aún, esa potestad por las leyes castellanas, y sin embargo la madre tambien mejora: basta considerar, contrayéndose al padre especialmente, que los hijos emancipados son tan necesarios herederos como aquellos otros que no han salido nunca de su poder. La siguiente ley, la décima octava, nos dirá además que puede mejorarse á los nietos, viviendo sus padres, hijos del que mejora, bajo cuya autoridad deben naturalmente hallarse.—Mas en lo tocante á lo primero, á la suposicion de que la mejora pueda hacerse por convenios, de la propia suerte que por disposiciones testamentarias, nuestra razon nos dice que algunos motivos habria efectivamente de duda; y que se ha hecho bien por consiguiente en determinar el caso, siquiera haya sido de pasada, y no en una forma preceptiva, imperatoria. Si las mejoras, de cierto, son partes de las herencias, y si las herencias se ordenan sólo en testamentos ó codicilos, y no se solemnizan en verdaderos contratos, nada tendria de particular el que una jurisprudencia rigurosa hubiese repelido toda mejora hecha por pacto ó convencion, y pretendiese que era inhábil é ineficaz un acto de ese género, en el que se contrajeran obligaciones, á favor de determinados hijos, sobre el caudal que por su muerte debían dejar los padres.

12. No fué ésta sin embargo la doctrina ni la voluntad de la ley. Su sistema ha sido un sistema ménos riguroso: su inteligencia una inteligencia de más buena fé.—«No tengo inconveniente (dijo) en que los padres se comprometan durante su vida por actos formales, hasta por verdaderos contratos, sobre las ventajas que quieran dar á algunos de sus hijos, en razon de mejoras. Si esto se suele hacer por lo comun en los testamentos, si parece lo más natural que se haga en los testamentos, permito con todo que de cualquiera otra manera se inicie, que de cualquiera otra manera se haga. Yo descarto, yo repelo toda sutileza y aun toda consideracion que pudiese impedirlo: esa facultad es demasiado importante, y puede producir demasiado buenas consecuencias, para que no la dé toda mi aprobacion, todo mi apoyo.»—Así pensó el legislador; y como resultado de

ello, escribió esta ley que nos ocupa, y alguna otra de las siguientes, que guarda con ella completa concordancia (1).

13. Mas por lo mismo que se daba tal amplitud en este particular, hacía inmediatamente indispensable lo que sigue en el texto que examinamos; por lo mismo era necesario escribir derecho sobre la revocabilidad ó irrevocabilidad de las mejoras. Si sólo hubiese sido posible concederlas en testamento ó en otras últimas voluntades, dicho se estaría que toda mejora tuviese que ser esencialmente revocable, como lo era el conjunto de que formaba un hecho, un elemento parcial. Admitiéndose la mejora por acto de vida, por contrato, no solo faltaba ya esa razon, sino que aparecía y podía presentarse la contraria: los contratos producen por lo comun obligaciones permanentes, obligaciones que no se revocan por meras y especiales voluntades. De donde se derivaba lo que acabamos de decir: esa declaracion, esa extension, exijía como corolario ótra no ménos explícita en este punto: reconociéndose una y otra clase de mejoras, forzoso era resolver lo conveniente sobre su revocabilidad ó su irrevocabilidad. El supuesto hacía necesario el precepto: lo que se admitía obligaba á que en este punto se ordenase algo.

14. Á nuestro modo de ver, la ley procedió con razon y con juicio. Lo primero, buscó una regla general, para fijarla como base: despues, inquirió si esa regla podía tener excepciones: aun dentro de estas excepciones mismas, halló casos en que era oportuno volver á la base, al sistema fundamental. Y todo lo dijo claramente; y en todo fué guiada por consideraciones de buen sentido, que son siempre las más propias de hombres de estado, que no pierden de vista ni los hábitos ni las necesidades de sus pueblos.

15. Sabia muy bien la ley una cosa que ya hemos indicado nosotros:—que en materia de disposiciones *inter vivos*, en materia de contratos, no solo bilaterales mas aun unilaterales, lo ordinario, lo vulgar es que los pactos concertados, que las obligaciones convenidas y aun ofrecidas, sean por su naturaleza irrevocables. El derecho escrito, de acuerdo con la razon, presume que son cosas serias las palabras humanas; y toda vez que se pronuncian y se consignan, no concibe que queden fácilmente sin efecto. La revocabilidad es siempre una excepcion en el terreno comun de las obligaciones concertadas y perfectas: lo natural y lo ordinario,—repetimos,—es que sean irrevocables.

(1) Ley vigésima segunda.

Cuando el que se obligó de ese modo no quiere cumplir sus compromisos, el que á su vez ganó la respectiva accion le compele, le fuerza á ello.

16. Mas no obstante ese principio, la misma ley debió tener presentes otras consideraciones en el caso que nos ocupa, y se vió llevada á buscar otra base, y á escribir un precepto diferente. Ni pudo prescindir de la verdadera íntima naturaleza de la mejora; ni pudo olvidar que al cabo consistía la índole de ésta en ser una parte de la sucesion que había de dejar el padre otorgante. Si por facilitar las ventajas que en ello viera, accedia á que las tales mejoras se pudiesen otorgar convencionalmente y por medio de contratos, no fué sin embargo razon que diese una omnimoda importancia á la forma, cuando el fondo no concurría á recomendar idénticas consecuencias.—«La mejora, mejora es, (pensó), y nada más que mejora, miéntras solo está convenida, pactada, otorgada, por un hecho convencional puro y simple. No elevemos pues el accidente sobre la sustancia. Conservémosle el carácter que no ha traspasado, que no ha llegado á perder, sin consentir que lo eclipse el carácter de una forma, que es solo accesoria, que no es esencial á ella.»

17. Aquí está el sistema, y aquí está la razon del sistema consagrado por nuestro texto. Ora haya sido, dice, inserta la mejora en una última voluntad, ora pactada por algun contrato entre vivos, hasta la hora de su muerte puédala revocar el padre. Esa es su doctrina capital, esa es su base, esa es su regla. Las excepciones, como hemos anunciado, vendrán despues, cuando se presente alguna circunstancia que las motive. Mas el hecho mero y desnudo de haber pacto, de haber convencion, de haberse concedido por un documento de vida, eso segun la ley no cambia la índole de la mejora, no la constituye irrevocable. Más que ese accidente puede y pesa la consideracion hereditaria que tiene por carácter íntimo y esencial.

