senta sin embargo una dificultad de derecho. Se pregunta si los elementos de la prueba deben tomarse en el testamento mismo, ó si el juez puede buscarlos en hechos cualesquiera que puedan ilustrarlo. La corte de Bruselas ha decidido la cuestión en este último sentido. (1) Hay una razón para dudar. El testador es el que dispone y el que debe manifestar con claridad su pensamiento; así es que se dirá que en el testamento sólo es en lo que el tribunal debe probar la designación del legatario. ¿Consultando hechos extrínsecos no se corre el riesgo de atribuir los bienes á una persona que el testador no ha pretendido gratificar? La jurisprudencia se justifica, no obstante, por la consideración de que se trata, no de designar un legatario, sino de precisar aquel á quien el testador ha querido instituir. Ahora bien, el juez tiene el derecho de ilustrarse por todos los medios legales, á menos que la ley restrinja su poder de apreciación; y es lo que ella no hace en el caso de que se trata.

Núm. 5. De la facultad de elegir.

326. Entiéndese por facultad de elegir el derecho que se reconoce al testador para encargar á un tercero la elección de sus legatarios. Esta facultad no se admitía en el derecho romano, porque es contraria á la esencia misma del testamento, el cual debe ser la expresión de la voluntad sola del testador. Admitíanse no obstante, restricciones que han embarazado mucho á los comentadores; es inútil entrar en estos detalles de una legislación que no es la nuestra. La facultad de elegir no existe ya en derecho francés. Jaubert dice en su informe al Tribunado: "En materia de disposición de bienes, no puede haber más facultades que las definidas por la ley. Así es que como el

1 Más adelante volveremos á tratar este punto.

proyecto no se explica sobre la antigua facultad de elegir, el silencio de la ley es suficiente para advertir que esta facultad no puede ya conferirse. ¡Venturosa interdicción! ¡cuántos actos inmorales ahorrados á aquellos á quienes esta facultad habría podido interesar!" Troplong hace una crítica amarga de estas palabras, en las que todo, según él, es falso ó discutible. (1) No es verdad, dice él, que en materia de disposición de bienes, no haya más facultades que las que la ley concede; lo contrario es la verdad, y nuestro artículo 902 es prueba de ello. "Cuando se hace decir á la ley lo que ella no dice, se hace mal en criticar tan rudamente á uno de los autores de la ley. El art. 902 dice que la capacidad de disponer es la regla, que la incapacidad es la excepción. ¿Qué tiene de común este principio con la facultad de elegir? "No es verdad, continúa Troplong, que del silencio tenga que desprenderse una prohibición; lo contrario es lo que es cierto, y nuestro artículo es la prueba." Una incapacidad, sí; pero ¿quién es, pues, el que pone en duda la capacidad del testador? Que él diga lo que quiera, y su voluntad se ejecutará con una condición, y es que su liberalidad se dirija á una persona capaz; y si el testador abdica su poder en manos de un tercero, ¿cómo saber si el tercero gratificará á un legatario capaz? Porque, por lo comúun, la facultad de elegir se ejerce para tener la disposición secreta. Para favorecer restituciones ó para hacer buenas obras en expiación de sus pecados, era por lo que se permitía al testador que confiara las reparaciones á una persona de confianza, generalmente un ministro de la religión. Y aun así se confesaba que esto era una condescendencia, una concesión que el derecho hacía á la religión, como lo hemos dicho en el número 318. Es por otra parte muy difícil invocar la anti-

1 Jauber, Informe, núm. 6 (Locré, t. 5°, pág. 344). Troplong, t. 1°, de la edición belga, pág. 190, núm. 548.

gua jurisprudencia como un precedente en esta materia. En otro tiempo no había cuerpo legal encargado de la beneficencia pública, como hoy lo es la junta de beneficencia; la iglesia llenaba estas funciones. Se concibe, pues, que se otorgara á los ministros del culto el derecho de distribuir las limosnas del testador y de ejecutar los legados píos. En nuestros dias no pasa esto. El mismo testador es el que debe dictar su voluntad, y si quiere hacer obras de beneficencia ó de caridad, debe dirigirlas á los establecimientos públicos instituidos á ese efecto por la ley.

327. La facultad de elegir expresamente al legatario casi no está en nuestras costumbres; de ello hemos visto un ejemplo en las recopilaciones de sentencias. En un negocio juzgado por la corte de Metz, se presentó un caso en que el deudor del legado tenía la elección; el testador decía: "Lego al seminario ó á la iglesia." Se habría podido interpretar esta disposición como una substitución vulgar. No fué así como la corte lo entendió. La testadora había destinado todos sus bienes á obras pías, y había nombrado un ejecutor testamentario encargado de cumplir sus voluntades. Su mandatario era pues el que debía dar la tercera parte de sus bienes, sea á la iglesia sea al seminario. Interpretado de este modo, el legado era evidentemente nulo, porque no corresponde al ejecutor testamentario designar á la persona gratificada, porque el legado no puede nunca depender de su voluntad. En este sentido, había facultad para elegir. La corte anuló el legado. (1) La corte de Lieja decidió, en términos formales, que la facultad de elegir no existe ya en nuestro derecho. El caso era que el testador había legado la nada propiedad de sus bienes á un hospicio cuya elección abandonaba á un cura de su parroquia. El tribunal de primera instancia había valida-

