

# DERECHO DE LAS PERSONAS

## CAPITULO X

### Las personas físicas

#### § 35.—*La personalidad y sus requisitos*

Brugi, Ist. §§ 8-9; Pacifici, Ist. II, pág. 25; Gianturco, Sist. I, §§ 24-27; Chironi, Ist. I, § 25; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 175; Coviello, Man. I, §§ 43-45; Crome, Par. gen. § 14; Zachariae, Man. I, § 40; Aubry et Rau, Cours. I, §§ 52-53; Planiol, Traité I, n. 362 y siguientes, pág. 419 y siguientes; Windscheid, Pand. I, § 52; Regelsberger, Pand. I, § 58.

La doctrina romana de la capacidad se desenvolvía toda en torno al triple «status» (1) de que la persona gozaba; el *status libertatis*, el *st. civitatis* y el *st. familiae*, de los cuales los dos primeros constituían condiciones esenciales de la capacidad jurídica y el último daba lugar a la distinción de personas *sui juris* y personas *alieni juris*, determinando en los sometidos al poder ajeno una incapacidad en la esfera del derecho privado.

Hoy, desaparecida toda huella de esclavitud, equiparada la condición del extranjero a la del ciudadano en cuanto al goce de los derechos civiles (Código civil, art. 3.º) (2), transformado profundamente el contenido y la esencia de los poderes familiares, que no suprimen, como en otro tiempo, la capacidad jurídica.

(1) El concepto romano de *status* no se reproduce en el derecho moderno aunque se hable de estados personales; ver Cicu, *Il concetto di Status (Studi per Simoncelli)*, pág. 61 y siguientes; Ferrara, *Tratt. Dir. civ.*, I, pág. 337, n. 3.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.—Véase art. 27 del Código civil español.

ca, es condición única para ser sujeto de derechos en el Derecho moderno la de ser hombre.

La *capacidad jurídica*, es decir, la idoneidad para ser sujeto de derechos corresponde, en general, a todo hombre, pero puede ser limitada por el ordenamiento en cuanto se prive al sujeto de algunos derechos por razón de sexo o de edad o de condena criminal. Así, por ejemplo, falta la capacidad jurídica en la mujer en cuanto a los derechos políticos, por regla general, al menor de diez y ocho años para hacer testamento (art. 763) o de veintiuno para hacer donaciones (art. 1.052); en la mujer menor de quince años, y en el hombre menor de diez y ocho, para contraer matrimonio (art. 55) (1); en el condenado a presidio para testar (art. 33 del Código penal).

Esta limitación por extensa e intensa que sea, no llega nunca a aniquilar la capacidad jurídica destruyendo la personalidad; la muerte civil que admitían algunas legislaciones anteriores ha sido desterrada de nuestro Código.

Distinta de la capacidad jurídica, cuyo concepto coincide con el de la personalidad es la capacidad de obrar, la idoneidad del sujeto para realizar actos jurídicos y ejercer sus derechos. Ya que si aquélla, por regla general, no exige más que la existencia de la persona, ésta exige una efectiva capacidad de querer, que no todas las personas poseen pudiendo carecer de ella, algunas por causas varias y múltiples, como la menor edad, la enfermedad, la condena penal. A estos casos provee la institución de la representación, en virtud de la cual otro obra en nombre y en interés del sujeto incapaz, adquiriendo por él y transmitiendo sus derechos; se hallan en tal condición, por ejemplo, los menores no emancipados, los que sufren enfermedad mental, condena penal, cuya representación la ejercen los padres o tutores.

Cuando falta la capacidad de obrar, debe suponerse existen-

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—En el Código civil español, núm. 1.<sup>o</sup>, artículo 663, la incapacidad sólo dura hasta los catorce años (testamentificación activa).

El núm. 1.<sup>o</sup> del art. 83 del Código civil español contiene prohibición análoga a la del 55 del italiano, pero con diferente límite. Exige catorce y doce años, respectivamente.

te la capacidad jurídica; si es ésta la que falta, faltará también la capacidad de obrar, y no podrá hablarse de representación. Por ello, cuando se excluye la representación por la naturaleza misma del acto, en cuanto que éste no puede efectuarse sino personalmente por el sujeto, hay que afirmar que la incapacidad de obrar coincide con la incapacidad jurídica: no puede el matrimonio del menor de diez y ocho o quince años, según sea hombre o mujer, el testamento del menor de diez y ocho años, realizarse válidamente por representación; debiendo tales actos realizarse personalmente, la incapacidad de obrar se resuelve en definitiva en una incapacidad jurídica.

Para que tenga capacidad de derechos, precisa que el sujeto exista y para la existencia de la persona tres requisitos se establecen en nuestro Código, que se deducen de las reglas dictadas en materia de sucesión y de donación (Código civil, artículos 724, 764, 1.053).

a) El nacimiento; se considera nacido el feto, desprendido del claustro materno, ya sea el desprendimiento causado natural o artificialmente por medios quirúrgicos (1). Antes del nacimiento el producto del cuerpo humano no es aún persona (2), sino parte de las vísceras maternas (3). Sin embargo, por la esperanza de que nazca, es tomado en consideración por el Derecho, el cual le concede una particular protección y le reserva sus derechos, haciendo retrotraer su existencia, si nace, al momento de la concepción. La equiparación del concebido al nacido (*conceptus pro iam nato habetur*) es hecha por el derecho en interés suyo, de modo que no aprovecha a otro, y se actúa por una parte con la institución del curador (*curator ventris nōmine*), que la autoridad judicial puede nombrar si cuando acaece la muerte del marido la mujer está encinta (art. 236)(4) a fin de impedir la supre-

(1) Ulpiano: fr. 12. p. D. 28. 2. *Quod dicitur filium natum rumpere testamentum natum accipe et si execto ventre editus sit...*

(2) Papiniano: fr. 9 § 1. D. 35. 2. *Partus monendum editus homo non recte fuisse dicitur.*

(3) Ulpiano: fr. 1. § 1. D. 25. 4. *Partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum.*

(4) Paulo: fr. 7. D. 1. 5. *Qui in utero est, perinde ac si in rebus huma-*

sión o substitución de parto (Código penal, artículos 361-363) y de custodiar los derechos que corresponden al *nasciturus*; por otra, con la posibilidad de suceder que le es conferida, si bien en sucesión abierta durante su vida intrauterina, así como el ser causa de revocación de las disposiciones a título universal o particular hechas por el padre o ascendiente, que ignoraba que hubiese sido concebido un hijo o descendiente (art. 888) (1). Excepcionalmente incluso el no concebido todavía es tomado en consideración, siendo declarados capaces de recibir por testamento los hijos de una determinada persona viva al tiempo de la muerte del testador, aunque no se hallen todavía concebidos (art. 764) (2).

b) La *vida*; al desprendimiento del claustro materno, debe seguir la vida independiente del feto; no es persona quien nace muerto (3), y cuando esto sucede caen por su base todas las medidas de protección, dadas para el *nasciturus*. La duración de la vida extrauterina es indiferente; para la adquisición de los derechos basta con que viva un sólo instante. No hay presunciones legales de vida ni rigen los antiguos criterios de los romanos, que exigiendo el vagido, o considerando suficiente cualquiera manifestación exterior de vida, fundaron ésta en los indicios (4); el requisito se indaga en la duda con el auxilio de la ciencia

*nis esset custoditur, quotiens de commocis ipsius partus quoritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit.*

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Véanse artículos 961 y 644 del Código español.

Los 724, 764 y 1.053 del Código italiano concuerdan con los 745, 744 y 1.903 del español y el 160 con el 108.

(2) Sobre la condición jurídica del *nasciturus*, ver Castelbolognesi, *Della capacità giuridica dei nascituri* (Arch. giur. XIX, pág. 23 y siguientes); Gabba, *Il Diritto dei nascituri non concepti*, Pisa, 1902; Sacchi *Nascituri* (Enc. giur.).

(3) Paulo: fr. 129. D. 50. 16. *Qui mortui nascuntur neque nati neque procreati visentur, quia unquam liberi appellari posseunt.*

(4) Ver L. B. C. 6. 39. con la cual Justiniano decide la antigua controversia entre proculeyanos y sabinianos en torno a la forma de manifestación de la vida afirmando que debía atenderse al hecho *si viores ad orben lotus processit*.

médico-legal y la prueba de la vida, si hay contestación, la debe suministrar quien tiene interés (art. 42).

c) La *vitalidad*; se entiende por tal la aptitud del niño para continuar viviendo fuera del seno materno. Este requisito que se exige para la existencia de la persona (arts. 724, 1.053, 1.083) y que acertadamente otras legislaciones (ver Código civil alemán, § 1.º; Código civil suizo, art. 31) no exigen, no puede ser comprobado sino con la ayuda de la ciencia médica.

