

CAPITULO III.

De las condiciones que se tienen por no escritas.

§ I. — PRINCIPIO.

Núm. 1.—Motivos del principio.

427. El donador puede agregar á su liberalidad las condiciones ordinarias, suspensiva y resolutoria; no hay bajo este concépto ninguna deferencia entre los contratos á título gratuito y los contratos á título oneroso; luego se aplican á la donación condicional los principios generales que expondremos en el título de las *Obligaciones*. Del mismo modo el testador puede hacer legados bajo condiciones; trataremos de los legados condicionales en el capítulo de los *Legados*. Hay condiciones que vician y anulan las donaciones y los testamentos: tal es la obligación de conservar y de devolver que el código prohíbe de una manera absoluta, con el nombre de substitución (art. 896); tales son también las condiciones que volverían revocable la donación (arts. 944-946). Más adelante insistiremos sobre esta cuestión. Por último, hay condiciones que, añadidas á un contrato oneroso, lo vician y lo anulan; mientras que en las donaciones y los testamentos, el legislador las borra y mantiene la disposición. El artículo 900 establece que: "En toda disposición entre vivos ó testamentaria, las condiciones imposibles, las que sean contrarias á las leyes y á las constumbres, se tendrán por no escritas." En los contratos, al contrario, "toda condición de una cosa imposible, ó contraria á las buenas constumbres, ó prohibida por la ley, es nula, y vuelve nulo el convenio que de ella depende" (art. 1,172). El artículo 900 deroga el principio establecido por el artículo 1,172; ¿cuál es la razón de esta excepción?

se extiendan sus disposiciones. Si nos atenemos al artículo 911, la cuestión casi no es dudosa. La ley establece una sanción para impedir que se eludan las prohibiciones que ella consagra, ahora bien, la sanción no puede exceder á la prohibición; cuando esta es total, la sanción debe arrastrar también la nulidad total; cuando no hay incapacidad, propiamente dicha, sino únicamente un límite á la incapacidad de recibir, la sanción no podía tener más objeto que garantir que dicho límite no se exceda. Tales es la incapacidad que pesa sobre el hijo natural; él es capaz de recibir, y no más allá de cierto límite. Así, pues, ¿en qué sentido declara la ley nulas las liberalidades que se le hacen en la forma de un contrato oneroso ó por interpósita persona? En tanto que dichas liberalidades exceden la cuantía de bienes que el padre puede donarle. ¿Se dirá que el padre ha querido defraudar la ley y que el legislador castiga dicho fraude anulando toda la liberalidad? Nosotros contestamos que ese rigor excesivo á nada conduciría. Supongamos que la liberalidad se anule por el todo: el hijo se presenta á la sucesión *ab intestato*, tomará la cantidad de bienes que la ley le atribuye, y que también permite que se le done. Decimos que ese rigor sería excesivo en principio; en efecto, si pudiera ser eficaz, recaería sobre el hijo natural que muy bien no podía ser cómplice del fraude. Semejante sanción sería injusta; de ella no vemos ningún vestigio en el texto ni en los trabajos preparatorios. (1)

426. ¿Cuál es el efecto de la anulación? Se aplican los principios generales que rigen la anulación; nosotros los expondremos en el título de las *Obligaciones*. Ya hemos resuelto la cuestión en lo concerniente á los frutos, al tratar de los efectos de la posesión (t. VI, núm. 240).

1 Demolombe, t. 18, pág. 694, núm. 679. Compárese, sentencia de denegada apelación de 22 de Mayo de 1880, 1,448) En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 5º, pág. 445 y 624; Bayle-Mouillard sobre Greuier t. 1º, pág. 615, nota d, núm. 136.

428. En la antigua jurisprudencia, las donaciones estaban regidas por los mismos principios que los contratos onerosos; eran nulas si el donador les añadía una condición imposible ó ilícita. No pasaba lo mismo en los testamentos; conforme al derecho romano, las condiciones imposibles ó ilícitas que se hallaban en ellos se tenían por no escritas; se borraban, á la vez que se mantenía el legado. Así es que tenemos que ver la razón de la diferencia que se establecía, en derecho romano, entre los testamentos y los contratos; en seguida diremos por qué los autores del código civil han extendido el principio romano á las donaciones.

Pésimas son las razones que se aducen para justificar la diferencia que existe entre el efecto de las condiciones imposibles ó ilícitas, según que se agreguen á un contrato ó á su tratamiento. Si en contrato, se dice, las partes añaden una condición imposible ó ilícita, es porque no quieren tratar con seriedad; hacen un juego, y un juego no es un contrato. El que testa, lo hace en presencia de la muerte; y ¿hay quien chancee á la hora de morir, ó al pensar en la muerte? Si el testador lega con una condición imposible ó ilícita, hay que creer que dicha condición se deslizó por error en unas disposiciones; luego debe borrarse porque no es la expresión de la voluntad del difunto. De este modo el motivo de una diferencia tan considerable sería una presunción de error. Prescindimos de las condiciones imposibles porque casi no se hallan en la realidad. Nos quedan las condiciones ilícitas; ¿es verdad que no son serias? Ciertamente que no, y lo que lo prueba, es que con frecuencia el testador las confirma por una especie de pena, declarando que anula su disposición si no se satisface la condición; y cuando esta cláusula irritante no se expresa, se subentiende. Así es que se anula la voluntad del testador, es decir que se la desconoce manteniendo la libera-

lidad que, en su mente, estaba subordinada al cumplimiento de una condición que se borra. (1)

Doneau, el gran jurisconsulto del siglo XVI, da una razón mejor. El testador quiere hacer una liberalidad, y tal es su objeto esencial, por eso es por lo que testa; luego no apetece la sucesión *ab intestato*. Y ¿qué sucedería si se admitiera que las condiciones ilícitas anulan su testamento? Los bienes pasarían á los herederos que él quiso excluir. Si él hubiera sabido que la condición que impone á su legado habría de ocasionar su nulidad, ciertamente que la habría borrado. El legislador debe hacer lo que el testador habría hecho, borrar la condición y mantener la liberalidad. (2) La argumentación tiene una apariencia más jurídica; en realidad es igualmente débil. La duda que hay que ceñirse á la voluntad esencial del testador; pero ¿quién nos dice que no sea esencial la condición que impuso á su legado? Toda condición lo es, supuesto que es de su esencia subordinar la existencia de la disposición al cumplimiento de la condición. ¿Con qué derecho el intérprete decidirá que las condiciones ilícitas no son esenciales? ¿Con qué derecho borrará presumiendo que el testador las habría borrado? La condición y la disposición forman un todo indivisible. En vano se dice que dividiéndola el legislador no hace más que ejecutar la voluntad del testador; la experiencia diaria da un mentis á dicha presunción. Día por día los testadores intentan subordinar sus disposiciones á condiciones que la ley repreeba; lo hacen á sabiendas, hasta el punto de haberse fallado que dependen de la condición ilícita más que de la disposición (núm. 267). ¡Y se presumirá, no obstante, que hubiesen borrado la condición, para que la disposición permanezca válida! Todo esto no

¹ Toullier, t. 8º, 1, pág. 153, núms. 244 y 245; Duranton, t. 8º, página 110, núm. 103. Troplong, t. 1º, pág. 90, núm. 212.

² Donelli, *Commentar.* 11, 18, 16.

es más que ficción. Queda por saber si hay casos en los cuales esta ficción deba admitirse. Más adelante daremos contestación á la cuestión.

429. Toullier dice que los jurisconsultos filósofos, tales como Grotino, que no están servilmente sujetos á las decisiones del derecho romano, como un siervo á la gleba, rechaza la distinción que este derecho establece entre las disposiciones testamentarias y los convenios sometidos á una condición imposible. ¿Cómo es, pues, que los autores del código civil hayan todavía extendido el principio romano, aplicándolo á las donaciones? En este punto, el artículo 900 se halla en oposición con el artículo 1,172. La donación es un contrato; cuando la donación está afectada de una condición, se aplican las reglas generales que rigen los contratos condicionales. ¿Por qué el legislador deroga este respecto de las condiciones imposibles é ilícitas? Repítense para la donación lo que Doneau dice de los testamentos: la condición es una cláusula accesoria, hay que tomarla cuando tuviese por efecto anular su disposición principal. Preguntamos por qué la condición se presume accesoria en las donaciones, siendo que es esencial en los contratos onerosos; ¿acaso la condición cambia de naturaleza según que está añadida á tal contrato más bien que á tal otro? Dícese que las donaciones difieren de los demás contratos en que en ellas el papel del donatario es puramente pasivo; él no estipula, él no desiste, él no contrata, sino que recibe un beneficio, y está moralmente obligado á someterse á la voluntad del donador (1) Que si él se somete en todo lo que es honrado y lícito, sea; pero si se quiere imponerle una condición contraria á las leyes ó á las costumbres, él debe resistir, porque de lo contrario se hace cómplice; por lo mismo ya no existe ninguna diferencia entre la donación y los contratos onerosos.

1 Demolombe, t. 18, pág. 246, núm. 204. Compárese pág. 239, número 200 y los autores que allí se citan.

430. Buscárانse en vano motivos jurídicos que justifiquen la diferencia que la ley establece entre las donaciones y los contratos á título oneroso. Si ha de decirse la verdad, no son motivos de derecho los que han inducido al legislador francés para asimilar las donaciones con los testamentos. El se ha encontrado con esta asimilación en las leyes de la revolución, y la ha mantenido generalizándola. Transcribamos desde luego las leyes revolucionarias y los motivos por los cuales se expidieron. La ley de los días 5 á 12 de Septiembre de 1791, relativa á las cláusulas imperativas ó prohibitivas insertas en los *testamentos donaciones y otros actos*, está concebida en los siguientes términos: "Se tiene por no escrita toda cláusula imperativa ó prohibitiva contraria á las leyes y á las buenas costumbres que atentarse contra la *libertad religiosa* del donatario, heredero ó legatario, que embarazase la *libertad* que *él tiene*, sea para casarse con tal ó cual persona, sea para abrazar esta ó la otra profesión, estado ó empleo, ó que tendiese á desviarlo del cumplimiento de los deberes impuestos y de ejercer las funciones definidas por la constitución á los ciudadanos activos y elegibles." Esta disposición la reprodujeron las leyes de 5 brumario, año II (art. 1) y del 27 nivoso, año II (art. 12). La disposición se había tomado de un proyecto de ley sobre las sucesiones que la asamblea constituyente no tuvo tiempo de discutir. En una de sus últimas sesiones, el 5 de Septiembre de 1791, fué cuando Barire propuso separar el art. 32 del proyecto presentado por la comisión de constitución: "No soy yo únicamente, dijo, quien reclama la adopción de este artículo, es la *misma constitución*, la necesidad de *asegurar sus máximas y de afirmar su espíritu*; de contener los desgraciados efectos de la *intolerancia civil y religiosa*; es la necesidad de poner justos límites á las *preocupaciones y al despotismo* de algunos ciudadanos que, no pudiendo someterse á los principios

de la *igualdad política* y de la *tolerancia religiosa*, proscriben de antemano, por actos protegidos por la ley, el *ejercicio de las funciones públicas*, la *unión de sus hijos con mujeres* á quienes ellos llaman *plebeyas*, ó con personas que ejercen otro culto, ó que tienen distinta opinión política. Diariamente se ve hacer testamentos, por los cuales los padres, al instituir herederos, les imponen condiciones contrarias á la *libertad civil*, á la *tolerancia religiosa* ó á la *igualdad constitucional*. Se ve que éste no es más que un medio dado por la *ley civil y antigua* para eludir el imperio de la *ley política y moderna*; que eso no es más que una *subversión de las máximas de la constitución* por medio de testamentos ó donaciones, porque estos mismos beneficios están emponzofados por el hábito *intolerante y aristocrático*. Témase, exclama el ardiente revolucionario, témase que, desde el seno de esta misma revolución, la ley presta su apoyo á las opiniones *enemigas de la igualdad y de la libertad* que vosotros habeis establecido; témase que el *padre fanático*, el *testador intolerante*, el *donador enemigo de la constitución* imponen á su arbitrio desheredación de los hijos ó legatarios; témase que los testadores y los donadores graven con condiciones imperativas ó prohibitivas derechos y donativos que la ley debe desembarazar de *rancias preocupaciones*. De otra manera la *constitución* será *violada impunemente*; el odio á la revolución se ocultará bajo las formas respetables de la voluntad de los moribundos ó de la generosidad de los donadores; por último, el *aristocrata, el intolerante y el enemigo de los principios de nuestra constitución* seguirán mandando hasta en la tumba. A nosotros corresponde hacer cesar una contradicción tan patente entre las *leyes políticas* y las *leyes civiles*, entre las *voluntades particulares* y la *voluntad general*; la *constitución sola es la que debe triunfar*.” (I)

¹ Monitor del 6 de Septiembre 1791.

Se ha criticado vivamente esta extensión falta de criterio del principio romano. (1) Como doctrina jurídica, la ley de 91 no podría aprobarse. Pero durante la revolución no se trataba de derecho; el derecho privado servía de instrumento para atacar el derecho público, las liberalidades venían á ser un medio de arruinar á la revolución. ¿Qué importaba en tal estado de cosas que las disposiciones fuesen donaciones ó testamentos? El legislador tenía perfecta razón en poner á unas y otras en la misma línea, supuesto que ambas servían de armas á los contra-revolucionarios para batir en brecha las ideas de 89. ¿Quiére decir esto que tales leyes no sean más que actos de circunstancias, y que en el dia no tengan ya razón de ser? La lucha de los hombres del pasado contra los principios de 89 dura siempre, y es más ardiente que nunca. Sólo que se ha cambiado de bandera: la iglesia, encarnación del pasado, es la que se ha apoderado de las ideas de libertad para dominar, con esa máscara, á la sociedad civil. Las liberalidades le sirven para reconstituir su patrimonio y para volver á asir su influencia. ¿Se le dejará la libertad de la cual se hace un instrumento para dar muerte á la más preciosa de nuestras libertades, la libertad de pensar? Hemos dicho, al tratar de las corporaciones religiosas, que el legislador belga había mantenido el principio del artículo 900 en materia de fundaciones, y tratamos de justificarlo bajo el punto de vista político (núms. 263 y 264). A nuestro juicio, el artículo 900 consagra un principio de una verdad eterna en su aplicación á las leyes de orden público. El legislador estará en pleno derecho para decir á todos los que abusan del derecho de disponer á título gratuito: "Yo anulo lo ilícito que hay en vuestras disposiciones, y mantengo la disposición. Haceis una liberalidad, en apariencia por interés de la caridad ó de la instrucción,

1 Marcadé, t. 3º, pág. 397, núm. 11 del art. 900.

y en realidad para resucitar los abusos de otras edades. Yo doy á vuestra donación, á vuestro testamento el único efecto que legalmente vuestra voluntad pueda tener, consagrando vuestra liberalidad al servicio de la beneficencia y de la instrucción pública. En cuanto á las condiciones que agregais, las borro, porque la voluntad ilícita del individuo no podría predominar sobre el derecho de conservación de la sociedad."

431. Si se hacen á un lado las leyes políticas para no considerar más que las disposiciones de interés privado, la crítica que la mayor parte de los autores hacen del artículo 900 es perfectamente fundada. Pretendemos hablar no sólo de la asimilación que la ley hace entre las donaciones y los testamentos, siuo de la regla, tal como nos la transmite el derecho romano. No será muy infundado Toullier al decir que los jurisconsultos modernos han permanecido por mucho tiempo atados al derecho romano como los siervos á la gleba. En esto está la falta de inteligencia, que se reprocha á los legisladores de la revolución. Todo lo que se halla escrito en los textos del Digesto pasaba como razón escrita. No se preguntaban si muchos de esos principios, que se admiraban ciegamente, no tenían su origen en ideas políticas ó civiles que ya no son las nuestras. La facultad de testar ya no es en nuestros tiempos lo que era en *Roma*. Entre los romanos, y es Furgole quien lo dice, el testador era un soberano que la ley ponía en medio de su familia, para dirigirle é imponerle la ley á su capricho. Intérpretes había que ponían la potestad del testador por encima de la ley. Furgole combate esta falsa doctrina; (1) ella prueba hasta dónde llegaba la facultad de testar, poder muy lógico, dentro de las ideas romanas, supuesto que el padre de familia ejercía un derecho de

1 Furgole, "De los testamentos," cap. VII, náma. 3, 7 y siguientes (t. 2º, págs. 4 y siguientes.)

propiedad absoluta en las personas y en las cosas. Nosotros ya no conocemos la magestad del padre de familia, que se ha ido con todas las demás magestades. ¿Qué cosa es el derecho de testar en nuestro derecho moderno? Domat nos lo dice: una excepción á la regla.

La sucesión *ab intestato* es la regla, es la obra de la naturaleza: Dios es quien hace á los herederos, dicen nuestras viejas costumbres. Si la ley permite al propietario que disponga de sus bienes en cierta medida, es porque puede haber casos en que convenga establecer una excepción á la regla. En estos casos raros, el testador corrige lo que relativamente iniciado tiene la ley; se tiene por más sabio que el legislador. Esto equivale á decir que sus disposiciones deben estar siempre dictadas por la razón. ¿Sucede lo mismo cuando agrega á su voluntad condiciones ilícitas ó imposibles? El testador que impone al legatario condiciones que la naturaleza, la moral ó el orden social reprueban, ¿se muestra más sabio que el legislador? ¿debe la ley sancionar actos que van dirigidos contra élla, ó que carecen de sentido, según que la condición es ilícita ó imposible? Evidentemente que tales disposiciones no responden al objeto por el cual el legislador permite al propietario que disponga de sus bienes. Esto equivale á decir qué no se está dentro de la excepción, y, por lo tanto, se vuelve á la regla; hay que dejar á un lado la sucesión testamentaria para volver á la sucesión *ab intestato*. Anular la disposición, como lo hace el artículo 900, es desconocer la voluntad del disponente, supuesto que se borra una condición de la que hacía depender la existencia misma de su liberalidad. Manteuerla es derogar la sucesión *ab intestato*, de un modo contrario á las funciones del legislador. Si el derecho romano borraba la condición, y, no obstante, validaba la disposición, era bajo la influencia de ideas que no son ya las nuestras. Los romanos tenían que hacer un acto de potes.

tad al morir, querían morir como señores tal como habían vivido. De aquí la importancia extrema que daban a no morir sin haber testado, y, en consecuencia, a que su testamento fuese mantenido. De aquí el favor excesivo que las leyes otorgaban a las últimas voluntades. Si el testamento amenazaba caer, a causa de una condición imposible ó ilícita, se borraba la condición y se mantenía la disposición. Y ¿acaso en nuestros días estimamos todavía como deshonra el morir intestado? Ciertamente que eso no es el espíritu que hemos heredado de nuestros antepasados que ni siquiera conocían el testamento y que relacionaban con Dios la sucesión *ab intestato*. Luego no hay lugar a mantener, a pesar del disponente, un acto que viola las leyes, las costumbres ó la naturaleza; el artículo 900 ha cesado de tener razón en nuestras costumbres. No es justo sino en las disposiciones consecuentes al orden público.

Núm. 2. ¿El principio del artículo 900 es absoluto?

432. Los jurisconsultos romanos confesaban que había condiciones de tal manera imposibles que hacían dudar de la razón del que las imponía, a pesar de su respeto por la voluntad del testador, no iban hasta validar el testamento cuando el testador no tenía sano el entendimiento.⁽¹⁾ Con mayor razón es así en nuestro derecho moderno.⁽²⁾ Estas condiciones que por su imposibilidad confirman que el disponente no disfruta de su razón, están tomadas de la vida real, ó son una imaginación de los intérpretes? Más adelante las enumeraremos. Claro es que no se les encuentra en los debates judiciales; sería hacerse culpable de locura el discutir el valor de condiciones más ó menos insensatas. Ciertamente que el artículo 900 no deroga el 901; si real-

1 Modestinus, 1, 27, D. *de condit vistit* (28, 7).

2 Demante, t. 4º, pág. 36, núm. 16 bis 7º. Demolombe, t. 18, página 250, núm. 200.

mente la condición prueba la locura del disponente, la disposición toda ella sería nula.

