

siempre la plaza pública. Al contrario, los Códigos francés é italiano se han atendido á las observaciones de los antiguos filósofos y á la experiencia de los siglos, consignada en la legislación romana perfeccionada por el Cristianismo, formulando del siguiente modo los derechos y los deberes de los cónyuges entre sí: «El matrimonio impone á los cónyuges las obligaciones recíprocas de la cohabitación, de la fidelidad y de la existencia. El marido es el jefe de la familia; la mujer sigue la condición civil del marido, toma su nombre y está obligada á acompañarlo á donde él crea oportuno fijar su residencia (1). El marido tiene la obligación de amparar á la mujer, de tenerla á su lado y proporcionarle todo lo necesario para las necesidades de la vida, en relación con sus medios. La mujer debe contribuir al sostenimiento del marido, si éste no tiene los medios suficientes..... La mujer no puede dar, vender bienes inmuebles, hipotecarlos, contratar, ceder, prestar fianzas sin autorización del marido. Si el marido niega esta autorización á la mujer, ó si se trata de un acto en el cual haya oposición de intereses, ó si ella está legalmente separada de su marido, ya por su culpa ó por culpa de él, ó por consentimiento mútuo, entonces será necesaria la autorización del tribunal civil.»

(1) El Código civil español (art. 56) impone á los cónyuges la obligación de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. El marido debe protección á la mujer y ésta obedecer al marido (art. 57). La mujer debe seguir á su marido á donde quiera que fije su residencia, pudiendo los Tribunales con justa causa, eximirle de esta obligación cuando aquél se traslade á Ultramar ó al extranjero (art. 58). El marido administra los bienes de la sociedad conyugal, salvo ciertas excepciones, y mediante condiciones determinadas cuando es menor de dieciocho años, y es el representante de su mujer que no puede sin su licencia comparecer en juicio, exceptuándose los criminales, cuando litiga con su marido, ó cuando se halla habilitada. Tampoco puede sin licencia, adquirir, enajenar ni obligarse fuera de los casos que la ley establece, siendo nulos sus actos, si no está autorizada. cuando no se trata del consumo ordinario de la vida, en cuyo caso son válidos; gozando, por último de los honores del marido, mientras no contraiga segundas nupcias (arts. 59 al 64).—(N. DEL T.)

Los principios constitutivos de la unión matrimonial deben regular también el patrimonio de los cónyuges. La comunidad universal de bienes representaría más á lo vivo la unidad moral durante el matrimonio; pero, ¿cómo distinguir lo que pertenece á cada uno en caso de disolución? En algunos países de Alemania, donde estuvo en uso esta comunidad, la mujer sucedía en un tercio y algunas veces en la mitad de los bienes del marido. Es preciso considerar que los bienes que la mujer aportaba consistían en un *buen equipo* y otros objetos muebles, á lo que se unían las adquisiciones hechas (siempre de muebles) durante el matrimonio. Tal fué el origen en el derecho consuetudinario francés, de esa especie de comunidad de bienes, relativa á los muebles y á las adquisiciones, así como á los frutos de los bienes inmuebles (llamados propios), conservada en el Código de Napoleón. En este régimen, el marido es dueño absoluto y la mujer no puede oponerse á ninguno de sus actos. «En una palabra, después de haber puesto en común sus muebles, los frutos de sus inmuebles y de su trabajo, todos los derechos de la mujer se reducen á la esperanza de dividir los beneficios, si los hay (1).» Este régimen es una sociedad de bienes, regulada por reglas particulares, de las que las principales son las siguientes: 1.<sup>a</sup>, los esposos pueden poner en común todos sus bienes muebles presentes y futuros, y los inmuebles adquiridos después del matrimonio. Pueden comprenderse también con cláusula de mobiliación, los inmuebles adquiridos antes; 2.<sup>a</sup>, la comunidad comienza, necesariamente, con el matrimonio, y termina con él, salvo el caso excepcional de separación de bienes; 3.<sup>a</sup>, el marido es, necesariamente, el administrador, y puede disponer del fondo social como de cosa propia; 4.<sup>a</sup>, para restringir este derecho exorbitante del marido, la mujer, en caso de mala gestión, puede pedir la destitución del gerente incapaz, hacer disolver y liquidar la sociedad, para salvar lo que pueda de sus bienes propios, que administrará por sí misma: esto es lo que se llama separación de bienes; 5.<sup>a</sup>, la mujer que no ha hecho nada para evitar la