Sin embargo, una presunción de vitalidad establece la ley para aquellos que nacen vivos; éstos se presumen vitales (artículo 724); pero contra esta presunción se admite prueba contraria a la vitalidad por parte de quien tenga interés; fuera de ésta no hay otras presunciones ni de vitalidad ni de no vitalidad, fundadas en la inmadurez o madurez del feto, en su imperfección orgánica o en su perfecto desarrollo. Sería erróneo transportar a este campo las presunciones que en otra parte establece el Código relativamente a la legitimidad del hijo—cuando presume concebido durante el matrimonio el hijo nacido después de los ciento ochenta días a partir del de la celebración del mismo (artículo 160)—para deducir la no vitalidad del niño que haya estado menor tiempo del señalado en el útero materno. El límite se establece sólo a los efectos de la acción de desconocimiento de la paternidad que se concede al marido si el hijo nace antes de los ciento ochenta días (siéndole negada por falta de interés jurídico si es declarado no vital (art. 161); pero no ejerce influjo alguno en la cuestión la vitalidad en sí, que podría darse en el producto de una gestación más breve y no darse en el de una más larga (1)

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. - En el Código civil español se establece, una presunción de vitalidad en términos absolutos *juris et de jure*.

Inspirado en nuestro derecho histórico—Fuero Juzgo, Fueros municipales, Fuero Real y Ley 13 de Toro—exige en su art. 30 la vida extrauterina durante un tiempo mínimo de veinticuatro horas, sin la cual, la viabilidad no se da y el feto no se reputa nacido a efectos civiles.

Nuestro Código, observando el curso normal de la naturaleza y huyendo—como dice el maestro Clemente de Diego—del peligro de los juicios individuales, ha rechazado el sistema del dictamen pericial y ha optado por establecer una regla general como presunción de viabilidad; pero lo ha hecho con escasa fortuna, ya que siendo tan breve el plazo exigido,

### § 36.—*Causas modificadoras de la capacidad*

Brugi, Ist. §§ 11-13; Pacifici, Ist. II, pág. 329; Gianturco, Sist. I, § 30; Chironi, Ist. I, §§ 29-30; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 181; Coviello, Man. I, §§ 59, 112; Crome, Par. gen. § 15; Zachariae, Man. I, §§ 42-50; Aubry et Rau, Cours, I, §§ 80-86 bis; Planiol, Traité I, n. 926 y siguientes, n. 1.610 y siguientes; Windscheid, Pand. I, §§ 54-56; Fadda y Bensa, Ibid. págs. 740, 753, 755, 760, 768, 890; Regelsberger, Pand. I, §§ 62-69 (1).

Si bien la capacidad jurídica se reconoce en todo hombre, hay causas, sin embargo, que influyen en ésta o en la capacidad de obrar, limitándola o modificándola. Prescindiendo de las que se refieren al estado familiar y a la condición de extranjería, las restantes se pueden agrupar en tres órdenes de hechos naturales o jurídicos.

a) *Edad*.—La conciencia que la persona debe tener de los actos jurídicos y de la importancia de sus efectos exige que sea establecido un término antes de transcurrido, el en cual a la inmadurez de la mente corresponda una incapacidad de obrar. Este término se fija, por regla general, y para ambos sexos en los veintiún años (2), de modo que prescindiendo de lo que ocurre en el campo del Derecho público (3) y de los términos especiales que se fijan para determinados actos jurídicos como la edad mínima legal para el matrimonio y para el consentimiento de los ascendientes (4), los diez y ocho años para hacer testa-

bien puede ocurrir que se considere nacido a un feto desprendido del seno materno en tan malas condiciones de viabilidad real que a pesar de vivir las veinticuatro horas exigidas por la ley, fácilmente se prevea lo efímero de su vida y, por el contrario, que habiendo nacido con gran robustez y vitalidad, causas fortuitas y extrañas a su potencia vital—un delito, un accidente—hagan imposible su condición legal de nacido.

(1) Ver Piola, *Delle persone incapaci*, Napoli, 1910-13, en dos volúmenes (en la colección *Il Diritto civ. it.* de Fiore).

(2) Así también en las nuevas provincias anexionadas al reino después de la guerra europea, en las cuales la menor edad acaba según las leyes locales al cumplir el año 24º. (Real decreto de 21 de Diciembre de 1922).

(3) Romano, *L'età e la capacità delle persone nel Dir. pubblico* (*Riv. Dir. pubb.*, 1911, III, 2, pág. 141 y siguientes).

(4) La capacidad de contraer matrimonio reconocida a los menores

mento (art. 763), para ser emancipado (art. 311) o adoptado (artículo 206), los cincuenta años para adoptar (art. 202), en los que cuando se trata de actos estrictamente personales la incapacidad de obrar coincide con la incapacidad jurídica, dos edades solamente distingue nuestro Código: la mayor y la menor (artículo 323) (1). Han sido abandonadas las distinciones clásicas de los romanos que justamente no equiparaban el *infans*, el *impuber pubertati proximus*; el puber, recién salido de la impuber-  
tad al *minor XXV annies* y graduaban ulteriormente la capaci-  
dad. Pero reaparecen en otra forma (2), en las varias leyes espe-  
ciales y singularmente en el derecho penal en que para determi-  
nar la responsabilidad se tienen en cuenta otras gradaciones,  
disponiendo que no se proceda contra el autor de delito si es  
menor de nueve años (Código penal, art. 53) y se averigüe si es  
menor de catorce años, si ha obrado o no con discernimiento  
(art. 54), mientras que se atenúa diversamente la pena si el reo  
es mayor de catorce y menor de diez y ocho (art. 55) o mayor  
de diez y ocho y menor de veintiuno (art. 56); más limitadamen-  
te reaparecen en la esfera civil cuando siendo equiparado el me-  
nor al mayor en lo que respecta a las obligaciones provenientes  
de delito o quasi delito; también aquí es necesario indagar si se  
obró con discernimiento (3).

de veintiún años (artículos 55-68) lleva consigo el reconocimiento de la capacidad de estipular las convenciones patrimoniales referentes al matrimonio con tal que se estipulen con la asistencia de las personas que deben dar su consentimiento para el matrimonio (art. 1.386).

(1) **NOTA DEL TRADUCTOR.**—También en el Código civil español se dis-  
tinguen por regla general la mayor y menor edad, situando aquella  
el art. 320 en los veintitrés años. Términos especiales para la realización  
de determinados actos, se señalan en los artículos 83, 663, 318 y 173 que  
respectivamente se refieren a la edad para contraer matrimonio, para  
testar, para ser emancipado y para adoptar.

(2) Sobre la necesidad inevitable de graduar diversamente la edad  
según las relaciones distintas de la vida jurídica y social, ver las observa-  
ciones de Fadda y Bensa en Windscheid, Pand. I, pág. 754 y siguientes.

(3) En la nueva legislación social la tendencia a ampliar la capacidad  
de obrar de los menores (ley de 15 de Junio de 1893, núm. 925, art. 34;  
Real decreto de 5 de Enero de 1911, núm. 4), sobre el trabajo en los arro-

La incapacidad de obrar que la menor edad produce se suple mediante la representación legal que se confía a los padres o al tutor; los actos por estas personas realizados en interés del menor, tienen la fuerza misma que tendrían si hubiesen sido efectuados por un mayor de edad plenamente capaz (art. 1.304). Si el menor lo realiza por sí sólo, son anulables (art. 1.303); pero la anulación no puede invocarse más que por el menor mismo, por sus herederos o por su representante legal (artículos 227, 322). Y como el acto, aunque jurídicamente inválido, existe de hecho, bien puede ser productivo de efectos jurídicos y convallidarse cuando la acción de nulidad no haya sido intentada dentro de los cinco años siguientes al día en que el menor alcanzó la mayor edad (art. 1.360) (1).

Del estado de menor edad se sale, además de por cumplir los años dichos, por efecto de la emancipación que tiene lugar por matrimonio del menor (art. 310) o por determinación del padre que ejerce la patria potestad o del consejo de familia (artículo 311); pero aquí la condición de capacidad es intermedia confiriéndose al emancipado la de obrar sólo para realizar aquellos actos que no excedan de la simple administración (art. 317), mientras para todos los demás esa capacidad viene integrada por el curador o por el consejo de familia o de tutela (artículos 318 y 319) (2).

En un sentido inverso y no ya por la protección a la inexperiencia sino en consideración a la vejez y a un mismo tiempo por la menor aptitud física, la edad senil puede ser causa de dis-

zales, art. 16; Real decreto de 28 de Agosto de 1919, núm. 643 sobre la tutela jurídica de los emigrantes, art. 108; Decreto-ley de 21 de Abril de 1919, núm. 603 sobre aseguración contra la invalidez y la vejez, art. 1. Resulta muy importante en cuanto se les debe conferir una cierta independencia en el contrato de trabajo, ver el § 113 del Código civil alemán y en general Barassi, *Il contratto di lavoro*, II, pág. 6 y 729 y siguientes.

