

puede exigir que la buena fe de uno se iguale á la mala fe del otro, también es evidente que una misma relación no puede ser *ilegitima* para uno de sus términos personales y *legitima* para el otro, contra los principios ineludibles de su *unidad é indivisión*. Esto no se opone, por moral y justa estimación de esas distintas circunstancias, al reconocimiento de ciertos derechos ó á la imposición de especiales responsabilidades de carácter reparatorio ó punitivo, ni á que se juzguen con el variado criterio de la aparente legitimidad de aquella cohabitación, con el cual fueron constituidas, ó con el de la declarada ilegitimidad de la misma, algunas relaciones de carácter accidental ó no esenciales en el matrimonio—que después se declaró nulo—como las que pudieron producir entre los cónyuges, ó de éstos ó de alguno de ellos para con terceras personas, determinados hechos ó influjos del supuesto estado matrimonial en la aptitud civil de los tenidos por cónyuges legítimos; tales como ciertas donaciones, los casos de representación conyugal, simulación é incapacidad relativa contractuales, etc., cuyo diferente criterio de solución, aplicable al caso, dependerá de una multitud de circunstancias peculiares del mismo, ó al menos de cada grupo de ellos, según su naturaleza.

24. Por lo que hace á la cohabitación *ilegitima* al principio y *legitima* después, por la *legitimación* realizada en virtud de subsiguiente matrimonio, el criterio de *plena retroactividad* respecto de la condición *legitima* de la prole no encuentra resistencias justificadas, por la integridad del vínculo de la filiación que impide que ésta, siendo un mismo lazo, subsistente desde el nacimiento, se repunte en un tiempo determinado como *ilegitimo* y en otro como *legitimo*. No ocurre así en el orden de las relaciones de los cohabitantes, anteriores á la *legitimación*, ya entre sí, ya respecto de terceras personas, puesto que no existe la misma causa de *indivisión* del concepto y *unidad* de la relación, y además, no puede juzgarse de lo *jurídico* y menos de lo *legal*, con igual sentido que de lo *moral*. Las condiciones de la cohabitación ilegítima, respecto de la moral, las purifica la *legitimación* para lo sucesivo, porque moraliza la relación sexual; con las *legales* no ocurre lo propio, porque no miran sólo al elemento *subjetivo* de la intención, como las *morales*, sino que demandan circunstancias *objetivas* de *positiva* determinación en el mundo exterior, que tuvieron y tienen una *realidad* invariable para los únicos influjos estimables de un orden moral y para los hechos fuera de la ley del tiempo de su verdadera existencia como tales *realidades*. Así, por ejemplo, los contratos que antes del matrimonio que legitimó la cohabitación ilegítima pudieron celebrar entre sí los cohabitantes, no deberán ser juzgados por la ley social como afectados del vicio de nulidad, producto del obstáculo legal de *unidad de persona*, que entonces aun no existía.

ART. III

RELACIONES DEL DERECHO DE FAMILIA CON LAS OTRAS RAMAS DEL DERECHO CIVIL

25. Comparando los derechos civiles de *familia* con los *otros derechos civiles ó patrimoniales*, nacidos de la *propiedad*, de la *contratación* y de la *sucesión mortis causa*, pueden apreciarse las siguientes diferencias:

1.^a Por su diferente RAMA jurídica.

Los derechos *patrimoniales* constituyen todos reunidos en esos tres órdenes de relaciones jurídicas—derechos reales, de obligación y sucesorios *mortis causa*—el *Derecho privado*.

Los derechos de *familia* dan lugar ellos solos á una *rama* jurídica especial, el *Derecho de familia*.

Ambos reunidos integran la composición del llamado, convencionalmente, DERECHO CIVIL.

2.^a Por sus ESFERAS jurídicas.

Respecto de los derechos de *familia*, por ser ésta una persona *social*, existen dos esferas jurídicas bien manifiestas y abundantes ambas en *contenido*, dentro de las que aquéllos viven y se gobiernan: la del que podemos llamar *Derecho interno* de la familia, y la del *externo y social-nacional*, que no puede condicionar todos los aspectos de la vida familiar, quedando reservados muchos de ellos para aquel *Derecho interno* de la familia, según se deja expuesto (1).

En cuanto á los derechos *patrimoniales*, aparte la del *natural*, fundamento de todo orden jurídico, no cabe establecer como necesaria esta distinción de esferas jurídicas *interna* y *externa*, atendida su naturaleza, porque el que su sujeto sea ó no persona *social*,—lo cual, si no es imposible, no es lo ordinario,—constituye tan sólo un accidente.

3.^a Por el ORIGEN de la relación jurídica.

