

responde al juez decidir sobre la nulidad, según las circunstancias. En materia de violencias, se debe siempre tener en cuenta la edad, el sexo y la condición de los contrayentes.

¿Cuáles son los derechos individuales de las personas físicas? La antigüedad no tenía una idea clara de ellos y subordinaba demasiado el individuo al Estado. En el siglo XVIII el jurisconsulto Donello, digno rival de Cujas, reprochaba á los jurisconsultos romanos el haber olvidado los derechos de la persona. En cada uno de nosotros, dice, hay derechos inherentes á la persona y que nos pertenecen esencialmente; y trató de demostrar que estos derechos son superiores á los demás, porque pertenecen al hombre, aun cuando falten las cosas exteriores, *etiamsi desint res ceterae externae*. Este jurisconsulto reducía á cuatro los derechos primordiales: *vita, incolumitas corporis, libertas, existimatio*. La enumeración es incompleta; pero al poner la vida y el honor en el mismo grado que la libertad y la seguridad corporal, se manifiesta claramente el espíritu libre del siglo XVI. Los escritores que en los siglos XVII y XVIII fundaron la escuela de derecho natural, Grocio, Puffendorf, Vattel, Burlamacchi, han desarrollado las ideas generales de libertad, de igualdad y de sociabilidad. Blackstone, que tomaba sus ideas de la Constitución inglesa, ha dado una noción muy precisa de los derechos del hombre: «Los derechos de la persona, considerada en su capacidad general, son *absolutos ó relativos*: absolutos, porque pertenecen en propiedad á cada hombre considerado como individuo ó persona particular; relativos, cuando los recibe en calidad de miembro de la sociedad, y son la consecuencia de las relaciones recíprocas de todos los miembros de una sociedad civil. Los derechos absolutos son los que los hombres heredan de la naturaleza y de los cuales todos deben gozar.» Otros autores han empleado las denominaciones de derechos *innatos y adquiridos, originarios y derivados* ú otros semejantes, para expresar siempre que en toda organización política y social es necesario salvar por todos los medios la integridad de la persona física y moral de sus miembros.

## CAPITULO II

### De la Familia.

Hasta casi en la primera mitad de este siglo se buscaba el origen del hombre en las cosmogonías. En 1847 la Sociedad de Anticuarios del Norte encargó á un geólogo, á un zoólogo y á un arqueólogo la exploración de algunas pequeñas colinas artificiales situadas en la orilla del mar, llamadas *Kjoekkenmoedding* y algunos pantanos de turbas, llamados *skoumosses*. Los doctos exploradores, que se llamaban Forchammer, Steentrup y Worsae, dinamarqueses, encontraron en aquellas colinas conchas, residuos de peces, huesos de pájaros y de algunos mamíferos, y también utensilios, instrumentos y armas de piedra groseramente tallada. En la turba después examinaron las diferentes capas geológicas con su flora respectiva, y de los utensilios y armas hallados dedujeron los distintos grados de civilización de aquellos primeros habitantes. Entonces Thompsen, después de los primeros descubrimientos, distinguió las tres épocas, de la piedra, del bronce y del hierro, á que posteriormente se dió el nombre de prehistoria. La edad de piedra que es la más antigua corresponde á la vegetación del pino; la de bronce ocupa el período entre la vegetación del pino y la de la encina; y finalmente la edad de hierro, la más moderna, es contemporánea del haya. Boucher de Perthes hizo otros descubrimientos importantes en el mismo año de 1847 en las canteras de arena en Abbeville, cerca de París, donde recogió muchos trozos de sílice más ó menos groseramente labrados, pero que conservaban las señales de la mano del hombre.

Estos descubrimientos hacían solamente suponer la existencia del hombre fósil; pero Boucher de Perthes tuvo la fortuna



de encontrar una mandíbula humana en Moulin Quignon, á lo que siguió después un sepulcro encontrado por los ingenieros del ferrocarril en Croc-Magnon, no lejos de la estación de Eyries, los cráneos de Furfooz, etc. Unas cuarenta localidades diseminadas por toda Europa, pero especialmente en su parte occidental, nos han dado hasta ahora cerca de cuarenta cabezas más ó menos completas y numerosos fragmentos de cráneos y otros huesos de la cara. Lund ha indicado en varias cavernas del Brasil algunas osamentas humanas mezcladas con huesos de animales, y también en el campo de los Auges, en California; en las demás partes del mundo no se ha encontrado nada de esto (1).