(1) Véase Locré, vol. VI, *Exposé de motifs au Tribunal par Berlier*.



mala gestión de su marido, goza todavía del privilegio de sus- traerse á las consecuencias desastrosas, renunciando á la comu- nidad, esto es, perdiendo lo que confió al marido, para no con- tribuir al pago de las deudas por él contraídas; 6.<sup>a</sup>, también pue- de aceptar, bajo beneficio de inventario, esto es, tratar á la di- suelta sociedad como un heredero á una herencia dudosa; 7.<sup>a</sup>, an- tes de casarse, puede la mujer, por privilegio singular de la ley, estipular la readquisición franca y libre de lo que aporta á la sociedad conyugal, es decir, considerarse socia para las ventajas y prosperidades, y no obligada en caso ruinoso; y 8.<sup>a</sup>, los here- deros de la mujer gozan del mismo derecho de renunciar á la comu- nidad, de aceptarla simplemente ó á beneficio de inventario.

El régimen de la comunidad tiene mucha analogía con la so- ciedad en comandita, de que nos hemos ocupado en el tomo pri- mero. El marido es el gerente, responsable para con los terce- ros, y la mujer es socia comanditaria, que sólo arriesga lo que aporta, pudiendo estipular también ventajas especiales. De todas suertes, este régimen es un contrato *de confianza*; confianza de la mujer hacia el marido, á quien confía la administración y la libre disposición de los bienes de la comunidad; confianza de la ley ha- cia los cónyuges, que pueden juntos disponer de todo su patrimo- nio; confianza de los acreedores, cuya garantía alcanza al patri- monio del marido y los bienes de la comunidad y pueden hasta de- mandar la obligación de la mujer sobre sus propios bienes (1).

Diferente es el fin del régimen dotal que tiende á custodiar los intereses de la mujer y de la prole contra toda disipación po- sible del marido.

En el antiquísimo Derecho romano, no se encuentran huellas de este régimen. El padre, ciertamente, podía y solía hacer al- guna donación á la hija que se casaba, pero caía en manos del marido, como todo cuanto podía adquirir la mujer durante el matrimonio. En las Doce Tablas no se hace mención de la *dox* ó *rex uxoria*. Suele atribuirse la introducción de la dote á la ley Julia *De maritandis ordinibus*, y después fué distinguida en *pro- fetitia*, cuando la constituía el padre ó un descendiente, y en *ad-*

(1) Véase Jourdan, *Le droit civil français*. pág. 417, París, 1865.

*ventitia* si procedía de la mujer ó de otra persona. La dote sólo volvía á la mujer en caso de divorcio ó de muerte del marido, y en esta última hipótesis correspondía una parte de ella al padre de la viuda. La inalienabilidad del capital dotal fué, sin embar- go, reconocida, así como el derecho de demandar la restitución de la dote durante el matrimonio por mala administración del marido.

Las legislaciones modernas han conservado estos principios concediendo al marido el usufructo de los bienes dotales para ayudar á las cargas del matrimonio. El Código francés consagra la inalienabilidad de la dote, salvo en rarísimos casos, con per- miso de los Tribunales, como para sacar al marido de una pri- sión, para atender á la alimentación de la familia, para pagar deudas de la dotada ó de los dotantes ó para hacer reparacio- nes urgentes en el fondo dotal. El Código italiano ha sido más amplio permitiendo la enajenación de la dote, con sentencia del Tribunal, por causa de necesidad ó de utilidad evidente.

Estas tres legislaciones reconocen en la mujer casada la po- testad de tener bienes propios ó parafernales, cuya administra- ción y goce tiene, sin poder enajenarlos ni pleitear sobre ellos sin autorización marital, y, en caso de negativa, judicial. Ambos Códigos, francés é italiano, admiten en el régimen dotal una so- ciedad para las adquisiciones separables durante el matrimonio, que constituye el sistema racional autorizado por Ahrens, de una reserva inalienable asegurada á la mujer y de una compen- sación justa por su cooperación al bienestar de la familia.

