con la corte de Bruselas, que los consejos desinteresados son un derecho y en ocasiones un deber. Así lo falló en un caso en que el abuso se halla cercano al derecho; pero el abuso no destruye el derecho. El confesor aconseja, recomienda la reparación de un agravio, de una injusticia, está en su papel, ó digamos mejor, que cumple su misión. (1) Pero si, por medio de amenazas terribles, trastorna el ánimo del testador, entonces ya no le aconseja, sino que ordena ó prohibe, y á los ojos de la ley él no tiene semejante derecho.

136. Para lo que querríamos más rigor es para los donativos y legados hechos á concubinas. La ordenanza de 1629 (art. 132) prohibía los donativos por concubinato; un edicto de Carlos V, de 1540, prohibía á los menores que dieran sus inmuebles, por testamento, á sus concubinas. Es de sentirse que el código civil no haya mantenido esas disposiciones. El proyecto reproducía la prohibición de la ordenanza, la cual se desechó por razones de moral. Por la honra de las familias, se dejó, y hasta por interés público no debe permitirse que se escudriñe la vida privada del hombre que ya no existe, la naturaleza de sus relaciones, el carácter de sus debilidades; el escándalo que tendría que resultar de estos debates sería más perjudicial á la sociedad que la pérdida, para los colaterales, de una fortuna mal empleada por el testador. Confesamos que no es de nuestro gusto semejante moral. ¡Se teme el escándalo! No se aperciben de que originan este escándalo, porque ¿acaso no es favorecerlo el estimular el concubinato, el dejar á las personas que tienen un consorcio ilícito, la esperanza y así la certeza de que vergonzosa complacencia, ó digamos más bien la verdadera palabra, su prostitución tendrá su recompensa? ¡Se teme el escándalo! Preguntarémos ¿si acaso existe el escándalo sólo existe en los debates

1 Bruselas, 28 de Julio de 1829 (*Pasicrisia*, 1829, pág. 250).

judiciales que tienen por objeto casar liberalidades cuya causa es la liberalidad? ¿ó acaso no se obstenta el verdadero escándalo en el lujo que las queridas tienen, y en vida y después de muertos los que las sostienen? ¡Se teme el escándalo! ¡Pero si el escándalo cunde por las calles! ¿Quién ignora, pues, esas relaciones vergonzosas? Sería un acto de justicia y de moralidad el quitar á ciertas prostituidas la heredad de que despojan á los herederos. Si es que hay escándalo, no es ciertamente universal, porque sólo puede ser provechoso á las buenas costumbres.

Han tratado de sostener que las prohibiciones de las antiguas ordenanzas rigen todavía. Una jurisprudencia constante se ha pronunciado por la negativa, y en verdad que no hay el menor asomo de duda. La ley del 30 ventoso año XII (art. 7) abroga las leyes anteriores en todas las materias que son objeto del código civil; ahora bien, nosotros tenemos un capítulo especial sobre las incapacidades para recibir á título gratuito; luego está abrogado el antiguo derecho relativo á esta materia. Queda por averiguar si el código mantiene la incapacidad de las concubinas. La cuestión la decide el art. 902, según el cual toda clase de personas pueden recibir á título gratuito, excepto las que están declaradas incapaces por la ley. ¿Y en dónde está la ley que establece la incapacidad de las concubinas? Se ha creído hallarla en el art. 1131 que exige una causa lícita para la existencia de cualquiera obligación. Al explicar el art. 900 volverémos á ocuparnos de esta faz de la cuestión. De todos modos, las concubinas, como tales, no tienen sobre sí la incapacidad. (1)

Síguese de aquí que ya no puede invocarse el concubinato como causa de las donaciones ó testamentos. ¿Quiere

1 Nos limitamos á citar dos sentencias que discuten muy bien la cuestión. (Rouen, 8 de Enero de 1827, y Pau, 20 de Marzo de 1822, en Dalloz, "Disposiciones," núm. 269, págs. 132 y siguientes. Compáreso denegada, 2 de Julio de 1866 (Dalloz, 1866, 1, 377).

