

mésticos es sagrado; por esta razón se permite á la mujer unirse á otro hombre para procrear un hijo (1).

Entre los miembros de la familia existía la mayor solidaridad, contribuyendo á ello el hecho de que el poder social debía estar poco centralizado. «Es preciso tomar, dice Tácito, tanto las enemistades como las amistades del padre y del pariente, y no se hacen eternas: un homicidio se paga con cierto número de animales mayores ó menores, y así toda la familia queda contenta (2)». Estamos, por consiguiente, todavía en el sistema de las compensaciones privadas por asuntos que interesan á los particulares, entre cuyos asuntos se hallan también, según la manera de ver las cosas entonces, los homicidios individuales. Pero, en cambio, esto mismo venía á afirmar el sentimiento de defensa de los débiles, como las mujeres, los niños y los viejos. El mundo era un derecho, pero al propio tiempo era un deber; los débiles siempre encontraban protección y defensa, y la austeridad de costumbres no permitía al padre abusar de su potestad.

129. El derecho feudal creó un sistema de familia que no tenía por base la solidaridad ni la igualdad, sino más bien una diferencia entre los miembros de la familia, lo cual trajo consigo celos y envidias, á causa de los odiosos privilegios de la primogenitura y de los mayorazgos. Además, dada la organización feudal, lo mismo que en los derechos de persona había una rígida distinción entre las diferentes clases sociales y aun entre las diferentes especies de nobleza, esto mismo tenía lugar con relación á los derechos de familia; así que, no solamente los siervos no podían casarse más que con otros siervos del mismo señor, sino que entre los mismos no-

(1) Tácito: *Germania*, 13.

Cuando se turbaba la paz de la familia, ésta se congregaba, y tomando las armas, comenzaba una guerra que se consideraba como sagrada, porque con la paz de la familia se turbaba también la paz de los Númenes. Si un miembro de la familia mataba á otro, el matador era considerado como una bestia feroz, y podía ser muerto impunemente. Si, por el contrario, un miembro de la familia había sido ofendido por una persona extraña, el hacer suyas las amistades y las enemistades del padre era un deber del pariente, y la ofensa hecha á uno se consideraba hecha á todos. (Schupfer: *Obra citada*, pág. 5.)

(2) Tácito: *Germania*, 21.

El sistema de la solidaridad doméstica era tal entre los germanos, que ningún miembro de la familia podía separarse de ella, y cuando en el siglo v la ley sálica permitió esta separación (la cual debió considerarse como una innovación radical con respecto al antiguo derecho), se establecieron largas y solemnes formalidades sobre el particular. (*Lex Salica*, l.x.) (Consúltese Fustel de Coulanges: *Obra citada*, página 230-231.)

bles el matrimonio no podía celebrarse más que entre individuos que tuviesen el mismo grado de nobleza.

Sin embargo, en las familias populares, gracias á las ideas germánicas armonizadas con las cristianas, comenzó á desarrollarse otro sistema de familia, en el cual se encuentra, á nuestro juicio, la base de la familia moderna. En efecto, entre aquellos que sufren igualmente y que igualmente trabajan, hubo de producirse necesariamente una cierta comunidad en las adquisiciones; lo cual debía llevar consigo el verdadero reconocimiento de los vínculos domésticos y de los sentimientos de familia y el desarrollo del trabajo desinteresado. La familia, pues, vino á consolidarse definitivamente, no ya entre aquellos que están sometidos al poder arbitrario del jefe de la misma, sino entre aquellos que se hallan unidos por los más firmes vínculos de la sangre y de los afectos. La solidaridad, en el sentido de auxilio mutuo, se hace necesaria, sin que continuasen las enemistades entre las familias, porque para hacer respetar el derecho estaba el poder social. El padre de familia representa á los miembros de ésta que, por su edad ó por causa de inexperiencia, no pueden presentarse en juicio, así como también obra en interés común. Pero repetimos que sólo se iban echando los primeros gérmenes de la familia moderna, porque no había ninguna ley constituida que determinase los derechos y los deberes de los miembros de la familia, y á veces la arbitrariedad del señor feudal era ley para sus subordinados.

