

llas leyes francesas que lo acogían, no podía ese referirse como fuente al derecho romano, sino á la tradición del antiguo *mundium* germánico ó al feudalismo, parecería por tal origen aclarada su naturaleza, y la declaración que daban los jurisconsultos resultaría rigurosamente exacta. Verdad es que así en contradicción se pone la ley, que considera capaces las mujeres no casadas é incapaces las casadas; pero no por esto resulta debilitada la teoría expuesta, especialmente cuando se advierta en el hecho que la autorización judicial está en la ley francesa destinada en ciertos casos á sustituir la marital, y entre los otros la condena del marido á pena afflictiva ó infamante, y su ausencia ó interdicción (1).

Este punto de la legislación francesa merecía particular consideración, en cuanto que la diversa construcción que en la ley civil patria debe exponerse respecto á la incapacidad estudiada determina la razón para decidir en la excepción pretendida referente á la enajenación de la dote. Ahora bien: el instituto de la autorización marital, tal como es acogido en la ley italiana, tiene su razón única, y los trabajos preparatorios lo demuestran con evidencia en el interés de la familia y en la unión y concordia de los cónyuges (2), que es fundamento necesario al consorcio familiar, y con éste fuente de las virtudes que hacen á la

---

(Dijon, 1788), cap. XXI; Loysel, *Instit. coutumières*, edic. Dupin (Paris, 1846), I, 2, n. 23; Lebrun, *Tr. de la communauté* (Paris, 1754), l. 2, c. 1, 3, 2, 1; Pothier, *De la puissance du mari*, en *Œuvres*, ed. Bugnet, cit. n. 4. Consúltese también Beaumanoir, *Coutumes du Beauvoisis (Clermont)*, ed. Salmon (Paris, 1899-1900), XLIII, § 27.

(1) Cód. civ. fr., arts. 221 y 222. V. el Cód. civ. it., por el artículo 135.

(2) Parlam. it., sesión 15 Febrero 1865. V. *Dictamen de la Comisión del Senado*. Adviértase que en el proyecto ministerial no se hablaba de la autorización marital como institución contraria al derecho común italiano. Informe del Gobierno § 4. V. también Relación al Rey. La doctrina está conforme.

comunidad social en válido y llevadero presidio; de razón familiar por medio de la natural relación que exista entre el grupo de la familia y el consorcio político; está, pues, el instituto que, confiriendo autoridad al marido, pone á la mujer en estado de dependencia, y, sin embargo, de incapacidad. O sea no incapacidad, sino sujeción; y la coordinación de la regla con las sabias limitaciones que la templan, confirman que otra y más alta razón tiene el instituto antes descrito en la legislación italiana.

144. La cual, disciplinando el régimen dotal, ordena según el fin de la dote, que es el «sostener las cargas del matrimonio» (1); no poderse ella alienar ni hipotecar (2) fuera de dos casos: que en el contrato de matrimonio se haya convenido lo contrario, ó si concurra necesidad ó utilidad evidente, declarada cierta por consentimiento de los cónyuges y autorización judicial (3). La razón de la ley da el criterio que hace falta para resolver la cuestión de la responsabilidad para el delito ó cuasidelito cometido por la mujer casada, y para fijarle, ocurre, ante todo, preguntar si la restricción del poder que contiene deriva del carácter especial de la dote, sin que influya sombra alguna de incapacidad personal para disponer, ó si, en cambio, representa todavía una aplicación de la ley de incapacidad de la mujer casada.

Esta última construcción está sostenida generalmente por la doctrina francesa, la cual opina que la mujer está puesta en un estado de imposibilidad legal de hacer cosa alguna que sea perjudicial á sus derechos, ya sea la dote inmueble ó mueble: y la aplica reconociendo á los acreedores que lo fuesen de la mujer antes del matrimonio el

---

(1) Cód. civ., art. 1.388.

(2) Cód. civ., art. 1.405; Cód. civ., art. 1.555. El Código austriaco no prohíbe la enajenación. Lo mismo el Cód. de la Rep. Argentina, art. 1.243-1.260.