decir esto que no sea posible prevalerse de él en los litigios de captación y de sugestión? La jurisprudencia se manifiesta, en general, favorable al mantenimiento de las liberalidades, aun cuando se hayan otorgado á concubinas y aun cuando se ataquen por causa de captación. Concebimos el escrúpulo de los tribunales que naturalmente no quieren favorecer á las concubinas y estimular el concubinato. Pero como las concubinas no son incapaces para recibir, no debe restablecerse ni directamente con el nombre de captación, la incapacidad que en otros tiempos pesaba sobre ellas; luego si los herederos que atacan un testamento por captación se fundan únicamente en el concubinato, su demanda debe rechazarse; ni siquiera puede admitírseles á que prueben el concubinato, porque la prueba, suponiéndola rendida, sería frustratoria, y el testimonio tendría que mantenerse á pesar del concubinato. (1) El que demanda invocando la captación, debe probar el dolo; y el concubinato nada tiene de común con el dolo que engaña al testador; luego si el concubinato no ha estado acompañado de ninguna intriga dolosa, si es el cariño consecuencia de esas relaciones inmorales, lo que ha dictado las liberalidades, entonces son incaptables, (2) aun cuando el testador hubiese declarado y confesado el concubinato. Hay cortes que han ido más lejos y que se han rehusado á tener en cuenta el concubinato, aun como medio de captación y de sugestión. (3) Una corte ha llegado hasta hacer válido un testamento otorgado á favor de una concubina, siendo que constaba que ella había sido indispuesta al testador con su familia que lo había incitado á promover un pleito odioso á sus parientes, que continuamente lo excitaba á la embriaguez. (4) Esto equivale á ponerse en oposición con la realidad de las cosas; es indudable que debe haber dolo, porque tal es el fundamento de la acción; pero ¿acaso el concubinato no favorece esos manejos? ¿acaso no prepara el oído y el entendimiento á las sugestiones perdidas? Luego es un hecho que debe tomarse en consideración. Se ha fallado, en este sentido, que debe anularse la liberalidad cuando ha sido un medio de corrupción, el salario del vicio, ó el resultado de la captación y de la sugestión. (1) Esto es un poco confuso. Preferimos una decisión de la corte de Lyon. "Si, como principio general, dice la corte, el concubinato no implica la nulidad de las ventajas que las personas pueden otorgarse, sin embargo, las circunstancias en las cuales las disposiciones se han hecho, pueden probar con toda claridad que el donador no disfrutaba de la facultad de su rarazón." El caso era éste: el testador estaba sometido al yugo imperioso de su concubina, la cual había mandado expulsar del domicilio conyugal á la mujer legítima, que se vió obligada, para vivir, á buscar una colocación de criada; había mandado expulsar al padre del testador, anciano de ochenta años, para reinar de una manera más absoluta en la casa de su querido. La corte dedujo de todo esto que el testador estaba bajo el dominio de una presión culpable que le quitaba la libertad, y que, en consecuencia, no estaba sano de la inteligencia. (2) No se trataba, en este caso, de captación propiamente dicha, pero sí se ve por todo ello hasta dónde puede una pasión ciega dominar al testador y privarlo de su libertad de conciencia; con mayor razón puede volverse un instrumento de captación.

1 Compárese Lieja, 11 de Abril de 1829 (*Pasicrisia*, 1829, pág. 141).
2 Bruselas, 25 de Enero de 1831 (*Pasicrisia*, 1831, pág. 9.
3 Grenoble, 5 de Junio de 1822 (Dalloz, *Disposiciones*, núm. 270).
4 Denegada, 25 de Abril de 1842 (Dalloz, 1858, 2, 164).

Núm. 6. De la acción de nulidad.