18. Pero dicho esto, habemos de llegar á las excepciones. La ley misma no debió desconocer que podrian ir tan allá, en esos casos de contrato, las circunstancias de la forma, que fuese imposible no concederles influencia sobre el fondo. En buen hora que el simple mandato, que el mero hecho de mejorar, realizados por contrato, fuesen revocables, de la propia suerte que si se hubiesen consignado en testamento; pero si se había pasado del precepto propio, si había intervenido tradicion, si se entregaron realmente los bienes en que consistía la mejora, ¿era posible que continuase aún en tales casos el mismo derecho, y que tambien

se pudiese revocar lo que en rigor no se revocaba sólo, sino que se deshacía? Ó bien, suponiendo una hipótesis diversa, si el contrato por el cual se daba ó se ordenaba la mejora de que hablamos era un convenio de recíprocas obligaciones; si á virtud de esa entrega ó de ese acuerdo contraía una tercera persona efectivos y reales compromisos; si tal vez los llevaba á cabo, ¿había de poder quedar sin efecto lo que fuera en realidad su causa, su compensacion, su equivalencia?

19. Claro es que esto no era posible. No sólo la razon legal, sino hasta el mero buen sentido indicaban á los legisladores lo contrario. En su mano habían tenido sin duda el prohibir que las mejoras se hiciesen por actos *inter vivos*, limitándolas tan sólo á las últimas voluntades: en su mano tenían tambien el impedir que se realizasen absolutamente, por todo género de convencion onerosa. Mas no queriendo esto, mas no atreviéndose á esto, mas viendo en el sistema contrario ventajas que no se querían perder, libertades que parecía oportuno respetar, necesario fué admitir las consecuencias del sistema mismo, y aceptar las excepciones que hemos anunciado, á la primitiva, capital regla de la revocabilidad. Sin duda había ó podía haber en estos casos algo más que un simple accidente de herencia; y nada tenía de extraño que no se acomodaran rigurosamente á la norma comun de las sucesiones hereditarias.

20. Y en efecto, eso es lo que se nota en las excepciones que esta ley consigna, en los casos de irrevocabilidad que establece. La mejora del tercio verificada por contrato entre vivos será irrevocable, segun su texto, en las hipótesis que siguen. Primero: cuando el padre testador haya entregado la cosa ó cosas en que consistiere dicha mejora al hijo ó descendiente mejorado, ó á quien tuviere su poder para recibirla. Segundo: cuando le haya entregado ante escribano la escritura en que realiza y le otorga tal mejora. Tercero: cuando medie para conceder ésta un motivo oneroso con otra distinta persona; séase casamiento, séase cualquier análogo que incluya obligacion. Es decir: cuando un tercero, un individuo diferente del padre y del hijo, concurre al acto, se impone algun gravámen, adquiere ó toma algun compromiso; y ora como causa, ora como consecuencia de ello, promete, otorga, lleva á cabo el padre esa ventaja hereditaria de que hablamos. Si no más que en estas tres hipótesis, de cierto en estas tres hipótesis la mejora pactada es, segun el texto de la ley, irrevocable y definitiva; ni se puede romper, ni se puede variar.

21. Detengámonos ahora un momento en cada cual de ellas, procurando comprenderlas exactamente, y hacernos cargo de toda su razon.

22. Es el primer caso cuando el padre entrega á su hijo los efectos ó bienes en que ha de consistir la mejora. Para cuya inteligencia es necesario tener presente que ésta se puede hacer de ó con cosas determinadas, como cabe que sea genérica, que se refiera al tercio del caudal, puro y abstracto. Más adelante encontraremos dos leyes, la décima nona y la vigésima, que lo dicen así; que autorizan á los padres para que puedan señalar los bienes específicos de que hayan de componerse las expresadas mejoras, prohibiendo que cuando tal sucediese se falte á su voluntad, y se las haga consistir en otros. Véase, pues, cómo la ley ha hablado con exactitud: cómo no hay dificultad alguna para que el padre mejorante entregue las cosas en que mejora, á cualquiera de sus descendientes.

23. Ahora bien: cuando ocurre este caso, cuando el padre por un acto entre vivos se compromete, mejorando á un hijo suyo en tal cosa ó en tal cantidad, y de hecho y en aquel momento se la entrega, por más que la ley no le llame sino mejora, porque el mismo padre no le haya dado sino este propio nombre, la verdad es que unida con ella, con la idéa fundamental de ella, existe una donacion, y es forzoso reconocer una donacion. La mejora exclusiva y pura—el buen sentido lo dice—sería un mero acto de futuro, para lo futuro; y aquí tenemos un acto de presente, para lo presente. El padre que tal cosa hace, no sólo *mejora*, sino que desde luego *da* á su hijo. Con la esencia de lo uno tiene que combinarse la esencia de lo otro. Por eso las consecuencias, los necesarios resultados, tienen que participar de las condiciones de las dos.

24. Tambien encontraremos más adelante otra ley,—la vigésima sexta,—segun la cual las donaciones hechas en vida por los padres á los hijos, se entienden despues de su muerte mejoras, y se imputan en este concepto. Todo ello, pues, está enlazado; todo era forzoso que lo estuviese, si se habian de tener en cuenta las inspiraciones más obvias de la recta razon. Si las donaciones de los padres no fueran despues imputables á los hijos, claro es que por ese medio, por donaciones hechas á unos, se podría dejar sin legitima á los otros. Si esas mismas liberalidades no se imputaran como mejoras sino como legitimas, claro sería igualmente que más que de liberalidad tendrían la condicion de un préstamo, de un adelanto. La verdad es que entre la

donacion y la mejora hay natural analogía; y que así como aquélla se convierte en ésta, cuando muere el padre que la otorgó, así también ésta última toma el carácter de la primera, y adquiere su irrevocabilidad, cuando se completa con la entrega de los bienes en que consiste.

25. No debemos pasar de este primer caso ó hipótesis, esto es, de el de la entrega de los bienes en que consistía la mejora, sin hacernos cargo de varias sub-hipótesis que en el mismo son posibles, y sin decir algunas palabras sobre las dudas á que pueden dar ocasion. Hasta aquí hemos hablado de la expresada entrega, como comprendiendo la totalidad de los bienes en que dicha mejora se efectúa; pero bien se alcanza que los hechos pueden no haber ocurrido plenamente de ese modo, y es indispensable discernir cuáles otros podrán presentarse, y cuál deberá ser el derecho que haya de regularlos.

26. Hé aquí una suposicion. El padre, siempre por contrato entre vivos, mejora á tal de sus hijos en dos fincas, y sólo le entrega una. ¿Habrà de decirse que la irrevocabilidad, consecuencia de la tradicion de ésta, alcanza á la otra, á las dos? ¿Habrà de suponerse, aunque no se haya dicho, que lo entregado representaba á lo no entregado, y producía en ello un efecto idéntico al que realizaba en sí propio?