130. En la época municipal se fué abriendo camino la familia burguesa; y en el derecho consuetudinario que durante esta época se formó, se distinguieron perfectamente la autoridad doméstica y la social. En diferentes estatutos se lee que los padres podían aplicar á sus hijos castigos moderados que no les ocasionasen la pérdida ó la debilidad de algún miembro (*St. Cenetæ*, III, 18), como así bien que se podía encerrar al culpable en la cárcel pública (*St. Alexandrin*, IX, 279, *Bolonia*, V, 2, 55) (1). Además, cuando se constituyó el municipio y se restringió el concepto de la familia á aquellos que estaban unidos por los más íntimos vínculos de la sangre, la comunión doméstica se conservó durante varias generaciones, lo cual se llamaba *vivir juntos con un pan y con un vino*. Especialmente en Venecia y en las ciudades sometidas á la república, muerto el padre, los hermanos y sus hijos conservaban de de-

(1) Pertile: *Obra citada*, III, pág. 243.

recho la comunidad, hasta que alguno de ellos pedía la separación, la cual no podían negar los demás cuando alguno la pidiera. La administración se ejercía en común, y la llevaban los mayores de edad, cada uno de los cuales podía obligar á los demás con sus propios actos (1).

El matrimonio iba adquiriendo cada vez más importancia, bajo el influjo del derecho canónico, por cuanto al vínculo civil se añade el vínculo religioso y la indisolubilidad del matrimonio. La meta germánica, el méfio, el *prætium mundi*, que recuerdan el tiempo en que la mujer era comprada, fueron aboliéndose poco á poco y sustituyéndose con la *donatio propter nuptias*, y luego con la contradote ó *antefatto*. Esta contradote no tenía nada que ver con el *prætium mundi*, sino que era un aumento de la dote; porque la mujer que se casaba llevaba su dote, que era precisamente la dote romana. En efecto, el régimen matrimonial de la época de los comunes parece fundado en parte sobre las ideas romanas y en parte sobre las ideas germánicas. La institución de la dote deriva naturalmente del derecho romano. Mas como todavía dominaban en gran parte las ideas agnaticias y nobiliarias del feudalismo, esta dote consistía sólo en algunos objetos muebles, cierta suma de dinero y el ajuar. Por lo tanto, para compensar la escasez de la dote, se creó el antehecho, que era un aumento de la dote que hacía el marido, y al cual estaba obligado por algunos estatutos (2); mas este antehecho fué disminuyendo á medida que aumentaba la dote. Además, el antiguo morgengabe que los germanos entregaban á la esposa virgen como precio de la perdida virginidad (*prætium virginitalis*), se transformó en asignación vidual, esto es, en una asignación que se hacía á la mujer para su sostenimiento en el caso de que se quedase viuda. En algunos países, el antehecho y el morgengabe se fundieron y dieron lugar al *dotario* (*dotarium, vidualitium, douaire*), que era también una asignación hecha para el caso de viudez de la mujer. Había también estatutos que establecían un dotario legal (3). Todas estas precauciones fueron necesarias para

(1) Pertile: Obra citada, III, pág. 213-214.

(2) Así, en el estatuto de Florencia y en las leyes de Luca, el antehecho legal se elevaba hasta la mitad de la dote (*Statuta Florentiae*, II, 61); y en los estatutos de Sassari á un tercio (*Cod. de los Estatutos de Sassari*, I, 104), etc.

(3) Así, las costumbres de París y de Orleans disponen que sea el usufructo de la mitad de los bienes del marido (*Coutume de Paris*, art. 248; *Coutume d'Orleans*, art. 218); las de Bretaña, Normandía y Poitou, un tercio (*Coutume de Bretagne*, art. 455; *Coutume de Normandie*, art. 317; *Coutume de Poitou*, art. 256), etc.

realzar la condición de la mujer y asegurarla un equitativo bienestar en caso de viudez. Por otra parte, el régimen de bienes entre los cónyuges, que tuvo su nacimiento en las modestas familias de los siervos de la gleba y de los *routuriers* de la Edad Media, alcanzó mayor desarrollo en la época de los comunes y por medio del derecho estatuario. De esta suerte se originaron diferentes formas de comunión de bienes entre los cónyuges, todas las cuales sirvieron poderosamente para estrechar más cada vez el lazo matrimonial, para hacer desaparecer las desigualdades entre los cónyuges y para desarrollar el trabajo desinteresado y los afectos domésticos (1).