NOTA DEL TRADUCTOR. — Lo mismo en el Código penal español; véanse sus artículos 8, números 2.<sup>º</sup>, 3<sup>º</sup> y 9<sup>º</sup>, circunstancia 2.<sup>a</sup>

(1) ID. — Véase art. 1.301 del Código civil español.

(2) ID. — Ver artículos 314 y 317 del Código civil español.

pensa de algunos oficios, como el tutelar, para quien ha cumplido los sesenta y cinco años (art. 273) (1) (2).

b) *Salud*.—De las enfermedades que influyen en la capacidad de las personas, algunas afectan a determinados actos jurídicos para los cuales precisa el uso de un órgano que si falta o es defectuoso, constituye un impedimento para el acto; otras actúan en la capacidad general del sujeto; en uno y otro respecto pueden ser físicas o psíquicas.

En el primero: a) el sordomudo y el mudo no pueden testar por testamento público por precisar la declaración oral de la disposición de voluntad por parte del testador (art. 778), sino solamente por testamento ológrafo y secreto (art. 786); b) el ciego que no sepa escribir no puede testar por testamento secreto, y aun sabiendo escribir no puede usar de la forma de testamento secreto escrito por un tercero, no pudiendo, como no puede leer (artículos 782 y 785); c) el impotente con impotencia perpetua es incapaz para contraer matrimonio, en el sentido de que el otro cónyuge puede pedir siempre la anulación de aquél (artículo 107).

En el segundo: a) la ceguera y la sordomudez de nacimiento implica al cesar la menor edad la inhabilitación de derecho (artículo 340) y la necesidad de integrar su capacidad mediante un curador (art. 341); a esta necesidad puede sustraerse el ciego y el sordomudo cuando el tribunal les haya declarado hábiles a proveer a las cosas propias (art. 340); b) la enfermedad mental, cuando sea habitual, produce incapacidad general. Esta puede ser plena o menos plena, según la mayor o menor gravedad de la enfermedad. La más grave que coloque al enfermo en la condición de no poder o no saber proveer a sus propios intereses, da lugar a la incapacidad absoluta; el mayor o el menor emancipado que la sufre, es colocado en estado de interdicción (artículo 324, *interdicción judicial*), sometido a tutela (art. 329) y en condición igual a la del menor; la menos grave (y a esta se equi-

(1) El concepto que la vejez es una nueva infancia se encuentra en Séneca según Lactancio, *Div. inst.*, VII, 15-14.

(2) Ver art. 244, núm. 12 del Código civil español.

para la situación del pródigo) da lugar a la inhabilitación (inabilitado), suprimiendo en el enfermo mental sólo la capacidad de realizar actos que excedan a la simple administración (artículo 339) y colocándolo al someterlo a un curador en condición análoga a la del menor emancipado.

Si la enfermedad mental, que no ha sido declarada ni reconocida mediante un procedimiento de interrupción o inhabilitación, pero existente en el momento en que el negocio jurídico se ha realizado, puede ser o no causa de nulidad absoluta del acto y pueda invocarse para impugnar su validez, es cuestión muy discutida que examinaremos más adelante (1).

c) *Condena penal* (2).—La capacidad de obrar e incluso la misma capacidad jurídica, pueden venir disminuidas por hechos delictivos que la persona haya cometido y que la hayan conducido a su condena penal; ésta puede privar tanto de derechos civiles (Código civil, art. 1.º), cuanto de derechos públicos y políticos (Código penal, art. 20); y la privación temporal o perpetua de unos u otros puede, a su vez, ser consecuencia necesaria de la condena criminal o ser pronunciada por el Magistrado como anejo y agravación de otra pena. Nunca, sin embargo, la condena penal puede llegar a provocar la pérdida integral de la capacidad jurídica y a la destrucción total de la personalidad; la forma más grave, que luego de la abolición de la pena de muerte y la supresión de la muerte civil se halla representada hoy por el «ergástulo» (Código penal, art. 33), produce con la interdicción legal, la pérdida de la patria potestad, del poder marital de la capacidad de testar y anula el testamento hecho antes de la condena y el hecho anteriormente a la comisión del delito, pero no priva por completo al condenado de su personalidad; el matrimonio contraído antes subsiste válido y es siempre posible al célibe contraer matrimonio y reconocer a los hijos naturales.

Tampoco hoy rigen las sanciones que el concepto de infa-

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Ver artículos 708, 709, 688, 83, núm. 3.º, 213, 221 y 228 del Código civil español.

(2) De Pirro, *Contributo allo studio delle incapacità giuridiche; incapacità derivante da condanna penale*. Città di Castello, 1902; De Notaristefani, *Interdizione penale* (Dig. it.).

mía llevaba consigo; sólo puede hablarse de una infamia de hecho en el sentido de una pérdida o disminución de la estima o del honor como consecuencia de actos criminosos o simplemente censurables o deshonrosos, no de una infamia jurídica que lleve implícita la pérdida de los derechos. Esto no significa que la conducta inmoral o delictiva, aun no sancionada penalmente, no produzca efectos en la capacidad; así, las personas de notoria mala conducta, de probada infidelidad, culpables de abuso de autoridad en el ejercicio de la tutela, son excluidos de oficios tutelares (art. 269) y es incapaz como indigno de suceder quien hubiese dado muerte o intentado darla a la persona de cuya sucesión se trata o le hubiese acusado calumniosamente como autor de delito punible con pena criminal, la hubiese forzado o a hacer o cambiar un testamento o hubiese impedido el cambiarlo (art. 725) (1).

La condena de «ergástolo» o la de reclusión por más de cinco años colocan al condenado durante la pena en estado de interdicción legal (Código penal, art. 33, interdicción legal) sometiéndolo a tutela, y mientras la primera implica necesariamente la privación de la patria potestad y de la autoridad marital, tal privación puede añadirse a la segunda (art. 33). Toda otra condena a pena criminal o a la de cárcel por hurto, fraude, falsificación o delito contra las buenas costumbres y la condición del quebrado (no rehabilitado), llevan consigo la exclusión de los oficios tutelares o la remoción de dichos cargos cuando se hubieran asumido (art. 269). Las dos penas mayores, «ergástolo» y reclusión por más de cinco años producen, además, la inhabilitación perpetua para el desempeño de oficios públicos y la de reclusión por más de tres años la inhabilitación temporal para su desempeño (Código penal, art. 31). La inhabilitación para el desempeño de oficios públicos produce, además, la privación del derecho electoral activo y pasivo y de todo otro derecho político, del desempeño de oficios públicos en el Estado, provincia y municipio e institutos sometidos a la tutela de éstos,

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Ver artículos 237 y 756 del Código civil español.

de grados y dignidades académicas, títulos y condecoraciones, de todo derecho lucrativo u honorífico, inherente a los oficios y grados citados, beneficios eclesiásticos, capacidad de asumir la tutela y la curatela; de modo perenne si la inhabilitación es perpetua y por tiempo variable de tres meses a cinco años si fuera temporal (Código penal, art. 20). En ocasiones puede limitarse a la prohibición del ejercicio de un arte o de una profesión (Código penal, artículos 20, 35).

Más aun, la condena por algunos delitos de violencia carnal o de corrupción de menores o ultraje al pudor, produce en los ascendientes culpables la pérdida de los derechos que les corresponden por ley en las personas o en los bienes de los descendientes, en cuyo daño se ha cometido el delito (Código penal, art. 349); el marido perdía el derecho a prestar la autorización marital (cuando ésta existía) si fuese condenado a más de un año de cárcel y mientras cumplía la condena (Código civil, art. 135).

En el campo del derecho mercantil hay que recordar la condición especial del comerciante que haya cesado de verificar sus pagos y haya sido declarado quebrado por sentencia (art. 683). Se le impone una nota como de indignidad y una serie de limitaciones, pero con esto no resulta incapaz porque no pierde la capacidad general de obrar. La declaración de quiebra, aparte los efectos que produce en el derecho público con la exclusión del quebrado de cargos y oficios, le hace perder el derecho de administración y de disposición de los bienes de la quiebra y consiguientemente de accionar en justicia, de realizar ciertos actos, pierde en sus deudas a plazo el beneficio de éste, resuelve los contratos de arrendamiento de inmuebles (1).

*Condición jurídica de la mujer.*—A las tres causas dichas se añade una cuarta modificadora de la capacidad: el sexo femenino. Nuestro Código—suprimidas las antiguas restricciones con las cuales las legislaciones de antaño colocaban a la mujer en situación de grave inferioridad con respecto al hombre, sometiéndola

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Ver artículos 874 y 878 del Código civil español.

dola a tutela perpetua, excluyendo a las hijas de la sucesión, etcétera—había conservado ciertas limitaciones a la capacidad de obrar de la mujer (1). De éstas, algunas como las relativas a la mujer casada y a la necesidad para determinados actos de la autorización marital, justificadas por la necesidad de dar a la familia unidad de dirección y de gobierno del grupo confiado al padre y marido como jefe del mismo; otras que hallan su justificación en el viejo concepte de la *infirmitas sexus*; otras, en fin, no constituyen inferioridad por radicar en la diversidad fisiológica de los sexos.

