

LOS DERECHOS DE FAMILIA

Pre - historia de la familia.

Para buscar el origen y constitución de la familia primitiva se han formado dos teorías principales: la teoría patriarcal y la teoría matriarcal.

La teoría matriarcal se funda en el hecho biológico de la convivencia de los hijos con la madre para los fines elementales de la vida, como es la nutrición y la defensa de la prole. Este primer núcleo de familia doméstica pudo vigorizarse por la mutua asistencia, fortalecida ya con los afectos y con un primitivo cambio de servicios entre la madre y los hijos después de la crianza de éstos.

Supuesta una promiscuidad sexual en las hordas primitivas, informes todavía, sin reglamentos de moral y sin autoridad reconocida, es sencillo imaginar la formación de pequeños grupos que apenas podían diferenciarse por la procreación y la filiación uterina, la cual fue dando origen a un parentesco femenino porque el vínculo de consanguinidad respecto de la madre era el único cierto, ya que de aquellos ayuntamientos fortuitos y ocasionales no podía resultar el vínculo de la paternidad. Así fue creándose el predominio de la mujer en la primitiva sociedad doméstica y posiblemente en el orden social.

Esta teoría matriarcal de la familia se hace más verosímil con la observación de lo que ocurre en las sociedades animales, y en los últimos tiempos adquiere mayor aceptación con las teorías del psico-análisis de Freud que revelan la gran importancia que tiene el instinto sexual en las relaciones familiares, pues para este autor el amor entre ascendientes y descendientes tiene un recóndito sentido sexual. Si es cierto, además, como afirma Marañón que el sen-

timiento de la paternidad es tardío y que a veces no se manifiesta sino en el abuelo, se verá que el sentimiento maternal, siempre despierto y constante desde la edad infantil, debió ser el primer lazo y embrión de los afectos familiares.

Fuera de estas razones biológicas la teoría matriarcal tiene la comprobación de lo que ocurre en la época moderna entre algunas tribus salvajes, donde se advierte al lado de la promiscuidad sexual el vínculo femenino en la familia. Así, en casi toda el África indígena no se conoce más parentesco que el materno, lo cual sucede también en numerosos pueblos asiáticos contemporáneos.

Refiere D'Aguanno en su "Génesis y Evolución del Derecho Civil" que cuando los portugueses establecieron sus primeras colonias en la Costa de Malabar quedaron maravillados de las extrañas costumbres de ese pueblo, donde la familia se fundaba exclusivamente sobre la base materna; la mujer tenía todos los maridos que quería, pero se les consideraba como huéspedes extraños en la casa, mientras que aquella dirigía los asuntos domésticos, ejercía la primera autoridad en la familia y recogía la herencia, como exclusiva poseedora de los bienes familiares.

Semejante organización se encuentra en otros pueblos de la India y también en la Malasia y en Sumatra. En casi toda Australia existe una especie de promiscuidad entre clan y clan, con la prohibición del matrimonio entre individuos que tengan el mismo totem, pero los hijos pertenecen al clan de la madre. Iguales o parecidas costumbres se han estudiado en las islas del Pacífico y también los relatos de los conquistadores y cronistas españoles acerca de los indios de América revelan el parentesco femenino como base de la organización familiar.

Morgan estudió especialmente la clasificación del parentesco entre los indígenas de las islas Hawai y fundado en numerosas observaciones estableció las siguientes etapas en la evolución de la familia, a partir de la promiscuidad primitiva: 1a. la familia **consanguínea**, en que los agrupamientos matrimoniales se realizan entre descendientes de la misma rama, pudiendo los padres unirse con sus hijos; 2a. la familia **punalúa** (en lengua hawaiana: cuñado), en que los hermanos de un grupo se unen con los hermanos de otro, prohibiéndose el matrimonio entre hermano y hermana de una misma familia; 3a. La familia **syndasmiana** o **syndiásmica** (del griego syndiazó, reunir), que adopta el matrimonio temporal, entre indii-

viduos no parientes; 4a. la familia patriarcal y 5a. la familia **monogámica**.

Los recientes estudios del italiano Mazarella confirman las investigaciones que llevó al cabo Morgan desde 1875. Mazarella, siguiendo a Post, considera que en su relación con la familia matriarcal el marido puede encontrarse en las siguientes situaciones: 1a. por el matrimonio, el marido pertenece a la familia de su mujer; 2a. los esposos continúan perteneciendo a sus propias familias; 3a. la mujer pertenece a la familia de su marido; 4a. el marido y la mujer se separan de sus familias y constituyen una familia nueva. Las dos últimas hipótesis suponen el régimen patriarcal, las dos primeras sólo son compatibles con la familia matriarcal, especialmente la primera de todas, en que el marido no tiene ninguna autoridad sobre su mujer y los hijos pertenecen a la familia de la madre, como sucede entre los malayos, de donde tomó Mazarella el tipo del matrimonio ambiliano (ambil anak), en que el marido se encuentra en manifiesta inferioridad respecto de la mujer.

Como fundamentos tradicionales conocidos para apoyar la teoría matriarcal pueden citarse los siguientes: el culto más antiguo del Egipto era el de Isis, diosa de la maternidad, la gran madre, principio de todas las cosas. Como el culto divino se tributaba a una diosa y el derecho se hacía provenir de ésta, la reina tenía especiales prerrogativas sobre el rey, y el derecho regio se justificaba por medio de la genealogía materna. En una antigua leyenda del Mahara-bata se dice que la dinastía real descendía por línea de mujer. Si en los textos clásicos no abundan documentos para esta teoría, se debe ello muy probablemente a que las tradiciones de aquella época primitiva fueron borradas por las posteriores de la organización patriarcal, pues según los modernos sociólogos la familia patriarcal puede considerarse como una segunda etapa general de evolución, aparecida en los grupos humanos después de la familia matriarcal, que fue la primera, según estas teorías.

La hipótesis de la familia patriarcal primitiva supone como principio general el parentesco masculino, a pesar de que hay ejemplos antiguos y modernos de filiación femenina anterior; se funda en un sistema único de gobierno doméstico y social, cuando se encuentran organizaciones de carácter matriarcal en la historia y en algunos pueblos modernos que no han salido del estado de salvajismo. Esta teoría patriarcal, que defienden principalmente Fustel de

Coulanges, Westermarck, Summer Mayne y otros tiene su fundamento principal en las instituciones hebraicas y en las de Grecia y Roma, que nos muestran al padre de familia como único jefe de la sociedad doméstica y con derechos a veces ilimitados sobre sus hijos, mujeres y esclavos. Algunos de los autores citados encuentran costumbres patriarcales entre los galos, los germanos y los eslavos. También en alguna época de la historia egipcia se advierte la constitución patriarcal de la familia, según concepto de Dareste, aunque, como veremos más adelante, la elevada posición que alcanzó la mujer en Egipto hace suponer una remota matriarquía. Lo que resta fuerza a la teoría patriarcal es que sus principales pruebas provienen del antiguo mundo clásico, mientras que la teoría matriarcal se amolda a la lógica de la prehistoria, a lo que debió practicarse en los tiempos primitivos, es decir, en la edad de la piedra tallada, en la época del cuaternario.

De acuerdo con los conceptos que acabamos de exponer y juzgando las cosas con un criterio lógico podemos concluir que la familia patriarcal fue posterior a la familia matriarcal. Después de analizar las opiniones contradictorias de los que sostienen una y otra teoría podemos aceptar la siguiente conclusión: la aparición de la familia patriarcal coincide con la aparición de las uniones monogámicas, las cuales son causa de la extinción de la forma matriarcal y aun del matriarcado, si es cierto que existió como organización política y civil el gobierno de las mujeres en alguna época de las primitivas sociedades, como opinan algunos autores.

Los partidarios del materialismo histórico explican así esta transformación o transición entre la familia matriarcal y la familia patriarcal: a medida que se restringían las uniones conyugales y se permitían únicamente entre individuos de grupos diferenciados (exogamia) empezaron a escasear las mujeres libremente conyugales y por lo tanto se fueron estabilizando ciertas parejas (forma syndiásmica), que vivían unidas por un tiempo más o menos largo. Estas primeras uniones monogámicas debieron comenzar en un período bastante avanzado de la evolución social y suponen la existencia de tribus sedentarias, ocupadas ya en la agricultura. Las luchas por los ganados y tierras de pastaje debieron dar origen a la apropiación de las mujeres de las tribus vencidas en aquellas luchas, siendo probable la exterminación de los varones prisioneros. De esa esclavitud de las mujeres, que los vencedores aprovecha-

ban para satisfacer sus necesidades sexuales y para obligarlas al trabajo común, pueden arrancar los motivos del matrimonio por raptó que algunos autores califican como forma específica en la evolución familiar, y del cual se conservan algunas tradiciones, como el raptó de las sabinas en la historia romana. Los impulsos de imitación, característicos de los niños y los salvajes, debieron inducir a los que no habían hecho prisioneras en la guerra a tratar de apoderarse con violencia o con astucia de las mujeres de otros grupos. Los partos de estas uniones monogámicas, fundadas en la esclavitud, debieron quedar de propiedad del raptor. Fundadas o no estas suposiciones, pero en todo caso admitida la aparición de uniones monogámicas por los motivos expresados, o también por el desarrollo de los afectos y sentimientos, o por una primitiva división del trabajo con fines cooperativos, o como consecuencia de la exogamia, fue surgiendo la autoridad masculina en la familia y creándose el vínculo patriarcal respecto de la descendencia, pues ya el hombre podía compartir con la madre la propiedad de los hijos.

Después, la mutua ayuda entre padres e hijos, la división de tareas entre el hombre y la mujer (la agricultura y la ganadería fueron ocupaciones femeninas en los primeros tiempos), la cooperación de los parientes al trabajo colectivo constituyen ventajas económicas tan considerables que pueden ser motivo bastante para que los hijos sean reconocidos y objetos de apropiación por parte de sus padres; para que el matrimonio adquiriera la estabilidad que antes no podía tener y para que los individuos de la misma estirpe reconozcan y conserven sus vínculos familiares, existentes ya por el culto totémico, en que la memoria del padre muerto era venerada y evocada en ceremonias y ritos que todavía perduran.

Los resultados jurídicos sucesivos de la familia patriarcal fueron: la aparición del patriarcado en el orden político, el parentesco masculino, la patria potestad sobre los hijos y la autoridad marital en el matrimonio, con la consiguiente degradación de la mujer en la familia y en la sociedad hasta los tiempos modernos en que la lucha por la igualdad jurídica y social de los sexos se va abriendo camino de justicia. Lo que caracteriza especialmente la familia patriarcal es la organización de cierto número de individuos libres y esclavos en un grupo sujeto al poder paterno del jefe de familia, como se ve en la sociedad semítica y mejor aún en la romana, que

da el tipo acabado de esta forma de familia. La etimología latina explica el sentido histórico de la familia patriarcal: *famulus* quiere decir esclavo doméstico.

En estos estudios acerca del origen y evolución de la familia, sobre lo cual se han escrito centenares de libros, hemos advertido varios criterios, que en gracia de método podemos separar así: biológico, económico, religioso y sociológico.

El criterio biológico, como hemos dicho, se funda en la observación de las sociedades animales, especialmente de los mamíferos superiores y en las consecuencias naturales de las funciones fisiológicas y de los instintos sexuales con sus complejos subsiguientes: sentimiento maternal, amor filial, afecto paternal, amor conyugal, celos, etc.

El criterio económico trata de explicar el progreso de la familia por medio de la división del trabajo y por la cooperación, por la apropiación individual de la mujer y los hijos en provecho del hombre y por la influencia del medio geográfico en los hechos económicos, supuesto que las uniones monogámicas empezaron a formarse cuando los clanes se establecieron en territorios fijos y se inició la agricultura con la consiguiente división de tareas.

El criterio religioso explica la unión familiar por el solo aglutinante de la religión, independientemente de los lazos de la sangre y de toda influencia económica. Apoyándose en las tradiciones griegas y romanas sostienen los partidarios de esta teoría que lo que une a los miembros de la familia antigua es la religión del hogar y de los antepasados, que se origina en las creencias referentes a los muertos y en el culto que a estos se les debía y se les rendía. De modo que la familia era más una asociación religiosa que una asociación natural. Veremos, al hablar de la familia en Roma y en Grecia, cómo efectivamente el culto doméstico regía las relaciones familiares, pero tales pruebas quizás no puedan extenderse a las épocas ante-históricas, a menos que, aceptando la tesis de la escuela francesa en cuanto asigna a la organización totémica un sentido religioso, admitamos que la familia primitiva se unía también por el lazo religioso del totem.

Realmente, en el clan totémico sus miembros se consideran parientes entre sí; no por la comunidad de sangre sino por el hecho de ser poseedores del mismo totem y el mismo nombre, porque

tienen la misma naturaleza totémica y porque participan de la misma sustancia mística, la de su totem. Si éste es un lobo, todos los miembros del clan creen que tienen un lobo por antepasado y, por lo tanto, que tienen dentro de sí algo de lobo. De modo que el clan totémico es ante todo una sociedad familiar, un grupo de parientes unidos por un lazo místico. Dentro de esa organización social la familia propiamente dicha coexiste con el clan, sin más prohibición que la exogamia del mismo y puede ser indiferentemente monogámica o poligámica, su estabilidad depende del capricho de los interesados y su primera forma es matriarcal, ya que el totem se transmite por la sangre, como vehículo místico, pues el primitivo no comprende todavía el misterio de la generación.

El criterio sociológico ve en la familia no un hecho natural ni un derivado biológico, sino una institución social, es decir, una creación de la sociedad, ya que fue ésta la que le dio paulatinamente formas y derechos, normas y prohibiciones, de acuerdo con la misma evolución social. Las obligaciones de familia son de orden moral y la moral no se deriva de las necesidades fisiológicas, sino del pensamiento social.

Se informó este criterio sociológico en las investigaciones del filólogo suizo J. J. Bachofen y del etnólogo norteamericano L. H. Morgan. La escuela sociológica francesa, perfeccionando las deducciones de aquellos autores, sistematizó una escala de la evolución familiar en la siguiente forma y a partir del régimen primitivo de la promiscuidad sexual absoluta: 1.—Restricción de las uniones entre ascendientes y descendientes; 2.—Prohibición de matrimonios entre consanguíneos y aun entre miembros del mismo grupo (exogamia); 3.—Aparición de la familia individual, pero matriarcal y poligámica; 4.—Familia patriarcal y todavía poligámica, y 5.—La familia individual, independiente y monogámica, tal como existe hoy.

Conviene citar entre las teorías emitidas recientemente sobre el origen y evolución de la familia, la de la escuela histórico-cultural, que interpreta los fenómenos sociales con un criterio ecléctico pero sin descuidar su basamento ortodoxo. Esta escuela sostiene que la familia primitiva, originada en las exigencias de la naturaleza humana razonable, fue monogámica, estable, exógama y con derechos iguales entre los esposos y aduce como prueba los datos etnográficos de varias sociedades salvajes actuales de Africa, Australia

lia y Asia, cuyo estado social, en su concepto, es el mismo que pudieron tener los verdaderos primitivos.

Arguyendo que los diversos grupos salvajes no forman un solo todo homogéneo, como pretenden los evolucionistas, sino variados tipos culturales, admite esta escuela la evolución de la familia, de acuerdo con las diversas etapas de la cultura. Los periodos de evolución que señala son los siguientes: 1.—Civilización primitiva de la pequeña caza y de la simple recolección (frutos y raíces comestibles), a la que corresponde aquella familia primitiva, monogámica, con iguales derechos entre los cónyuges, estable y con un carácter religioso, ya que los antepasados de la tribu, el padre y la madre, fueron creados y unidos por el Ser Supremo; 2.—Civilización primaria de la gran caza, que exalta el papel del hombre aventurero y cazador y trae por consecuencia la familia patriarcal, con subordinación de la mujer; 3.—Civilización del pequeño cultivo, que trae la familia matriarcal, ya que la mujer es quien se encarga de la labor agrícola y establece con su trabajo la primera propiedad predial. El matrimonio deja de ser estable y el marido es apenas huésped transitorio en casa de la mujer. Aparecen en este periodo los matrimonios por servicios y por compras, pues la mujer se ha convertido en instrumento de trabajo y fuente de riqueza. El parentesco por línea femenina es el que prevalece. A la divinidad suprema se le asignan también cualidades femeninas y se honra a la Primera Madre, que a veces se identifica con la luna, reguladora de la vida sexual de la mujer. Aparecen las sociedades secretas masculinas como reacción contra la gineocracia e instrumento de lucha contra las mujeres; 4.—Civilización de la domesticación nómada, en que recupera el hombre su importancia social y adquiere el carácter de patriarca, jefe de la familia, dueño de los hijos, el mayor de los cuales va a ser heredero principal y continuador de la familia. Esta civilización de los pastores nómades es netamente masculina y en ella la mujer limita su actividad al trabajo doméstico. Aparece en esta etapa la poligamia como consecuencia de la riqueza y el patriarca tiene varias concubinas junto a la esposa legal.