(3) Cód. civ., art. cit.

derecho de resarcirse sobre los bienes constituidos en dote, y negándolo á aquellos que lo hayan sido después del matrimonio, aunque quieran ejercitarlo después de ocurrida la disolución del matrimonio: fuera del caso que la razón de crédito contra la mujer casada no consista en el delito ó cuasidelito que pueda imputársele (1). Decisiones que están en armonía con la doctrina que reconoce á la mujer la propiedad de la dote (2).

Cuya teoría no parece conformarse con la ley que rige la dote como instituto cuyo fin es la protección de la unión conyugal y de la cual concurre á sostener los gastos; y si esta es la idea en que se informa el instituto dotal, la inalienabilidad de los bienes llevados como dote debe ser declarada de conformidad, y no refiriéndola á la incapacidad de la mujer, que es consideración fuera de lugar. Y no importa el observar que por el derecho francés la mujer está considerada como propietaria de la dote, porque si esta idea domina en el derecho consuetudinario y en la antigua doctrina (3), es dudoso que haya pasado al espíritu de la ley moderna donde se haga referencia á las garantías tutelares del instituto, y al cuidado que tuvo la ley al indicar minuciosamente los casos en que está permitido enajenar la dote ó hipotecarla. Como en el derecho romano, en confrontación con la opinión dominante que considera que la dote es pro-

(1) La doctrina y la jurisprudencia francesa están, en general, de acuerdo sobre estos tres puntos.

(2) Consúltese Merlin, ob. cit., v. *Dot*, § 7, n. 6; Marcadé, ob. cit. sobre el art. 1.549; Rodière y Pont, *Contr. du mariage* (Paris, 1865-69), II, n. 1.711; Tessier, *Questions s. la dot* (Paris, 1852), números 1-49; Aubry y Rau, ob. cit., V, 535; Arntz, ob. cit., III, 893; Stabel, ob. cit., § 194; Dreyer, ob. cit., §§ 416 y 417. Cas. fr., 26 Noviembre 1901 (*J. du P.*, 1902, I, 139). Cfr. la doctísima monografía de Bellavite, *Contrato de matrimonio* (Padua, 1879), pág. 28 y sig. V. en seguida el n. 149.

(3) Consúltese Beaune, *Dr. coutum. fr.*, II. La condición de los bienes (Paris, 1886), p. 452. V. además Gide, ob. cit., p. 542 en f.

piedad del marido (1), se puede suponer que sea *res uxoria*, consignada durante el matrimonio sólo en custodia (2), del mismo modo en el derecho moderno la dote en el matrimonio no pertenece al marido, que es considerado solamente administrador (3), no á la mujer, que no puede disponer en manera alguna ni siquiera con la sola autorización del marido, como sucede con los bienes parafernales, cuya propiedad se considera en ella plena y absoluta (4). La dote, excepción hecha del caso en que al momento de ser constituida le sea concedida la alienación (y entonces la razón del contrato, y, por lo tanto, de la libre voluntad, predomina sobre toda otra consideración), puede ser alienada ó hipotecada sólo consintiendo los cónyuges y la autoridad judicial; ese instituto de orden público familiar puesto bajo la tutela de la ley; su existencia depende de la del matrimonio y está sustraída completamente á la voluntad de los cónyuges.

La excepción misma de la necesidad ó utilidad evidente de alienación de la dote hace todavía más sensible esta entidad, y la autorización judicial la define y la determina enteramente. Se podría, sin embargo, construir la teoría refiriendo la dote á la dotalidad como relación jurídica instituida sobre bienes, y que, arriesgándose la propiedad de éstos, la paraliza; de modo que la propiedad de la dote sería otra cosa distinta de la propiedad de los bienes vinculados en dote; los cuales, sin embargo, conservándose á la mujer (excepción hecha del caso de reversibilidad), tendrían la condición jurídica especial derivada de la carga dotal y de

(1) Consúltese especialmente Vangerow, ob. cit., § 218 y n. 1; Windscheid, ob. cit., § 496; Czylarz, *D. röm. Dotalrecht* (Gies., 1870), § 54; Gide, ob. cit., pág. 499 y sig.; Arndts-Serafini, ob. cit., § 404; Schupfer, ob. cit., pág. 326.

(2) Consúltese Brinz, ob. cit., § 264. V. también Cogliolo, *Saggi di evol. nel dir. priv.* (Turin, 1884), p. 36.

