

**Génesis de los derechos de familia
y sus proyecciones**

en la legislación ecuatoriana

Tesis previa al Grado de Doctor en Jurisprudencia
y Ciencias Sociales del Licenciado

FRANCISCO ZEVALLOS REYRE.

(Continuación)

CAPITULO III.

LOS DERECHOS DE FAMILIA EN GRECIA Y ROMA.

CONSIDERACIONES GENERALES.—El breve examen de los sistemas jurídicos en los antiguos pueblos orientales nos muestra una vez más que la tendencia de los hombres agrupados es organizar la vida social con normas que la encaucen.

Algunas de las instituciones familiares pretéritas presentan rasgos sobresalientes dentro de la situación general de los pueblos antiguos. Así, los egipcios habían alcanzado un adelanto poco corriente en la época de la cual trae noticias la historia. La civilización egipcia influyó en otras que no se hallaban suficientemente desarrolladas.

Ahora nos toca examinar la evolución de los derechos familiares en los pueblos más cultos del mundo antiguo occidental: Grecia y Roma. Desde este momento nuestra indagación genética cobra enorme importancia, pues asistimos a un desenvolvimiento de la orientación jurídica de un modo amplio y cabal como antes no se había operado.

Encontramos entre Grecia y Roma diferencias fundamentales que conviene señalar.

Los griegos se distinguieron por su refinada cultura filosófica, artística y literaria. Los monumentos legados a la posteridad por el mundo helénico no tienen paralelo, significan un

avance tan grande dentro de las concepciones sublimes del pensamiento que hasta nuestros días son fuentes fecundas de elevada inspiración.

En cambio, los romanos, desarrollados en un ambiente de fuerza, y aptos para mandar, crearon las formas más variadas y completas de legislación. Por esa circunstancia especial podemos explicarnos que tuvieron el dominio de todos los pueblos de la antigüedad, las legiones romanas se pasearon por todo el orbe conocido sin que nadie se atreviera a oponerse a tanta grandeza y poderío. Pero desde el momento que, olvidándose de su trascendental misión, pretendieron filosofar, la decadencia de Roma fué un hecho.

Cada uno de esos pueblos magnos en la historia de la humanidad tuvo su trayectoria.

No obstante la supremacía de los romanos en cuestiones de derecho no se puede dejar de reconocer el valor de Grecia desde este punto de vista, pues tuvo legisladores eminentes como Licurgo, Solón, Catón, Pericles y otros, pero no pudieron sustraerse a las condiciones étnicas propias, es decir, la tendencia tan peculiar, tan característica del pueblo griego: la de razonar hondamente, de ahí que todas las leyes expedidas por los severos censores no fueron fruto de una concepción jurídica pura como sucedió entre los romanos. Había una corriente a convertir las normas de ley en moldes artísticos para la feliz convivencia de los hombres. En todo momento del vivir helénico hay una especie de culto por el arte excelso que sublimiza los frutos del pensamiento.

GRECIA.

La situación del pueblo griego es única, pues dividido en lo que ahora llamaríamos estados federativos, resulta que cada una de las ciudades importantes tenía su propio sistema de gobierno. Aún cuando la raza era la misma había un deseo de independencia bien definido entre las distintas agrupaciones. Entre los pueblos griegos tuvieron marcada importancia el espartano y el ateniense, durante un largo período existió rivalidad que, por pasionismos regionales, degeneró en lucha encarnada.

Tomando en cuenta tan importante circunstancia y a fin de proceder con orden, seguiremos la organización jurídica de las ciudades griegas más importantes. Sin embargo, entre los

distintos pueblos que formaron la Grecia antigua existía una cierta comunidad simpática hacia lo bello, lo grande, lo ideal. Todos se sentían inclinados a una regla recta y armónica de existencia, sin ocultar un gusto delicado por las artes y la filosofía moral. En el pensamiento griego nada llama tanto la atención como la energía de la vida, ese dinamismo que significa fuerza creadora y un placer hecho forma. El punto central de todo el sistema griego es ponerse en relación constante con la naturaleza, investigando las causas de las transformaciones en el cosmos con la robustez del raciocinio.

De un modo global se puede asegurar que el espíritu griego, en su organización, muestra dos etapas bien marcadas: la primera de la rusticidad en que las costumbres tienen cierto aspecto bárbaro y la segunda del humanismo, cuando la prédica de los filósofos suaviza un poco los impulsos de una época desfalleciente.

Por ejemplo, dicen los historiadores que el trato entre señores y esclavos fué moderado en la segunda época.

Las relaciones de familia, en la misma etapa, se vuelven puras y nobles. La poligamia desaparece, pero, en cambio, se exige de la mujer una fidelidad terrible que no se compadece con la que le corresponde al marido, quien puede tener las concubinas que desee.

En la época clásica el padre o el hijo adulto representaban a la familia en las relaciones externas.

La hospitalidad se eleva a la categoría de institución pública, al mismo tiempo que se prestan ciertas atenciones a los extranjeros.

Se aconsejaba como medida prudente que el hombre se casara al llegar a los treinta años, y debía hacerlo especialmente con una muchacha al "quinto año de su flor virginal".

Había especial esmero para escoger los criados, prefiriéndose siempre los solteros a los casados.

Cuando los esclavos cumplían 40 años se les obligaba a manejar el arado durante las labores agrícolas.

La vida en las poblaciones no era todo lo tranquila, pues siempre estaba perturbada por atentados violentos. Las disputas de familia, el egoísmo, la pereza, la envidia, producían resultados muy lamentables dentro de ese refinamiento.

Muchas prácticas bondadosas hacían la vida menos difícil,

entre ellas, el respeto a los ancianos a quienes se rendía un verdadero culto, llegando a premiarlos públicamente para ejemplo estimulador de las generaciones jóvenes.

Esparta. — El representante máximo en la organización política y social de Esparta es Licurgo. Este sabio legislador procuró para su pueblo el mayor bienestar dentro de la sencillez de costumbres por eso se fijó más en la constitución privada de los individuos que en las instituciones públicas, las cuales decía él, eran resultados del mejoramiento particular. Se propuso establecer la uniformidad de bienes dentro de un igual sistema de vida.