27. Francamente, no lo creemos; porque no descubrimos, ni en lo moral ni en lo legal, ninguna razon para que así sea. Entre las dos fincas de que se trata no existe ninguna relacion que forzosamente las una. Cada cual ha podido venir de por sí, y ser ella sola, únicamente, materia de la disposicion paterna de que hablamos. Parécenos, pues, que si no se ha hecho entrega material de las dos, es porque en realidad no ha querido hacerse. Ahora bien: la entrega, no más que la entrega, es, en esta hipótesis, lo que pone un límite á la facultad de la revocacion. ¿Con qué derecho la supondremos, en perjuicio de la libertad del padre, respecto á aquella finca, nominativamente señalada, y que el padre no ha entregado? Puesto que él distinguió en su accion, natural, necesario es que también distinga el derecho. En su mano estaba dejarse expedito ó cerrarse un camino, el de revocar su mejora: si él no se lo cerró sino en parte, ¿por qué hemos de querer cerrárselo en el todo, contra la índole fundamental de las mejoras mismas?

28. Segunda suposicion. El padre, igualmente por contrato entre vivos,—ahora no hablamos de otra cosa,—mejora á uno de sus hijos en lo que importe el tercio de sus bienes, previnien-

do que lleve en dicho tercio tal finca, y entregándole ésta en el acto. ¿Se ha de suponer, cuando no haya declaracion expresa ni en pro ni en contra, que la tradicion de esa finca es emblemática de la del tercio todo; y que no sólo no ha de poder revocarse la mejora por lo tocante á ella, á la finca, pero ni tampoco en la suma total, en el importe íntegro, á que, llegado el momento de la liquidacion, ascendiese?

29. En nuestro juicio esta duda se debe resolver afirmativamente. Su caso no es el de la dificultad anterior. Allí no entregó el padre, porque no quiso, una parte específica de aquello que había señalado como mejora; aquí entregó todo lo que en el momento podía natural y fácilmente entregarse, todo lo que estaba entónces conocido, fijo, determinado. Si no quiso por este hecho demostrar su voluntad de hacer íntegra y completa la entrega, no sabemos por cuál otro de tradicion emblemática habría podido demostrarlo más terminantemente. La cosa entregada se presenta aquí sin esfuerzos de ingenio, sin repulsa alguna del buen sentido, como representacion de la mejora toda. Traspasando en el acto lo que era posible traspasar, dió á entender cuál era su voluntad, cuál era su ánimo, cuál era su propósito. No dudemos del derecho, cuando los hechos se presentan con tales circunstancias.

30. Tercera suposicion. Ha hecho un padre, por contrato, la mejora del tercio á uno de sus hijos; y le ha entregado realmente, materialmente, tantos bienes, tantas fincas, cuantos componían la tercera parte de lo que entónces disfrutaba, porque este cálculo, porque esta division eran cosas fáciles. Pero su caudal se aumentó despues. En vez de consistir en un millon, á que ascendía cuando otorgó aquel contrato, ha llegado posteriormente á tres millones: la mejora, que se entregó como de un tercio de millon, es ya posteriormente de un millon entero. ¿Se entenderá, preguntamos, dicha mejora irrevocable, por la tradicion de los bienes que en un tercio de millon consistían; ó se estimará sólo que tiene esa irrevocabilidad lo entregado, y que puede revocarse en cuanto á los dos tercios de millon, sobrevenidos, aumentados al caudal posteriormente? La entrega del tercio presente, ¿significa ó no significa, de un modo representativo, la entrega del tercio futuro, del tercio final?

31. Á nosotros nos parece tambien que sí; que la significa, para el efecto de no poder revocarse la mejora. Considérense, si no, la naturaleza de ésta, y las palabras textuales de la ley. Recuérdese que la mejora no se debe, no se puede generalmente

estimar, sino por lo que existe al fallecimiento del padre mejorante: es una parte alicuota de la herencia, y no hay herencia sino cuando muere la persona testadora. Todas las disposiciones que se tomen en vida tienen que referirse á aquel momento, y regularse por lo que haya en aquel momento. Eso no lo puede desconocer el padre que mejora por contrato. Si pues por éste concede un derecho en esa alicuota cantidad, ya sabe de qué manera, sobre qué bases, en qué condiciones ha de haber que liquidarla. Lo que él hace de definitivo, definitivo es en la esencia, pero no es definitivo en la suma. Así como lo entregado puede encontrarse un exceso, y tener que disminuirse ó aplicarse como legítima, así puede encontrarse corto, y tener que aumentarse, para que el principio de su voluntad reciba ejecución.

32. Mas la ley dice: «Salvo si fecha la dicha mejoría por contrato entre vivos, oviese entregado la posesion de la cosa ó cosas en el dicho tercio contenidas á la persona á quien la ficiese.» Entónces será irrevocable. Pero ¿qué es lo que será irrevocable? ¿La posesion entregada? ¿la tradicion hecha? No: algo más, otra cosa; la mejora pactada y otorgada. En aquella podría haber dudas: es posible el caso en que, disminuido grandemente el caudal, lo entregado excediese con mucho, no solo de la mejora, sino aun de la legítima del hijo. En tal hipótesis, tendría éste que devolver el exceso. Lo irrevocable cuando se dió todo lo que parecía constituir la mejora, es la mejora misma, en su esencia, sea el que fuese su importe. ¿Ascendía éste á más que aquellos bienes que se dieron? Se completará en lo que fuere necesario, habrá que dar lo que falte para hacerla íntegra y completa. Esto es, por lo ménos, lo que nos parece legal, lo que nos parece inconcuso.

33. Pasemos ahora al segundo caso de los que señala la ley; al de la tradicion no real, sino simbólica. Las palabras de que se vale no hacen otra cosa que aplicar los principios del derecho comun. La entrega de una escritura que es título de propiedad de ciertos bienes, ó la de aquella en que se ha tomado la obligacion de transmitir la posesion de ciertos bienes, equivale á la entrega, á la transmision de los bienes mismos. Y aun no solo la entrega material del documento: nuestra jurisprudencia tiene admitido que el propio efecto produce la insercion en él de la cláusula *de constituto*, con la facultad que se concede en estos casos al agraciado de entrar por sí propio al goce y disfrute de las cosas de que se trata.