## II

Constituída la familia por el matrimonio, es preciso para conservarla la autoridad de los padres ó de quien haga sus ve- ces y la obediencia de los hijos. La primera se llama patria po- testad en el primer caso y tutela en el segundo. Viviendo ambos cónyuges, la patria potestad es ejercida por el padre, y muerto éste, por la madre. Esta autoridad está establecida por la na- turaleza misma en interés de los hijos y todo el tiempo que sea necesaria, esto es, hasta que éstos lleguen á una edad en que



puedan gobernarse por sí mismos. Los padres deben mantener, educar é instruir á la prole, y cuando no tengan medios suficientes, corresponderá esta obligación á los ascendientes en orden de proximidad. En cambio, los hijos están obligados á suministrar alimentos á sus padres y á los otros ascendientes que lo necesiten y en algunas circunstancias á procurárselo entre sí, esto es, entre hermanos y hermanas.

La patria potestad se reduce para los padres al derecho de administración legal de los bienes de los hijos con el goce del usufructo, después de haber satisfecho las obligaciones indicadas, sin estar obligados á rendir cuentas, y al derecho de corrección, pudiendo obtener del magistrado la autorización de alejar al hijo de la casa paterna y su ingreso en un instituto de corrección por el tiempo que crea necesario, suministrándole los alimentos necesarios. La patria potestad puede concluir antes de la mayor edad del hijo, que las leyes italianas fijan en los veintiún años cumplidos, por la emancipación, que se consigue de derecho con el matrimonio y que puede obtenerse á los dieciocho, del padre ó de quien haga sus veces.

La patria potestad, cuando faltan los padres, se cambia en tutela. El derecho de nombrar tutor corresponde al cónyuge superviviente; de otro modo llega á ser tutor el abuelo paterno, y á falta de él el materno. Cuando no hay ascendientes, el tutor debe ser nombrado por un consejo de familia compuesto de los parientes más próximos y presidido por el magistrado local, que en Italia se llama pretor. La vigilancia de este consejo es más estrecha cuando la tutela no está ejercida por los ascendientes ya nombrados, extendiéndose á todos los actos de la administración. El menor que tiene dieciseis años puede asistir á las deliberaciones del consejo de familia con voto simplemente consultivo.

A la vez que hijos legítimos puede haber hijos naturales reconocidos. El respeto debido al matrimonio ha hecho disminuir la parte de éstos en la sucesión, como veremos más adelante; pero tienen el derecho y la obligación de los alimentos para con el padre que los ha reconocido, como también deben ser dedicados por éste á una profesión ó un arte. Los hijos adulterinos

ó incestuosos no tienen derecho más que á los alimentos, los cuales les serán señalados en proporción de los recursos del padre ó de la madre, y del número y de la calidad de los herederos legítimos, aunque la paternidad ó maternidad resulte indirectamente de sentencia civil ó penal ó de un matrimonio declarado nulo por bigamia, ó por vínculo de parentesco ó de afinidad en línea recta hasta lo infinito y en línea colateral hasta el segundo grado ó por explícita declaración escrita por los padres. Algunos escritores quisieran igualar la condición jurídica de todos los hijos nacidos fuera de matrimonio. Antonio Rosmini se muestra aun más avanzado. Citemos sus palabras: «Pero es bastante difícil determinar, según el derecho de razón, la sucesión de los hijos nacidos fuera de matrimonio. El padre, y en su defecto la madre, les deben los alimentos y la educación; ese es derecho de sangre. Pero si la madre está ya casada no tiene tal obligación, porque todo su haber pertenece á la familia del marido; antes bien, los mismos alimentos debe suministrarlos de modo que no perjudique á la familia á que pertenece. Pero no estando casada ó siendo única superviviente de la familia del marido, el vínculo de sangre determina la sucesión natural del hijo en los bienes poseídos por él. Si se casa con su cómplice, entra en la misma condición en que está una madre de familia para con sus hijos. Pero el hombre tiene las mismas relaciones y la misma sociedad con el hijo natural que con el legítimo. Por esto no es igual la condición de la mujer y del hombre en estas relaciones jurídicas; puesto que de lo dicho se desprende que, según el derecho natural, la madre adúltera que lleva á casa del marido un hijo espúreo, perjudica á los hijos legítimos; pero no así el padre adúltero, quien, según el derecho referido, debe mirar al hijo ilegítimo con el mismo amor paternal y admitirlo á la misma sociedad á que admite á los legítimos; salvo que el ilegítimo no debe participar de los bienes de la mujer legítima ofendida por el adulterio» (1).

