

ellos las disposiciones dadas para el otro, aunque del lado simplemente subjetivo: era, por lo tanto, inútil que el legislador, al disponer sobre la acción de nulidad y rescisión de los contratos, hiciese para los menores la excepción hecha para los casos de delito ó cuasidelito por ellos cometido. Tanto menos, que esta disposición, que por estar restringida á una sola clase de incapaces, podría dar lugar á dudas relativas á las otras causas de incapacidad, está fuera del lugar que le hubiera sido más conveniente.

136. Puede también suceder que exista en el agente conocimiento del acto que ejecuta, pero no libertad de querer: de modo que no pueda impedir el acto, ni se pueda ó deba preocupar en modo alguno de la posibilidad de que de él se derive injuria contra tercero. Cuya posición jurídicamente designada con las figuras de *mandato* y de *violencia*, interesarían más directamente al delito que al cuasidelito, y admitiendo luego la posibilidad, se referiría á una de las causas por las cuales la culpa ha sido excluída, y con ella la responsabilidad (1).

Remitiendo por esto á lugar más oportuno el desenvolvimiento de la cuestión, aquí es sólo conveniente el advertir que el mandato (sin que sea posible, oponiéndose la naturaleza misma de la culpa aquiliana, el valerse en modo alguno de la buena fe como causa eliminante de la responsabilidad) solamente excusa al mandatario, cuando exista entre él y el mandante tal relación que no pueda rehusarse á la ejecución de la orden recibida, sin que de ello se le derive un grave é irreparable daño. Surge entonces la figura de la violencia moral: y que necesita se examine si no domina también en la hipótesis del mandato, con el fin de quitar toda imputabilidad al agente. Cuya consideración sirve para poner en su verdadero aspecto la cuestión acerca de la responsabilidad del funcionario público, al que se le ordene la ejecución de una providencia manifiestamente con-

(1) V. el cap. XVIII.

traría á la ley: sobre cuyo punto algunos opinan que debe, antes que obedecer, dimitir el cargo (1). Remedio es este que si es gran testimonio de la fortaleza de ánimo del individuo y de su independencia de carácter, no sirve, por lo demás, para resolver jurídicamente la dificultad: y verdad es que los más, aun sintiendo el noble proceder del acto, obligados por las necesidades de la vida, no podrían en manera alguna ejecutarlo. De ahí la obligación de buscar una solución que, definiendo las relaciones entre el mandante y mandatario, esté conforme con los principios que rigen la responsabilidad.

137. Con el fin de coordinar las varias cuestiones que se refieren á la imputabilidad de la negligencia, ahora se hablará:

- a) De la imputabilidad examinada respecto á las personas jurídicas.
- b) De la imputabilidad de los menores, inhabilitados y de los que en el momento del acto no tengan plena inteligencia y libertad de obrar.
- c) De la imputabilidad respecto á la mujer casada.
- d) De la misma negligencia imputable á varios sujetos.

§ 1.

La imputabilidad examinada respecto á las personas jurídicas.

SUMARIO: 138. Las personas jurídicas por su naturaleza no pueden por sí mismas cometer delito ó cuasidelito. — 139. Son responsables por los casidelitos cometidos por sus encargados. Remisión.

138. Si la negligencia debe de ser imputable para que pueda constituir culpa, y si la imputabilidad no se puede concebir independientemente de la inteligencia y de la voluntad libre del agente, la persona jurídica que constituye, como tal, sujeto distinto de la persona singular de los

(1) Bonasi, ob. cit., 214.

miembros que la componen, si es Corporación, ó emanada de un patrimonio independiente si es fundación, ó que deriva, si es instituto, de estos dos elementos, ¿podrá causar culpablemente injuria?