34. Llegamos al tercer punto, á la tercera razon ó hipótesis, cuyas palabras textuales son las siguientes: «Ó el dicho contrato—(de mejora)—se oviere fecho por causa onerosa con otro tercero, así como por via de casamiento, ó por otra cosa semejante; que en estos casos mandamos que el dicho tercio no se pueda revocar, etc.»

35. Lo primero que tenemos que notar aquí es que no se dice meramente «por causa onerosa», sino «por causa onerosa con otro tercero». No alcanza pues la ley, no comprende al caso en que el padre haya mejorado á un hijo por motivo oneroso sólo para éste. Supongamos que le hizo la mejora con tal que se casase, pero sin decir con quien, ó sin comprometerse para nada la futura; con tal de que tomase cierta carrera; con tal que fuera fiador de alguna persona. En todos estos casos ha habido causa onerosa de parte del hijo, pero del hijo únicamente; no ha habido *onus*, carga, gravámen, de un tercero: la ley no extiende su disposicion, su irrevocabilidad, á hipótesis semejantes. Mas se trató el matrimonio con una señorita determinada; y sirviendo de base, de fundamento, de capitulacion para él, se otorgó la mejora del tercio por un acto *inter vivos* celebrado por el padre: aquí, sin duda alguna, hay causa onerosa de persona extraña: hay gravámen de ésta, que tal vez no habría tomado sin aquel antecedente; aquí es terminante la doctrina, aquí es clara la voluntad de la ley. Mas al tomar el hijo la carrera de que hablábamos, hubo un pariente que se comprometió á costeársela, bajo la condicion de que el padre lo mejorase: aquí tenemos tambien la causa onerosa, trascendente á otro, decisiva, de que habla el texto. Mas al ser fiador de la persona que supusimos, esta persona abandonó una accion criminal ó mixta que tenía contra ese hijo propio, cuyo padre concurría á aquel arreglo por el hecho de mejorarle de que vamos tratando: aquí hay tambien, como en los supuestos precedentes, lo que exigieron los legisladores de Toro para que el compromiso, el pacto, la mejora, no se pudiese revocar. *Causa onerosa con persona extraña*. Son dos idéas presentadas copulativamente en una condicion. Cuando sólo concurren el padre y el hijo con sus particulares intereses, falta la segunda, que es tan esencial como la primera: cuando concurre algun extraño, pero á nada se obliga, pero ningun deber se impone, pero ningun gravámen toma sobre sí, falta la primera, que es tan esencial como la segunda.

36. ¿Por qué no habrá bastado—podrá preguntarse—con el primer pensamiento, con el de la causa onerosa, cuando ésta

pesa sobre el hijo, para que tambien sea irrevocable la mejora otorgada por actos entre vivos, en consideracion á ella? ¿No debería tenerse en cuenta lo que el expresado hijo conlleva y sufre, pues que al cabo se trata de su beneficio y utilidad? Si el padre le concede algo por ello, ¿por qué, no faltando ello, ha de poder el padre revocarlo?—Hé aquí lo que tal vez habrá ocurrido á alguno de los que nos honran leyendo este Comentario, y aun sin leerlo quizá, sólo con la consideracion de las palabras de la ley. Pero la respuesta no es difícil: el motivo del precepto aparece visible y claro, apenas se fijan en él nuestros ojos y medita un poco nuestra razon.

37. ¿Á dónde no iríamos á parar con la facilidad de esa doctrina? ¿Cuánto no pulularían las causas onerosas, hasta en las relaciones más comunes de los hijos con sus padres? ¿Cuándo resultaría, en el hecho, un solo otorgamiento de mejora que fuese posible revocar?—Y ¿cómo se desatiende, por otra parte, que la condicion de los hijos no es igual á la de los extraños, y que lo que bien puede llamarse causa onerosa respecto á éstos no es en aquellos otros sino la marcha natural de su destino, cuando no sea el mero cumplimiento de los más vulgares y más ordinarios deberes?

38. Ni se olviden, por último, y eso concluye la cuestion, los demás casos que hemos visto en la ley, ántes de este tercero. Cuando el hijo hubiese hecho algo que deba ganarle la irrevocabilidad de una mejora; cuando el padre lo creyere así, y tuviere voluntad de concedérsela de esta suerte, medios tiene sin duda para ponerlo en planta, sin necesidad de invocar lo oneroso del motivo. Entréguele la cosa ó la cantidad en que la mejora hubiere de consistir; entréguele la escritura en que se la concede; y nadie le podrá preguntar por qué razones lo hizo, ni pretender que lo hecho pueda variarse. Este caso tercero en que nos ocupamos no tiene aplicacion natural sino cuando hay extraños mezclados en el asunto: entre hijos y padres solos, bien basta con los otros dos para todas las aplicaciones del sistema de la ley.

III.

39. Queremos concluir la exposicion completa de este mismo sistema, ántes de proponernos alguna dificultad á que las palabras del texto pueden dar ocasion; y ántes tambien de examinar

las innovaciones ó por lo ménos excepciones, introducidas por otra ley más reciente. Por eso pasamos de corrido á su última parte, en la que declara cuándo—á pesar de la entrega de los bienes de la mejora, ó á pesar del contrato oneroso para un tercero en que ésta se concertó y concedió,—puede el padre volver sobre su voluntad y sus hechos, y darla por nula, y revocarla de un modo completo y hábil.

40. Hé aquí el primer caso en que esto es posible. Cuando al hacerse la entrega, cuando al otorgarse el contrato oneroso, cuando al realizarse aquello de que debía depender la irrevocabilidad, se acompañó todo con la reserva, con la prevencion explícita de que podría revocarse lo que se practicaba. Como se ve, esta prevencion constituyó un pacto en el contrato mismo, y modificó en ese sentido su naturaleza y sus resultados. Y nada tenemos que añadir en el particular á las palabras de la ley, claras y terminantes de suyo: lo único que se necesita consignar es que la reservacion ha de ser explícita y notoria, como que va á cambiar las condiciones naturales de una convencion, sujetándola á un derecho que no es ordinariamente su derecho. Puédelo hacer la voluntad del otorgante, del mejorante; mas es menester que conste, sin ningun género de duda, que tal fué en efecto su voluntad.

41. Pasemos á otro caso, indicado tambien en la ley, pero de un modo más vago, de pura referencia. La ley quiere y dice que estas mejoras, ó algunas de estas mejoras, declaradas por ella irrevocables, vuelvan sin embargo á su condicion primitiva de revocabilidad, cuando ocurriere cualquiera causa de las que, segun el derecho de estos reinos, producen igual revocabilidad en las donaciones perfectamente celebradas y realizadas.

