

de la donación inmobiliaria que ella le había hecho; de lo contrario ella instituye á otro heredero. Habiéndose atacado la donación, se pidió la ejecución de la cláusula penal. Se falló que era ilícita la condición de no atacar la donación hecha á los hospicios, porque ella tenía por objeto hacer válida una liberalidad que las leyes prohíben; luego debe considerársela como no escrita, lo que implicaba la nulidad de la pena. (1) La jurisprudencia emplea extremo rigor en la aplicación de estos principios. Ha acontecido que los testadores, al querer impedir que el gobierno reduzca sus disposiciones en provecho de la familia, han añadido una cláusula penal, por la cual declaran que revocan la intención que ellos han hecho si no recibe su ejecución plena é íntegra, y, en este caso, instituyen otro heredero. Teniendo por objeto dichas cláusulas forzar la voluntad del Gobierno y embarazar el ejercicio de un derecho que es de orden público, tienen por esto mismo sobre sí la pena de nulidad. Hay, en este caso, dos vicios; el testador no puede disponer en provecho de un establecimiento de utilidad pública, con la condición expresa ó tácita de que el Gobierno autorice su aceptación por el todo; él no puede sancionar dicha disposición por una cláusula que tiene el mismo objeto y, que, en consecuencia, está manchada del mismo vicio.

Hay una sentencia de la corte de casación que parece ser contraria á esta jurisprudencia supuesto que ha hecho válida, en cierto sentido, la cláusula cuyo objeto era dar fuerza á la voluntad del testador. Veamos el caso jurídico. El testador instituye á un hospicio legatario universal, y en el caso de que el hospicio no pudiera recoger el beneficio del legado, lo substituye un legatario universal

1 Denegada, 14 de Diciembre de 1825 (Daloz, "Disposiciones," núm. 185, 1°). Compátese Troplong, núm. 264 (t. 1°, pág. 105 de la edición belga).

extraño, con exclusión de sus hermanas herederas legítimas. Se autorizó al hospicio para que autorizara el legado, pero únicamente por la mitad. De aquí surgía la cuestión de saber á quién se diferiría la otra mitad de los bienes. Por reclamación de las hermanas del difunto y por su interés, el Gobierno había reducido el legado universal hecho al hospicio. Regularmente los bienes sustraídos del establecimiento público vuelven á los sucesores *ab intestato*. ¿Y era esto posible en el caso de que se trata? No, dice la corte de París, porque la voluntad muy formal del testador era la de desheredar á sus parientes, que eran presuntos herederos. Ahora bien, esta voluntad era muy legítima, supuesto que el difunto tenía derecho para ella. Luego había que dar efecto á la voluntad del testador. ¿Y qué era lo que éste quería? Que el legatario substituido por él á los hospicios recogiese los bienes si los hospicios no podían aprovecharlos. La consecuencia era evidente. Los bienes no podían pasar á los herederos legítimos; luego tenían que aprovechar al legatario universal. Una cosa singular hay en esta decisión, y es que el instituido y el substituido concurren al legado. Explícase la singularidad por la incapacidad que pesa sobre los establecimientos públicos, los cuales no son capaces sino en el límite de la autorización que se les otorga; fuera de estos límites, ellos no pueden aprovecharse del legado, luego el substituido llamado á falta de ellos debe recogerlo en esa medida. La corte de casación confirmó la sentencia de la corte de París. (1)

477. ¿La captación y la sugestión son vicios de orden público que autoricen á los herederos para promover la nulidad, á pesar de la prohibición que se le hace de que ataquen el testamento? Hay un motivo para dudar; el de

1 Denegada, 13 de Julio de 1868 (Daloz, 1869, 1, 124).

bate se agita entre los herederos y un legatario ó donatario, personas privadas todas que se disputan el patrimonio del difunto. Estas son en apariencia intereses particulares. Sin embargo la corte de casación ha fallado, y con razón, que la cláusula penal cuyo objeto sería asegurar la ejecución de una liberalidad, obra de la captación ó de la sugestión, es nula, en el sentido de que implica una de esas condiciones contrarias á las leyes y á las costumbres que el artículo 900 tiene por no escritas. En efecto, si realmente hay captación ó sugestión, hay dolo (núm. 133); así pues, la cláusula tendería á proteger el dolo que ha despojado á la familia de un patrimonio al cual era ella llamada, y el dolo sería preventivo á los que practicarón los manejos fraudulentos. En verdad que esto sería profundamente inmoral.