Ciertamente, la resolución de la dificultad requeriría una amplia discusión acerca del modo de considerar la esencia de la persona jurídica, esto es, saber si contiene una *realidad* como fundamento de la personalidad y también de la capacidad, ó sea simplemente una ficción. No es este el lugar á propósito para examinar detalladamente cuestión tan grave; bastará el enunciar sólo los resultados generales que parecen convenir á la ley italiana; tanto más que los mantenedores de las dos teorías principales y de las otras intermedias se encuentran ordinariamente de acuerdo al excluir la imputabilidad de la persona jurídica; y ya se ha dicho bastante el por qué se ha seguido una reacción notable contra dicha teoría, argumentando sobre la sólida tradición del derecho común y partiendo por lógica consecuencia del concepto de que la persona jurídica tenga existencia cierta (1). Ahora bien: se puede opinar (2) que el principio «ningún derecho sin sujeto» no se opone á que dicha existencia real sea reconocida á la corporación, considerada como constituida por la voluntad de las personas que la componen, y que, estando dirigida á un fin especial, es el resultado único, idéntico, de muchas voluntades individuales, una voluntad especial diferente de la de los miembros; se diferencia en esto de la *fundación*, para la cual, mal se deduce la realidad, considerando la voluntad del fundador que, determinando claramente el objeto, se gravaría de un modo permanente, inmutable, en el patrimonio, é invistiéndole de sí mismo, animándolo, haría al ente sujeto verdadero de los derechos compatibles con su

(1) Gierke, *Genossenschaftsth.* cit., l. cit.

(2) Chironi y Abello, *Corso di dir. civ.*, Turin, 1902-1903, capítulo II.

naturaleza especial; y no mejor se argumenta sobre la voluntad de las personas que están dedicadas á hacer funcionar el patrimonio, según el fin de su modo de ser. Porque la voluntad no está, como sucede en la corporación, en la materia misma, y con esto falta toda razón de vitalidad; de ahí que la existencia ficticia de la fundación no parece dudosa; como no lo es la de los institutos que existen por sola declaración que principalmente en el interés público haga la ley (1).

Establecida dicha realidad respecto á la corporación (y la consideración se sostendría si fuese atribuida á la fundación y á los institutos), no debe deducirse que, teniendo en sí una voluntad especial propia, la persona jurídica sea capaz de hecho ilícito; parecería natural decir que dicha voluntad, dirigida á un determinado objeto, como está ordenado por los estatutos, no puede estar dirigida á un fin injurioso. Cuyo resultado concordaría así con el mismo, al que llega la teoría de la ficción, que niega la imputabilidad por falta absoluta de voluntad en la persona jurídica (2), la cual obra en relación con su objeto por medio de personas físicas que la representan.

La ley italiana (3) no determina claramente la existencia de la persona jurídica, y de su letra (4), como de la tradición jurídica que la precedió se podría deducir que, aun para las corporaciones, se informa en la teoría de la ficción ó en la que más correctamente la contiene, que es la de la personificación; la persona jurídica es sujeto verdadero de derecho solamente si está reconocida por el Estado; así que, si el tener capacidad jurídica deriva del reconocimiento que tiene el Estado de conceder solamente en virtud de

(1) V. sobre las teorías propuestas, relativas á la persona jurídica, los autores citados en Chironi y Abello, ob. y ed. cit.

(2) V. la nota precedente.

(3) V. la nota precedente.

(4) Cód. civ., art. 2.º: «Todas las personas morales legalmente reconocidas.»

dicho acto, la persona jurídica existirá legalmente (1), construcción inaceptable en su integridad; verdad es que en la ley, sin distinción alguna acerca de la naturaleza de la persona jurídica, se ha hablado del reconocimiento como acto del poder social que le da vida; pero esto no quita que se deba distinguir el contenido y la virtud según la materialidad sobre la cual se desarrolla, esto es, de la variable entidad, que es el carácter de las personas jurídicas. Ahora bien: ¿quien no ve que dicha materialidad, dicho fondo, es en la corporación bien diverso de lo que es en la fundación y en el instituto, y que la naturaleza tiene en sí un elemento vital por el cual el reconocimiento no vale (como no vale respecto á la persona natural), creación de la ley? De todos modos, sin embargo, llamando real á la existencia de la corporación, no con más razón á ésta que á la fundación ó al instituto puede dársele capacidad directa (imputabilidad) de cometer un hecho ilícito. Y no porque quede esa independiente y distinta de la persona de los miembros, y considerada abstractamente en sí misma se presente como incorpórea (2); no porque su acción se determine con la intervención necesaria de personas físicas por las cuales está representada, consideraciones éstas insuficientes desde que á ella se le reconoce una voluntad especial, pero por el modo de manifestar tal voluntad, que se diferencia de la voluntad que es necesaria á la computabilidad del hecho ilícito. La intervención del tercero, que á fin de poder querer es necesaria á la natural estructura de la corporación, impide que á ésta como tal, ó sea á la voluntad corporativa, pueda referirse la imputabilidad, no existiendo, esto es, la posibilidad del movimiento de querer individual, directo éste en su organismo é incumplido (3).