Ordenó la frugalidad en el comer y la ninguna complicación en las costumbres. Los hombres debían reunirse en mesas de a quince convidados, todos de la misma clase social, para disfrutar, en forma moderada, de ciertos manjares preparados de acuerdo con la edad de quien debía tomarlos. Un anciano llevaba siempre la dirección de la mesa.

Comprendiendo Licurgo que el matrimonio es el principio de la familia puso especial empeño en reglarlo de acuerdo con los preceptos de la eugenesia. Así pues el matrimonio correspondía a los hombres a los treinta años y a la mujer a los veinte.

Los célibes eran objeto de burlas; en cambio, se veneraba a los hombres que poseían larga descendencia.

Era obligación tener hijos vigorosos y al efecto los recién casados adornaban su alcoba con las figuras de los héroes legendarios. El que no procreaba hijos robustos estaba facultado por la ley para traer a su mujer un joven capaz de conseguirlo.

Parece que las mujeres no llevaban muchas prendas de vestir, pues, rindiendo culto a la estética se les permitía exhibir libremente la mayor parte de sus formas.

Las mujeres públicas no eran toleradas, de tal suerte que los mozos debían esperar hasta los treinta años para los efectos de sus relaciones amorosas, al tiempo que adquirían el carácter de ciudadanos.

Las mujeres tenían un culto especial por la patria y procuraban inculcar en el corazón de sus hijos el desprecio por los sufrimientos. No es extraño por esa razón que Licurgo procurara unir el hombre a su patria.

En cuanto a los derechos del padre de familia se puede decir que se clasificaban del siguiente modo: de jefe religioso,

de dueño de la propiedad y de juez. Dentro del derecho de jefe religioso caben a su vez derechos; por ejemplo, el de rechazar o reconocer al hijo recién nacido, así lo afirman historiadores de la antigüedad como Herodoto, Plutarco, Alcibiades, etc.

El marido podía repudiar a la mujer en caso de adulterio o de esterilidad, esto último debido a la importancia que los griegos le dieron a la descendencia.

Tenía el padre el derecho de casar a su hija y participaba directamente en el casamiento del hijo. También podía excluir a cualquier hijo del hogar así como emanciparlo.

En caso de peligro de muerte tenía el padre el derecho de nombrar tutor a su mujer e hijos.

Los bienes tenían carácter familiar pero al padre estaba reservado el usufructo. Los bienes dotales pertenecían sin reserva al marido y ni aún en estado de viudez se le permitía a la mujer recuperarlos. La condición de la mujer era bastante triste, pues todas las funciones jurídicas correspondían al marido. El hijo se hallaba en parecidas circunstancias respecto a la libre disposición de los bienes sobre los cuales únicamente el padre tenía derecho.

Atenas.—Así como Esparta alcanzó una situación privilegiada durante la época de Licurgo, Atenas, también sobresalió durante el justamente llamado siglo de Pericles. Magistrado de energía y amante de su patria puso al servicio de ella todo su talento organizador. No hubo sectores de la actividad ciudadana que no fueran revisados por su talento múltiple. Comprendiendo Pericles que el estado económico influye en la orientación social se propuso cambiar las condiciones de los atenienses, mediante el establecimiento de las familias pobres en las extensas colonias que fundó con ese objeto. Por este detalle se comprende que supo enfocar el problema social de su hora desde el aspecto más práctico. Para que nadie se quedare sin ganar el diario sustento emprendió incontables obras públicas, algunas de ornamentación pero que contribuían al esplendor de Atenas. El matrimonio se arreglaba según las conveniencias de los padres, generalmente debía celebrarse entre Enero y Febrero, época en que la naturaleza se muestra más propicia.

El matrimonio tenía carácter religioso, y después de efectuarse un largo ceremonial, la novia, vestida de gala, era conducida por su novio en un carro de protocolo al que seguían

varias jóvenes, cantando epitalamios. La ceremonia completa comprende varios momentos: la novia abandona el hogar paterno, conducción de la joven a la residencia del marido, donde se finge el rapto, esto es, que el novio levanta a la muchacha, traspasando los umbrales sin que ella toque con los pies el suelo, por último ante el fuego sagrado y, en presencia de los Penates, los esposos ofrecen sacrificios, efectúan libaciones y comen juntos el pastel de boda. El casamiento está efectuado.

Era indispensable perpetuar la especie, en caso de un matrimonio estéril, se volvía indispensable la sustitución al marido por un hermano o pariente próximo del mismo.

La familia tampoco debía ser numerosa, por eso el aborto estaba permitido y las costumbres toleraban la exposición de niños.

Sabido es que en Tebas la ley ordenaba a los padres demasiado pobres entregar sus hijos recién nacidos a los magistrados.

El matrimonio fué definido por Solón de la siguiente manera: "Una sociedad íntima entre el marido y la mujer que tiene por objeto formar una nueva familia, disfrutando ambos de la dulzura de una ternura recíproca".

Al principio no se permitía a la mujer llevar dote al matrimonio, pero en tiempos más adelantados, según afirma Caillemier, en su "Estudios sobre las antigüedades jurídicas de Atenas", la mujer aportaba al matrimonio cosas fungibles o no fungibles, constituyendo eso la dote. Si las cosas eran fungibles el marido tenía la propiedad de ellas, a condición de reconocer en favor de su mujer un crédito garantizado por la ley. Si las cosas no eran fungibles solo tenía el usufructo, en cambio, la nuda propiedad era para la mujer y sus herederos.

Si una joven quedaba en la orfandad, el pariente más cercano por línea paterna debía unirse con ella y si esto no era posible, dotarla de acuerdo con las propias posibilidades y buscarle marido.

Existía la costumbre de vender al hijo, hija o hermana huérfana; pero fué abolida en beneficio de los lazos familiares.

En Atenas la familia no fué absorbida ni por el Estado, como en Esparta, ni por el *pater familias* del derecho romano. La autoridad paterna estaba limitada a la defensa y guarda de la familia cuya dignidad se respeta y honra.

La ley obligaba a los hijos, aún cuando fueren mayores de

edad, a mantener al padre achacoso a quien debía guardar respeto hasta después de su muerte; pues la memoria de los padres difuntos debía ser honrada.

Por esas razones antes de otorgar una elevada magistratura a cualquier ciudadano se averiguaba si había sido buen hijo.