Por otra parte, la libre voluntad del disponente se relaciona también con el orden público; la ley da al propietario el derecho de testar, es decir, derogar el orden de sucesión que el legislador ha establecido, fundándose en los fines de la naturaleza; pero para que la voluntad del hombre impere sobre la voluntad de la ley, preciso es que él sea libre; luego todas las causas que alteran la libertad del disponente son de orden público. En consecuencia, los herederos pueden, apesar de todas las cláusulas que les prohíben que ataquen las disposiciones del difunto, pedir su nulidad, por no ser la expresión de la voluntad libre del disponente. (1)

Sin embargo, la corte de casación agrega una restricción á esta decisión: "salvo, dice ella, el ver ulteriormente si la cláusula penal debe ó no aplicarse á los herederos."

La cláusula penal es nula si realmente ha habido cap-

1 Denegada, 27 de Marzo de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 257) Compárese Troplong, núm. 265, t. 1º, pág. 106 de la edición belga; Demolombe, t. 18, pág. 318, núm. 286.

tación y sugestión; pero si no ha habido dolo, si la voluntad del disponente ha sido libre, si ha instituido extraños en dejar sus bienes á sus parientes, á causa de la indiferencia que su familia le mostraba, ya no hay razón alguna para desviar la cláusula penal; la condición de no poner en duda las disposiciones de un testamento hecho por el testador á sus legatarios, bajo pena de privación ó de nulidad de sus legados, no es en sí misma ni imposible ni contraria á las costumbres; no se vuelve ilícita sino cuando tiende á mantener disposiciones ilícitas. Ahora bien, en el asunto juzgado por la corte de casación, una decisión judicial había desechado la demanda de nulidad formulada por un legatario contra el testamento de su tío, acción que él había fundado principalmente en la sugestión y la captación. Luego estaba probado, entre las partes, que el testamento era válido desde su origen y que no había cesado de serlo, á pesar de la discusión de que había sido objeto por parte de uno de los legatarios; por lo tanto era un acto legítimo, y cuyas disposiciones eran la expresión perfecta de la voluntad del testador, que éste había querido mantener contra los ataques de sus parientes; lo que es muy legítimo. El deber de la familia es respetar la voluntad de su pariente, y el testador puede legítimamente imponer una pena á sus legatarios, si faltaban á un deber. (1)

478. El estado de las personas es esencialmente de orden público; por esto la ley da á toda persona interesada el derecho de intentar la acción de contienda de estado. Si el testador, en la previsión de que el estado de uno de sus hijos será puesto en duda después de su muerte, impone á sus herederos la condición de no atacar el testamento por el cual ha hecho una distribución igual de sus

1 Casación de 22 de Diciembre de 1845 (Dalloz, 1846, 1, 5).

bienes entre ellos, ¿incurrirán en la pena si, á pesar de la defensa, discuten la legitimidad de uno de los herederos instituidos? No; porque sería contrario al orden público que el estado del hijo legítimo fuese usurpado por hijo que no tiene ningún derecho. El orden público está interesado en que se intente la demanda, á fin de apartar de la familia á aquél que no tiene derecho á tomar su nombre ni á recoger sus ventajas. (1)

479. ¿Es de orden público la reserva? La afirmativa no es dudosa. Verdad es que ella consiste en un derecho pecuniario, y los derechos patrimoniales son en general de interés privado, en el sentido de que el legislador los abandone á los libres convenios de las partes interesadas. Pero no pasa lo mismo con la reserva. Si el legislador no permite al padre que disponga de todos sus bienes cuando deja hijos, es porque tiene que cumplir algunos deberes respecto de los que le han dado vida; ahora bien, todo deber que incumbe al padre como tal, es de orden público. También para la conservación de las familias es por lo que el legislador ha establecido reservas; y realmente éste es el mayor de los intereses sociales, supuesto que no hay sociedad sin familias. Luego la reserva es á todas luces de interés general, y en consecuencia, la cláusula penal que tendiere á privar á un hijo de su reserva ó reducirla, es contraria á las leyes y, como tal, se tiene por no escrita. El principio es claro, pero la aplicación no carece de dificultades.