(1) Aubry y Rau, ob. cit., l. cit.; Laurent, ob. cit., l. cit.

(2) Miraglia, en *Filangieri*, VI, 6.

(3) Jellinek, ob. cit. No releva el que se dé la responsabilidad contractual.

139. Así que si aun admitiendo la existencia de una verdadera y especial voluntad relativa á la corporación y también á la persona jurídica en general, su explicación en orden al objeto que persigue puede sólo por la naturaleza misma del ente ser obtenido mediante representante, parece justo afirmar que la persona jurídica como tal no es responsable de delito y de cuasidelito (1). Pero sí responderá de los delitos y cuasidelitos cometidos por los representantes en el ejercicio de sus funciones; y á esto no obsta el objetar que la persona jurídica no da representación para cometer hecho ilícito, porque independientemente del mandato recibido, el representante puede, al ejecutarlo, cometer injuria también dolosamente. Verdad es que donde la acción ilícita sea excitada por el dolo ó derive de culpa grave del representante, parece que éste no obra bajo tal cualidad y que el acto le sea personal, y, por lo tanto, de la responsabilidad del ente representado no haya ni sombra; pero la distinción no es exacta. El hecho propio no puede sin más atribuirse al comportamiento doloso y de grave negligencia. Y no hace el que se distinga entre los órganos y los instrumentos de la persona jurídica, afirmando la responsabilidad del ente para estos últimos, no para aquéllos, que son términos necesarios de su existencia; sobre esto puede que la responsabilidad debería ser más directa para los órganos. De esto se ha hablado y se hablará más adelante;

(1) Muy imperfecta y obscuramente está estudiada la cuestión por Laurent, ob. cit., XX, 419 y siguientes. L. 15, § 1 D., *de dolo*, (IV, 3): consúltese Savigny, *System* cit., § 95; Unger, ob. cit., § 43; Windscheid ob. cit., § 59; Vangerow, ob. cit., § 53; Arndts-Serafini, ob. cit., § 42, n. 8; Heisser, *Étude sur les personnes morales*, pág. 181. V. Cas. (crim.) fr., 8 Marzo 1883 (*J. du P.*, 1885, I, 1 112); Ap. Amiens, 18 Enero 1873 (*J. du P.*, 1873, 334); Ap. Paris, 16 Diciembre 1885 (*J. du P.*, 1886, I, 220). Cód. civ. de la Rep. Argent., art. 43: «no se puede ejercer contra las personas jurídicas acciones criminales ...» Consúltense también las monografías de Mestre y de Vareilles-Sommières, cit., en Chironi y Abello, ob. y l. cit.

aquí, baste decir que, puestas ciertas condiciones, las cuales serán descritas oportunamente, la persona jurídica representada debe responder, no sólo del cuasidelito, sino también del delito imputable al representante.

Además, según los conceptos ya expuestos (1) y que tendrán en adelante mejor declaración, la responsabilidad de la persona jurídica es aquí propia, debiéndose considerar jurídicamente hecho propio el del representante. De ahí que si un cuasidelito no puede ser considerado como imputable á la persona jurídica considerada en sí misma, haciendo caso omiso de quien la representa, hace falta, sin embargo, admitir que de la imputabilidad del cuasidelito respecto á sus representantes, para los cuales se manifiesta directamente su existencia, se sigue necesariamente su responsabilidad (2).

Sobre esta enseñanza considerada en su generalidad se hablará pronto; como también del carácter de la responsabilidad que incumba al representado, deducida de la esencia de la representación.

(1) V. el cap. II.

(2) La legislación musulmana ofrece el ejemplo de una persona jurídica, responsable por el hecho ilícito de uno de sus miembros. En caso de homicidio, herida ó lesión involuntaria, la «composición legal queda á cargo del ofensor y de su *tribu*». (Cód. musulmán de Khalil, art. 1.834); los arts. 1.836 y 1.838 regulan el orden de la contribución, y el art. 1.841 establece «la obligación de la *tribu* de pagar la contribución que estuviera á cargo de los *menores, mujeres, pobres y deudores*, sin que éstos estén obligados á contribuir por otros». Sobre la *tribu* árabe, v. la noticia de Seignette, ob. cit., pág. 707.

