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. 1°, pág. 183), seguido por Massé y Vergé, t. 3°, 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 rentes 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 (*Pasicrisia*, 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 incontestable, y los romanos llegaban hasta decir que es de derecho público. (3) ¿Quiére 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. 4°, núms. 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. 4°, 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 asegurarle? 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 revocaba 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 lícitas; 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 prohibe 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 sutilizas 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 dolo, 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 prohibe 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 1°, pág. 107). Bayle-Monillar sobre Grenier, t. 1°, pág. 696. Demolombe, t. 18, pág. 342. núm. 315.

2 Furgole, "De los testamentos," cap. 7°, sec. 2ª, núms. 110 y 115 (t. 2°, 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 íntimamente con el interes 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 prohibe 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