Pero para estrechar más y más los vínculos legítimos, era preciso combatir el concubinato. Los estatutos se opusieron al concubinato mientras durase el matrimonio, pero permitieron tener una concubina á falta de mujer legítima. No se permitía más concubinas de una, ni que se tuviese por concubina á una meretriz (2). La Iglesia contribuyó á la abolición del concubinato, si bien en un principio lo toleró dentro de ciertos límites (3). Después, las mismas leyes civiles prohibieron toda clase de concubinato (4).

Por último, en lo que se refiere á las relaciones entre padres é hijos, encontramos en la época de los estatutos una mezcla de la

(1) Esto no obstante, la autoridad marital era grande en la misma época municipal. «Aun cuando la potestad marital—dice Pertile—debió necesariamente encontrar sus limitaciones con el desarrollo de la civilización y el derecho, sin embargo, durante bastante tiempo continuó comprendiendo, no sólo un moderado poder primitivo sobre la mujer, sino hasta el derecho de matarla si hubiese sido sorprendida en adulterio. Según nuestros estatutos, la mujer, sin el consentimiento del marido, no podía enajenar nada de sus cosas dotales ó extradotales, ni contraer obligaciones, ni aun adquirir una herencia ó repudiarla. Con mayor razón le estaba prohibido el ejercicio del comercio; porque si el marido la hubiese autorizado para ejercerlo, quedaba obligado hasta con sus propios bienes á responder de todas las deudas que la mujer hubiese contraído mediante aquel ejercicio... El marido tenía, además, la administración de todos los bienes de la mujer, y hacía suyos los frutos de éstos; tenía la representación de aquélla en juicio, y sin su permiso, la mujer no podía ejercitar ante los tribunales ninguna acción contra terceras personas. A tal punto llegaban las cosas, que algunas leyes no permitían á la mujer sustraerse á esta potestad aun cuando el marido hubiese abusado de ella.» (Pertile: Obra citada, III, pág. 270).

(2) Stat. Niciæ, pág. 118.—Stat. Vercell., 1233.—Ant. duc. Mediol. decr., página 129. (Consúltese Pertile: Obra citada, III, pág. 325.)

(3) En efecto, en el Decreto de Graciano, se lee: *Qui non habet uxorem, et pro uxorem concubinam habet, a communione non repellatur* (Decr. Grac., cap. IV, dist. 34). Pero después los Papas condenaron también este concubinato *more uxorio*, y, por último, el Concilio de Trento lo proscribió enteramente (*Acta Conc. Trid.*, ses. 24, c. VIII).

(4) *Pragm. sic.*, 17, tit. LXXIX (a. 1553). En Oriente lo había prohibido León el Filósofo (Nov. 91). (Pertile: Obra citada, III, pág. 326.)

patria potestad, tomada al derecho romano, y de la solidaridad entre los miembros de la familia, tomada á las legislaciones germánicas. En efecto, lo mismo que en la época feudal, la patria potestad era en esta época exorbitante, aunque se manifestó de diferente manera en armonía con las nuevas exigencias de los tiempos. Los padres, si no podían vender ni matar á sus hijos, sin embargo, podían disponer de ellos de otras maneras, ora casándoles con quien mejor les parecía, ora dedicándoles á la vida monástica, sin consultarlos, antes bien, contra su voluntad. La autoridad punitiva del padre, si no podía ejercerse personalmente, se ejercía casi á su voluntad con el auxilio de la autoridad. En efecto, el padre podía hacer encarcelar á su hijo por el tiempo que creyera oportuno, podía echarlo de casa sin atender á su manutención, y hasta podía expatriarlo del territorio municipal. Las leyes estatutarias habían declarado perpetua la patria potestad. Sin embargo, se comenzó á considerar *svi juris* al hijo que había puesto casa. A esta emancipación se la llamó tácita ó presunta. El mismo carácter adquirió la emancipación que se obtenía por el desempeño de ciertos cargos públicos, por la profesión monástica, por el servicio militar y por el ejercicio del comercio. Existía también una emancipación tácita para las hijas que se casaban, y en ciertos lugares para los hijos. También se introdujo una emancipación expresa que hacía el padre con ciertas solemnidades, determinándose la edad en que los hijos podían ser emancipados; esta emancipación no alteraba los derechos hereditarios (1). La solidaridad entre los miembros de la familia era grande en los primeros tiempos, tanto, que en algunos sitios las obligaciones civiles y penales eran solidarias entre padres é hijos (2); pero luego esta solidaridad desaparece, ora por la división que el padre hace, ora por la emancipación de los hijos (3).