Se han presentado casos en que el conflicto que surge entre el padre y su hijo, con ocasión de un matrimonio contraído con desprecio de la autoridad paterna, había degenerado en verdadero aborrecimiento. El padre había amenazado á su hijo con desheredarlo en el momento en que el notario le presentaba sus respetuosas intimaciones,

1. Lyon, 3 Julio 1823 (Dallos, "Disposiciones" núm. 186).

y él perseveró en dichos sentimientos de cólera hasta su fallecimiento, combinando todas sus disposiciones con la mira de despojar á su hijo de los derechos que la ley le aseguraba. La cláusula del testamento por la cual él legaba á su hijo lo disponible en el caso en que su hijo no respetase sus voluntades, no tenía otro objeto. ¿Y qué diría él? Ponía á cargo de su hijo una deuda de 44,000 francos, y reconocía á su hijo un crédito de 30,000. Si el hijo, dice la corte de París, hubiera respetado esas declaraciones, en reserva habría sido absorbida por completo en provecho de su hermano. La corte resolvió, y esto era evidente, que la cláusula penal tendía á cubrir una ilegalidad privando al hijo de su reserva. Ella agrega que hay algo profundamente inmoral en una cláusula que sólo deja al hijo la elección, ó de una desheredación completa por su sujeción á las voluntades del testador, ó de una reducción de sus derechos á la reserva legal, para el único efecto de una reclamación legítima contra afirmaciones desnudas de todo fundamento. Se objetaba, no obstante, que el testador era libre para disponer de la cuantía de bienes que la ley misma declara disponible. Sí, contesta la corte, pero no se le permite que use de una facultad legal con el sólo fin de sancionar disposiciones manifiestamente contrarias á la igualdad de las particiones, la cual es de orden público, y de castigar á un heredero cuyo único error sería el no haber consentido en dejarse despojar de su reserva. (1)

480. Afortunadamente estos excesos son raros: hay mayor número de hijos ingratos que de padres culpables. Los tribunales se hallan entre escollos en los tristes debates que dividen á las familias; están dispuestos á rechazar al

1 París, 28 de Enero de 1853 (Dallos, 1855, 2, 40). Compárese de negación, 31 de Marzo de 1869 (Dallos, 1869, 1, 521).

hijo que se alza contra la voluntad paterna, cuando todo prueba que el padre ha obrado de buena fe; pero entonces se ponen en oposición con la ley, y ellos deben tener por divisa la ley antes que todo. Ahora bien, la ley da una reserva al hijo, de la cual no puede verse privado, ni en una parte ni por el total, ni por un error del padre ni por un designio fraudulento. Así es que el juez debe siempre escuchar al hijo que se queja de que su reserva es tocada por las disposiciones del padre, á pesar de la cláusula penal que se lo prohíbe; salvo que se aplique la pena si no prueba lo que alega. (1) La corte de Dijón había desconocido estos principios en un caso muy favorable al testador. Una abuela hace entre sus hijos la partición de su sucesión futura, así como de los bienes que provienen de la herencia de su marido fallecido y que han quedado indivisos en sus manos; previendo que su nieto no respetará sus disposiciones, ella lo priva de la porción de los bienes cuya libre disposición le da la ley en el caso de que turbase la armonía de la familia atacando la partición. El nieto desconoció la voluntad de su abuela pretendiendo que su reserva había sido tocada. La corte, sin recibirlo á la prueba, y por el hecho solo que él ponía en duda las disposiciones que la testadora le había ordenado que respetara, le aplicó la pena. Esto era salirse de la ley. De hecho, la corte tenía razón; no se ponía en duda que la testadora tuviese para sus hijos igual cariño. "Nadie, dice la sentencia, se atreve á acusarlo de exclusión ó de preferencia, y mucho menos de dolo ó de fraude; ella había hecho la partición con inteligencia y con la más religiosa imparcialidad; si ella colocó la ejecución de su voluntad con la amenaza de una cláusula penal, esto no fué sino para asegurar el principio de igualdad que ella proclama