Las tres últimas civilizaciones, calificadas de primarias, se mezclan a veces y dan lugar a civilizaciones secundarias compuestas que presentan caracteres heterogéneos en la organización familiar, como se ve todavía en ciertas sociedades salvajes, lo que contribuye a probar que los grupos primitivos no pueden considerarse siempre en su forma simple.

Los pastores nómades, al fin del periodo glacial, cuando empiezan los deshielos (el diluvio) tienen que emigrar del centro sur del Asia (cuna de la humanidad) y se convierten en conquistadores, imponiendo entre las sociedades retrasadas su fuerte organización patriarcal, cuyos modelos más acentuados encontramos entre los hebreos y más tarde en Grecia y en Roma, organización que informó hasta los comienzos de este siglo la unión familiar en la civilización occidental. Después se ha reconocido, no sin grandes luchas, la igualdad de derechos entre los esposos, al menos en el campo de la legislación civil y también en la vida social ha conquistado la mujer un puesto de consideración que va llegando poco a poco hasta la igualdad política y a su completa libertad individual.

Hoy tenemos la familia monogámica, con igualdad jurídica entre los cónyuges, pero su estabilidad se ve amenazada por el creciente abuso del divorcio y por las tendencias comunistas de sustraer los hijos a la influencia familiar para tomarlos el Estado y encargarse de su educación, conforme a los ideales totalitarios del hombre-masa que quieren hacer de los individuos meras piezas del gran mecanismo comunitario.

Veamos ahora algunos datos históricos sobre los derechos de familia en algunos pueblos de la antigüedad.

La familia en la India

En las primitivas costumbres de los que habitaban los valles del Indo y del Ganges se encuentra ya la organización patriarcal de la familia y de la tribu, pero los más antiguos testimonios se refieren a una época matriarcal y de comunidad de mujeres. Así, en el Mahabarata, recopilación de las más viejas tradiciones indias, se habla de la promiscuidad como de una costumbre admitida en los tiempos más remotos. Allí se lee: "Hubo un tiempo en que no era delito el ser infiel al esposo, antes bien era un deber. Las hembras de todas clases son comunes..."

Al llegar la época sacerdotal o teocrática, los brahmanes, dueños del poder político, imponen una legislación eminentemente religiosa, que domina al hombre desde la cuna hasta su muerte, en medio de prescripciones religiosas que le señalan sus deberes para to-

das las edades y todas las circunstancias de la vida. Cada una de las cuatro castas tenía obligaciones especiales. Las castas nacieron del cuerpo de Brahma: los sacerdotes, o brahmanes, de la boca; los guerreros o chatryas, del brazo; los labradores y mercaderes, vaisias, del muslo; los sudras o esclavos, del pie.

El matrimonio está prohibido entre parientes hasta el cuarto grado de la línea materna y hasta el sexto grado por la línea paterna. Al principio se permitían las uniones entre personas de castas diferentes, pero cuando el brahmanismo tomó mayor poderío los matrimonios mixtos fueron prohibidos.

La poligamia era permitida, aunque con algunas restricciones. Un brahamán podía tener cuatro mujeres; un chatria, tres; un vaisia, dos; y un sudra, una.

La mujer, para obrar en la vida civil, necesita siempre la autorización de su padre, o de su marido si es casada, o de sus hijos si es viuda. El fin del matrimonio es procrear hijos que a la muerte del padre le ofrezcan sacrificios y lleven ofrendas a su tumba.

Los hijos heredan por partes iguales, pero al primogénito corresponde una porción mayor. La hija no hereda, pero sí el hijo de ésta, es decir, el nieto por línea femenina. A falta de hijos heredan los parientes hasta el doceavo grado y concurren con la esposa. Si no hay ninguno de estos herederos la herencia corresponde al rey. El hijo pródigo puede ser desheredado.

En un principio el matrimonio debió realizarse por compra. El código de Manú distingue ocho clases de matrimonios, según el texto que vamos a copiar: "Cuando un padre después de haber dado a su hija un vestido y ornamentos, se la concede a un hombre versado en la Sagrada Escritura y virtuoso, al cual invitó espontáneamente y al cual recibió con el honor, este matrimonio legal es el de **Brahma**. El modo llamado **divino** por los magos es aquel según el cual, después de haber comenzado a celebrarse un sacrificio, el padre adorna a su hija y se la concede al sacrificador. Cuando un padre concede, según las reglas, a su hija después de haber recibido del aspirante una vaca y un toro o dos parejas semejantes para celebrar una ceremonia religiosa, éste se llama la **manera de los santos**. Cuando un padre casa a su hija con los debidos honores, diciendo: Cumplid juntamente los deberes prescritos, esta es la **manera de las criaturas**. Si el novio recibe de buen grado

a la joven, haciendo regalos a ésta y a sus padres, según sus facultades, éste se llama el matrimonio de **los malos demonios**. La unión de una joven y de un joven por mutuo voto, se llama matrimonio de **los músicos celestiales**; nacida del deseo, busca los placeres del amor. Cuando por la fuerza se arranca de la casa paterna a una joven que pide socorro y llora, después de haber muerto o herido a quien hiciese la oposición y después de haber roto las paredes, este matrimonio se llama de **los gigantes**. Cuando un amante entra secretamente en casa de una dormida, o borracha, o sin sentido, este execrable matrimonio se llama de **los vampiros**".

El código de Manú —siglo II antes de nuestra era aproximadamente,— trata en su título XXVI de los deberes recíprocos de los esposos. Allí se lee: "El marido y su esposa constituyen una sola persona; el marido nace en su mujer una segunda vez... Una mujer virtuosa, aunque su esposo tenga mala conducta, se entregue a otros amores, o no tenga mérito alguno, todavía debe considerarlo constantemente como a un dios. Toda esposa debe amar y respetar al marido, y será honrada en el Cielo. Debe enflaquecer voluntariamente, alimentándose de flores, raíces y frutas, y una vez que haya perdido a su esposo, ni siquiera ha de pronunciar el nombre de otro hombre".

El marido sólo tiene con relación a la mujer el deber de mantenerla, de no olvidarla, de prestarle el débito conyugal, pero en cambio tiene sobre ella todos los derechos, sigue siendo la propiedad del marido, como en las legislaciones tártaras. La mujer no puede adquirir nada para sí, sino que todo lo adquiere para el marido. El hombre puede repudiar a su esposa si le encuentra algún vicio o defecto que le haya sido ocultado antes del matrimonio; si se entrega a los licores espirituosos, si es de malas costumbres, si contradice siempre al marido, si habla con aspereza, o si tiene alguna enfermedad incurable. Puede también repudiarla si después de ocho años es estéril, si después de diez años se le hubieren muerto todos los hijos, o si después de once no ha procreado más que hijas. La mujer viuda no puede volver a casarse.

Respecto de los hijos, a pesar del absolutismo doméstico, se les trataba con consideraciones para que continuasen el culto de sus antepasados y porque estaba prescrito en el código de Manú que el que no dejaba un heredero legítimo no tenía abiertas las puertas del Cielo. "Por medio de un hijo —dice Manú— adquiere un hom-

bre los mundos celestiales; por medio de un nieto, obtiene la inmortalidad; por medio del hijo de este nieto se eleva hasta la sede del sol".

Debemos agregar que el derecho de alimentos está reconocido expresamente a la mujer en la legislación hindú.

El adulterio se castigaba únicamente con simples multas.

Como muestra de la dependencia a que estaba sujeta la mujer respecto del marido o del derecho de propiedad que éste ejercía sobre ella, se menciona la costumbre de que los hijos del vientre materno pertenecían al marido, aunque este no fuese el verdadero padre, por simple derecho de accesión, como el dueño de un campo es propietario de la semilla que en él cae.

La familia en el Derecho Hebreo

La sociedad hebrea estaba constituida en forma patriarcal, como se advierte en la lectura del Antiguo Testamento, donde se refiere la historia de los patriarcas de Israel, cabezas de dilatadas y numerosas familias.

La ley mosaica deja subsistir la poligamia pero prohíbe el matrimonio entre parientes próximos. Se admite el divorcio, o más bien la repudiación de la mujer, generalmente cuando ésta era estéril. Pero el marido debía redactar en determinada forma la carta o libelo de divorcio, en el que debía expresarse la razón del repudio. La viuda sin hijos debe casarse con el hermano de su marido. Esta institución se llamaba levirato y tenía por objeto la perpetuación de la familia patriarcal. El adulterio de la mujer se castiga con la lapidación.

Los hijos están sujetos a la autoridad paterna, pero esta autoridad no es arbitraria ni ilimitada. Para castigarlos con la muerte se requiere un juicio popular, que deben promover el padre y la madre, quienes pueden acusarlos de rebeldía para que el pueblo los lapide.

En el más antiguo derecho judío las hijas no heredaban de sus padres, pero la ley de Moisés las admitió a la sucesión cuando

faltaban los hijos varones. Si no había descendientes, heredaban los hermanos y después los tíos paternos. Al mayor de los hijos le correspondía doble porción que a los otros. La parábola del hijo pródigo nos revela el derecho de herencia de los hijos: "Padre —dice el hijo— dame la parte que me corresponde en la fortuna común".

El Antiguo Testamento no contiene normas legales sobre el matrimonio. Allí se lee que las esposas podían comprarse a cambio de servicios, como en la historia de Jacob, quien trabajó siete años a Labán para que le diera por esposa a su hija Raquel, pero esta costumbre parece no haber sido general y en todo caso desapareció muy pronto. Se encuentra después una especie de matrimonio por compra, como la coemptio de los romanos, aunque la compra acabó por ser simbólica, como el rito de las arras en el actual matrimonio católico. El contrayente ponía en las manos de la mujer una suma de dinero y le decía: —Tú eres sagrada para mí— o —Tú eres mi esposa—. Otorgado el consentimiento de la mujer, que era elemento esencial del contrato, como lo es hoy en todas las legislaciones, el matrimonio quedaba perfecto.

Otro matrimonio judío era el de la khetuba, que consistía en la constitución por escrito de una dote que otorgaba el marido en favor de la mujer, dinero que administraba el marido libremente durante el matrimonio, pero que tomaba la mujer de los bienes del marido a la muerte de éste, o cuando era repudiada, es decir, a la disolución del matrimonio. En la época del Talmud —dos siglos después de J. C.— el valor de la dote era de doscientos denarios para una doncella y ciento para una viuda. Esta costumbre se ha interpretado como una cláusula penal contra el divorcio, pero se llegó a dar tanta importancia a la estipulación de la dote que se consideró como elemento esencial y constitutivo del matrimonio. El carácter especial de la dote hebrea y que le hace diferenciar de las dotes griegas y romanas es que élla no se destina a las cargas comunes del matrimonio, ni es aportada nunca por la mujer.

Debemos destacar en la historia del derecho hebreo los mandamientos sagrados del Decálogo, en que está escrito: "Honra a tu padre y a tu madre para que vivas largos años sobre la tierra; no fornicarás; no codiciarás la casa de tu prójimo, ni desearás su mujer, ni esclavo, ni esclava, ni buey, ni asno, ni cosa alguna de las que le pertenecen".

El Génesis le da origen divino al matrimonio cuando refiere que, después de haber criado Dios al hombre y a la mujer, les dijo: Creced y multiplicaos y poblad la tierra y sometedla a vuestro dominio.

También del Génesis arranca la indisolubilidad del matrimonio cristiano según estas palabras: El hombre dejará a su padre y a su madre y se juntará con su esposa y serán dos en una misma carne.

Veamos ahora un modelo de los contratos de matrimonio entre los antiguos hebreos: "Isaac, hijo de David, ha dicho a Sara, hija de Efraín, en tal día: ven a ser mi esposa según la ley de Moisés y de Israel; prometo honrarte, cuidarte, alimentarte y vestirte según la costumbre de los maridos hebreos que honran a sus mujeres y las mantienen como corresponde. Te doy doscientas monedas de plata (suma fijada por la ley) y te prometo además de los alimentos, vestidos y objetos necesarios, la amistad conyugal. Sara ha consentido en ser la esposa de Isaac, quien de su plena voluntad y para constituirle una viudedad proporcionada a sus propios bienes, añade a la suma antes indicada, la suma de tantas monedas..."

El padre hacía de sacerdote y les daba a los esposos la bendición nupcial. Las fiestas de la boda duraban hasta siete días.

La mujer hebrea goza de cierta dignidad entre la familia. Aunque se permitía la poligamia, como ya lo dijimos, la esposa tenía siempre en el hogar su puesto de honor. La ley mosaica prohibía la seducción de las vírgenes y las ofensas corporales a las mujeres y, como ya lo vimos, ordenaba honrar a la madre y respetar a la mujer ajena. La familia toda llevaba una vida activa y laboriosa y todos sus miembros cumplían deberes señalados. De esta manera la familia entre los judíos muestra ya un comienzo del perfeccionamiento que adquiere en la época del cristianismo.

La familia en Egipto

En la mitología egipcia encontramos algunas huellas de la matriarquía. El culto más antiguo era el de Isis, la diosa de la maternidad, la gran madre, el principio de todas las cosas. Como el culto divino se tributaba a una diosa y el derecho se hacía provenir

de ésta, la reina tenía especiales prerrogativas sobre el rey y el derecho regio se justificaba por medio de la genealogía materna.

Algunos textos de Herodoto y de Diodoro de Sicilia hacen suponer que en la primitiva sociedad egipcia las mujeres ocupaban un lugar preeminente y hasta se dice que en Egipto la función social de los esposos estaba invertida y que eran las mujeres las que ejercían el comercio y dirigían la casa mientras que el hombre ejercía oficios inferiores aun dentro de la familia, pero estas opiniones han sido últimamente combatidas por los egiptólogos. En un tiempo muy antiguo se encuentra ya la constitución patriarcal de la familia y un dominio absoluto del padre o jefe sobre sus mujeres, hijos y esclavos. Pero en el siglo VIII antes de nuestra era se encuentra un alto grado de cultura social y jurídica que se refleja en los derechos de familia. Bajo el reinado de Bocoris hay libertad de contratar y hasta las relaciones familiares se incorporan en la jurisprudencia. El matrimonio es ya un contrato ordinario entre dos personas, que obran con plena libertad.

La desposada no necesita asistencia ni de sus padres, parientes ni tutores. Ella misma conviene con el esposo la cantidad que éste se obliga a darle cada mes o cada año para sus vestidos, gastos ordinarios, etc. Si la contrayente tiene bienes propios, conserva su propiedad y administración y para asegurar la conservación de ellos el marido debe hacer un inventario justipreciado de tales bienes y asegurarlos con los suyos, presentes y futuros. A veces el marido da todos sus bienes a la mujer con el compromiso de que ésta le proporcione lo necesario y los gastos de sepultura.

La poligamia era permitida y no se prohibían las uniones entre hermano y hermana. Se practicaba el divorcio, pero con obligación de indemnizar pecuniariamente a la mujer.

Los hijos heredaban porciones iguales, salvo una mejora en favor del mayor, quien tomaba la representación de la herencia indivisa y estaba obligado a hacer la partición.

Es realmente asombroso el estado jurídico de la mujer casada en el antiguo Egipto y así como a los griegos y romanos les causaba estupor, a nosotros nos produce admiración, sobre todo cuando estudiamos las instituciones de otros pueblos que como Grecia y Roma alcanzaron grandes progresos en la Filosofía y el Derecho, pero desconocieron la libertad jurídica de la mujer.

Estiman algunos que el elevado lugar que tenía la mujer en el derecho egipcio no era otra cosa que una reliquia del matriarcado primitivo, y que las genealogías femeninas y la autoridad de la mujer en la familia no prueban sino que el vínculo paternal no había sido nunca muy firme, por lo cual la representación familiar correspondía a la madre y después a la hija mayor, pero el estudio de otras instituciones egipcias, como el derecho de propiedad y los contratos, nos mueven a creer en un admirable progreso jurídico, desarrollado en la larga evolución de aquel pueblo que transformó su cultura en un período de cuatro a cinco mil años.

Para terminar este resumen diremos que en Egipto se practicaron tres clases de matrimonios: uno *servil*, en que la mujer venía a ser casi esclava del marido; otro en que se establecía la igualdad de derechos entre los cónyuges y una especie de comunidad en los bienes conyugales, y un tercero que participaba de ambos caracteres y se distinguía por cierta dote o donación nupcial que el marido hacía a la mujer en el acto del matrimonio.

