

no promueven ni utilidad ni reducción, no se deciden por ninguna conclusión; los demandantes no quieren ilustrar á los jueces sobre un litigio que todavía no existe, sino que quieren ilustrarse así mismo sobre el partido que deben tomar. El juez no puede dar el derecho á semejante demanda, porque no le es permitido decidir cuando nada se infiere. Esta doctrina se funda también en la razón. El testador, al prohibir que se ataque la partición, declara con esto mismo que dicha partición es legal, que no atenta á la reserva; quiere que sus herederos se atengan á su declaración; desde el momento en que ellos la ponen en duda, al pedir un dictamen pericial, contravienen á la voluntad del difunto, si el resultado del dictamen prueba que no se ha tocado la reserva. Luego deben incurrir en la pena, y no pueden eludirla aun cuando no prosigan el pleito. Lo que prueba que esto sería eludir la voluntad del testador, es que la demanda de dictamen pericial, si se admitiese, pondría siempre á los herederos al abrigo de la pena; si el informe probase que no se ha tocado la reserva, ellos no procederían; si probase que la reserva ha sido tocada, ellos procederían; pero en esta hipótesis, la pena no sería aplicable. La opinión que estamos combatiendo modera el rigor de la cláusula penal; el juez no tiene ese poder, ni para la pena testamentaria ni para la convencional; en uno y otro caso, hay una ley que debe respetar.

487. Ha sucedido á veces que en la escritura atacada por los herederos había cláusulas lícitas y otras ilícitas. ¿Si los herederos atacan unas y otras, incurrirán en la pena? Se ha fallado la afirmativa, y, aunque rigurosa, esta opinión es la que debe adoptarse. (1) En efecto, la prohibición de promover es absoluta; desde el momento en que los herederos funden la nulidad del testamento, cometen una falta; y no se les puede excusar sino cuando se ha re-

1 Orleans, 5 de Febrero de 1870 (Daloz, 1870, 2, 49).

conocido que sus pretensiones están fundadas; si injustamente han atacado ciertas cláusulas, han faltado á la memoria del difunto, y, en consecuencia, se ha incurrido en la pena.

### III. Efecto de la cláusula penal.

488. ¿El heredero incurre en la pena por el hecho sólo de que ataque el testamento con desprecio de la cláusula penal? De antemano hemos contestado á la pregunta. Cuando la disposición sancionada por la pena es de orden público, el heredero tiene el derecho de promover la nulidad, á pesar de la cláusula penal; luego no puede aplicársele la pena, por el hecho solo de que procede judicialmente, pero procede á su cuenta y riesgo. Si se mantiene el testamento él incurre en la pena (núms. 479 y 480). Cuando la disposición, aunque contraria á la ley, es de interés privado, el heredero incurre en la pena, por el hecho solo de que pleitea, porque él no tiene derecho á proceder á nombre del interés público; luego si promueve, es por su interés; si le parece que tiene mayor interés en atacar el testamento, hace su elección, y debe aceptar sus consecuencias. Importa poco el resultado del litigio. Si lo gana, sufrirá no obstante la pena, puesto que voluntariamente se ha sometido á ella al promover; si lo pierde, debe inferir las consecuencias de su elección; habrá calculado mal, al escojer una alternativa que le hace perder. La corte de Colonia consagró esta opinión en un caso en que la partición de ascendiente era atacada por el capítulo de la composición de los lotes, pero sin que se pretendiera que hubiese habido ataque á la reserva. El interés de los copartícipes era lo único implicado en el debate; á ellos correspondía elegir aceptando la partición, aunque irregular, con las ventajas á ella inherentes, ó atacándola á causa de dichas irregularidades, salvo el incurrir en la pena. Al

decidirse por este último partido, de antemano se sometían ellos á la cláusula penal. (1)