1 Bruselas, 20 de Mayo de 1848 (*Pasicrisia*, 1848, 2, 293).

en sus testamentos, y para mantener la paz y la concordia en su familia." No puede uno menos que aplaudir los buenos sentimientos que animaban á la testadora y que dominaron á la corte. Pero ¿cómo es que la corte hace á un lado una acción que se funda en motivos de orden público, y cómo aplica una pena antes de haberse asegurado de que la reserva estaba intacta? La corte decide que la testadora había dejado á su nieto la opción entre dos partidos: podía renunciar á la porción disponible, atacando la partición hecha por su abuela, ó conservar sus derechos sometiendo á las condiciones que el testamento le imponía. El ha hecho su elección al rehusar dichas condiciones; luego incurre en la pena. La corte de casación no ha admitido este sistema que paralizaría siempre la acción del hijo, porque él tendría una pérdida cierta, la de su parte en lo disponible, por una ventaja cierta, el éxito de la contienda siendo siempre dudoso. ¿Qué pretendía el nieto de la testadora? Que se había tocado á su reserva por las condiciones que la partición le imponía. Si estuviese fundada dicha pretensión, la partición sería ilegal, y, en consecuencia, la cláusula penal debía tenerse por no escrita porque cubría una ilegalidad. ¿Qué era lo que quería la testadora? Ella privaba á su nieto de lo disponible para el caso en que no aceptara esas condiciones. Luego ella establecía una pena lisa y llana, y no pretendía dejar al reservatario una alternativa entre dos partidos. En caso de cláusula penal, hay siempre que hacer una elección entre la sumisión y la desobediencia; pero esta elección es contraria á la ley, en el sentido de que uno de los partidos que el reservatario puede tomar, el de la sumisión, lo privaría de su reserva ó la tocaría; luego una de las alternativas es ilegal, y, en consecuencia, el testador no tiene el derecho de imponerla ni de sancionarla por una pena. (1)

1 Dijón, 8 de Marzo de 1861 y casación, 9 de Diciembre de 1863.

Después de la sentencia de casación, se entabló un litigio sobre las condiciones que el reservatario atacaba por ocultar donaciones disfrazadas y atentatorias de su reserva. El se vió obligado á reconocer que por lo menos tres de dichas condiciones de ninguna manera tocaban su legítima; en cuanto á la última condición litigiosa, el tío, por cuyo interés se había establecido, renunció á ella. Quedaba por decidir si el reservatario había contravenido á las voluntades de la testadora de una manera bastante grave para incurrir en la pena. Casi no era dudosa la afirmativa; la corte de Nancy lo redujo á la reserva, justa pena, dice ella, de su desobediencia prolongada y de la injuria hecha á la memoria de su abuela. (1) Nuevo recurso. Había un motivo para dudar; la cuarta condición era, en realidad, la ilícita; pero tal condición había venido á caer por la renuncia de aquél que debía aprovecharla, y no obstante, el nieto había continuado disputando las demás disposiciones, lo que lo sometía á la pena, supuesto que esas disposiciones no atentaban para nada á la reserva. (2)

481 Toda derogación de las disposiciones del código concernientes á la partición de las sucesiones no es ilícita, aun cuando un reservatario fuese parte en el acto. Hay que ver si la cláusula del testamento que deroga la ley atenta á la reserva; en este caso, cesa de haber cuestión, y se aplican los principios que acabamos de exponer. Si la reserva permanece íntegra, no siendo la derogación contraria á una ley de orden público, es válida, y en consecuencia, la cláusula penal que asegura su ejecución debe aplicarse al heredero contraventor. El testador prescribe la venta de algunos de dichos inmuebles, y después declara que aquél de sus herederos que no respetare sus últimas voluntades,