Parece que estas costumbres se conservaron durante la dominación persa y macedonia y hasta la dinastía de los Tolomeos, en que bajo la influencia griega empezó a decaer el estado social de la mujer. Desde el siglo segundo antes de nuestra era empiezan a modificarse los contratos de matrimonio en un sentido desventajoso para la mujer. La dote no la administra ya ésta, sino el marido. Subsistiendo la comunidad de bienes, algunas veces se reduce a una simple sociedad de adquisiciones en que la mujer no tiene sino una tercera parte. En esta época se reconoce también la influencia griega en el establecimiento del divorcio en favor de la mujer.

Bajo la dominación romana se respetan los usos y costumbres nacionales y merece citarse una decisión del emperador Augusto, según la cual se reconoce a las mujeres de Egipto el derecho a sus dotes, las que no pueden arrebatarles ni los acreedores del marido.

La familia en Grecia

Los primeros pobladores de Grecia, que se conocen con el nombre de aqueos y más tarde con el de jonios y eolios, eran pastores seminómades de la llamada hoy península balcánica. Erra-

bundos con sus rebaños en busca de pastos apropiados por la llanura y los bosques de la montaña, no habían llegado jamás a constituir un Estado. Su patria era el clan patriarcal, que ellos llamaban *genos* y cuyos miembros descendían del mismo antepasado y adoraban al mismo dios. Estos clanes, cuando se asociaban en grupos, formaban fraternidades o *fratrías*. Cuando varias *fratrías* se agrupaban para emprender grandes expediciones o largas emigraciones, tomaban el nombre de tribus o *phylai*. Cada una de estas tribus tenía su dios y su grito de guerra, cada una organizaba su ejército y obedecía a su rey, el *phylobasileus*, pero todas juntas reconocían la autoridad de un rey supremo, el *basileus* o jefe.

En aquellos tiempos sólo el clan, o el *genos*, tenía una organización sólida y duradera. Cuando el *genos* llegó a ser sedentario en el territorio griego, continuaron reuniéndose en torno al hogar común todos aquellos que perpetuaban la sangre de los antepasados. No había precisión en los lazos de parentesco: todos los *genetes* eran hermanos entre sí. Se recuerda siempre aquellas habitaciones que contenían varios centenares de personas emparentadas. Homero nos presenta todavía a 50 hermanos y a 12 hermanas que viven juntos en la morada de Príamo, con sus esposas y sus maridos, sin contar los hijos.

El grupo así formado goza de una independencia completa y no admite límites a su soberanía. No conoce más obligaciones que las que le impone la religión común. Todo lo que forma parte del grupo, personas, animales y cosas, está unido por los lazos de una solidaridad absoluta: es lo que se llama la *philotes*, palabra que se puede traducir con la de *amistad*, pero que en realidad designa una relación más jurídica que sentimental.

El *genos* posee, pues, con la casa consagrada por el hogar, toda la tierra del contorno consagrada también por la tumba del antepasado, todos los campos, viñas, olivares y pastos que se necesitan para alimentar tantas bocas. Este dominio, con el ganado y los pocos esclavos que contiene, pertenece en común a todo el grupo. Siendo colectiva, la propiedad es por eso mismo inalienable, indivisible; sin reglas de sucesión se trasmite eternamente de todos los muertos a todos los vivos. Y para merecer el derecho a disfrutarla, cada uno, grande o pequeño, debe trabajar para los demás.

El jefe del *genos* siempre está designado: es el que se remonta

lo más directamente, de varón a varón, al antepasado divino y que, por lo tanto, lleva en sus venas la sangre más pura. Al mismo tiempo es el sacerdote del dios que encarna y preside todas las ceremonias que reúnen a los **genetes** en torno del hogar y ofrece los sacrificios y las libaciones que aseguran su prosperidad. No sólo tiene un poder absoluto sobre su mujer, que puede abandonar, vender o matar sin necesidad de justificarse, sino también una autoridad sin límites sobre todos los miembros de su grupo. Para hacer reinar la paz interior, proclama, interpreta y hace ejecutar la voluntad divina. Con el cetro ha recibido el entendimiento de los **themistes** y los juicios infalibles que una sabiduría sobrehumana le revela por medio de sueños u oráculos o que le sugiere el fondo de su conciencia. Transmitido de padres a hijos desde el origen de los tiempos, aumentando con nuevas aportaciones de una en otra generación, los **themistes** forman el código misterioso y sagrado de la justicia familiar, de la **themis**.

Así nos describe Glotz en "La ciudad griega" la primitiva organización familiar, que sería a la vez génesis y rudimento del Estado griego, pero siguiendo las investigaciones de Fustel de Coulanges, expuestas en "La Ciudad antigua", debemos extendernos un poco en el análisis del factor religioso, principal aglutinante de aquellos grupos primitivos, como nos lo prueba la tradición grecolatina.

Efectivamente, en la más remota antigüedad de todos los pueblos de origen ario hallamos el culto de los muertos, fundado en la creencia universal de una segunda existencia ultraterrena. El hecho de enterrar los cadáveres con vestidos, armas, alimentos y vasos, de derramar vino sobre las tumbas y las ofrendas de comida en ciertos días del año demuestran la creencia general de que el muerto seguía viviendo bajo tierra, antes de que se imaginara la otra vida en los Campos Elíseos o en el Tártaro. De aquella creencia primitiva se originó la necesidad de las sepulturas. El alma que carecía de tumba no tenía morada, vivía errante, sin descanso. Por eso se temía menos a la muerte que a la falta de sepultura. Con la privación de ésta se castigó a los grandes criminales hasta época muy reciente.

Cada muerto era un dios para su familia. Los romanos los llamaron dioses **lares**, **manes**. Los griegos los llamaban **demonios** o **héroes**. Ante la tumba había un altar para los sacrificios, que debían celebrarse en días determinados. Aquellas almas, divinizadas por

la muerte, recibían la veneración de las familias por medio de ritos, ofrendas y evocaciones que constituían una verdadera religión.

A más de este culto de los muertos, tenían los griegos, como la tuvieron los romanos otra religión: la del **hogar**. En cada casa había un altar; en éste, siempre, ceniza y carbones encendidos, de día y de noche. Llamaban este altar **vesta**, el **ara**, el **fuego sagrado**. Tenía el fuego doméstico algo de divino; se le rendía culto, se le ofrendaban flores, frutos, incienso, aceites, vino. El dios del hogar presidía las comidas, recibía las primicias de éstas, se le dirigían oraciones. Al entrar o al salir de la casa el hombre se inclinaba ante el ara. Después se asociaron el culto de los muertos y el culto del hogar. Los hacía comunes la familia. La llama ondulante y radiosa evocaba la memoria del antepasado. Así acabaron por confundirse los nombres de los dioses **lares**, **penates**, **manes** y **vesta** en la mitología griega y romana.

En esta religión primitiva cada dios sólo podía ser adorado por una sola familia. En las ceremonias religiosas, comidas fúnebres, sacrificios ante las tumbas, el padre de familia era el sacerdote. Ningún extraño podía participar en ellas. Esta religión doméstica sólo podía propagarse por la generación. El padre transmitía el rito al hijo mayor y el derecho a continuarla. Lo que une a la primitiva familia griega y también a la familia romana es la religión del hogar y de los antepasados.

La familia antigua es, pues, una asociación religiosa más que una asociación natural. Por eso vemos que la mujer que se casa no entra en la familia del marido sino después de que la ceremonia sagrada del casamiento la haya iniciado en el nuevo culto, porque ella pierde la religión de su familia para adquirir la de la familia del marido. No se puede invocar a dos hogares ni a dos series de antepasados. Por eso vemos también que el hijo no figura en la familia si ha renunciado al culto o ha sido emancipado. En cambio, el adoptado será un verdadero hijo, porque si no tiene el vínculo de la sangre posee la comunidad del culto. De aquí proviene también que el legatario que se niega a adoptar el culto de la familia del de cujus no disfrutará de la sucesión, y en fin que el parentesco y el derecho de herencia se regulen al principio no por el nacimiento, sino conforme a los derechos de participación en el culto.

El carácter religioso de la familia se advierte principalmente

en el matrimonio griego y romano, al que le dan frecuentemente los escritores el nombre de **sacrum nupciales**. La ceremonia nupcial no se celebraba antiguamente en el templo público sino en la casa, ante el hogar doméstico. La ceremonia entre los griegos se componía de tres actos; el primero, en el hogar del padre; el tercero, ante el hogar del marido; el segundo, era el tránsito del uno al otro:

1o.—En la casa paterna y en presencia del pretendiente, el padre, rodeado ordinariamente de su familia, ofrece un sacrificio. Terminado éste, pronuncia una fórmula sacramental declarando que entrega su hija al joven. Esta declaración es absolutamente necesaria en el casamiento, pues la joven no podría ir en seguida a adorar el hogar de su esposo, si su padre no la hubiese desligado previamente del hogar paterno. Para que éntre en la nueva religión debe estar exenta de todo lazo y de toda conexión con su religión primera.

2o.—Se transporta a la joven a casa del marido. En ocasiones es el marido mismo quien la transporta. En algunas ciudades el cuidado de conducir a la joven corresponde a uno de esos hombres que estaban revestidos entre los griegos de carácter sacerdotal y recibían el nombre de heraldos. Ordinariamente se coloca a la joven en un carro, el rostro cubierto con un velo y en la cabeza una corona. Como frecuentemente tendremos ocasión de ver, la corona se usaba en todas las ceremonias del culto. Su traje era blanco. Blanco era el color de los trajes en todos los actos religiosos. Se la precede con una antorcha: es la antorcha nupcial. Durante toda la carrera se canta en torno de ella un canto religioso. Llamábase a este himno el **himeneo**, y la importancia de semejante canto sagrado era tan grande, que daba su nombre a toda la ceremonia.

La joven no entra por su pie en la nueva morada. Es preciso que su marido la alce, que simule un rapto, que ella profiera algunos gritos y que las mujeres que la acompañen simulen defenderla. Tras una lucha simulada, el esposo la alza en sus brazos y la obliga a rebasar la puerta, pero teniendo buen cuidado de que sus pies no toquen el portal.

Lo que precede sólo es preparación y prelude de la ceremonia. El acto sagrado va a comenzar en la casa.

3o.—Acercándose al hogar, se coloca a la esposa en presen-

cia de la divinidad doméstica. Se la rocía de agua lustral y toca el fuego sagrado. Se recitan algunas oraciones. Luego compar-ten ambos esposos una torta, un pan, algunas frutas.

Esta especie de ligera comida que comienza y termina con una libación y una oración, este reparto de la comida en presencia del hogar, coloca a los dos esposos en mutua comunión religiosa y en comunión religiosa con los dioses domésticos.

Se advierte, pues, por el relato de estas costumbres antiguas que en Grecia, lo mismo que en la India y en Roma, la familia se vincula más por el culto religioso que por el parentesco. Consecuencia de ésto es que la mujer tenga en la familia un lugar secundario. Nunca puede tener un hogar propio, jamás presidir el culto. Siempre está junto al hogar de otro, repitiendo la oración de otro. Para todos los actos de la vida religiosa necesita un jefe, y, como reflejo de esta dependencia, para todos los actos de la vida civil necesita un tutor.

Veamos ahora algunos detalles del derecho de familia en las dos principales legislaciones griegas, la de Atenas y la de Esparta.

En Atenas, el matrimonio no se reconocía sino el que se celebraba entre ciudadanos. La dote era obligatoria y no la ofrecía el marido, sino la mujer o los padres de ésta, debiendo cumplir esta obligación el más próximo pariente si la desposada era pobre y no tenía padres vivos.

Era permitido el divorcio, aunque al principio con muchas restricciones. Si lo pedía el marido, tenía que devolver la dote y suministrar alimentos a la mujer. Algunos textos refieren que la mujer adúltera podía ser castigada por su esposo a su voluntad y que aun podía vender a la culpada. Si existió la pena de muerte para la mujer infiel, opina Dufour que fue una ley sin aplicación, pero sí fue general la costumbre, en las primeras épocas, de excluir a la mujer infiel de las fiestas públicas y de los templos. También el cómplice del adulterio era castigado, aunque cuando se relajaron las costumbres la pena consistía únicamente en una indemnización pecuniaria que percibía el marido engañado.

Se encuentran en la historia casos de matrimonio entre hermanos consanguíneos, como el de Cimón y Elpinice.

La patria potestad se ejercía sobre los hijos legítimos y tam-

bién por la legitimación y la adopción. Era casi un derecho de propiedad, más que el derecho moral de educar y reprimir a los hijos. El padre podía arrojar al hijo de su casa y de su familia, declarando al magistrado que cesaba de reconocerlo. Antes de cumplir un año, el niño debía ser presentado a su curia y en medio de un sacrificio solemne juraba el padre haberlo tenido de una ateniense. Se hacía esto en las fiestas públicas de las Apaturias y se repetía la ceremonia cuando el hijo llegaba a los 15 años. Esta segunda admisión consagraba el parentesco público.

En Esparta, en las primeras edades, la condición de la mujer fue un poco más alta que en Atenas. Es bien conocida la intensidad del amor patrio que la filosofía y la política imprimieron a los griegos, sobre todo a los lacedemonios. Licurgo estableció para las mujeres el ejercicio físico con el fin de que procrearan hijos vigorosos que fueran después los defensores de la república. Las mujeres estaban encargadas de la educación filial y gozaban del más acendrado respeto de los ciudadanos. "Vosotras las espartanas —dijo una vez una extranjera a la madre de Leonidas— sois las únicas que mandáis a los hombres". —Y ésta dijo: "Es porque nosotras somos las únicas que damos hijos al mundo".

Los griegos, tan indulgentes con las cortesanas, exigían la clausura de las esposas en el hogar, en el gineceo, o en la estancia del ara, los lugares más discretos de la casa. No pueden concurrir a las representaciones teatrales ni a los juegos públicos, y para ir a las fiestas religiosas o a las ceremonias cívicas necesitan la compañía de sus esclavos y esclavas. Los magistrados velaban porque estuviesen con compostura y vistieran con recato y sin lujo.

Los anteriores apuntes se refieren a las primeras edades de Grecia, cuando las costumbres eran severas y cuando la austeridad republicana trascendía a los hogares y a los derechos de familia, cuando el matrimonio era obligatorio y la moral no se había relajado con la riqueza y la afluencia de extranjeros, pero a partir del siglo IV aparecen en las grandes ciudades la crisis del matrimonio y el reinado de las cortesanas. Ya desde el principio se advierte entre los griegos el temor a las familias numerosas, pero al marcarse la decadencia de las ciudades empiezan a practicarse todos los medios del malthusianismo más reprobable para limitar la natalidad: el aborto, el infanticidio, la exposición y abandono de los hijos y hasta el amor homosexual. El aborto sólo es punible cuando es pro-

vocado por la mujer antes de término, contra la voluntad del marido, pero si éste lo ordena, nada tenía que hacer la justicia. La exposición de los hijos se vuelve de uso frecuente. Con el pretexto de mantener la pureza de la raza y de impedir las consecuencias de la lubricidad, pide Platón la muerte de todos los niños enfermos o nacidos de padres demasiado viles o demasiado viejos, y Licurgo adopta estas medidas en las leyes de Esparta. Polibio comenta esta situación y dice: "Por vanidad, por avaricia o por cobardía, los hombres no quieren casarse ni aun tener hijos fuera del matrimonio; apenas si conservan uno o dos para dejarles la fortuna y asegurarles una existencia fastuosa... Las ciudades están desiertas y los campos abandonados, sin que haya guerras constantes, ni epidemias".

La costumbre, la ley y los filósofos aceptan, toleran o aconsejan aquellas medidas que tienden a restringir el aumento de población. En vano Aristóteles considera el matrimonio como una comunión de almas destinada a satisfacer todas las necesidades morales de la existencia y a procurar a los esposos las ventajas y las dulzuras de una mutua ternura. En vano la filosofía estoica predica la igualdad moral entre la mujer y el hombre y pide para aquella un desarrollo intelectual más completo para que pueda ocupar dignamente su sitio en el hogar doméstico. En vano proclama Platón la igualdad social y civil de la mujer. Ya en el camino de la decadencia, el matrimonio deja de ser la obligación civil y religiosa que buscaba la continuidad de la familia y del culto doméstico, y apenas si se procura tener un hijo único cuando se quiere dejar posteridad.

Como consecuencia natural de la limitación de la natalidad, y a la vez causa de ésta, aparece en Grecia la crisis del matrimonio. El concubinato, que se admitía antes para la procreación de hijos libres en casos de matrimonio estéril, viene a tornarse en costumbre general que no causa escándalo ni produce sorpresa. Y al lado del concubinato surge la prostitución organizada, tolerada por las leyes; el hetairismo, en que las cortesanas suben a las altas esferas sociales, concurren a las academias, a las sesiones de los tribunales, a los palenques literarios. "Ellas aplauden a Fidias, a Apeles, a Praxiteles, a Zeuxis, tras de suministrarles en sí mismas modelos inimitables de belleza. Inspiran a Sófocles, a Eurípides, a Menandro y los animan a disputarse las palmas del teatro. Los filósofos, los generales, los poetas tienen sus cortesanas preferidas. Si alguna

vez son acusadas de impiedad o de indiferencia por las leyes de la República, el Aerópago las absuelve, como a Aspasia, cuando fue amante de Pericles, o como a Friné, defendida por Hispérides con sólo exhibirla desnuda ante los jueces”.