131. La institución doméstica reclamaba, como se ve, importantes reformas, las cuales llevó á cabo la Revolución francesa, destruyendo todos los privilegios y todas las desigualdades ante la ley. La primera de estas importantes reformas, con relación á la familia, fué la secularización del matrimonio. Portalis, al exponer los motivos del título v, libro i del Código Napoleón (sobre el matrimonio), insistió acerca de la necesidad de secularizar la legisla-

(1) Pertile: Obra citada: III, pág. 326 y siguientes.

(2) *Statuta Florentiæ* (1415), II, 113.—*Stat. Veron.* (1228), 150.

(3) Pertile: loc. cit.

ción, de manera que ésta no vea en los individuos más que franceses, lo mismo que la naturaleza no ve más que hombres (1).

Por lo que hace á la edad en que se puede contraer matrimonio, el legislador francés ha procurado no fijar demasiado pronto la época de la pubertad, para que se conserven por más tiempo las fuerzas físicas (2). Por esto es por lo que el Código estableció lo siguiente: «El hombre, antes de cumplir los diez y ocho años, y la mujer, antes de cumplir los quince, no pueden contraer matrimonio» (art. 144), y exigió que el consentimiento de los esposos para contraer matrimonio fuese libre (art. 146). También se exigió el consentimiento de los padres, para el hombre, hasta la edad de veinticinco años, y para la mujer, hasta los veintiuno (art. 148). Mas esto no se hizo depender de un poder ó derecho que el padre tuviese sobre su hijo, sino de un deber de oponerse á los matrimonios prematuros ó caprichosos de sus hijos (3). Se procuró también que los hijos naturales no reconocidos no quedasen durante su menor edad abandonados á sí mismos, sino que para contraer matrimonio necesitasen el consentimiento de un tutor que se les nombraría con ese objeto (art. 159). Además, se prescribió la obligación del *acto respetuoso* por parte de los hijos que no hubiesen cumplido la edad exigida en el art. 148, con respecto á sus padres, cuando éstos no les prestasen el consentimiento para el matrimonio (art. 151 y siguientes). Con respecto á los impedimentos para contraer matrimonio, se suprimió el del voto religioso y la profesión monástica; y en cuanto al matrimonio entre parientes, sólo se prohibió á las personas que formasen ó pudieran formar parte de la familia en el

(1) «En el antiguo régimen, las instituciones civiles y las religiosas estaban íntimamente unidas. Los magistrados instruidos comprendían que podían estar separadas, y reclamaban que el estado civil de los hombres fuese independiente del culto que éstos profesasen. Este cambio encontró muchos obstáculos. Después se ha proclamado la libertad de cultos, y por esta razón ha sido posible secularizar la legislación. Se ha organizado la gran idea de que hay que sufrir todo lo que la Providencia sufre, y que la ley no puede forzar las opiniones religiosas de los ciudadanos, ni debe ver más que franceses, como la naturaleza no ve más que hombres.» (Consúltese *Recueil* cit., páginas 100-101.)

(2) «En los tiempos que han precedido á la Revolución—dice Portalis—las mujeres podían casarse á los doce años y los hombres á los catorce. Semejante costumbre parecía que daba un mentís á la naturaleza, la cual no precipita nunca sus operaciones, y usa parcamente de sus fuerzas y de sus medios. Para aquellos que se aprovechaban del perjudicial privilegio que la ley les concedía, no existía la juventud; al salir de la infancia, entraban en la caducidad.» (*Recueil* cit., pág. 101.)

(3) Portalis, en el *Recueil* cit., pág. 102.

sentido moderno de la palabra (art. 161 y siguientes). Esta disposición fué acertada, porque si es cierto que los matrimonios entre parientes son reprobables, tanto desde el punto de vista de la salud física de la prole como bajo el aspecto moral, también lo es que esto sólo puede decirse con relación á los parientes que componen la familia, pero no con relación á otros parientes más lejanos, con los cuales el vínculo de la sangre es débil (1). Por último, no se declararon nulos los matrimonios contraídos al final de la vida (como lo eran por la ordenanza de 1639), porque así se respetaba el principio de libertad.