433. El artículo 900 se aplica á "toda disposición entre vivos ó testamentaria." No se aplica cuando la pretendida liberalidad es un acto á título oneroso; estos actos están regidos por el artículo 1,172, por cuyos términos las condiciones, imposibles é ilícitas, hacen nula lo disposición que de ellas depende. Al juez corresponde examinar si hay donación ó contrato oneroso. Se ha sostenido que las donaciones mutuas entre cónyuges, sobretodo hechas por contrato de matrimonio, tenían el carácter de actos á título oneroso; ellas están, en efecto, comprendidas en un contrato oneroso, que no toman la naturaleza de los contratos matrimoniales. Aunque hechas por contrato de matrimonio, las liberalidades siguen siendo actos á título gratuito, luego están sometidas al principio del artículo 900. (1) Pero si la donación presenta los caracteres de un contrato comutativo hay lugar á aplicar el artículo 1,172. La corte de casación así lo ha fallado en el siguiente caso: Una madre tutora hace una donación á sus hijos, con la condición de que éstos, llegadas á la mayor edad, no criticarán la cuenta de tutela que se les había rendido sin la observación de las formalidades prescriptas por el artículo 472. La condición era evidentemente ilícita; pero ¿era preciso aplicar el artículo 900 ó el artículo 1,172? No se trataba de una pura liberalidad; lo que lo prueba, es que los hijos pretendieron que la sucesión de su padre presentaba un activo de 186,000 francos, mientras que en la cuenta no figuraba sino por 103,000 francos. Así, pues, los hijos abandonaban una parte de sus derechos hereditarios en compensación de la liberalidad que recibían. Por lo tanto, el contrato era, en parte al menos, comutativo; lo que lo

¹ Denegada de la sala de lo civil de 10 de Marzo de 1869. (Dalloz, 1869, 1, 887).

sometía al artículo 1,172. Todo lo que se podía pretender, es que el contrato no era comutativo en totalidad. En un caso idéntico que se presentó ante la corte de Pau, el ministerio público concluyó en la división del contrato; la corte decidió, y con razón, en nuestro concepto, que, en la intención de las partes contrayentes, el contrato era indivisible; el elemento comutativo era el que dominaba y constituía la esencia del contrato; por lo mismo el artículo 900 era inaplicable, y había que anular el contrato. (1)

434. ¿Debe admitirse también que el artículo 900 es inaplicable cuando el disponente declara formalmente que pretende subordinar la existencia de su liberalidad al cumplimiento de la condición? Ya hemos tropezado con la dificultad al tratar de las liberalidades hechas á establecimientos de utilidad pública, y la hemos resuelto negativamente (núms. 265-268). La práctica administrativa está en este sentido, y hay también sentencias que consagran dicha opinión. Sin embargo, la cuestión ha sido fallada en sentido contrario por una sentencia de la corte de Bruselas, y esta sentencia tiene apoyo en la tradición y en la doctrina. Así es que es conveniente examinar las objeciones que nos oponen.

Hé aquí el caso. Una dama lega á los hospicios una suma de 25,000 francos, agregando las condiciones siguientes: "Pretendo y quiero expresamente como condición esencial de este legado, sin cuya seguridad yo no lo haría: 1º que la administración de los hospicios recoja á tres enfermos, y de preferencia á los que mi heredero ó sus representantes hubiesen designado, y 2º que estos enfermos sean atendidos por religiosos ó religiosas del culto católico romano." Siendo estas dos condiciones contrarias á las

1 Caen, 8 de Marzo de 1866, y denegada, 12 de Noviembre de 1867 (Dalloz, 1869, 1, 528). Pau, 3 de Marzo de 1869, y denegada, 21 de Diciembre de 1869 (Dalloz, 1869, 2, 209 y 1870, 1, 308.)

leyes, el acuerdo real que autorizó á la comisión para que aceptara el legado, las declaró no escritas. Pero los herederos rehusaron entregar el legado; y el tribunal tanto como la corte de Bruselas les dieron el triunfo. La sentencia decide que el artículo 900 establece una simple presunción; la ley presume que el disponente habría mantenido su liberalidad si hubiese sabido que la condición acarrearía la nulidad. Ahora bien, la voluntad presunta debe ceder ante la voluntad claramente expresada del testador; porque esta voluntad es la que constituye la esencia del testamento. Luego cuando el disponente dice que subordina el legado al cumplimiento de la condición, el legado se vuelve caduco si la condición no puede llevarse á cabo. (1) Nosotros contestamos que el artículo 900 establece, no una precaución, sino una verdadera ficción. En vano se ha procurado justificar esta ficción; ella está en oposición con la esencia misma de las condiciones, y desconoce la voluntad del testador que la corte de Bruselas invoca. Cuando el disponente añade una condición á su disposición, no se necesita declarar que él subordina su liberalidad al cumplimiento de la condición, porque esto resulta de la condición misma, porque ésta no es otra cosa que una declaración de voluntad que subordina la existencia de un hecho jurídico al cumplimiento de la condición. Apesar de esta voluntad bien clara del testador, el legislador borra la condición; luego mantiene la disposición contra la voluntad del testador. He allí la ficción. ¿Es permitido al intérprete desviarse de la ficción para atenerse á la realidad de las cosas? Esto equivale á borrar el artículo 900 del código. El legislador dice: "Yo finjo que la condición ilícita no es la expresión de la verdadera voluntad del testador." "Os engañais, con-

1 Bruselas, 2 de Agosto de 1869 ("Pasicrisia," 1870. 2. 413). En el mismo sentido, Demolombe, t. 18, pág. 251, núms. 207 y 208; Dailoz, "Disposiciones," núm. 94. Compárese Ricard, "De las donaciones," t. 2º págs. 11, 2, núms. 226 y 227,

testa el intérprete, porque el testador ha declarado que quiere el cumplimiento de la condición." El intérprete deshace la ficción establecida por la ley; no tienen ese derecho. Si la doctrina de la corte de Bruselas fuese admitida por la jurisprudencia, aboliría el artículo 900. En primer lugar la declaración expresa se volvería de estilo, sobre todo en las liberalidades hechas en provecho de personas ciertas, y precisamente en estas liberalidades es en donde debe mantenerse el principio del artículo 900. En segundo lugar, la jurisprudencia acabaría por sobrepasar la decisión que estamos combatiendo. ¿Necesita uno una declaración expresa para manifestar su voluntad? No, ella se infiere de la naturaleza de las cláusulas, de los hechos y de las circunstancias. Pues bien, tales motivos se encontrarán siempre para decidir que la condición ilícita es de la esencia del testamento, y, por consiguiente, para anular la liberalidad, siendo que la ley la declara válida. Preferimos ajustarnos á la ley:

§ II.—DE LAS CONDICIONES IMPOSIBLES.

435. La palabra *condición*, de que se sirve el artículo 900, debe tomarse en su más amplia acepción. Ordinariamente se entiende por condición un suceso casual que suspende la existencia ó la resolución de un hecho jurídico. La ley llama también condición un gravamen impuesto al donatario ó al legatario (arts. 953 y 1,046) El artículo 900 comprende las condiciones propiamente dichas y los gravámenes, sobre todo, los que imponen al donatario ó al legatario la obligación de hacer una cosa, y que, en la institución del deponente, suspenden la existencia ó la resolución de la liberalidad. (1)

436. La condición es imposible cuando las leyes de la

1 Demante, t. 4º pág. 31, núm. 31 bis 1º.

naturaleza se oponen á que acaezca el suceso, ó á que el hecho sea prestado. Hé aquí las condiciones imposibles que hallamos en los autores antiguos y modernos:

“Tocar el cielo con los dedos.”

“Hacer un cuadro ó una estatua no siendo artista.”

“Que un soldado amputado recobre el uso de su pierna.”

“Hacer en tres días un monumento fúnebre cuando se necesitan seis meses para llevarlo á cabo.”

“Beberse toda el agua del mar.”

“Que cesando los hombres de andar con los piés lo hagan de cabeza.”

No sabemos si nuestros padres agregaban semejantes cláusulas á sus liberalidades; si lo hacían, somos nosotros más sabios que ellos, porque en vano se buscaría una de esas puerilidades en nuestras compilaciones de jurisprudencia. Y muy bien harian los autores en quedarse en el terreno de la realidad, en lugar de dar rienda suelta á sus imaginaciones. Es desprestigiar nuestra ciencia el hacer creer que se ocupe de tamañas incensateces.

437. ¿Si el hecho es posible en sí mismo, pero imposible para el legatario, será posible la condición en el sentido del artículo 900? Siempre se ha enseñado la negativa, por la excelente razón de que la condición de una cosa posible no puede eonsiderarse como imposible; luego no estamos ya dentro del texto del código, y como se trata de una ficción, debemos atenernos á la letra de la ley. Demolombe hace una restricción para el caso en que la cosa, aunque en sí misma, fuese radicalmente imposible para el legatario: se hace un legado á un pintor amputado de los dos brazos, con la condición de que haga un cuadro. Remitimos á los que gustan de la escolástica al autor que ha tenido el mérito de haber inventado esta condición imposible. (1)

1 Demolombe, t. 18, pág. 270, núm. 233 y los autores que él cita.

438. Creemos también poder dispensarnos de examinar si una imposibilidad transitoria hace imposible la condición, y si una dificultad de hecho es una imposibilidad. ¿No es hacer una injuria al sentido común de los lectores el discutir cuestiones que un niño podría resolver? (1) Por último, hay dificultades que son extrañas al artículo 900; una condición imposible se vuelve posible en lo sucesivo, ó una condición posible se vuelve imposible. La solución de estas dificultades se relaciona con la interpretación de los legados, y nada tiene de común con el art. 900.

§ III. DE LAS CONDICIONES CONTRARIAS A LAS LEYES.

Núm. 1. ¿Cuáles son esas leyes?

439. Ateniéndose al texto del artículo 900, habría que decir que toda condición contraria á una ley cualquiera se reputa no escrita. No es este el sentido del principio formulado por dicho artículo. Es preciso combinarlo con los principios generales que rigen las leyes. Ahora bien, leyes hay que es permitido derogar y otras que no lo es. Cuando la condición se halla en oposición con una ley que los particulares pueden derogar, no puede decirse que sea contraria á la ley, porque no es violar una ley el derogarla cuando el legislador lo permite. Luego sólo las condiciones que violan las leyes que está prohibido derogar, son las contrarias á la ley. Queda por saber cuáles son las leyes que los particulares pueden ó no derogar.

En otro pasaje de la obra, hemos contestado la cuestión (t. I, núms. 36, 68) no entra en pago el interés de los particulares; el legislador no pretende atarlos por las disposiciones que expide; les deja plena y entera libertad de arreglar sus relaciones como les ocurra, hasta derogando

1 Demolombe, t. 18, pág. 273, núm. 224. Dalloz, "Disposiciones, núm. 102.

la ley, porque la ley, en esta materia, no tiene más objeto que prever lo que las partes quieren y les permite que quieran cosa distinta de lo que el legislador ha presumido. No sucede lo mismo cuando hay un interés social; cesaría de haber sociedad posible si el interés particular no estuviese subordinado al interés general; la sociedad no es otra cosa que esta subordinación del individuo que debe sacrificar el más grande de todos los intereses, la conservación de la sociedad, las leyes que reglamentan las relaciones privadas de los individuos (á excepción de las que interesan al orden público, entendiéndose por tales las que rigen el estado y capacidad de las personas) son por lo mismo de interés privado y estas son las únicas que el código civil se opone á que se deroguen. Así, pues, las que son de interés general y las que regulan el de los particulares, entran por su misma naturaleza en la categoría de las leyes que los individuos no pueden derogar. Por último, hay leyes que por naturaleza son de interés social, y son las que se refieren á las buenas costumbres, porque la moralidad es la base del orden social. Los arts. 900 y 1,172 van más adelante, porque reproban las condiciones contrarias á las buenas costumbres; aun cuando no revelaran ninguna ley positiva, violan la ley suprema de toda sociedad, el orden moral.

440. En el núm. 430 hemos transcrita las leyes expedidas durante la revolución que prevéan ciertas condiciones contrarias al nuevo orden de cosas inaugurado en 89, y las tiene por no escritas en las donaciones y testamentos. ¿Están todavía vigentes estas leyes? Todos los autores enseñan que están abrogadas por la ley de 30 ventoso, año XII (art. 7). En nuestro concepto, el principio especial de abrogación establecido por esta ley no se refiere á las leyes intermedias dadas después de la revolución. (1) La

1 Véase el t. 1º, núm. 27.

cuestión no carece de importancia en lo concerniente á las leyes relativas á las condiciones que se tienen por no escritas en las donaciones y legados. ¿Por qué el legislador de 91 ha creído que debía publicar inmediatamente un artículo destinado á figurar en una ley general sobre las sucesiones? El artículo tiene por objeto sancionar los principios de 89 formulados en la célebre declaración de los derechos del hombre. Estos principios son todavía los nuestros, están inscritos en nuestra constitución, y son la base de nuestro orden político y social. ¿Había una razón para abrogar las leyes que les sirven de sanción? Ciertamente que no. Poco importa, por lo demás, que se tengan ó no por abrogadas estas leyes; de todas maneras sirven de interpretación al art. 900, porque éste no hace más que reproducirlas substancialmente. En vano se dice que la ley de 91 es una de esas leyes de circunstancias que nacieron con la revolución y que con ella desaparecieron. Son por el contrario la expresión de las ideas y de los sentimientos de la sociedad moderna. Los intérpretes del código civil han hecho mal en ir á buscar en Roma ó en nuestra antigua jurisprudencia autoridades para la explicación del art. 900. Trátase de garantir los principios de 89 contra los ataques de los ciegos partidarios del pasado. ¿Por ventura la revolución tomó esos principios de los romanos ó del antiguo régimen? La era de 89 es una era de libertad, y la libertad que es nuestra vida no viene ni de Roma ni de un orden político que era la negación de la libertad; ella tiene sus raíces en las costumbres de los germanos. Luego debemos hacer á un lado el Digesto y nuestros antiguos jurisconsultos, para inspirarnos en el espíritu de la revolución. Lo que decimos de la libertad es cierto de las costumbres. Nuestra moralidad ya no es la moralidad romana; la influencia del cristianismo y de las razas germánicas la ha modificado profundamente. Por

otra parte, nuestra religión, digan lo que digeren los defensores del pasado, no es ya el cristianismo tradicional. La revolución de 89 fué una reacción contra el catolicismo tanto como contra el antiguo régimen con el cual la Iglesia está intimamente ligado. Nuestras creencias son las de la filosofía, las de 89. Pues bien, estos sentimientos y estas ideas dictaron la ley de 91, y ésta ha pasado al artículo 900.

Núm. 2. La libertad individual.

441. Barére que propuso la ley, de 6 de Septiembre de 1791 dice que tenía por objeto garantir la libertad contra los enemigos de los principios de 89. Ciertamente que no se negará que la libertad sea el fundamento de nuestro orden político; en consecuencia toda condición que condena la libertad del donatario y del legatario debe tenerse por no escrita, como contraria á la ley. ¿Pero qué debe entenderse por libertad? Troplong ha ido á buscar la definición de la libertad en el registro y en las sentencias de los parlamentos; y ¿qué es lo que dicen estas leyes? "Ellas no condenan las condiciones que coartan la libertad aun cuando estas condiciones tienden á poner á la persona del legatario en absoluta condición. Por ejemplo: no te apartarás de mi límite; tendrás residencia, continúa, en tal ó cual ciudad. (1) ¿Era esto lo que nuestros padres entendían por libertad en 89? Abramos la declaración de los derechos, y leeremos: "El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales é imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad....." "La libertad consiste en poder hacer todo lo que no hace daño á otro. Así es que el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran á los

¹ Troplong, "De las donaciones entre vivos y de los testamentos," núm. 252 (t. 1º, pág. 103 de la edición belga.)

demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos." La ley puede únicamente determinar esos límites." "La ley no tiene derecho á prohibir más que los actos perjudiciales á la sociedad; todo lo que la ley no prohíbe no puede impedirse, y nadie puede ser obligado á hacer lo que ella no ordena." He aquí la libertad á la que el hombre moderno se adhiere más que á la vida, porque sin ella no hay vida posible. ¿Cuál es el objeto de nuestra existencia en la tierra? El desenvolvimiento de nuestras facultades físicas, intelectuales y morales. ¿Y puede haber desenvolvimiento alguno sin libertad? Así, pues, la libertad es de la esencia de nuestra vida. Esto es lo que nosotros llamamos la libertad, individual, que los jurisconsultos del imperio casi no conocían, ni tampoco los parlamentos. Toda condición que coarta la libertad entendida de ese modo, es contraria á la ley, y se tiene por no escrita.

442. Ya en el antiguo derecho se rechazaban como contrarias á la libertad las condiciones que imponían al legatario la necesidad de residir en un determinado lugar sin poder transladar á otra parte su domicilio. Pero se admitía como licita la condición de no morar en un determinado lugar, porque no es absolutamente contraria á la libertad. Tales son las expresiones de Fugole. "No puede decirse que se pierda el uso de la libertad cuando, al prohibir á una persona la frequentación de una ó varias provincias, se le permite la mansión en todas las demás, y aquella no puede quejarse de cautiverio demasiado estrecho y de un yugo irracional, al cual se ha conservado libre una parte del mundo.(1)" En nuestras ideas modernas, uno no es libre, no sólo cuando esté uno cautivo, sino también cuando no puede uno ir y venir á donde gus-

¹ Fugole, "De los testamentos," cap. 7º, sec. 2º, núms. 104, 105 (t. 2º, pág. 107). Ricard, t. 2º, pág. 154, núm. 286.

te; ¿Por qué prohibirme la mansión en una ciudad cuando en ella quiero residir? Vos me preguntáis mis motivos. ¿Y qué os importan? Aca so no ha sido dado al hombre el mundo entero por residencia, sin excepción de ningún lugar, á fin de que pueda desenvolver libremente sus facultades? No pongamos trabas en donde Dios ha puesto la libertad. Sin embargo los autores modernos reproducen esas restricciones. (1) Se ha fallado que la condición de residir en tal ó cual departamento nada tiene de contrario á la ley; la obligación no era perpetua, y ni estaba prohibido al legatario ausentarse. En nuestra opinión, ella sería ilícita. La sentencia misma que ha decidido en sentido contrario, manifiesta que dichas condiciones son irrisorias. El legatario vendió los bienes legados, reservándose dos aposentos de la casa que estaba obligado á habitar en virtud del testamento, y en seguida dejó la Córcega por la Italia. Pero esto no era con espíritu de retornar, dice la corte de Bastia. (2) Se ve que los jueces soportan á su pesar las rancias máximas que estorban la libertad: ¿no es más racional proclamar con franqueza que la libertad de ir y venir es uno de esos derechos naturales e inalienables de los que la ley misma no podría privarnos?

443. ¿Es lícita la condición de abrazar un estado determinado? El parlamento de Tolosa falló que un padre labrador, habiendo instituido á su hijo con la obligación de que él fuese también labrador, el hijo, que se había hecho arquitecto, no debía ser privado de la herencia, aunque el testador hubiese añadido á su disposición la cláusula irritante, y que, por no haber ejecutado el hijo la condición,

1 Demolombe, t. 18, pág. 309, núms. 270, 272; Dalloz, "Disposiciones," núms. 169-171 y los autores que ellos citan.

2 Bastia, 10 de Junio de 1840 (Dalloz, "Disposiciones," número 171)

hubiese instituido á su hija. Furgole da una excelente razón en apoyo de esa decisión. "Fulano de tal, dice él, será consagrado á una profesión para la cual no tendrá gusto ni disposición, y que podría tener mejor éxito y ocuparse con más utilidad siguiendo su atractivo y sus inclinaciones, que lo inducían á otra profesión." ¿No vale más un buen arquitecto que un pésimo labrador? Sin embargo, Furgole critica la sentencia del parlamento; toda condición, dice él, embaraza, y esta no tiene nada de contrario á la libertad "en el sentido de las leyes," es decir, de las leyes romanas. (1) Furgole es un excelente intérprete del derecho romano, pero ¿vuestra libertad moderna es la de Roma? La ley de 1871 colocaba entre las condiciones ilícitas "la de abrazar tal ó cual estado, empleo ó profesión." Ella evidentemente atenta contra la libertad, tal como la define la Declaración de 89. Si existe algún derecho natural del hombre, inalienable, sin duda que lo es el de seguir la vocación. ¿De quién la tiene? De Dios, que lo ha dotado de tales y cuales facultades y no de tales otras. ¿Y con qué derecho vendría el hombre á contrariar los designios de Dios? Sin embargo, los autores modernos permanecen ligados á la tradición romana. El hombre nunca es enteramente libre, dicen; está más ó menos dominado por las circunstancias, la condición que le impone la obligación de abrazar tal ó cual estado no será más que una circunstancia demás, agregada á todas las que influyen en su decisión. Pésimas razones, porque darían validez á todas las condiciones que embrayan la libertad. Después de todo, agrega, el legatario es libre para rehusar. Sin duda que sí; pero la condición lo determina á sufrir esa fuerza moral, y si el que se hubiere hecho un buen arquitecto se vuelve un mal la-

1 Furgole, "De los testamentos," cap. 7º, eec. 2ª, núms. 101 y 102 (. 2ºt, pág. 105).

brador, no se atenta al derecho del individuo y del interés de la sociedad. (1) No exceptuamos de estos principios la condición de estudiar, por favorable que parezca. Ella tiene por objeto la cultura intelectual, dice Furgole, y procurar individuos capaces de prestar servicios al Estado por su ciencia y capacidad. Nada tan cierto cuando se trata de hacer estudios generales que tienen por objeto el desarrollo de la inteligencia. No sucede lo mismo cuando se trata de estudios profesionales, como sería la condición de estudiar el derecho. No debe ser que las liberalidades atraigan á los elevados estudios á jóvenes que por su capacidad no están llamados á ellos; sacar á los hombres de su natural clasificación es un mal para el individuo y para la sociedad, porque las personas que están fuera de su clase son desdichadas y viven con disgusto: son los proletarios de la inteligencia, que son los peores de todos.