El naturalista Quatrefages en la más reciente edición de su célebre obra *La especie humana*, lo ha analizado y clasificado todo, admitiendo no sólo el hombre cuaternario sino también el terciario, que se cree encontró Capellini en las arcillas de Montoperto, cerca de Siena, y hasta la posibilidad del hombre de época secundaria, cuando existían otros mamíferos. Pero rechaza al hombre-bestia y toda procedencia del mono; pues no ha reconocido en todos los restos hallados sino los caracteres puramente humanos. De las armas, utensilios y huesos de animales deduce el estado social de algunas poblaciones primitivas, semejantes al de algunas tribus de Piel-Rojas. En los grabados y esculturas hallados en algunos pedazos de pedernal ó en la empuñadura de las armas, representando plantas y animales, se revela un gusto artístico bastante avanzado. En las sepulturas había algunas cabezas desdentadas, que revelan un extremo

(1) En 1700 el duque Luis Everardo, ordenando hacer excavaciones en un *oppidum* romano en Canstard, en los alrededores de Stuttgart, encontró un fragmento de cráneo humano entre huesos de animales; pero la geología y la paleontología no habían nacido aun, y no se concedió importancia alguna á este precioso fragmento. En 1857 se encontró en una caverna cerca de Dusseldorf un esqueleto completo; pero los operarios, no conociendo su valor, lo hicieron pedazos. En 1823 presentaron á Cuvier un hueso humano encontrado en el Gran Ducado de Baden, pero no le había dado importancia alguna.

cuidado por la vejez, y los objetos más queridos de los difuntos, que hacen pensar en una resurrección. Del conjunto de todas estas cosas deduce el autor que aquellas poblaciones vivían de la caza y de la pesca; pero eran ya sedentarias y comenzaban á poseer algunos animales domésticos; por lo cual han podido muy bien ser origen de las razas existentes; y de este modo llena el abismo que separaba al hombre prehistórico de la creación adámica.

Los mismos caracteres que separan al hombre del mono, hicieron que Quatrefages permaneciera fiel á la monogenia. Distinguiendo cuidadosamente la especie, la variedad y la raza para los seres orgánicos, funda la unidad de la especie humana sobre bases inquebrantables. «La especie, dice, es el conjunto de los individuos más ó menos semejantes, que pueden ser considerados como procedentes de una misma pareja, por una sucesión no interrumpida y natural de familias. Cuando la complejión de un individuo se exagera traspasando un límite bastante mal determinado y constituye un carácter excepcional que lo distingue de sus más próximos parientes, este individuo forma una variedad. Si, por último, los caracteres propios de una variedad llegan á ser hereditarios, tenemos una raza. La raza es, pues, el conjunto de los individuos semejantes pertenecientes á una misma especie, que han recibido y transmiten por vía de generación especial los caracteres de una variedad primitiva. De manera que la especie es el punto de partida; la variedad es un accidente, y cuando persiste y se reproduce, forma una raza. La generación especial entre los vegetales y animales de especies diferentes, que es muy rara y no duradera, produce los híbridos; la misma entre individuos de razas distintas, que es enteramente natural, produce los mestizos. Siendo las razas humanas indefinidamente fecundas entre sí pertenecen á la misma especie y descienden de una sola pareja.» Estos hechos, aunque corresponden á la Antropología, son de importancia capital para el Derecho.

La familia es un hecho primordial, como el tejido del organismo social. Se compone del padre, de la madre, de los hijos y de los demás parientes, y tiene por base un patrimonio, del que



en un principio formaban parte los esclavos y los servidores. Tiene su origen en el matrimonio; se sostiene mediante la patria potestad ó la tutela, y se perpetúa por la sucesión. Trataremos separadamente de estas tres instituciones.

## I

El matrimonio fué bien definido por el jurisconsulto Modestino: *Nuptiæ sunt conjunctio maris et fœminæ, consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio*. Esta definición contiene la parte natural, que consiste en la *conjunctio maris et fœminæ*; la moral, del *consortium omnis vitæ*, y la parte jurídica en la *divini et humani juris communicatio*.