1 Nancy, 13 de Febrero de 1867, salas unificadas (Daloz, 1867, 2, 36).

2 Denegada de la sala de lo civil de 2 de Agosto de 1869 (Daloz, 1869, 1, 403).

se verá privado de su parte en la cuota disponible. Se pregunta si la cláusula penal es válida. La disposición que ella tiene por objeto sancionar es contraria al artículo 826, el cual da á cada heredero el derecho de pedir su parte en espera, cuando los inmuebles son cómodamente divisibles. Pero este derecho se ha conferido á los herederos por su interés privado; ellos pueden renunciarlo, y por consiguiente, el testador puede derogarlo, sin contrariar á ningún principio de orden público; luego no hay lugar á prevalerse del artículo 900 y de anular la cláusula penal, por tender al mantenimiento de una disposición ilícita. Otra cosa sería, dice la corte de casación, si la venta de los inmuebles que la testadora había ordenado debía tener por resultado el atentar á la reserva legal de sus hijos. Pero, en el caso de que se trata, la sentencia atacada hacía constar que la venta de los bienes no podía, bajo ninguna hipótesis, tocar la reserva que la sentencia ordenaba se entregase en especie al actor de nulidad. Por lo tanto, el heredero que había contravenido á la voluntad de la testadora debía incurrir en la pena con que ella estaba amenazada á los que no las respetasen. (1)

482. ¿Es de orden público la nulidad fundada en vicios de forma, en el sentido de que los herederos puedan pedir la nulidad del testamento, por dicho concepto, sin incurrir en la pena que el testador ha conminado contra los que atacasen sus disposiciones? La corte de casación falló la afirmativa en una sentencia muy bien motivada. Ella establece como principio que la forma de los testamentos es de derecho público. ¿Por qué tal rigor cuando se trata de simples formalidades? El artículo 1,001 da la contestación, porque pronuncia la nulidad de los testamentos por inobservancia de las formalidades á que están sujetos los tes-

1 Denegada de la sala de lo civil de 15 de Febrero de 1870 (Daloz, 1870, 1, 182).

tamentos, porque tales formalidades tienen por objeto garantizar la libre expresión de la voluntad del testador. Así, pues, cuando un testamento es nulo en la forma, debe inferirse que no es la expresión de la voluntad del testador, es decir que no hay testamento. ¿La voluntad del testador que prohíbe se ataque un acto sin valor puede darle una fuerza cualquiera? ¿la cláusula penal puede dar validez á un testamento que no existe á los ojos de la ley? Esta cláusula es contraria á la ley, contraria al orden público, que no permiten que se mantenga un testamento, cuando no se ha expresado legalmente la voluntad del testador. En este caso, debe predominar la sucesión legítima, lo que no tiene la menor duda. Pero, agrega la corte de casación, si los herederos, á pesar de la cláusula penal, tienen el derecho de promover la nulidad, lo hacen á su cuenta y riesgo. Así, pues, cuando el tribunal declara su acción mal fundada, sufrirán la pena. En efecto, ellos habrán atacado injustamente un acto que era la expresión libre y legítima de la voluntad del testador; y éste no tiene el derecho de sancionar sus voluntades por una pena, cuando él dispone de los bienes de que tenía derecho á disponer, y bajo condiciones lícitas.

*II. De los casos en los cuales es válida la prohibición de atacar el testamento.*

483. En principio, no podría disputarse al que dispone de los bienes de que legalmente puede disponer, y con condiciones lícitas, el poder de sancionar sus voluntades por una pena. Con frecuencia se ha comparado el testador con un legislador: su voluntad tiene fuerza de ley. Ahora bien, el que hace una ley puede fijarle una sanción. Los contratos se asimilan á las leyes; por lo que las partes contratantes pueden añadirles una pena. Por la misma razón, este derecho debe pertenecer al testador. Esto nadie lo pone

en duda. (1) Ciertamente es que en los considerandos de una sentencia se encuentra una objeción de tal manera vaga que de ella no podría inferirse que la corte de París ha pretendido poner en duda el principio de la cláusula penal: "En atención, dice ella, á que todo ciudadano tiene el derecho de recurrir á la justicia para conseguir la reforma de un acto que puede perjudicarle; que este derecho es de orden público, y no puede arrebatárseles sin su consentimiento." Sin duda que no puede prohibirse de acción judicial al que tiene un derecho que hacer valer. Pero, en el caso de que se trata, el heredero no tiene ese derecho, supuesto que es legatario bajo una condición que no le permite proceder. En realidad, el considerando se sale de los límites del pensamiento de la corte; tratábase de una demanda de nulidad, fundada en la captación; la cláusula penal no se oponía á la acción de los herederos, supuesto que dicha causa de nulidad es de orden público (núm. 477); en este sentido, la corte de París tenía razón para decir que sería peligroso y contrario á la ley prohibir la acción; luego la cláusula penal era ilícita, y debía tenerse por no escrita; sólo que era preciso hacer una restricción para el caso en que la captación no se demostrase; y por no haber hecho tal reserva es por lo que fué casada la sentencia de la corte de París. (2)