1 Metz, 10 de Mayo de 1844 (Dalloz, "Disposiciones," núm, 335).

do el legado, considerándolo como hecho á los pobres. Sin duda que puede legarse á los pobres, pero es preciso que el testador diga á qué pobres quiere gratificar, es decir, cuál será la comisión que recoja el legado. El cura había designado á los hospicios de Namier, agregando condiciones á favor de los pobres de la comuna habitada por el testador. Se falló que siendo nula la facultad de elegir la comisión, carecía de todo derecho. (1) Troplong cita una sentencia de la corte de París dada bajo su presidencia, como consagrada á la facultad de elegir. Si él fué quien la redactó, nada agrega á sus títulos de jurisconsulto. El difunto había instituido un legado universal, encargándole que ante todo diese una suma, que la escritura designa, para obras de caridad. Más adelante el testador decía: "La suma que designo para los pobres es de 30,000 francos, que deberán depositarse en el arzobispado de París, para fundar seis obras de caridad, á fin de rogar á Dios para el reposo de mi alma." Nosotros no habríamos vacilado en anular ese legado, por estar hecho ante el arzobispado. El arzobispado es una persona moral, como la fábrica; y ¿es su misión recibir y administrar fundaciones hechas para los pobres? Ciertamente que no; el legado no podía hacerse válido sino atribuyéndolo á la junta de beneficencia, que es el único representante legal de los pobres, y borrando la cláusula de las seis fundaciones que tenían que hacerse sobre obras de caridad. La corte decidió que el legado era claro, y por lo tanto válido. ¡Era claro! sí, se le consideraba como hecho á los pobres. No, si se había hecho en provecho de las seis obras de caridad que el testador no designaba, y que sólo se volvían ciertas por la voluntad del arzobispado. (2)

328. Después de haber sostenido vivamente que la fa-

1 Lieja, 14 de Mayo de 1873 ("Pasicrisia," 1873, 2, 263).
2 París, 11 de Mayo de 1852 (Troplong, 2°, pág. 190, núm. 548).

cultad de elegir existe todavía, Troplong acaba por rechazarla. Este es un ejemplo notable de la poca precisión que este autor pone en la expresión de su pensamiento, sin duda porque este es indeciso y flotante. Cita, en primer lugar, la sentencia de París pronunciada bajo su presidencia, y en seguida, las sentencias de la corte de casación que asientan como principio que el legado debe hacerse á personas conocidas y ciertas, y que anulen los legados inciertos. Es preciso, dice él, examinar esta jurisprudencia de cerca. En seguida, Troplong cita las sentencias de los parlamentos que mantienen los legados hechos para buenas obras sin precisarlas; confiesa que esta jurisprudencia tenía sus límites y que no debe exagerarse su importancia; ella no iba hasta autorizar el legado de sumas indefinidas dejadas al secreto empleo de un tercero. Hé aquí que el autor vuelve sobre sus pasos; y vuelve tan bien, que nada, ó casi nada, queda de la facultad de elegir. Troplong aprueba lo que Merlín dice de la nulidad de las disposiciones, cuando el testador ha dado á conocer sus intenciones al legatario: este es un legado verbal, y tal legado es nulo. A la verdad, el testador se verá estorbado en sus ideas de restitución; pero ¿por qué no toma disposiciones durante su vida? Hay, además, el riesgo de eludir las incapacidades y las prohibiciones de recibir. Por último, si se admite que el testador entregue á un tercero la disposición de sumas módicas ¿por qué no permitirle que dispongan de ese modo de su herencia entera? (1) Hé aquí á Troplong enteramente de nuestra opinión, y por consiguiente, de la de Jaubert: merecía la pena combatirla con tanta vivacidad.

§ II.—Del menor y del tutor.

Núm. 1. Principio.

329. El art. 907 dice: "El menor, aunque haya llegado

1 Troplong, t. 1°, pág. 191, núms. 549-555.

á la edad de diez y seis años, no podrá, ni por testamento, disponer en provecho de su tutor. El menor, llegado á la mayor edad, no podrá disponer, sea por donación entrevivos, sea por testamento, en provecho del que haya sido su tutor, si la cuenta definitiva de la tutela no se ha vendido previamente."

La ley estableció una doble incapacidad respecto del menor, y de ello resulta una incapacidad de recibir respecto del tutor. Habiendo llegado á la edad de dieciseis años, el menor puede testar dentro de los límites establecidos por el art. 904; pero no puede hacer testamento en provecho de su tutor. Esto se comprende; el testamento debe ser obra de la libre voluntad del testador; ahora bien, el menor no disfruta de esta libertad de ánimo respecto de su tutor. Para prevenir los abusos que de esto habrían podido resultar, la ley le veda la facultad de disponer en favor de su tutor; esto implica otra incapacidad, la de personas presuntas interpuestas por el art. 911.

La incapacidad subsiste aun cuando la minoría cese. Se considera ordinariamente esta disposición del art. 907 como una consecuencia del art. 472, que dice: "Todo tratado que pueda celebrarse entre el tutor y el menor llegado á la mayor edad será nulo, si no ha precedido de la rendición de una cuenta detallada y de la entrega de las piezas justificativas; todo ello comprobado por un recibo, diez meses antes del tratado."

Bigot de Prèameneu, dice en la exposición de motivos: "No se ha querido que los tutores pudieran concebir la esperanza de que en medio de las disposiciones que obtuvieran de sus pupilos, llegados á la mayor edad, llegaran á dispensarse de la cuenta definitiva de tutela. Todos los derechos de la menor edad continúan aún en provecho del mayor contra aquel que ha sido su tutor, hasta que se rindan y compulsen las cuentas; y la experiencia ha pro-