Sufría la mujer en el estado conyugal una notable restricción en su capacidad, en cuanto por mantener fuerte y unida la agrupación familiar y asegurar la prosperidad patrimonial del grupo no podía la mujer, sin autorización del marido, hacer donaciones, enajenar bienes inmuebles, hipotecarlos, contratar préstamos, ceder o cobrar capitales, constituir seguridades, transigir, comparecer en juicio relativamente a tales actos (art. 134, Código civil) ni aceptar mandatos (art. 1.743, Código civil).

No podía ejercer el comercio sin el consentimiento expreso o tácito del marido, presumiendo dado tal consentimiento cuando el ejercicio del comercio fuese público y notorio, salvo la expresa prohibición del marido (art. 13 del Código de Comercio) y se concedía a la mujer autorizada a ejercer el comercio, la facultad de comparecer en juicio y de contraer las obligaciones que lleve consigo tal ejercicio, dar muebles en prenda, enajenar e hipotecar inmuebles, pero no la de constituir sociedad comercial, asumiendo responsabilidad ilimitada (art. 14). La autorización podía ser dada para todos o algunos actos, conservando siempre el marido la facultad de revocarla (art. 134, Código civil; art. 15, Código de Comercio). De esta autorización no había necesidad, sólo en tres casos: Si el marido fuese menor o sujeto

(1) Sobre la condición jurídica de la mujer en el derecho italiano, con referencias al derecho histórico y al extranjero, ver Fadda y Bensa en Windscheid, Pand. I, pág. 740 y siguientes y la relación Di Stefano al proyecto de ley Sacehi hoy ley de 17 de Julio de 1919 en *Atti Parl.*, *Camera dei Deputati Sess*, 1913-18, doc. 728 A.

a interdicción o ausente o condenado a más de un año de cárcel; si la mujer se hallase legalmente separada por culpa del marido; si como se ha dicho, ejerciese el comercio (art. 135 del Código civil). Intervenía la autorización del Tribunal civil en el caso en que el marido negare su consentimiento a la mujer o hubiese oposición de intereses entre los cónyuges o la separación legal hubiese sido provocada por culpa de la mujer o por culpa de ambos o por mutuo consentimiento (art. 136). En armonía con tales normas, disponen los artículos 1.106 y 1.107 que, además de los menores, los sujetos a interdicción y los inhabilitados, no son capaces de contratar las mujeres casadas, pero que la persona capaz de obligarse no puede oponer a aquéllas su incapacidad; además el art. 137 disponía que la nulidad que derive de la falta de autorización marital puede oponerse solamente por el marido, la mujer y sus herederos o causahabientes. Y en el Código de Procedimiento civil (artículos 799 y 805) se dictaban las reglas de procedimiento para obtener la autorización judicial.

Prescindiendo del estado conyugal, como soltera o viuda sufría la mujer otras restricciones, siéndole negadas ciertas funciones de Derecho privado a más de aquellas propias del Derecho público. No podía ser testigo en los testamentos (artículos 788, 791 del Código civil) en los actos de estado civil y, en general, en los actos públicos (art. 351 del Código civil); no podía asumir la tutela, la protutela, la curatela ni formar parte del consejo de familia, salvo que fuese ascendiente o hermana germana no casada (art. 268 del Código civil) o cónyuge del incapaz (art. 330 con el privilegio de poder ser dispensada (art. 273); no podía actuar como árbitro (art. 10 del Código de Procedimiento civil). Y sentando todas estas limitaciones, la ley equiparaba la mujer a las otras personas incapaces menores, sujetos a interdicción e inhabilitados).

Todo esto ha cesado ya definitivamente y hoy puede decirse que la situación jurídica de la mujer, por lo menos en la esfera del Derecho privado, es igual a la del hombre. La equiparación se ha producido por una serie gradual de reformas, primero limitadas y parciales, luego, decisivas y generales que culminan en

la ley de 17 de Julio de 1919 aboliendo las últimas diferencias que sobrevivían y que ha suprimido la institución de la autorización marital.

Se comenzó con la ley de 9 de Diciembre de 1877 suprimiendo la incapacidad de la mujer para ser testigo en los actos públicos, modificándose los artículos 391, 788, 791 del Código civil. Luego, con la ley de 15 de Junio de 1883, sobre los hombres buenos, por la que se le autorizó a formar parte de los colegios de éstos y a juzgar en las controversias nacidas en el ejercicio de la industria entre los empresarios y operarios, derogándose el art. 10 del Código de Procedimiento civil. Con ocasión del terremoto siciliano calabrés se derogó parcialmente el artículo 286 del Código civil, habilitándose a la mujer a asumir y ejercitar las funciones tutelares sobre los menores que hubiesen quedado abandonados por causa de aquella calamidad, sin que fuese necesaria la existencia de un determinado vínculo parental y sin requerirse, si fuese casada, la autorización marital (artículo 4.º, Real decreto de 14 de Enero de 1909 y Real decreto de 21 de Marzo del mismo año). Y análogamente se dispuso más tarde para los huérfanos de guerra (art. 23 de la ley de 18 de Julio de 1917 sobre protección y asistencia de huérfanos de guerra). Otras derogaciones al principio de la autorización marital, se acordaron antes con las leyes de 27 de Mayo de 1875 y 15 de Julio de 1888 que autorizaban el pago a la mujer de las libretas postales y de Cajas de Ahorro, salvo el caso de oposición del marido y con el texto único de 28 de Julio de 1901 sobre la caja nacional de previsión, que admitió la libre inscripción de la mujer en la citada Caja, y otra hubo más tarde con el Decreto-ley de 21 de Enero de 1917, relativamente a las operaciones realizadas por la mujer en el empréstito nacional del 5 por 100.

Pero el paso definitivo se dió con la ley de 17 de Julio de 1919 sobre la capacidad jurídica de la mujer. El núcleo central de la reforma introducida por esta ley consiste en la abolición integral de la marital autorización. Habiendo parecido al legislador que ésta señalaba una situación de inferioridad de la mujer con respecto al hombre, y habiéndose considerado como no

conducente al fin de una completa equiparación de los dos sexos la simple modificación de las normas que la regulaban, corrigiendo sus defectos y mejorando su funcionamiento práctico la institución fué suprimida sin más (1). Han sido así abolidos los artículos 134, 135, 136, 137, párrafo 1.º del 1.743 del Código civil; los artículos 13 y 14 del Código de Comercio (quedando subsistente el último párrafo del art. 13); los artículos 799 a 805 del Código de Procedimiento civil; el art. 12 de la ley del 17 de Julio de 1890 y el derecho de oposición del art. 11 de la ley de 27 de Mayo de 1875 y 9 de la ley de 15 de Julio de 1888 y en consecuencia se ha suprimido toda mención de consentimiento.

(1) Creo no conforme a las necesidades y al recto funcionamiento del organismo familiar la total supresión de la institución. Es una idea errónea que no responde a las verdaderas finalidades de la autorización decir que se establecía por una inferioridad reconocida de la mujer; el legislador de 1865, impulsado por la necesidad de concentrar en el jefe natural de la familia, marido o padre, el gobierno del grupo, y en la exigencia de unidad de dirección, está toda la justificación de la institución.

Ciertamente que la autorización provocaba en la práctica litigios y controversias innumerables y abusos. Y en este sentido fué modificada su regulación. Scialoja, *Per l'abolizione dell'autorizzazione maritale (Studi per Brugi, Palermo, 1910, pág. 665, ver también VII Congr. giur. naz., Roma, 1911)*, propuso que derogados los artículos 134-137 del Código civil y otros con éstos enlazados, se reservase al marido el derecho de prohibir a la mujer el ejercicio del comercio, el de revocar las donaciones, y fuese consentida la constitución de una dote separada cuya administración y frutos correspondiesen a la mujer. Abolida la autorización precisaba hallar un substitutivo para reforzar la misión familiar, teniendo en cuenta que el régimen legal de la sociedad conyugal (cuando no hayan convenciones matrimoniales) es el de la separación, es decir, el menos apto a dar unidad y consistencia al consorcio familiar: se podía hacer una mayor aplicación del régimen de comunidad, modelándose, no en el tipo de comunidad ganancial, sino en otro más amplio y más unitario. *Un nuovo disegno di legge sulla capacita giuridica della donna (Dir. e giur., 1917, página 219)*.