La relación productora de derechos *patrimoniales*—reales, de obligación y sucesorios *mortis causa*,—se constituye mediante un acto jurídico, singular y determinado—modo de adquirir un derecho real, contrato y sucesión testada ó intestada,—y tienen *siempre* aquéllos el carácter de *derivativos* ó *adquiridos*; es decir, cada derecho de los de esta clase se deriva de una relación jurídica especial, y ésta de un acto concreto é independiente de los demás que originen los derechos patrimoniales indicados.

La relación productora de derechos de *familia* tiene su origen y causa primaria en la misma naturaleza humana, dentro del natural supuesto de hecho, por razón de la dualidad del sexo, de la limitación temporal de la vida, de la debilidad de la edad y de la incapacidad, que

(1) Núms. 2 á 6 de este capítulo.

dan lugar, respectivamente, al *orden conyugal*, á la *generación* y á la *patria potestad y tutela*; y, en su mayoría, producen derechos *naturales* —de alimentos, protección, instrucción, autoridad, obediencia, mutuo auxilio, fidelidad, representación, etc.;— pero pueden ser también *derivativos* ó *adquiridos*, aunque sobre la base *natural* de la familia, como los que nacen de la dote, gananciales, peculio, etc., por virtud entonces de la causa próxima de un acto jurídico para su nacimiento, como en los patrimoniales; mas con la diferencia de ser necesaria la previa existencia del *orden familiar* en que únicamente pueden sobrevenir y mantenerse: esto es, los *derechos de familia* tienen un origen unitario y único, y no el fraccionario y múltiple de los llamados *patrimoniales*, derivándose todos aquellos del solo hecho del matrimonio, como *base y origen* de todos los ulteriores desarrollos del orden familiar.

4.^a *Por la NATURALEZA de la relación jurídica.*

Los derechos *patrimoniales* son producto de relaciones *voluntarias*, singulares, concretas y determinadas, ya reales, ya de obligación, ya de sucesión *mortis causa*.

Los derechos *de familia* son producto de una libre y entera relación vital, comprensiva de múltiples y *necesarias* relaciones *personales* y *morales*, y también de algunas *voluntarias* y *patrimoniales*, que tienen en las primeras su causa remota de *origen* y la próxima de su constitución en hechos y accidentes que se incorporan á aquéllas.

5.^a *Por el OBJETO de la relación jurídica.*

Los derechos *patrimoniales* tienen por *objeto* una cosa material ó un derecho real en ella constituido—*reales*—ó una prestación personal de cosas ó servicios—*de obligación*—ó la universalidad de cosas ó de derechos en ella comprendidos—*de sucesión mortis causa*, por herencia ó legado—apreciable y sustituible *pecuniariamente*; y su *objeto* es de libre determinación por las partes.

Los derechos *de familia* tienen su *objeto* en los mismos términos personales de la relación, en cuanto llevan dentro de sí la materia de las prestaciones, de sentimientos, hechos y servicios de asistencia, etc., á que la misma relación familiar les somete. En la *conyugal*, porque es unión física y espiritual de los cónyuges para constituir *una nueva personalidad*; en la *paterno-filial*, porque así lo revela el mismo vínculo de la *generación* y los derechos y deberes que recaen directamente en las personas de los padres respecto de los hijos y viceversa; en la *parental*, por análogas aplicaciones á la tutela, consejo de familia, etc.

6.^a *Por el CONTENIDO de la relación jurídica.*

El de la relación productora de los derechos patrimoniales, nacidos de la propiedad, de la contratación y de la sucesión hereditaria, es más singular, especial y aun determinado por las partes, y por consiguiente, *voluntario* y hasta susceptible de mayor *variedad* en cada relación patrimonial, por virtud de la autarquía civil individual.

El de la relación productora de los derechos *de familia* es *natural* y *predeterminado* en la mayor parte de los casos, y sólo en algunos,

más ó menos modificado ó adicionado con la constitución de otras relaciones sucesorias y patrimoniales, por la voluntad individual de los términos personales de la relación familiar.

7.^a *Por el FIN de la relación jurídica.*

En los derechos *patrimoniales* parece predominante, como *fin* de la relación, el interés particular, ó individual, *lo tuyo* y *lo mío*, determinado por el arbitrio de las partes en cada caso; si bien, es claro, dentro de los moldes *generales* de la ley social, y sin que para el orden social mismo pueda ser indiferente el cumplimiento de los fines especiales de cada uno de los derechos patrimoniales.

En los *de familia* el *fin* de la relación no es sólo el interés particular de un miembro de la familia—padre, hijo, cónyuge, hermano, pariente,—sino también el interés colectivo familiar, y, en cierto modo, el nacional, social y humano; siendo la relación familiar *necesaria* en sus *fin*es.