A qué se debió aquella limitación voluntaria de la nupcialidad y sus naturales consécuencias: disminución de la natalidad, aumento de la prostitución, amor contra natura? Posiblemente a que por causa del matrimonio obligatorio hubo una superpoblación en las primeras épocas y empezaron a escasear las tierras apropiables. Además, la propiedad estaba mal distribuida. Como vimos atrás, la tierra pertenece a la familia, a la *genos* y la propiedad familiar no puede ser dividida. En Esparta, por ejemplo, la propiedad familiar es una especie de mayorazgo indivisible, de modo que los segundones tenían que establecerse por aparte, sin bienes herenciales y su pobreza les obligaba a tomar una esposa para todos. La posesión de las tierras fue por largo tiempo un verdadero privilegio de la nobleza. Todos los que carecían de los derechos cívicos no pueden poseer ninguna propiedad. Es, pues, un motivo económico lo que explica en Grecia este interesante fenómeno social, que se repite, andando los siglos, en algunas naciones contemporáneas.

La familia Romana

Como la *gens*, de donde salía, la familia romana era una sociedad religiosa. Tenía su culto y sus fiestas, *sacra privata*, en que los pontífices de la ciudad no tienen más que un derecho de vigilancia. El culto doméstico se rendía a los dioses *penates*, protectores de la casa, al *lar domésticus* o *familiaris*, a los dioses *manes*, almas veneradas de los antepasados. El *pater-familias* era el sacerdote que celebraba los ritos ante la tumba común y ante el fuego sagrado del hogar, que ardía en el *atrium*.

La familia romana tenía también un carácter de sociedad civil. Su constitución autónoma y su forma monárquica hacían del *pater-familias* un magistrado doméstico que ejercía derechos por sí mismo, con la garantía de la ley, con plena autoridad en su casa, donde el poder público no podía penetrar. Esta magistratura tenía hasta funciones judiciales, pues el *pater-familias* podía juzgar y sentenciar a sus parientes y castigarlos con la exclusión de la *domus*, con la prisión, con la flagelación y aun con la muerte.

La familia tenía un patrimonio común, que pertenecía al padre y a sus descendientes bajo patria potestad, pero sólo aquel podía disponer de los bienes, los cuales administraba libremente durante su vida y de los que podía disponer por causa de muerte, con las restricciones que poco a poco fue fijando el derecho.

La palabra familia, del latín *fámulus*, criado, designa en su acepción jurídica la reunión de todas las personas y cosas que la ley coloca bajo la potestad del *pater-familias*. Bajo la dependencia de éste se cuentan: 1o. los esclavos, 2o. los descendientes, 3o. la mujer *in manu*, y 4o. los hombres libres *in mancipio*.

1o.—El poder que se ejerce sobre los esclavos se llama potestad dominical y es un verdadero derecho de propiedad. La esclavitud nace de la guerra. Los prisioneros vienen a ser cosas adquiridas por el vencedor, de las que dispone a su talante. El dueño de los esclavos los obliga a trabajar, los juzga, los castiga a su capricho y tiene sobre ellos el derecho de vida o muerte. El esclavo no puede tener patrimonio —es un instrumento de adquisición para su amo— a menos que éste le conceda un peculio, con el cual puede algún día libertarse. Fuera de la cautividad, se nace esclavo si la madre es esclava. Además, caen en esclavitud los que rehusan inscribirse en el censo; los que se sustraen al servicio militar; el ladrón cogido *in fraganti delicto* y el deudor insolvente. Estos eran vendidos *trans Tiberim*, es decir, en el extranjero, y su precio aprovechaba al pueblo en los dos primeros casos, o al acreedor, o al robado en los dos últimos. Otros medios de esclavitud surgieron después como penas para delitos que no habían sido previstos.

2o.—La patria potestad es el poder propio de los ciudadanos romanos que los *pater-familias* ejercen sobre sus hijos y demás descendientes por línea masculina, procreados en justas nupcias.

El jefe de *domus*, que ha tomado una mujer para tener hijos, no se compromete a aceptar todos los que ella le pueda dar. El puede ordenar el aborto, que no ha sido castigado sino muy tarde. Si esto no ha sucedido, el niño le es presentado a su padre, quien puede rechazarlo, repudiarlo y en este caso el niño despreciado es expuesto, vendido o muerto. Quien lo encuentra puede hacer de él su esclavo. Si el padre lo recibe o lo acepta, se le somete ocho o nueve días después a la *lustratio*, es presentado a los dioses de la casa y dotado de un apellido. Así podrá continuar el culto doméstico y llegar a ser heredero de su padre.

Aceptado el hijo por el paterfamilias queda toda su vida bajo la potestad de éste, no importa la edad de aquel. La historia nos muestra a menudo al hijo de familia, cónsul o pretor, entrando al hogar doméstico e inclinándose ante la autoridad paterna, después de ejercer poco antes funciones de mando en la República.

Estas reglas austeras de la organización familiar decayeron poco a poco. Para Roma —dice Bry— afeminada, invadida por los pueblos nuevos, gobernada por libertos, la antigua ley de la familia era demasiado enérgica, demasiado nacional y demasiado patriótica. Ella fue al principio el elemento fundamental de la República, que conservaba la unidad religiosa y civil y enseñaba a los hijos, bajo el poder de un jefe único y omnipotente, a respetar la autoridad del Estado. De aquella disciplina severa en la organización familiar nació la fuerza que hizo de Roma la dueña del mundo entero durante tanto tiempo.

Bajo la patria potestad, el hijo es libre, *ingenuo*, ciudadano, apto para los cargos públicos, capaz de comparecer en justicia como demandante o como demandado y participa de los *sacra privata* del padre. Sin embargo, al principio, el padre posee sobre su hijo el derecho de vida y muerte y, como si se tratara de una cosa, puede abandonarlo, manciparlo, (venderlo) como esclavo al extranjero, o hacerlo caer *in mancipio* si lo vende en territorio romano.

Más tarde, en la época clásica, se prohíbe al padre maltratar a su hijo y darle muerte. Constantino establece la pena de parricidio para el que da muerte al hijo. Cuando éste es culpable, debe someterse a la justicia ordinaria. Bajo Justiniano, el hijo expuesto viene a ser *sui juris*, y la hija obligada por su padre a la prostitución debe ser emancipada; se prohíbe el abandono de los hijos y la mancipatio o venta real no se autoriza sino en caso de extrema miseria del padre y cuando el hijo acaba de nacer.

En cuanto a los bienes, el hijo no tiene patrimonio, pero es copropietario de su padre y futuro heredero suyo. Sus adquisiciones aprovechan al padre y si éste le concede un peculio, apenas tiene el derecho de administrarlo y usufructuarlo. En la época clásica fueron creados los peculios *castrense* y *cuasi-castrense*, sobre los cuales el hijo tiene la plena propiedad y que le valen el título de paterfamilias. Más tarde se creó el peculio *adventicio*, sobre el cual tenía el hijo la nuda propiedad, y el padre su goce y administración, la cual concede al padre de familia el usufructo de los bienes que pertenecen a sus menores hijos.

Fuera de la filiación legítima había otras fuentes de la patria potestad, que eran la legitimación, la adopción y la adrogación.

La legitimación era el medio de adquirir la patria potestad sobre los hijos nacidos de concubinato. El concubinato romano no era la unión irregular del derecho moderno, sino un matrimonio regular que no podía tener la categoría de justas nupcias por causas de moralidad pública, tales como parentesco, impubertad, existencia de un matrimonio o de un concubinato anterior, etc.. La verdadera legitimación aparece en la legislación romana en la época de Constantino, cuando bajo la influencia del cristianismo surge la idea de reparación por medio del matrimonio subsiguiente para regularizar la situación legal de los hijos habidos antes del matrimonio. Bajo el reinado de Justiniano se hace posible la legitimación por otro medio: el rescripto del príncipe, y se practicaba cuando no podía verificarse el matrimonio, por muerte o ausencia de uno de los concubinos, o por indignidad de la concubina. Más tarde se estableció otro medio de legitimación cuando el padre ofrecía el hijo natural a la curia para hacer de él un decurión.

La adopción la define nuestro código civil como el prohijamiento de una persona, o la admisión en lugar del hijo, del que no lo es por naturaleza.

La adopción entre los romanos tenía por objeto mantener la grandeza de un nombre que podía extinguirse, junto con el culto de los antepasados, perpetuar la personalidad civil del adoptante y asegurarse un heredero. Sólo el paterfamilias puede adoptar, y necesita la aptitud física para engendrar porque la adopción debe imitar a la naturaleza. Por esto se exige que el adoptante tenga diez y ocho años más que el adoptado. (quince años en el derecho colombiano).

Diocleciano permitió después la adopción a las mujeres que hubieran tenido hijos y hubieran fallecido.

El adoptado sale de su familia natural y pierde sus derechos de agnación, pero toma los de la familia adoptiva y adquiere derechos de sucesión sobre los bienes del adoptante. El nombre de la gens y de la familia de éste seguirán siendo los del adoptado, quien no conserva sino su nombre propio y el de su gens primitiva.

La adrogación —también fuente de la patria potestad— es la adopción de los *sui juris*. Por este medio un jefe de familia pa-

saba a la potestad de otro, de modo que la *domus*, el culto y el patrimonio de aquel dejaban de existir, para confundirse con los del adrogante. Siendo algo que afectaba profundamente los intereses religiosos y políticos de la ciudad, se requería la aprobación de los pontífices y también la del pueblo. Más tarde, en la época del Bajo Imperio, la adrogación se hace por rescripto imperial. Es, pues, siempre el Poder Legislativo el que interviene para consentir en este acto, como lo requiere la gravedad del mismo.

El adrogante debe tener 60 años de edad, para que pueda presumirse que no tendrá hijos en justas nupcias.

No puede ser adrogado sino el que es *sui juris* y ciudadano romano y, naturalmente, su consentimiento es indispensable para la adrogación.

Los efectos de la adrogación son los mismos que los de la adopción. El adrogado viene a ser como hijo del adrogante, con todas las consecuencias sociales y familiares que su nueva situación le acarrea.

3o.—**LA MANUS.**—Ya hemos dicho que bajo la autoridad del *pater familias* se encuentra también la mujer *in manu*. Esta tercera clase de potestad es análoga a la que se ejerce sobre los hijos y se refiere a la dependencia de la mujer respecto de su marido, como consecuencia de las justas nupcias.

Aunque no es inherente al matrimonio, se puede decir que al principio del derecho romano no hay matrimonio sin *manus*, pero se requiere un acto jurídico especial para establecerla, la mujer no puede colocarse bajo esta potestad por sí sola, sino que necesita la *auctoritas* de su tutor si es *sui juris*, o el consentimiento de su padre si está bajo patria potestad. Al fin de la república, cuando los divorcios se hacen frecuentes y se relajan las costumbres, la *manus* va desapareciendo, hasta extinguirse al fin del siglo tercero de la era cristiana.

Nació la *manus* de tres modos: por la *confarreatio*, por la *coemptio* y por el *usus*. El primero era el modo propio de los patricios. Consistía en una ceremonia religiosa celebrada por el gran pontífice y el flámine de Júpiter, en presencia de 10 testigos y con palabras solemnes. La mujer debía tener en la mano un pan de trigo (*farreus panis*), símbolo de su asociación a la vida entera del marido. Este modo cayó pronto en desuso.

La *coemptio* era una mancipación o venta de la mujer al marido, que hacía ella misma, con la *auctoritas* de su tutor si es *sui juris* o por su padre si está bajo el poder de éste. La mujer pasaba bajo la *manus* del marido, gracias a las palabras especiales de la *coemptio*. Este modo, propio de los plebeyos, se generalizó cuando dejó de existir la *confarreatio*.

El *usus* es una especie de usucapión de la mujer por el marido después de un lapso de un año, de modo que era como si el marido pudiese prescribir a la mujer por el uso ininterrumpido de un año, tal como sucedía para la prescripción de las cosas muebles. La mujer podía evitar la *manus* en este caso durmiendo tres noches seguidas fuera de la casa. Al fin de la época clásica desaparece también esta forma de la *manus*.

Por causa de la *manus* la mujer sufre una *capitis deminutio*; deja de ser *sui juris* o sale de la patria potestad para entrar a la familia del marido, de quien viene a ser como hija y, más tarde, como una hermana de sus propios hijos, quienes podrán ejercer la tutela sobre ella a la muerte del marido. El patrimonio de la mujer queda absorbido por el del marido, pero adquiere derechos a la sucesión de éste, en calidad de heredera.

La *manus* podía extinguirse por medio del divorcio. Digamos, por último que antes de Justiniano ya había desaparecido completamente esta potestad del hombre sobre la mujer.

4o.—**MANCIPIUM.**—La cuarta clase de potestad que tenía el *pater familias* era la que él ejercía sobre los hombres libres *in mancipio*, y que resultaba de estos dos casos principalmente: cuando el padre abandonaba sus hijos en provecho de la víctima del delito (abandono noxal), y cuando por miseria del padre mancipaba éste a su hijo para obtener un producido de los servicios que el hijo prestaba al adquirente. La ley de las XII Tablas, para impedir el abuso de ventas sucesivas —la *mancipatio* no podía durar sino un lustro— prescribió que el hijo vendido tres veces quedaría libre de la patria potestad. En tiempo de Justiniano la *mancipii causa* deja de existir y únicamente se tolera en los casos de extrema miseria de los padres y cuando el hijo acaba de nacer.

Los efectos del *mancipio* son los siguientes: el hombre mancipado debe trabajar por cuenta de su adquirente, no puede obligarse civilmente por sus contratos y necesita ser mancipado para

poder recibir legados, pero no pierde el derecho de ciudadanía ni su calidad de hombre libre.

MATRIMONIO.—Los romanos distinguen cinco uniones entre el hombre y la mujer: *justas nupcias*, *injustas nupcias*, *conubinatio*, *contubernio* y *estupro*, pero la primera unión es la única que da a los hijos la calidad de *liberi justi*, y hace nacer la patria potestad.

Al matrimonio entre ciudadanos romanos es al que se le aplica el nombre de *justas nupcias* y Modestino lo define así: *consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio*. Como resultado de esta asociación conyugal, la mujer adquiere el rango, el título y el domicilio de su marido, toma de éste todos los lazos de agnación y su culto doméstico.

Los elementos esenciales de esta unión son el consentimiento de los dos esposos y la *deductio in domum mariti*. Este segundo elemento significa que la mujer debe ser puesta a la disposición del marido, conducida al domicilio del marido, que es el domicilio conyugal. La cohabitación efectiva no es absolutamente necesaria, pero se requiere que sea posible. La ceremonia es muy semejante a la que se usaba en Grecia y no exige el concurso de ninguna autoridad civil o religiosa, salvo el caso de la *manus por confarreatio*, como vimos atrás. Fue después de Justiniano cuando León el Filósofo exigió en el imperio de Oriente la bendición nupcial como condición de validez del matrimonio civil.

Al principio no se exigía ninguna constancia oficial que pudiera servir como prueba del matrimonio, sin embargo en la práctica se acostumbraba redactar una acta dotal y, en su defecto, las solemnidades externas que las costumbres daban a las justas nupcias, y los testimonios de las personas que las presenciaban, servían para comprobar que la mujer había sido recibida como esposa legítima. Además, los jurisconsultos admitían que entre personas de condición igual y honorable la unión hacía presumir las justas nupcias. Este principio subsiste hasta el Bajo Imperio y Justiniano prescribe expresamente que la cohabitación hace presumir el matrimonio entre personas libres e ingenuas y exige, además, la redacción de una acta nupcial para los senadores y las personas de ilustre condición.

El matrimonio aseguraba la perpetuidad de la familia y de los

sacra privata. En la *gens* primitiva el celibato estaba prohibido. Cuando se organizó la ciudad, los censores vituperaban a los ciudadanos no casados y más tarde las leyes los privaron de ciertos derechos. En tiempo de Costantino se derogaron las leyes que castigaban el celibato con el evidente propósito de favorecer a los clérigos, pues ha de recordarse que Constantino proclamó la tolerancia religiosa por el edicto de Milán, en el año 313.

Los romanos no reconocieron jamás la poligamia. Desde los primeros tiempos del Derecho encontramos la organización de la familia monogámica. El pueblo romano consideró siempre al matrimonio como una sociedad santa y, en un principio, indisoluble.