Sobre las consecuencias imprevistas y dañosas de la abolición respecto al ejercicio del comercio por la mujer casada, ver Bolaffio, *La moglie commerciante dopo*, la 1. 17, Luglio, 1919 (*Riv. Dir. comm.* 1920, I, pág. 1 y siguientes); Ferrara, *Tratt. Dir. civ.*, I, pág. 505; Guida, *La capacita giuridica della donna dopo la legge 17*, Luglio, 1919 (*Riv. int. Sc. Sociali*, 1920, LXXXV, pág. 260, LXXXVI, pág. 11 y siguientes).

marital, incapacidad y conceptos semejantes de los artículos 1.106 y 1.109 del Código civil; 15 del Código de Comercio y 10 del Código de Procedimiento civil (1). Se ha suprimido, pues, toda prohibición de asumir la tutela y otras potestades familiares de modo que el art. 252 del Código civil ha sido modificado en el sentido de que son asesores de derecho los ascendientes, los tíos y los hermanos germanos de uno y otro sexo, y ha sido derogado el número 1.º del art. 268 y modificado el número 1.º del art. 273 (suprimiéndose las palabras «que pueden ser tutoras»).

Por tanto, con la nueva legislación la igualdad entre ambos sexos es perfecta, ya que no constituyen diferencias desfavorables las pocas normas que sobreviven en el Código y que establecen un trato diverso para la mujer; éstas se explican por los elementos físicos o fisiológicos diversos que caracterizan a uno y otro sexo y en ocasiones se resuelven en una condición más favorable. Así, por ejemplo, la edad para contraer matrimonio. La mujer puede contraerlo antes que el hombre, valiendo para ello como mínimo de edad los quince años, y si obtiene dispensa, los doce, mientras el mínimo para los varones es diez y ocho y catorce, respectivamente (artículos 55 68); basta que la mujer haya cumplido los veintiún años para que no necesite del consentimiento de sus padres, mientras el hombre necesita haber cumplido los veinticinco (art. 63), y todo ello por el precoz desarrollo fisiológico del sexo femenino.

Se explica la prohibición impuesta a la mujer casada de contraer nuevo matrimonio antes de haber transcurrido diez meses a partir de la disolución o anulación del primero (art. 57), porque de otro modo se daría la *turbatio sanguinis* que determinaría incertezas sobre la verdadera paternidad del hijo nacido luego

(1) Y deben considerarse suprimidas (si bien la ley no se haya referido a estos artículos) las palabras «y relativamente a los actos de las mujeres casadas desde el día de la disolución del matrimonio» en el artículo 1.300 del Código civil; las palabras: «a una mujer casada» en el artículo 1.307 del Código civil; los números 1 y 2 del art. 365 del Código de Comercio, quedando subsistente la segunda parte del núm. 2 referente al menor que ha dado o recibido mandato.

de contraído el segundo matrimonio; y por esto precisamente no alcanza la prohibición a los casos de anulación del matrimonio por impotencia manifiesta y perpetua y en el de parto posterior a la disolución (art. 57). Se justifica, finalmente, que baste al marido el simple adulterio de la mujer para pedir la separación y se exige, por el contrario, para que la mujer pueda pedirla contra el marido la circunstancia agravante de que éste tenga la concubina en casa o notoriamente en otro lugar (artículo 150), dado el mayor peligro a que la mujer expone a su marido dando a luz hijos que no han sido engendrados por él; quedan, pues, únicamente, verdaderas diferencias en el campo del Derecho público; éstas, sin embargo, resultan hoy muy atenuadas, dada la amplia participación de las mujeres en las funciones y cargos públicos y la innovación que también en esta esfera ha introducido la ley de 17 de Junio de 1919. En el artículo 7.<sup>º</sup> se declara que «las mujeres son admitidas lo mismo que los hombres al ejercicio de todas las profesiones y al desempeño de todos los cargos públicos, excluido solamente, si no son admitidas expresamente por las leyes, aquellos que implican poderes públicos jurisdiccionales o ejercicio de derechos y poderes políticos o que se refieren a la defensa militar del Estado, según especificación que se hará en el oportuno Reglamento» (1). Subsiste su exclusión del voto, ya sea político, ya administrativo, no obstante haber sido presentados varias veces y recientemente proyectos de ley para concederlo a las mujeres, como ha ocurrido en algunos países extranjeros.

Fuera de las causas dichas, no hay otras que disminuyan o modifiquen la capacidad de las personas; en particular, no influyen ya la diversidad de raza, confesión religiosa, profesión o casta; abolidas todas las distinciones que crearon en un tiempo diferencias odiosas en perjuicio de los judíos y de los infieles (2)

(1) El Reglamento contenido la enumeración específica de las profesiones y cargos no accesibles a la mujer fué publicado con Real decreto de 4 de Enero de 1920.

(2) Carta patente 18 de Febrero de 1848 sobre el goce de los derechos civiles y políticos de los valdenses y consecución de grados académicos; Real decreto de 29 de Marzo de 1848 sobre el goce de los dere-

o privilegios en favor de los nobles, los eclesiásticos, de los militares (1), todos los ciudadanos son perfecta e igualmente capaces (Estatuto, art. 24, Código civil, art. 1.<sup>º</sup>); ni la misma profesión religiosa, que en las anteriores legislaciones producía la incapacidad del proceso, le priva hoy de alguno de los derechos que corresponden a todo ciudadano (disposición transitoria del Código civil, art. 22, Decreto de 7 de Julio de 1866, art. 2.<sup>º</sup>).

*Incapacidad natural e incapacidad legal.*—Como resulta de la exposición que precede a las varias incapacidades totales o parciales declaradas por la ley no corresponde siempre una incapacidad natural de la persona, es decir, una condición subjetiva psíquica que por inmadurez del juicio, debilidad o enfermedad mental, aminore o suprime completamente la conciencia y la voluntad. Sólo en algunas se presupone, como son la menor edad, la intervención judicial e inhabilitación. Quien es declarado incapaz por la ley, no es por necesidad naturalmente incapaz. ¿Qué debe decirse en el caso de que la ley declare capaz a quien es incapaz naturalmente? Una incapacidad natural puede existir también en las personas que la ley considera capaces, como ocurre con el que sufre enfermedad mental más o menos grave, la cual no haya dado lugar a que se dicte sentencia de intervención o de inhabilitación, o bien en el caso de quien por embriaguez,

chos civiles y políticos de los israelitas y consecución de grados académicos; ley de 19 de Junio de 1848 que concede a las personas de un culto cualquiera el goce de los derechos civiles y los admite a los cargos civiles y militares Reales decretos de 14 de Junio de 1855, 4 de Julio de 1859, 10 de Agosto de 1859, 25 de Septiembre de 1860, 12 de Febrero de 1861, 17 de Febrero de 1861 y 13 de Octubre de 1870 que extienden la ley citada y equipara a los que profesan diversos cultos en las provincias de Módena, Lombardía, Romagne, Marcas, Umbría, Sicilia, Napolitano, Roma. Sobre los rigores de las legislaciones antiguas contra los heréticos y hebreos, ver Solini, *Storia del Dir. it.*, 2.<sup>a</sup> ed., pág. 880 y siguientes.

(1) Ver ley de 9 de Abril de 1859 que suprime el fuero eclesiástico y las inmunidades eclesiásticas en el Piamonte; Decreto prodictorial, 18 de Octubre de 1860 sobre la abolición de los Decretos y rescriptos que concedían privilegios e inmunidades a favor de los eclesiásticos en la Italia meridional; Real decreto de 22 de Octubre de 1870 sobre la abolición de todo privilegio de fuero en Roma, ver Salvioli, *Storia delle inmunità e delle questizie delle chiese in Italia*, 2.<sup>a</sup> ed., Napoli, 1917.

sonambulismo, perturbación pasional o por otra causa transitoria no se halle en posesión plena de su conciencia y de sus facultades mentales. Surge aquí un problema grave y discutido: si debe tenerse en cuenta y en qué medida esta incapacidad natural, de la que no hace mención el Código (1).

La disputa gira en torno del valor que debe atribuirse al silencio guardado por el Código sobre la incapacidad natural, relacionado con la referencia hecha en los artículos 763 y 1.052 y con las disposiciones particulares de los artículos 336 y 337.

Los dos primeros declaran que el testamento y la donación no son válidos si se realizan por persona afecta de enfermedad mental, aunque ésta no haya sido judicialmente comprobada mediante la interdicción; basta, pues, probar que la enfermedad subsistía en el tiempo en que el acto fué realizado para que pueda conseguirse su anulación.