489. El principio de que el heredero incurre en la pena por el hecho solo de que ataque el testamento, suscita algunas dificultades en la aplicación: Toda pena implica una contravención. ¿Puede decirse que siempre y en todo caso, el heredero contraviene á la voluntad del difunto por el hecho solo de que pida la nulidad del testador? En el antiguo derecho, se consideraban las cláusulas penales, que se llamaban *privativas*, como sencillamente conminatorias, en el sentido de que los tribunales no las aplicaban sino cuando el heredero era de mala fe. (2) Se ha fallado que pasa lo mismo bajo el dominio del código civil. La corte de Gante invoca la autoridad de nuestros antiguos jurisconsultos y de la práctica judicial. Inútil es discutir esos testimonios; habría que empezar por probar que los autores del código han pretendido mantener el antiguo derecho; ahora bien, el código no prevee la dificultad, y los trabajos preparatorios no dicen nada de esto. Luego la cuestión debe decidirse conforme á los principios; y bajo este punto de vista, no es dudosa. Las penas escritas en un convenio ó en un testamento no son ya una amenaza, como tampoco las penas pronunciadas por la ley. Resulta del artículo 1,231 que el juez no puede modificar la pena convencional; con mayor razón no puede desviarla como una simple amenaza, y lo que es verdad de los convenios lo es también de los testamentos. Esto es decisivo. A decir verdad, la sentencia de la corte de Gante no es una sentencia de principios, es una decisión de hecho que las circunstancias irritantes de la causa han arrancado á la conciencia de los magistrados.

1 Colonia, 23 de Abril de 1852 (Dalloz, 1853, 2, 222).

2 Lieja, 11 de Diciembre de 1812 (Dalloz, "Disposiciones," número 188, 1°).

490. Aun cuando la pena no se considera como una simple amenaza, puede uno preguntarse si los tribunales tienen, en esta materia, un poder de apreciación que les permite no aplicar la pena, teniendo en cuenta las circunstancias de la causa. Se lee en los considerandos de una sentencia que no se incurre en la pena cuando la contienda tiene una causa legítima. (1) Esto es demasiado absoluto. Cuando se trata de una nulidad de orden público que el testador ha querido cubrir por medio de una cláusula penal, hay una causa legítima de contienda, y, en consecuencia, no se incurre en la pena sino cuando se desecha la demanda de nulidad; se ha fallado entonces que no había causa legítima; cuando la contienda es de interés privado, la cuestión no puede ser ya de causa legítima; los herederos llegan entre dos alternativas, y si se deciden á atacar el testamento, por esto mismo aceptan la pena. ¿Los tribunales tienen todavía el derecho, en esta hipótesis, de tomar en consideración las circunstancias particulares del hecho? Ellos tienen un solo derecho, el de interpretar la cláusula, sujetándose á los principios generales que rigen la interpretación de los actos.

Si hubiere duda acerca del sentido de la cláusula penal, déjase entender que no se incurriría en la pena; no se puede tomar á crimen al heredero el que haya desconocido la voluntad del difunto, aun cuando dicha voluntad sea dudosa; la duda debe interpretarse á favor del que es acusado de haber faltado al respeto al testador; en donde no hay culpa no puede aplicarse la pena, porque no hay contravención. (2)

Supuesto que se trata de contravención á la voluntad del testador, hay que examinar ante todo cuál es esa voluntad. Por lo común la voluntad del difunto es imperiosa,

1 Amiens, 13 de Agosto de 1846 (Dalloz, 1847, 1, 256).

2 Lieja, 5 de Agosto de 1852 (*Pasicrista*, 1853, 2, 7).

y hay que atenerse á ella. Pero si resulta de los términos de la escritura que el padre no ha pretendido privar á uno de sus descendientes de un legado sino en el caso en que su partición fuese atacada por espíritu de mala fe y deseo de dañar, y contra su interés bien entendido, en este caso, el hecho sólo del tutor que ataca la partición, haciéndose autorizar por el consejo de familia, y por interés de su pupilo, no debe acarrear la caducidad del legado; esto equivaldría á la pena contra la voluntad del que la ha establecido. Este poder de interpretación no deja de tener sus riesgos, los tribunales pueden poner en ello demasiada indulgencia; deben siempre recordar que ellos son, nó unos ministros de equidad, sino intérpretes de la ley.

Cuando el testador piensa las disposiciones que prohíbe se ataquen, la pena debe restringirse á los casos que él ha previsto, porque es esencial en toda pena el ser de estricta interpretación.

§ IV.—DE LAS CONDICIONES CONTRARIAS A LAS BUENAS COSTUMBRES.

Núm. 1. Definición.