Las justas nupcias entrañan un deber recíproco de fidelidad sancionado por las leyes. El adulterio de uno de los esposos es justa causa de divorcio, y cometido por la mujer se considera más grave y se le castiga más severamente. En caso de flagrante delito se autorizaba al marido para matar la mujer o para conducirla al tribunal doméstico, donde podía ser condenada a muerte o a destierro si el adulterio no había sido sorprendido en el acto. Según la ley Julia, el marido adúltero podía ser castigado con la restitución inmediata de la dote, e imponía al marido la obligación de repudiar a la mujer si era ella la adúltera.

En un principio, el *pater familias* era el único que podía juzgar sobre las condiciones de validez del matrimonio, pero cuando la familia empezó a perder su austeridad intervino el Estado para señalar ciertos impedimentos, que podemos llamar hoy impedientes, porque no anulaban ciertamente el matrimonio. El único impedimento que se remontaba a las más antiguas costumbres era el que nacía de la proximidad de la sangre entre los esposos: en línea directa el matrimonio está prohibido hasta el *infinito* entre ascendientes y descendientes, naturales o adoptivos; en línea colateral, la unión se prohíbe entre hermanos y hermanas y, en general, hasta el sexto grado, pero después se limitó al cuarto grado. El matrimonio entre tío y sobrina y sobrino y tía estuvo expresamente prohibido hasta que el emperador Claudio lo permitió, con la aprobación del Senado, para poder casarse con su sobrina Agripina, pero Constantino derogó esta decisión de Claudio y restableció la prohibición bajo pena de muerte, pena que fue más tarde suprimida por Justiniano, pero dejando subsistir la prohibición. Entre afines se prohíbe la unión en línea directa y también entre cuñado y cuñada.

Además de la falta de parentesco, se requería, para que las justas nupcias fueran válidas, las siguientes condiciones: pubertad de los contrayentes, inexistencia de un matrimonio anterior, consentimiento del jefe de familia y el **connubium**.

La pubertad supone la aptitud física de la procreación; para la mujer fue fijada en 12 años, y en 14 para los hombres.

En tiempo de Augusto, bajo las leyes caducarias, el pretor puede obligar al padre a consentir en el matrimonio de sus hijos, de modo que en esta época ya no es forzoso el consentimiento del padre.

El **connubium**, o **jus connubii** es la aptitud legal para contraer las justas nupcias. Carecen de esta capacidad los esclavos, los peregrinos (naturales de un pueblo aliado o súbdito de Roma) y los latinos que no han obtenido este favor especial. La concesión del derecho de ciudadanía a todos los residentes en el Imperio hizo desaparecer esta incapacidad en tiempo de Caracalla, pero subsiste la prohibición para las uniones entre bárbaros y romanos y también para los soldados en servicio activo.

Debemos anotar especialmente que la Ley de las XII Tablas prohibía el matrimonio entre patricios y plebeyos; la Ley **Canuleia** derogó esta prohibición pero dejó subsistir la prohibición para las uniones entre ingenuos y libertos.

INJUSTAS NUPCIAS.—Estas eran las que se contraían entre personas que por razón de su nacionalidad no tenían el **jus connubii**. Esta forma desapareció cuando el derecho de ciudadanía fue otorgado a todo el imperio.

CONCUBINATO.—Es una unión regular, que no puede tener la categoría de **justas nupcias** por algún motivo de moralidad pública, como parentesco, existencia de un matrimonio o de un concubinato anterior, condición inferior de uno de los cónyuges, etc. No se le debe confundir, por lo tanto con el concubinato del derecho moderno, que es una unión irregular, fuera de la ley. En el concubinato romano la mujer no adquiere la condición social de su marido ni puede ella aspirar al título de **materfamilias**. En este caso el adulterio no tiene sanción. En la época clásica, dicen los jurisconsultos que las justas nupcias y el concubinato se distinguen

solamente por la intención, aunque sigue presumiéndose que la unión con una mujer de costumbres honestas es un matrimonio y no un concubinato. León el filósofo le quitó el carácter legal a esta clase de uniones, como contrarias al espíritu del cristianismo.

CONTUBERNIO.—Es la unión regular y continua entre dos esclavos, o dos personas, una de las cuales era esclava. Esta unión no produce entre las partes ningún efecto legal, pero Constantino concede un derecho de sucesión recíproca entre el hijo y su padre, siempre que fueren libres en la época de deferirse la herencia.

Respecto de los hijos habidos en estas tres clases de uniones son todos **liberi non justí** y no caen bajo la patria potestad, salvo caso de legitimación posterior, pero su filiación se considera cierta respecto del padre, aunque en general sigan la condición de la madre. A los hijos nacidos de concubinato se les da el nombre especial de **liberi naturales**.

ESTUPRO.—Se llama así cualquiera unión de un hombre con una mujer, que no pueda clasificarse entre las anteriores. Entran en esta denominación las uniones fortuitas y pasajeras. El hijo nacido de **stuprum** no tenía filiación paternal, sino ciertas relaciones jurídicas con su madre y los cognados de ésta; se le llamaba espurio. El derecho romano no había admitido el reconocimiento de los hijos naturales, como lo hizo la legislación moderna.

LA DOTE.—La dote comprendía todo lo que la mujer u otra persona daba al marido para subvenir a las cargas del matrimonio. Cuando este era contraído con **manus**, todo lo que aportaba la mujer venía a ser propiedad definitiva del marido. Si la mujer no estaba bajo la **manus** y era **sui juris** podía otorgar la dote, pero reservarse la propiedad y uso de ciertos bienes, que se llamaban **parafernales**.

La hija de familia no podía constituir dote porque no tenía patrimonio, pero la costumbre imponía este deber a su padre, que después se convirtió en obligación legal y se extendió a los demás ascendientes, si la hija **sui juris** no podía dotarse por sí misma. Cuando el marido era **alieni juris**, la dote entraba al patrimonio del padre de aquella y cuando éste moría ya la podía adquirir el marido.

Al principio, el marido era **dominus dotis**, es decir, podía enajenar e hipotecar libremente los bienes que formaban la dote, pero

en la época de Augusto la ley Julia prohibió al marido la enajenación de los inmuebles situados en Italia y cuya propiedad se había transferido sin estimación, a menos que la mujer consintiera en la enajenación. El marido quedaba libre de disponer como quería de los bienes muebles, de los inmuebles estimados y también de los fundos provinciales, pero la enajenación de los inmuebles itálicos quedaba viciada de nulidad.

Más tarde, Justiniano prohibió al marido enajenar e hipotecar aun con el consentimiento de la mujer y la prohibición se hizo extensiva a los fundos provinciales y, además, le concedió a la mujer una hipoteca privilegiada, como en el derecho egipcio, sobre los bienes del marido para garantizar la restitución de la dote.

Al principio no existía la obligación de restituir la dote a la disolución del matrimonio; esta obligación se estableció cuando el divorcio entró en las costumbres romanas y se buscaba con ello que la mujer repudiada no quedara sin recursos.

Antes de la disolución del matrimonio podía la mujer pedir la restitución de su dote si la torcida administración del marido o su insolvencia amenazaban hacer ilusoria la restitución futura. Esta restitución anticipada puede considerarse como la base de la moderna separación de bienes entre los esposos.

LA LEY JULIA.—Fuera de lo que dispuso esta ley sobre la prohibición de enajenar los bienes dotales de la mujer (inmuebles situados en Italia), prescribió también algunos deberes con relación a la familia; trató de reformar las costumbres con un sistema de premios y castigos, convirtiendo el matrimonio en deber público, como lo era para los antiguos, persiguiendo el celibato como plaga social y considerando depresiva la falta de hijos; restringió la capacidad de heredar a los célibes; prohibía las nupcias de personas de familia de senadores con actores o actrices y también las uniones de ingenuos con mujeres de baja condición.

Esta Ley fue propuesta al senado en el año 736 por Octaviano, pero ni el senado ni el pueblo la aceptaron, hasta que, modificada, la propusieron nuevamente los cónsules Papio Rutilio y Quinto Poppeo y fue recibida con el nombre de *Lex Julia et Papia Poppea*.

LEYES OPIA Y VOCONIA.—La primera de estas leyes es-

tableció reglas para limitar el lujo de las mujeres. La segunda prohibió instituir a las mujeres, herederas de un ciudadano cuya fortuna fuese o excediera de cien mil ases. A propósito del derecho de herencia de las mujeres conviene recordar que la ley de las XII Tablas les prohibía recibir la herencia de sus hijos, hasta que, en la época de Adriano, se modificó esta prohibición por el senado-consulto Tertuliano, que permitió la institución hereditaria materna, no con el deseo de mejorar la situación de la mujer sino con la intención de aumentar la población, pues este beneficio no se concedía sino a las que tenían por lo menos tres hijos.

NOVELA 117.—En el año 544 el Emperador Justiniano establece en la novela 117 que en caso de muerte del marido tiene derecho la viuda a una parte de la herencia que, limitada a un máximo de cien sueldos de oro, puede ser una cuarta parte de la sucesión si no hay más de tres hijos, y, en caso contrario, a una parte viril en usufructo o en propiedad, según que uno, por lo menos, de los hijos sea o no habido de ella. (Se entiende por parte viril la que un heredero tiene en una sucesión y es igual a la de cada uno de los demás).

Este derecho hereditario que Justiniano estableció en beneficio único de la mujer sin dote que sobrevivía a su marido, se ha extendido en la moderna legislación en provecho del cónyuge sobreviviente, hombre o mujer, que carece de lo necesario para su congrua subsistencia.

EL DIVORCIO.—El matrimonio podía disolverse por muerte de uno de los esposos, por la esclavitud de uno de ellos y por el divorcio.

La religión antigua autorizaba al marido para romper el matrimonio, repudiando a su mujer en casos muy raros que no menciona la historia. Parece que la ley de las XII Tablas confería al *paterfamilias* el derecho de disolver el matrimonio, según los poderes arbitrarios que la primitiva legislación concedía al jefe de familia, pero en la práctica el divorcio no ocurría casi nunca. La severidad de las costumbres y la rígida organización de la familia no se compadecían con la ruptura del vínculo matrimonial ni siquiera con la infidelidad conyugal. Una tradición hace remontar a la mitad del siglo V la práctica de la repudiación y el divorcio, pero algunos historiadores señalan como primero el caso de *Spurius*

Carvilius Ruga, quien repudió, por el año 523, a su mujer por causa de esterilidad, y se refiere que a pesar de que los Censores autorizaron el divorcio, la opinión pública no ratificó esta injuria que se hacía a las costumbres romanas. Dos siglos más tarde, al comienzo del Imperio, la antigua moral había cambiado, y el divorcio por simple capricho de uno de los esposos queda implantado en las costumbres. Bastaba enviar un *libellus repudii*, que a veces era una simple orden de dejar la casa: "**Tuas res habeto; baetito foras**" (Toma tus cosas, sál de aquí). Según Séneca, las mujeres de alto rango cuentan sus años por los nombres de sus maridos. Las gentes se divorciaban sin motivo ni resentimiento y después del divorcio se cambiaban regalos. La Ley Julia, que fue una reacción conservadora contra la disolución de las costumbres, se limitó a exigir la presencia de siete testigos en la remisión del libelo de repudio. De modo que, sintetizando, el divorcio podía hacerse por mutuo consentimiento o por la repudiación debidamente notificada.

Bajo la influencia del cristianismo, Justiniano suprime transitoriamente el divorcio por consentimiento mutuo, a menos que los esposos se comprometan a guardar una continencia absoluta, pero esta disposición no subsistió largo tiempo. En caso de repudiación se dispuso que debía estar fundada en causas legítimas.

PARENTESCO.—Antes de terminar estos datos acerca de la familia en Roma, conviene precisar la noción del parentesco en la familia romana, lo cual haremos siguiendo las claras explicaciones de Serafini.

El fundamento natural de la familia es el parentesco de sangre, o sea la **cognación**, que se define: la relación existente entre dos o más personas por descender una de otra, o ambas de un tronco común. En el primer caso, las personas están unidas en línea recta o directa, y en el segundo caso, en línea colateral. La línea recta se subdivide en descendente o ascendente.

Los parientes son más o menos próximos, según los grados de parentesco, que se cuentan por el número de las generaciones. Cada generación constituye un grado, de modo que tantos son los grados cuantas son las generaciones, y tantas son las generaciones, cuantas son las personas, exceptuando siempre el tronco. Los hijos, por ejemplo, se hallan respecto de sus padres en el primer grado de parentesco, porque entre hijo y padre no hay más que una ge-

neración; los hijos de los hijos están en segundo grado con el abuelo, porque entre abuelo y nieto hay dos generaciones. Estos ejemplos se refieren a la línea descendente. En la línea recta ascendente el padre constituye el primer grado, el abuelo el segundo, etc.

En la línea colateral se supone que dos individuos existen en dos diversas líneas rectas, teniendo su origen en una misma persona. Entre estos individuos el grado de parentesco se cuenta por el número de generaciones que se encuentran subiendo desde uno de ellos hasta el tronco común y bajando luego desde dicho tronco común hasta el otro individuo. Por ejemplo, entre dos hermanos hay que subir primero desde uno de ellos hasta el padre y tenemos una generación, o sea un grado, y bajar luego desde el padre hasta el otro hermano, y hallamos otro grado, u otra generación, de donde se deduce que los hermanos están entre sí en segundo grado, que en línea colateral es el más próximo. Si se trata de dos primos, siguiendo el mismo procedimiento, se cuentan dos generaciones para subir al abuelo que es el tronco común, y otras dos para bajar del abuelo al otro primo, de lo cual resulta que los dos primos están en cuarto grado entre sí. En el caso del tío y sobrino, tenemos un parentesco en tercer grado, porque de un lado hay dos generaciones, y del otro no hay sino una respecto al tronco común.

La cognación puede ser simple o doble. El caso más interesante es el que ocurre cuando dos personas unidas en vínculo de cognación procrean un hijo: así, el hijo, se halla en doble cognación con sus progenitores.

Los hermanos que descienden de los mismos padres se denominan germanos; los que solamente tienen común el padre, se llaman consanguíneos, y los que sólo son hermanos por madre se llaman uterinos.

Además del parentesco natural de la sangre (cognación), que suponía ante todo la consanguinidad femenina, existe un parentesco civil, que se llama agnación. Consiste éste en un vínculo familiar puramente jurídico, que a veces puede coincidir con el vínculo de sangre, y que depende de la rigurosa dominación del jefe de familia y del carácter particular de la patria potestad de los romanos. Este parentesco nace de las justas nupcias respecto de los hijos, y también de la legitimación, de la adopción y de la adrogación respecto de los que se colocan bajo la patria potestad del nuevo jefe

de familia. El ciudadano romano tenía bajo su potestad no sólo a sus hijos nacidos de su legítimo matrimonio, sino también a la mujer in manu a sus nietos y bisnietos, a los hijos legítimos, a los adoptivos y a los adrogados. Todas estas personas estaban unidas por el vínculo de agnación, el cual subsistía aún en caso de muerte del *paterfamilias*.

Se puede decir, en resumen, que la agnación comprende a todas las personas que están bajo la potestad de un jefe de familia, o que por lo menos estarían sujetas a ella si el común padre de familia no hubiese muerto.

Esta agnación era la fuente de todos los derechos de familia, tutela y sucesión. Como al casarse, las mujeres salían de la potestad de su padre para ir a tomar los vínculos de agnación de la familia de su marido, se ve claro que los descendientes y parientes por línea femenina quedaban excluidos de la comunidad agnaticia. Así se comprende cuán justa fue la decisión de Justiniano que en el año 543 suprimió la agnación e hizo de la cognación o parentesco natural la única fuente de todos los derechos de familia, devolviendo así a la naturaleza sus derechos y a la familia su único y verdadero fundamento racional, la comunión de origen, es decir, el parentesco de cognación o de sangre, que hoy día es la base, en el derecho moderno, de la sucesión intestada y de la tutela legítima.

La GENTILIDAD.—En íntima relación con la familia existía en el derecho antiguo, lo mismo en Grecia que en Roma, un nexo que se llamaba *gentilidad*. Puede considerarse como un parentesco civil, que implica la comunidad de origen. La *gens*, como vimos arriba, es una asociación de familias, unidas por la sangre, es decir que se creían provenientes de un antepasado común. Por eso el nombre del antepasado era llevado por todos los gentiles y servía para designar el grupo a que pertenecían: *gens Julia*, *gens Claudia*. Al principio, la *gens* difería poco de la familia patriarcal, pero al dividirse por grandes grupos, formaban varias ramas, que añadían al nombre gentilicio (nomen) un sobrenombre (cognomen). A estos nombres se añadía el propio de la persona (prenomen). Así, Marco Tulio Cicerón tenía su prenombre **Marcus**; el nombre gentilicio, **Tullius**, de la *gens Tullia*, y **Cicero**, el nombre de familia.