8.^a *Por la SANCIÓN de la relación jurídica.*

Los derechos *patrimoniales* pueden ser casi en su totalidad objeto de coacción por la ley, y encuentran siempre, mediante ella, formas de cumplimiento en el resarcimiento ó indemnización pecuniarios, como *equivalente jurídico*.

Los derechos *de familia*, por el contrario, se cumplen por el equivalente pecuniario en muy contadas aplicaciones, y la ley social tiene que prescindir de coaccionar, y ha de dejar sin sanción, muchas relaciones de las que forman el *contenido* de la vida familiar, por falta de medios adecuados y eficaces para ello.

9.^a *Por la INFLUENCIA de los derechos de familia en los otros civiles ó meramente patrimoniales y viceversa.*

Los derechos *patrimoniales*—reales, de obligación ó sucesorios *mortis causa*—no influyen en los de familia, cuyas relaciones son en su mayoría predeterminadas y ajenas á toda influencia de la propiedad, de la contratación ó de la sucesión; porque dichas relaciones de familia son siempre esencialmente las mismas, con más ó menos patrimonio, con unos ó con otros derechos patrimoniales.

Los derechos *de familia*, en cambio, influyen de modo considerable en los *patrimoniales* de las personas, desde que éstas se casan, procrean, nacen ó, en general, forman parte de una familia; y no se desenvuelven tan sólo según las reglas generales del Derecho privado, sino que salen, en cierto modo, de ese molde general, y se los somete, en determinada medida, al influjo de un criterio especial, á virtud de la influencia modificativa que en ellos ejerce, por adición ó por excepción, el hecho familiar.

23. En suma: el *Derecho patrimonial* se refiere á un aspecto parcial de relación de la *personalidad* con la *realidad*—con las cosas apropiadas—en el concepto de *bienes*; y el *Derecho de familia* se refiere á un orden íntegro y total de una personalidad *específica*; la *personalidad de la familia*.

27. Declaremos, finalmente, que la expresión del concepto racional y principios que sirven de fundamento á cada una de las instituciones jurídicas familiares, la exposición de su peculiar *Derecho científico*, corresponde al momento de su particular examen en los sucesivos capítulos de este volumen.

SECCIÓN SEGUNDA

LA FAMILIA Y EL DERECHO DE FAMILIA EN SU CONSIDERACIÓN
HISTÓRICA GENERAL

CAPÍTULO III

SUMARIO.—La familia y el Derecho de familia en los tiempos prehistóricos.

Art. I. *Razón de plan.*

Art. II. *Teorías matriarcales.*—2. Punto de partida común á estas teorías.—3. Principales escritores acerca de esta materia y resumen de sus opiniones.—4. Teoría de Bachofen.—5. Teoría de Morgan.—6. Teoría de Mac-Lennan.—7. Del escritor español Sr. Sales y Ferré.

Art. III. *Teoría patriarcal.*—8. El patriarcado según la teoría de Sumner Maine.

Art. IV. *Nuevas doctrinas críticas acerca de la familia primitiva.*—9. Doctrinas de Starcke.—10. Idem de Westermarck.—11. Conclusión.

ART. I

RAZÓN DE PLAN

I. Aunque traspasando algo los límites *usuales* de obras de la índole de la presente (1), pero sin otros fines que los de mero *preliminar* metódico, y no de fondo esencial y propio, además atendida la importancia y complejidad de la *familia* y de su *Derecho*, tesis de este volumen según el *civil español*, no parece lícito, en el estado actual de la ciencia, dejar de hacer mención de la existencia de una multitud de *teorías modernas* que—prescindiendo de la tradicional y prestigiosa fundada en los textos de la Biblia, que considera, según es sabido, á la sociedad humana como producto de la pareja primitiva formada por los primeros padres Adán y Eva, cuya descendencia se ha desenvuelto constituyendo progresivamente órdenes sociales más extensos que llegaron á denominarse de muy distinto modo (2)—aspiran á darse cuenta del desarrollo y evolución social, tomando como punto de partida la existencia

(1) Respecto de las aplicaciones que de ella puedan hacerse á la enseñanza, es evidente que de este pormenor ha de prescindir ó, á lo sumo, limitarse á más concretas indicaciones de mero resumen, lo mismo que en otros aspectos de este libro, el Profesor del Derecho civil español, ya que eso, que en los reducidos límites y práctica de la oficial es discreto, bien entendido y necesario, sería en nosotros, al escribir acerca de este asunto, una deficiencia censurable.

(2) γεινοί, ó gens., fratria, curia, tribu.