444. La condición de vivir con determinadas personas es también una traba para la libertad, y con tal título debe considerarse como ilícita. Este principio es aceptado por el mismo derecho antiguo; con mayor razón debe serlo por el derecho moderno. (2) No obstante, se ha fallado que la cláusula por la cual el donador estipula en una institución contractual, que los futuros esposos se recojan en su compañía y hagan el mismo hogar, es válida. (3) En el caso, el donador quería procurarse los recursos que necesitaba, luego la donación era un contrato cónmutativo, por el cual los instituidos se obligaban á asistir al donador, y éste se obligaba á dejarles sus bienes. Por lo

1 Coin-Delisle, pág. 73, núms. 25 y 28 del art. 900 y los autores citados por Dalloz, "Disposiciones," nñm. 166-167 y por Demolombe, t. 18, pág. 304, nñm. 284. Demante es el único que permanece fiel á la tradición de 1789 (t. 4º, pág. 35, nñm. 16 bis 5º).

2 Demolombe, t. 18, pág. 307, nñm. 270 y los autores que citá.

3 Pau, 2 de Enero de 1827 (Dalloz, "Disposiciones," nñm. 173. 2º)

mismo, el artículo 900 era inaplicable; preciso era ver si el convenio era válido como contrato oneroso. Los donatarios no cumplieron la condición; en consecuencia, no podían reclamar la ejecución del contrato, suponiéndolo válido; y con mayor razón no podían invocarla si el contrato era nulo como celebrado bajo una condición contraria á las leyes (art. 1,172). Se puede sostener que este contrato es nulo, porque implica una enagenación ilimitada de la libertad de los donatarios. No puede uno comparar sus servicios, sino por cierto tiempo como doméstico (art. 1,780); y ¿puede uno obligarse á asistir á una persona por toda la vida? Más adelante insistiremos sobre la cuestión.

Núm. 3.—La libertad religiosa.

445. La libertad de conciencia se halla inscrita entre los derechos naturales del hombre en la declaración de 89, y en verdad que si existe alguna libertad inalienable, lo es la del pensamiento. Ella figura también en la ley de 1791; y por más que los autores consideren esta ley como abrogada, resuelve que en lo que se refiere á la libertad religiosa, ella ha recobrado virtualmente su fuerza, porque dicha libertad está consagrada por nuestras constituciones modernas. (1) Se ha fallado en este sentido que debe tenerse por no escrita la condición impuesta á un legatario, convertido al catolicismo de vivir y morir en esta religión bajo pena de perder el legado. (2) Troplong critica esta decisión. Parece que él ve en el principio de la ley de 91 una muestra de indiferencia religiosa, de escepticismo. Recomendamos á los que tengan estos sentimientos la lectura de la obra de Vinet, alma profundamente religiosa; el pastor protestante defiende la libertad de conciencia;

1 Dalloz, "Disposiciones," núm. 160 y los autores que él cita.

2 Colmar, 9 de Marzo de 1827 (Dalloz, "Disposiciones," núm. 160).

porque la libertad es esencial de la religión; por lo que toda violencia la vicia. ¿Después de esto qué importa que el testador esté animado de los más puros sentimientos? (1) No se trata de él sino del legatario. ¿Quién no conoce la fuerza funesta del interés? El legado podría inducir al legatario á abrazar una religión, ó á permanecer adicto á un culto contrario á sus convicciones. Dejemos estos medios de convertir á los tiranos como Luis XIV, que no retroceden ante las *dragonadas*, y mantengamos la libertad, la más preciosa del hombre contra las tentaciones que pudieran alterarla.

Núm. 4.—El orden público.

446. Tomamos aquí esta expresión en el sentido especial que tiene en derecho civil. Las leyes que norman el estado de las personas, y la incapacidad ó incapacidad resultantes, son de orden público. Luego las condiciones que derogan estas leyes caen bajo la aplicación de los artículos 6 y 900. El hijo natural tiene derecho de investigar quién es su madre; toda condición que le prohibiera directa ó indirectamente el ejercicio de ese derecho sería ilícita, porque lo privaría del bien, el más precioso de su estado; así pues, tal condición se tendría por no escrita. (2)

447. Sin duda alguna que sería lo mismo, con las condiciones que derogan la potestad marital. Según los términos del artículo 214, la mujer está obligada á habitar con su marido y á seguirlo por donde él juzgue oportuno residir. Luego es ilícita y se reputa por no escrita la condición impuesta á la mujer legataria de fijar su domicilio en lugar determinado. (3)

1 Troplong, núm. 255 (t. 1º, pág. 183), seguido por Massé y Verge, t. 3º, pág. 177, nota 7.

2 Fallo del tribunal de Tarbes (Dalloz, 1857, 2, 154).

3 Poitiers, 3 de Junio de 1842 (Dalloz, "Disposiciones," número 119).

Hay alguna duda cuando la condición atañe á la vez á la potestad marital y á los bienes. Se hace un legado á una mujer casada bajo el régimen de la comunidad, con la cláusula de que podrá percibir las rentas de los bienes legados sin la autorización del marido y á la presentación de sus recibos, debiendo excluirse dichas rentas de la comunidad. Claro es que la cláusula deroga la incapacidad de la mujer casada, la cual es de orden público; luego deroga la potestad marital. Pero la derogación sólo se refiere á los bienes; y la ley permite emancipar á la mujer de la potestad marital en ciertos límites, en lo que concierne á la autorización que ella necesita para administrar sus bienes. La mujer puede estipular que ella tenga la libre administración de su fortuna, lo que le da derecho á ejecutar todos los actos de administración sin autorización marital. (arts. 223 y 1,536). Bajo el régimen exclusivo de comunidad, la mujer puede reservar la facultad de percibir anualmente, á la sola presentación de los recibos, una porción de sus rentas para su sostenimiento y sus necesidades personales (art. 1,534). Esto prueba que el orden público no impide que la mujer casada tenga el libre goce de una parte de su fortuna: si los futuros cónyuges pueden convenir en que la mujer no tenga necesidad de la autorización de un marido para la administración y el goce de sus bienes, el donador puede imponer la misma condición á las liberalidades que hace á la mujer, no importa bajo qué régimen; el orden público no está interesado ni en uno ni en otro caso. Se subentiende que la mujer no podrá aceptar la donación ó el legado sino con autorización del marido ó judicial; esto basta como lo dice la corte de París, para prevenir los inconvenientes que semejante liberalidad podría presentar en ciertos casos. (1)

1 París, 5 de Marzo de 1846 (*Dalloz*, 1846, 4, 29). En el mismo sentido, Bruselas, 6 de Julio de 1853 (*Pasicrista*, 1854, 2, 77).

448. La patria potestad es también de orden público. Luego toda condición que pone trabas al ejercicio de dicha potestad, es ilícita; tal sería la condición de que al hijo se le criase en una religión determinada. La educación religiosa, lo mismo que la instrucción, es un deber para el padre; debe cumplirlo en consecuencia; luego debe evitarse poner el deber en conflicto con el interés pecuniario que pudiera tener el padre para no cumplir con dicho deber. Esto equivale á decir que dichas condiciones se tienen por no escritas.

¿Debe mantenerse ese principio para los derechos que la ley concede al padre sobre los bienes de sus hijos? El tiene la administración hasta la mayor edad de éstos, y el goce hasta que se emancipan ó llegan á la edad de diez y ocho años. Por otra parte, hemos dicho que á nuestro juicio la administración es de orden público, porque es un deber, mientras que el usufructo legal es un derecho pecuniario, porque es una ventaja inherente por la ley al ejercicio de la patria potestad. (1) La consecuencia es que la condición que quita al padre la administración es ilícita, (2) mientras que los priva del goce es válida.

449. La tutela presenta dificultades análogas. Ella, es de orden público, lo que es incontrovertible, y los romanos llegaban hasta decir que es de derecho público. (3) ¿Quiere decir esto que todas las reglas que rigen la tutela sean de orden público, y que toda condición que las deroga sea ilícita? La aplicación hace surgir muchas dificultades, sobre las cuales hay mayor ó menor duda. Se ha fallado que era nula la cláusula de su testamento por la cual el testador al legar sus bienes á un menor, le nombraba un tutor

1 Véase el t. 4º, núm. 297 y 298.

2 Véase en sentido contrario, denegada, 11 de Noviembre de 1828, contra las condiciones del ministerio público (Dalloz, «Disposiciones», núm. 122).

3 Véase el t. 4º, núm. 366.

encargándole la administración de dichos bienes. Esto es claro: la ley es la que nombra al tutor, y cuando no lo nombra, confía dicho cuidado al último que muere de los padres ó al consejo de familia. El legislador no permite y ni podría permitir al primer advenedizo que hiciese una liberalidad al menor de nombrarle un tutor; no otorga este derecho sino al que presenta las garantías necesarias. (1)

La misma sentencia ha decidido que la administración de los bienes legados podía confiarse á la persona á quien el testador hubiese nombrado tutor. Esto nos parece muy dudoso. Esta gestión separada, dice la corte, nada tiene de contrario á las leyes y á las costumbres, ningún poder quita al tutor, el cual conserva la administración de la persona y de los bienes del pupilo. A nuestro juicio, ella deroga el artículo 450, que encarga al tutor que administre los bienes del pupilo. Habrá, en este caso, dos tutelas en cuanto á los bienes: y ¿no es un principio que no puede haber más que una sola tutela? ¿y esta tutela legal daría al menor las garantías que la ley ha querido asegurar? La corte ha previsto la objeción; ha asimilado la gestión de los bienes legados á la del tutor, sometiendo al administrador á la vigilancia del subrogado tutor y á la revisión del consejo de familia. Esto aumenta nuestras dudas. ¿Con qué derecho la corte da al subrogado tutor y al consejo de familia una acción cualquiera sobre un administrador que no es tutor? ¿Puede haber una subrogada tutela cuando no hay tutela? ¿un consejo de familia cuando no hay tutor? Y si la gestión de los bienes legados está en todo sometida á las leyes de la tutela, no debe decirse que es una tutela verdadera? ¡Y, no obstante, la corte ha fallado muy bien que no podía haber tutor nombrado por

1 París, 22 de Febrero de 1838 (Dalloz, "Disposiciones," número 123).

el testador! Por último, hay una garantía esencial que le falta al menor, en lo que concierne á la gestión de los bienes, y es la hipoteca legal que grava los bienes del tutor. Esta hipoteca no puede evidentemente extenderse sobre los bienes de un simple administrador. He aquí una nueva derogación de la ley, y considerable. Así es que preferiríamos decidir que esta administración extralegal es contraria á la ley, y que, por lo tanto, la condición es ilícita. El legislador es el único que habría podido derogar la autoridad del tutor, como deroga, en ciertos límites, la potestad marital; en el silencio del código, el intérprete debe ajustarse al principio de que toda condición contraria á una ley de orden público se tiene por no escrita.

450. La jurisprudencia admite que el testador puede, en cierto sentido, derogar las reglas de la tutela. Una abuela, tutora legal de sus nietos, los instituye legatarios universales con condiciones evidentemente contrarias á la ley, y vedando atentar en lo más mínimo á sus voluntades: no debía pedirse ninguna cuenta de la tutela, no se haría ningún inventario; el consejo de tutela nombrado por la madre sería consultado por el nuevo tutor; los bienes de la sucesión serían administrados por un hombre de confianza, no se haría ninguna partición de la sucesión durante la minoría de los hijos legatarios. La testadora acababa por declarar que si se atentaba á estas disposiciones, ella revocabía la institución hecha en favor de sus nietos, y no les dejaba más que la reserva legal, y que legaba su disponible á unos primos. El tutor atacó el testamento, por contener cláusulas y condiciones ilícitas. Se falló que dichas cláusulas nada tenían de contrario al orden público, y que por otra parte era inútil examinar su concordancia con las leyes que rigen la tutela, supuesto que la disposición se reducía á una alternativa, y que la opción que ella dejaba á los legatarios, no contradecía á ninguna ley. Esta

decisión nos parece igualmente dudosa. La pretendida opción no era en realidad más que un medio empleado por la testadora para obligar á los legatarios á someterse á sus voluntades; luego teníase que examinar si estas voluntades eran licitas; y, eran abiertamente contrarias á las leyes de la tutela. Más adelante insistiremos sobre la validez de las cláusulas penales, por las cuales el testador sanciona sus voluntades.

451. Encontramos una aplicación de estos principios en una sentencia de la corte de París. En un testamento hecho en favor de menores no reservatarios, el testador prohíbe que se vendan sus inmuebles judicialmente; quiere que la venta se haga por simple adjudicación ante notario, en presencia de su ejecutor testamentario. Se ha fallado que esta condición debe tenerse por no escrita, como prohibida por la ley.⁽¹⁾ La opinión contraria es vivamente sostenida por Troplong. No son los inmuebles del menor, dice él, los que el testador ordena que se vendan sin observar las formas prescriptas por la ley para la venta de los bienes de los menores, sino los inmuebles que lega á los menores y ¿no puede él disponer de su cosa como le ocurra? He allí una de esas nutilizas que con mucha frecuencia están en oposición con el verdadero derecho. ¿A quién pertenecen los bienes legados en el momento en que se venden? ¿Hay que enseñar á un sabio magistrado, que el legatario adquiere la propiedad desde el instante en que el testador fallece? y cómo podría éste ser propietario después de su muerte? Lo que se vende son los bienes de los menores. ¿En qué formas debe hacerse la venta? Judicialmente. ¿Por qué? Por que es una garantía, y ¿toda garantía establecida en interés de un incapaz acaso no es de interés público? Troplong dice que él no con-

¹ París, 13 de Agosto de 1849 (Dalloz, 1850, 2, 194).

cibe tanta ternura hacia formalidades que todos, en nuestros días, están de acuerdo en considerar como ruinosas. (1) Nosotros no tenemos ninguna predilección por esas formalidades que absorven los bienes en costas; pero si respetamos la ley, y únicamente al legislador corresponde modificar las garantías que él ha juzgado necesarias para proteger los intereses de los menores. Esto es lo que ha hecho el legislador belga.

452. ¿Es ilícita la condición impuesta á un legado hecho por un tutor á su antiguo pupilo, de no pedir cuentas de la administración tutelar? Nuestros antiguos autores enseñan que ella es válida, pero agregan algunas restricciones. La dispensa no es absoluta, dice Furgole; el tutor tendrá siempre que dar cuenta de su gestión, pero se tendrá con él menos severidad; no será responsable sino de su долo, y no estará obligado á pagar más que el remanente. (2) Todo esto es muy arbitrario. Ciertamente que es de orden público la obligación de rendir cuentas; y hasta prohíbe la ley al pupilo, llegado á la mayor edad, que trate con su tutor acerca de esta obligación (art. 472). Luego es ilícita la condición de no pedir cuentas. A lo sumo se le puede justificar considerando el legado como un contrato oneroso, por el cual el pupilo renuncia á la rendición de cuentas mediante la liberalidad que le hace su antiguo tutor. Considerado de esta suerte, el legado no cae bajo la aplicación del art. 900; pero no es contrario al art. 1,172 combinado con el 472? ¿No sería éste uno de esos tratados que la ley reprueba? Tal es nuestro parecer; luego el legado sería nulo en su totalidad. Las restricciones que Furgole

1 Troplong, núm. 270 (t. 1º, pág. 107). Bayle-Mouillar sobre Grenier, t. 1º, pág. 696. Demolombe, t. 18, pág. 342, núm. 315,

2 Furgole. "De los testamentos," cap. 7º, sec. 2º, núms. 110 y 115 (t. 2º, pág. 109 y 111). Esta es también la opinión de los autores modernos, y está consagrada por la jurisprudencia. Véanse las autoridades en Demolombe, t. 18, pág. 346, núm. 316.

pone á su opinión nos confirman en nuestras dudas. Puede haber dolo, y el tutor quiere cubrir su dolo con una liberalidad. Furgole dice que esto sería ilícito. ¿Pero no se corre riesgo de favorecer el dolo dando validez al legado?

Núm. 5. El interés público y el interés privado.

I. Cláusulas concernientes á los bienes.

453. ¿Son ilícitas las condiciones concernientes á los bienes desde el momento en que derogan una disposición del código civil? Hay que distinguir. Si la ley es de interés general, la condición se tiene por no escrita, porque no está permitido á los particulares el derogar ley es de interés general (núm. 439). Y si la ley es relativa á intereses privados, se permite derogarla, y en consecuencia la condición que le es contraria no puede reputarse ilícita. Los autores están de acuerdo sobre el principio; pero la aplicación no carece de dificultad, porque el interés privado se liga intimamente con el interés público; luego una ley puede ser á un tiempo de interés particular y de interés general. Es preciso entonces ver cuál es el elemento que domine: si es el interés de la sociedad, la condición será ilícita; si es el interés de los individuos, será válida.