Para formar parte de la *gens* era preciso pertenecer a la descendencia por línea masculina del antepasado común. Consecuen-

cias prácticas del parentesco de gentilidad eran, por ejemplo, que a falta de agnados la herencia se defería a los gentiles, según dispuso la ley de las XII Tablas, de lo cual resultaba que los descendientes del *de cuius*, por línea femenina, eran suplantados por los parientes gentiles de la línea masculina. Este sistema propio de la sucesión *ab intestato*, subsistió hasta el tiempo de Teodosio, en que se dispuso que si el abuelo deja nietos, nacidos de una hija suya, muerta anteriormente, dichos nietos pueden representar a su madre en la herencia.

Los Derechos de familia en el Bajo Imperio

A principios del siglo IV Constantino trasladó la sede imperial a Bizancio (después Constantinopla), pero sin quitarle la primacía a Roma. Poco antes de su muerte (año 395) Teodosio dividió los imperios de Oriente y Occidente entre sus dos hijos Arcadio y Honorio. El de Oriente, con capital en Constantinopla, comprendía la Tracia, el Asia Menor, la Siria, el Egipto, la Dacia, la Macedonia y la mitad de Iliria. El imperio de Occidente lo formaban Italia, Africa, Galia, España, Bretaña, la Nórica, la Panonia, la Dalmacia y la mitad de Iliria. La decadencia de Roma había llegado a su término y las incursiones de los bárbaros por todas las provincias auguraban la ruina del viejo imperio romano. En el año 410 Alarico ocupó a Roma y la entregó al saqueo de sus godos durante seis días. Perdonada por Atila en 452 a cambio de grandes riquezas, fue saqueada de nuevo por Genserico, con los vándalos y los alanos, en 455. En el año 476 el último Emperador de Occidente, Rómulo Augústulo, fue destituido por el bárbaro Odoacro, hijo de Edecón, de la raza de los hunos. Era el año 1229 de la fundación de Roma. Gobernaba en Constantinopla el Emperador Zenón, quien dejó el imperio de Occidente bajo la tutela de Odoacro victorioso, a petición del mismo senado romano.

Empieza, pues, el Bajo Imperio con Arcadio en el año 395. La autonomía de la vieja familia romana había dejado de existir. El absolutismo de su jefe había ido desapareciendo por las formas legales, que inspiradas en la libertad y en la justicia, fueron despojando al *paterfamilias* de la omnipotencia de que antes gozaba. Ya éste no presidía el culto doméstico, olvidado o convertido en cul-

to público. La patria potestad había sido limitada, lo mismo que la potestad dominical, y la *manus* no era ya sino un recuerdo.

El matrimonio se formaba únicamente por el consentimiento de los esposos. La autorización de los padres, que era antes condición esencial, no representaba ya sino un motivo de protección para los hijos. Los derechos y deberes de los esposos tendieron hacia la igualdad. La idea de la potestad del marido sobre la mujer, al influjo del cristianismo, fue sustituida por la de protección. El deber de fidelidad tendía a hacerse recíproco, como regla moral. Ciertas disposiciones, inspiradas por la Iglesia, iniciaban la indisolubilidad del matrimonio; por ejemplo, la cautividad no lo disolvía sino después de cinco años; la pérdida de la ciudadanía lo dejaba intacto si el otro cónyuge consentía en su mantenimiento; la repudiación no se permitía sino por causas determinadas en la ley; al marido, divorciado por su culpa, se le prohibió el nuevo matrimonio.

La tutela perpetua a que estuvo sometida la mujer romana, había sido abolida definitivamente por Constantino en el año 321 y Justiniano llegó a conceder a la madre o a la abuela, a falta de tutor testamentario, la tutela de sus hijos.

En este período, después del Código Teodosiano (año 438), que fue una simple compilación de las leyes posteriores a Constantino (las anteriores estaban ya compiladas en los códigos Hermogeniano y Gregoriano), es indispensable mencionar la obra legislativa de Justiniano, o *Corpus Juris Civilis*, que comprende el Código (año 529), las *Pandectas* o *Digesto* (año 533) que comprendía toda la jurisprudencia romana y su clasificación, las *Institutas* y las *Novelas*. El Código, *Codex vetus*, fue redactado por diez comisionados especiales, que presidió Juan, prefecto del pretorio, y entre los cuales se encontraban Triboniano y Teófilo. Contenia las principales constituciones dictadas desde Adriano hasta algunas del mismo Justiniano.

Las *Pandectas* fueron redactadas por una comisión que presidió Triboniano, y forman el Código más completo del derecho romano, después de las *Doce Tablas*.

Las *Institutas* contienen, en cuatro libros, los elementos de la ciencia del derecho, que se sacaron principalmente de la *Instituta* de Gayo y se destinaban a los estudiantes de las tres escuelas de Roma, Constantinopla y Berito.

Las *Novelas* contienen las leyes dictadas por el mismo Justiniano en los 27 años últimos de su reinado.

A este cuerpo de derecho civil se debe la vida eterna de Roma en el gobierno del mundo, pues sus normas jurídicas fueron adoptadas por las nuevas naciones e informan todavía la organización del derecho contemporáneo.

La principal reforma de Justiniano, como ya lo vimos atrás, fue la supresión del parentesco agnaticio en provecho del parentesco de cognación, según las novelas números 118 y 127 que establecieron el régimen sucesorio sobre el vínculo de sangre y el grado de afección que ésta supone (año 543 D. de J.). Señalaremos a continuación algunas otras de las innovaciones de Justiniano en relación con la familia: se prohibió el matrimonio entre tío y sobrina bajo pena de muerte y se agravaron las sanciones concernientes a los otros impedimentos por causa de parentesco; el adulterio de la mujer se castigó con la fustigación y la clausura perpetua, a menos que el marido perdonara después del plazo de dos años; supresión del divorcio, que el sucesor de Justiniano hubo de restablecer obligado por la opinión pública; garantizó la restitución de la dote en favor de la mujer o de sus herederos, bajo la influencia del derecho griego que había dejado siempre a la mujer la propiedad de la dote, al contrario de lo que disponía antes el derecho romano; estableció la obligación de la *donatio propter nuptias*, que debía hacer el marido a la mujer y en proporción igual a la dote que ésta aportaba; esta donación quedaba sujeta a las mismas reglas de la dote; así, el padre estaba obligado a procurarla a su hijo y si consistía en un inmueble, no podía enajenarse, salvo consentimiento de la mujer, renovado al cabo de dos años. Constantino había privado a los hijos naturales del derecho de heredar a su padre, Justiniano les concedió este derecho en ausencia de mujer e hijos legítimos y les reconoció siempre el derecho de alimentos, de que antes no gozaban. (En el Bajo Imperio no fue prohibido el concubinato, siempre que la concubina fuese una sola, mujer libre y viviera conyugalmente en la casa).

En esta época se reconoció ampliamente la personalidad de los hijos de familia, especialmente en lo relativo al patrimonio individual de éstos. Ya desde el tiempo de Augusto se había establecido el *peculio castrense*, que comprendía todos los bienes adquiridos por el hijo de familia con ocasión del servicio militar, y

en tiempo de Constantino se había creado el peculio *quasi castrense*, de lo que el hijo de familia adquiría en los empleos palatinos y que se extendió después a las cosas adquiridas por los abogados, los clérigos y todos los funcionarios en general, así como a las donaciones hechas por los emperadores. Sobre estos peculios tenía el hijo la libre disposición y en tiempo de Adriano se le permitió transmitirlos por testamento, pero si moría intestado la herencia la recogía el *pater familias*. Justiniano modificó este derecho, disponiendo que si el hijo moría sin testamento, el padre no heredaba los peculios sino faltando los descendientes y los hermanos y hermanas del hijo fallecido.

En la época de Constantino se estableció el peculio *adventicio*, que al principio consistía en los bienes provenientes de la herencia materna, más tarde en las donaciones de cualquier naturaleza y, bajo Justiniano en toda clase de bienes que no se derivaran de liberalidades del padre o que no estuvieran comprendidos en las dos clases de peculios de que antes hablamos. La administración y goce de este peculio correspondía al padre, pero no podía enajenar ni hipotecar dichos bienes. El hijo tenía la nuda propiedad, pero tenía también el usufructo cuando era emancipado, dejando al padre la mitad de los frutos, según disposición de Justiniano. Este peculio no podía transmitirlo el hijo por testamento, pero en caso de sucesión intestada se acomodó a las reglas generales dictadas por Justiniano. Al principio había existido también un peculio llamado *profecticio*, que se componía de los bienes que el padre concedía al hijo para usufructuarlos, conservando aquél la propiedad mientras el hijo no fuera emancipado.

La familia entre los Germanos

En el primer período de barbarie, los germanos tienen costumbres sanas y sencillas. Los matrimonios son estables y fecundos, los divorcios muy poco frecuentes y el adulterio se castiga severamente. Aunque estrechamente sometida a su marido, la mujer se asocia a los trabajos y riesgos de aquél. La familia es fuerte y forma la base de la vida social. Esta misma unión familiar hace que el delito cometido por uno de sus miembros haga responsable a la familia entera, la cual, a su vez tiene un deber de vengar las ofen-

sas inferidas a uno de ellos. Las tribus vienen a formarse de la unión de varias familias y a la propiedad colectiva de éstas pertenecen las tierras arables. La exclusión de la familia se considera como la mayor pena que pueda imponerse a un individuo. El parentesco reposa en la descendencia masculina, aun cuando ciertas costumbres hacen muy verosímil la existencia de una antigua familia matriarcal; por ejemplo, la madre podía ser tutora de sus hijos y era preferida a los hermanos y hermanas del difunto en la sucesión de los bienes muebles; los sobrinos hijos de hermana son tan estimados como los propios hijos. Estos dos hechos y en general el gran respeto que los germanos tenían por las mujeres sugieren la idea de que el parentesco femenino pudo existir antes de que se estableciera por línea de varones.

Entre los germanos no era la mujer la que aportaba la dote al marido; la costumbre era que el contrayente hiciera a su futuro suegro ciertos donativos, que eran a menudo un par de bueyes, un caballo enjaezado, escudo, pica y espada, según refiere Tácito, lo cual induce a creer que en algún tiempo anterior el matrimonio se hacía efectivamente por compra de la mujer. Una vez casada ésta, todo cuanto poseía de muebles e inmuebles pasaba a poder del marido.

El repudio se permitía a los hombres, pero la mujer debía contentarse con un solo marido, porque se consideraba indecoroso que una mujer que no era virgen volviese a casarse.

El concubinato se practicaba entre los germanos, pero no producía los efectos que el matrimonio legítimo.

El culto de los antepasados domésticos era sagrado y para asegurarse la descendencia el marido que no había tenido hijos de su mujer podía cedérsela a otro para procrear un hijo.

El matrimonio entre hombres libres y siervas estaba severamente prohibido y tampoco podían casarse los nobles sino con mujeres de su condición.

Los germanos, como todos los pueblos primitivos, no tenían leyes escritas, sino que se gobernaban por las costumbres, que apenas empezaron a codificarse cuando las invasiones pusieron en contacto a los germanos con otros pueblos de civilización diferente. Estas costumbres redactadas llevan el nombre de Leyes bárbaras

(leges barbarorum). Las principales son: la ley **Sálica** y la ley **Ripuaria**, que se aplicaban respectivamente entre los franco-sálicos y los franco-ripuarios, la ley de los burgondos y la ley de los visigodos. De la ley sálica merece citarse especialmente el célebre Título de **alodis** que excluye a las mujeres de la sucesión sobre las tierras de los antepasados (terra sálica), porque, al casarse, la hija deja la familia paterna para entrar en la familia del marido. Cuando el difunto no deja hijos, la ley **Sálica** llama a la sucesión alodial al padre y a la madre, a los hermanos y hermanas; luego a la hermana de la madre, con preferencia a la hermana del padre; de los hermanos del padre o de la madre no hace mención alguna.

A la segunda mitad del siglo V los francos invaden la región del Sena y después de la victoria de Soissons desaparece en la Galia el último resto de la dominación romana en aquellas regiones y empieza a mezclarse la vieja cultura galo-romana con las primitivas costumbres de esta rama germánica que, bajo el mando de Clovis, no muestra deseo de destruir la civilización antigua sino más bien aprovecharse de ella. El fin del siglo V marca una verdadera época en la historia de las instituciones jurídicas, elemento capital de toda civilización. La mezcla de las tradiciones romanas y germánicas dura cuatro siglos y toma en ella parte importante el cristianismo desde la misma época de Clovis (año 496), quien, convertido al catolicismo con tres mil de sus guerreros, acepta la civilización cristiana, poseedora ya de lo esencial de la cultura antigua, con las modificaciones que la nueva doctrina había ido imponiendo en las costumbres.

Entendiendo por cultura simplemente una forma de vida, podemos decir que aquellas dos culturas produjeron un choque precisamente en torno a los derechos de familia. Ya hemos dicho que el derecho romano en su última época se caracterizaba por un individualismo disolvente y que la familia del Bajo Imperio no conservaba ni siquiera el reflejo de lo que fue aquella organización familiar de la Roma primitiva, rígida, autoritaria y, en cierta forma, colectiva. Entre los germanos, como entre casi todos los pueblos nuevos, la familia es todopoderosa y se puede decir que se basta a sí misma. Frente a las costumbres individualistas de los galo-romanos, la autoridad predominante de la familia germana luchó por conservarse. Como consecuencia de esto, la propiedad conjunta de la familia se opuso a la propiedad individual que reconocía el dere-

cho romano. El jefe de familia sigue siendo el administrador de los bienes familiares y es él quien debe transmitirlos a la generación que le sigue. Esta idea tradicional, fortificada por la vida rural de las comunidades familiares, impidió que los francos aceptaran la práctica del testamento, desconocida para ellos. Intervino la Iglesia para buscar el reemplazo de la sucesión testada por medio de las donaciones entre vivos, pero las gentes no aceptan de buen grado este sistema que tiende a sacar de la familia lo que siempre le ha pertenecido, por más que la Iglesia replique que cada uno puede hacer de su propiedad lo que a bien tenga. La Iglesia intenta reconciliar la tradición germánica con la romana haciendo intervenir en las donaciones el consentimiento de los miembros más influyentes de la familia, pero el conflicto se perpetúa hasta el siglo XIII en que surge una especie de transacción que permite al de **cujus** disponer de parte de sus bienes libremente pero le obliga a dejar la mayor parte a su linaje, es decir a sus hijos, continuadores de la familia y a la mujer viuda (viudedad).

En este conflicto de costumbres subsiste entre los germanos la de que sea el marido quien paga la dote matrimonial, y no la mujer, como en Roma, pero se adopta el sistema de la donación **propter nuptias** del derecho romano. Por otra parte, la Iglesia trata de suavizar la rígida autoridad marital (**mundium**) de que el marido germano gozaba sobre su mujer y favorece entre los esposos ciertas prácticas de colaboración que conducirán lentamente a la comunidad conyugal.

En este período bárbaro debemos citar especialmente el código de la monarquía goda, uno de los más célebres e importantes documentos de la época que sucedió a la caída del poder romano. Este código, llamado más generalmente **Fuero Juzgo**, fue compilado a principios del siglo VIII por los reyes visigodos, pocos años antes de que España cayera bajo la dominación musulmana. Los visigodos o godos de occidente eran una rama de los pueblos germanos, que modificaron rápidamente sus costumbres al influjo del cristianismo y de la cultura ibero-romana y abandonaron el idioma teutónico para adoptar el latín. El **Fuero Juzgo** contiene gran parte de las leyes romanas, ya acogidas antes en el **Breviario de Alarico** (año 506), pero tienen también algunas leyes bárbaras, especialmente las relativas a la familia, como se advierte por el sistema dotal, que dispone, al contrario de la costumbre romana, que sea el

marido quien dote a la mujer, a la usanza germana; permite el matrimonio entre godos y españoles; exige el consentimiento del padre, o de la madre a falta de aquél, para las uniones conyugales; reconoce la herencia legitimaria para los descendientes; establece la institución de los gananciales en el régimen matrimonial, desconocida de los romanos; prohíbe a la mujer las segundas nupcias hasta pasado un año de la muerte de su marido, y castiga con la desheredación a las doncellas que se casan sin consentimiento de sus padres.

Antes de terminar este aparte conviene anotar algunos datos históricos en relación con los germanos: Procedían éstos del Asia Central, de la meseta de Pamir, de donde salieron las grandes emigraciones de raza aria que poblaron a Europa, después de haberse difundido por toda el Asia. Anteriormente los celtas, de la misma procedencia, habían ocupado parte de los territorios que forman hoy a Francia, Inglaterra, España e Irlanda, pero se hallaban bajo la dominación romana cuando empezaron las primeras incursiones germanas en Europa, aproximadamente en el siglo VI antes de J. C. Los germanos entraron por la cuenca del Danubio, divididos en tres bandas. En el siglo III de nuestra era formaban cuatro confederaciones, establecidas en la Europa central, aunque no habían salido completamente del período nómada: eran la de los sajones, la de los francos, la de los alamanes o alemanes y la de los godos. Había, además, otros pueblos aislados de origen germano, como los suevos, los marcomanos, los burgundios, los longobardos etc.