§ 2

De la imputabilidad respecto á los menores, á los incapacitados y á los inhabilitados.

SUMARIO: 140. Imputabilidad de la negligencia á los menores. Del menor emancipado. Remisión. — 141. De los mentecatos, de los incapacitados y de los inhabilitados; derecho antiguo y derecho moderno.

140. Al exponer el concepto acerca de la imputabilidad (1), se ha aclarado de qué modo la locución empleada por la ley sobre el cuasidelito, como también la índole misma de la culpa aquiliana, no da motivo para invocar respecto á la entidad de esta última las normas de su capacidad, fijadas en la materia de los contratos. La cuestión de la imputabilidad será, por lo tanto, resuelta en los varios casos, según el concurso de los elementos que la componen.

Mas para el menor emancipado, ¿deberá mudarse la regla? Con la emancipación queda definida en el menor la capacidad para los actos de simple administración; y, sin embargo, la indagación encaminada á establecer en la hipótesis de cuasidelito que el menor no se encuentra en tal estado de inteligencia para poder prever las consecuencias de un hecho no directamente ilícito, parecería contrario al valor del acto, por el cual este desarrollo intelectual se le reconoció legalmente. Admitase por un momento esta opinión: pues bien, con ser reconocida en el menor la capacidad para los actos de simple administración, ¿se le reconoce para cualquier obligación la existencia de la posible diligencia que responde en su omisión con la culpa ligera ó solamente la grave? Con esto, sería excluida la capacidad por culpa levísima: ¿y si en cambio ésta se le pudiera legítimamente imputar? Y, por el contrario, ¿si no

(1) V. el cap. pres. *Generalidades*.

fuera siquiera capaz de culpa ligera? En estas consideraciones de hecho se apoya la doctrina que opina no cesa por el hecho de la emancipación la responsabilidad del padre emancipante (1): resolución exacta, con arreglo á los principios.

Y bastará que en este momento se recuerde al caso que las providencias acerca de la culpa aquiliana nada tienen de común con la culpa contractual, y, por lo tanto, con las reglas que conciernen á la capacidad para contratar; ni tampoco, como se hará notar, con todas las normas que rigen en materia de daños é intereses. Un menor es incapaz de contratar, y puede ser capaz de obligarse por casidelito. Podría ser capaz de cometer actos de simple administración é incapaz de obligarse por hecho ilícito. En consecuencia al hecho de la acaecida emancipación, no debe en manera alguna imponerse al Juez al buscar la capacidad de diligencia en el menor que ha cometido un cuasidelito; son estos dos órdenes distintos de capacidad que, como resulta de los dos modos de ser de la culpa, no pueden confundirse. Se preguntará, es verdad, por qué la ley se muestra menos severa al disponer sobre la culpa contractual, y al mismo tiempo haya ejercido en favor de los menores la mayor tutela, mientras mostrándose más severa en la culpa aquiliana quita á los menores la protección y les aplica el principio común sobre la imputabilidad; pero toda duda sobre la corrección de la ley es inútil cuando se considere la condición del menor frente á un contrato que puede causarle daño, y respecto de cuya formación el otro contratante no debía ignorar el estado de la persona con la cual contrataba; confróntese la posición del menor que ocasiona daño á un tercero (2).

La distinción entre el menor y el menor emancipado, ¿se deberá tanto menos acoger á fin de reglamentar la res-

(1) V. el cap. X, § 1.

(2) V. el cap. pres. *Generalidades*.

ponsabilidad por los hechos cometidos por un representante (en general), y en especial por un criado? ¿Se deberá deducir su responsabilidad directa en el segundo caso, habiendo eficazmente procedido á un hecho de simple administración, ó será en cualquier caso responsable, salvo al menor no emancipado, del derecho de hacerse indemnizar por el tutor?

Se alude aquí á tal cuestión, porque está ligada aparentemente con el concepto de la imputabilidad; tiene, sin embargo, lugar más apropiado en el estudio de la responsabilidad por el hecho del representante, y ahí será examinado (1). Nótese, sin embargo, desde ahora que, aun poniendo en el ejemplo la distinción entre menor emancipado y menor no emancipado, esa no ha alcanzado directamente á la imputabilidad respecto al menor, sino á su responsabilidad por hecho imputable á su representante.