42. Á consecuencia de estas palabras del texto pueden preguntarse dos cosas. Primera: ¿cuáles son esas causas, que, segun las leyes de Castilla, hacen revocables las donaciones? Segunda: ¿de qué mejoras aparentemente firmes se habla aquí, cuando se las torna á la condicion de revocabilidad;—de aquellas en que el padre ha entregado los bienes ó la escritura al hijo preferido, de aquellas en que le favoreció por una causa onerosa para tercero, ó de las unas y de las otras, igualmente de todas, sin distincion alguna?

43. Las causas que hacen revocables entre nosotros las donaciones están expresadas en la ley 1.^a, tít. 12.^o, lib. III del Fuero Real, y en la ley 10.^a, tít. 4.^o, Partida V. Seria por una parte demasiado largo, y por otra inútil el copiar aquí las ex-

presadas leyes. Bástenos decir que todos los motivos consignados en ellas son hechos de ingratitud notable, cuando no escandalosa; y bástenos observar tambien que si por tales hechos pueden justamente deshacerse donaciones entre personas extrañas, más natural y más justo es que se deshagan ó revoquen mejoras otorgadas á hijos ó descendientes. Cuanto mayor es la proximidad, y mayores las obligaciones de estos con sus padres, tanto más fea y más vituperable debe ser la ingratitud, y tanto más rigurosas deben ser con ella las costumbres y las leyes.

44. La segunda pregunta que hemos formulado se contesta tambien fácilmente con sólo atender á los principios de la razon. La ingratitud de los hijos á quienes se han hecho mejoras, tan poderosa contra ellos, no puede sin embargo extender su accion hasta desnaturalizar lo que debió su origen á motivos onerosos de otras personas. Esa ingratitud de los hijos no variará los actos de un extraño, compensados con el beneficio á que aludimos en este instante. Ese beneficio, compensacion dada por el padre á la expresada causa, no puede desvanecerse por algo que no tiene relacion con la causa misma.

45. Infiérese de aquí que la ingratitud del hijo, que esos motivos de que hablan la ley del Fuero y la ley de Partida como bastantes para hacer revocar las donaciones, si lo son igualmente para dejar sin efecto mejoras cuyos bienes se entregaron por el padre, y que por ello no se podían alterar en la generalidad de los casos, no lo son para producir una consecuencia idéntica en aquellas otras concedidas por causa onerosa de tercero. Si el mejorante aposeionó á su hijo mejorado en una finca, si le entregó la escritura, porque así era su voluntad, y el hijo le injurió de obra despues, autorizado está aquel para desposeerle de todo, como lo podría estar para desheredarlo; pero si se las dió, si le otorgó la mejora por razon de casamiento, y en capitulacion con la familia de la desposada, aun concediendo la exheredacion, no habrá todavía posibilidad de revocar la mejora hecha. Opónese á ello una causa tan respetable que no basta á destruirla accion alguna que no sea del co-obligado, del concurrente al contrato, donde tomó origen la estabilidad del beneficio.

46. En cambio de esta doctrina que tanto liga á los padres, debemos sentar tambien otra, que, á su vez, los desliga y favorece. Puede suceder que esa persona con quien se celebra el contrato oneroso falte por cualquier razon á su compromiso, y se exima de la obligacion que había tomado. Claro, evidente

será entonces que tambien el padre que mejoró queda exento de la que echara sobre sí, y que puede libremente mantenerla ó revocarla. Quien mejoraba á su hijo por capitulacion de casamiento con una determinada señora, bien es árbitro de no seguir en tal propósito, y de anular lo que concedió, si aquel casamiento no se ha llevado á cabo. Aun casándose el hijo con otra, aun haciéndolo en igual tiempo y con parecidas circunstancias, la obligacion contraida se extinguió, y sus efectos terminaron con ella. Ya hemos dicho varias veces que la causa onerosa ha de ser de un extraño, de un tercero, con quien se contrata, y no del propio hijo mejorado.

47. Otras dos razones ha enunciado y sostenido algun autor, como suficientes para tornar en revocables las mejoras que se constituyen con el carácter de firmes segun esta ley. Es la primera el nacimiento al padre mejorante de nuevos hijos: es la segunda, una considerable disminucion en sus bienes.—Parécenos un deber nuestro el decir algunas palabras acerca de lo uno y de lo otro.

48. Verdaderamente, no sabemos por qué la disminucion de los bienes pueda tener por justo resultado el revocar una mejora firme y estable. Si los bienes son ménos, la mejora se disminuirá en proporcion; como se aumentará, si los bienes hubiesen crecido. La mejora es una parte alicuota, ó se contiene dentro de una parte alicuota, que naturalmente sube ó baja, segun se aumentan ó disminuyen los haberes del que la deja. Pero así como no varia en su esencia porque crezcan esos haberes, tampoco debe variar porque vengán á ser ménos. Entre ese aumento ó aminoracion y la existencia de la mejora no hay ninguna relacion necesaria; y no la hay, precisamente, porque es propio de todos los caudales el no ser siempre los mismos, el no permanecer estacionarios. Si al mejorar hubiera querido el padre entender otra cosa, habria hecho una reserva, segun hemos visto que está en sus facultades, y conservado así perpétuamente el poder de revocar ó modificar sus actos. Pues que no la hizo, sus actos no pueden desnaturalizarse por unas alteraciones, ó crecientes ó decrecientes, que son propias de todos los bienes de fortuna.

49. Más recomendable se presenta, á primera vista, para la pretension que examinamos, el caso de la superveniencia de un nuevo hijo. Puede tal vez creerse que el padre en cuestion habia sido llevado á conceder la mejora, persuadido de dejar á cada uno de los otros hijos tal determinada suma; y que nacién-

dole despues uno ó más, quedaban destruidas sus hipótesis, y caían por tierra los fundamentos de su resolucion. El hecho es posible; no lo negamos por nuestra parte. Y añadiremos aún, para no ocultar ningun apoyo de tal creencia, que la ley 8.^a, tit. 4.^o de la Partida V revoca de hecho ó consiente que se revoquen algunas donaciones, por una causa hasta cierto punto análoga á la que venimos examinando. Segun ella, el que dona, no teniendo hijos, sea el todo, sea una gran parte de sus bienes, si despues llega á tenerlos, ve anulado por la misma ley aquel acto de su voluntad. Ese nacimiento de seres tan ligados con él, tan necesitados de él, rompe sus antiguos arreglos, y deja ineficaz lo que la ley le permitiera hacer en la situacion en que ántes se encontraba.