484. Así, pues, podemos establecer, como principio, que la cláusula penal es válida cuando tiene por objeto garantizar intereses privados. La jurisprudencia ha hecho frecuentes aplicaciones del principio. Hay casos en que no es dudosa la naturaleza del interés que el testador ha querido resguardar. Un testador lega una casa con sus dependencias á su sobrino; y para el caso en que el lega-

1 Gante, 10 de Marzo de 1860 (*Pasicrisia*, 1860, 2, 229).

2 París, 25 de Enero de 1841 y casación, 22 de Diciembre de 1854 (*Dalloz*, 1846, 1, 6).

tario se viese turbado en el goce de dicho legado por uno de los parientes del disponente, él lo instituye legatario universal. Surgió una contienda entre el hermano, heredero legítimo del difunto, y el legatario, acerca del punto de saber si estaba comprendida una granja en el legado; el tribunal falló que la reivindicación del hermano estaba mal fundada, y que, por consiguiente, se había incurrido en la cláusula penal. Había un motivo para dudar: ¿no podía decirse que el heredero legítimo respetaba el legado, y que únicamente discutía la interpretación que le daba el legatario? La corte decidió que la voluntad del testador se había desconocido en uno de sus efectos, y que, por consiguiente, estaba incurrida la pena; su decisión fué confirmada por una sentencia de denegada apelación. (1) En otro caso, el legado se había hecho en provecho de la mujer del testador; en el caso en que el testamento fuese atacado por sus herederos, el disponente instituía á su mujer legataria universal; tenía derecho para ello, porque no dejaba más que parientes colaterales; su único objeto era impedir discusiones de familia, penosas siempre y con frecuencia desdichadas para la memoria del difunto y para los que le sobreviven. Estamos citando los términos de la sentencia, los cuales son decisivos, porque de ellos resulta que no había más que intereses privados complicados en el debate. (2)

485. Según los términos del artículo 1,021, el legado de la cosa ajena es nulo. ¿Es de orden público? La negativa es clara. En efecto, legar la cosa ajena, no es disponer de ella, sino legar el valor de la cosa; los jurisconsultos romanos validaban el legado, cuando el testador sabía que la cosa no le pertenecía. Luego la decisión de los autores

1 Amiens, 13 de Agosto de 1846 y denegada, 5 de Julio de 1847 (Daloz, 1847, 1, 256).

2 Limoges, 13 de Agosto de 1856 (Daloz, 1856, 5, 100).

del código civil recae únicamente sobre una cuestión de interés privado. De donde se sigue que se incurría en la pena cuando se agrega al testamento una cláusula penal. En vano se diría que la disposición es ilegal, por ser contraria al artículo 1,021; una condición no es ilícita en el sentido del artículo 900, por el hecho solo de estar en oposición con un texto: se necesita, además, que la ley sea de orden público. Esto es decisivo. (1)

Así, pues, el heredero que contraviniese á semejante cláusula, incurriría en la pena. ¿Y sería contravenirla el rehusarse á entregar la cosa legada? Esto no es atacar, dice la corte de casación, sino defenderse. (2) La distinción es sutil, y si fuera preciso aplicar la cláusula rigurosamente, nosotros la rechazaríamos; en efecto, la prohibición vendría á dar el mismo resultado que el ataque, es decir, que invalidaría la disposición, cosa que el testador ha querido impedir por medio de la cláusula penal. Pero la decisión se justifica por otro motivo, y es que la jurisprudencia reconoce á los tribunales un poder de apreciación que les permite decidir que el heredero no ha contravenido á la voluntad del testador, teniendo en cuenta las circunstancias de la causa. Más adelante examinaremos esta doctrina.