Su carácter nos lo describe Carle como esencialmente guerrero y militar, religioso, de una personalidad individual muy vigorosa, comprendiendo el derecho como una fuerza y potestad del individuo, pues se consideraba que solo la persona apta para llevar armas era capaz de hacer valer y defender con la fuerza su derecho, concepto que les hacía tener en grande estimación la propia independencia personal y la libertad individual. Estaban organizados en grupos de familias, más o menos numerosas, que se reputaban descendientes de un mismo tronco y constituían una especie de comunidades de pueblos, que sólo cuando trataban de emprender alguna emigración o alguna aventura bélica reconocían el mando de un jefe militar, al que después se llamó rey, duque, o conde.

Armonizando esta apreciación de Carle con la que anotamos

arriba respecto de la organización colectiva o familiar de la propiedad, podemos decir que el criterio individualista primaba entre los germanos en lo relativo a la organización política, pero que en el terreno económico prevalecía un criterio colectivista, como lo demuestra su repugnancia a aceptar las prácticas jurídicas de los romanos sobre la propiedad individual.

La familia y el Cristianismo

En el año 313 el emperador Constantino proclamó la tolerancia religiosa, por medio del Edicto de Milán, y los cristianos pudieron profesar libremente sus prácticas y opiniones. El paganismo había perdido ya su mérito religioso y estaba reducido a un informe conjunto de supersticiones. Después de la reacción pasajera de Juliano el Apóstata, el paganismo dejó de ser religión oficial y el cristianismo principió a predicar la nueva idea de separar la religión y el Estado, que antes se confundían hasta el punto de que los emperadores eran divinizados al morir y su culto era obligatorio. Al principiar las invasiones, la Iglesia católica, ya fortalecida, busca la amistad de los bárbaros en lugar de comprometer su suerte a la del imperio decadente y ya herido de muerte. Entonces representa la Iglesia el papel de mediadora entre el antiguo mundo y el que empieza, aportando a esta transformación lo que ella misma había adquirido de la cultura romana: el orden, la jerarquía, la disciplina y el propio derecho romano.

Con la facultad de interpretar los libros santos y especialmente el Nuevo Testamento, los padres de la Iglesia le aseguran un fondo inmutable al derecho canónico. Además, las autoridades eclesiásticas pueden legislar, principalmente el Papa y los Concilios. Las disposiciones del Papa se llaman decretales, y cánones (reglas, en griego) las que emanan de los concilios.

Después del Edicto de Milán, la Iglesia fue reconocida como persona moral y consiguió la capacidad de adquirir por medio de donaciones entre vivos y por causa de muerte, las que engrosaron su patrimonio rápidamente, gracias a la generosidad de los fieles.

La importancia política de la Iglesia va tomando incremento hasta el punto de que en el siglo IV el Papa ejerce no sólo la primacía doctrinal sino la supremacía de jurisdicción o de dirección

sobre los clérigos y poco después sobre los fieles. Los Emperadores reconocen a los Obispos una jurisdicción arbitral para zanjar diferencias de orden temporal entre los cristianos. A partir de Carlomagno, los reyes se declaran reyes por la gracia de Dios y se hacen coronar o consagrar por los Papas, aceptando la idea de que los reyes ejercen con el apoyo divino y en interés del pueblo cristiano.

El derecho canónico se va codificando por medio de colecciones particulares de los textos canónicos expedidos por los Papas y los Concilios. En el año 1150 el monje Graciano, profesor de Bolonia, compone un libro en que trata de resolver las contradicciones existentes entre los diversos textos conocidos hasta la fecha. Se le llamó el Decreto de Graciano y vino a sustituir todas las colecciones anteriores, aunque no se le consideró de carácter oficial. En el año 1234 el Papa Gregorio IX expidió sus Decretales, promulgadas oficialmente y que abrogaron las colecciones precedentes.

En la Edad Media el derecho canónico tiene privilegio para reglamentar el procedimiento de los tribunales eclesiásticos y su competencia, la cual, además de las cuestiones religiosas, se extiende al matrimonio, al testamento y a los contratos. En esta época los mismos tribunales laicos, al resolver sobre estas materias, aplican, en principio, el derecho canónico.

La jurisdicción eclesiástica sobre las personas de los clérigos excluye toda intervención laica, salvo para aplicar la pena de muerte. Un clérigo, salvo el caso de fragante delito, no puede ser detenido sino por la autoridad eclesiástica y juzgado por ella. En caso de crimen atroz, el clérigo es degradado y entregado al brazo secular para aplicarle la pena de muerte.

Las cuestiones que se refieren exclusivamente a la fe y disciplina de la Iglesia, son también de su privativa jurisdicción, como los crímenes contra la fe, la brujería y la herejía. En el siglo XIII el Papado instituyó el tribunal de la Inquisición, que empleó medios terriblemente rigurosos para extirpar la herejía.

Toda la época de la Edad Media se distingue por la gran influencia del poder eclesiástico en la vida social y jurídica, de modo que todo asunto que se relacionara con la moral cristiana entraba bajo la jurisdicción de la Iglesia, especialmente cuanto se refería a

los sacramentos, de los cuales el principal, por sus efectos sociales, era el matrimonio. Además, el poder civil había dejado a la Iglesia el cuidado exclusivo de la instrucción pública y el de la asistencia, o servicios de caridad, que comprendía hospitales, leprosarios y el cuidado de los pobres. Desde el siglo X el poder civil abandona a la legislación canónica y a la jurisdicción eclesiástica todo lo relativo al matrimonio. La Iglesia sienta el principio de que el matrimonio es institución divina y que también su vínculo indisoluble, su unidad y su estabilidad tienen por autor a Dios, reconociendo sin embargo que aquél no se realiza sin el libre consentimiento de ambos esposos. Considera que la razón principal de las nupcias fue establecida por Dios desde el principio, cuando dijo a la pareja del paraíso: "creced y multiplicaos". La característica especial del matrimonio cristiano es su condición de **verdadero y magno sacramento** que le dio Cristo, condición que entraña la indisolubilidad del pacto nupcial, según estas palabras del mismo fundador del cristianismo: "No separe el hombre lo que ha unido Dios". "Cualquiera que repudie a su mujer y se casa con otra, adultera; y el que se casa con la repudiada del marido, adultera". Esta doctrina la resume así San Agustín: "Por sacramento se entiende que el matrimonio sea indisoluble, y que el repudiado o repudiada no se una con otro, ni aun por razón de la prole". Dicen los comentaristas que si en la antigua ley permitió Moisés al pueblo escogido dar a las mujeres libelo de repudio, es decir, romper la unión matrimonial, Cristo revocó aquel permiso y restableció la ley primera de la indisolubilidad con las citadas palabras: "No separe el hombre, lo que ha unido Dios". Grandes esfuerzos costó a la Iglesia prohibir el divorcio, practicado en la antigüedad, como hemos visto, lo mismo que en Roma y entre los germanos, pero, sin embargo, impuso esta prescripción a los mismos reyes, como a Roberto el Piadoso, a Felipe I, a Felipe Augusto, de modo que en el siglo XIII ya no se discute entre los católicos la perpetuidad del vínculo nupcial. Si la vida común entre los esposos llega a ser intolerable, los tribunales eclesiásticos permiten un divorcio incompleto, la separación de cuerpos, *quoad torum et cohabitationem*, permaneciendo, sin embargo, el vínculo conyugal. Esta separación puede tener lugar, además, en los siguientes casos: por mutuo consentimiento de los esposos, por grave peligro del alma, por grave peligro del cuerpo y por adulterio de una de las partes. Solo en tres casos permite la Iglesia el divorcio completo: 1o. por dispensa del Papa en

caso de matrimonio rato y no consumado y por grave causa; 2o. por profesión religiosa de uno de los cónyuges, no habiéndose consumado el matrimonio, es decir no habiéndose verificado la cópula sexual, y 3o. cuando uno de los cónyuges por el bautismo se convierte a la fe cristiana, permaneciendo infiel el otro y rehusando convivir pacíficamente, o haciéndolo con injuria del Creador y menosprecio de la religión cristiana (Privilegio Paulino). La prohibición estricta del divorcio dio grande importancia a la cuestión de las nulidades del matrimonio; los esposos mal avenidos no tenían otro recurso que el de probar que su matrimonio no había sido válidamente contraído.

Los impedimentos que afectan la validez del matrimonio y lo anulan si ha sido contraído, se llaman dirimentes. Los principales de estos impedimentos son: 1o. Matrimonio anterior, no disuelto; 2o. Voto solemne de castidad, por profesión religiosa; 3o. Orden sagrado, que comprende el presbiterado, el diaconado y el subdiaconado; 4o. Parentesco, en línea recta indefinidamente y en línea colateral hasta el cuarto grado inclusive, salvo dispensa especial; 5o. Crimen, que comprende el adulterio de los contrayentes y el homicidio por conspiración común y con intención de contraer matrimonio; 6o. Disparidad de cultos, que se refiere a bautizados y no bautizados; si la disparidad es simplemente de religiones, siendo ambos bautizados, el impedimento no es más que impediante; 7o. Falta de consentimiento, por fuerza o miedo; 8o. Clandestinidad, si el matrimonio se contrae sin las solemnidades prescritas por la Iglesia, es decir sin la asistencia del cura párroco, o del Ordinario, o de un Sacerdote delegado por alguno de ellos y sin la presencia de dos testigos por lo menos (el Párroco competente es el de la esposa); 9o. Impotencia, o incapacidad para ejercer la cópula carnal. El número de los impedimentos alcanza a quince, pero los otros son menos importantes.

Hay otra clase de impedimentos que se llaman impredientes, que no anulan el matrimonio, pero que implican para los esposos desobedientes ciertas penas canónicas, oraciones, limosnas etc. Al contrario del impedimento dirimente que estorba que se contraiga el matrimonio entre ciertas personas y lo anula si se contrae, el impedimento impediante lo estorba, pero no lo anula si se ha contraído. Los impedimentos impredientes son: prohibición de la Iglesia, que puede ser general o particular; general, en tres casos: por fal-

ta del consentimiento de los padres; por falta de las proclamas, y por temor de matrimonio entre hereje y católico. El segundo impedimento impediante es el que se refiere al tiempo durante el cual se prohíben las ceremonias religiosas de las nupcias. El tercero, por esponsales hechos antes con otra persona. Y el cuarto, es el del voto, que comprende: voto de castidad, voto de no casarse, voto de entrar en religión y voto de recibir órdenes sagradas.

El derecho canónico suprime los impedimentos que se fundaban en la diversidad de condiciones sociales de los contrayentes. La tendencia eclesiástica es la de facilitar la práctica matrimonial, por eso aunque aconseja obtener el consentimiento de los padres, no lo exige para la validez del matrimonio, el cual sigue siendo, ante el derecho canónico, un acto puramente consensual, con el mínimo de formalidades. Estas son: las amonestaciones, que equivalen a la publicidad para investigar los posibles impedimentos; cambio verbal de consentimiento (verba de praesenti) y bendición nupcial en la Iglesia por el párroco o su delegado.

Las leyes eclesiásticas imponen a los esposos la vida en común y una estricta fidelidad, de lo cual se desprende la comunidad de domicilio, de condición social y de nacionalidad. Los esposos deben ayudarse mutuamente en su tarea esencial, la educación de la prole. En esta tarea la mujer tiene iguales derechos que el hombre, pero debe aceptar la dirección afectuosa del marido, quien no será ya el amo sino el compañero, pero de hecho sigue siendo el que manda, a veces con rudeza, porque un largo dominio tradicional no se acaba por simples recomendaciones de carácter moral.

La cristiana legislación no excluía las admoniciones ascéticas de violenta reacción contra el sensualismo de la moral pagana, reacción que se manifestaba en la predicación de la continencia y el desprecio de las riquezas y la carne. Los apóstoles y los padres de la Iglesia descargaban anatemas contra la mujer, que era el camino del mal, el motivo de todas las desgracias humanas, la ruina del hombre, "la puerta del infierno", como decía Tertuliano. Algunos llegaron a aconsejar el celibato. Orígenes decía: "El matrimonio es cosa impía e impura, es el instrumento de la sensualidad". Y para no caer en la tentación, se mutiló.

Algunos historiadores refieren, sin que se haya podido comprobar el hecho, que en el Concilio de Macón se discutió si la mujer pertenecía a la especie humana.

Conviene anotar además que el derecho canónico excluyó del culto a las mujeres y les prohibió alegar personalmente en los tribunales eclesiásticos.

La doctrina católica sobre matrimonio está contenida y resumida en la Encíclica "Casti Connubii" del Papa Pío XI (año 1930), en la cual se insiste sobre la institución divina del matrimonio, y la fidelidad conyugal, la cual supone la unión monogámica, la castidad conyugal, el amor conyugal y la jerarquía del amor. La unión monogámica, o absoluta unidad del matrimonio, se funda en las palabras de Cristo: "Por tanto, ya no son dos, sino una carne". La castidad conyugal excluye no solo la poligamia y la poliandria sino hasta los mismos pensamientos de infidelidad, que Cristo condenó así: "Pero yo os digo, que todo el que mira a una mujer para codiciarla, ya adulteró en su corazón". El amor conyugal, que llama San Agustín **fidelidad en la castidad**, no se funda sólo en el apetito carnal sino en el afecto íntimo del alma, en la ayuda recíproca de los cónyuges y en la mutua perfección.

La jerarquía del amor abraza tanto la primacía del varón sobre la mujer y los hijos, como la diligente sumisión de la mujer y su rendida obediencia, recomendados por San Pablo: "Las casadas estén sujetas a su marido, como al Señor; por cuanto el hombre es cabeza de la mujer, así como Cristo es cabeza de la Iglesia". No se opone esta jerarquía a que se le reconozca a la mujer el ejercicio de sus derechos civiles. La encíclica condena rotundamente el divorcio y proclama la perpetuidad del vínculo para todo matrimonio cristiano, rato y consumado.

Entre los errores y vicios que condena la Iglesia cita la Encíclica los que niegan la institución divina del matrimonio, los que predicán por **cierto tiempo** la unión conyugal, el matrimonio de **prueba** y el matrimonio **amistoso**; los que se refieren a la limitación de la prole, a voto, esterilización, etc. Explícitamente dice: que cualquier uso del matrimonio en cuyo ejercicio el acto, por industria humana, quede destituido de su natural fuerza procreativa, va contra la ley de Dios y contra la ley natural, y los que tal cometan se hacen culpables de un grave delito. En relación con esto mismo niega al Estado la facultad de prohibir los matrimonios a los que, según las normas y conjeturas de la ciencia, podrían engendrar hijos defectuosos.

Condena también como errores las ideas de emancipación social y económica de la mujer, en cuanto apartan a ésta de los cuidados que en el hogar requieren su marido y sus hijos.

Insistiendo en el carácter esencialmente religioso del matrimonio reprueba una vez más las relaciones ilícitas, el matrimonio civil y el matrimonio mixto. Acerca de este último reproduce el siguiente canon del Código: "La Iglesia prohíbe severísimamente en todas partes que se celebre matrimonio entre dos personas bautizadas, de las cuales una sea católica y la otra adscrita a una secta herética o cismática; y si hay peligro de perversión del cónyuge católico y de la prole, el matrimonio está además vedado por la misma ley divina". No obstante, establece que la Iglesia, a veces, según las diversas condiciones de los tiempos y personas, puede otorgar dispensa para los matrimonios mixtos, siempre que se deje a salvo el derecho divino y se aleje el peligro de perversión para el cónyuge católico.

Contra el divorcio reproduce las siguientes normas del Concilio Tridentino: "Si alguno dijere que el vínculo matrimonial puede desatarse por razón de herejía, o de molesta cohabitación o de ausencia afectada: sea anatema" (68); y: "Si alguno dijere que yerra la Iglesia cuando en conformidad con la doctrina evangélica y apostólica, enseñó y enseña que no se puede desatar el vínculo matrimonial por razón de adulterio de uno de los cónyuges, y que ninguno de los dos, ni siquiera el inocente que no dio causa para el adulterio, puede contraer nuevo matrimonio mientras viva el otro cónyuge, y que adúltera lo mismo el que después de repudiar a la adúltera se casa con otra, como la que después de dejarlo, se casa con otro: sea anatema" (69).