Los padres debían educar a sus hijos hasta la edad de diez y seis años. La enseñanza comprendía dos aspectos: físico e intelectual. El aforismo tan conocido de mente sana en cuerpo sano tenía su más exacta aplicación, pues dedicaban unas horas para la gimnasia y la danza (cultivo del cuerpo), el resto correspondía a la formación espiritual, mediante la enseñanza de las grandes creaciones del genio artístico.

Cuando un joven había cumplido dieciocho años, obtenía la mayor edad civil y, por consiguiente, le era dable administrar su patrimonio; además se le inscribía en el libro de los efebos, empezando desde ese momento su noviciado político y civil.

Se establecían otras edades para el ejercicio de los derechos políticos, pues el pueblo ateniense era muy celoso en el ejercicio de los cargos administrativos.

La propiedad se hallaba libre de engorrosos formalismos para los efectos de su adquisición y disposición.

Antes de Solón los atenienses no tenían libertad de testar, pero durante la legislación de ese estadista, se permitió, a los que morían sin tener hijos, disponer con entera libertad de sus bienes; pues en épocas anteriores pasaba la herencia a los genetes. Sin embargo, Solón no permitió los donativos en forma arbitraria. Los siguientes eran causas suficientes para invalidar una donación: trastorno mental que incapacitara al donante para constituir el donativo, embriaguez habitual y la concurrencia de dolo o violencia.

Sólo cuando la sucesión era intestada, no habiendo hijos, heredaban los genetas. En caso de haber hijos se partían los bienes entre éstos por iguales partes, sin olvidar la dote para las hermanas. En caso de faltar descendencia masculina heredaba la hija; pero siempre se consideraba como una desgracia el carecer de hijos. Se comprende fácilmente este rigorismo de las leyes griegas si se toma en cuenta la triste condición en que se hallaban las mujeres, pues ellas no podían continuar el culto de los lares domésticos que en la antigüedad absorbió a otras manifestaciones de la vida social.

El hijo ilegítimo carecía de derecho alguno a la sucesión que de todos modos pasaba a los parientes más cercanos del difunto.

No estaba prohibido investigar la paternidad de un hijo habido en mujer ateniense.

El padre tenía la facultad de desheredar al hijo siempre que el concejo de familia consintiera y cuya decisión estaba robustecida por la autenticación de la autoridad pública.

Estaba prohibido el celibato y se imponían contribuciones a los que hallándose en condiciones de casarse no lo hacían.

El divorcio también fue conocido por los atenienses, pero para realizarlo había que tomar en cuenta muchas circunstancias.

Parece que la ley de Cortyne (Creta) regla en forma cuidadosa el estado de las personas, las sucesiones y la condición del hijo nacido después del divorcio. Tal es el aspecto que presenta Grecia en sus dos ciudades principales acerca de la génesis de los derechos de familia. Quizás nos dé la impresión de que el derecho no estuvo bien diferenciado de los otros preceptos necesarios para la vida social, y realmente es así. Para los griegos no hay diferencia alguna entre el jurista, el filósofo, el legislador y el hombre de Estado, puesto que un sólo individuo generalmente encierra todos esos ramos de la actividad. No sucede lo propio en Roma donde el derecho se independiza de las demás normas y se crea la jurisprudencia pura.

En cuanto a las demás ciudades de la antigua Grecia poca importancia ofrecen a la mirada del investigador, mucho menos que las dos principales, de cuya legislación nos hemos ocupado, casi nada aportan al conocimiento; dependientes generalmente de las otras seguían muy de cerca la orientación de las que rivalizaban en poderío.

Por otra parte existía una cierta comunidad simpática en todos los pueblos de la misma raza hacia idénticos ideales de vida. Carentes de un interés especial las legislaciones particulares de otras ciudades griegas las omitimos porque la extensión de este trabajo y la trascendencia del derecho romano, del cual tratamos a continuación, nos impiden detenernos más.

LA ORGANIZACION DE LA FAMILIA EN ROMA.

Siendo el pueblo romano legislador por excelencia, y celoso

cumplidor de la ley era indudable que en él alcanzaron los derechos de familia el más alto grado de desarrollo.

El grupo familiar sale realmente de la *gens*, forma extensa de asociación que tiene mucha importancia en los primeros momentos de la vida social en Roma.

La familia queda incluida en lo se llamó *domus*, término que no solo designa las personas que formaban el grupo reducido sino todos aquellos que, por circunstancias especiales, pasaban a formar parte de la familia.

Existían dos clases de parentescos: el *agnaticio* y el *cognaticio*, teniendo cada uno su función bien definida por el derecho. *Agnados* eran todos los que habían vivido juntos bajo la dirección de un mismo *paterfamilias*. *Cognados* eran los que estaban unidos por parentesco de sangre, también se los tenía como a tales a los *agnados* que habían sufrido la *minima capitis diminutio*, exceptuándose los hermanos y hermanas emancipados.

La manera de contar por líneas y grados obedece a estos dos parentescos.

El *domus*, esto es la familia originaria, comprendía dos clases de personas: *sui juris* y *aliene juris*. Era persona *sui juri* la que no dependía de otra, tal el caso de *paterfamilias*; en los *aliene juris*, estaban comprendidos los sujetos, libres o no, sometidos a la potestad ajena. Los individuos *aliene juris* (libres) eran la mujer *in manu*, los hijos y otros descendientes por los varones; los *aliene juris* (no libres) eran los esclavos y los *servi*, éstos eran individuos vendidos al *paterfamilias* y que figuraban en la casa de éste *in mancipio*.

A semejanza de los otros pueblos de la antigüedad la máxima autoridad estaba reconcentrada en el *paterfamilias* cuyas decisiones tenían fuerza legal no solo ante el grupo que estaba subordinado a su autoridad sino ante la autoridad pública. La propiedad era común y únicamente el *paterfamilias* tenía derecho de administrarla y disponer de ella por causa de muerte.

Además de los derechos ya mencionados correspondía al *paterfamilias* el *jura patronatus*, esto es, los derechos sobre emancipados que les estaban subordinados por una circunstancia legal prevista por la ley. La potestad absoluta que le otorgaba la ley al *paterfamilias*, cualquiera que fuera su edad, se extinguía por dos motivos: la muerte y la *capitis diminutio*, además en este caso perdía la calidad de *sui juris*.