Las indagaciones sobre la paternidad están prohibidas tanto á favor como en contra del hijo; por excepción se admiten en los

(1) Véase *Filosofía del diritto*, vol. II, § 1.540 y siguientes.



casos de raptó ó de estupro. También en esto ha dado el Código italiano un paso adelante, porque el francés no las permite más que en caso de raptó. Se desearía extenderlas al caso de seducción con promesa de matrimonio, abuso de autoridad y dolo en el tiempo de la concepción, mientras que ahora no se concede más que una acción de daño, sin consideración al embarazo y al parto.

El Código italiano ha conservado la institución de la adopción, que responde á la necesidad humana de perpetuarse, á lo menos ficticiamente (*adoptio imitatur naturam*) cuando no se tengan descendientes legítimos ó legitimados ni probabilidad de tenerlos. El adoptante debe tener cincuenta años cumplidos y exceder en dieciocho á la edad del adoptado, al cual no sucede en ningún caso, para alejar toda sospecha de interés. Los hijos adoptivos están asimilados á los legítimos.

En otro tiempo formaban también los criados parte de la familia; pero las costumbres han cambiado y éstos pueden considerarse como jornaleros sin lazo alguno con la familia.

### III

Fuerte es el vínculo jurídico que une el patrimonio á la persona, como se ha demostrado en los capítulos IV y V, parte primera. ¿Puede romperlo la muerte? El hombre, ¿no deja huella alguna de sí en las cosas exteriores? La sola existencia de la familia probaría lo contrario, y por esto desde los tiempos más remotos el patrimonio es heredado por la familia. *Heredes tamen succedores sui cuique liberi et nullum testamentum; si liberi non sunt, proximus gradus in possessiones fratres, patrum, avunculi.*

En Atenas la institución de heredero por última voluntad se verificaba bajo forma de adopción, como solía suceder en el derecho indio. En Roma la forma solemne del *testamentum in comitiis calatis*, que tenía necesidad del consentimiento y de la sanción del pueblo, nos demuestra que era una excepción. Con el transcurso del tiempo las curias no hicieron más que dar autenticidad á la expresión de la voluntad del testador, hasta que

le fué permitido disponer á su gusto por acto de última voluntad.

En tanto que la familia estuvo considerada como una asociación religiosa y política, el orden de sucesión llamaba á solos los agnados, ó sea á los parientes por los hombres, y, en su defecto, á los gentiles ó miembros de la *gens*; después, cuando llegó á ser una asociación natural, también participaron de ella los cognados ó parientes por las mujeres. Ahora está regulada la sucesión según las presuntas afecciones del difunto, en el siguiente orden:

1.º Los descendientes. 2.º Los padres solos ó en concurrencia con los hermanos y hermanas. 3.º Los demás ascendientes solos ó en concurrencia con los hermanos y hermanas. 4.º Los hermanos y hermanas solos. 5.º Los colaterales solos. 6.º Los hermanos y hermanas consanguíneos ó uterinos toman la mitad que los hermanos de unos mismos padres. 7.º Los hijos naturales reciben la mitad que los legítimos. 8.º El cónyuge supérstite tendrá en usufructo una porción igual á cada uno de los hijos, entre los cuales será designado, sin poder exceder al de la cuarta parte de la herencia. En concurrencia con los ascendientes tendrá en propiedad el tercio; con los colaterales hasta el sexto grado dos tercios, y pasado el sexto grado la totalidad. Este orden, adoptado por el Código civil italiano, según la Novela 118 de Justiniano es más lógico y natural. La condición de los padres ha sido mejorada por este Código, concurriendo á la sucesión juntamente con los hermanos y las hermanas por cabezas, puesto que en ningún caso la parte en que ellos suceden, ambos ó uno solo, es menor de un tercio, mientras que el Código francés concede invariablemente la mitad de la sucesión á los hermanos y hermanas si los dos progenitores sobreviven, y las tres cuartas partes si uno de ellos es premuerto. La parte que correspondería á los padres vivos se devuelve, en caso de faltar ellos, á los ascendientes próximos, mientras que el Código francés excluye á éstos. Solamente consideraciones políticas y económicas han hecho extender los grados de sucesión hasta el décimo grado (para el Código francés hasta el duodécimo), mientras que los lazos de parentesco no son casi reconocidos más que hasta el séptimo grado.