491. Según los términos del artículo 900, las condiciones *contrarias á las costumbres* se reputan no escritas. ¿Cuándo una condición es contraria á las costumbres? No es preciso que el hecho universal esté previsto por una ley; el artículo 6 habla de convenios derogatorios de las leyes que interesan á las buenas costumbres; el artículo 900 es más general; aun cuando no hubiese ley, basta que la condición sea contraria á las costumbres para que se tenga por no escrita. Pero mientras más general sea la disposición, más baja y difícil es de definir. En otro pasaje de esta obra hemos tratado de precisar su sentido (t. I. núm. 56); pero la doctrina no puede imponer sus definiciones; en ausencia

de un texto que define las *costumbres* y lo que le es *contrario*, hay que decir con la corte de La Haya, que al juez corresponde decidir, en cada caso, si la condición es contraria á las costumbres. (1)

492. En la aplicación, las dificultades se concentran en las condiciones convenientes al matrimonio. ¿Cuál es, en esta materia, la autoridad del antiguo derecho? ¿cuál es la autoridad de las leyes durante la revolución? Los autores están divididos. Los apegados á la tradición gustan de recurrir al derecho romano, y para ellos este derecho se siempre la razón escrita. (2) Esto es olvidar que las costumbres cambian y que el derecho es más que la expresión de las costumbres. ¿Nuestras ideas y nuestros sentimientos sobre el matrimonio son todavía los sentimientos y las ideas de los romanos? Entre ellos había un concubinato legal; el cristianismo ha puesto fin á esa vergonzosa institución que daba á la prostitución la sanción de la ley. Era tal la facilidad de los divorcios, que un padre de la iglesia reprueba á los romanos del imperio que cambiaran de mujer tan frecuentemente como de camisa; existe un abismo entre esa desmoralización legal y la moralidad moderna.

¿Quiere decir que sea preciso inspirarse en la doctrina cristiana para decidir qué condiciones son contrarias á las costumbres? Existen en el cristianismo dos corrientes que vienen á parar en consecuencias muy diferentes: hay un cristianismo tradicional que pretende ser la expresión de la verdad absoluta, inmutable: Existe un cristianismo progresivo que admite que los sentimientos y las creencias van perfeccionándose, como todos los elementos de la naturaleza humana. El cristianismo tradicional, en su forma

1 La Haya, 28 de Febrero 1816 (Daloz, "Disposiciones" número 146).

2 Toullier, Merlin (Toullier, t. 3º, 1, pág. 161, núm. 265).

la más inmutable, es el que denuncia en Francia y en Bélgica. Nosotros no lo aceptamos como autoridad en materia de costumbres, como tampoco en materia de dogmas. La moralidad moderna ya no es la de los apóstoles ya no es la de los padres de la iglesia. San Pablo ve en el matrimonio un remedio contra la impureza, un remedio menor; su ideal es la virginidad. ¿Hay que preguntar si ese es todavía el ideal de la sociedad moderna? Ella se forma una idea más elevada del matrimonio y diariamente se vé en qué viene á parar la perfección de la virginidad. Los padres de la iglesia reprueban é insultan los segundos matrimonios, y ¿es esta todavía la manera de ver de los hombres del siglo XIX? No insistimos, cada uno encuentra en su conciencia la respuesta á nuestras preguntas.

Nuestra respuesta está dada. Nosotros hemos transcrito las leyes expedidas durante la revolución (núm. 430); poco importa que se consideren como obligatorias ó no; son ellas la expresión de las ideas morales y políticas de 1789, y éstas ideas son las de la sociedad moderna. Luego las leyes revolucionarias son las que deben servir de interpretación al artículo 900. El principio fundamental de esas leyes, es la libertad del individuo, libertad absoluta en tanto que no ataque la libertad ajena. Este principio es la base de nuestro orden político, está inscrito en nuestras constituciones; debe también penetrar en nuestras costumbres por el derecho. Preciso es pues en esta materia, desecher resueltamente la tradición romana tanto como la católica. Desgraciadamente la doctrina y la jurisprudencia se inspiran en el pasado. Después de la funesta revolución de 1848, se ofreció una reacción contra los principios de 1789; en las leyes de la revolución no se ven más que excesos y abusos, en lugar de la expresión de los sentimientos nuevos de la humanidad moderna. (1) Los

1 Dalloz, (en la palabra "Disposición," núm. 133) Bayle-Moui-

estudios históricos que, con el derecho han sido la ocupación de nuestra vida entera, nos han dado otras convicciones; son la justificación ó al menos la excusa de la crítica que haremos de las opiniones contrarias consagradas por los autores y enseñadas por los tribunales.