Reformas sucesivas fueron restringiendo poco a poco el

conjunto de poderes que tenía el *paterfamilias*, pues era imposible que con el desarrollo del Estado la actividad de éste se viera sobrepujada por la de un individuo.

Diversas clases de matrimonios.—Siendo la unión sexual la base de la perpetuación de la especie, buen cuidado tuvieron los jurisconsultos romanos en reglarlo. Siguiendo el influjo de las civilizaciones antiquísimas los romanos consideraron el celibato como algo degradante para el varón, llegando el caso de que los censores en las ciudades señalaran en forma denigrante a los no casados a quienes las leyes les negaban ciertos derechos.

Los romanos fueron partidarios de la monogamia y para darle estabilidad al matrimonio las leyes establecieron una seria reglamentación. Así, por ejemplo, para el disfrute de los derechos de familia las leyes exigían el *jus connubii*.

El derecho romano conoció las justas nupcias *con o sin manu*. En el primer caso la mujer entraba a formar parte de la familia agnaticia del marido. Esta clase de matrimonio suponía ciertos actos que le precedían sin que ellos constituyeran el matrimonio propiamente dicho, tales eran el *usus*, la *confarreatio* y la *coemptio*. Por el *usus* se adquiría la propiedad de la mujer, la posesión debía ser ininterrumpida durante un año; la prescripción podía ser interrumpida si la mujer lograba escaparse del domicilio conyugal por tres noches consecutivas (*trinoctii*). La *confarreatio* se confundía con ciertas prácticas religiosas cuando la mujer pasaba de una gens a otra, y sólo podía ser separada de la potestad del marido y de su culto mediante la *difarreatio*. La *coemptio* se presenta en las primeras épocas del derecho y significa la venta que un padre hace de su hija a quien ha menester de ella para procurarse descendencia, con el tiempo la compra se volvió simbólica no comprándose la persona de la muchacha sino la potestad sobre ella.

En el matrimonio *sin manu* la mujer seguía en la misma situación de dependencia familiar y económica anterior a su matrimonio, es decir, nada variaba para ella. Como esa era una situación de inestabilidad edictos posteriores cambiaron tal estado de cosas, concediendo al marido ciertas *exceptios*.

Como instrumentos que testificaban el hecho del matrimonio para distinguirlo del concubinato existían los instrumentos dotales y las *tabulas nuptiales*,

Para que el matrimonio no se invalidara era necesario tener en cuenta unas tantas disposiciones consignadas en las

leyes. Se tomaban en cuenta los grados de parentesco para los efectos de matrimonios entre cognados. El quebrantar las prohibiciones desde ese punto de vista se castigaba con las mismas penas señaladas para el adulterio.

El derecho fijaba los doce años y los catorce para las mujeres y varones respectivamente, para poder contraer matrimonio.

El castrado estaba imposibilitado para contraer matrimonio y si desobedeciendo la ley lo efectuaba, era como si nunca se hubiera celebrado.

Además las personas de cierta categoría no podían casarse con otras inferiores so pena de nulidad que de todas maneras sobrevenia si el marido era nombrado senador.

También era nulo el matrimonio entre la mujer adúltera y su correo en el delito de adulterio, lo propio sucedía si se trataba de la mujer raptada que pretendía casarse con su raptor.

Los hijos de los guardadores no podían casarse con las pupilas de sus padres. La mujer estaba estrictamente sometida a su marido, le debía fidelidad y respeto, esto estuviese o no *in manu*.

El adulterio de la mujer era delito muy grave que ponía al marido en el caso de matarla, si la descubría en flagrante delito, o también la ley lo facultaba para llevarla por sí o por intermedio de su padre al tribunal de los *propinqui*, el cual podía desterrarla en lo mejor de los casos o condenarla a muerte. Leyes posteriores extendieron al marido la responsabilidad e caso de ser adúltero, castigándolo con la devolución de lo que hubiere tomado de la dote.

A más de las penas ya señaladas, en caso de adulterio, le quedaba al marido el derecho de repudiar a su mujer. La mujer que hubiere sufrido condena quedaba imposibilitada para volver a casarse y para comparecer como testigo.

Maneras de disolverse el matrimonio.— Los siguientes motivos daban fin al vínculo matrimonial: muerte de uno de los cónyuges, *capitis diminutio* y divorcio.

Nos ocuparemos brevemente de cada uno de ellos.

Es indudable que la desaparición de cualquiera de los cónyuges deja en libertad al otro, pero en tratándose de la viuda para casarse nuevamente debía guardar luto impuesto por la ley durante un año lunar, impedimento que podía ser levan-

tado si la mujer daba a luz un niño antes de que terminara dicho plazo.

El *capitis diminutio* se producía cuando uno de los cónyuges caía prisionero, circunstancia que le hacía perder los derechos de ciudadanía, susceptibles de ser recobrados por el derecho de *postlimine*.

Parece que el divorcio se confundió en los primeros tiempos con la *confarreatio*, o sea el derecho que tenía el marido para repudiar a su mujer en ciertos casos, que en un principio fué bastante arbitrario, pero leyes posteriores se encargaron de restringirlo. Bastaba enviar a la mujer un *libellus repudii* para que el divorcio se efectuara. La ley Julia exigía la presencia de siete testigos al momento de enviarse el libelo.

Distintos modos de reglarse las convenciones entre los cónyuges. — En el matrimonio romano la mujer aportaba una dote que inmediatamente entraba a formar parte del haber familiar administrado por el *paterfamilias*. Está fuera de duda que en ambas clases de matrimonio existió la dote (*cum o sin manu*). La dote se constituía antes del matrimonio, pero estableciéndose que dicho acto se efectuaría. La dote subsistía durante el matrimonio y muchas veces podía ser considerablemente aumentada para beneficio de los bienes comunes.