454. No hay duda en cuanto á los convenios sobre una sucesión futura: la ley prohíbe todo pacto sucesorio, y lo hace por condiciones de moralidad. Luego puede aplicarse el texto del artículo 900, supuesto que él prevee las condiciones contrarias á las buenas costumbres. Si la condición es puramente un pacto sucesorio, no hay duda alguna; pero los hechos casi no llegan á presentarse con tal sencillez. Una donación hecha por contrato de matrimonio dice que la futura dejará disfrutar al superviviente de sus padres de todos los bienes del primero que muere, sin hacer contra el que sobrevive ninguna reclamación. Esta

cláusula era evidentemente un pacto sucesorio, luego nulo; pero que se relacionaba, á la constitución de dote, en el sentido de que todo el contrato era un pacto de familia, es decir un convenio oneroso, sujeto al artículo 1,172¹. La corte de apelación falló que la estipulación de dote y el convenio sucesorio eran enteramente distintos e independientes uno del otro; mantuvo en consecuencia la dote y anuló el pacto. A recurso intentado, la corte de casación mantuvo esta decisión, insistiendo sobre la apreciación que la corte de apelación habría hecho de las dos cláusulas; (1) lo que implica que el juez habría podido apreciar el contrato de distinta manera. A nuestro juicio, tratábbase de un todo indivisible; el convenio estaba viciado todo él, y debía anularse en virtud del artículo 1,172. Un caso análogo se presentó ante la corte de Augers. Se trataba de un testamento por el cual la testadora instituía á uno de sus sobrinos legatario universal, con la condición de que él no podía intentar nada en la sucesión de sus padres, lo que, dice la escritura, será suficientemente comprobado por la aceptación del presente donativo. El legatario aceptó el legado y pidió disfrutar de él inmediatamente. Su madre pretendió que él no podía ejercitarse sino á la muerte de sus parientes la opción que le daba la testadora. Este era un error; la corte dice muy bien que el legatario debía disfrutar del donativo inmediatamente. Surgía entonces la cuestión de saber si la condición impuesta era válida. Creemos nosotros que éste era un pacto sucesorio, supuesto que la aceptación del legado equivalía á renunciar á la sucesión de los padres, y renuncia inmediata. ¿Debía borrar-se la condición manteniendo el legado? Esto habría sido violar la intención de la testadora, que quería hacer un

1 Denegada, 23 de Enero de 1823 (Dalloz, "Disposiciones," número 178, 2º). Comparese denegada de 16 de Enero de 1838 (Dalloz, 1844, número 187, 3º).

arreglo de familia; luego la aceptación del legatario daba al legado el efecto de un contrato. ¿Era válido el contrato? No, porque descansaba en un pacto sucesorio. La corte falló en sentido contrario. (1)

Sucede con bastante frecuencia que un cónyuge agrega á su liberalidad la condición de que los bienes del donatario ó del legatario se dividan por mitad entre los herederos de éste y los del disponente. El sentimiento que dicta esta condición es bastante natural; el donador prefiere su mujer á sus herederos, pero prefiere sus herederos á los de su mujer. Sin duda que esta consideración de equidad es la que ha inducido á las cortes de apelación á validar dichas condiciones. La corte de casación las anula y las considera como no escritas. En nuestro concepto, la corte suprema tiene razón. En efecto, designar á los herederos del donatario, es hacer su testamento para él, es disponer de su sucesión, lo que ciertamente es un pacto sucesorio. En vano dice que el donador dispone de los bienes donados por él. Estos bienes, trátese de una donación ó de un testamento, vienen á ser la propiedad del donatario ó del legatario; á la muerte de éste forman parte de su herencia; á él corresponde disponer de ellos, y no al que en otro tiempo los donó ó legó. La corte de casación agrega que esta condición viola no solamente el artículo 1,130, sino también el 1,021; en efecto, esto equivale á legar la cosa ajena, aunque, en el momento en que él dispone, el donador sea propietario de los bienes que él dona; pero cesa de serlo al fallecimiento del donatario; por mejor decir, cesa de ser su propietario desde el momento en que la donación se perfecciona, y si se trata de un legado, desde la apertura del testamento; luego la condición es contraria á las leyes, y, por lo tanto, se tiene por no escrita. (2)

1 Angers, 27 de Julio de 1827 (Dalloz, "Disposiciones," núm. 177).

2 Osnán, 24 de Agosto de 1841 y 2 de Mayo de 1842 (Dalloz, "Disposiciones," núm. 178, 5^a, y 6^a).

455. ¿Es ilícita la condición de renunciar á una sucesión? Si la herencia está abierta, no hay duda alguna; la condición es válida. Esto no es más que la opción entre dos derechos pecuniarios, la liberalidad y la sucesión; ningún principio se opone á semejante opción. Si no está abierta la sucesión, la renuncia constituye un pacto sucesorio, y por este título la prohíbe el artículo 791; en consecuencia, la condición es contraria á la ley; añadida á una liberalidad, debe borrarse. Esta decisión, fundada en el rigor de los principios, está lejos de ser aceptada por todos los autores. La mayor parte distinguen, hacen válida la condición, si la renuncia no debe tener lugar sino cuando se abra la sucesión; ellos lo anulan si la renuncia se hace en el momento en que la donación se perfecciona ó al abrirse el legado. (1) No nos parece jurídica esta distinción. Ordinariamente la condición la impone el padre ó la madre que dota á su hija. Por el hecho sólo de que la hija legataria acepta la liberalidad, se obliga á renunciar á la sucesión futura del donador, ó si hay lugar, de un tercero, como en el caso que acabamos de citar (núm. 454). Ahora bien, obligarse á renunciar á una herencia no abierta, equivale á celebrar un pacto sobre una sucesión futura, por lo que es ilícita la condición. Otra cosa sería si se hiciera un legado bajo de dicha condición. Al aceptar el legado en una época en que la sucesión no se ha abierto, el legatario se obliga á renunciar á ella; esto basta para que haya pacto sucesorio y para que la condición sea ilícita. (2)

Demolombe propone una restricción de otra opinión. Es de sentirse, dice él, que el donatario conserve la liberalidad, siendo que acepta la sucesión, por más que se haya hecho la liberalidad para alejarlo de la herencia. Según él,

¹ Baile-Monillard sobre Grenier, t. 1º, pág. 694. Troplong, número 269, (t. 1º, pág. 107).

² Duranton, t. 8º, pág. 159, nám. 146.

hay que ver si la donación es un pacto aleatorio, en cuyo caso se anulará en virtud del artículo 791. Esto equivale á decir, en otros términos, que, si la liberalidad aparente es, en realidad, un contrato oneroso, ó lo que se llama un arreglo de familia, no hay lugar á aplicar el artículo 900. Formulada de esta manera, la restricción no es dudosa: no es más que la distinción entre la donación y el contrato oneroso, el caso del artículo 900 y el del 1,172. En teoría, la distinción no podría ponerse en duda, porque se halla escrita en la ley, pero la aplicación es muy delicada, y fácilmente se presta á arbitrariedades. Nada hay que decir en esta materia sino es que el juez debe pesar maduramente las circunstancias de la causa. Su decisión será soberana, supuesto que refluirá sobre la aplicación de los hechos.

456. ¿Qué debe decirse respecto de la prohibición que hace el testador á sus herederos de dejar su sucesión indivisa? Se supone que la prohibición es temporal y que no excede del tiempo durante el cual los herederos pueden suspender la partición. Nosotros hemos contestado á la cuestión en el título de las *Sucesiones* (t. X.) númas. 273 y 244. Allí también examinamos la cuestión de saber si el testador puede vedar á los herederos ó legatarios la facultad de aceptar la sucesión bajo beneficio de inventario.

457. La cláusula siguiente da lugar á serias dificultades: el testador, queriendo hacer su sucesión enteramente mobiliaria ordena que todos los inmuebles se vendan á requerimiento de su ejecutor testamentario en la forma que él indique, sea ante notario, sea judicialmente. En uno de los casos que se presentaron ante la corte de cassación, los legados habían sido aceptados por beneficio de inventario. Fundándose en el modo de aceptación que somete la venta de los bienes á formalidades particulares, los legatarios pretendieron que era ilícita la condición formulada en el testamento. La corte de Orleans rechazó

su demanda, y su decisión fué mantenida por la corte de casación. Dícese en la sentencia que el testador que no tiene herederos reservatarios, puede poner á sus liberalidades la condición que le plazca prescribir, con tal que no sea contraria á la ley, ni al orden público, ni á las buenas costumbres; y ninguna ley, ningún principio se opone á que la sucesión sea movilizada antes de que se distribuya entre los legatarios. La aceptación beneficiaria no reposa sino sobre los bienes tales como se han legado; ahora bien, cuando el testador moviliza su herencia no son inmobiliarios los bienes que él lega, sin valores mobiliarios; luego no hay lugar á llenar las formalidades prescriptas por la ley para la venta de los inmuebles de una sucesión aceptada beneficiariamente. (1)

En un caso idéntico el debate se ha entablado por otra dificultad. El difunto no tenía herederos á reserva, y había instituido trece legatarios universales. Con el objeto de simplificar la liquidación de su herencia, él nombró un ejecutor testamentario, y le confirió poder para vender todos sus inmuebles, para emplear su precio en salvar los legados particulares y para distribuir el resto entre sus legatarios universales. Estos sostuvieron que el testador no tenía el derecho de conferir este poder al ejecutor testamentario. Tal es la verdadera dificultad que ofrece la cuestión. En el negocio que acabamos de citar, esta dificultad no se había suscitado; la corte parece admitir como un principio claro que el testador puede dar á su ejecutor testamentario el mandato para que venda sus inmuebles. ¿Pero cómo conciliar este principio con las disposiciones del código que rigen los poderes de los ejecutores testamentarios? El artículo 1,031 dice que ellos provocarán la venta del mobiliario, y no habla de los inmuebles. Se dirá que los inmuebles no están legados, que únicamente

1 Denegada, 17 de Abril de 1855 (Dalloz, 1855, I, 201).

mente se llama á los legatarios á que reciban valores mobiliarios. Esto no nos parece exacto.

La transmisión de los bienes se opera al fallecimiento del testador; desde este momento los legatarios, sea cual fuere su título, adquieran la propiedad de los bienes que se les han legado, y los legatarios universales tienen además la posesión, son poseedores y propietarios en virtud de la ley. Así, pues, son sus bienes los que el ejecutor testamentario vende; la cuestión está en saber si el testador puede conferirle dicho poder. La corte de Donai lo ha decidido afirmativamente en una sentencia muy bien motivada.

La sentencia parte del principio de que el difunto que no tiene herederos reservatarios puede disponer de sus bienes como se le ocurra; la ley le deja la más completa liberalidad en cuanto al modo de distribuirlo, salvo la restricción que resulta del art. 900. Así, pues, la dificultad se reduce á saber si el testador puede ordenar que su fortuna se movilice. Ninguna ley lo prohíbe, dice la corte; el orden público y las buenas costumbres nada tienen que ver en esto. ¿Se dirá que están apoderados de los bienes los legatarios universales, el testador no puede ya disponer de ellos, ni conferir al ejecutor testamentario el poder de venderlos? La sentencia contesta que los legatarios universales están, es cierto, posesionados de los bienes, pero que no lo están sino bajo cierta medida, según el modo y en los términos del testamento; en el caso de que se trata, están posesionados de los bienes movilizados por la voluntad del testador. Y esta voluntad merece todo favor, puesto que tiene por objeto ahorrar dificultades á los legatarios, moratorias y costas de las instancias de partición, remates y formalidades que absorben una parte del activo hereditario. (1) Esto es muy cierto, pero no contesta las dudas

1. Donai, 26 de Agosto de 1847 (Daloz, 1847, 2, 209.)

que hemos suscitado. El poder del difunto sobre sus bienes cesa con su muerte, y entonces ya no es propietario porque la propiedad pertenece á los legatarios; y ¿puede él poner trabas á este derecho de propiedad dando á un tercero, ejecutor testamentario, el poder de vender los bienes que pertenecen á los legatarios? En principio, el poder del hombre sobre sus bienes cesa con su muerte; el mandato que la ley permite que se dé al ejecutor testamentario es una excepción de estos principios, por lo que es de estricta interpretación. La consecuencia rigurosa es que fuera de los límites trazados por el código, el ejecutor testamentario carece de poder. Insistiremos sobre este punto al tratar de los ejecutores testamentarios. (1) La corte de casación confirmó la decisión de la corte de Donai; falló que el derecho conferido al ejecutor testamentario de proceder á la venta de los inmuebles, no excede el poder que el testador tiene permiso de conferirle. (2) Y ¿no esto resolverá la cuestión con ella mismas?

458. Una dificultad análoga se ha presentado en otro caso, y ha sido resuelta en el sentido de los principios que acabamos de indicar. Una testadora dispone de tres inmuebles, en usufructo en provecho de su sobrina, y en nuda propiedad en provecho de los hijos de la legataria. Ella nombra un ejecutor testamentario encargado de administrar esos bienes así como los demás que deben recaer en los sobrinos segundos, hasta que los varones hayan llegado á la edad de treinta y un años, y en cuanto á las mujeres, hasta la época de su matrimonio. Si el mandatario falleciere sin haber nombrado á alguno para que lo reemplace, debía de haberse proveído por el presidente del colegio de notarios. La gestión del ejecutor, después de haber durado once años, fué atacada como contraria al artícu-

1 Denegada, 8 de Agosto de 1848 (Daloz, 1848, I, 188).

2 Véase el t. 14, núms. 43 y 45.

lo 900. Se falló que el testador se había salido de los límites que establece el art. 1,626 para el mandato que el testador puede dar al ejecutor testamentario. La sentencia dice que, aun cuando se quisiera distinguir entre el mandato que el testador hubiese dado al mandatario y el que ha querido dar al ejecutor testamentario, los principios se opondrían á que confiriese á un mandatario poderes más extensos que los que la ley permite que se confieran al ejecutor testamentario. Después de todo, el ejecutor testamentario no es más que un mandatario, y la ley reduce sus poderes á límites muy estrechos, que no puede exceder el testador. La corte de casación hizo á un lado la cuestión general de mandato, y se atuvo á los poderes conferidos al ejecutor testamentario como tal; dichos poderes, dice ella, exceden evidentemente los que autoriza el artículo 1,626; de lo que infiere que la cláusula era nula como contraria á la ley, y que debía tenerse por no escrita por aplicación del art. 900. (1)

459. Las convenciones matrimoniales son irrevocables; este principio interesa á los terceros que tratan con los cónyuges, así es que es de interés general. ¿Quiere decir esto que encadene á los donadores y testadores, en el sentido de que las liberalidades no pueden derogar los convenios que constan en el contrato de matrimonio, en los convenios tácitos que resultan del régimen de comunidad legal? Nosotros creemos que el principio de la irrevocabilidad de los pactos matrimoniales no se refiere á los cónyuges, los que no pueden cambiar sus convenios; pero los donadores y testadores no están encadenados por el contrato de matrimonio de aquéllos á quienes quieren hacer liberalidades. El código mismo consagra este principio. Por derecho común el mobiliario futuro entra en el

(1) Denegada de la sala de lo civil de 20 de Mayo de 1867 (Daloz, 1867, I, 200).

activo de la comunidad; no obstante, el art. 1,401 permite al donador que declare que los valores mobiliarios que dona á un cónyuge no entran en comunidad. Luego no puede ponerse en duda el principio pero su aplicación no carece de dificultades.

Se supone que los cónyuges están casados por el régimen de la comunidad; un testador lega á la mujer algunos inmuebles con la cláusula de que los bienes serán inalienables; ordena que las sumas de dinero que él lega se empleen en inmuebles igualmente inalienables. Se ha fallado que la condición de inalienabilidad era contraria á la ley, supuesto que modifica los convenios matrimoniales, los cuales no pueden recibir ningún cambio después de la celebración del matrimonio (art. 1,395). (1) Este motivo para decidir no nos parece perentorio. En el caso de que se trata, no son los cónyuges los que cambian sus convenios matrimoniales. ¿Se dirá que el interés de los terceros se opone á todo cambio, hágase éste por los cónyuges ó por un donador ó testador? Esto es verdad; pero no impide que la ley dé validez á una liberalidad, que atribuye á la mujer, como propios mobiliarios, bienes que según el contrato de matrimonio, debían entrar en comunidad, y, por consiguiente, venir á ser la propiedad del marido. Nosotros creemos que la verdadera dificultad consiste en la cláusula de la inalienabilidad. En principio esta condición es ilícita, según vamos á decirlo. No obstante, la ley permite que se estipule que los bienes de la mujer serán inalienables; esto no es más que el derecho común para los bienes dotales de la mujer casada por el régimen dotal. Sin embargo, la ley limita al derecho de los cónyuges, en el sentido de que la dotalidad debe resultar de una estipulación del contrato de matrimonio, y este principio es concerniente á los terceros tanto como á la mujer, supuesto

⁽¹⁾ *Owen, 18 de Diciembre de 1849 (Daloz, 1851, 2, 233).*

que el art. 1.541 prevee las dos hipótesis, la de la dote constituida por un tercero y la de la dote constituida por la mujer; en seguida el art. 1.543 añade que la dote no puede constituirse ni siquiera aumentarse durante el matrimonio. Síguese de aquí que ningún inmueble puede tomarse dotal, es decir, inalienable durante el matrimonio, si el principio de la dotalidad no se halla en el contrato de matrimonio. El legislador lo resuelve así porque la inalienabilidad es contraria al interés general. Ahora bien, en todos los regímenes existe la misma razón para decidir. Síguese de aquí que un inmueble donado ó legado, no importa bajo qué régimen, no puede volverse inalienable sino cuando el contrato de matrimonio establece la inalienabilidad. Así, pues, la corte de Caen ha fallado bien, pero es importante precisar los verdaderos motivos para dudar.

II. De la prohibición de enagenar.

460. La prohibición de enagenar es una cláusula bastante frecuente. ¿Es ella ilícita? Hay muchas controversias sobre esta cuestión, y no escasean las dudas. El principio es aceptado con bastante generalidad, salvo el que se le infieran excepciones más ó menos convertibles. Se presenta una primera dificultad. Se admite que la condición es ilícita; lo que supone que hay una ley que lo prohíbe. ¿Cuál es esta ley? No hay una que pronuncie formalmente que es ilícita la condición de inalienabilidad. Acabamos de citar las disposiciones del código que implican que el legislador repreueba la inalienabilidad; si la permite bajo el régimen dotal, es á causa del favor debido al matrimonio; y aun así la limita, en el sentido de que la inalienabilidad debe estipularse en el contrato de matrimonio. El art. 896 da un argumento análogo; prohíbe las substituciones; y uno de los motivos de esta prohibición, es que los bienes substituidos están fuera del comercio, y

esto es contrario al interés general que exige la libre circulación de los bienes. S'guess de aquí que la condición de la inalienabilidad está implícitamente prohibida por la ley. En apoyo de esta opinión, se puede, además, citar el artículo 6, el cual prohíbe á los particulares que deroguen las leyes que interesan el *orden público*. Esta expresión tan vaga se aplica en su más lata acepción al *interés general*; no es precisamente necesario que haya una *ley* especial para cada caso que puede presentarse, porque, según los términos del artículo 1,133, la causa es ilícita cuando es contraria al orden público. Combinando todas estas disposiciones, se puede establecer, como principio, que toda consideración contraria al interés general es ilícita, y, como tal, cae bajo la aplicación del artículo 900. Ahora bien, la inalienabilidad se halla en oposición con una ley fundamental de la economía política, la que pide la libre circulación de los bienes; esta ley interesa en el más alto grado la riqueza pública, y, por lo tanto, toda condición que la deroga es contraria al interés general y, en tal concepto, ilícita. Esto se funda también en la razón. Sea cual fuere el interés que el donador ó el testador tiene en estipular la cláusula de inalienabilidad, no se trata más que de un interés privado; y el interés de los individuos debe estar subordinado al interés general, porque, de lo contrario, deja de haber vida común posible. (1)

Hay una sentencia de la corte de Lyon en este sentido; los motivos que la corte da completarán lo que acabamos de decir. Una testadora instituye dos legatarios universales, prohibiéndoles que vendan, hipotequen y hasta administren los bienes durante los cuarenta años que sigan á su fallecimiento; ella confiaba la administración á un ejecutor testamentario; y en caso de que éste falleciera antes de la

1 Dallos es el único autor que establece el principio de una manera absoluta ("Repertorio," "Disposiciones," núm. 179, 1º).

espiración de los cuarenta años, un reemplazante debía ser nombrado por el presidente del tribunal. Los legatarios pidieron que la condición se declarara ilícita y no escrita; la corte de Lyon les dió el triunfo. Esta parte del principio de que el propietario tiene derecho á disponer de sus bienes como mejor le ocurra; pero este derecho se detiene á su muerte, y pasa íntegro á los herederos del difunto. ¿Se dirá que los herederos reciben los bienes con las condiciones que el testador puso á su liberalidad? Sin duda que sí, pero estas condiciones no deben ser contrarias á la ley, ni al interés público; ahora bien, tal es la condición que, al prohibir que se enagené ó hipoteque, pondría los bienes fuera del concurso y constituiría una mano muerta por lo menos temporal. (1) En vano se objetaría que la inalienabilidad no es más que temporal: la objeción sería poco jurídica, porque equivale á decir que se puede lastimar el interés general durante cierto tiempo, lo que es un absurdo. Verdad es que el legislador permite que se celebren ciertos convenios á tiempo, á la vez que los prohíbe como principio (art. 815); pero el legislador es el único que tiene dicho poder, y no incumbe al intérprete el fijar arbitrariamente un término dentro del cual sería permitida la inalienabilidad, mientras que no lo sería más allá de ese plazo. Si la inalienabilidad es contraria al interés general, la consecuencia lógica es que es nula toda cláusula de inalienabilidad. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia no aceptan el principio de una manera tan absoluta. Luego es preciso que entremos en el detalle de las dificultades que presenta la aplicación del principio.

461. Todos están de acuerdo cuando la condición de no enagenar se impone de una manera absoluta e indefinida, sin restricción y sin límite. (2) En este caso, podría decirse

1 Lyon, 7 de Abril de 1895 (Dalloz, "Disposiciones," núm. 179, 1º).

2 Véanse las autoridades citadas por Demolembre, t. 18, pág. 821,

literalmente que la condición haría recibir la mano muerta, y hasta sería más funesta, supuesto que las personas de mano muerta pueden enagenar con ciertas condiciones. Se ha fallado en este sentido que la condición de incesibilidad impuesta de una manera absoluta á la donación de una renta perpetua, es nula; vendría á parar, dice la sentencia, en una substitución interminable. De esto la sentencia concluye que el donatario no podía prevalecerse de la condición de inalienabilidad para pedir la nulidad de una cesión que él habría consentido en provecho de un tercero, lo que no es dudoso. Reputándose por no escrita la cláusula de inalienabilidad, la cosa se queda en el comercio, y, en consecuencia, puede ser válidamente enagenada. (1)

462. ¿Se aplican estos principios á la cláusula de una donación ó de un testamento que declara incesible las rentas de un inmueble donado ó legado á una persona que no es heredera á reserva? Se ha fallado que ninguna ley se opone á que el disponente añada esta cláusula á su liberalidad. Tratábase, en este caso, de una substitución permitida, hecha en provecho de los sobrinos del testador. Muy loable era el objeto; el disponente quería proteger á su hermana contra la propia debilidad; que lo inclinaba á una prodigalidad ruinosa para él y para los suyos. ¿Pero no era contraria la substitución al principio de la libre circulación de los bienes? No, dice la corte; porque la incesibilidad no impide el bueno y prudente empleo de las rentas que de ella están afectadas; se oponen únicamente á que se enagenen en masa y antes de haber provisto á las necesidades del legatario. Lejos de ser contraria al orden público, la cláusula es un acto de prudencia y de previsión, porque á la sociedad le importa que los ciudadanos

núms. 292 y 293. Denegada, 7 de Julio de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 446).
Leja, 5 de Marzo de 1875 (*Pasicrisia*, 1873, 2, 153).