493. Durantón asienta otro principio de interpretación. En ausencia, dice él, de una ley precisa, debemos sobre todo fijarnos en los motivos que han podido determinar al donador ó testador á no poner la condición; si no ha tenido otro que estorbar la libertad civil ó religiosa del donatario, se debe reputar no escrita la condición, porque las buenas costumbres están interesadas en que los hombres no se vean colocados entre su deber y las miras de fortuna que influyen demasiado en sus determinaciones. Vamos á ver cómo la jurisprudencia ha aplicado este principio al decidir que la condición no es contraria á las costumbres desde el momento en que las intenciones del donador son loables. Sin duda que si la intención del donador es inmóvil, la condición también lo es. Pero muy bien puede ser que la condición sea contraria á las costumbres, por puras que sean las intenciones del disponente. Basta que se estorbe la libertad del donatario para que sea ilícita la condición; de suerte que deben reprobarse todas las condiciones que colocan al donatario entre su interés y su deber. El cumplimiento del deber exige una plena é íntegra libertad para obrar; condiciones de viciar la conciencia sugiriéndole móviles impuros.

*Núm. 2. De las condiciones concernientes al matrimonio.*

494. Las leyes de la revolución reprueban toda condición "que estorbe la libertad que tiene el donatario para ca-

llar (sobre Grenier, t. 1<sup>o</sup>, pág. 704, nota a) y Demante (t. 4<sup>o</sup>, página 35, núm. 16 bis 5<sup>o</sup>), son los únicos autores que permanecen fieles á los principios de 1789.

sarse, hasta con determinada persona" (núm. 430). Este, á nuestro juicio, es el verdadero principio. El matrimonio debe ser la unión de las almas; es la simpatía que debe unir á los esposos si se quiere que el matrimonio corresponda á su destino providencial. No es bueno que el hombre esté solo, dice uno de los libros viejos que la humanidad reverencia como escrito sagrado; el hombre solo, aislado, es incompleto, y se completa, se vuelve hombre en toda la plenitud de la palabra por la unión con otro él mismo, porque los cónyuges no forman más que una alma en dos cuerpos. Las simpatías naturales son las que inspiran ese afecto tan vivo, que es superior á todo afecto. ¿Y quién da á los cónyuges esas simpatías? Dan ellos el nombre de naturales porque vienen de Dios. En este sentido es como un antiguo proverbio dice que los matrimonios se hacen en el cielo. Ricard dice que el donador, por sus liberalidades trata de inducir al donatario que contraiga un matrimonio que él tiene interés en consentir, y que tal vez no habría hecho si el donador no hubiese gobernado su voluntad con destreza. Es, añade Ricard, la manera con la cual Dios gobierna nuestras voluntades, si se permite mezclar los misterios más elevados entre las materias profanas: él atrae nuestra voluntad, por la gracia que en ella derrama, á hacer lo que nuestras malas inclinaciones se resistirían á hacer de otra manera; y con cierto encanto y cierta dulzura, él hace, sin herir nuestra libertad, que por nosotros mismos nos dirijamos á abrazar lo que él desea de nosotros. (1) Si, tales son las vías de la Providencia, vías maravillosas que reverenciamos sin comprenderlas; pero el hombre debe cuidarse mucho de querer emprender contra los designios de Dios. Todo lo que se le permite que haga, es que ilustre su conciencia, salvo el

1 Ricard, "De las disposiciones condicionales" (t. 2º, pág. 148 núm. 260).

dejar en seguida una entera libertad en vía de promover. Que sobre todo se cuide de influir en la voluntad por el grosero atractivo del interés: esto sería hacer el papel del demonio, en lugar del papel de Dios: esto sería pervertir la conciencia, en lugar de guiarla.

495. La condición de casarse está aprobada por todos. Furgole es el órgano de la opinión general cuando escribe: "El matrimonio es una cosa santa, ha sido elevado, en la ley nueva, á la dignidad de sacramento; nada es más favorable ni más útil á la sociedad civil y á la religión, supuesto que da motivos para el sostenimiento y el apoyo de los estados. He aquí por qué las condiciones que tienden y que invitan á tomar el partido del matrimonio no deben desecharse; así debe cumplirse la condición de casarse." Mientras más santo es el matrimonio, más debe uno ser libre de contraerlo ó de no contraerlo. Hay naturalidades incompletas que repugnan el matrimonio: ¿se les hará violencia? ¿se les inducirá, por el cebo del dinero, á esa abnegación, á esos sacrificios de todos los instantes, sin los cuales la vida común se vuelve una tortura? El donador puede tener excelentes razones para solicitar del donatario que abandone una existencia desordenada por los vínculos sagrados del matrimonio; he allí ciertamente un fin moral, pero el efecto puede ser muy inmoral, sí, como es de temerse, el donatario mancha el matrimonio con sus prostituciones. ¿Qué gana la moralidad con semejante unión? La corte de casación ha decidido que la condición de casarse es posible y lícita, sin otros motivos. (1) Sin embargo, los autores no están unánimes en esta cuestión, y hay sentencias que han mantenido la condición de casarse. Dícese que debe abandonarse en este punto la doctrina romana, porque en Roma el gusto desenfrenado del