137. ¿Quién es el que puede pedir la nulidad por causa

1 Grenoble, 30 de Abril de 1858 (Dalloz, 1858, 2, 164).
2 Lyon, 25 de Marzo de 1835 (Dalloz, "Disposiciones," núm. 272, 1°) Compárese Bruselas, 8 de Mayo de 1859 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 301), 15 de Enero de 1832 (*Pasicrisia*, 1832, pág. 26), y 21 de Noviembre de 1837 (*Pasicrisia*, 1837, 2, 243).

de perturbación de la conciencia? Como la ley no contiene ninguna disposición especial á este respecto, quedamos bajo el régimen de los principios generales. Así, pues, tiene que resolverse que todos los que tienen interés pueden promover. Por lo general, los herederos *ab intestato* son los que atacan los testamentos. Como los legatarios instituidos por un primer testamento tienen que defender su título, tienen por eso mismo derecho é interés en sostener que el segundo testamento es nulo, porque el testador no estaba sano de entendimiento. La corte de Lieja así lo ha fallado y esto no tiene la menor duda. (1)

138. ¿Quién debe probar la falta de salud intelectual? Parece extraña la pregunta, porque ¿no es el que demanda quien tiene que probar el fundamento de su acción? Ahora bien, en el caso de que se trata, la acción se funda en la perturbación del entendimiento. La única excepción de este principio es cuando la ley establece presunciones que dispensan de toda prueba á aquel á cuyo favor se han establecido. Existen presunciones en materia de insanidad? Esta es una incapacidad; ahora bien, la capacidad es la regla, lo que quiere decir que ella se presume (art. 902); de donde debe sacarse la consecuencia de que el que pretende que el testador no estaba sano de entendimiento, es el que debe probarlo (art. 1315).

Hé allí lo que nos dicen los más elementales principios. La doctrina no se ha conformado con esto; ella ha tomado del derecho romano ciertas distinciones y presunciones que pueden fundarse teóricamente, pero que casi son inconciliables con nuestros textos. (2) Luego si el testamento, dícese, sólo contiene disposiciones prudentes y juiciosas, á los herederos que lo atacan corresponde probar la demencia al otorgarse el testamento; si, por el contrario, el testamento contiene disposiciones que hacen se presuma la demencia, por más que algunas circunstancias particulares puedan justificarlas, al legatario es á quien corresponde probar la salud intelectual del testador. Esta distinción se halla en oposición con el principio que impone al actor el peso de la prueba; luego ella establece una excepción al art. 1315: ¿corresponde al intérprete distinguir cuando la ley no establece distinciones, y crear excepciones? Ciertamente que nó. No entramos en la discusión de las otras distinciones y presunciones que se establecen, porque, á nuestro juicio, sólo el legislador podría consagrarlas.

1 Lieja, 2 de Noviembre de 1826 (*Rasicrisia*, 1826, pág. 265, y Dalloz, "Disposiciones," núm. 252).

2 Coin-Delisle, pág. 82, núm. 9 del art. 901. Demolombe, t. 18, pág. 387, núm. 361.

139. ¿Qué es lo que debe probar el actor? Hemos examinado ya la cuestión cuando se trata de locura propiamente dicha (núm. 116). Si, sin estar enajenado, el testador estuviese en la imposibilidad de poder manifestar su voluntad, es naturalmente preciso que el actor establezca que la causa que impedía á aquél manifestar su voluntad existía al celebrarse el acto. En cuanto á la captación ó la sugestión, la prueba que tiene que rendirse resulta de lo que acabamos de decir; tienen que probarse las intrigas fraudulentas por las cuales el legatario ó un tercero ha inducido y engañado al testador.

¿Debe el actor articular los hechos que prueban que el testador no estaba sano de entendimiento? Se ha fallado en materia de demencia, que el actor debe presentar hechos precisos y pertinentes. (1) Cuando la acción se funda en la captación y la sugestión, no basta que el actor diga que el legatario ha empleado la captación y la sugestión para sorprender al testador las liberalidades que de él recibió, porque nuestro código no admite la captación y la sugestión como causas especiales que vicien el testamento;