Los dos restantes establecen que los actos anteriores a la interdicción pueden ser anulados si la enfermedad existía en el tiempo en que tuvieron lugar dichos actos; exigen que la interdicción haya sido declarada después y además que por la cali-

- (1) Contra este sistema que sigue el del Código francés, están los sistemas de los Códigos suizo y alemán que prevén la incapacidad natural derivada, no de estados permanentes de inconsciencia, sino también de estados transitorios de perturbación de las facultades psíquicas. El primero declara que los actos de quienes son incapaces de discernimiento no producen efecto jurídico (art. 18, y que las personas incapaces de discernimiento, los menores y los sujetos a interdicción se hallan privados del ejercicio de los derechos civiles (art. 17) y explica que es capaz de discernimiento cualquiera persona que no esté privada de la facultad de obrar razonablemente por efecto de su edad infantil, enfermedad o debilidad mental, embriaguez o un estado semejante art. 16). El segundo declara que son totalmente incapaces los menores de 7 años, los que se hallen en estado de perturbación patológica mental no transitorio, tal que escluya la libre determinación de la voluntad, los sujetos a interdicción por enfermedad mental (§ 104); son incapaces limitadamente: los menores que hayan cumplido siete años (§§ 106-113) y aquellos que están sujetos a interdicción por causa de debilidad mental, prodigalidad o embriaguez habitual (§ 114) y añade que la declaración de voluntad de un incapaz es nula como lo es igualmente la del que se halla en estado de inconsciencia o de transitoria perturbación mental (§ 105).

dad del contrato o por el grave perjuicio que derive o pueda derivar al sujeto a interdicción o de otra manera se evidencie la mala fe de quien contrató con el mismo. Que si el enfermo mental ha muerto, la impugnación no es posible sino cuando haya sido promovida la interdicción antes de su muerte o la prueba de la enfermedad resulte del acto mismo que se impugna.

El sistema del Código se basa en estos principios. La incapacidad legal, ya sea por menor edad o ya por enfermedad mental, es causa de anulabilidad de los actos y no valdría a salvar éstos la prueba contraria de la madurez de juicio del menor o de la curación del sujeto a interdicción. Fuera de la incapacidad legal no se tiene en cuenta, por lo regular, otra incapacidad que se dé por vicio o perturbación psíquica. Sólo excepcionalmente puede tenerse en cuenta, pero distinguiéndose en cuanto a los requisitos para hacerla valer, entre actos a título gratuito y actos a título oneroso; que mientras para aquéllos es suficiente la prueba de la existencia de la enfermedad mental en el momento en que se realizaron, para éstos tal prueba no bastaría, sino que precisaría que el procedimiento de la interdicción se haya seguido y que, además, concurra la mala fe del otro contrayente, y si el incapaz ha muerto precisa que la interdicción haya sido promovida o que si no lo fué el acto mismo constituya la prueba de la enfermedad.

La deducción que los más sacan de estas normas, que exigen rigorosos requisitos para invocar la incapacidad natural en todos los actos que no sean el testamento y la donación, es que el sistema del Código debe ser interpretado como una prohibición de invocarla en todo otro caso que no sea alguna de las hipótesis taxativamente previstas. La ley no consentiría nunca el invocar el estado de inconsciencia derivado de causas transitorias como la embriaguez, el sonambulismo, la perturbación pasional y ni siquiera el producido por la locura, imbecilidad u otra grave o habitual enfermedad mental, cuando no hubiere sido comprobada mediante el procedimiento de la interdicción o inhabilitación, salvo en los testamentos y en las donaciones y salvas las hipótesis excepcionales de los artículos 336 y 337, y ello responde a una suprema exigencia, como es la seguridad en la contratación.

y del comercio, que resultaría gravemente alterada si cada contrato en particular pudiese ser impugnado por razón de una presunta inconsciencia o perturbación psíquica en la otra parte.

Nosotros cremos, con los más, que todo estado de perturbación de las facultades mentales, con tal que sea grave y se demuestre su existencia en el momento en que el consentimiento fué prestado y, por consiguiente, además de la locura, la imbecilidad, la demencia, otras causas transitorias que obscuran o supriman la conciencia y el uso de la razón, puede legítimamente invocarse para negar eficacia y hacer declarar nulo un contrato y, en general, un negocio jurídico. La capacidad natural, implicando la capacidad de querer, es un supuesto de toda declaración de voluntad y un requisito esencial del consentimiento y el primer fundamento de éste; no puede haber negocio jurídico, no puede haber contrato, si la persona no era capaz de querer y no tenía conciencia de lo que declaraba; y con esto no se compromete la estabilidad de la contratación que se aduce como fundamento de la doctrina contraria; sirve a alejar el peligro de la excesiva facilidad en la impugnación la dificultad y el rigor de la prueba que debe dar quien alega una causa de incapacidad natural (1).

Se debe, pues, admitir como influyente en la existencia y validez del contrato, al lado de una incapacidad legal, una incapacidad natural, siendo diversas las consecuencias que una y otra producen.

Cuando se trata de incapacidad legal, el contrato no es radicalmente nulo, sino simplemente anulable. La anulación puede, sin embargo, demandarse, por regla general, por el incapaz; la otra, si era capaz, no puede oponer la incapacidad del menor,

(1) Ver Cumbali, *Delle capacita di contrattare secondo il Cód. civ. e di comm.*, Torino, 1887; Ferrarini, *Capacità legale di agire* (en *Note di Dir. civ.*, página 133 y siguientes, 165 y siguientes); Coviello, *L'incapacita naturale di contrattare* (*Riv. Dir. comm.*, 1908, VI, 2. pág. 237 y siguientes); Degni, *L'infermità di mente nella teoria del negozio giur.* (*Riv. Dir. comm.*, 1911, IX, 1. pág. 189 y siguientes); Fadda y Bensa en Windscheid, *Pand. I*, página 890; Ferrini, *Obblig.* pág. 673; Melucci, *Ist.* pág. 358 y siguientes Venzi en Pacifici, *Ist.* II, pág. 346, Giorgi, *Obblig.* III, pág. 44 y siguientes

del sujeto a interdicción, del inhabilitado (art. 1.107), porque se trata de remedio ofrecido a favor y en protección de éstos; constituye excepción el caso de interdicción por razón de pena, respecto a la cual la incapacidad puede oponerse por cualquiera que tenga interés (art. 107). Además, en relación a la prueba, basta la comprobación del estado legal de incapacidad (documento acreditativo de la menor edad, producción de la sentencia de interdicción o inhabilitación) para que la acción de anulación deba admitirse sin más. Que no serviría a salvar el contrato de la anulación la prueba que el otro contrayente suministrase de la madurez de juicio del menor, del restablecido equilibrio mental del sujeto a interdicción o inhabilitado. Finalmente, que el ejercicio de la acción se limita a un breve tiempo, hallándose sujeta a la prescripción de cinco años (art. 1.300).

Por el contrario, la incapacidad natural da lugar a la nulidad absoluta del contrato, puesto que falta a éste su fundamento primero, el consentimiento. Se deduce, por tanto, que la nulidad puede ser opuesta por el incapaz y por la otra parte, y en cuanto al límite de tiempo se halla sujeta a la prescripción ordinaria de treinta años. Para que pueda invocarse debe probarse plenamente la causa que suprime la libre voluntad, demostrándose la existencia de la enfermedad mental y del estado de perturbación de la conciencia en el momento en que el consentimiento se prestó.

Para determinar mejor el estado de la persona, es decir, su condición jurídica, tienen además gran importancia las relaciones en que se halla con el Estado por razón de ciudadanía política o con el grupo familiar a que pertenece o con la sede de sus negocios; con ésta se relaciona la triple doctrina de la ciudadanía del estado de familia y del domicilio, de que hablaremos separadamente.

§ 37.—*El estado de ciudadanía*

Brugi, Ist. § 10; Pacifici, Ist. II, pág. 45 y siguientes; Gianturco, Sist. I, § 28-29; Chironi, Ist. I, §§ 32-36; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 191 y siguientes; Coviello, Man. §§ 48-51; Zachariae, Man. §§ 50-62; Auby y Rau, Cours. I, §§ 69-79; Windscheid Pand. I, § 55 y Fadda y Bensa, Ibid. pág. 763 (1).

El vínculo que liga a toda persona con la comunidad puede ser de dos clases: o se trata de simple pertenencia al grupo étnico, cuya unidad viene determinada por múltiples factores y especialmente por la unidad de lengua, cultura, tradiciones, historia (nacionalidad), o se trata de relación política, de pertenencia de la persona al grupo políticamente organizado, como Estado (ciudadanía). No siempre ambas relaciones coinciden, pudiendo personas de una nacionalidad pertenecer a una organización política diferente (2), y, ante todo, un grupo étnico puede haber perdido su unidad estatal, de modo que sus miembros se hallen distribuídos y dispersos entre soberanías diversas (3). Ni tienen todos la misma importancia; preponderante y decisiva para la posición jurídica de la persona, es la ciudadanía. No se halla ab-

(1) Ver Gianzana, *Lo straniero nel Dir. civ. it.*, Torino, 1884; Esperson, *La condizione giuridica dello straniero*, Milano, 1889-91; Fiore, *Della cittadinanza*, Napoli, 1909 (en la colección *Il Dir. civ. it.*); Ricci, *Cittadinanza* (*Diz. prat. di Dir. priv.*). Conviene advertir que en lo que se refiere a la literatura del derecho positivo italiano, que no puede utilizarse sin más por el profundo cambio de la legislación relativa a la materia introducida por la ley de 13 de Junio de 1912, cuyas normas son expuestas en el texto. Una completa exposición histórica y dogmática de la teoría según el derecho vigente se puede ver en Degni, *Della cittadinanza*, Torino, 1921.