En la época clásica se conocían tres maneras de constituir la dote: *datio dotis*, *dictio dotis* y *promissio dotis*. Explicaremos cada una de estas instituciones. En el primer caso todos los bienes dotales pasaban inmediatamente al marido; en el segundo, se trataba de una promesa solemne que se hacía a la mujer *sui juris*, a su deudor y a sus ascendientes paternos, por último la *promissio dotis* era una convención verbal para toda otra persona, de tal suerte que si el matrimonio no se llegaba a efectuar, el donante tenía contra el beneficiado una acción personal en virtud de la cual lo obligaba a retransferirle los bienes donados. De todos modos podía invocarse la nulidad de los dos últimos convenios al no cumplirse la respectiva condición.

En la legislación antigua se establecía que al morir el marido pudiera hacerle a su mujer un legado equivalente al total de la dote y que recibió el nombre de *recepticio*.

La promesa de restitución se llamaba *cautio* que después se convertía en acción personal favorable al estipulante y a falta de éste a sus herederos.

En caso de divorcio inmotivado la mujer tenía derecho de reclamar su dote como una justa reparación a la injuria que se le había inferido. Esta acción no se extinguía por la *máxima, media y mínima capitis*. Después legislaciones más avanzadas distinguieron los casos en que debía efectuarse la restitución de la dote sin que dicha restitución tuviera carácter penal.

Sólo cuando la mujer moría sin que el marido hubiera efectuado la restitución pedida, la acción pasaba a los herederos de la mujer; en caso contrario, dicha acción quedaba extinguida.

También se distinguieron las faltas por parte del marido que podían motivar la acción restitutiva de la dote. El jurisconsulto Ulpiano sostiene que el marido era responsable de la gestión de los bienes dotales hasta en el caso de falta leve. En el deseo de los romanos siempre encaminado a establecer el equilibrio jurídico de las instituciones fijaron ciertas circunstancias en virtud de las cuales el marido podía efectuar especiales retenciones en el momento de devolver la dote; tales eran: *actio moribus y rerum amotarum*.

Durante el imperio se dictaron leyes que tenían por objeto principal conservar la dote. En ellas se establecieron condiciones para que el marido pudiera enajenar ciertos bienes, distinguiéndose entre muebles o inmuebles, lo mismo que el valor de ellos.

Se estableció también la forma de reivindicación que debían efectuar los cónyuges; así durante el matrimonio al marido correspondía dicha acción respecto al fundo dotal itálico legalmente vendido. Después del divorcio la mujer también podía reivindicarlo, pero siempre que se le restituyera la dote.

En cuanto a las donaciones mutuas fueron afectadas de nulidad aquellas que empobrecían al donante. La legislación romana tenía muy en cuenta la situación de ambos cónyuges durante el matrimonio, pues no quería que uno de ellos se enriqueciera a expensas del otro.

Uniones libres o concubinatos.—Respecto a esta clase de uniones parece que la tolerancia más grande imperó y la legislación se concretaba en ciertos casos a indicar las circunstancias en que se consideraban delictuosas. Tal sucedía cuando significaban adulterios y estupro; pero fue indudablemente una tolerancia de las leyes ante la imposición de las costumbres transmitidas de generación en generación. Los hijos que nacían de las uniones libres eran clasificados de *spurii, liberi naturales*

y *filiastri*. Estos hijos no se diferenciaban de los habidos fuera de matrimonio y tenían por únicos parientes a los cognados maternos.

Existía el reconocimiento de las concubinas manumitidas como un estado civil. Estas debían fidelidad a su patrón y no podían abandonarlo sin su expreso consentimiento.

SITUACION DE LOS HIJOS DE FAMILIA EN EL DERECHO ROMANO.

Ya sabemos que con la institución del matrimonio se pretendía perpetuar un nombre a tiempo que se rendía culto a los lares domésticos. El *paterfamilias* dueño absoluto del *domus*, tenía la facultad de introducir otras personas dentro del grupo familiar, esos extraños eran los adrogados y los adoptados. El individuo que contraía matrimonio estaba en libertad de aceptar los hijos que le diera su mujer, pues en muchas ocasiones podía rechazar a un hijo mediante la fórmula *liberum repudiat*. El niño en estas condiciones no tenía vínculo alguna con el padre, podía ser abandonado o expuesto y cualquiera tenía derecho a convertirlo en su esclavo o adoptarlo.

El hijo nacido durante el matrimonio legítimo de sus padres sigue la condición de su progenitor, desde luego siempre que haya sido aceptado.

En el antiguo derecho el hijo póstumo perdía hasta la condición de agnado, por faltarle padre o abuelo que lo recibiera, cumpliendo la fórmula ya mencionada.

Leyes posteriores concedieron al póstumo la calidad de heredero *suis* siempre que se cumplieran ciertas condiciones legales para considerarlo como continuador del culto doméstico.

Procedimientos de senados consultos permitieron a la mujer embarazada al tiempo del divorcio impedir que su marido, sin someterse previamente a determinadas formalidades y enterado de la preñez, pusiera en práctica el derecho de rechazar al hijo. Dichos procedimientos tenían capital importancia para los efectos de pensiones alimenticias. En cuanto a las pruebas del estado civil respecto a la condición de hijo legítimo no las había como hoy, por consiguiente, los jueces tenían que fallar de acuerdo con ciertos hechos accesorios, capaces de establecer dicho estado. No habían tampoco las presunciones sobre la duración del embarazo o las responsabilidades cuando se producía la concepción durante el matrimonio.

El Derecho de los Severos definía al hijo legítimo de la manera siguiente: "Hijo legítimo es el nacido de una mujer casada por los hechos del marido".

Sistema para la adrogación y la adopción.—Los procedimientos para adrogar y adoptar estaban perfectamente determinados.

Para adrogar era necesario que se reunieran las condiciones siguientes: aprobación de los pontífices, *rogatio* dirigida al *populos* y que el adrogante tuviera la seguridad de carecer de descendencia.

Mediante los *calati comitis* se rompía las relaciones que ligaban al adrogado con su gens, siempre que se hubieran cumplido todas las circunstancias que las leyes exigían para que la adrogación surtiera el efecto deseado.

En disposiciones de ley se establecen los modos de adrogación y los respectivos deberes y derechos entre los adrogantes y adrogados y que no exponemos por constituir aspectos legales de menor importancia.