¿Puede una persona disponer por donación irrevocable entre vivos ó por acto de última voluntad de todos sus bienes? Las leyes de las XII Tablas prescribían de una manera absoluta: *Uti legassit super pecunia tutelave sua ita jus esto*. Esto no duró mucho, y el testamento fué combatido como *inofficiosum*, cuando lesionaba de un modo evidente los derechos de la familia, considerándose al testador como demente. A la *querella inofficiosi testamenti* siguió, bajo Alejandro Severo, la *querella inofficiosæ donationis*, de donde procede el principio de que nadie, por acto entre vivos ó por causa de muerte, pudiera privar á sus ascendientes ó descendientes y á sus hermanos ó hermanas de la cuarta que les habría correspondido si hubieran sucedido *ab intestato*. Justiniano elevó esta, que puede llamarse *portio legitima*, á la mitad de la sucesión, si los legitimarios fueran más de cuatro, ó á un tercio si fuesen menos. El Código francés limita la legítima á una mitad de la sucesión para un solo hijo (ó para los ascendientes de éste), á dos tercios para dos hijos, y á tres cuartos para mayor número. El Código italiano fija en la mitad de la sucesión la legítima para los descendientes y en un tercio para los ascendientes. La legítima del cónyuge supérstite, cuando hay testamento, consta siempre de mero usufructo en las proporciones antes indicadas sin traspasar nunca el tercio de la herencia; puesto que si el difunto deseaba mejorarle, pudo muy bien hacerlo en el testamento. El hijo natural toma la mitad de la legítima que le correspondería si hubiera nacido en el matrimonio. La parte debida al cónyuge y á los hijos naturales no produce disminución de la legítima correspondiente á los descendientes legítimos y á los ascendientes y de este modo es una sustracción de la parte disponible.

Se discute acerca de si la legítima representa los alimentos ó una parte de aquella propiedad común á la familia primitiva. Si representara los alimentos podría ser reducida á proporciones muy mezquinas. Ella es, por el contrario, una condición de existencia de la familia como la propiedad individual y el matrimonio indisoluble, y al mismo tiempo una memoria del tiempo patriarcal.

El estado patriarcal ha sido considerado como primitivo

hasta por la escuela positivista, como se ve en las dos obras varias veces citadas de Sumner Maine, *Ancien Law y History of the early institutions*. Este estado subsiste aún en algunos pueblos de la Europa oriental en cuanto á la organización de la familia. El profesor Bogesic ha estudiado á la familia campesina aún existente en Servia y entre los Slavos del Sur. Se llama *zadruga* la comunidad de esta familia que se compone de hermanos, primos y otros parientes más próximos con mujeres é hijos. Llámase *inokostina* la compuesta únicamente del marido, la mujer y los hijos. Por restricciones sucesivas una *zadruga* puede ser reducida á *inokostina*, pero ella renace á medida que crece el número de personas que la componen. Son dos fases de la familia campesina. El espíritu de comunidad es tan general, que si una *zadruga* por divisiones ó muertes sucesivas ha sido reducida á *inokostina*, las reglas de la *zadruga* son puestas en vigor apenas aumenta el número de componentes.