1 Donai, 23 de Junio de 1851 (Dalloz, 1852, 2, 245).

no caigan en una desnudez completa. ¿Se opondrá el interés de los acreedores? La misma ley declara que los alimentos son inembargables; ahora bien, la inalienabilidad tiene el mismo objeto. No obstante, la corte admite una restricción en cuanto á los efectos de la cláusula; no impide á los tribunales que validen las translaciones, que se habían hecho si las circunstancias lo exigieran; la corte lo decide así por analogía del artículo 582 del código de procedimientos. (1)

Si los tribunales pudieran fallar equitativamente, nada sería tan sensato como dicha decisión. Pero se encuentran encadenados por la ley y los principios. Ahora bien, se admite que la condición de inalienabilidad es ilícita, por lo que el juez no puede darle validez por meras consideraciones particulares. Esto sería consignar una excepción, una derogación á una ley de orden público; el legislador es el único que tiene ese poder, él solo puede declarar que en tales y cuales casos la regla que se opone á la inalienabilidad puede recibir excepción; porque no entra en la cuestión el interés público. En vano la invoca el interés del legatario: la ley quiere que cada cual vele por sí mismo sus intereses. Admite excepciones para los incapaces, pero cuida de limitar sus efectos. Si se trata de un pródigio, ella permite que se le nombre un consejo, pero no le quita la disposición de sus rentas (art. 513). Si se trata de proveer al interés de los hijos, la ley autoriza las substituciones, somete la gravedad á ciertas restricciones, pero le deja otra vez el goce. ¿El testador puede excederse de la ley? Esto equivaldría á violarla. Nuestra conclusión es que la condición de inalienabilidad no puede recaer sobre las rentas como tampoco sobre la propiedad.

463. La jurisprudencia admite otras muchas acepciones.

1 Caen, 12 de Junio de 1854 (Dalloz, 1855, 2, 193).

Desde luego permite al deponente que imponga al donatario la condición de no poder ni hipotecar, ni enagenar los bienes donados, durante la vida del donador, desde el momento en que éste tiene un interés; y basta que él diga que la enagenación no podrá hacerse sin su consentimiento para que se reputé que aquel tiene interés. La corte de Cilesia ha fallado que esta cláusula no estaba prohibida por ninguna ley. Esto es decidir la cuestión por la cuestión misma. (1) Semejantes sentencias no tienen ninguna autoridad. Hay una sentencia en el mismo sentido de la corte de Bourges. Esta agrega que la prohibición no es perpetua y absoluta, sino transitoria y relativa. Este motivo, que figura en la mayor parte de las sentencias, habla en contra de la jurisprudencia. ¿Cuándo será transitoria la prohibición? ¿basta que no sea perpetua? ¡Así es que podrá prohibirse la enagenación durante mil años! ¿Y si no se puede, en donde estará el límite? ¿A quién incumbe fijarlo? ¿Al juez? El legislador mismo no lo aceptará, por el capricho solo del donador. Se quiere que el donatario pida el consentimiento del donador; ¿por qué? Porque, dice la corte de Bourges, el donador puede tener en ello un interés eventual. ¡De suerte que por el interés incierto de un particular, se permite que se derogue un interés cierto de la sociedad! En vano la corte dice que hay lugar á invocar, en el caso de que se trata, las consideraciones de economía política y de interés general sobre los inconvenientes y el riesgo de la indisponibilidad de los bienes. (2) El interés general está lesionado desde el momento en que un bien se pone fuera del comercio, aun cuando la prohibición de enagenar no fuese perpetua. ¿Qué cosa hay de eterno para el hombre, ser de un día?

1 Orleans, 17 de Enero de 1846 (Dalloz, 1846, 2, 203).

2 Bourges, 14 de Diciembre de 1852 (Dalloz, 1854, 5, 257). Comparese Donai, 23 de Junio de 1851 (Dalloz, 1852, 2, 245); París, 15 de Abril de 1858 (Dalloz, 1869, 2, 1^o).

Hay casos en que el donador está interesado en prohibir la enagenación al donatario, cuando él quiere asegurarse el beneficio del retorno legal que la ley otorga al ascendiente donador. Parece que este motivo determinó á la corte de Bourges; pero es muy difícil. Si el donador quiere asegurarse el retorno de los bienes donados, hay un medio muy sencillo, y es estipularlo así (arts. 951 y 952) La corte conviene en que debe poner en primer lugar entre las condiciones ilícitas la prohibición de enagenar, porque el orden público tiene interés en que circulen libremente los bienes; pero, dice ella, esta verdad, reconocida en derecho como axioma, necesita comprenderse bien; no se aplica, al menos de una manera absoluta, á las interdicciones temporales de vender; en efecto el código civil autoriza formalmente ciertas prohibiciones de esta especie; la sentencia cita las substituciones toleradas (arts. 1,048 y 1,049). (1) Ese es un argumento que prueba en contra de la doctrina de la corte: ¿acaso la jurisprudencia habría podido admitir esa excepción si el legislador no la hubiese consagrado? Evidentemente que no. Desde el momento en que se reconoce el principio, y la corte dice que éste es un axioma, hay que admitir que únicamente el legislador puede ponerle excepciones, y éstas en vano las buscamos en el código.

El donador se reserva el usufruto de los bienes donados; él estipula que el donador no podía enagenarlos durante la vida del disponente. ¿Acaso el interés que él tiene en que el donatario sea nudo propietario, más bien que un tercero, es suficiente para dar validez á la cláusula de inalienabilidad? Nosotros contestamos que al legislador incumbe prever los inconvenientes y resolver. Dudamos nosotros que él consagrara la inalienabilidad para poner

1 Augers, 29 de Junio de 1842 (Dalloz, 1846, 4, 163). Compáress Nancy, 24 de Diciembre de 1869 (Dalloz, 1872, 2, 57).

al usufructuario al abrigo de disgustos ligerísimos, cuando figura en interés público; después de todo, los derechos del usufructuario no sufren nada con la enagenación. Por esto es que la corte de Lyon había decidido, en el caso de que se trata, que la condición era ilícita, porque alteraba el derecho de propiedad en uno de los elementos esenciales que lo constituyen. El donador había agregado que el donatario no podía enagenar, aun cuando fuese por su consentimiento. Y ¿acaso un propietario podría vedarse á sí mismo la facultad de enagenar? Si él no puede imponerse esa traba, mucho menos puede imponerla al donatario. Sin embargo la corte de casación casó la sentencia de Lyon.; por todo motivo da, que la interdicción temporal, impuesta por interés del padre donador, no puede asimilarse á una interdicción absoluta é indifinida, que tendría por resultado poner durante *largo tiempo* los bienes fuera del comercio." (1) ¡*Durante largo tiempo!* ¿Quién será el que decida si el tiempo es ó no largo? ¿Serán veinte años? ¿serán cincuenta? ¿hasta que límite podrá decirse que el interés general debe predominar sobre el interés privado? Cuestión de legislación que el legislador es el único que tiene derecho á resolver. Los tribunales han hecho la ley. Encontramos esta confesión en una rendición de la corte de Rennes confirmada por la corte de casación. Se lee en ella que la condición de inalienabilidad temporal de los bienes donados está confirmada por la jurisprudencia, la doctrina y el uso. (2) Nosotros no reconocemos este derecho ni al uso, ni á los tribunales.

464. ¿Puede el disponente prohibir la enagenación de los bienes por interés del donatario ó del legatario? Así lo pretenden. (3) En teoría, nos parece que debe dejarse

1 Casación de 20 de Abril de 1858 (Dalloz, 1858, I, 154) y Grenoble, 25 de Enero de 1860 (Dalloz, 1861, 5, 104).

2 Denegada, 27 de Julio de 1863 (Dalloz, 1864, I, 494).

3 Demolombe, t. 18, pág. 327, núm. 303.

que cada uno sea juez de sus intereses, á su cuenta y riesgo; este es el único medio de desarrollar las fuerzas individuales, mientras que se contienen y atrofian cuando se imponen al individuo trabas y cadenas; y cuando se pierde la energía de los individuos ¿qué es de la sociedad? Que cada cual mire en torno suyo, y se verá uno obligado á confesar que si la libertad tiene ciertos inconvenientes, tiene también ventajas irremplazables. La jurisprudencia está dividida: hay algunas sentencias en el sentido de nuestra opinión. Se ha fallado que la cláusula por la cual el testador prohíbe á sus sobrinos y sobrinas que venden los bienes legados, hasta que todos hayan llegado á la mayor edad, debe tenerse por no escrita, como contraria á la ley. (1) Del mismo modo la cláusula de no enagenar antes de la edad de treinta años, se ha considerado por la corte de Donai como un consejo que no obliga á aquel á quien se le da. Dice la sentencia que, aun cuando se aceptara la validez de la cláusula cuando es de corta duración, el heredero que la infringiera no podría pedir la nulidad de las enagenaciones ó de las hipotecas que hubiese consentido, porque obligado á garantir, él no puede despojar, y, por consiguiente, sus herederos serían igualmente inadmisibles. (2)

Hay una inconsecuencia en esta jurisprudencia. Si la inalienabilidad temporal no es contraria á la ley cuando se estipula por interés del dispónente ¿por qué habrá de ser ilícita cuando se impone por interés del donatario? Ciertamente que por interés de la mujer es por lo que pesa la inalienabilidad sobre los inmuebles dotales; y cuando ella enagenta, puede pedir la nulidad de la enagenación, sin que se le pueda oponer el adagio que no permite se despoje al

1 París, 22 de Marzo de 1856 (Dalloz, "Disposiciones," número 179, 2º).

2 Donai, 29 de Diciembre de 1847 (Dalloz, 1848, 2, 68) y 23 de Junio de 1851 (Dalloz, 1862, 2, 245).

que debe garantía; esta máxima sólo es aplicable á la reivindicación, y no lo es cuando el actor promueve la nulidad. Hay sentencias en este concepto. (1)

La ley declara ciertos bienes del deudor inembargables por ciertas consideraciones de humanidad, para asegurar á aquél la subsistencia y la vida. Se pregunta si el donador ó el testador pueden declarar inalienables las cosas que él puede declarar inembargables. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en decidir la negativa. (2) En la opinión que acabamos de ensañar, esto se subentiende; nosotros no aceptamos la cláusula de inalienabilidad sino cuando la ley la autoriza; ahora bien, al permitir que se estipule que ciertas cosas no podrán tomarlas los acreedores del deudor, la ley no pretende ponerlas fuera del comercio. En la opinión general, hay una nueva contradicción. Si la condición de inalienabilidad es ilícita cuando es temporal y cuando se estipula en interés del donatario ó del legatario, se debe admitir como consecuencia del principio de que las cosas necesarias á la vida pueden ser declaradas inalienables durante la vida de aquel á quien ellas son donadas ó legadas; y ¿qué interés puede haber mayor que el de la existencia?

465. Cuando la prohibición de enajenación se estipula por interés de un tercero, la jurisprudencia, de acuerdo con la doctrina válida la condición. Las sentencias van á hacernos saber cuan arbitraria es esta opinión. Un testador lega una parte de su fortuna, muy considerable á dos de sus segundos sobrinos, encargándoles el servicio de dos rentas vitalicias, una de 1,500 francos y otra de 400 francos; para asegurar el pago de esas rentas, impone la inalienabilidad á todos los bienes legados, elevándose á cerca

1 Véanse las sentencias citadas por Demolombe, t. 18, pág. 337, núm. 303.

2 Donat, 23 de Junio de 1851 (Dalloz, 1852, 2, 245). Demolombe, t. 18, pág. 332, núm. 309 y los anteriores que él cita.

de 300,000 francos. Esta cláusula fué declarada licita. Esta no es contraria á la ley, dice la corte, tal es la cuestión; las excepciones invocadas en la requisitoria del procurador de justicia, prueban que en la mente de la ley, toda condición de inalienabilidad se considera como contraria al interés general; y ¿se puede permitir al testador que agregue nuevas excepciones? Tal es la dificultad, y no se resuelve sino diciendo que dicha condición no está prohibida por la ley. La corte agrega que, en el caso de que se trata, ella tenía por objeto garantizar un interés serio. Supongamos que sea serio; y ¿acaso no es interés serio la inalienabilidad de un valor de 300,000 francos, durante la vida de los credirentistas? ¿Quién tiene derecho de balancear estos diversos intereses? He aquí una segunda dificultad. En nuestro concepto, no hay duda alguna; desde el momento en que hay un interés general, el particular debe subordinársele, á menos que el legislador haga una excepción por un interés legítimo. Y ¿acaso el interés de los credirentistas exigía que los bienes legados se poseían fuera del comercio? Esto no es sino, sea lo que fuere, lo que dice la corte. El testador, al suponer que los credirentistas no tuviesen la hipoteca legal del artículo 1,017 ¿no podía él conceder una hipoteca para la seguridad de las rentas, ó encargar á los legatarios que la concedan? Según nuestra nueva ley hipotecaria, el testador tiene este derecho (art. 444). Esto nos parece decisivo. La corte de cassación, fiel á su jurisprudencia, ha mantenido la decisión, invocando el motivo en el cual están fundadas todas sus sentencias en esta materia y es "que la interdicción temporal y puramente relativa de enajenar, impuesta por un testador á sus legatarios, no puede asimilarse á la interdicción absoluta é indefinida que tendría por resultado poner, durante un largo término, los bienes legados fuera de la circulación. La corte hace la ley, y la hace muy

mal. ¿Qué cosa es un *largo término*? El legislador se cuidará muy bien de hacer semejante ley; y ¿quién da este derecho á los tribunales? Se dirá que no hay ley formal que prohíba la cláusula temporal; y ¿hay una ley formal que prohíba la cláusula estipulada por un *largo tiempo*?

La jurisprudencia de la corte de casación es constante; ella ha resuelto, por reciente sentencia, que si la prohibición absoluta de enajenar es nula como contraria al interés público de la libre circulación de los bienes, otra cosa sucede con la prohibición temporal, que está justificada por el interés serio y legítimo, sea del donador, sea de los terceros. En el caso de que se trata, la interdicción no recaía sino sobre el usufructo legado, luego era temporal; la sentencia agrega que ella se imponía por interés de los legatarios de la nuda propiedad, tanto como en el de los legatarios del usufructo, para prevenir las causas de conflicto, manteniendo el usufructo en manos de personas estrechamente unidas al nudo propietario por los vínculos del parentesco. (1) Admitamos la legitimidad de este interés. ¿Pero es posible compararlo con el interés general que pide la libre circulación de los bienes? La libertad, en todas las cosas, vale más que las cadenas.

466. Hay condiciones que imponen únicamente ciertas trabas al ejercicio del derecho de propiedad. Una testadora lega su casa á su hermano, declarando que podrá disponer de ella como quiera, salvo que no podrá donar la propiedad de dicha casa á su esposa; ella agrega que ni siquiera quiere que ésta tenga el usufructo consuetudinario. Se falló que esta cláusula de indisponibilidad enteramente especial, es válida. La corte de Bruselas invoca el artículo 1,401, núm. 1, que permite al donador que estipule que el mobiliario donado no entrará en comunidad. Nos parece que la diferencia es grande entre las dos hipótesis;

1 Denegada, 9 de Marzo de 1868 (Dalloz, 1868, I, 309).

en el caso del artículo 1,401, el donador no estorba el derecho de disposición del donatario; él dice únicamente que pretende gratificar al cónyuge y no á la comunidad, lo que es muy legítimo, estando libre el donador para donar á quien guste; mientras que la prohibición de enajenar impuesta al legatario, es una restricción del derecho de propiedad, el cual permite al propietario que disponga de su cosa como mejor le ocurra: Pasa lo mismo con el artículo 1,045, según el cual el donador de un inmueble puede declarar que éste caiga en la comunidad, ó que permanezca propio del donatario. En esto no hay ninguna traba al derecho de propiedad. (1) En el caso de que se trata, nosotros habriamos anulado la cláusula litigiosa, y nuestra decisión se funda ciertamente en la razón, así como la creemos fundada en el rigor del derecho. ¿Acaso el legislador ha sancionado el derecho de testar para procurar al testador el medio de satisfacer rencores, odios ó celos de mujer? ¿Puede decirse de tales disposiciones que el testador se manifiesta más sabio que la ley?

Distinta es la cuestión de saber si el marido, administrador de los bienes de la comunidad, puede verse privado de la administración de los bienes donados ó legados por el disponente. Se ha fallado la afirmativa y con razón. Aquí puede uno prevalecerse, por analogía, del artículo 1,401, supuesto que de él resulta que el donador no está ligado por los convenios matrimoniales. Por otra parte, la ley permite á la mujer que se reserve la libre administración de sus bienes; luego la cláusula litigiosa no es contraria á la potestad marital. Por último, lejos de encadenar el derecho de propiedad, la cláusula libera á la mujer propietaria de una traba, dándole la libre administración de los bienes donados.

1 Bruselas, 6 de Julio de 1853 (*Pasquieria, 1854, 2, 77*).

467. Si se admite que la condición de inalienabilidad es válida, nuevas dificultades se presentan sobre los efectos que ella produce. Déjase entender que la enagenación consentida con desprecio de la prohibición es nula; despojado el adquirente tendrá una acción de garantía contra el vendedor. Esta acción está regida por los principios que expondremos en el título "De la Venta." Se ha fallado, por aplicación de estos principios que el vendedor debe, en todo caso, reembolsar el precio que ha percibido, pero que no está obligado á daños y perjuicios sino cuando el comprador ignorase el riesgo de la evicción. (1)

¿Quién puede pedir la nulidad? Aquél por cuyo interés se ha establecido la prohibición; y esto es de toda evidencia. ¿Pero el donatario podrá intentar la acción? Enseñase la negativa. (2) Nosotros nos hemos pronunciado por la opinión contraria, en el caso en que la prohibición de enagenar ha sido impuesta por interés del donatario (núm. 464). ¿Cuándo se ha estipulado en provecho del donador ó de un tercero, el donatario tiene igualmente el derecho de promover la nulidad? Dícese que él no puede despojar á aquél á quien debe garantía; el artículo 1,560 contesta á la objeción. La ley permite al marido que pida la nulidad de la venta de un inmueble dotal, por más que él sea vendedor, y esté obligado como tal á la garantía; y da el mismo derecho á la mujer que vende un fundodotal. Esto es una consecuencia de la inalienabilidad; la cosa vendida no está en el comercio, luego la venta es nula. Ahora bien, no se puede promover nulidad á la vez que se tiene la obligación de la garantía. Pero hay otra razón para decidir. ¿Quién puede, en principio, promover la nulidad? Toda parte interesada, cuando la nulidad es de orden público; mientras que la acción no pertenece á aquél por cuyo interés se ha in-

1 Donal, 27 de Abril de 1864 (Dallez, 1864, 2, 89).

2 Demolombe, t. 18, pág. 830, núm. 306.

troducido, cuando la nulidad es de interés privado. Ahora bien, la prohibición de enagenar, muy lejos de estar establecida por un interés general, es contraria al interés de la sociedad. Esto es decisivo. Si se admite que la prohibición es válida, es por el interés privado del donador ó de un tercero; en consecuencia, sólo las partes interesadas pueden tener el derecho de promover.