En cuanto a la adopción era practicada por un *paterfamilias*. Un impuber o una mujer podían ser adoptados. Era la adopción un negocio particular, pues bastaban tres ventas sucesivas para emancipar al hijo de la potestad paterna, en virtud de esas ventas el adquirente tenía la *pancipacium* del adoptado. Al adoptante le quedaba la acción *vindicatio filii* mediante la cual reivindicaba su potestad.

Fue requisito indispensable que el adoptante tuviera mayor edad que el adoptado. A los célibes, impotentes y castrados se les prohibió adoptar a fin de que no se procuraren descendencia en forma fraudulenta.

Desde el momento de la adopción el adoptado perdía el derecho a ciertas prerrogativas, a más de salir de su familia. El adoptado pasaba a la potestad del adoptante cuyo nombre gentilicio tomaba. En caso de que hubiera sido adoptado como hijo podía ser *heres suus*. Había también la adopción testamentaria, pero para que surtiera efecto en ciertos casos se requería el consentimiento de los pontífices y con la promulgación ante la asamblea ficticia de las curias.

La adopción ha sido definida como una acción solemne por la cual se toma en lugar de hijo o nieto a uno que no lo es por naturaleza.

De la patria potestad.—La patria potestad, o sea el con-

junto de deberes y derechos que los padres tienen respecto de los hijos, se consideraba de dos maneras en las institutas; de derecho de gentes y de derecho romano. De la primera manera el derecho es común a padre y madre; en cambio, la potestad tomada en la segunda manera corresponde únicamente al padre, la madre se encuentra exceptuada de este derecho. La potestad del derecho de gentes concede a los padres solo aquella facultad respecto de ciertas cosas necesarias para la educación de los hijos; en cambio, la potestad del derecho romano es mucho más férrea porque concede al padre sobre sus hijos los mismos derechos que el amo frente a sus esclavos.

El fundamento de la patria potestad romana está en el dominio *quiritario*, esto es de los *Quirites*, ciudadanos romanos.

Los hijos eran personas respecto de sus semejantes pero no en relación con su padre cuya suma de poderes era enorme al extremo de imponer la pena capital sin necesidad de recurrir al magistrado.

La condición de los hijos era por demás dura, pues podían ser vendidos por el padre hasta tres veces y una vez manumitidos volvían nuevamente a la potestad paterna.

En caso de daños efectuados por los hijos en los bienes o personas de otros, a los padres les quedaba dos caminos: o pagar la multa por el delito cometido o a entregarlos al ofendido para que tomara satisfacción de la manera más conveniente.

Los nietos seguían bajo la potestad del padre común, pues los hijos de los hijos eran cosas que accedían a la principal y, por consiguiente, entraban en el patrimonio del *paterfamilias*.

El padre y el hijo eran considerados en los negocios privados como una sola persona.

Muchas leyes posteriores reformaron las instituciones primitivas morigerando las costumbres respecto a los ilimitados poderes que el padre primitivo tenía.

Las maneras de adquirir la patria potestad son tres: nupcias, legitimación y adopción.

Capacidad jurídica de los hijos de familia. — Como casi todos los derechos de las institutas romanas la capacidad de los hijos de familia y la manera de apreciarla sufrieron una gradual pero segura evolución.

Al principio se fijó los diecisiete años para los varones y esa edad iba unida al ejercicio de ciertas actividades, entonces

el jovencito figuraba en el grupo de los *aliene juris*; más tarde se hizo la inscripción en los tabularios de los tribunales.

Los proculeyanos establecieron la mayoría a los catorce años para los hombres y los doce para las mujeres, edades que han sido recogidas por nuestro Código Civil para distinguir al púber del impúber.

Parece que el hijo de familia puede adquirir derechos reales y créditos en provecho del patrimonio común.

Y cuando, en épocas posteriores, durante el imperio, el hijo de familia estaba facultado para adquirir deudas, el acreedor no podía ejecutar al deudor mientras no llegara a ser *sui juris*, y aún en este caso todavía gozaba del beneficio de competencia si no se la había dado la posesión efectiva del haber paterno.

A fin de evitar los abusos de los usureros que prestaban dinero a los hijos de familia para entablar la acción de consumo contra los *aliene juris*, se ordenó que dicha acción fuera rechazada por los magistrados, a menos que constara que el préstamo fué autorizado por el *paterfamilias*, o se aprovechó de él o se hubiere usado de dolo para obtener el préstamo que motivaba dicha situación jurídica.

Instituciones avanzadas procuraron una cierta soltura en el ejercicio de los derechos de los hijos de familia. La tendencia era a limitar el arbitrio de los padres. El establecimiento del peculio *castrense* y *cuasi castrense* significa una situación mucho mejor para los hijos.

Modo de acabarse el derecho de patria potestad.—El derecho de patria potestad se acababa de los mismos modos que daban fin al dominio *quiritario*. Como el derecho de patria potestad era ejercido en una forma especial, propia de los ciudadanos romanos quienes únicamente tenían el dominio *quiritario*. Las causas que ponían fin a la patria potestad eran las siguientes: muerte natural, muerte civil (*máxima capitis diminutio*), *capitis diminutio minima*, en la adopción plena y la emancipación.

Vamos a tratar ligeramente de cada uno de los modos anteriormente enunciados.

I.—(Muerte natural).—Es evidente que un muerto no puede poseer nada y, por consiguiente, no tiene derecho alguno. Sin embargo debe tenerse en cuenta que sólo los hijos de primer grado quedaban libres de la patria potestad, en cambio los

de otros grados no se liberaban si sobrevivía alguna persona sobre quien recayera el derecho de patria potestad.

II. — (Muerte Civil). — *máxima capitis diminutio*. — Bien sabemos que por la *máxima capitis diminutio* uno se convertía en siervo y por la media en peregrino (extranjero) y el derecho romano no permitía que un siervo o extranjero fueran capaces de tener persona alguna bajo su potestad.

III. — (*Captis diminutio mínima*). — Esta era una situación en virtud de la cual se perdían los derechos de ciudadano romano, tal sucedía en el caso del destierro, deportación, prohibición del agua, del fuego, etc. Es necesario distinguir entre el destierro y la relegación. Por la primera pena el ciudadano romano perdía su condición de tal; en cambio, en la relegación era obligado a salir de la ciudad sin perder la condición de ciudadano. Según esto el relegado seguía ejerciendo los derechos de la patria potestad, no así el desterrado.