(3) Cód. civ., art. 1.399; Cód. fr., art. 1.549; cfr. Cód. austr., § 1.237. V. Cód. Rep. Argent., art. 1.276.

(4) Cód. civ., art. 1.427; Cód. fr., art. 1.576.

las cautelas que á la existencia de la dotalidad y del patrimonio dotal se confieren. Y este patrimonio tendría un fin en sí mismo, estaría encaminado á un objeto familiar: de donde se deriva la cualidad de administrador dada al marido, jefe de la familia.

La construcción propuesta, tal como está avalorada por las garantías previstas por la ley en favor de la dote, no está contradicha por la opinión de algunos de los trabajos preparatorios del Código civil francés, que reconoce la propiedad de la mujer sobre la dote (1); una relación dice que queda la dote en propiedad á la mujer, y añade que las acciones de propiedad están suspendidas por razón de la inalienabilidad de la misma (2); la relación quita todo fundamento á la afirmación que precede: habría propiedad y no propiedad. El carácter de la dote está, por lo tanto, principalmente dado por su inalienabilidad; y, sin embargo, piénsese que durante el matrimonio la dote no es propiedad de algunos de los cónyuges, sino instituto que se confunde con el matrimonio mismo, ó ya se considere que la dote pertenece, sí á la mujer, pero es inalienable; debiendo servir á las necesidades del matrimonio, la consecuencia es idéntica; la inalienabilidad deriva, no de incapacidad de la mujer, sino de la destinación misma de los bienes dotales como está ordenado por la ley.

145. Esto sentado, si la dote considerada en relación á la nueva propiedad de los bienes sobre los cuales está constituida y á los frutos (patrimonio dotal propiamente dicho) tiene un carácter de instituto de orden público; si por esto mal se comprende cómo se haya suscitado una cuestión acerca del pretendido derecho de los acreedores personales del marido para resarcirse sobre los frutos dotales, ó sobre

(1) *Rapp. Duveyrier au Tribunat* (19 pluv. a. XII), en Loqué, ob. cit., XIII, n. 35.

(2) *Duveyrier, Rapp. cit.*: v. Berlier, *Exp. d. mot.* (10 pluv. a. XIII), en Loqué, ob. cit., n. 35.

la parte sobrante á las necesidades de la familia, confundiendo así la posición jurídica en el marido de administrador con la otra de usufructuario (que es sólo relativa á las obligaciones), es peor después el haber sido resuelta afirmativamente (1), porque solamente los acreedores del marido como tal (de la hacienda matrimonial) tendrían el poder con arreglo al fin de la dote, que es de concurrir á las necesidades del matrimonio (2); menos todavía se puede comprender la excepción propuesta á la inalienabilidad de la dote por razón de la obligación que resulta en la mujer por el delito ó casidelo por ella cometido.

Esta última excepción es mal acogida por la doctrina que, considerando que la dote es propiedad de la mujer, declara la incapacidad para disponer por medio del mismo concepto de la incapacidad natural, que también opina es razón de ser de la autorización marital (3); ahora bien: la historia de dicho instituto quita toda base á la construcción, y demuestra que la inalienabilidad dotal está tomada en la ley moderna de la romana, que atribuye á la dote el carácter que también se le atribuye hoy de orden público; con cuyo criterio se debe, por lo tanto, explicar su naturaleza de inalienable, independientemente de toda idea de incapacidad personal.

(1) Cons. Laurent, ob. cit., XXIII, 556; Marcadé, ob. cit. sobre el art. 1.554; Aubry y Rau, ob. cit., § 535; Cas. fr., 27 Abril 1880 (*J. du P.*, 1880, 871); 14 Agosto 1883 (*J. du P.*, 1886, 1, 59); Cas. Roma, 5 Abril 1883 (*Foro it.*, VIII, 1, 259) y 29 Mayo 1883 (*Foro it.*, VIII, 1, 386); Cas. Nápoles, 28 Junio 1883 (*Foro it.*, VIII, 1, 1.234); 6 Septiembre 1889 (*Legge*, 1889, I, 230); Cas. Florencia, 26 Febrero 1893 (*id.*, 1893, I, 550). V. además Auletta en el *Foro it.*, VIII, 1, 341. Cons. la nota sig.