1 Denegada, 17 de Agosto de 1824, Besançon, 19 de Diciembre de 1810 (Dalloz, "Disposiciones," núms. 205, 3° y 207).

tienen que precisarse los manejos fraudulentos que han engañado y que lo han inducido á hacer legados que no habría hecho si no hubiese estado asediado por el dolo y el fraude. (1) ¿Qué se entiende por hechos precisos y pertinentes? Una sentencia decide que los hechos sean graves, convenientemente circunstanciados, y que el actor indique las principales épocas á que se refiere. La corte lo decide así porque los parientes y herederos deben respetar la memoria del difunto. (2) Al leer las sentencias, se nota que la jurisprudencia tiende á desechar las demandas de nulidad fundadas en la falta de integridad de la inteligencia, y á mantener, en consecuencia, los testamentos. La antigua jurisprudencia, al contrario, facilitaba las demandas de nulidad, al menos en el sentido de que si el testamento era atacado por causa de demencia, no se exigía que el actor articulara los hechos de los cuales resultaba la prueba de la locura; bastaba alegar la demencia y ofrecer su prueba. (3) Creemos nosotros que esta jurisprudencia es más conforme al espíritu de nuestra legislación que la doctrina moderna.

Merlín invoca el principio que el código de procedimientos establece sobre la prueba testimonial: "Se articularán suscintamente los hechos, dice el art. 252, cuya prueba solicite rendir una de las partes." Ahora bien, la demencia no es un hecho propiamente dicho, sino un hábito mental, una manera de ser interior, que se manifiesta al exterior por medio de hechos positivos. Así es que sólo por medio de éstos se puede apreciar aquélla. Nos sorprende ver á Merlín reproducir una objeción que D'Agues-

1 Bruselas, 14 de Junio de 1806 y 21 de Noviembre de 1837 (Dalloz, "Disposiciones," núm. 256; Lieja, 8 de Mayo de 1851 (*Pasicrisia*, 1852, 2, 45).
2 Rouen, 3 de Mayo de 1816 (Dalloz, "Disposiciones," núm. 209).
3 Furgole, cap. 4°, sec. 2ª, núm. 209 (t. 1°, pág. 221); Merlín, *Repertorio*, en la palabra *Testamento*, sec. 1ª, § 1°, art. 1°, núm. 9 (t. 33, gs. 279 y siguientes).

seau había ya contestado. Presentóse la objeción en el célebre negocio del testamento del abate de Orléans. La ordenanza de 1667 exigía, lo mismo que el código de procedimientos, que se articularan los hechos. Pero una cosa es el hecho, y otra distinta las pruebas. En el caso que nos ocupa, el hecho es la denuncia; las pruebas del hecho son las circunstancias que cada testigo depone. ¿Cómo puede saberse anticipadamente lo que depondrán los testigos? Los hechos no se sabrán sino por las deposiciones de los testigos: así es que debe escuchárseles, si se quiere conocer la verdad (1).

En materia de interdicción, la ley exige, es cierto, que los hechos de imbecilidad, demencia ó de furor se articulen por escrito. El art. 493 suministra un argumento de analogía que á Merlín le parece invencible. ¿Acaso no es la misma la prueba en los dos casos? ¿acaso no tiene el mismo objeto en ambos? En una y otra hipótesis, fuerza es que el demandado sepa qué hechos se articulan, á fin de que pueda combatirlos con la prueba contraria. Nosotros contestarémos que es diferente el objeto de los dos litigios, según lo hemos observado ya (núm. 107). En un lado se trata de privar á un mayor del ejercicio de sus derechos civiles, imponiéndole una incapacidad absoluta en todo lo que concierne á sus intereses pecuniarios; por esto la ley quiere que la locura sea habitual, y se concibe que se manifieste difícil en la admisión de la prueba; mientras que la demanda de nulidad de un testamento se intenta después de la muerte del testador, tiene un objeto particular y estrictamente determinado, la falta de integridad de entendimiento en el momento del acto. Hé allí el hecho articulado con toda claridad, y el demandado sabe muy bien qué prueba tendrá que oponer á la del actor. (2)

1 D'Aguesseau, Obras, t. 3°, pág. 401.
2 La opinión general es contraria. Coin-Delisle, pág. 86, núm. 12 del art. 901. Demolombe, t. 18, pág. 396, núm. 368.