Algunos han intentado avanzar más aún, como Bachofen, Mac Lennan, Morgan, cuyos trabajos han sido compilados y coordinados por Giraud-Teulon en una docta monografía titulada: *Les origines de la famille, questions sur les antécédents des sociétés patriarcales*. He aquí sus conclusiones: «El primer aspecto con que se presentan las sociedades primitivas es el de las multitudes y no el de la pequeña familia patriarcal. En el seno de estas multitudes el parentesco individual es desconocido en su origen: los individuos están afiliados al grupo en su conjunto, á la horda entera; el niño tiene por padre á todos los padres de la comunidad, y, cosa aun más repugnante á nuestros sentimientos, no conoce á una sola mujer por madre, puesto que todas las mujeres de la horda lo consideran indistintamente por hijo. Después de una noche cuya duración no puede calcularse, el género humano, saliendo como de una materia al estado difuso y sin organismo, manifiesta una tendencia á la individualización, tendencia que parece haber sido la ley de su desarrollo; las multitudes parece que se rompen y pequeños grupos se aíslan más ó menos de la horda para comenzar á vivir con una existencia particular. Entonces se desarrolla el principio de la familia; el matrimonio, esto es, la unión más ó menos duradera



de un mayor ó menor número de individuos, llega á ser un hábito ó una necesidad en las comunidades primitivas; surge la noción de parentesco, pero limitada en un principio á sólo los parientes por las mujeres; la primera familia se inicia agrupándose alrededor de la madre, no del padre; en estos grupos de consanguíneos, el tío materno ejerce con frecuencia el oficio de patriarca y los bienes pasan en línea colateral del hermano de la madre al sobrino.»

El amor entre padre é hijos, según los autores citados, parece más bien una conquista de la civilización que un fenómeno inmutable de la historia natural y del género humano. La filiación masculina y la noción de paternidad no se manifiestan sino después de la constitución de una propiedad particular. En las mismas lenguas arias, por ejemplo, en el sánscrito, el padre, como engendrador, era llamado *ganitar*, y como propietario *pitár*. Establecido el matrimonio se confundieron las dos nociones de propiedad y paternidad.

¿De dónde sacaron esta doctrina los citados escritores? La dedujeron de algunos pasajes de autores antiguos y de algunas observaciones de viajeros modernos sobre los pueblos salvajes, así como del principio de evolución que procede de lo homogéneo á lo heterogéneo. A los pasajes de autores antiguos nosotros podemos oponer volúmenes enteros de historias y de leyendas; á las observaciones de viajeros contestaremos que son hechos particulares que dependen de la decadencia de algunas razas, y combatiremos el principio de evolución con los argumentos expuestos en los *Prolegómenos*.

Queriendo dar mayor estabilidad al orden social, Le Play ha dedicado sus estudios á la familia, en la cual distingue tres tipos: dos extremos, la familia patriarcal y la variable y uno intermedio, al que llama familia-tronco. En la familia patriarcal el padre, como hemos visto, está siempre rodeado de sus hijos, aun los casados, y ejerce una autoridad muy extensa sobre ellos y sobre su prole. Excepto algunos objetos muebles, las propiedades quedan indivisas entre todos los componentes de la familia. La familia variable predomina entre los operarios por efecto del nuevo régimen industrial y se propaga entre las clases ri-

cas por varias causas, entre otras la división obligatoria de los bienes. Por esto propone: primero, que los padres tengan libertad de testar hasta la mitad de sus bienes (esto existe en el Código italiano); segundo, que los artículos 826 y 832 del Código francés sean modificados (artículos 987, 994, 1.048 y 1.038 del Código italiano), facultando al padre para dejar un fundo entero al coheredero que á su juicio pueda cultivarlo mejor y compensar á los otros de otra manera, facultad que creemos tienen los ascendientes bajo las condiciones establecidas en los dos Códigos. El mismo Le Play quisiera que se permitiese ampliamente las indagaciones sobre la paternidad á fin de proteger mejor á la mujer; pero nosotros creemos que no se puede separar del caso de seducción como hemos indicado más arriba.

Nosotros hacemos votos por la supresión del art. 67 antes citado, y por la modificación del art. 63, el cual no exige el consentimiento de los padres para el hijo que haya cumplido los veinticinco años y la hija mayor de veintiuno, volviendo al sistema francés ya mencionado.

Reforzaría también á la familia la abrogación de la segunda parte del art. 900, en la cual se declaran privadas de efecto todas las sustituciones aun en primer grado, haciéndose, por el contrario, restablecer el sistema francés, en otro tiempo en vigor en el reino de las Dos Sicilias, respecto á la restitución pupilar.

No nos atrevemos á invocar el restablecimiento de la desheredación, existente en todos los Códigos de la Península, por ser de difícil aplicación.