(2) Cons. Cas. Roma, 5 Enero 1895 (*Legge*, 1895, I, 254); Cas. Turín, 21 Mayo 1900 (*id.*, 1900, II, 603); Cas. Roma, 13 Abril 1901 (*id.*, 1901, I, 722).

(3) Sobre esta materia, cons. la monografía de Demolombe, en la *Revue de législation et de jurisprudence* (dir. por Wolowski), II, 282; y Massot en la *Jurisprudence de la Cour de Caen*, 1840, p. 299 y siguientes.

Pero no por esto está mejor acogida por la teoría que la necesidad de la autorización marital justifica como homenaje á la autoridad del marido y á la constitución de la familia, y considera como inalienable la dote por causa de la incapacidad de la mujer, que nada puede hacer contrariamente á los derechos que le corresponden sobre la dote misma.

¿No parece contradictorio este modo de explicar la incapacidad en los dos casos? En el segundo, efectivamente, parece que se asimila á la razón natural mejor que á la necesidad de orden familiar.

Tampoco esta doctrina no abarca ni determina la verdadera entidad jurídica de la dote y el valor de la consiguiente inalienabilidad establecida y garantizada según su fin; y objeción común á las dos teorías puede ser ésta: si la inalienabilidad de la dote está justificada con la incapacidad de la mujer, ¿por qué no bastará al objeto la autorización del marido, como sucede en los bienes parafernales?

146. En el derecho italiano, la cuestión está decidida por los trabajos preparatorios. La dote sirve para sostener las cargas del matrimonio, y es, por esto, inalienable (1); y, por lo tanto, en mal lugar se colocan los doctores que ven en la inalienabilidad de la dote, según el derecho patrio, un efecto de la incapacidad de la mujer para disponer. La inalienabilidad es carácter exclusivamente relativo á la cosa dotal (2), tiene función objetiva real.

147. Determinada así la razón de la autorización marital y la de la inalienabilidad de la dote, ¿qué aplicación deberá hacerse respecto á la obligación que nace de hecho ilícito (extracontratual) cometido por la mujer casada?

La doctrina francesa é italiana están de acuerdo en la decisión de que á la responsabilidad por delito y cuaside-

(1) Informe del Gobierno al Senado (sesión del 25 de Noviembre de 1863), § 4.

(2) Confr. Ricci, ob. cit., VII, 38 y sig.

lito no deba referirse la norma que exige para algunas figuras de obligación, el concurso de la autorización marital, y que resultando, por lo mismo, válidamente obligada la mujer casada, como consecuencia de su hecho ilícito, corresponde al ofendido la acción del resarcimiento sobre la nuda propiedad de los bienes constituidos en dote, no sobre los frutos dotales, que constituyen, según su naturaleza jurídica, propiedad del marido (1).

Hacia la primera decisión no se puede uno inclinar. La ley, proveyendo á la necesidad social de garantizar en cuanto sea posible la paz, el orden de la familia y la autoridad de quien legalmente la representa, estableció la incapacidad de la mujer para cumplir determinados actos jurídicos; pero si por la razón varias veces enunciada de la diversidad sustancial entre la obligación que nace de contrato y la que deriva de hecho ilícito, si por la necesidad de tutelar el derecho injustamente ofendido, dicha incapacidad mal podría oponerse con el fin de eximir á la mujer de la responsabilidad que se le deriva de un delito ó cuasidelito, su incapacidad podría, en este caso, estar determinada solamente por vicio de inteligencia. Adviértase, además, la