468. ¿La prohibición de enagenar acarrea la de hipotecar y consentir derechos reales, tales como servidumbres, usufructo? Nosotros contestamos negativamente y sin vacilar. Verdad es que el que no puede enagenar no puede hipotecar, ni conceder derechos reales; pero esto supone ó que el concedente no es propietario, ó que es incapaz. Ahora bien, en el caso de que se trata, el donatario es propietario, y lo suponemos capaz. Luego hay que hacer á un lado el principio general que acabamos de recordar para atenerse á la condición prohibitiva; esta cláusula, que deroga una ley de orden público, es por esto mismo de la más estricta interpretación; luego hay que limitar sus efectos á los términos de la escritura. Sigue de esto que la prohibición de enagenar no implica la de hipotecar ni de conceder derechos reales. Se ha fallado, por aplicación de estos principios, que la prohibición de disponer por venta, trueque ó de otra manera, y de hipotecar sin el consentimiento del donador, no impedía que el donador estableciese un usufructo sobre esos mismos bienes por medio de una institución contractual. (1)

469. Se pregunta si la prohibición de enagenar implica prohibición de disponer por testamento? Aquí hay dos principios en conflicto. La cláusula es de estricta interpretación bajo el punto de vista del interés general; de esto podrá inferirse que si ella prohíbe únicamente que se enagene, ó que se disponga en vida del derecho, nada im-

1 Augers, 18 de Agosto de 1863 (Dalloz, 1853, 2, 204).

pide que el donador disponga por testamento. Pero hay otro principio que domina á éste, y es la voluntad del disponente; si su voluntad es asegurar el derecho de retorno, claro es que no se llegaría á su objeto si el donatario pudiera legar las cosas donadas; luego, para garantir el cumplimiento de su voluntad, se necesite que la prohibición se extienda á las disposiciones testamentarias. La jurisprudencia es de este parecer. (1) Pero si el donador tuviera únicamente por objeto, al reservarse el usufructo, impedir que el donatario enagenase la nuda propiedad en el curso de su vida, se subentiende que éste podría seguir la nuda propiedad, añadiendo la cláusula de que el legado no se atenía sino á la muerte del insufructuario.

470. ¿La prohibición de enagenar implica la prohibición de embargar? Esta es una cuestión de intención: hay que contestar con la corte de casación que el objeto del donador que estipula la inalienabilidad no se alcanza sino cuando el bien donado está fuera del comercio; la cláusula sería ilusoria si el donatario pudiera donar indirectamente á sus acreedores el derecho de enagenar. Siendo el bien inalienable debe ser también inembargable. Esto pasa así con los inmuebles dotales bajo el régimen dotal; lo mismo debe suceder si se admite que el donador puede poner el bien fuera del comercio durante cierto tiempo. ¿Es preciso distinguir entre los acreedores anteriores á la donación y los acreedores posteriores á ella? Más adelante diremos que se hace esta distinción para la condición de inembargabilidad. La corte de casación ha decidido que la cláusula de inalienabilidad excluye toda distinción; los acreedores anteriores no pueden quejarse, puesto que no han tratado con el deudor contando con un bien que él no poseía; los acreedores posteriores tienen á la verdad, por prueba

1. Bourges, 14 de Diciembre de 1852 (Dalloz, 1854, 5, 257). París, 15 de Abril de 1858 (Dalloz, 1859, 2, 10).

todos los bienes de su deudor, pero se necesita exceptuar aquellos cuyo deudor no puede disponer; en el caso de que se trata, el donatario no puede donar á sus acreedores un derecho de engañar que él mismo lo tiene. (1)

III. De la prohibición de embargar.

471. El código de procedimientos permite al donador y al testador que declaren inembargables las sumas y objetos donados. Por la palabra *objeto*, el artículo 581 da á entender los objetos mobiliarios. Se pregunta si el disponente tiene el mismo derecho en cuanto á los inmuebles. La opinión que ha prevalecido en la jurisprudencia, es que los inmuebles de los que el donador ó el testador tiene la libre disposición, pueden ser declarados inembargables, con la restricción de que la cláusula no tiene efecto sino respecto de los acreedores anteriores. Limitada de esta suerte, dice la corte de casación, la condición no es ni imposible, ni prohibida por la ley, ni contraria á las buenas costumbres; sino que al contrario, está virtualmente consagrada por el artículo 581 del código de procedimientos. En vano se invocan los derechos de los acreedores; éstos no tienen por prenda más que los bienes poseídos por su deudor en el momento en que tratan con él; en cuanto á los bienes que posteriormente adquiere, ellos no pudieron tenerlos en cuenta; luego no pueden quejarse de haber sido engañados. En el caso de que se trata, la cláusula de inembargabilidad la había estipulado por la mujer testadora, y se pretendía que lo había hecho para substraer fraudulentamente los bienes á los acreedores del marido. La sentencia contesta que no puede haber fraude en declarar inembargables los bienes que se legan al deudor, porque los acreedores nunca tuvieron en ellos ningún de-

¹ Denegado, 27 de Julio de 1863 (Dalloz, 1864, 1, 494).

recho; la testadora estaba en libertad para no legarlos á su marido, luego ella no frustra á los acreedores del marido. (1)

Desde el momento en que se admite que el donador puede imponer á los bienes la inembargabilidad, se debe admitir también que puede declararlos embargables: quien puede lo más puede lo menos. La condición de inalienabilidad pone los bienes fuera del comercio respecto de los terceros adquirentes y respecto de los terceros acreedores; si esta condición es ilícita, con mayor razón lo es cuando el donador estipula únicamente que los bienes donados serán inembargables: esto es ponerlos parcialmente fuera del comercio. En cuanto á la distinción que se hace entre los acreedores anteriores y los acreedores posteriores, se funda en el artículo 582 del código de procedimientos, que permite que los acreedores posteriores embarguen los objetos mobiliarios que el donador ó el testador ha declarado inembargables. En la opinión generalmente adoptada que admite la validez de la cláusula de inembargabilidad, no se concibe la distinción. La corte de casación dice que la condición de inalienabilidad es muy licita, y que implica la inembargabilidad sin distinguir entre los acreedores anteriores y los posteriores. Luego ella permite que se ponga un bien fuera del comercio de una manera absoluta; y después de esto la corte decide que la cláusula no impide que los acreedores posteriores embarguen. Esto es ilógico. Por mejor decir, esto prueba que, en el espíritu de la ley, la condición de inalienabilidad no es licita; es la única explicación que pueda darse del artículo 582.

472. En la opinión que hemos enseñado sobre la condición de inalienabilidad, preciso es decidir que es ilícita la cláusula de inembargabilidad. En efecto, esta equivale á poner los bienes parcialmente fuera del comercio; y, el inte-

1 Casación, 20 de Diciembre de 1864 (Dullos, 1865, 1, 24).

rés general exige que los bienes permanezcan en el comercio; luego toda condición que los pone fuera del comercio, aun cuando só o fuese respecto de cierta categoría de acreedores, es contraria al interés general, y por consiguiente, nula. Los textos confirman esta opinión, como lo ha establecido muy bien una sentencia de la corte de Riom según los términos del artículo 2,092 (art. 7 de nuestra ley hipotecaria), "quien quiera que esté obligado personalmente, está obligado á llenar sus compromisos sobre todos sus bienes mobiliarios ó inmobiliarios *presentes y futuros.*" Este principio, al asegurar la ejecución de las obligaciones contraídas por el deudor, es también una garantía pública de las garantías civiles y comerciales. Luego todo convenio ó condición que tiende á restringir la aplicación del principio es contraria á la ley, contraria al interés general y á la confianza que debe presidir las relaciones de los hombres. Se invoca el artículo 581 del código de procedimientos; pero esta disposición es una excepción del principio formulado por el artículo 2,092, luego es de estricta interpretación; el legislador ha permitido que se pongan ciertas cosas mobiliarias al abrigo de la acción de los acreedores por meras consideraciones de humanidad. Las excepciones no se extienden; desde el momento en que ya no estamos dentro de los términos de la disposición excepcional que prohíbe á los acreedores que embarguen, volvemos á la regla que los autoriza á embargar los bienes presentes y futuros del deudor. Dícese en vano que los acreedores no han contado con los bienes futuros; de hecho es esto inexacto, y en derecho la distinción está rechazada por los términos del artículo 2,092. La opinión rigurosa que estamos sosteniendo se funda también en la razón y en la equidad. Como lo dice la corte de Montpellier en la sentencia que la de casación ha casado, el principio del artículo 2,092 es de orden público; el orden y la moral no

quieren, en efecto, que los acreedores, reducidos á la indigencia, sean condenados á ser los testigos de la opulencia de su deudor que ha comprometido con ellos sus bienes futuros, sea cual fuere el origen de estos. (1)

473 La cláusula de inembargabilidad, suponiéndola válida, da lugar á una singular dificultad. Se pregunta si, estando escrita en un testamento, tendrá ella efecto respecto de los acreedores del difunto, convertidos en acreedores personales del heredero por su aceptación lisa y llana de la sucesión. Claro es que el deudor no puede declarar sus bienes inembargables respecto de sus propios acreedores, porque nadie tiene el derecho de substraer sus bienes á la prenda de que están gravados por la ley. (2) Pero he aquí el motivo para dudar. El heredero á cuyo respecto los bienes han sido declarados inembargables acepta la sucesión lisa y llanamente; en consecuencia, se opera una confusión de los patrimonios del heredero y del difunto, los acreedores del difunto se vuelven los acreedores personales del heredero; por lo tanto ¿no están ellos sometidos á todas las restricciones á las cuales los acreedores del heredero, su deudor, están sujetos? Conforme al rigor de los principios, habría que decidirlo de buena suerte En vano los acreedores del difunto dirán que son acreedores de éste y que, siendo su deudor, él no ha podido arrebatarles la prenda que traen sobre sus bienes; y ¿no puede contestárseles que ellos no son acreedores del difunto, que lo son del heredero, y que, entre estos bienes, hay algunos que ellos no pueden embargar? La corte de Paris así lo había fallado, pero su sentencia fué casada. (3) Lo que ha dado

1 Riom, 23 de Enero de 1847 (Daloz, 1847, 2, 122). Montpellier, 16 de Enero de 1852 (Daloz, 1853, 1, 24). Los autores están divididos (Desnolombe, t. 18, pág. 334, n.º n.º 311 y los autores, en sentido diverso que él cita).

2 París, 17 de Enero de 1867 (Daloz, 1868, 2, 12).

3 Cassación, 17 de Marzo de 1856 (Daloz, 1856, 1, 152).

fuerza á la anulación de su decisión, es que ella había fallado que los acreedores del difunto habrían debido pedir la separación de los patrimonios á fin de conservar su prenda sobre los bienes de su deudor. Esto era inexacto, porque la separación de patrimonios se pide únicamente contra los acreedores del heredero, que son preferidos á los acreedores del difunto, si cumplen con las obligaciones prescriptae por la ley. Ahora bien, en el caso de que se trata, los acreedores del heredero no entraban en la cuestión, porque ellos mismos están sometidos á la cláusula de inembargabilidad. Luego era preciso prescindir de la separación de los patrimonios y decidir que la ley no ofrece ningún medio á los acreedores del difunto para ponerse al abrigo de la cláusula de inembargabilidad. Esto habría equivalido á poner á la corte de casación en circunstancias dé probar de qué manera, á la vez que se vuelvan acreedores personales del herederos, los acreedores siguen siendo acreedores del difunto; y no vemos cómo la corte habría salido de dificultades. Hay un vacío en la ley.

Núm. 6. De la prohibición de atacar el testamento.

474. Con frecuencia sucede que el testador agrega á las disposiciones que hace, una cláusula penal que prohíbe á sus herederos atacarlas, con pena de verse privados de la ventaja que deben sacar del testamento. Se pregunta si la prohibición es válida. Nosotros creemos que deben aplicarse á la cláusula penal que se halla en los testamentos los principios que rigen la pena en materia de contrato. Que se trata de un convenio ó de un legado, la pena tiene siempre el mismo objeto, el de asegurar la ejecución de una disposición principal. De aquí el principio de que la pena es una cláusula accesoria cuya validez depende de la validez de la disposición principal; la nulidad de la disposi-

ción principal acarrea la nulidad de la cláusula penal (art. 1,227). Si la disposición principal es válida, la cláusula penal lo será también, á menos que ella misma encierre una causa de nulidad. Ahora bien, la condición de no atacar el testamento no por sí misma ni imposible, ni contraria á la ley, ni inmoral; ella tiende á mantener la voluntad del testador, y éste tiene el derecho de querer, supuesto que su voluntad hace ley. Así, pues, en principio la prohibición de atacar nada tiene que no sea legítimo. Pero esto supone que la voluntad del testador es legítima. Si él quiere lo que no tiene derecho á querer, él no puede dar fuerza á su voluntad agregándole una pena; siendo nula la disposición principal, la cláusula penal se vuelve igualmente nula.

Síguese de aquí que la cuestión del efecto inherente á la pena en un testamento, depende de las disposiciones que el testador ha querido sancionar. Si son ilícitas, la pena cae con la disposición principal, y, por consiguiente, el heredero puede atacar la disposición ilícita, sin incurrir en la pena que el testador pronuncia contra los que atacaran el testamento. Pero si las disposiciones son licitas, el testador ha podido sancionarlas por una pena, y el heredero incurrirá en ella si contraviene la prohibición. La voluntad manifestada en la cláusula penal debe tener su ejecución, como todas las voluntades legítimas del difunto. ¿Cuándo es legítima la voluntad del testador, y cuándo ilegítima? Acabamos de dar contestación á la pregunta: el testador que no tiene herederos reservatarios puede disponer de sus bienes como le ocurra, con la restricción de que no le es permitido imponer condiciones contrarias al interés general; estas condiciones son ilícitas, y la ley las tiene por no escritas. En verdad que no puede depender del testador el hacerlas eficaces agregándoles una pena. Otra cosa sucede cuando el testador ha dispuesto de sus bienes con

condiciones que la ley autoriza; si se ha añadido una pena, la cláusula pena obligará al heredero. Lo que estamos diciendo de las condiciones, se aplica á todo género de disposiciones, en cualquiera forma que se hagan: desde el momento en que hay un interés general, el testador no puede derogarlo, ni dar fuerza á sus derogaciones sancionándolas por una pena. Mientras que las disposiciones de interés privado, legatorias en si mismo, pueden reforzarse por penas, las cuales encadenarán al que contravenga la prohibición de atacar el testamento, el principio no se pone en duda, pero la aplicación origina inmensas dificultades. (1)

I. De los casos en los cuales la prohibición es nula.

475. Cuando la condición implica una substitución fideicomisaria, no hay duda alguna; en vano el testador commisa penas contra los que ataqueen el testamento, la disposición principal, es prohibida y nula por las más graves consideraciones relacionadas todas con el interés general, luego la nulidad de la disposición principal debe acarrear la nulidad de la pena; los herederos tienen el derecho de atacarla; no puede tratarse de castigarlos por haber usado de un derecho que casi es un deber.

476. Hay incapacidades de recibir que son de orden público. Las corporaciones religiosas no reconocidas tienen sobre si una incapacidad absoluta, y se subentiende que toda prohibición de atacar liberalidades hechas en su provecho sería vana. Se hace una donación á un hospicio contraviniendo el edicto de 1749; por un testamento posterior la donadora instituye á un legatario universal, con la condición de que no se averigüe el hospicio con motivo

1 Véanse las autoridades citadas por Demolombe, t. 18, página 314, n.º 378. Compárese una nota en la *Compilación periódica de Dalloz*, 1846, 1, 5, que establece muy bien el principio.

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 extremado rigor en la aplicación de estos principios. Ha acontecido que los testadores, al querer impedir que el Gobierno no 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 Donegada, 14 de Diciembre de 1825 (Dalloz, "Disposiciones," núm. 185, 1º). Compárese Troplong, núm. 264 (t. 1º, 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 substraidos 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 practicaron 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, I, 257) Compárese Troplong, núm. 265, t. 1º, pág. 106 de la edición belga; Demolombe, t. 18, pág. 318, núm. 280.

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 desecharado la demanda de nulidad formulada por un legatario contra el testamento de su tío, acción que él había fundado principalmente en la sugerión 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 legitimo. 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, jincurrirán 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 recojer 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 reseva 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 contraido 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 sucesión 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 manifestamente 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 (Dalloz, 1855, 2, 40). Compárese denegación, 31 de Marzo de 1869 (Dalloz, 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 recibirla 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 (*Pasiorisid*, 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 sometiéndose 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, súlas unídas (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 prevalecerse 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 cominado 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 (Dalloz, 1870, 1, 182).

tamentos, porque tales formalidades tienen por objeto garantir 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 contrayentes pueden añadirles una pena. Por la misma razón, este derecho debe pertenecer al testador. Esto nadie lo pone

en duda. (1) Cierto 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 arrebatarseles 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; tratándose 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 (*Pastorisa*, 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 (Dallos, 1847, 1, 256).

2 Limoges, 18 de Agosto de 1856 (Dallos, 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 contraviniere á semejante cláusula, incurriría en la pena. ¿Y sería contravenir la 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 examinarémos 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 prever 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 (Dalloz, 1849, 1, 254).

2 Denegada de la sala de lo civil del 25 de Abril de 1860 (Dalloz, 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. Así 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 copartícipes 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, Dalloz, «Disposiciones,» nñme. ro 187, 2º); Lieja, 17 de Marzo de 1836 (*Pasicrisia*, 1836, 2, 66). Ouen, 31 de Enero de 1848 (Dalloz, 1848, 2, 154). Tropioug, t. 1º, pag. 106, nñm. 267.

2 Besangón 16 de Enero de 1846 (Dalloz, 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 *Pasticrisia*, 1837, 1, 106). Lieja, 11 Junio de 1836 (*Pasticrisia*, 1836, 2, 68).

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

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 atengán 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, cometan una falta; y no se les puede excusar sino cuando se ha re-

1 Orleans, 5 de Febrero de 1870 (Dalloz, 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 alguna dificultad 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 para 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 128, 1^o).

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 incurría 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 (*Pastorista*, 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, no 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. ¿Cuando 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 custumbres; 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 repreuba á los romanos del imperio que cambiaron de mujer tan frecuentemente como de camisa; existe un abismo entre esa desmoralización legal y la moralidad moderna.

¿Quiére 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. 3^o, 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 reproban e 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 transcritto 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, desechar 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-Mouï-

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. Duranton 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 e 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 reproban toda condición "que estorbe la libertad que tiene el donatario para casillar (sobre Grenier, t. 1º, pág. 704, nota a) y Demante (t. 4º, página 35, núm. 16 bis 5º), 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 naturalezas 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, si, 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. Dicese que debe abandonarse en este punto la doctrina romana, porque en Roma el gusto desenfrenado del

1 Denegada, 29 de Diciembre de 1837 (Dalloz, *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 repreeba, 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. 1º, 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 culcuable. 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 decide sino por consideraciones generales, y ni siquiera pueden conocer los motivos íntimos que hacen obrar á los hombres. Mucho más acertado es atenerce 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 1º de Abril de 1862 (Dalloz, 1862, 2, 77); y la nota del compilador de las sentencias que se pronuncian por lo común contrarias.

“en tanto que no esté casada” á intervenir á sus necesidades. Esto es una liberalidad á plazo, más bien que una liberalidad condicional; el disponente no quiere estorbar la libertad del legatario, quiere proveer á su subsistencia; si el legatario encuentra medios para vivir contrayendo matrimonio, la liberalidad cesa, por dejar de tener razón de ser. La distinción es justa; pero la aplicación es muy delicada, porque ofrece un medio fácil de eludir el artículo 900. Un solo medio existe para prevenir la violación indirecta de la ley, y es atenerse más bien al efecto de la disposición de intento manifestada por el disponente. Puede ser que el testador quiera engañar, por lo que es necesario desconfiar de sus palabras; ¿tiene por efecto la disposición embarazar la libertad del legatario? Tal es la verdadera dificultad que el juez tendrá que resolver. En nuestra opinión él anulará la condición desde el momento en que se estorbe la libertad. No citamos las sentencias que han aplicado al principio, porque, en la materia, casi no puede haber precedente, dependiendo todo de las circunstancias particulares en las que se encuentre el legatario.

498. Ricard enseña que la condición de no casarse con determinadas personas es únicamente licita. “La razón es, dice él, que en este caso la libertad se le queda ampliamente al legatario para contraer matrimonio conforme á su inclinación; no tiene motivo para quejarse de que su voluntad permanezca limitada en un caso en el cual no puede ser forzada, puesto que los límites quedan para él tan grandes, que una acción que él puede hacer con un número indefinido de personas, no le está prohibido sino respecto de algunos particulares. (1) En teoría, la libertad parece

1 Demolombe, t. 18, pág. 284, núms. 241 y 241 bis; Lieja, 8 de Enero de 1806 (Daloz, “Disposiciones,” núm. 145); Denegada, 6 de Mayo real, año XI (*ibid.*, núm. 187; Gante, 3 de Agosto de 1861 (*Pasicrisia*, 1861, 2, 370); Lieja, 9 de Abril de 1873 (*Pasicrista*, 1873, 2, 174).

tan grande, que apenas se puede considerar como limitada. Pero en los hechos, el círculo se reduce singularmente; y si precisamente en círculo tan estrecho es en donde se prohíbe al legatario que escoja ¿qué viene á ser la libertad tan grande de que habla Ricard? Preferimos ceñirnos á la ley de 1791; hay en ella trabas á la libertad, por lo que la condición es contraria á las costumbres y se tiene por no escrita.