1 Denegada, 29 de Diciembre de 1837 (Daloz, *Substitución*, número 149).

matrimonio amenazaba con hacer perecer á la sociedad de inacción; de aquí las leyes que castigan el celibato y favorecen á toda costa el matrimonio. En nuestros días las quejas son contra el incremento de población más bien que contra la despoblación; y no conocemos ya el desdén sistemático por el matrimonio. Como el código no se ocupa de las condiciones concernientes al matrimonio, por esto mismo se refiere á la conciencia del juez. "Siempre que la condición se explica por un interés del legatario y por una previsión legítima del testador, no es permitido hollarla." (1) La jurisprudencia es de este sentir.

496 Un testador lega á una criada que había tenido á su servicio por más de treinta años su castillo, 10,000 libras de renta vitalicia, capitales y muebles. Pone como condición *sine qua non* que la legataria no se case, "porque el estado del matrimonio no es conveniente á la felicidad de su vida." Habiendo llegado la legataria á la edad de setenta y dos años, se decidió á contraer matrimonio, y pidió la nulidad de la condición. La corte de París decidió su demanda. La sentencia asienta como principio que la condición no es nula en sí misma, porque no contiene nada esencialmente contrario á las leyes y á las buenas costumbres. Esto equivale á decidir la cuestión por ella misma; los jurisconsultos romanos la consideraban como ilícita; la ley de 1791 la reprueba, y con razón, porque viola un derecho natural, el de casarse; no porque el donatario se vea forzado á permanecer en el celibato, pero la condición puede inducirlo á ello, así es que lo coloca entre sus inclinaciones y su interés, cosa que es inmoral. La corte de París, no condena la condición de no casarse sino cuando ha sido dictada por un mal cálculo ó por la voluntad puramente arbitraria del testador; mientras que la aprueba

1 Troplong, t. 1<sup>o</sup>, pág. 98, núm. 237. Compárese Demolombe, tomo 18, pág. 283, núm. 240.

cuando la jura un honrado sentimiento. De antemano hemos contestado á esta consideración; el legislador de 1791 apreciaba mucho mejor el interés de la moralidad, disponiendo que toda condición que estorbe la libertad es contraria á las costumbres. Yo puedo tener las mejores intenciones al secuestrar á un pariente que abusa de su libertad, pero no por ello seré menos culpable. Sucede lo mismo si yo estorbo la libertad de su donatario. La corte de París invoca el interés del legatario al cual el legislador ha proveído prudentemente poniéndolo al abrigo de vergonzosas avideces, protegiéndolo contra un matrimonio desproporcionado, como el que se presentaba en la causa, entre un hombre de menos de cuarenta años y una mujer de setenta y tres. El testador, dice la sentencia, lejos de ofender las costumbres, viene por el contrario en auxilio de su dignidad y del decoro público. (1) No puede contestarse, con el órgano del ministerio público que toma conclusiones contrarias, que al legatario corresponde ver lo que tiene que hacer por su interés; que los tribunales serían casi siempre pésimos jueces de lo que aquél conviene, porque no se decida sino por consideraciones generales, y ni siquiera pueden conocer los motivos íntimos que hacen obrar á los hombres. Mucho más acertado es atenerse al principio de la ley de 1791 y reputar ilícito lo que es un embarazo para la libertad.

497. Hay un caso en el cual la condición de no casarse es lícita, y es cuando no tiene por objeto ni por efecto estorbar la libertad del donatario, cuando la cláusula se estipula únicamente por un interés pecuniario. Tal sería una renta ó una pensión legada á una persona "para que dure todo el tiempo que ella dure célibe," á fin de ayudarle,

1 París 1<sup>o</sup> de Abril de 1862 (Dalloz, 1862, 2, 77); y la nota del compilador de las sentencias que se pronuncian por lo común contrarias.