(1) Durantón, ob. cit., XV, 533; Toullier, ob. cit., XIV, 347; Marcadé, ob. cit. sobre el art. 1.556, n. 2; Sourdat, ob. cit., I, 172; Troplong, *Contr. de mariage* (Paris, 1857) IV, 1.320 y sig.; Rodier y Pont, ob. cit., II, 1.822 y sig.; Benoit, *La dot* (Paris, 1846), II, n. 255; Aubry y Rau, ob. cit., V, § 538; Jouitou, *Du rég. dotal* (Paris, 1882-88), n. 149; Deloynes, en *Revue critique*, T. S. XI, p. 541; Bertauld, *Quest. prat. et doctr. du C. Napol.* (Paris, 1869), I, 641-643; Cas. fr., 20 Julio 1870 (*J. du P.*, 1871, 192); 4 Julio 1877 (*J. du P.*, 1877, 1.209); 10 Junio 1879 (*J. du P.*, 1879, 1.085); 16 Febrero 1880 (*J. du P.*, 1881, I, 857); 27 Febrero 1883 (*J. du P.*, 1884, I, 447); 23 Noviembre 1885 (*J. du P.*, 1886, I, 1); Ap. Orleáns, 26 Diciembre 1878 (*J. du P.*, 1879, 451); Ap. Rouen, 28 Marzo 1881 (*J. du P.*, 1882, I, 306). En la jurisprudencia italiana siguese la doctrina sentada por la francesa. Cas. Nápoles, 27 Junio 1879 (*Legge*, XX, I, 484); Ap. Roma, 9 Julio 1881 (*Legge*, XXI, II, 629). V. Anau en el *Monit. dei Tribun.*, 1881, n. 38. V. además n. 149, t. y n.

inconsecuencia á que se expone la doctrina francesa que refiere la razón de la autorización marital á la incapacidad natural de la mujer: ésta derivaría de causa no presumida pero existente en la naturaleza misma, y, por lo mismo, la mujer (casada se entiende) debería tener menor capacidad de delito y de cuasidelito. Respecto á la segunda cuestión, cosa fácil es el observar que la doctrina expuesta contradice claramente la ley. Se ha dicho que la inalienabilidad de la dote deriva de la incapacidad de la mujer, y que si ésta cesa con ocasión de delito ó cuasidelito, cesa también aquélla; se añade: consideraciones graves de orden público impiden que, con la excepción de la dotalidad, pueda entablarse la acción por hecho ilícito cometido por la mujer casada, la cual no merece más la tutela de la ley ni puede invocarla.

Argumentos no buenos. La ley ha indicado particularmente los casos en los cuales está concedido el enajenar la dote ó hipotecarla; excepción de muy estrecha interpretación, porque el principio que éstas limitan está puesto por la ley como esencial al concepto de la dote; y el intérprete, extendiéndolas á hipótesis no previstas, altera el verdadero significado. De nada sirven las consideraciones de orden público que se hacen para demostrar que la incapacidad de contratar no se extiende á la hipótesis de delito ó cuasidelito; la razón de la autorización marital es bien diferente de la que determina la inalienabilidad de la dote, sobre la cual recae el carácter de verdadera objetividad. Está extensión de la excepción tiene acaso su fundamento en la mala acogida que, primero los recopiladores de la ley francesa, y la doctrina después, dispensaron al privilegio de la inalienabilidad (1), que se dijo contradecía el fin del matrimonio; crítica injusta: de todos modos, la voluntad del legislador

(1) Consúltense además los autores citados, la monografía de Bathie en *Revue crit.* (1 s.), XXVIII. 125; y Duverger en la misma revista, XXIX. pág. 116. Adde Bertauld, *ob. cit.*, II, 430.

no debe supeditarse al sentimiento personal del intérprete.

148. La indagación hecha hasta aquí facilita la construcción de la teoría que parece responder mejor á la ley.

El ordenamiento de la autorización marital, no determinada de verdadera incapacidad natural de la mujer, no tiene influencia alguna sobre la imputabilidad del hecho ilícito cometido por la mujer casada; la inalienabilidad de la dote es además instituto completamente independiente, y es cualidad jurídica dotal. No se podrá, por lo tanto, en modo alguno ejercer acción sobre la dote para el resarcimiento de la injuria causada por la mujer; bien entendido, hasta que la dote exista como tal, porque, cesada la dotalidad, cesa la razón de la inalienabilidad. La distinción que se hace generalmente entre la nuda propiedad, sobre la cual se tendría derecho de ejercitar acción, y los frutos de la dote, no parece seria, deduciéndose de ella distinción donde no la hay y no puede haberla; la inalienabilidad concierne al instituto dotal, y no se puede admitir la propiedad sobre la nuda cosa separada de la mujer y la del marido sobre los frutos. La ley no considera estas dos propiedades como distintas, ni reconoce sobre la dote ninguna propiedad á los cónyuges mientras dure el matrimonio; y no es justo el decir que corresponda al marido la propiedad de los frutos, por habersele dado específicamente la calidad de administrador (1), ni se puede argumentar sobre las obligaciones que la ley impone para dar á esta palabra «administrador» un significado diverso del jurídico que tiene, y que está conforme con la entidad de la dote. La cual, considerada en la nuda propiedad ó en los frutos, está siempre destinada á sostener las cargas del matrimonio, y no puede separarse de tal objeto en modo alguno si la necesidad ó la utilidad evidente no lo consienten, ó si diversamente no