Troplong aprueba la condición de no casarse con persona de clase inferior: el amor de la igualdad, dice él, ciertamente que es cosa loable, pero no impide ciertas consecuencias que resultan de la posición social, de las relaciones del mundo y de la educación. (1) Esto no es más que el lenguaje de las preocupaciones vulgares, y no el espíritu de 1789. Una ciega reacción ha obscurecido momentáneamente los grandes principios proclamados por la asamblea constituyente; pero no por eso dejan ser de una verdad eterna, y el porvenir les pertenece.

499. La condición de casarse con determinada persona se considera licita. Se dice que no es contraria á las costumbres, supuesto que excita al matrimonio por el cebo de una recompensa. Es muy justo, por otra parte, que el donatario no disfrute de la liberalidad sino cumpliendo la condición, supuesto que ésta se pone por la comuna por interés de los dos cónyuges y de los hijos que nazcan de su unión, (2) A nuestro juicio, esta condición es una de las más contrarias á las costumbres; tiene por objeto y por efecto forzar la voluntad del donatario, luego es contraria á la libertad. La condición coloca directamente al donatario entre su interés y sus inclinaciones; luego es inmoral, y conducirá fatalmente á la inmoralidad si el donata-

1 Troplong, t. 1º, pág. 98, núm. 238.

2 Ricard, "De las disposiciones condicionales," t. 2º, pág. 147, número 257). Demolombe, t. 18, pág. 293, núm. 253).

rio se deja seducir y si contrae una misión que le repugna. Dícese en vano que todas las disposiciones en favor del matrimonio estorban al donatario, supuesto que están subordinadas á la condición de la celebración del matrimonio. Grande es la diferencia entre una liberalidad que se hace en favor de un matrimonio que se supone libre por parte del futuro cónyuge, y una donación que se hace para forzar su voluntad; tanto como la primera es favorable, la segunda es odiosa. (1)

Lo mismo sería de la condición de casarse con una persona perteneciente á tal ó cual clase de la sociedad ó que pertenece á tal ó cual religión. (2) Los autores al consideran como lícita, y nosotros vemos en ella un doble vicio: embaraza la libertad del matrimonio, y con tal título es contraria á las costumbres: da á la diversidad de los cultos una influencia sobre las relaciones civiles, engendra ó perpetúa la funesta separación que las creencias religiosas establecen entre los hombres; por tal título, la condición es contraria al orden público, contraria al interés general, contraria al espíritu de nuestro derecho público que pone los actos civiles al abrigo de toda influencia religiosa y de toda influencia de costa. No hay, á nuestro juicio, condiciones que sean más profundamente ilícitas.

500. La condición de no casarse sin el consentimiento de un tercero ha sido considerada como ilícita. Es de esencia en el matrimonio que se contraiga por la libre voluntad de los futuros cónyuges; la condición que hace intervenir á un tercero en donde Dios sólo debe intervenir, estorba la libertad en un contrato en donde debe quedar íntegra; tal condición puede impedir un matrimonio legítimo y con-

1 Córtega 2 de Junio de 1828 (Dalloz, «Disposiciones», n.º 136).
2 Denegada, 13 Mayo de 1813 (Dalloz, «Disposiciones», n.º 141).

ducir á la inmoralidad. (1) Troplong dice que la condición será válida, en el sentido de que el donatario deberá tomar consejo del tercero, designado por el testador. (2) El consentimiento estipulado en la cláusula es más que un consejo, es una condición. Si sólo se trata de un consejo, no vale la pena agitar la cuestión ni citar á Mantica, Pablo de Castro y otros eminentes jurisconsultos.

¿Hay que hacer una excepción de estos principios si es un ascendiente el tercero cuyo consentimiento se prescribe? Se ha fallado que la condición es válida, cuando la donación lo hace un padre ó una madre á su hijo, con la condición de que quede sin efecto si uno u otro se opone á su matrimonio. (3) Veríase uno tentado á probar esta decisión, tanto así es favorable el caso. ¿La condición que mantiene al hijo en el respeto que debe á sus padres, puede considerarse como contraria á las costumbres ó al orden público? No obstante, debe decidirse, á nuestro juicio, que la condición es ilícita por el hecho solo de que estriba la libertad del donatario; para él es un derecho de orden público casarse, á cierta edad, sin el consentimiento de sus parientes; obligarlo á obtener dicho consentimiento bajo pena de perder la liberalidad que se le hace, equivale á colocarlo entre su interés y el ejercicio de un derecho; cosa que es una traba para su libertad á la vez que un riesgo para sus costumbres.

501. ¿Es válida la condición de no volverse á casar? Los jurisconsultos romanos la declaraban ilícita; Justiniano decidió que la condición de no pasar á segundas nupcias era lícita, y que acarreaba la pérdida del legado para el que á ella contravenía. En nuestro antiguo derecho, era muy controvertida la de saber si la novela de Justiniano

1 París 7 de Junio de 1849 (Dalloz, 1849, 2, 151).

2 Troplong, t. 2º, pág. 99, núm. 241.

3 Burdeos, 15 de Febrero de 1849 (Dalloz, 1850 2, 6). Demolom. be, t. 18, pág. 289, núm. 246.

debía adoptarse. La afirmativa, predominó. Ricard nos da la razón de ello; no es únicamente á causa del respeto á las leyes romanas, sino sobre todo porque la novela era conforme á los sentimientos de los padres de la iglesia, por lo que todos reprobaban los segundos matrimonios con una violencia singular, hasta el punto de que comparan con los puercos á los que pasan á terceras nupcias. (1) Por esto se verá cuál es la influencia de las ideas religiosas sobre el derecho, y también cómo las ideas religiosas van modificándose por sí mismas. La iglesia, apesar de la reprobación de los Santos Padres, ha consagrado los segundos y subsecuentes matrimonios; si nuestros sentimientos los repugnan, nuestros principios los legitiman. Las leyes de la revolución los validan expresamente, reputando por no escrita la condición de no volverse á casar. (2)

¿Deben seguirse las leyes de la revolución, ó la novela de Justiniano? Montesquieu decidió la cuestión haciendo observar que las constituciones de los emperadores se habían formado sobre las ideas de la perfección, (3) es decir que se creía que la virginidad era una de las condiciones de la perfección evangélica: de aquí el voto de castidad que hacen los religiosos cuya ambición es realizar la perfección cristiana. Durante siglos se ha visto á los perfectos en la plenitud de su obra, y se ha observado que la pretendida perfección viola las leyes de la naturaleza, y que toda violación de la ley natural conduce á la inmoralidad, muy lejos de elevar á los hombres á una perfección imaginaria. Así pues, las leyes de la revolución son la expresión de nuestras costumbres; hay que ajustarse á ellas, y reputar contraria á las buenas costumbres toda condición que estorbe la voluntad de casarse. El matrimonio es

1 Ricard, "De las disposiciones condicionales," t. 2º, pág. 146, números 246, 253. Véase un "Estudio sobre el cristianismo."

2 Ley del 5 brumario, año II y ley de 17 nivoso, año II, art. 12.

3 Montesquieu, "Del espíritu de las leyes," lib. 23, cap. 21.

la verdadera base de la moralidad; estorbarlo, es favorecer la inmoralidad. Esto es decisivo, y debe predominar sobre las repugnancias del sentimiento. Esta repugnancia se halla también en nuestras costumbres, y explica las validaciones de la jurisprudencia y de la doctrina. (1)

La cuestión se había resuelto en el sentido de nuestra opinión por un fallo del tribunal de Périgueux. En toda edad, dice el fallo, el matrimonio es un acto de la libertad natural, el complemento del destino humano y el ejercicio de un derecho que cada uno puede ejercer libremente. La libertad de contraer un segundo matrimonio debe pues ser tan íntegra como la de formar una primera unión. Piénsese lo que se quiera del celibato voluntario; cuando se impone contra la voluntad, se vuelve ilícito, porque atenta á la ley natural y moral del matrimonio. Esta decisión fué confirmada por la corte de Burdeos. Dice la sentencia que estando abrogadas las leyes de la revolución, no puede ya considerarse como ilícita la condición de no volverse á casar. En cuanto al artículo 900, deja á los tribunales el cuidado de apreciar la moralidad de las condiciones que él reputa no escritas. Esto es cierto, pero ¿conforme á qué principio se guiará el juez? Cuando es un cónyuge el que impone esta condición á un cónyuge, dice la corte, los motivos que la inspiran son demasiado naturales y legítimos para que pueda considerarse la condición como vulneradora de las máximas de la moral. La corte de casación se coloca en el mismo punto de vista; ella quiere que se escrutén los sentimientos del donador; si la condición le dicta el cariño del donador por su familia, si es conforme al interés del legatario, si el disponente no tiene ningún motivo reprobable, para establecer la cláusula de viduidad, se la debe validar. Se ve que el punto de partida del

1 Grenier, t. 1º, págs. 705 y siguientes. Merlin, "Repertorio," en la palabra "Condición," sec. 2º, pfo. 5º, núm. 4.

tribunal que reprueba la condición y de las cortes que la validan es del todo diferente; el tribunal se preocupa de la influencia que la condición tendrá sobre la libertad, sobre los derechos, sobre las costumbres del donatario á quien aquella se impone; mientras que las cortes escrutan los sentimientos que inspiran al donador. ¿Quién está en lo cierto? Anuestro juicio, la respuesta no es dudosa. ¿Qué importa lo que piense el disponente? Trátase de saber si la condición influirá en bien ó en mal sobre el que la satisaga.

Considerada de tal manera la condición, será siempre contraria á las costumbres, sea cual fuere la pureza de las intenciones del disponente. Cuando se leen las decisiones judiciales, fácilmente se percibe que los magistrados están influenciados por las circunstancias de la causa; aquellas decisiones casi siempre abogan por el cónyuge que impone la condición. Una esposa abandonada, perdona al morir á su marido; está á favor del cónyuge adultero, pero desea que permanezca viudo; ¿no habría algo de repugnante que la cómplice se aprovechara de las liberalidades hechas al culpable? La corte declaró caduco el legado, por más que él hubiese declarado que estaba obligado á una reparación de honra respecto de la mujer con quién se casó en segundas nupcias. (1)

502. Esto nos lleva á una reserva que debe uno añadir á nuestra doctrina. Si, el sentimiento, tanto como la justicia se sublevan contra la aplicación del artículo 900, en el sentido de que la voluntad evidente del donador es desconocida, si, como lo desea la ley, se borra la condición y si se mantiene la liberalidad: ¿hay que preguntar si la mujer burlada que hace una liberalidad á su marido culpable quiere que él aproveche su liberalidad, á la vez que él fal-

1 Poitiers 14 de Junio de 1838 (Daloz, "Disposiciones," número 158, 2º).

ta á la condición, y que hace aprovechar de la liberalidad á su cómplice? La fidelidad en que descansa el artículo 900, está en oposición patente con la realidad de las cosas. He aquí por qué hemos combatido el principio del artículo 900, en tanto que se aplique á disposiciones de interés privado. Sin duda que el matrimonio es de orden público, y debe ser libre. Luego hay aquí un conflicto, un interés general; pero al menos la ley debería dejar á los tribunales el derecho de mantener la condición cuando la voluntad patente del donador es la de subordinar á aquella su liberalidad. Se ve que en teoría abundamos en el orden de ideas que la jurisprudencia ha determinado, (1) ella ha corregido los defectos de la ley, lo que quiere decir, que la ha modificado bajo el dominio irresistible de las circunstancias. La doctrina no puede ayudar á estas transacciones con los principios, porque de lo contrario éstos dejarían de existir.

Núm. 3. De la condición de profesar ó no el sacerdocio.

503. ¿La condición de hacerse sacerdote es lícita? Esta cuestión dió lugar en el antiguo derecho, á una discusión interesante entre Ricard y Furgole. Ricard, imbuido en las ideas cristianas que dominaban en el siglo XVII, coloca en elevadísimo punto el sacerdocio; es, dice él, una cosa enteramente santa y sagrada; los que entran al sacerdocio se vuelven algo que es superior á los demás hombres. Así pues, la condición que llama al sacerdocio á un legatario parece no sólo lícita, sino también loable. No obstante, precisamente con motivo de las consideraciones que ponen tan alto el carácter del sacerdocio, es por lo que Ricard se pronuncia contra la validez de la donación. Es fuerza que los que se consagran al sacerdocio sean llan-

1 Compárese Limojes, 31 de Julio de 1839 (Dalloz, "Disposiciones," núm. 158, 3º).

mados por las inspiraciones de la gracia; y hay ocasión de entrar á este ministerio, por medio de un crimen, la vía sacrílega de simonía, el proponerles como recompensa de una acción enteramente espiritual, un interés profano; lo que hace que tales condiciones deban desecharse por contrarias á las buenas costumbres. En vano se invoca el interés de la iglesia. Ricard contesta que la iglesia tiene interés en que sus tropas no se llenen con una milicia mercenaria, y que no pueda reprocharse á los que se presentan para ser los distribuidores de sus misterios, que sólo han sido llamados por la esperanza de un lucro sórdido. Ricard combate en seguida á los doctores ultramontanos que se pronunciaban por la validez de la condición. Es inútil entrar en esta controversia; lo que Ricard acaba de decir es suficiente para decidir la dificultad. (1)

Furgole halla estas razones frívolas y falsas.

La condición de hacerse sacerdote no es ilícita, dice él, porque ninguna ley lo prohíbe. (2) ¿Es contraria á las costumbres? Hay que considerar su objeto y su fin. Si es malo el fin, sin duda que debe desecharse la condición; pero otra cosa será si el fin es bueno en sí mismo. ¿Y no sería una impiedad y una blasfemia decir que el sacerdocio es una cosa mala? Ricard no dice eso, sino que el sacerdocio se vuelve malo cuando se abraza por cálculo sórdido. ¿Qué contesta Furgole? Que no está prohibido incitar á una buena obra fijándole una recompensa temporal. Esta respuesta no es de nuestro agrado, se reciente de casuística. Sin duda que se le puede excitar á una buena obra por medio de una recompensa, pero con tal que la obra no cese de ser buena, con motivo de la recompensa que le fija

1 Ricard, "De las disposiciones condicionales," t. 2º, pág. 150, números 264-269.

2 Furgole, "De los testamentos, cap. 7º, sec. 2º, núms. 89-93 (tomo 2º, págs. 100-103).

el donatario. Precisamente porque el sacerdocio en su estado de perfección, sigue las ideas contrarias, es por lo que debe apartarse todo móvil interesado. Furgole y los autores modernos que siguen su opinión, no comprenden lo que tiene de profundamente cristiana la doctrina de Ricard, y precisamente debe uno colocarse en el punto de vista del cristianismo y de sus ideas de perfección para decidir la cuestión.

Troplong, que gusta de criticar á Ricard, al que es muy inferior, lo encuentra también débil en la cuestión que estamos discutiendo. Es permitido, dice él, *desarrollar ó reafirmar* la vocación al sacerdocio por medio de recompensas temporales. ¿De este modo se *desarrolla* la vocación de un estado de perfección por medio de liberalidades? La vocación vacila; el futuro ministro de Dios prefiere hacerse abogado ó médico; pongamos una renta en la balanza, y hé aquí que él se decide hacerse perfecto! ¡Qué irrisión hacia las cosas santas! Troplong insiste: se trata de fundar una fortuna al que se destina al sacerdocio, de darle los medios de sostener ese estado que exige la liberalidad con los pobres, la instrucción de los fieles, la independencia respecto de los demás hombres. (1) No, no se trata de eso; el testador quiere inducir por sus liberalidades al legatario para que abrace un estado que por lo común es el del disponente, pero que conviene tampoco á los donatarios que habitualmente se les ve colgar el hábito, y reclamar, no obstante, el beneficio de la liberalidad; lo que evidentemente no denota afición por la perfección espiritual. Consultemos la jurisprudencia.

Un tío hace á su sobrino un legado para ayudarle en su vocación religiosa, y no por otra causa, bajo pena de nu-

1 Troploug, t. 1º, pág. 100, núm. 242. Compárese Demolombe, tomo 18, pág. 301, núm. 259.

lidad. Muerto apenas el testador, el legatario abandona los los estudios eclesiásticos, y pide la entrega del legado con dispensa de la condición. La corte acogió su demanda, por motivo de que la condición de abrazar el estado de sacerdote embaraza la libertad de conciencia, y porque es contraria á la santidad de la religión y del ministerio sagrado. (1) La misma corte, por sentencia anterior, había declarado la condición válida. En el caso de que se trata, el testador decía que legaba un dominio que debía de servir de título clerical, en el caso en que él persistiese en destinarse al estudio eclesiástico. En lugar de llegar á ser sacerdote se hizo preceptor y se casó. Los herederos pidieron y obtuvieron la revocación del legado. Aquí hay un motivo para dudar; ¿quería el testador por su liberalidad reafirmar la vocación del legatario, como dice Troplong? En este caso, debía declararse ilícita la condición. La corte pensó que el testador no había tenido la intención de estorbar la libertad del legatario, ni de desviarlo de otra vía distinta. No obstante, ella agrega, lo que hace que renazcan nuestros escrúpulos, que el testador quería comprometerse á persistir en la carrera que ya había rechazado: (2) esto significa realmente que él pretendía reafirmarlo en su vocación, y, en consecuencia, pesar sobre su resolución los motivos contradictorios.

Esto prueba qué delicada es la cuestión. Es jurídica; nosotros la hemos aceptado para el matrimonio (núm. 497), y se debe admitir también para el sacerdocio. Pero la aplicación tiene muchas dificultades. Un cura hace á su sobrino un legado en los términos siguientes: "Quiero que anualmente se pague á mi sobrino la suma de 1,000 francos para que continúe sus estudios de teología." La corte de Lieja hizo válida la condición y privó, en consecuencia

1 Grenoble, 11 de Agosto de 1847 (Daloz, 1848, 2, 113).

2 Lieja, 3 de Junio de 1859 (*Pascrisia*, 1859, 2, 99).

al legatario del beneficio de su legado por no haber cumplido aquélla. En la sentencia se dice que no se impuso la condición con la mira de entorpecer la libertad religiosa ó civil del legatario; que el testador se había inspirado en la idea de que el legatario se destinaba realmente al estado eclesiástico. (1) Esto es de todos modos el falso punto de vista de la jurisprudencia que escudriña las intenciones del testador, cuando habría que examinar la influencia que el legado ejercerá sobre el legatario. Lo más seguro, á nuestro juicio, es rechazar toda condición cuyo efecto puede ser obligar al legatario á que abrace un estado que no está en consonancia con su vocación. Lo que nos parece decisivo, es que el sacerdocio implica el voto del celibato; en nuestras ideas modernas, el celibato, lejos de ser un estado de perfección, casi siempre conduce fatalmente á la inmoralidad. Esto basta para que se declare inmoral la condición de hacerse sacerdote.

504. ¿La condición de no hacerse una dote es lícita? En el antiguo derecho, decidiase que era válida. Ricard da excelentes razones. ¿A qué tiende la condición? A que el legatario se quede en el siglo, y cumpla los deberes que impone la vida civil y la constitución política; y en verdad que la vida laica no es contraria á las buenas costumbres ni al orden público. Este motivo no es concluyente. Debe verse si la condición no estorbará la libertad del donatario, si no lo desviará de una carrera á la que le llamaba su vocación. Ricard contesta, y su respuesta nos parece perentoria bajo el punto de vista de las ideas cristianas, y uno debe colocarse en ese punto de vista al tratar del sacerdocio. Si realmente el donatario tiene convicción que la gracia divina le ha inspirado, no se dejará desviar por una ventaja temporal, supuesto que el primer efecto

1 Lieja, 3 de Junio de 1859 (*Pascrista*, 1859, 2, 99).

de la verdadera vocación es que se renuncie al amor de las cosas del mundo. Y si la donación lo desvía de sus designios, es porque no tenía vocación, y en tal caso debe decirse que la condición produce un excelente efecto, porque impide que el donatario legue aquello para lo que es incapaz y de lo que estaba ya excluido por su indignidad. (1)

505. Por la misma razón, la condición de no hacerse religioso debe considerarse como lícita. ¿Pero qué debe decirse de la condición de hacerse religioso? La condición es tan extraña á nuestras costumbres, que casi es una burla plantearla. No la planteamos sino para dar la respuesta de Ricard el cual la declara lícita. A primera vista, se ve uno tentado á creer que el autor está en contradicción consigo mismo; ¿si repreuba la condición de hacerse sacerdote, cómo puede justificar la de hacerse parte? La decisión es una consecuencia jurídica de una regla del antiguo derecho; el fraile moría para el mundo, se abría su sucesión, luego no le quedaba ningún interés temporal. En consecuencia, la liberalidad no podía inducirlo á abrazar la vida monástica, porque en el momento mismo en que él pronunciaba sus votos, perdía el beneficio de la liberalidad, que pasaba á sus herederos con el resto de su patrimonio. (2) En nuestra legislación moderna, el fraile no muere ya para el mundo cuando, supuesto que, á los ojos de la ley, ya no hay frailes. Luego debe decirse que la condición de hacerse fraile es ilícita por las mismas razones que hacía ilícita la condición de hacerse sacerdote; hay una razón de más, por que los frailes tienen la pretensión de ser más perfectos que los clérigos seculares; luego más

1 Ricard, "De las disposiciones condicionales," t. 2º, pág. 151, núm. 270. Furgole, "De los testamentos," cap. 7º, sed. 2º, núms. 94 y 95 (t. 2º, pág. 108).