141. Las ideas expuestas referentes á la imputabilidad, bastarían para determinar en qué modo se deba evaluar la capacidad de diligencia en los mentecatos, en los incapacitados é inhabilitados. Y no será superfluo el repetir lo dicho aquí, no solamente con el fin de demostrar la relación entre el derecho antiguo y el moderno sobre la condición del pródigo, sino también para determinar mejor la diferencia entre la culpa aquiliana y la culpa contractual respecto á la incapacidad.

La existencia de la interdicción ó de la inhabilitación no hace que la persona que la sufre deba ser considerada por esto como incapaz de cometer cuasidelito, debiendo el Juez reconocer en el sujeto el vicio de inteligencia y su gravedad: esto sentado, aun el que esté afectado de tal vicio, y en tal modo de hacerlo incapaz de diligencia, aunque no esté incapacitado ni inhabilitado, será responsable, cuyo precepto no está contradicho y sólo se nota la dificultad de

(1) V. el cap. VI, § 3.

la prueba (1). Reserva inútil y contraria á los principios: la interdicción ó la inhabilitación ¿servirán acaso como prueba absoluta de incapacidad, independientemente de la indagación especial relativa á la imputabilidad del hecho cometido?

Se ha observado que la ley (2) se ha puesto en guardia al declarar incapaces de obligarse por hecho ilícito las personas á las cuales se ha nombrado un curador, porque el vicio de inteligencia no está, como ella lo entiende, llevado á tal extremo de quitar la consciencia del bien ó del mal que se haga; y esto no solamente para el caso de delito, sino también para la imprudencia, la cual todavía puede ser aquí fácilmente dispensada. Razonamiento todo basado sobre el equívoco entre la capacidad de contratar y la de causar injuria. ¿Qué importa si la ley, dictando la providencia de la inhabilitación para el vicio no grave de inteligencia, deja al inhabilitado una cierta incapacidad? Esto no puede, en manera alguna, vincular la decisión referente á la incapacidad en relación al cuasidelito: manteniendo la capacidad al inhabilitado para los actos de simple administración, ¿se ha querido acaso atribuirle, y para toda relación, la existencia de un tal desarrollo de inteligencia y de libertad de querer, que lo haga capaz solamente de un determinado grado de culpa, de modo que quede al Magistrado la sola obligación de confrontar este grado de culpa con el de negligencia, de donde se derivó el cuasidelito? Todo lo contrario. Si se argumenta sobre tal idea, que comprende la imputabilidad del inhabilitado, se está después obligado á poner delante la excusa en él de la imprudencia. Esto no: la fórmula es contraria á la ley; la excusa de-

(1) Laurent, ob. cit., XX, 445.

(2) Laurent, ob. y ed. cit. Consúltese también Larombière, ob. cit., v. sobre los arts. 1.382-83, nn. 22 y 23; Aubry y Rau, ob. cit., IV, § 444, n. 7. V. sobre el principio, Cód. civ. germ., § 838; Plank, ob. cit. sobre este §.

pende del vicio de inteligencia puesto bien en claro, ni á esto sirve únicamente las disposiciones acerca de la capacidad de contratar. Que pueda deducirse de la condición jurídica del incapacitado y del inhabilitado una presunción (no de ley) referente al estado de inteligencia, admítase; pero de tal estado no se puede inferir sin más la inexistencia ó la medida de la capacidad.

Con cuyo principio viene también resuelta la cuestión de la imputabilidad del pródigo inhabilitado. En el derecho antiguo se daba al pródigo un curador ó un consultor (1); pero los doctores se cuidaban de advertir que esto no lo eximía de responsabilidad por el cuasidelito que pudiera cometer (2). La ley moderna (3) quita al pródigo la sola capacidad para los actos que exceden la simple administración, á los cuales no puede atender sin la cooperación de un curador, y en el ordenamiento acerca de las medidas protectoras de los vicios de inteligencia, éstas están bien distinguidas (4) de la prodigalidad. Queda, pues, la regla antes establecida (y con mayor motivo) también para el pródigo inhabilitado: la inhabilitación no hace que pueda declararse su irresponsabilidad para el cuasidelito por razón del defecto de imputabilidad.