(1) Cód. civ., art. 1.399 cit.

haya sido ordenada la constitución. Concedida la facultad de ejercitar acción sobre la nuda propiedad, si á la necesidad ó á la utilidad de la familia, único é inmediato fin de la dote, no bastasen los frutos, ¿en qué modo se podría proveer? La razón de la dote contrasta, por lo tanto, con una distinción tan arbitraria.

A justificar la excepción no sirve el motivo expuesto sobre la moralidad y sobre el interés general. La dote es instituto de orden público en razón de la destinación especial relativa al orden familiar; ahora bien: si en vista de dicho fin es inalienable, parece contradictorio que se invoque nuevamente este criterio para deducir conclusiones opuestas.

149. La doctrina que ahora se ha demostrado ser del todo contraria á la ley que ordena la inalienabilidad de la dote, ha inducido excepciones acogidas, es verdad, por la jurisprudencia, pero que contradicen la misma teoría que sin embargo quisieran fijar.

Se ha afirmado que la sola culpa de la mujer, aunque sometida á la sanción general de la responsabilidad, no es, sin embargo, suficiente para dar acción sobre la dote (1), resolución idéntica á la contenida en otras decisiones, donde más coherentemente con la doctrina que exceptúa la inalienabilidad de la dote de la responsabilidad por delito ó cuasidelito, se dice falta el cuasidelito en los hechos ú omisiones no imputables de dolo ó mala fe de la mujer y derivados de culpa del ofendido (2). Los dos motivos se pueden separar muy bien, porque la extensión del primero es suficiente para motivar la decisión, y queda así la teoría que del principio general de la responsabilidad para la dote ex-

(1) Ap. Pau, 2 Junio 1880 (*J. du P.*, 1882, I, 1.233).

(2) Ap. Lyon, 3 Febrero 1883 (*J. du P.*, 1885, I, 827); Ap. Limoges, 5 Diciembre 1883 (*J. du P.*, 1885, I, 585). Consúltese también Cas. fr., 15 Junio 1864 (*J. du P.*, 1864, 1.015).

ceptúa el cuasidelito como hecho en que falta la intención de ofender (1).

Esta limitación, acogida la teoría á la cual se conexas, no tiene ya razón de ser. La ley, considerando el estado de la voluntad respecto á la injuria causada, ha distinguido el delito del cuasidelito, y, sin embargo, los ha igualado en las consecuencias; si en el primero existe la intención directa de ofender y en el segundo la simple imprudencia, no es menos verdad que el derecho ajeno resulta ofendido contra la voluntad del titular. El motivo de orden público que se invoca para sostener la excepción puesta á la inalienabilidad de la dote, existiría de igual manera en el delito y en el cuasidelito, y no parece correcto, por lo mismo, restringirlo al solo delito.

En resumen: ó la excepción que se propone existe y no hay motivo para distinguir dolo de culpa, porque la ley iguala las consecuencias, ó se adopta la distinción, y entonces se deberá decir que la teoría aquí combatida no tiene buen fundamento, porque respecto á las dos fuentes de responsabilidad (dolo y culpa) introduce una distinción que la ley no hace: motivos de orden y de moral pública sostendrían, se observa, la excepción propuesta; pero ¿no es por razón de este concepto que la responsabilidad está igualada para el delito y el cuasidelito? Al distinguirlos en la manera que se hace, se derriba la base puesta á la excepción que se enseña, y que cae así por obra de la misma doctrina, destinada á recoger las consecuencias directas é inmediatas de las condiciones puestas por ella. Eso demuestra todavía una vez la exactitud de la crítica hecha en correspondencia á la razón jurídica de la dote.

150. Para demostrar dicho punto con mayor amplitud, convendrá el seguir un poco en sus varias fases el movimiento que indujo la doctrina antes combatida.