2 Ricard, "De las disposiciones condicionales" (t. 2º, pág. 151 núm. 271).

que éstos, deben estar despegados de todo interés temporal.

506. Según los términos del artículo 1,103, la causa es uno de los cuatro requisitos esenciales para la validez de un convenio. El artículo 1,131 infiere de ésto que la obligación sin causa ó fundamento en una falsa causa ó en una ilícita no puede tener ningún efecto; y el artículo 1,133 explica que la causa es ilícita cuando la ley la prohíbe, cuando es contraria á las buenas costumbres ó al orden público. Esta teoría de la causa es muy vaga y muy obscura; nosotros la expondremos en el título de las *obligaciones*. Bástanos decir aquí que por causa se entiende el motivo jurídico que induce á las partes á contestar; se concibe que sin motivo jurídico no pueda haber contrato, y es evidente también que dicho motivo debe ser lícito, porque un motivo ilícito no es jurídico.

Pregúntase si tales principios se aplican á las donaciones y á los testamentos. Reina grande incertidumbre acerca de este punto en la doctrina y en la jurisprudencia. Para facilitar la respuesta, hay que hacer desde luego una distinción entre las donaciones y los testamentos. En cuanto á las donaciones, debe establecerse como principio que las reglas que rigen los contratos en general les son aplicables. En efecto, la donación es un contrato que no difiere de los contratos á título oneroso sino bajo el punto de vista de la forma en lo concerniente á las condiciones prescriptas para la validez de los convenios, y éste es el único punto que tengamos que examinar: la donación es un convenio solemne, mientras que los contratos onerosos son convenios que no son solemnes. Por lo demás, se aplica á la donación lo que el art. 1,108 dice de todas las obligaciones convencionales. Ciertamente que se necesita el consentimiento de las partes contrayentes para que haya una donación. Se necesita también la capacidad para con-

tratar; solamente que en materia de donación, el código establece incapacidades especiales de donar y de recibir. Se necesita, además, un objeto cierto que forme la materia de la liberalidad. Viene la cuarta condición: una causa licita. Supuesto que las tres primeras condiciones son comunes á todos los contratos gratuitos y onerosos ¿por qué no la cuarta no habría de ser aplicable más que á los contratos onerosos? Claro es que el artículo 1,108 se aplica á las donaciones, y esto no podría negarse; todos los autores lo enseñan en lo concerniente á la captación y á la suger-
tión (núm. 127). Por lo mismo, se necesitaría un texto que derogara el artículo 1,108, para que no fuese aplicable á la causa; ahora bien, ninguna ley exceptúa las donaciones, luego quedan bajo el derecho romano. (1) A menos que resulte de la naturaleza misma de esta cuarta condición que es extraña á los contratos gratuitos. Hay algunos que lo dicen.

Es *evidente*, se dice, que los artículos 1,131 y 1,133 son inaplicables, no sólo á las disposiciones testamentarias, sino también á las donaciones entre vivos, supuesto que la causa, en estas escrituras, consiste en la libre determinación del testamento para ejercer en favor de la otra parte una liberalidad. (2) No nos atrevemos á hablar de *evidencia* en una materia tan obscura. Admitamos que la causa, en las liberalidades, no sea otra cosa que la voluntad de donar. ¿Qué cosa es esa voluntad? La voluntad de conferir un beneficio; por consiguiente, un testamento de beneficencia, de cariño ó de gratitud. Así, pues, el hecho solo de consentir no es suficiente, se necesita que el consentimiento tenga un motivo jurídico; este motivo jurídico es

1 Amiens, 9 de Agosto de 1865 (Dalloz, 1866, 1, 378).

2 Aubry y Rau, t. 5º, pág. 433, nota 10 del pfo. 649; Zacharie, edición de Massé y Vergé, t. 3º, pág. 33 y nota 6, y las autoridades que allí se citan.

la causa de la liberalidad, la ley se conforma con el sentimiento que nos inclina á hacer el bien, porque es un buen sentimiento; ella aprueba la donación que está dictada por tal sentimiento: hé aquí la causa. Si este sentimiento no existe en el donador, no habrá causa, y, en consecuencia, tampoco donación, no teniendo ya el legislador razón ninguna para sancionar una escritura que no está inspirada en la voluntad de hacer el bien. Por la misma razón, puede haber falsa causa en una donación, porque la falsa causa, según la doctrina generalmente recibida, no es otra cosa que el error sobre la causa. En materia de donación, habría, además, falsa causa si el donador indicara, como motivo jurídico de su liberalidad, la caridad, el cariño, la gratitud, y que esos motivos fuesen falsos siendo el verdadero motivo la remuneración, el pago de un salario. Quedaría entonces por ver cuál es ese servicio; si consistiera en un hecho inmoral, ciertamente que habría una causa ilícita, y, en consecuencia, la donación estaría viciada en su esencia. ¿Puede el legislador dar su sanción á lo que prohíbe? Nuestra conclusión es que la teoría de la causa recibe su aplicación á las donaciones.

507. Mayor dificultad hay respecto de los testamentos. Aquí nos faltan los textos. Ya no pueden invocarse los artículos 1,108, 1,131 y 1,133, supuesto que dichos artículos sólo hablan de las obligaciones convencionales. Pero esto no resuelve la dificultad. Acabamos de ver en qué sentido las donaciones deben tener una causa lícita; este principio es independiente de todo texto; se desprende de la naturaleza de toda liberalidad, por lo que se aplica al testamento tanto como á la donación. ¿Acaso no se necesita en el testador, como en el donador, voluntad de donar? ¿No debe estar inspirada esta voluntad en el deseo de hacer el bien? ¿Puede el legislador sancionar un legado que no tuviera ninguna causa, ó que la tuviera ilícita? Hay,

en materia de testamentos, una razón más para exigir que el testador esté animado de sentimientos loables, y es que todo legado es una derogación del orden de las sucesiones que la ley establece; este orden se funda en las más graves consideraciones; nuestras costumbres decían que Dios es el que hace á los herederos, y Domat refiere á la voluntad divina el derecho en cuya virtud el heredero es llamado á recoger los bienes en la familia en donde Dios lo hace nacer. En verdad que sólo por los motivos más graves el legislador puede permitir á un hombre que derogue en orden de sucesiones que se confunde con elobierno providencial. Luego se necesita también un motivo jurídico que legitime la voluntad de donar por testamento; si este motivo es ilícito, el legislador no puede dar su sanción á una escritura que reprueba la ley ó la moral. En vano se diría, invocando el artículo 900, que la voluntad de donar justifica el legado, y que si el motivo que ha dictado la liberalidad es ilícito, se debe borrar el motivo; vamos á probar que el artículo 900 no puede recibir aplicación en la teoría de la causa. En vano sería también que se prevaliesen de la diferencia que existe entre el testamento y los convenios, para apartar el principio de la causa en las escrituras de última voluntad; es muy cierto que el legatario no interviene en el momento en que se tira el testamento, pero no es menos necesario el concurso de su voluntad para que el legado produzca su efecto, supuesto que se necesita su aceptación, porque el legado caduca por la repudiación del legatario. Luego si la causa era ilícita, el legatario se apropiaría el vicio al aceptar el legado; en este sentido, no hay diferencia entre la posición del legatario y la del donatario.

508. ¿Se puede aplicar el artículo 900 á la causa? ¿Es decir, se debe borrar la causa que el donador ó el testador ha expresado si es contraria á las leyes y á las cos-

tumbres? La negativa es clara. Una cosa es la causa, y otra distinta la condición. La causa no sólo se exige para la validez de los convenios, como lo dice el artículo 1,108, sino se prescribe para la existencia de éstos; el art. 1,131 lo dice en términos enérgicos: "La obligación sin causa, ó fundada en una falsa causa, ó en una causa ilícita *no puede tener ningún efecto*;" ella no existe á los ojos de la ley, porque es la nada. Luego no puede tratarse de borrar la causa ilícita, porque al borrar la causa, se destruiría la obligación. Mientras que la condición no es más que una modalidad, ella supone la validez de la obligación que está destinada á modificar; se puede borrar el modo, y queda siempre una obligación principal que suponemos válida. La condición ilícita vicia los contratos onerosos, los vuelve nulos (art. 1,172), pero no los vuelve inexistentes; de dicha condición nace una acción de nulidad que debe ser intentada dentro de los diez años; el contrato subsiste si no se anula; en las donaciones y testamentos, se borran las condiciones contrarias á la ley ó á las costumbres, y la escritura queda plenamente válida. Otra cosa es de la causa; si es ilícita, es más que un vicio; falta un elemento esencial del convenio, y sin el cual no puede existir. Ya se veía ahora el interés que hay en distinguir la causa de la condición en las liberalidades entre vivos ó testamentarios. Si el hecho es ilícito en una condición: se aplica el artículo 900; la condición se reputa por no escrita, la donación y el testamento subsisten. Si el hecho ilícito constituye la causa de la donación y del testamento, no habrá liberalidad, la escritura no tendrá más que una existencia aparente, no producirá ningún efecto, según la exposición del artículo 1,131.

En esta opinión, el artículo 900 no impide la aplicación del artículo 1,131. Esto es claro si se admiten los principios de D. TOMO XI.—94.

pios que acabamos de exponer, porque los casos previstos por los dos artículos son del todo diferentes. Luego puede decidirse que una donación es inexistente por falta de causa, ó por causa ilícita, sin contravenir al artículo 900 que borra las condiciones contrarias á la ley ó á las costumbres. Sin embargo, esta distinción no está claramente establecida por los autores. La mayor parte rechazan la aplicación del artículo 1,131 en las liberalidades entre vivos y testamentarios (núm. 506). Los que la admiten parecen entenderla en el sentido de que el hecho ilícito constituye la causa de la liberalidad, de suerte que hay un acto á título oneroso, y, en consecuencia, no es ya posible aplicar el artículo 900. (1) Esto, á nuestro juicio, es la más completa confusión de los principios los más diferentes. Si la pretendida donación es un contrato oneroso, claro es que ya no hay lugar á la aplicación del art. 900; debe verse entonces si el hecho ilícito es una condición ó si es la causa del convenio; en el primer caso, se aplica el artículo 1,172 y en el segundo, el 1,131. Esto no tiene dificultades, y no hay duda alguna. Pero el acto puede ser una liberalidad y no obstante tener por causa un hecho ilícito; entonces nace una cuestión de hecho muy difícil, la de saber cómo se distinguirá la condición de la causa. En teoría, la distinción es incontestable, supuesto que se halla escrita en los textos; pero en la aplicación puede ser muy difícil distinguir si hay una simple condición inherente á una liberalidad válida en sí misma, ó si hay una causa ilícita que vuelve inexistente la liberalidad. Consultemos la jurisprudencia.

509. La corte de cassación ha consagrado, en términos formales, la doctrina que acabamos de exponer. Se lee en

1 Duranton, t. 8º, pág. 114, núms. 107 á 110. Poujol, art. 900, número 4 (t. 1º, pág. 109). Comparese Vazeille, art. 900, núm. 1 (t. 2º, pág. 72).

una de sus sentencias: "En derecho, las disposiciones á título gratuito son nulas tanto como las disposiciones á título oneroso, cuando descansan en una causa ilícita." (1) Se ve que la corte ni siquiera motiva su decisión, la invoca como un principio claro, incontestable; en efecto, se halla escrito en el texto de los artículos 1,108, 1,131 y 1,133; si hemos creído que devíamos motivarlo, es porque la doctrina no está de acuerdo con la jurisprudencia. La jurisprudencia es constante, (2) y no se concebiría que variase, puesto que se limita á citar textos.

Cítanse, no obstante, algunas sentencias que parecen establecer un principio diametralmente contrario. Una sentencia resiente dice, en un considerando, "que el artículo 1,131 no se aplica á las liberalidades testamentarias, las cuales no tienen más causa que el deseo de gratificar á los que son su objeto." Nosotros creemos que los términos absolutos de esta fórmula exceden los límites del pensamiento de la corte de casación. En el caso tratábase de una demanda de nulidad de un testamento fundada en la aceptación; la corte de apelación había comprobado que ninguno de los hechos presentaba los caracteres del dolo y del fraude que la jurisprudencia exige para que haya captación. Aun cuando hubiese habido dolo, los manejos fraudulentos no habrían constituido una causa ilícita, porque el dolo nunca es más que un vicio de consentimiento, vicio que da lugar á una acción de nulidad, lo que excluye los principios que rigen la causa. Pero habiendo el actor invocado el artículo 1,131, la corte lo hizo á un lado diciendo que tal artículo no era aplicable á las disposiciones gratuitas: ella habría debido limitarse á decir que no se aplica al dolo. Por otra interpretación á la sentencia, es hacer decir una insensatez á la corte de casación.

1 Denegada 31 de Julio de 1860 (Daloz, 1860, 1, 458).

2 Denegada 22 de Enero de 1867 (Daloz, 1867, 1, 5).

Se cita además una sentencia de la corte de Lyon que ha rehusado aplicar el artículo 1,131 á una demanda de nulidad fundada en una condición ilícita, la prohibición de engenear. La corte tiene razón para decir que se trataba de una condición y no de la causa; porque es evidente que la causa de la liberalidad no era la condición de inalienabilidad, la liberalidad se había hecho á la junta de beneficencia, lo que expresaba suficientemente la causa de la liberalidad, y ciertamente que esta causa es lícita. Pero la condición era ilícita; luego se estaba dentro de la hipótesis prevista por el artículo 900, y no en el caso del artículo 1,131. Así pues, la sentencia de la corte de Lyon consagra formalmente la distinción que acabamos de establecer. (1)

510. Queda en dificultad de distinguir la condición de la causa. Esta es una cuestión de hecho, porque se trata de decidir si el hecho ilícito ha sido la causa determinante de la liberalidad, el motivo jurídico que determinó al disponente á hacer la donación ó el legado, ó si el hecho no es más que una modalidad de la liberalidad. La destrucción es jurídica, pero muy delicada. La corte de casación ha fallado, y esto es evidente, que al juez del hecho corresponde decidir si hay condición ilícita que vuelva la liberalidad radicalmente nula. (2)

En los procesos en que la corte de casación ha sido llamada á pronunciarse sobre estas difíciles cuestiones, se trataba de liberalidades hechas á un hijo adulterino ó á una concubina. ¿Puede considerarse la adulterinidad, del donatario ó del legatario como una causa ilícita? La corte de casación se ha pronunciado por la afirmativa; ella falla constantemente que la liberalidad es nula porque reposa en una causa ilícita, cuando se hace en provecho de

1 Lyon 22 de Marzo de 1866 (Dalloz, 1866, 2, 84).

2 Denegada, 7 de Julio de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 440). Compárese denegada, 3 de Junio de 1863 (Dalloz, 1863, 1, 429).

los que el disponente cree que son sus hijos adulterinos, si por otra parte se prueba que la liberalidad no ha tenido por causa y por móvil más que la opinión que él tenía de su paternidad. En otro lugar hemos examinado esta jurisprudencia; á nuestro juicio, no está de conformidad con los principios que rigen la causa.

En cuanto á las liberalidades hechas á una concubina, claro es que como tales no son nulas (núm. 136). ¿Quiére decir esto que el artículo 1,131 no sea nunca aplicable? Hay sentencias que prescinden de este artículo, pero únicamente en el sentido de que no puede inferirse de él la incapacidad de los que están en concubinato, lo que no es dudoso. (1) Pero si constase que la liberalidad no tiene más causa que el salario de las vergonzosas complacencias de la donataria, habría en verdad causa ilícita; ya no existiría ese espíritu loable de beneficencia que el legislador sanciona, porque tiene por objeto el bien de los individuos y de la sociedad; luego la donación carecería de causa; el hecho ilícito que le sirve de fundamento, la transformaría en contrato oneroso; luego no habría duda en cuanto á la aplicación del artículo 1131. La corte de casación ha fallado que si un convenio no tuviera por causa reconocida más que el concubinato, debería anularse por contrario á las buenas costumbres, conforme á las disposiciones del artículo 1,131. Un joven seduce, corrompe, promete una renta vitalicia á su concubina para terminar sus relaciones funestas. Se falló que como la renta se había consentido á título gratuito sin entrega de un capital, tenía sobre sí la nulidad, porque la liberalidad no tenía más objeto que asalariar complacencias inmorales, ó comprar el silencio para evitar el escándalo; que por tal título se fundaba en una causa ilícita y no podía tener ningún efecto.

1 Pau, 20 de Marzo de 1822 y Rouen, 8 de Enero de 1827 (Dalloz, "Disposiciones," núm. 270, 1º y 269).

to. Lo mismo sería de los billetes subscritos en provecho de la concubina, ó de un tercero, ó de interpósita persona, porque dichos billetes serían en realidad una liberalidad disfrazada. (1)

511. La falta de causa y la falsa causa dan lugar á nuevas dificultades. ¿Puede decirse que no hay causa, cuando hay voluntad de donar? Se ha fallado que una donación no está sin causa, cuando se hace en provecho de un próximo pariente para mantener la igualdad y la armonía entre hermanos. (2) La decisión es muy jurídica. Los vínculos del parentesco son la primera fuente de nuestros afectos; y no puede decirse que una liberalidad hecha por amor fraternal carezca de causa. Allí en donde realmente no hay motivo de beneficencia, no habría causa, y, en consecuencia, la donación sería nula como tal, salvo el ver cuál ha sido el móvil y si este es un motivo jurídico que legitime el convenio.

El error sobre el motivo de hecho no vicia la convicción. ¿Sucede lo mismo en las liberalidades? Generalmente se enseña que la indicación, en los legados, de motivo que no es verdadero; no mira el legado, porque supone que el testador ha querido gratificar al legatario. Esto es demasiado absoluto, y hay que agregarle la restricción que hace Pothier: si por las circunstancias de la causa parece que la voluntad del testador fué hacer defender el legado de la verdad de los hechos que él alega, el legado será nulo cuando los hechos no son verdaderos. (3) Luego hay un motivo de hechos que es esencial en las liberalidades, porque se confunde con la voluntad de donar, es

1 Bessangón, 25 Marzo de 1808 (Dalloz, "Disposiciones" número 274, 1º).

2 Denegada de la corte de casación de Bélgica, 19 de Noviembre de 1838 (*Pasicrisia*, 1838, 1, 390).

3 Coltier, "De las donaciones testamentarias," núm. 82. Compárese Massó y Vergé sobre Zachariæ, t. 3º, pág. 51 y nota 3.

decir con la causa. Si el disponente no ha tenido otro motivo para donar que el que él menciona, éste motivo vendrá á serle carecer de la liberalidad; si hay error sobre el donador, habrá falsa causa, lo que equivale á decir que no hay causa, y, por lo tanto, no habrá liberalidad. Aquí reaparece la dificultad de distinguir el simple motivo de hecho que no es más que un elemento accesorio de la liberalidad y el motivo determinante que constituye la causa, dificultad que necesariamente se abandona á la apreciación del juez.

El testador dice que "no teniendo herederos y no debiendo nada á nadie, lega á los pobres las acciones industriales que él posee." Se presentan unos parientes, desconocidos del difunto, aunque bastante cercanos: la corte de París falló que el motivo de que el difunto carecía de parientes había sido la causa determinante del legado hecho á los pobres, y que siendo erróneo dicho motivo, el legado era nulo como fundado en una falsa causa. (1)

La corte de Bruselas ha fallado en sentido contrario, é invoca la máxima demasiado absoluta de que el motivo no es inherente al legado; pero los considerandos prueban que la corte habría anulado los legados si los actores hubieran probado que los motivos dados por el testador habrían determinado su voluntad, de suerte que él no habría donado, si hubiese sabido que eran inexactos. (2) Esta prueba puede el juez señalarla de las circunstancias de la causa, como lo hizo la corte de París en la sentencia que acabamos de citar.

1 París 9 de Febrero de 1867 (Daloz 1867, 2, 195).

2 Bruselas, 9 de Enero de 1823 (*Pasicrisia*, 1823, pág. 328).