La indagación de la responsabilidad por los hechos del representante (en general) del menor se ha aplazado para el estudio referente á la representación; en el cual se hablará también de la responsabilidad del representante del incapacitado, del inhabilitado y de quien, si bien sufra vicio de inteligencia, no esté, sin embargo, sujeto á ninguno de estos dos procedimientos.

(1) Beaune, *Droit coutum. fr.*, I. *La condit. d. personnes* (Paris, 1882), p. 580. Viollot, *Précis de l'histoire du dr. franç.* (Paris, 1893), págs. 465 y 466.

(2) Pothier, ob. cit., n. 120.

(3) Cód. civ., art. 339; v. Cód. fr., art. 513; v. Cód. austr., artículo 21.

(4) Es la locución adoptada por el art. 339 cit.

§ 2 A).

Restricción de la excepción derivada de vicio de inteligencia.

SUMARIO: 141 bis. En qué consiste.

141 bis. El vicio de inteligencia, cuando sea tal que quite al agente la inteligencia y la libre voluntad, quita la existencia de la culpa; pero si resulta que la injuria fué causada en un momento de lucidez, falta la razón de la excepción y se entra de nuevo en la regla que establece la responsabilidad.

Esta doctrina es común (1). Ahora bien: aceptando el principio, es también necesario añadir que la prueba de la existencia de lúcido intervalo en el momento de la comisión de la injuria no excluye la prueba encaminada á demostrar que ese no es estado tal que pueda quitar del modo más amplio el vicio de inteligencia. En este último caso se deberá examinar si la negligencia de donde la injuria se deriva fuese tal, que correspondiera al grado de diligencia de que es capaz el agente, y, según los resultados de la indagación, se declarará si existe ó no la imputabilidad.

El principio existe aun cuando (2) conste que el agente que está en estado normal de inteligencia y voluntad se colocó voluntariamente con el fin de cometer la injuria y cometer con dolo la eliminación de la responsabilidad; este comportamiento anterior y supeditado al hecho lo hace plenamente responsable. Ni importa para los efectos que se haya excedido en la medida de la injuria que había pensado inferir, de lo cual se hablará en su lugar.

(1) Consúltese especialmente Demolombe, ob. cit., VIII, 492; Larombière, ob. cit., sobre los 1 382-83, n. 20; Aubry y Rau, ob. cit., IV, § 444, n. 5; Giorgi, ob. cit., V, 295. V. Cód. civ. de la Rep. Arg., art. 1 070; Cód. civ. germ., § 827 cit.

(2) V. p. 322, n. 4, en f.

§ 3.

De la imputabilidad respecto á la mujer casada.

SUMARIO: 142. Incapacidad de la mujer casada para contratar en casos determinados.—143. Razón de la ley.—144. Garantía de que está rodeado el instituto dotal.—145 - 153. Si en la responsabilidad por hecho ilícito cesan las garantías dotales.

142. La índole y la economía de esta indagación no consenten el describir aquí la historia de la condición social de la mujer en los varios períodos de la civilización, y del derecho en que ésta inmediatamente se refleja (1), aunque tenga mucha gravedad dicha indagación como medio de determinar el desarrollo seguido en este sentido por las costumbres sociales y por las leyes. De las instituciones antiguas que concedían algunas á la mujer aunque casada la plena capacidad, cuando otras (2) «*propter animi levitatem*» (3) la consideraban sujeta á perpetua tutela, cuyo instituto de la extensión primitiva (4) concluyó por transformarse por las condiciones ético-sociales en desuso, cediendo á otras previsiones que limitaban la incapacidad de la mujer á algunos actos de la vida civil, entre los cuales el más importante, S. C. Veleyano, está en los últimos tiempos en

(1) Sobre esta materia, véanse especialmente los estudios de Laboulaye, *Recherch. s. la cond. civ. et pol. des femmes*, París, 1843; Dubois, *De la condition légale des femmes et de l'incapacité de la femme mariée*, París, 1860. Gide. *Étude sur la condition privée de la femme*, edit. Esmein, París, 1885; Gabba, *Della condizione giuridica della donna*, Turin, 1883.

(2) Consúltese Kohler, *Indische Ehe und Familienrecht* (Mannh., 1886), p. 391; Revillout, *Cours de droit Égyptien*, I (París, 1886). *La situation lég. de la femme*, p. 197 y siguientes.

(3) Gai, *Ins.*, I, 144; v. después, I, 190 y 193.