(1) Cons. Cas. fr., 15 Junio 1864, cit.; 26 Noviembre 1901 (*J. de S.*, 1902, I, 139); Ap. Grenoble, 19 Febrero 1901 (*id.*, 1901, II, 96). V. también Ap. Alger, 21 Julio 1898 (*id.*, 1899, 2, 164).

Se puede encontrar el origen en la decisión de algunos casos especiales, cuya índole, como se verá después, no es siempre relativa á la figura jurídica no contractual. Y como tales, las hipótesis: *a*), de la mujer casada, adjudicataria de un inmueble puesto á subasta, y que se encuentra en la imposibilidad de pagar (1); *b*), de la mujer que haya mentido á la persona con la cual contrata su estado de casada con régimen dotal; y finalmente, *c*), de la mujer casada que haya mentido al contratante el estado de hipoteca verdadero de sus bienes parafernales (2). En el primero de estos casos, ¿hay modo acaso de aplicar la teoría de la culpa aquiliana? No. La distinción entre la culpa contractual y la aquiliana se presenta clarísima, porque, ya se haya cometido el hecho dolosamente ó por imprudencia, siempre está producido con ocasión de contrato.

Podría suceder, de otro modo, en las dos últimas hipótesis. Si en la primera se observa, en efecto, el incumplimiento de una obligación, en ésta, en cambio (3), se puede distinguir el caso de incumplimiento del de contrato invalidado por dolo que vicia el consentimiento, siempre que, excluida la figura de la *culpa in contrahendo*, se diga que, si el contrato ha sido hecho nulo por dolo es imposible atenerse á las reglas que gobiernan la culpa contractual, que es negligencia en el cumplimiento, y surge, en cambio, la figura del delito.

Ahora bien: la jurisprudencia, en las tres hipótesis indicadas, se ha decidido por la figura de la culpa (en sentido lato) no contractual, añadiendo que sólo para el caso de

(1) Cons. también Ap. Pau, 2 Junio 1880 (*J. du P.*, 1882, I, 1.233).

(2) Estos tres casos están agrupados por Labbé en la n. á la sentencia cit. en la nota precedente. De las soluciones por él dadas se hablará en texto. V. el n. 149. Sobre el segundo caso, v. Cas. fr., 4 Julio 1877 (*J. du P.*, 1877, 1.209); Ap. Lyon, 3 Febrero 1883 (*J. du P.*, 1885, I, 826), y Ap. Limoges, 5 Diciembre 1885 (*J. du P.*, 1885, I, 585).

(3) V. el cap. II.

delito se tendría el derecho de ejercitar acción sobre la nuda propiedad de los bienes dotales, con el fin de obtener el resarcimiento del daño. Con cuya teoría, que no distingue la nulidad del contrato del incumplimiento, se llegaría á los dos resultados siguientes: *a*) confundir la culpa contractual con la aquiliana, extendiendo de este modo á la primera la excepción de la inalienabilidad de la dote, que debía ser reservada á la segunda; *b*) negar la extensión jurídica de la culpa aquiliana, limitando la excepción descrita al solo caso de delito. Basta enunciar las consecuencias para que se vea el error de los conceptos de donde derivan. ¿Encuétrase en la hipótesis indicada la figura del delito? Admítase; pero consideraciones idénticas llevarían á extender la excepción dicha al cuasidelito (1). En la segunda hipótesis, además, la decisión está algunas veces motivada con argumentos por analogía de todo lo dispuesto relativamente á los menores (2), para los cuales la declaración de ser mayores de edad no bastaría á considerarlos dolosamente; y la aplicación no parece fundada, no pudiendo una disposición declarativa de incapacidad (se trataría de declarar *doli capax* una persona) tener interpretación extensiva.

151. A la referida decisión se pensó el darle consistencia física en dos diversos modos. Se dijo (3) que conviene distinguir el dolo en el cumplimiento del contrato del que existe antes de estipularlo y con el solo objeto de constituirlo. Entonces el vicio no tocaría el contrato; estaría fuera de ese, y ligado á él sólo aparentemente. Tendriase así la figura del delito; y si la mujer casada mintiese su estado ó la condición de sus bienes al otro contrayente, que creyendo en la falsa declaración se decidió á contratar, cometería

(1) V. la nota á la sentencia de la Ap. de Pau cit. (*J. du P.* cit., pág. 1.238).