(2) Como ocurría, por ejemplo, con los italianos súbditos del ex imperio austro-húngaro felizmente readquiridos por la madre patria con la anexión del Trentino, Trieste e Iotria.

(3) Esta era hasta ayer la condición de los polacos; la reciente guerra les ha restituído la unidad nacional y política como la ha completado para la Italia y algún otro Estado. No puede decirse que los principios por los cuales los pueblos han combatido en la áspera lucha de 1914 a 1918 hayan sido en toda ocasión equitativamente aplicados.

solutamente desprovisto de importancia e influencia el vínculo de pertenencia al grupo étnico; no podía nuestro Estado considerar como extranjeros a los italianos de las provincias que se hallaban sometidos a otra soberanía, y más de una disposición tenía en cuenta la nacionalidad italiana de los no pertenecientes al Reino (1), como la que reconoce el derecho de *incolato*, esto es, el derecho a no ser expulsados del Reino del que no se hallan provistos los extranjeros (2), y otras que facilitan la concesión de nacionalidad, como se verá más adelante.

Es la ciudadanía una relación más compleja, quizás la más compleja entre todas; interesa, tanto a la esfera jurídica privada, como a la pública y política, y puede decirse que tiene más importancia en el derecho público que en el privado, hasta el punto de haberse dudado en el momento de la codificación si se debía dar cabida en el Código civil a una institución que desarrolla tan grande influencia en las relaciones públicas y políticas, y la desarrolla en éstas porque sólo el ciudadano italiano goza de los derechos subjetivos públicos; el extranjero, por regla general, está excluido. Pero despliega su influjo también en el campo de los derechos privados, porque si hoy la ciudadanía ha perdido valor como requisito para el goce de los derechos civiles, siendo en tal admitido el extranjero con absoluta equiparación, independientemente de toda condición de reciprocidad (Código civil, art. 3.º) (3), la ciudadanía es, sin embargo, decisiva para la

(1) Más particularmente sobre la condición de los italianos no regnicales, ver Burzati, *Note sulle cittadinanza* (*Riv. Dir. civ.* VIII, 1916, página 485 y siguientes).

(2) Estos pueden ser expulsados o condenados por delitos luego de extinguida la condena o por motivos de orden público por el Ministerio del Interior o en caso de urgencia por los prefectos de las provincias fronterizas (ley de seguridad pública de 30 de Junio de 1889, artículos 90-92). Una sola excepción es hecha para los extranjeros investidos de cargo eclesiástico en Roma, a los que se asegura el goce de las garantías personales correspondientes a los ciudadanos italianos (ley de 13 de Mayo de 1871, art. 10).

(3) Ni siquiera la residencia en el reino se requiere para su goce: es excepcional la disposición del art. 788 que la exige para que el extranjero pueda oficiar como testigo en los testamentos.

aplicación de la ley italiana a las relaciones jurídicas de la persona.

A la complejidad de relación corresponde la dificultad de su disciplina. No hay más que un principio que pueda servir de

Durante la guerra europea este noble y liberal principio del art. 3 que constituía un timbre de orgullo para la escuela jurídica italiana sufrió tremendo golpe. Contra la regla hasta ahora vigente de que en el conflicto bélico entre dos Estados, los ciudadanos deben quedar extraños a él y sus derechos y bienes gozar de la plena garantía de las leyes, el Estado italiano (como todos los Estados aliados y enemigos que entraron en guerra) ha adoptado una serie de medidas odiosas contra los extranjeros pertenecientes a Estados enemigos suprimiendo para ellos la libertad del comercio, la facultad de enajenar y de disponer de sus bienes, limitando la libertad de residencia, etc.

En cuanto a la estancia de los extranjeros en el reino se dictaron medidas restrictivas con Real decreto de 2 de Mayo de 1915, cuya duración se prorrogó hasta el fin de la guerra con Decreto-ley de 23 de Diciembre de 1919; y más severas aún fueron las disposiciones relativas a los extranjeros enemigos del Decreto-ley de 18 de Enero de 1918 por el cual se les podía obligar a residir en un país determinado.

En cuanto a las relaciones jurídicas, civiles, comerciales, procesales de los súbditos enemigos, se proveyó con una larga serie de decretos (Real decreto de 24 de Mayo de 1915, Decretos-leyes de 24 de Junio de 1915, 25 de Noviembre de 1915, 30 de Enero de 1916, 4 de Febrero de 1916, 12 de Marzo de 1916, 13 de Abril de 1916, 30 de Abril de 1916, 13 de Julio de 1916, 8 de Agosto de 1916, 27 de Agosto de 1916, 21 de Diciembre de 1916, 15 de Abril de 1917, 24 de Marzo de 1918) todos unificados y coordinados con el Decreto-ley de 28 de Noviembre de 1918. Las medidas adoptadas contra los súbditos de los imperios germánicos, austro-húngaro, turco y búlgaro fueron: prohibición de tráfico de mercancías, de salida de mercancías del reino, de salida y entrada de efectos cambiarios, facturas comerciales, órdenes de pago, títulos de rentas públicas, acciones y obligaciones de Sociedades comerciales (artículos 1-9) de vender, ceder, enajenar bienes o derechos inmobiliarios, mercancías, créditos, establecimientos comerciales de súbditos enemigos conminando con radical nulidad todo acto que tienda a substituir en la relación jurídica originaria, el súbdito o entidad enemigos por otros de distinta nacionalidad (art. 10); la prohibición a los súbditos alemanes, austro-húngaros y turcos de intentar o proseguir instancias, acciones, actos y procedimientos en materia civil comercial o administrativa ante una jurisdicción cualquiera italiana, así como de hacer inscripciones o transcripciones hipotecarias, suspendiéndose hasta el fin de la guerra las instancias y procedi-

norma al legislador en la atribución de la ciudadanía: al lado de aquel que quiere ciudadano al hijo de padre ciudadano (*ius sanguinis*), debe darse el otro que considera tal el que nace o reside un cierto tiempo en el territorio del Estado (*ius soli*); junto al principio de que la mujer con el matrimonio adquiera la ciudadanía del marido (adquisición *jure matrimonii*) por la necesidad de la unidad del consorcio familiar, debe aparecer el de que la ciudadanía se conceda por la soberanía en casos determinados a los extranjeros cuando los considere dignos de formar parte de la propia organización (concesión de nacionalidad). Y oportunamente nuestra legislación se inspira en todos estos principios que concilian y funden en un sistema mixto, y entre los primeros antes recordados prevalece el del *ius sanguinis*, mientras en otros Estados es predominante, o cuando menos recibe más amplia aplicación que en el nuestro, el *ius soli* (1).

Pero aun bajo otro aspecto es ardua la tarea del legislador. Dada la diversidad de principios que pueden en abstracto in-

mientos iniciados (art. 11); la prohibición de hacer pagos a los súbditos enemigos con facultad en los deudores de liberarse de sus deudas depositando la suma en la Caja de Depósitos y Préstamos (artículos 12-16); la prohibición de comerciar con ellos (artículos 17-20). La facultad conferida al Gobierno italiano de someter a fiscalización y eventualmente a secuestro o liquidación los establecimientos comerciales enemigos confiándose a inspectores nombrados por los prefectos y por el intendente de Hacienda, el control y vigilancia de los establecimientos ordenándose que se vertiesen las sumas provenientes de los establecimientos secuestrados o de la liquidación de aquéllas sometidas a este más grave procedimiento en la Caja de Depósitos y Préstamos (artículos 21-36); la facultad dada al Gobierno de secuestrar los bienes inmuebles o muebles de los súbditos enemigos a título de retorsión o represalia y en todo caso en que lo considerase oportuno (artículos 37-46).

Las supremas razones del Estado, las necesidades de la defensa, la exasperación del sentimiento nacional, la justa reacción contra una agresión imprevista de parte de los imperios centrales a pueblos pacíficos no preparados para la guerra, no bastan a sofocar en el ánimo del jurista el sentimiento de dolor y repugnancia que experimenta frente a esta resurrección de retorsiones y represalias que de largo tiempo habían sido rechazados y no se puede dejar de deploar que se hayan destruído de un solo golpe los principios más puros de la moderna cultura.

(1) Así, por ejemplo, en los Estados de la América latina.

carse para la determinación de la cualidad de ciudadano y que en concreto se siguen en las legislaciones de los distintos países, y dados los fáciles conflictos posibles entre los derechos positivos de los Estados, se deduce que la relación no puede ser regida por una sola legislación. Hay necesidad siempre de integrar las normas que cada soberanía dicta y que no tienen eficacia sino en los límites del propio territorio, de recurrir a tratados y acuerdos internacionales que aseguren en lo posible el reconocimiento por parte de otras soberanías por cuyas normas (que pudieran ser contrarias) vendrían frustradas las de aquélla en toda ocasión en que los ciudadanos de un Estado se trasladan a territorio de otro. El fenómeno, que en un tiempo pudo desatenderse porque se limitaba a casos aislados de expatriación individual, ha adquirido hoy una importancia social de primer orden, especialmente en Italia, de donde parten corrientes migratorias al extranjero y, sobre todo, a Suramérica. A ello precisamente se debe la más enérgica impulsión hacia una reforma de nuestras leyes sobre la ciudadanía que se llevó a cabo con la ley de 13 de Junio de 1912. (1).