A fin de que el hombre y la mujer puedan unirse eficazmente para la procreación de la prole, son necesarias algunas condiciones: 1.º La edad púber, que los romanos fijaron en los doce años para las mujeres y en los catorce para los hombres, y que, tanto en el Código civil francés como en el italiano es para las mujeres de quince años y para los hombres de dieciocho (1). 2.º Que no se celebre la unión entre parientes cercanos; y esto por razones fisiológicas, morales y políticas que no tienen ya necesidad de demostración. Entre los Romanos estaba prohibido el matrimonio en línea recta ascendente ó descendente, legítima, natural y adoptiva, hasta lo infinito; en la línea colateral estaba prohibido entre parientes de segundo grado, uno de los cuales descendía inmediatamente y el otro mediatamente de un tronco común; fué permitido entre hijos de hermanos y hermanas. La afinidad muy próxima servía de impedimento para el matrimonio, no estando permitido ni con la madrastra ni con la nuera y mucho menos con la cuñada ó hermana de la esposa, ó bien con la viuda de un hijo de su propia mujer ó con la viuda del marido de su propia madre. Los artículos 38 al 60 del Código civil italiano, conformes con los artículos correspondientes del Código

(1) El Código civil español, de acuerdo con nuestra antigua legislación, autoriza el matrimonio del varón mayor de catorce y de la mujer mayor de doce años (art. 83).—(N. DEL T.)

francés, disponen lo que sigue (1): En línea recta está prohibido el matrimonio entre todos los ascendientes y descendientes legítimos ó naturales y los afines de la misma línea. 2.º En línea colateral está prohibido el matrimonio: a) entre las hermanas y los hermanos legítimos ó naturales; b) entre todos los afines del mismo grado; c) entre el tío y la sobrina, la tía y el sobrino. Está prohibido el matrimonio entre el adoptante, el adoptado y sus descendientes; entre los hijos adoptivos de la misma persona; entre el adoptado y los hijos que nazcan al adoptante; entre el adoptado y el cónyuge del adoptante, y viceversa. El derecho canónico conserva la edad establecida por el derecho romano y prohíbe el matrimonio en la línea recta hasta lo infinito aun para la afinidad. Para la línea colateral no se detiene sino en el cuarto grado aun para la afinidad legítima y natural. 3.º Por último, la prole, uno de los fines esenciales del matrimonio, se requiere la potencia generadora, la cual debe ser inicial, excepto en los ancianos, los cuales buscan en el matrimonio más bien una unión espiritual (2).

Para constituir la parte moral del matrimonio (*consortium omnis vitæ*) es más que nunca necesario el consentimiento de los esposos, y para que éste sea más acertado se suele añadir el de los padres ó de quien haga sus veces. El derecho romano exigía el consentimiento de las personas bajo cuya potestad se hallaban los esposos, y, por tanto, el hijo emancipado estaba exento de él. Con la decadencia de la patria potestad se estableció

(1) El Código civil español prohíbe el matrimonio por razón de parentesco, entre ascendientes y descendientes por consanguinidad ó afinidad legítima ó natural; entre colaterales por consanguinidad ó afinidad legítima hasta el cuarto grado; y hasta el segundo si la consanguinidad ó afinidad es natural. Lo prohíbe también entre el padre ó madre adoptante.

(2) El derecho canónico no sigue la regla del derecho romano, adoptada también por el Código civil francés é italiano: *tot gradus quot generationes*. Establece la máxima: *tantos grados como distancias*; de manera que en la línea recta concuerda con el derecho civil, porque las generaciones corresponden á las distancias, pero en la colateral los hermanos están en primer grado, el tío y el sobrino, como los primos, en el segundo, y así sucesivamente.



la máxima de que el padre no podía negarlo sin motivo justo, y por una constitución de Severo y Antonino las autoridades públicas podían obligar al padre á dar el consentimiento pedido y á colocar á las hijas.