(2) Cód. civ., art. 1.306; Cód. fr., art. 1.310.

(3) Rouland, *Conclus.*, en *J. du P.*, 1856, I, 197. V. también Cas. fr., 23 Noviembre 1885 (*J. du P.*, 1886, I, 1).

delito, y desaparecería, por lo mismo, la excepción de inalienabilidad de la dote.

Pero la construcción así intentada no considera la dificultad en sus varios aspectos. No basta la distinción que hace para separar claramente la figura de la culpa contractual de la aquiliana; y se comprende, por lo mismo, la objeción promovida por los Doctores (que, sin embargo, le concederían el calificar delito la entidad jurídica del dolo anterior al contrato) respecto á lo que la misma se contradice, excluyendo el cuasidelito de la excepción descrita. La mujer que casada, no dolosamente, sino por error, calla al otro contrayente su verdadero estado, por este hecho cometerá un cuasidelito, del cual responderá con los bienes dotales. Ahora bien: cuando se considere la cuestión sólo en confrontación con la culpa aquiliana, dicha decisión está, por necesidad lógica, acogida por el principio.

152. Para evitar la contradicción (1) se ha propuesto el no distinguir el dolo en la formación del que se refiere á la ejecución del contrato, porque el dolo, conexasionándose á este acto, tomaría siempre carácter de contractual y nunca figura de delito; pero si dolo hubo al contratar, y el contratante respecto al cual el otro lo cometió no pudo precaverse, esto es, no se encuentre en culpa, en manera alguna la reparación á la cual tiene derecho exige cese la inalienabilidad de la dote.

¿Es aceptable esta teoría? No lo parecería. Por un lado reforma la teoría descrita, y por el otro, contradiciéndose, la confirma. Afirma, en efecto, que el dolo, cuando ha ocurrido en ocasión del contrato, da siempre causa ó responsabilidad contractual, y no distingue si se refiere á la formación ó al cumplimiento del negocio constituido; después enseña que el dolo, precisamente como tal, da siempre causa ó responsabilidad como si fuera delito, aun siendo contractual. El fraude, se observa, debe ser siempre castigado

(1) Labbé, l. cit. V. también en el *J. du P.*, 1886, I, 1.

cuando el contratante ofendido no fuese culpable, por no haber usado como debía y podía la diligencia necesaria para conocer la verdad, que se le ha disimulado con las doloosas maniobras; y si el no haber evitado las consecuencias del dolo tiene, por lo tanto, causa en un error suyo inevitable no imposible de discernir, deberá atribuir á culpa suya el daño sufrido; por la constitución del negocio contractual. Se descubre fácilmente que de estos razonamientos la primera parte diferencia mal el cumplimiento de la formación, la existencia de la inexistencia del contrato, aunque no se admita, como aquí sucede, el construir sobre el concepto general de la culpa *in contrahendo* en modo que se considere contractual la culpa cometida en la formación del contrato. En la segunda está determinada, como derivada del delito, la responsabilidad por dolo, refiriéndose como quiera al negocio contractual, y en esto, si no está más extendida que la teoría que se quisiera sustituir, está en un todo conforme; la tercera, pensada con el fin de justificar las decisiones de la jurisprudencia, deduce un error muy grave, la compensación del dolo con la culpa, afirmación que si está hecha sin límites es contraria á los principios (1); en último lugar, acogida la construcción que atribuye al delito la responsabilidad de la mujer casada á la cual sea imputable el dolo, ¿por qué excluir la hipótesis del hecho ilícito culposo al que, según la doctrina expuesta, se debería recurrir cuando la falsa declaración esté hecha por la mujer, no por mala voluntad, sino por el error que ha sufrido al apreciar su régimen matrimonial?

153. Los conceptos considerados aquí como fundamento de la teoría del hecho ilícito no contractual, enseñan de qué

(1) Otro es el caso de dolo cometido por un tercero; el contrayente contra el cual viene promovida ó exceptuada la nulidad, no tenga derecho de oponerse si se encontrase en condiciones de haber podido ó debido conocer este proceder fraudulento. Así, el Cód. civ. germ., § 123, y consúltese Planck, ob. cit. sobre este §; Hölder, ob. cit. sobre este §. La cuestión aquí es bien distinta.