50. Á pesar de todo ello, meditado bien el asunto, la doctrina en que nos ocupamos nos parece voluntaria é insostenible. Y esto, no sólo cuando hubiese habido para la mejora una causa onerosa de las que explicábamos ántes, y cuyo poder es tan notorio á los ojos de la razon y de la ley; mas aun en el caso en que es comparativamente fácil la revocacion, cuando sólo ha mediado el pacto del padre y del hijo, sancionado con la entrega real ó simbólica de los bienes. Si es verdad que el padre pudo á la sazón persuadirse de que no tendría más hijos que los que contaba de hecho, tambien lo es que la legítima de ellos todos quedó siempre á salvo, y que nunca dispuso por la mejora de lo que no habria sido materia de sus facultades, dado el caso de una más lata descendencia. La mejora no pudo consistir sino en el tercio de sus bienes; y ese tercio lo podía siempre distribuir entre sus hijos ó nietos, cualquiera que de ellos fuese el número. Si en la eventualidad de que le naciesen otros quería reservarse el poder de revocacion, ¿por qué no se lo reservó, en efecto, pues que la ley le dejaba el arbitrio de que lo hiciera?

51. Por otra parte, esa de Partida que hemos citado, y que se refiere á la supernascencia de un hijo, no tiene, si bien se medita, ninguna aplicacion al punto de este debate. Su hipótesis es aquella en que un hombre dona todos ó la mayor parte de sus bienes, porque no tiene hijos ni esperanzas de tenerlos; y su idéa consiste, y su precepto se encamina, á que á ese hijo ó á esos hijos que despues le nacen, les quede salva la legítima que el derecho les señala en los bienes paternos. Mas aquí suceden cosas muy diversas. No se trata de quien no tiene descendientes ni esperanza de ellos, sino por el contrario, de quien

los tiene en mayor ó menor número, pero al ménos dos, pues en otro caso no podría haber mejora. No se trata de quien da á un extraño todo su caudal, sino de quien beneficia, como está autorizado á hacerlo, entre esos descendientes propios. No, en fin, de quien dejaría á esos descendientes sin legitima, sino de quien la ha respetado y la tiene puesta á salvo por el mismo hecho que discutimos si se podrá revocar. Véase, pues, por qué entendemos resueltamente que no: ni la ley lo dispone, ni ninguna razon doctrinal lo persuade, á nuestro juicio, en la buena esfera del derecho.

IV.

52. Llegados á este punto, conocida en su totalidad la ley, vamos á volver en cierto modo atrás, para hacernos cargo y responder, si nos es posible, á una cuestion que puede derivarse de ella, ó nacer con motivo de ella.

53. Deben haber observado desde luego nuestros lectores que el texto de la ley en que nos ocupamos únicamente habla de las mejoras del *tercio*, que los padres pueden señalar á sus hijos ó descendientes. Ni una palabra dice en lo tocante á los *quintos*, de que tambien están autorizados para disponer, así en provecho de ellos como de cualesquiera extraños. Natural es, pues, ó posible cuando ménos, que ocurra la duda de si el derecho que aquí se fija comprende á lo uno y á lo otro, ó si es puramente especial, taxativamente destinado y aplicable á lo que en términos precisos declara. Cuando es costumbre en el foro hablar siempre de *mejoras de tercio y quinto*, cuando aun varias de las leyes que siguen consagran semejante expresion, justo es que investiguemos si es uno propio ó si son diferentes los derechos por donde se regulan las expresadas mejoras. No somos nosotros los primeros que hemos visto esa dificultad, ni los primeros tampoco que hemos querido resolverla.

54. Comenzaremos para ello por examinar bien lo que se ha llamado, hasta en las leyes, mejora del quinto ó del remanente del quinto: veremos cuál es su propio, su verdadero carácter; y aun nos permitiremos decir algunas palabras acerca de su nombre.

55. Hemos dicho al principio de este Comentario que los testadores que tienen hijos no pueden disponer con toda liber-

tad sino de una pequeña parte de sus bienes. Los cuatro quintos son legitima total de aquellos: sólo en el quinto restante existe el omnimodo poder de dejarlo y distribuirlo como pluguiere á su dueño y poseedor. Los gastos del funeral, deuda, como se dice, necesaria, que por vivir contraemos todos; los sufragios y mandas piadosas, que una cristiana costumbre ha introducido y mantiene en nuestro pueblo; los legados de cualquier especie; todo cuanto no es la legitima de los descendientes ó la mejora del tercio que se circunscribe á estos mismos, todo ha de salir de esa quinta parte, en la que el derecho de testar es ilimitado, es completo, es absoluto.

56. Claro está, aun sin necesidad de que lo dijese las leyes, que de ese quinto, ó de ese remanente del quinto, cuya disposicion es libérrima, tambien puede dejar el padre á sus hijos, ó á cualquiera de sus hijos, lo que fuere su voluntad: si cabe destinarlo á un extraño, repartirlo en mandas ó heredar en él á un extraño, no ha de ser prohibido destinarlo á quien se halla tan próximo. Lo único que nos diría la razon es que al dejarlo al hijo, cuando podia no dejársele, cuando se le dejaba por el mismo derecho que á cualquiera otra persona, no debería tener el testador otras reglas, no debería gozar de más amplitud, no debería estar sujeto á otras restricciones, que si lo dejase á cualquiera otra persona extraña. La facultad de disponer es plena y completa en esta parte; y este principio, que es el que determina el título justo en favor del individuo más remoto, debería ser el que igualmente lo determinase en favor del individuo más allegado.

57. Cuando el padre no manda el quinto á persona alguna, sino que lo deja incluso en la totalidad, en la suma de sus bienes, los hijos,—evidente es,—no suceden en el remanente de él propio por título de legado ni de mejora; suceden por título de herencia. Es que entónces no hay tal remanente del quinto: es que entónces no hay sino una masa comun, un acervo universal, porque el padre no ha querido valerse de la facultad de testar que le concedían las leyes en aquella parte.

58. Cuando se agracia con el quinto ó con algo que corresponde al quinto á una persona extraña, ó que, aun sin ser extraña, no es tampoco descendiente de la que testa, puede hacerse ó por mandas específicas, ó por mandas de cantidad, ó por un acto que es verdadera institucion de herencia en aquella su parte alicuota. De las dos primeras hipótesis no tenemos ahora que ocuparnos: las leyes que forman el presente grupo

en la Colección de Toro no es de los legados comunes de lo que se propusieron hablar, no fué los legados lo que se propusieron definir. En cuanto á la última, estas propias leyes le han llamado mejora, como veremos en una de las siguientes (1); pero no hay que confundirla (aunque prescindiésemos de la impropiedad de la palabra) con las mejoras verdaderas, con las mejoras hechas á los hijos, á los nietos, á los descendientes propios, á aquellos de quienes son las legítimas, de quienes se habla en esta ley que estamos comentando.