486. Las particiones de ascendiente contienen con frecuencia la prohibición de atacar la escritura bajo la pena de perder todo derecho en lo disponible. Nada más legítimo, si la prohibición tiene por único objeto mantener una partición regular. La partición tiene por objeto preveer las disputas que con demasiada frecuencia surgen entre copartícipes. Para que se consiga tal fin, es preciso que

1 Besançon, 14 de Mayo de 1845 (Daloz, 1849, 1, 254).

2 Denegada de la sala de lo civil del 25 de Abril de 1860 (Daloz, 1860, 1, 230).

la partición se halle al abrigo de todo ataque, y tal es el objeto de la cláusula penal. Ella tiene que asegurar el reposo de la familia, interés privado á la vez que público. Asi es que bajo todos conceptos es válida la cláusula, y merece todo favor. La jurisprudencia se halla en este sentido, así como la doctrina. (1) Se ha fallado que la cláusula obligaba á todos los coparticipes hasta á los menores. (2) La menor edad de los herederos no puede ser obstáculo para el derecho del ascendiente; ellos no pueden invocar el beneficio de las leyes que rigen la forma de la partición en la cual están interesados los menores, porque las particiones de ascendiente no están sometidas á dichas formas. Por otra parte, los motivos que legitiman la cláusula penal se aplican á los menores como á los mayores; unos y otros están interesados en que no se trastorne la familia.

Sin embargo, no siempre son tan favorables las particiones de ascendiente; tienen á veces otro móvil que el de mantener la paz en la familia. Tan fácil así es favorecer á uno de los hijos por la manera de componer los lotes aun excediéndose de lo disponible, y atentando, en consecuencia á la reserva. ¿Podrá el ascendiente favorecer á uno de sus hijos con perjuicio de los demás, imponiendo, bajo una pena cualquiera, silencio á los que resultan lesionados? Ciertamente que no, porque desde el momento en que se toca á la reserva, la partición viola una ley que es de orden público; por lo mismo no se trata ya de intereses privados; se vuelve á la primera hipótesis: la cláusula penal tiene por objeto cubrir una ilegalidad, ilegalidad que se convierte en una causa de discordia y de rencores. Es

1 Denegada, 1º de Marzo de 1830 (Daloz, «Disposiciones» número 187, 2º); Lieja, 17 de Marzo de 1836 (*Pasicrisia*, 1836, 2, 66). Caen, 31 de Enero de 1848 (Daloz, 1848, 2, 154). Troplong, t. 1º, pág. 106, núm. 267.

2 Besançon 16 de Enero de 1846 (Daloz, 1847, 2, 127).

preciso que á los hijos lesionados se les abra la acción de nulidad, á fin de mantener la igualdad entre hermanos y hermanas, (1) Entiéndase bien que los hijos procederán á su cuenta y riesgo, como lo dice la corte de casación; de suerte que si se prueba que su reserva no ha sido tocada, con eso mismo se prueba que atacaron injustamente la partición del ascendiente, sufrirán la pena que se les impone. Síguese de aquí que la cláusula penal no debe aplicarse por el hecho sólo de que el testador sea atacada, el actor no puede incurrir en pena, cuando él usa de un derecho. Este derecho supone que la cláusula penal tenía por objeto cubrir un ataque á la reserva. Si la estimación de los bienes y los documentos del pleito prueban que la reserva no se ha tocado, el ataque habrá sido injusto y por consiguiente se pronunciará la pena.

Los herederos que atacan el testamento han intentado ponerse al abrigo del riesgo que corren pidiendo, no la nulidad del testamento, sino un juicio pericial previo con el fin de comprobar si la reserva está tocada ó si permanece íntegra. ¿Tienen semejante derecho? La corte de casación de Bélgica se los reconoce; (2) la corte de casación de Francia se los rehusa. (3) Creemos que esta última decisión es más conforme con el rigor de los principios. El dictamen de peritos es una medida de instrucción que tiene por objeto ilustrar al juez sobre el fundamento de la demanda que va á juzgar. Esto supone que el juez tiene abocado el conocimiento de una demanda, y que le parece necesario el juicio pericial para resolver en el litigio. Ahora bien, cuando los herederos vienen á pedirle un juicio pericial, no abocan al conocimiento del tribunal ninguna acción;

1 Denegada, 21 de Marzo de 1869 (Daloz, 1869, 1, 421).

2 Denegada 22 de Junio de 1837 Daloz, «Disposiciones» número 188 5º, y *Pasicrisia*, 1837, 1, 106). Lieja, 11 Junio de 1836 (*Pasicrisia*, 1836, 2, 66).

3 Denegada, 30 de Mayo de 1866 (Daloz, 1867, 1, 265).