(4) En Egipto, la incapacidad de la mujer se reguló bajo el reinado de Tolomeo Filopatore. Consúltese Revillout, ob. cit., páginas 201 á 203.

caminado especialmente á garantir la inalienabilidad de la dote (1); de la lentitud en este proceso encaminado al justo reconocimiento de la capacidad de la mujer por causa de la influencia que en el orden social, y por lo tanto sobre el régimen de la familia, tuvo la ley germánica con el instituto del *mundium*, reproductor del estado de sujeción de la mujer (2), está robustecido después por la razón feudal; de esta sucesión de normas, deprimentes primero, y que ensalzaban después la condición jurídica de la mujer, para después volverla á restringir, se infiere claramente que la razón del instituto está toda en el ordenamiento público, del cual la incapacidad se extendió al derecho privado. No se comprendía, en efecto, cómo respecto á este último pudiera tenerse personalidad completa si no se tenía respecto al público; y, sin embargo, no obstante que la separación de la materia de los dos órdenes de relaciones jurídicas condujese á otros resultados, como se observa en la última evolución que tuvo la ley romana y el mismo derecho germánico, la ley patria, si no tiene más vestigios de la tutela perpetua impuesta á la mujer, ha limitado la capacidad jurídica á la mujer casada; último vestigio, acaso, del antiguo mundo.

A cuya incapacidad se coordina la teoría generalmente acogida de la enajenación de la dote, y considera que ésta es esencialmente enajenable por razón del delito ó del cuasidelito del cual la mujer casada deba responder. Cuya excepción, como se verá mejor después, está ligada al concepto de la imposibilidad de extender las reglas acerca de incapacidad de contratar á la capacidad para cometer delito ó cuasidelito: criterio verdadero y aplicación inexacta. Y la relación entre las dos dificultades induce á discutir ahora el argumento, anteponiendo como fin de introducción en la indagación algunas ideas generales sobre la capacidad en general de la mujer casada.

(1) Gide, ob. cit., l. I, cap. 4 y 5 y t. II, cap. 1 y 2, *Rome chrétienne*. V. además Viollet, ob. cit., p. 685.

(2) Gide, ob. cit., l. IV, cap. 1.

La ley patria quiere (1) que la mujer casada no pueda válidamente ejecutar algunos actos especialmente designados; se comprende que la letra no induce prohibición de interpretación, y que la figura especial de una relación no impide el examinar si en su estructura entra necesariamente alguno de los institutos para los cuales está puesta la prohibición; así, sin tener en cuenta la incapacidad establecida en otras leyes especiales, la ley civil ordena que la mujer casada no pueda dar, enajenar bienes inmuebles, hipotecarlos, hacer contratos mutuos, ceder ó retirar capitales, asegurarse, ni transigir ó mostrarse parte en juicios, relacionados con dichos actos, sin la autorización del marido.

143. ¿Y la razón del ordenamiento? Sobre ésta, los doctores, especialmente los franceses, discuten y entablan controversias, estimando algunos que el interés de la familia y el respeto á la potestad matrimonial es motivo de incapacidad (2); refiriéndose otros á los precedentes históricos de la ley, para deducir que su disposición se inspira en el concepto de la incapacidad natural, derivada de la debilidad y de la impericia, que se supone innata al sexo (3).

Ciertamente, esta última opinión debería preferirse cuando se tuvieran en cuenta sólo los motivos históricos de la ley francesa, que la italiana tuvo presentes. Los doctores que declaraban el derecho anterior á la codificación, sostenían, en efecto, el instituto de la potestad matrimonial sobre la incapacidad de la mujer, como derivado de la fragilidad de su naturaleza (4); y donde se piense que en aque-

(1) Cód. civ., art. 134.

(2) Aubry y Rau, ob. cit., V, § 472; Demolombe, *Tr. du Mar.* (VI ed.), II, 128 y sig.; Laurent, ob. cit., III, n. 95.

(3) Merlin, ob. cit., v. *Autorisation marit.*, s. 2; Proudhon, *Tr. de l'ét. des personnes* (París, 1848), I, p. 454; Toullier, ob. cit., II, 616; Gide, ob. cit., IV, c. 3. V. además Franck, *Philos. du droit civil* (París, 1886), cap. IV, pág. 31 y siguientes.

(4) Bouhier, *Observations s. la cout. de Bourgogne*, en *Œuvres*