En cuanto á los deberes recíprocos entre los cónyuges, se prescribió la obligación mutua de la felicidad, del auxilio y de la asistencia (art. 212). Sin embargo, la mujer, aunque tenía sus bienes, no podía enajenar, hipotecar, adquirir á título gratuito ú oneroso, sin que el marido estuviese presente al acto ó prestase su consentimiento por escrito (art. 217). Se impuso á los padres la obligación de alimentar á los hijos, y á los hijos la de alimentar á los padres, en proporción á los bienes del que presta los alimentos y de las necesidades de quien los recibe (artículos 203, 205, 208); pero no se concedió acción al hijo contra el padre ó la madre para obligarlos á asignarles cantidad alguna por causa de matrimonio ó por otro título cualquiera (art. 204) (2). Se admitió el divorcio en favor del marido por causa de adulterio de la mujer (art. 229); y en favor de la mujer por adulterio del marido, si tuviese la concubina en la casa común (art. 230). Se admitió, además, el divorcio por excesos, sevicias ó injurias graves de un cónyuge para con el otro (art. 231), por la condena de uno de los cónyuges á pena infamante (art. 232) y por el consentimiento mutuo y perseverante de los cónyuges, expresado de la manera prescrita por la ley (artículo 233).

Respecto á los hijos naturales, en atención á la demasiada licencia concedida en cuanto á su reconocimiento por el derecho consuetudinario, el legislador reaccionó, y dispuso lo siguiente:

(1) Es sabido que estos matrimonios se prohibieron cuando el concepto de la familia era mucho más amplio que el actual.

(2) Nótese que en los países regidos por el derecho consuetudinario, la hija podía obligar al padre á que la dotase; pero esto—dice Portalis—tenía pocos inconvenientes, porque en dichos países la patria potestad era tan grande, que disponía de toda clase de medios para defenderse contra la inquietud y la licencia de los hijos. Pero una vez limitada la patria potestad, no se quiso dejar este arma en manos de los hijos, por temor á que abusasen de ella. (*Recueil cit.*, p. 113.)

«Se prohíbe la investigación de la paternidad. En caso de raptó, si la época de éste coincide con la de la concepción, el raptor podrá ser declarado padre del niño, á petición de las partes interesadas» (art. 340). En cambio, admitió la investigación de la maternidad (art. 341). A los hijos adulterinos é incestuosos les negó hasta el reconocimiento (art. 335). A los hijos naturales parece que no les corresponden otros derechos más que los establecidos en materia de sucesiones. Sin embargo, se les ha reconocido el derecho á los alimentos, en atención al espíritu de la ley (1).

Por lo que se refiere á los derechos de patria potestad, el legislador francés se propuso librar al hijo de la sujeción opresiva del padre (2); sin embargo, dejó á éste algunos derechos que no pueden competir más que á la autoridad social, como el de tener á su voluntad arrestado al hijo durante un plazo no mayor de un mes, si el hijo no hubiese cumplido diez y seis años (art. 377), y desde aquí hasta la mayor edad ó hasta la emancipación del hijo, puede pedir la detención de éste hasta por seis meses (art. 373). La patria potestad la ejerce el padre mientras viva, y después de muerto, la madre; pero mientras ésta viva y permanezca viuda, no puede hacer arrestar á un hijo sino con el consentimiento de los dos más próximos parientes paternos y mediante instancia, conforme al artículo 377 (art. 381).

132. En los Códigos publicados en Italia durante este siglo, encontramos, reproducidas en parte y en parte alteradas, las disposiciones del Código francés; pero las alteraciones no siempre representan un progreso al Código Napoleón.

En el Código de las dos Sicilias se reprodujo la antigua confusión entre el matrimonio civil y el religioso. Se prescribió que el matrimonio no podía legítimamente contraerse sino *in facie Ecclesie* y según las formalidades establecidas en el Concilio de Trento (artículo 67); que el oficial del estado civil recibirá de cada una de las partes la declaración de que las mismas prometen solemnemente

(1) «Por lo mismo que el Código obliga á los padres de un hijo natural reconocido á dejarle á su muerte medios de subsistencia con cargo á los propios bienes, les impone implícitamente el deber de alimentarlo durante la vida, de criarlo y de educarlo; pues sería inútil asegurar al hijo los medios de subsistencia á la muerte del padre ó de la madre, si éstos, durante su vida, pudiesen negarle los alimentos para que el hijo conservase la suya.» 10 de Julio de 1850. (*Dalloz: Recueil périodique*, 1852, II, 155.)

(2) Consúltese Real: *Exposé des motifs du titre IX<sup>e</sup>, livr. I, au Code civil.* (Consúltese *Recueil cit.*, pág. 234.)