El Código francés mantiene la necesidad del consentimiento de los padres en el matrimonio de los hijos hasta la edad de veinticinco años y de las hijas hasta la de veintiuno. Pasada esta edad los hijos estaban obligados á pedir el consejo de los padres (ó de quien hacía sus veces) con tres actos, con un mes de intervalo cada uno, llamados *respetuosos*, hasta la edad de treinta años, y con un solo acto después de esta edad; y las hijas con tres actos hasta los veinticinco años, y con uno desde esta edad en adelante (art. 148 á 153). Las leyes civiles napolitanas, ya abolidas, mantuvieron con poca diferencia las mismas disposiciones, agregándoles la obligación para el padre de dotar á las hijas que habían llegado á la mayor edad. El Código civil italiano no exige el consentimiento de los padres para los hijos de veinticinco años y las hijas de veintiuno y suprime los actos respetuosos (1). Admite en el art. 67 que los hijos y las hijas mayores de edad puedan reclamar al Tribunal de apelación por la negativa de consentimiento por parte de los que hacen las veces de los padres premuertos, lo que perjudica mucho á la unidad de la familia.

No puede decirse que hay consentimiento si no es libre, y por esto se admite la acción de nulidad de matrimonio por parte del esposo que ha sufrido violencia. Lo mismo se dice del error, con tal de que recaiga sobre la persona, ó sea sobre la identidad y las cualidades esenciales que la constituyen. La ley positiva ha sido más cauta en materia de dolo, siguiendo el antiguo adagio: *en mariage trompe qui peut*. En efecto: no es presumible que nadie se deje engañar en un acto tan solemne de la vida.

(1) El Código civil español, inspirado en la legislación romana y en los respetos debidos á la familia, mantiene la necesidad del consentimiento paterno hasta la mayor edad, y pasada ésta, el consejo, cuya negativa demora tres meses el matrimonio. A falta del padre lo da la madre, en su defecto los abuelos, y en la falta de éstos el consejo de familia (art. 46).—(N. DEL T.)

En los pueblos europeos antiguos y modernos, ningún hombre podía poseer más que una sola mujer. El Cristianismo añadió: *quos Deus conjunxit homo non separet*, aboliendo el divorcio.

El protestantismo lo restableció retrocediendo de este modo al paganismo (1). Las causas del divorcio en las naciones protestantes, son: el adulterio, los atentados contra la vida y la salud, las injurias graves y los actos de sevicia, la condena á una pena reputada infamante, el abandono voluntario y una aversión invencible, causa que entre los católicos producen la separación personal (2).

Los mantenedores del divorcio dicen que es no conformarse con la realidad el mantener el vínculo material cuando el moral se ha roto. ¿Por qué privar al cónyuge inocente de las dichas de un nuevo hogar doméstico? A todos contesta victoriosamente Gioberti en su *Protología*: «El matrimonio—dice—en su ideal, es uno é indisoluble. En esto tiene la mayor fuerza posible. La unidad del matrimonio responde á la del amor; su indisolubilidad expresa la perpetuidad, la eternidad y la inmanencia del afecto amoroso. El matrimonio es el amor completo: interno y externo, privado y público, doméstico y civil, individual y social, profano y religioso. De la naturaleza del amor, considerado física y moralmente, puede deducirse asimismo que el divorcio y la poligamia son contrarios á la idea del matrimonio. Pero sobre todo, lo demuestra el amor del corazón. El amor es, por su naturaleza, indivisible y perpetuo. Las ideas de la unidad, de la exclusión, de la indisolubilidad son inseparables de la del verdadero amor. Quien lo niegue no ha amado nunca. Los celos for-

(1) Para la Iglesia de Oriente, véase la nota de la página 153 del tomo I.

(2) El divorcio es una cuestión muy debatida y envuelve un difícil problema social. Partidarios nosotros del Estado en cuanto afecta á la organización de la familia, respetando las creencias de cada uno, siempre que la ley se cumpla, creemos que hay mucho de moral en el divorcio, y que la separación personal nada resuelve, siendo muchas veces ocasión de escándalo y de perturbación de la paz doméstica.—(N. DEL T.)