59. Cuando el quinto se deja á un descendiente, la tecnología jurídica le había desde luego atribuido el nombre de mejora, asimilándola á la del tercio. Las leyes, lo hemos dicho ya, aceptaron y emplearon esta denominación. Pueden verse todas las que siguen, desde la décima nona en adelante. Y no solamente la aceptaron cuando el quinto quedó reunido al tercio, sino aun en los casos en que no lo quedase, pues que emplearon disyuntivamente tales palabras. Regístrese la ley vigésima primera, y hallaremos estas expresiones: «el hijo ú otro cualquier descendiente legítimo, mejorado en tercio ó quinto de los bienes de su padre ó madre.» Mejora llamaron, pues, á la manda del quinto, aun cuando fuese sola: mejora, aun haciéndose en provecho de un extraño; mejora con mucha más razón cuando se dejaba á un descendiente. Tan fueron allá en este punto, que la llamaron así hasta en el caso de ser específica, de confundirse en la esencia con un verdadero legado.

60. ¿Tenían las leyes razón en aceptar, en emplear esa nomenclatura? No queremos profundizarlo mucho, y quizá nosotros no lo habríamos aconsejado ni hecho. Pero en rigor no puede desconocerse que si *mejora* significa gramaticalmente beneficio, distinción favorable, ventaja, entre varios que á una clase corresponden, indudable es que el hijo ó nieto á quien se manda el quinto, aventajado, distinguido, beneficiado, mejorado está entre y sobre sus hermanos, que no habían recibido lo que él, que sólo tomaban sus simples, sus desnudas legítimas.

61. Mas sea lo que fuese de la razón, valiera ó no valiera más haber conservado por único derecho del quinto el derecho de las mandas, y de las instituciones de herencia, es lo cierto que las leyes de Toro le llamaron mejora cuando se beneficiaba con él á un descendiente, y que por lo comun escribieron ésta

(1) Ley vigésima.

al lado de la del tercio en casi todas sus disposiciones. Y de aquí la razon, la legitimidad de esa duda que hemos apuntado y á que nos contraemos al presente. La ley que nos ocupa habla sólo de las mejoras del tercio, de cuándo son éstas revocables ó irrevocables. Lo que de tales mejoras dice respecto á los descendientes, ¿ha de entenderse tambien dicho para las del quinto? ¿Es el propio derecho comun á ambas clases, ó lo tenemos diferente para las unas y para las otras? ¿Será revocable el quinto, como lo es el tercio, en principio y regla general, salvo si se ha hecho su entrega real ó simbólica, y salvo tambien si se hubiese otorgado por causa onerosa para una persona extraña?

62. En nuestro juicio no puede haber seria dificultad, y la cuestion debe resolverse afirmativamente, salva cierta reserva que hacen indispensable las doctrinas fundamentales de este punto.

63. Muévenos á ello, primero, la identidad de razon, que nos parece perfecta, terminante. Los propios motivos que justifican la disposicion legal para una mejora, la del tercio, existen y se aplican en su análoga, la del quinto. No cabe concebir diferencias entre ellas; no cabe concebir en su derecho diversidad. Si allí era justo, conveniente, necesario, aquí ha de ser justo, conveniente, necesario, del propio modo. Dada la posicion del padre entre los hijos y sus mutuas relaciones, dado que ésta se estime mejora como aquella, no concebimos que pueda haber para la una una ley, que no sea tambien la ley de la otra, en este punto de su revocabilidad ó irrevocabilidad.

64. Pero tenemos todavia otro fundamento más concluyente, que es el texto de la ley vigésima segunda. Segun ésta, las promesas de mejorar ó no mejorar en el tercio y en el quinto son de igual índole, tienen el mismo derecho, se regulan por unos principios propios. «Si el padre ó la madre..... prometió por contrato entre vivos de no mejorar á alguno de sus hijos ó descendientes, y pasó sobre ello escritura pública, en tal caso no pueda hacer la dicha mejoría de tercio ni de quinto.» «Si prometió el padre ó la madre..... de mejorar á alguno de sus hijos ó descendientes en el tercio é quinto, por via de casamiento, ó por otra causa onerosa alguna; que en tal caso sean obligados á lo cumplir é hacer.» Son palabras textuales.

65. Por donde se ve que el derecho sobre las promesas de mejorar ó de no mejorar, es igual, es uno propio, para los tercios y para los quintos. Ahora bien: ¿es posible que siéndolo

para las promesas, no lo sea para las mejoras realizadas? ¿Es posible que el que promete hacer una mejora de quinto, por tales causas, esté obligado á hacerla, y que el que la hizo no esté obligado á respetar su obra? Francamente lo decimos, esa desigualdad es imposible.

66. La única salvedad que tenemos que consignar en este punto, la reserva que ya anunciamos ántes (62), consiste en lo propio que tenemos dicho sobre las cargas necesarias á que el quinto está sujeto. Del quinto se ha de satisfacer el funeral del testador; del quinto se han de sacar los sufragios que en beneficio de su alma hubiese dispuesto. Por eso la mejora ó el legado del quinto se llaman con más propiedad del remanente del quinto, aun no habiendo otras mandas que deducir de él. Pues bien: aquéllas, necesarias, piadosas, presumidas, como lo son siempre, tendrá en todo caso el testador derecho para ordenarlas y disponerlas. Si no las ha formulado ántes, podrá formularlas despues: aun siendo irrevocable la mejora del quinto, se modificará en lo preciso por ellas, porque ellas eran más indispensables, más irrevocables aún.

67. Contra las explicaciones y resoluciones que hemos dado sólo se nos puede objetar una cosa, á saber: ¿por qué no dijo la ley lo que decimos nosotros, si tal era su intencion; por qué no habló de las mejoras de tercio y quinto, como lo hicieron otras leyes, si quería en efecto establecer un propio derecho para las unas y las otras?—Confesamos de buena fé que el argumento sería apremiante y la dificultad insoluble, si se tratase de unas leyes bien redactadas, del Código de las Partidas, por ejemplo, ó de otro código que se dictase en el dia. Pero las leyes de Toro no tienen por desgracia ese mérito, y no pueden aspirar á tal presuncion. En la impropiedad con que por lo comun están escritas, sería un yerro bien notorio el dar tanta importancia á omisiones que son de cada momento. Los defectos de estilo, los defectos de expresion, las palabras anfibológicas, las culpas contra la gramática son de todos los instantes. Por eso es necesario estudiarlas y comentarlas de buena fé, como nosotros lo hacemos. Por eso es indispensable buscar á veces en unas la verdadera inteligencia de las otras. Por eso es forzoso no abandonar nunca los principios, así los generales de todo derecho, como los que de su propio contexto se deducen, para no perderse en el laberinto de una inextricable investigacion. No debe ser muy aventurada, por lo demás, la que hemos hecho, no muy erronea la explicacion que á virtud de ella hemos dado, si se considera

que ésta se halla en el fondo conforme con la de los más célebres expositores de la ley misma.