IV. — (Ejercicio de ciertas magistraturas). — Justiniano estableció que los patricios, es decir, los individuos que le servían como consultores, dándoles la dignidad de padres estuvieran sujetos a la patria potestad. Es de advertir que muchos tratadistas de las instituciones romanas consideraban como una carga que los hijos se librasen de la patria potestad, pues en tal caso estaban impedidos de suceder *abintestato* al padre; pero en cambio, las cosas que adquirían era de su exclusiva propiedad.

V. — Emancipación o sea la liberación que los padres concedían a sus hijos por medio de una triple y solemne venta. Cada vez que un padre liberaba a un hijo mediante tal procedimiento se decía que emancipaba. Hubo tres clases de emancipación: antigua, Anastasiana y Justiniana.

La primera forma se efectuaba en presencia del *librepens* y cinco testigos, mediante ella el padre vendía por tres ocasiones a su hijo y otras tantas lo manumitía.

El segundo medio introducido después consistía en un memorial que debía enviarse al Emperador y la respuesta de éste declarando al hijo emancipado era suficiente. Tomando en cuenta las distancias se consideró que tal método era dispendioso para los súbditos establecidos en remotas regiones. Justiniano se propuso remediar tal inconveniente de la manera siguiente: El padre se presentaba ante un juez, cualquiera que fuese el fuero, pues se trataba de un acto de jurisdicción voluntaria. El hijo debe concurrir, entonces el padre mani-

festaba su voluntad de emanciparlo y el hijo consentía; el juez se reducía a sentar la correspondiente acta que debía registrarse en el protocolo, con lo cual quedaba perfeccionada la emancipación.

Ahora bien, el padre no podía ser obligado a emancipar, pero en ciertos casos era indispensable esa situación jurídica tales son: tendencia del padre a prostituir a la hija, exponer o permitir la exposición de un infante y en último lugar nupcias incestuosas por parte del padre que tiene hijos bajo su patria potestad.

VI. — En la adopción plena el adoptado sale de la patria potestad en que estaba para entrar en el *domus* del adoptante, conforme ya lo hemos visto anteriormente.

EL REGIMEN DE LOS ESCLAVOS Y SU SITUACION JURIDICA RESPECTO A LOS DEMAS MIEMBROS DE LA FAMILIA.

Los romanos, celosos de su organización jurídica aún en los menores detalles, pusieron cuidado en diferenciar la situación legal de los esclavos frente al conjunto de deberes y derechos complejos que regían la vida familiar.

Las distintas maneras de constituirse la esclavitud estaban consignadas en el derecho de gentes. Las personas se hacían esclavos por las siguientes causas: por captura, por nacimiento, por sanciones penales, etc.

Era sabido que el prisionero de guerra constituía buena presa, y sin tomarse en cuenta la condición social del capturado en el país del cual era nativo, se lo reducía a la esclavitud, por consiguiente, estaba obligado a servir a su señor de quien dependía.

El hijo de esclavo nacía en las mismas condiciones que sus padres, esto es, no se liberaba de la esclavitud, pues se aplicaba el principio de la acepción.

El ladrón, el deudor insolvente, el ciudadano que no se hacía inscribir en el censo, el individuo que de mala fe se hacía vender por un tercero a fin de aprovecharse del producto de la venta, la mujer que requerida por tres veces no interrumpe sus relaciones con esclavo, pasaban a formar en la legión de los siervos. Todos éstos se llamaban *servi poenae*, esto es siervos de la pena.

Los esclavos carecían de toda personalidad jurídica, no llevaban nombre y para ellos no se había hecho el matrimonio, sólo se los toleraba el *contubernium* (unión de hecho). Tampoco tenían familia y sus descendientes apenas constituían lo que en derecho romano se llamó *cognatio servilis*,

Los esclavos no podían adquirir por su cuenta, mas bien eran un objeto capaz de adquisición. Tampoco les era dable contratar obligándose u obligando a terceros, y si tal hacían toda convención resultaba viciada de nulidad. En cambio una acción criminosa podía ser imputada a un esclavo, estableciéndose la acción *noxal* para obligar a los amos sucesivos o a pagar la indemnización debida por la culpa del esclavo o a entregarlo para satisfacer a la vindicta.

Pero en la lucha incesante por el derecho, como han llamado algunos autores al deseo de progreso jurídico, los romanos mitigaron un poco la triste suerte del esclavo con ciertas restricciones impuestas a la *potestas dominica*, como se llamaba al derecho que tenían los amos sobre sus siervos.

El esclavo valetudinario o viejo abandonado podía ser manumitido de oficio.

El amo que maltratara a un esclavo estaba obligado a venderlo. En caso de que el esclavo adquirido por compra fuere prostituido se establecían ciertas sanciones. Para entregar un esclavo a la lucha con fieras fuera en el circo o cualquier otro lugar donde se celebrara un espectáculo era indispensable la sentencia del juez.

Manumisiones y manera de manumitir.—La manera de concederle la libertad a un esclavo era la manumisión, en virtud de este acto desaparecía la persona del siervo para convertirse en ciudadano, es decir, que el amo otorgaba a su esclavo la vida civil, dándole su nombre y el estatuto político correspondiente. Pero no se crea, que por la manumisión el esclavo quedaba perfectamente dueño de su libertad, sólo se trataba de sustituir la potestad dominical por el patronato, pues el manumitido se le tenía como miembro de la *domus*, bajo la dependencia inmediata del *paterfamilias*.

Las maneras de declararse la manumisión de los esclavos eran las siguientes: por *censu*, *vindictam* y por testamento.

Cuando el esclavo, previa autorización del amo, lograba la inscripción de su nombre como *sui juris* en los registros censuarios quedaba manumitido.

En caso de que el amo confesara su deseo de manumitir al esclavo o no lo defendiera cuando el magistrado, merced a un proceso ficticio, declaraba libre al esclavo una vez que se habían sentado las afirmaciones de un *assertor libertatis*.

También se facultaba a manumitir por acto testamentario dentro del cual podían presentarse algunas circunstancias interesantes. Así cuando el testador directamente lo decía el esclavo se convertía en liberto, pero se le consideraba como el legítimo sucesor del testador.