Se le ha criticado a la Iglesia la práctica de fomentar el matrimonio por todos los medios posibles sin tener en cuenta los fines eugénicos y, en verdad, si el fin inmediato del matrimonio es la procreación, es evidente que deberían buscarse los medios tendientes a procurar una prole sana y, por lo mismo, impedir las uniones entre individuos afectados de enfermedades contagiosas o transmisibles por la vía hereditaria. Por estas razones, bien podría la Iglesia incluir entre los impedimentos del matrimonio esta clase de enfermedades. Y si la Iglesia no conviene en estas medidas de selección sexual alegando que "los hombres no se engendran para

la tierra y el tiempo sino para el cielo y la eternidad", el Estado debería intervenir en esta materia haciendo obligatorio el certificado prenupcial y prohibiendo los matrimonios entre personas atacadas de males venéreos en estado contagioso, dementes o que padezcan otras enfermedades que puedan transmitirse a los descendientes o contaminar al cónyuge sano, tuberculosis, lepra etc.

Antes de entrar a estudiar la organización moderna de la familia, debemos decir que la Iglesia ha reclamado siempre la jurisdicción exclusiva para todos los asuntos referentes al matrimonio, su constitución, causas de nulidad, separación de los esposos etc. Por virtud del artículo 19 del convenio con la Santa Sede, aprobado por la ley colombiana No. 35 de 1888, se reconoció a la autoridad eclesiástica la competencia exclusiva para las causas matrimoniales que afectan el vínculo del matrimonio y la cohabitación de los cónyuges. Lo mismo dispone el art. 9o. del Nuevo Concordato (Ley 50 de 1942), pero las causas de separación de cuerpos serán juzgadas por los Jueces del Estado. Conviene citar los arts. 5 a 8 del mismo instrumento, todavía sin ratificar por la Santa Sede, donde se estipula cierta ingerencia de los funcionarios civiles en la celebración del matrimonio católico, al que se sigue reconociéndole plenos efectos civiles.

Los derechos de familia en la edad media

En los tiempos de la Edad Media vemos a la familia volver a los tiempos primitivos de las **comunidades**. Los hijos casados viven al lado de sus padres y a menudo subsisten estas comunidades familiares después de la muerte de éstos, sobre todo entre la población rural, donde se agrupan varias generaciones en una sola casa.

Del siglo X al siglo XII el propietario no puede disponer de sus inmuebles sin el consentimiento de toda su familia. Esta costumbre de los consentimientos familiares producía varios inconvenientes para la vida de los negocios y la movilización de la propiedad, que fueron subsanados en el siglo XIII utilizando una antigua distinción entre bienes propios y adquisiciones o gananciales. **Los propios** son los inmuebles habidos por herencia de familia, **los gananciales**

son los inmuebles que el individuo ha adquirido por su actividad personal. Los primeros no pueden ser enajenados y se reservan siempre para la familia. Los adquiridos en gananciales quedan a disposición del adquirente.

Estas restricciones para la enajenación a título de venta hicieron que se desarrollara la enajenación a título gratuito, en forma de donaciones, especialmente en favor de la iglesia. Estas donaciones entre vivos que fueron al principio revocables se consideraron después irrevocables, según el adagio: "Dar y retener no vale" y este carácter de irrevocabilidad subsiste en el derecho moderno para las donaciones entre vivos, en lo cual se diferencian de las donaciones por causa de muerte, que son esencialmente revocables, se asimilan a legados anticipados y no transfieren la propiedad sino a la muerte del donante, sin haberlas revocado.

Como la donación entre vivos implica un sacrificio inmediato, la Iglesia, para favorecer las liberalidades, sigue propugnando por restablecer el testamento romano, desconocido de los germanos y que en la época de los francos había ya desaparecido.

Poco a poco y merced a la influencia cristiana aparecen en los matrimonios ciertas prácticas de colaboración económica entre los esposos que van conduciendo a la comunidad conyugal del derecho moderno. Los esposos ponen en común los bienes muebles e inmuebles que poseen al momento del matrimonio; los inmuebles aportados constituyen los propios de la comunidad, y los inmuebles adquiridos durante el matrimonio forman los gananciales.

Como consecuencia de su autoridad marital, es el marido quien administra los bienes sociales, pero no puede disponer de los **propios**, bien sean suyos o de su mujer, sin el consentimiento de ésta. La misma formalidad se requiere para la disposición de los bienes adquiridos o gananciales, porque ya en el siglo XIII "la mujer es tan grande como el hombre por sus gananciales". La costumbre considera que las cualidades femeninas de orden y economía contribuyen tanto a las adquisiciones como la actividad exterior del hombre.

El marido no puede disponer libremente sino de los bienes muebles. En cuanto a la mujer casada, no puede comprometer a la sociedad conyugal sino con el consentimiento del marido. Esta in-

capacidad no es absoluta, porque si el marido se ausenta o cae en incapacidad por locura o por prodigalidad, la mujer puede tomar la dirección conyugal y aun puede ejercer el comercio con la autorización del marido.

Al liquidarse la sociedad conyugal, por muerte de uno de los esposos se procede así: los bienes propios, según su origen, pasan o al esposo sobreviviente o a los herederos del otro; las adquisiciones o gananciales y los bienes muebles se dividen por igual entre el cónyuge superviviente y los herederos.

Si la mujer sobrevive, puede, además, reclamar a los herederos de su marido una especie de usufructo sobre los bienes que fueron propios de aquél y sin perjuicio de lo que le corresponda en la liquidación de la comunidad. Este usufructo se ejercerá sobre la mitad o sobre el tercio de los propios del marido si no ha habido estipulación previa. En esto consiste la institución de la **viudedad**, en que se combinaron las tradiciones romanas y germanas. La viudedad grava los bienes del marido desde la celebración del matrimonio, pero para que pueda cumplirse se requiere que la viuda sobreviva al marido; a la muerte de aquélla los bienes gravados vuelven a los herederos de éste. Se busca con esta costumbre mantener a la viuda **desconfortada** la situación social que tenía durante el matrimonio.

Además de esta costumbre de la viudedad, especialmente propia de los pueblos francos, era usual entre éstos el sistema de los dones mutuales, en virtud del cual podían los esposos donarse mutuamente en vida la parte que podía corresponderles, a la disolución del matrimonio, en los muebles y gananciales de la comunidad.

Respecto de la condición civil y social de la mujer en la época feudal se ha fantaseado mucho, con único apoyo en la literatura romancesca de aquel tiempo. El **servicio del amor** y la protección a las doncellas y a las viudas que atribuyen las leyendas a la caballería, y el famoso lema "por mi Dios, por mi Dama y por mi Rey" han hecho ver en las costumbres medioevales una elevación social a que no llegó nunca la mayoría de las mujeres. Las verdaderas damas eran una ínfima minoría de la sociedad feudal. La caballería se formaba, generalmente, de aventureros que se entregaban a todos los abusos y llevaban la honra de las mujeres en la punta de sus espadas.

Las jóvenes de la nobleza no tenían derecho de elegir a sus esposos: eran los padres quienes concertaban las uniones, sin consultar el sentimiento de sus hijas, considerando únicamente las ventajas de la alianza. El matrimonio era un acto político, una cuestión de aumento de poder merced a los nuevos vínculos. "Al interés de la casa toca decidir, no a la voluntad del individuo". Los siervos y vasallos tampoco podían escoger a sus mujeres, sin la venia o permiso del señor. Cuando una mujer heredaba un feudo correspondía al rey elegirle al esposo, y generalmente, la entregaba al que más le ofrecía.

Se ha discutido si en realidad existió durante la época feudal el derecho de **pernada** o **marqueta**, **jus primae noctis** en favor del señor sobre las mujeres de sus siervos, pero es muy posible que esta costumbre se practicara en algunas regiones, costumbre que se encuentra en muchos pueblos primitivos, no como prelibato para el señor, sino para el sacerdote o para el jefe de la tribu.

Había en el régimen feudal un matrimonio llamado **morganático**, sujeto a la formalidad eclesiástica y que consistía en la unión de un viudo de la nobleza con una mujer de condición inferior con quien había vivido en concubinato. Se permitía este matrimonio con la condición de que ni la mujer ni los hijos de ésta podían heredar los bienes paternos, excepto en aquella parte o donación que podía otorgárseles al tiempo de los desposorios. Después se aplicó este nombre a las uniones de los príncipes con mujeres de humilde casta. Generalmente eran secretos y la mujer no podía nunca tomar la condición social de su marido ni aspirar a los privilegios políticos de aquél, como compartir el reinado o adquirir derechos en las dinastías.

En los feudos francos la tierra la heredaban los primogénitos. Entre los longobardos sucedían los varones por partes iguales. En España, según la ley de partidas, la herencia de los vasallos se transmite a los hijos o nietos, con exclusión de las hijas e hijos de éstas. No habiendo hijos ni nietos la propiedad vuelve al señor o a sus herederos. Desde el siglo XIII se estableció en España la institución del mayorazgo, que permitía vincular al primogénito de un tercio a un quinto de la herencia para perpetuar dichos bienes en la familia y conservar el brillo de ésta. Podía exceder de estas cuotas la vinculación pero con licencia del Rey. El primogénito de la familia se obligaba a conservar íntegros los bienes del

mayorazgo para transmitirlos a quien correspondían en caso de muerte. A fines del siglo XIV empezaron a propagarse estas vinculaciones y en el siglo XVI no había familia, poseedora de mediana fortuna, que no la vinculase al primogénito para conservar su lustre y su nombre.

Los mayorazgos se fundaban por testamento o por contrato. Así es que cualquiera persona hábil para testar y contraer podía instituir un mayorazgo de parte o de todos sus bienes, con tal de no perjudicar en su legítima a los herederos forzosos. Fundado el mayorazgo, los bienes que lo constituían adquirían el carácter de inalienables, pues necesariamente habían de pasar a determinadas personas, sin que pudiese el instituido disponer de ellos durante su vida. Como esta institución estuvo vigente en Colombia mientras se aplicó en nuestro país la legislación española, conviene dar todavía algunos detalles en relación con ella: el poseedor del mayorazgo debía hacer inventario de éste, reparar y conservar las fincas en que consistía; dar caución a los inmediatos sucesores, en caso de disipación o visible deterioro de los bienes; resarcir la pérdidas o desmejoras notables ocasionadas por su culpa; pagar los censos, pensiones, tributos y cargas reales que habían de satisfacerse anualmente; suministrar alimentos a sus hermanos pobres y dotar a sus hermanas. El mayorazgo se perdía por incurrir en infamia de hecho o de derecho, por ingratitud, por disipación de todas o parte de las fincas, y por cometer alguno de estos tres delitos: lesa majestad divina y humana, sodomía y herejía.

Los mayorazgos, que ponían fuera del comercio ciertos bienes con perjuicio de la conveniencia pública y con menoscabo de la misma justicia social, eran incompatibles con las instituciones republicanas porque establecían y perpetuaban desigualdades infundadas entre los ciudadanos. Así fue que en la Constitución de 1821 se proclamó como garantía individual la igualdad de los ciudadanos sin privilegios ni distinciones y con prohibición de establecer títulos nobiliarios, mayorazgos y vinculaciones. En 1824 una ley especial declaró extinguidos los mayorazgos y vinculaciones. En España se suprimieron en 1820, se restablecieron en 1823 y desaparecieron definitivamente en 1841.

Parece del caso incluir en este aparte algunas de las disposiciones de Las Siete Partidas de Don Alfonso el Sabio referentes al matrimonio.

Empieza la Cuarta Partida, que habla de los desposorios y de los casamientos: que entre las honras señaladas que dio nuestro señor Dios al hombre debe contarse el haber hecho la mujer, que le dio por compañera en que hiciese linaje; que esta orden del matrimonio la estableció Dios mismo por sí y por eso es uno de los más nobles y honrados sacramentos de la Iglesia; que por eso debe ser honrado y guardado como el primero, porque es mantenimiento del mundo y hace a los hombres vivir vida ordenada y sin pecado. Por eso advierte que se pone en medio de las Siete Partidas, así como el corazón está puesto en medio de los siete cielos, donde están las siete estrellas que son llamadas planetas.

En el Titulo Dos, de la misma partida, se dice que el casamiento lo estableció Nuestro Señor en el paraíso por las razones dichas y también por estas razones que muestran los Santos Padres: para desviar el pecado de lujuria, lo que puede hacer el casado más que otro hombre queriendo vivir derechamente; por tener mayor amor a sus hijos, estando cierto de ellos que son suyos; para desviar contiendas y homicidios, y soberbias, y fuerzas y otras cosas muy torticeras que nacerían por razón de las mujeres si no hubiese casamiento.

La definición que se da del matrimonio es: ayuntamiento de marido et de mujer fecho con tal entención de vevir siempre en uno, et de non se partir guardando lealtad cada uno dellos al otro, et non se ayuntando el varón a otra mujer, nin ella a otro varón veviendo amos a dos.

Considera como atributos del matrimonio la fe o lealtad, el linaje, es decir, la descendencia, y el sacramento, es decir, la indisolubilidad: "pues que Dios los ayuntó, non es derecho que home los departa".

Dice que el consentimiento sólo, con voluntad de casar, hace matrimonio entre el varón y la mujer, pero prohíbe los matrimonios secretos y sin conocimiento de los padres de la mujer.

Prohíbe los matrimonios entre ascendientes y descendientes y hasta el cuarto grado en línea colateral. Entre parientes afines (cuñadiez o cuñadía) se prohíbe el matrimonio hasta el cuarto grado. Señala también como impedimento el compradazgo, o parentesco espiritual que resulta de los sacramentos.

Permite el divorcio por adulterio de la mujer, por volverse hereje, o moro, o judío alguno de los contrayentes (fornicio espiritual) y por entrar en religión uno de los esposos, consintiéndolo el otro. Este divorcio no extingue el vínculo, de modo que no puede contraerse nuevo matrimonio viviendo uno de los divorciados.

Define la dote como "el algo que da la mujer al marido por razón de casamiento y es como donación hecha con entendimiento de mantenerse y ayudar al matrimonio con ella". Lo que el varón da a la mujer por razón de casamiento (donatio propter nuptias) se denomina arras en las Siete Partidas, pero advierte que esta palabra se aplicaba antiguamente como peña o garantía de promesa matrimonial. Una vez contraído el matrimonio, quedan prohibidas las donaciones entre los esposos, pero si se hiciesen quedan siempre con el carácter de revocables (la misma regla trae el artículo 1196 de nuestro Código Civil: las donaciones entre cónyuges valen como donaciones revocables).

El marido tiene una libre administración de todos los bienes, pero no puede vender ni enajenar la donación que él dio a la mujer ni la dote que él hubiere recibido, salvo si se hubiere apreciado.

La dote puede darla la mujer u otra persona en nombre de ella; los padres o abuelos paternos están obligados a darla por la mujer, si ella careciere de bienes.

Pueden las mujeres reservarse la propiedad y administración de algunos bienes propios suyos, que se llaman parafernales.

Se concede a la mujer el derecho de demandar la dote si su marido fuese jugador o tuviese malas costumbres o si fuese pródigo o disipador.

Permiten las Siete Partidas el concubinato pues aunque advierte que la Santa Iglesia prohíbe a los cristianos tener barraganas, dispone luego que todo hombre "no embargado de orden o de casamiento puede haber barragana sin miedo de pena temporal" siempre que no sea virgen, menor de doce años ni viuda honesta. Los hijos de estas barraganas pueden ser legitimados por declaración pública, por testamento y por escritura.

Poder y señorío tienen los padres sobre los hijos, según razón natural y según derecho: lo uno porque nacen de ellos y lo otro porque han de heredar lo suyo. Esta patria potestad se ejerce sobre

los hijos, sobre los nietos y demás descendientes por línea derecha, exceptuándose pues los hijos naturales y los incestuosos, pero incluyendo los hijos adoptivos. En virtud de esta potestad se permite al padre, aquejado de gran hambre y teniendo gran pobreza, vender o empeñar sus hijos.

Las Siete Partidas, inspiradas en el Derecho romano, fueron compiladas por Dn. Alfonso X entre los años 1256 a 1265. Se les dio carácter obligatorio bajo el reinado de Don Alfonso XI. Contienen, además de exhortaciones y doctrinas morales, muchas disposiciones canónicas y romanas, que probablemente no se cumplían antes en España. La primera partida trata del derecho natural, de las leyes, usos y costumbres, fe católica, sacramentos de la Iglesia y otras materias del dogma, pago de los diezmos, etc.; la segunda trata del derecho público, empleados y sus funciones, servicio de la corona, enseñanza, profesores etc. En la ley 25 de esta partida se consagra el derecho de insurrección. La Tercera Partida trata de los procedimientos judiciales, el dominio y modo de ganarlo, prescripción, posesión, servidumbres etc. La cuarta, de espousales, matrimonio, dote, patria potestad, vasallos y feudos. La quinta, de las obligaciones, ferias, mercados, puertos, navas, naufragios, contratos, donaciones, préstamos, fianzas, arrendamientos, prendas, peños (hipoteca y prenda). La sexta partida trata de las sucesiones testadas e intestadas, tutelas y curadurías. La séptima se refiere a la legislación criminal.