man parte esencial del amor, porque no hay amor, unión de corazones y de sexos, sin unidad. El matrimonio es una armonía, y el divorcio y la poligamia son conflictos, desuniones, discordancias. El amor tiende hacia lo eterno; es un sentimiento que tiene algo de lo inmanente..... El divorcio, pues, se opone á la naturaleza del amor, no menos que la poligamia y la poliandria. Ciertamente que el corazón humano es inconstante; pero este es un vicio que debe refrenarse, y al cual no se debe tender la mano. Esto hace el matrimonio y la inconstancia es vencida por la santidad del verdadero amor. Es verdad también que cuando el matrimonio es obra del capricho, del interés, de la casualidad, de la violencia y no del verdadero amor, el divorcio puede parecer un mal menor y casi una necesidad; pero no debe imputarse este defecto á la naturaleza, sino á los hombres. En el mundo moral, como en el físico, un desorden produce ciento; pero no puede legitimarse un desorden porque sea exigido por otro desorden voluntario. La ley de naturaleza es bella, útil, sabia, pero sólo cuando se observa en todas sus partes, porque la ley y la virtud son puras. La unidad y la indisolubilidad unidas forman la unidad dialéctica del matrimonio. La poligamia y el divorcio son su sorística. La primera es una promiscuidad, el segundo un adulterio disfrazado.»

A estas palabras agregamos con gusto otras igualmente notables del jefe de los positivistas Augusto Comte: «Es fácil reconocer que para un gran número de personas el gran principio social de la indisolubilidad del matrimonio no tiene en el fondo más defecto esencial que el de haber sido dignamente consagrado por el catolicismo..... Sin esta especie de repugnancia instintiva, la mayor parte de los hombres sensatos comprenderían desde luego, que el uso del divorcio no podría constituir verdaderamente más que un primer paso hacia la total abolición del matrimonio» (1).

La *divini et humanis juris communicatio* se obtiene por la celebración solemne del matrimonio y por los efectos que de él se derivan. La celebración del primitivo matrimonio de los

(1) Véase *Cours de philosophie positive*, t. V, pág. 687, nota.

Romanos era enteramente religiosa y se verificaba en tres actos: *traditio, deductio in domum, confarreatio*. En el primero el padre entrega á la joven, quien abandona la casa paterna. En el segundo, es conducida á la casa del esposo en medio de una multitud de amigos que canta himnos religiosos, precedidos de una antorcha nupcial, y se detienen á la puerta de la casa del marido. Allí recibe el agua y el fuego, la primera que ha de servir para las funciones religiosas de la familia, y el segundo, como emblema de la deidad doméstica. El desposado finge entonces el robo de su esposa, á la que levanta en sus brazos sin que sus pies toquen en el suelo. Por último, la esposa, y éste es el tercer acto, es llevada ante el hogar donde se hallan los Penates, todos los dioses domésticos y las imágenes de los antepasados junto al fuego sagrado. Los dos esposos hacen un sacrificio, esparcen una libación, recitan algunas plegarias, comen juntos una torta de flor de harina (*panis farreus*), y queda realizado el matrimonio (1).

Posteriormente se introdujo una manera de contraer nupcias enteramente civil, la *coemptio*, esto es, la compra ficticia de la mujer, hecha por el marido. La *confarreatio* parece haber sido en su origen el matrimonio de las tribus sacerdotales; la *coemptio*, el de las tribus heróicas. *Coemptio vero certis solemnitatibus peragebatur; et sese in coemendo invicem interrogabant: an mulier sibi mater familias esse vellet; illa respondebat: «velle». Item mulier interrogabat: an vir sibi pater familias esse vellet; ille respondebat: «velle». Itaque mulier viro conveniebat in manum, et vocabantur hæ nuptiæ per coemptionem, et erat mater familias loco filie*. En fin, así como las cosas podían adquirirse ya por la *coemptio* ya por el *usus*, del mismo modo la propiedad ficticia de la mujer se podía adquirir por la cohabitación de un año sin la interrupción de tres noches (*trinoctium*), que llegó á ser la manera más frecuente de contraer matrimonio.

El cristianismo, desde el principio, elevó el matrimonio á sacramento; pero durante mucho tiempo la ley no exigió más que

(1) Véase Fustel De Coulanges, *La cité antique*, 3.ª edición. París, 1879.



las formalidades civiles. No obstante, Justiniano introdujo importantes restricciones en favor de la religión, y en el siglo IX, León el Filósofo proclamó claramente la necesidad de la bendición eclesiástica. La legislación canónica relativa al matrimonio, con pocas diferencias, estuvo en vigor en todos los Estados en materia de matrimonio hasta que los protestantes negaron á este acto importantísimo de la vida humana la cualidad de sacramento y lo abandonaron poco á poco al poder civil. La Revolución francesa, en la Constitución de 1791, elevó una barrera entre la ley civil y la canónica, haciendo puramente facultativa la bendición eclesiástica, principio adoptado en Bélgica, en Italia y en casi todos los Estados católicos.