V.

68. Hemos comentado hasta aquí esta ley, como pudiéramos haberlo hecho al siguiente día de su publicación. La hemos comentado por ella misma, por las otras que la siguen, por el que podía y debía ser entonces espíritu de nuestro derecho. No hemos mirado aún á nada que la haya sido posterior. Y sin embargo, hay alguna cosa á que mirar. Existe una ley promulgada la primera vez un tercio de siglo más tarde, y que se ha insertado en las Recopilaciones, la cual modifica y en cierto punto revoca ó más bien anula sus preceptos.

69. Hablamos de la 6.^a, tit. 3.^o, lib. X de la Novísima, que fué en su origen la Pragmática de Madrid de 1534, dictada por D. Carlos I, á consecuencia de una petición de las Cortes, y que se repitió despues en otras Cortes y en el mismo lugar por D. Felipe II, en el año de 1573.

70. Queríase poner tasa á la excesiva concesion de dotes; parecía grave y malo que, dejándose llevar los padres ó de afectos imprudentes ó de vanidades ridículas, se sobrecargasen á sí mismos y comprometieran el órden y porvenir de sus familias, con entregas ó con promesas desatinadas, en favor de las hijas que iban á casar. Y dominados por aquel pensamiento, fijaron su vista los legisladores en las disposiciones de estas leyes de Toro, de las cuales la presente hacía irrevocables las mejoras otorgadas en vida por razon de un matrimonio determinado, y la vigésima segunda que veremos despues daba completa fuerza á la promesa de igual beneficio, ofrecida de cierto modo. En esas facilidades creyeron ver un principio fecundísimo del mal que deploraban; y contra esas facilidades dictaron su resolucion, de la que nos es preciso consignar los textuales términos.

71. «Y mandamos—(continúa la ley, despues de haber establecido proporciones entre los bienes de los padres y las sumas dotales que podrían dar á sus hijas)—mandamos que ninguno pueda dar ni prometer, por via de dote ni casamiento de hija, tercio ni quinto de sus bienes; ni se entienda ser mejorada tácita ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos.»—Hasta aquí lo que nos interesa, lo que dice relacion á nuestro asunto.

72. Como se ve, pues, la ley de D. Cárlos ha destruido, por lo respectivo á las hijas, el supuesto en que descansaba la presente de Toro. Esta partía de que era siempre posible hacer las mejoras por acto *inter vivos*, por verdaderos contratos; y sobre esa base, y dada esa hipótesis, establecía derecho acerca de su revocabilidad ó irrevocabilidad. La que acaba en parte de copiarse, anula y extingue para las expresadas hijas el tal fundamento. Ni por dote ni por ninguna manera de contrato pueden éstas ser mejoradas. No es sólo lo que aquí se previene que semejante mejora sea revocable; sino que se ordena el que sea nula. Tal mejora no se puede hacer. Si se otorga de hecho, no vale, no se lleva á cabo. Ni como donacion gratuita, ni como dote, ni de ninguna suerte, es practicable, es eficaz. Con razon ó sin razon, lo ha querido, lo ha mandado la ley.

73. Por de contado que ni esto quiere decir que dejen de dar dotes los padres á las hijas que se casan, ni tampoco que dejen de tener facultad de mejorarlas de otro modo que por tales contratos. Las dotes han seguido dándose y se dan; sólo que se entregan á cuenta de legítimas, siquiera sea con las ventajas que veremos en otras leyes: las mejoras se han seguido haciendo, y pueden hacerse á las hijas, pero únicamente en testamento y por razon de testamento. No fué ni la obligacion de dotar ni la facultad de mejorar lo que se suprimió por esta ley de 1534: á la primera, se la puso reglas, se le señalaron límites; á la segunda, se la reservó, por lo tocante á las hijas, á los meros testamentos de los padres, aboliendo la práctica de que se ejecutasen por contrato.

74. De donde se infiere que la décima séptima de Toro, cuya explicacion hemos dado, cuyo Comentario legitimo creemos haber hecho, sólo ha tenido lugar desde la otra, y sólo le tiene en el dia en las mejoras de los hijos varones. Ni una palabra tenemos que tocar de cuanto va dicho, respecto á estos: cuando de hijas se trate, téngase presente la prohibicion de la ley recopilada, de la ley de D. Cárlos, y acátese como es forzoso lo que es derogatorio y restrictivo de lo que ántes fuera derecho general ó comun.

VI.

75. Siendo ésta la primera ocasion en que hemos hablado de *quintos* y de *tercios*, no queremos terminar este Comentario sin advertir que en la liquidacion de las herencias, aquellos, los *quin-*

tos, se sacan primero que estos otros, los *tercios*; y que aquellos se calculan por la herencia toda, mientras que para estos sólo sirve de base lo que ha quedado despues de dicha primera deducción. Así está dispuesto terminantemente por la ley 214 del Estilo, y es la práctica constante de Castilla. Un ejemplo facilitará aún más la comprensión del asunto. Los bienes quedados se evalúan y ascienden á 30: éste es el total del primer acervo, de aquel que ha de servir de fundamento para todo. Por él se calcula el quinto, el cual asciende á 6. Aquí tenemos la cantidad de que el testador podía disponer libremente, y de la que han de sacarse el funeral, los sufragios por su alma y los legados: el remanente de la misma—ya lo hemos dicho—puede ser también mejora. En seguida, deducidos esos 6 de la masa total, de los 30, quedan evidentemente 24; y de esos 24, y no de los 30 primitivos, es de lo que hay que sacar el tercio. Así, éste, en el caso que figuramos, solo consistirá en 8, y no en 10, como habría podido estimarse á primera vista.

76. ¿Es esto á todas luces justo? ¿Es verdaderamente el *tercio* de la herencia esa suma, que no es su tercio? ¿Hé aquí una cuestión completamente ociosa en el día de hoy. Bien ó mal expresado, eso es lo que se ha entendido y lo que se ha practicado siempre en Castilla, eso es lo que han querido nuestros legisladores, ese es el indisputable derecho de nuestra sociedad.