Si insistimos tanto en una cuestión de procedimientos, es porque, en este caso, la forma predomina sobre el fondo. Con mucha frecuencia los tribunales suspenden la acción en sus principios; la declaran inadmisible, porque los hechos no son precisos ni pertinentes. Sin duda que en esta materia los tribunales deben tener cierto poder de apreciación. Los herederos perjudicados en sus intereses están siempre dispuestos á sostener que el difunto no estaba sano de entendimiento; y ¿para qué recibir demandas cuyo final resultado ha de ser el escándalo inútil? Si los hechos no se refiriesen al momento en que el testamento fué redactado, (1) si no estableciera la insanidad del testador, aun cuando fuesen probados, (2) si fuesen destruidos por los elementos de la causa, (3) si resultare de escrituras auténticas que el testador nunca cesó de estar sano de entendimiento, (4) el juez haría muy bien en rechazar una averiguación frustratoria. Pero desechar la prueba porque los hechos no tienen un carácter suficiente de gravedad ó de precisión (5) ¿acaso no es prejuzgar lo que establezca la averiguación? ¿Pueden los jueces adivinar lo que los testigos vengan á deponer? Se rechaza á veces la prueba sistemáticamente, porque los testamentos parecen más favorables que la sucesión *ab intestato*. Esto se halla en oposición con el espíritu tradicional del derecho francés, que prefiere la sabiduría de la ley á la del hombre. Esto, además, es muy peligroso, porque á fuerza de ser favorable á

1 Donai, 5 de Mayo de 1851 (Dalloz, 1854, 5, 245). Agen, 7 de Mayo de 1851 (Dalloz, "Disposiciones," núm. 205, 1°)

2 Denegada, 6 de Marzo de 1838 (Dalloz, "Disposiciones," número 203). Bruselas, 19 de Febrero de 1856 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 198). Lieja, 25 de Enero de 1861 (*Pasicrisia*, 1861, 2, 133).

3 Lieja, 28 de Mayo de 1864 (*Pasicrisia*, 1864, 2, 379), y 3 de Julio de 1830 (*Pasicrisia*, 1830, pág. 176).

4 Denegada, 22 nivoso, año 9°, (Dalloz, "Disposiciones," número 205, 2°)

5 Bruselas, 21 de Noviembre de 1837 (*Pasicrisia*, 1837, 2, 243); Lieja, 28 de Diciembre de 1861 (*Pasicrisia*, 1862, 2, 25).

los legatarios, se corre el riesgo de negar la justicia á los herederos. ¿No sería mejor escuchar á unos y otros, salvo castigar al litigante temerario cargándole los gastos?

140. Háse sostenido que los jueces podían reducir las liberalidades en caso de captación y de sugestión, y tenemos una sentencia en este sentido, casada por la corte y con justa razón. (1) Apenas si puede plantearse la cuestion. Cuando realmente hay captación, la voluntad del testador está viciada, y viciado el consentimiento ¿puede anularse en parte el acto? Esto equivaldría á lo arbitrario en toda su plenitud, un arbitrario tan opuesto al sentido común como á los principios del derecho.

Distinta es la cuestión de saber si, en caso de captación, todos los legados deben anularse. Hay en este concepto, una deficiencia entre la insanía y la captación. La insanía vicia todas las disposiciones, porque de ella resulta una incapacidad absoluta; mientras que la captación vicia únicamente las liberalidades que por medio de manejos fraudulentos se han arrancado al testador. Cuando éste, bajo la funesta influencia de una concubina, otorga legados que son fruto del dolo, éstos deben anularse, porque, al otorgarlos, el difunto no estaba sano del entendimiento. Pero si él hace una liberalidad que nada tiene de común con las intrigas captatorias, el legado subsiste, porque el testador lo ha otorgado en plena libertad de conciencia. La corte de casación ha fallado en este sentido, y el punto no es dudoso. (2)

§ II.—De los menores.

141. Pesa sobre el menor una incapacidad relativa, en virtud de los artículos 903 y 904 que están concebidos

1 Casación, 22 de Enero de 1810 (Dalloz, "Disposiciones," número 262).

2 Denegada, 17 de Julio de 1871 (Dalloz, 1872, 1, 37).