Según los Códigos francés é italiano, la celebración del matrimonio tiene lugar ante el oficial del estado civil y en presencia de dos testigos (1). Hacemos votos, según hemos expresado en la Parte primera, capítulo I, por que se agregue á esto la sanción religiosa, salvo para los ateos y librepensadores, que lo declararán en un acta pública.

Los derechos y deberes de los esposos durante el matrimo-

(1) En España el matrimonio civil apareció con la ley de 18 de Junio de 1870. La Restauración del 74 trajo al poder al partido conservador, y éste, atropellando derechos adquiridos, deshizo familias creadas al amparo de aquella ley, que, caso inaudito, fué derogada por un Decreto del que no llegó á darse cuenta á las Cortes de la Nación. Por tal acto, quedamos al nivel de Rusia y de los Países Bajos, únicos pueblos donde el acto civil sólo existía para los disidentes del culto católico. El Decreto referido no se contentó con llegar á tanto, sino que exigía á los contrayentes una declaración previa de no ser católicos para poder casarse con arreglo á la ley de 1870. El Código civil novísimo sanciona el matrimonio civil: pero no como se halla establecido en Inglaterra, Francia, Italia, Suiza y Holanda, sino á semejanza del portugués, siendo la realidad del hecho el canónico que se celebra en la forma establecida por el Concilio de Trento, dando aviso los contrayentes al Juez municipal, para que por sí ó por delegación, concurra al acto y haga la inscripción civil del matrimonio en el Registro, desde cuyo momento surte efectos civiles. Mucho se ha censurado esta fórmula, que ha sido una transacción con Roma y que está llamada á desaparecer del Código.—(N. DEL T.)

nio fueron vistos por los más ilustres pensadores y sancionados por las leyes de todos los pueblos. Platón, en su *Banquete*, se eleva al amor ideal como impulso para la producción de lo bello en un hermoso cuerpo ó en un alma bella; pero ni en su *República* ni en las *Leyes* sabe hacer su aplicación al matrimonio. « Quien vé este bello, puro, cándido y sencillo, dice, que no es un vestido de carne humana, de colores y de varios ornamentos; pero que es conforme á lo bello divino, ese no quiere producir simulacros de virtud, porque toca la realidad. » Aristóteles, más cuidadoso de la realidad, encontró en la antítesis natural entre el hombre y la mujer un elemento de armonía en pro de la especie, y dice en su primer *Económico*: « La naturaleza del hombre y de la mujer los destina, por divina determinación, á una vida común; su naturaleza varía porque su fuerza no se adapta á las mismas cosas, sino hasta cierto punto á las opuestas, pero tendiendo al mismo fin; el hombre tiene una estructura más fuerte que la mujer, así que ésta es más prudente por temor, y aquél, por su valor, más apto para la defensa; el uno adquiere fuera lo que la otra guarda en el hogar. La madre gobierna, el padre educa á los hijos, y de este modo los esposos se completan el uno al otro, poniendo cada uno en común algo que les es propio. Su unificación se realiza para que puedan vivir y perfeccionarse gracias á la mútua cooperación. » El gran filósofo raya en lo patético cuando describe á la mujer, implorando el auxilio de los dioses Lares que la acojen en la casa marital, de donde se debe desterrar toda injusticia, y sobre todo, la de una unión extraña al matrimonio. Pocos, entre los modernos, se elevan á esta altura, exceptuando á Hegel y á Gioberti, habiéndose detenido la mayor parte en considerar el matrimonio como un simple contrato. Indicaremos de paso la utopía de la emancipación de la mujer, desarrollada por Saint Simon, que Jhon Stuart Mill se ha esforzado en hacer aceptable en su libro *La servidumbre de las mujeres*. Éste prescinde de las diferencias fisiológicas de los dos sexos, y atribuye la diversidad de sus aptitudes á la sola educación. Así desconoce la naturaleza y el destino ético de la bella mitad del género humano, y si la sociedad siguiera sus consejos, se vería desierto el hogar doméstico y agitada