Contenida un tiempo en los artículos 4-15 del Código civil la disciplina de la institución, se fué poco a poco integrando y modificando con la ley electoral política (texto único de 28 de Marzo de 1895, art. 1.º), con la ley sobre emigración de 31 de Enero de 1901 (artículos 35-36). Sin embargo, resultaba inadecuada a las nuevas exigencias, excesivamente rígidas al establecer los requisitos para readquirir la ciudadanía, complicada en

(1) El Reglamento fué aprobado con Real decreto de 2 de Agosto de 1912; ver Esperson, *La nuova legge sulla cittadinanza 13 giugno 1912*; Milán, 1912; Gemma, *Coum. alla nuova legge sulla cittadinanza*, Roma, 1913; Burzati, *La legge sulla cittadinanza 13 giugno 1912 (Riv. di Dir. civ. VI, 1914, pág. 289 y siguientes, 441 y siguientes)*; De Dominicis, *Coum. alla legge sulla cittadinanza italiana*, Torino, 1916.

Ver también el Real decreto-ley de 10 de Septiembre de 1892 que admite la concesión de la ciudadanía por Real decreto a favor de personas pertenecientes a familias de origen italiano y actualmente no pertenecientes al reino, de personas que gozan de la protección política italiana o que hayan dado pruebas de sentimientos italianistas; y ahora el Real decreto de 14 de Junio de 1923 que modifica el precedente.

las formas de concesión de la nacionalidad, llena de lagunas graves que provocaban controversias frecuentes e intrincadas en relaciones que exigen pronta determinación.

La nueva ley, solicitada encarecidamente por Congresos (1) y escritores y formulada sobre la base de un proyecto del ministro Scialoja (2), que Polacco, como relator al Senado, modificó y mejoró, deroga las anteriores disposiciones del Código y de las leyes especiales y regula de nuevo toda la materia (3). Los conceptos fundamentales en que se inspiran, son:

a) Conciliar la razón de sangre con la territorial, dando preponderancia a la primera en conformidad con la tradición jurídica italiana.

b) Impedir, en lo posible, que en el conflicto entre las leyes italianas y las extranjeras se den casos de doble nacionalidad por las graves dificultades prácticas y jurídicas a que da lugar la pertenencia de una misma persona a dos o más Estados diversos, los cuales pueden imponer deberes o atribuir derechos contradictorios (*nemo duorum civitatum civis esse potest*) (4).

c) Impedir igualmente los inconvenientes que produce la falta de nacionalidad, es decir, la no pertenencia a algún Estado (5).

(1) Notables son sobre todos el I Congreso de los italianos en el extranjero (Roma, 1908) y del IV Congreso jurídico nacional (Nápoles 1897).

(2) Ver para la relación Scialoja al proyecto de ley *Atti parlamentari*, Legisl. XXIII, Ses. 1909-1910 y para la de Polacco los citados *Atti* también.

(3) Que no haya eliminado todos los inconvenientes lo demuestra Buzzati, *Note sulla cittadinanza* (*Riv. Dir. civ. X*, 1918, página 146 y siguientes).

(4) Ver Fromagest, *De la double nationalite*, París, 1891; Samama, *Contributo allo studio della doppia cittadinanza*, Firenze, 1910; *Il problema della cittadinanza specialmente nei rapporti degl. italiani all'estero*, Firenze, 1911; Buzzati, *L'Italia l'America latina e la doppia nationalite* (*Riv. colon. III*, 1908, pág. 8 y siguientes); *Questioni sulla cittadinanza degl. italiani emigrati in América* (*Riv. Dir. civ. I*, 1909, pág. 445 y siguientes); Bettatini, *La doppia cittadinanza e l'ordin. giur. statale*, Padova, 1915; Buzzati ha insistido en la conveniencia del principio de la doble nacionalidad que la ley nueva no ha acogido.

(5) Sobre esta especial posición de la persona, ver Esperson, *Condi-*

d) Conferir al ciudadano la libre facultad de renunciar la ciudadanía propia sin necesidad de autorización o permiso del Gobierno, limitando tal libertad con exigir la adquisición de una ciudadanía extranjera (para evitar los casos de falta de nacionalidad) o manteniendo subsistentes en el renunciante algunas obligaciones respecto a la patria, principalmente la del servicio militar.

e) Facilitar la concesión de la nacionalidad plena o menos plena a los extranjeros, exigiendo determinados requisitos; facilitar igualmente la readquisición de la ciudadanía a los italianos que la hubieran perdido, reservando, sin embargo, al Gobierno la facultad de prohibir la readquisición en los casos en que el que fué antes ciudadano se haya hecho indigno o haya cambiado de ciudadanía para eludir la ley.

La doctrina de la ciudadanía se resume, por tanto, en el análisis de los modos por los cuales se adquiere, se pierde y se readquiere, considerados ya en la persona misma, ya en los miembros de su familia, es decir, en la mujer y en los hijos, en los cuales tales hechos puedan repercutir.

I. *Adquisición*.—Las causas de adquisición, prescindiendo de la anexión de territorios nuevos al Estado (en el que la regulación de la relación de ciudadanía corresponde más propiamente a la política y al derecho internacional) (1), se pueden clasificar en cinco grupos, según que la ciudadanía derive de relaciones de sangre o de territorio, de vínculo matrimonial, de elección, de concesión especial por la soberanía:

a) *Relación de sangre*.—Por el principio de que el hijo sigue la nacionalidad del padre o, a falta de éste, la de la madre, es *iure sanguinis* ciudadano italiano el hijo de padre nacional, y si éste es desconocido o no tiene nacionalidad, o si poseyendo una nacionalidad extranjera no la transmite a sus hijos, el hijo de madre nacional (ley de 13 de Junio de 1912, artículos núme-

zione giur. degli apolidi secondo il *Dir. it.* Sassari, 1915; Marinoni, *Della condizione giuridica degli apolidi* (en *Atti Ist. Veneto*, 1913-14, LXXIII, página 135 y siguientes).

(1) Ver Buzzati, *Sull'acquisto delle cittadinanza per annessione territoriale* (*Riv. Dir. civ.*, X, 1918, pág. 472 y siguientes).

ros 1.<sup>º</sup> y 2.<sup>º</sup>). La ciudadanía se adquiere cualquiera que sea el lugar del nacimiento (1), y en el momento en que éste se verifica es cuando debe considerarse la condición jurídica de los padres, no en el de la concepción (no se aplica, por tanto, la regla: *conceptus pro nato habetur*).

Es indiferente que se trate de hijos legítimos o de hijos naturales, con tal que sean reconocidos o declarados, o de hijos no susceptibles de ser reconocidos, con tal que la paternidad o la maternidad conste según los modos establecidos en el art. 193 del Código civil; pero en el caso de filiación natural reconocida o declarada, sólo si el hijo es menor, la ciudadanía del padre le es definitivamente transmitida (y en el conflicto entre nacionalidades diversas del padre y de la madre prevalece la del padre), mientras que si es mayor o emancipado el reconocimiento no priva de la nacionalidad ya adquirida (art. 2.<sup>º</sup>).

b) *Relación territorial* (2).—Cuando la relación de sangre no sirva por ser los padres desconocidos o, siendo conocidos, ambos carezcan de nacionalidad o posean una nacionalidad extranjera que no se transmita a los hijos, opera el criterio del lugar de nacimiento; *iure soli*, es ciudadano quien ha nacido en el Reino de padres desconocidos o en las condiciones dichas (artículo 1.<sup>º</sup>, núm. 3.<sup>º</sup>); que si así como no consta la paternidad o maternidad no consta tampoco el nacimiento en el Reino, la ley admite una presunción de este hecho, atribuyendo la ciudadanía italiana al hijo de desconocidos hallado en Italia, salvo prueba en contrario (art. 1.<sup>º</sup>, párrafo último).

No implica, por el contrario, atribución de la ciudadanía, pero constituye una medida reparadora de las consecuencias

(1) La nacionalidad se adquiere y se conserva también cuando el Estado extranjero en que ha ocurrido el nacimiento del ciudadano italiano lo considere ciudadano propio. Puede, sin embargo, renunciar (ver Pérdida por elección).

(2) Adviértase que la sola relación territorial de domicilio de la persona no es en nuestro derecho jamás causa de adquisición de la ciudadanía. El domicilio del extranjero en Italia, por larga que sea su duración, no le hace adquirir la ciudadanía italiana aunque su ley nacional le haga perder su propia nacionalidad.