Otras veces imponía el testador a su heredero la obligación de manumitir a cierto o ciertos esclavos. En varias ocasiones la manumisión pendía de una condición suspensiva.

Personas a quienes la ley prohíbe manumitir y causas de prohibición.—De un modo expreso se prohibía a los menores de veinte años manumitir esclavos. La razón era que mancebos sin experiencia podían efectuar esas liberaciones como pago a servicios indignos efectuados por sus siervos en la esperanza de obtener su libertad. Así pues para que una manumisión hecha por un menor de veinte años fuera válida era necesario un largo trámite: vindicta, publicidad de la manumisión ante el concejo y manifestación de las razones que impulsaban al mancebo a efectuar tal manumisión.

Se prohibía así mismo en forma terminante manumitir en fraude de los acreedores. Sucedió que los deudores maliciosos al verse acosados por los acreedores manumitieran a sus esclavos que, considerados como cosas, formaban parte del patrimonio y muchas veces estaban de acuerdo con sus amos para irrogar perjuicio a sus acreedores. Para que hubiera fraude era necesario que el amo se quedara con tan poco patrimonio que le fuera materialmente difícil cumplir sus compromisos, pues si manumitía pocos esclavos, quedando su patrimonio respaldado lo suficiente indudable era que no podían considerarse esas manumisiones como fraudulentas.

Leyes posteriores fijaron proporciones para los efectos de la manumisión, fuera de los límites las manumisiones eran nulas. Lo mismo en el caso de que el testador o el que disponía de sus esclavos había escrito los nombres en forma circular; se entendía que no manumitía a ninguno.

Situación en que quedaban los manumitidos.—La jurisprudencia del tiempo clásico reconoce tres clases de manumitidos: *civis romani*, latinos-junianos y latinos-dediticios.

Los sujetos manumitidos seguían el estatuto personal o real del manumisor. No podían ejercer magistraturas municipales y si comparecían como testigos eran castigados con torturas.

La condición del manumitido era bastante semejante al del cliente. El manumitido, según dijimos antes, quedaba sujeto al patronato una especie de tutela que su antiguo señor seguía manteniendo sobre él, derecho que también lo tenían la descendencia agnaticia del amo, quienes, a falta de posteridad legítima del manumitido, lo sucedían en sus bienes.

Bajo el beneficio de competencia y con autorización del magistrado podía citar en juicio a su patrón.

Debía ayuda y asistencia al amo en todas las necesidades de la vida. El patrón a su vez, estaba obligado a prestar a su ex-siervo ayuda material y alimenticia, imposibilidad de acusarlo y testimoniar contra él.

Los manumitidos latinos-junianos, de que hemos hablado al principio, tenían la misma situación de los demás manumitidos, pero se les concedía la *testamentifactio* pasiva. Cuando moría un manumitido latino-juniano sus bienes pasaban de nuevo al patrón a la manera de peculio. Las leyes Junia y Sentia les concedieron el derecho de la ciudadanía.

Los del tercer grupo, latinos-dediticios no tenían nacionalidad, además no se les reconocía el *jus commercii* como tampoco el *jus conubii*. Les estaba vedada la residencia en Roma y si se acercaban a cierta distancia de ella corrían el peligro de caer en esclavitud nuevamente.

Los clientes.—También merece consideración especial esta institución existente en el derecho romano como una modalidad más dentro de la severa organización, tan propia, tan característica del pueblo romano. Se puede decir que no hubo aspecto alguno en lo jurídico que no fuera revisado por los jurisconsultos y que inmediatamente la ley reglara en forma precisa.

Los estudios de los clásicos antiguos y de las legislaciones sucesivas nos dan a conocer la existencia de la clientela desde la antigua *gens*, después durante el apogeo de la nobleza republicana la clientela tiene puesto especial como una supervivencia de las épocas primeras.

La clientela era algo compleja porque estaba constituida por individuos de distinta condición y categoría.

La sujeción de la clientela estaba regida por actos simbólicos, pues no tenía un aspecto estrictamente legal.

Se confiaba en la buena fe del señor que admitía un cliente bajo su potestad. Existían entre clientes y patronos deberes recíprocos, sin embargo, más severos eran siempre los que correspondían a los primeros.

En cuanto a los demás incapaces, comprendidos también en la denominación común de *alieni juris*, estaban sometidos a las respectivas guardas que hasta hoy se conservan en las legislaciones: tutelas y curatelas.

Sujetos a tutela estaban, las mujeres, siempre que se reunieran ciertas condiciones, los impúberes; en cambio, los locos, pródigos y menores de veinte y cinco años se hallaban sujetos a curaduría.

DE LAS SUCESIONES Y DE LA DIVISION DE LAS HERENCIAS.

Merece estudio especial el régimen sucesorio entre los romanos porque de él nacen las demás legislaciones. Así como en las instituciones que acabamos de examinar hubo por parte del jurista romano un deseo vivo de superación, en la manera de reglar las herencias se puso especial cuidado, robusteciendo en esa forma el grupo familiar. Desde el primitivo derecho el legislador romano se preocupó por establecer las condiciones en que debían reglarse las sucesiones.

Ley de las doce tablas e institución de las clases de herederos.—Desde un principio la ley de las doce tablas estableció que a falta de testamento y herederos la sucesión sería considerada como intestada.

Eran llamados a la sucesión los *heredes sui*, esto es, las personas que se encontraban bajo la potestad paterna al tiempo de la muerte del testador. La denominación de herederos suyos obedecía a que ya eran dueños del patrimonio y necesarios porque no podían aceptar ni rechazar la herencia, y aún se llegaba a asegurar la imposibilidad en que estaban para ceder su título y calidad. Era una continuación forzosa de la persona del difunto. La muerte del causahabiente solo producía el siguiente efecto entre dichos herederos: elegir el común manejo familiar de los bienes o la división por cabezas entre descendientes del primer grado.

Como ya hemos dicho en otra parte a falta de herederos *sui* la *domus* desaparecía y los bienes pasaban a la *gens*.

En épocas antiguas del derecho romano parece que el testamento fué bastante raro. Antes de dictarse la ley de las doce tablas habían dos clases de testamento: *calatis comitiis* y *per aes et libram*.

El primero consistía en la declaración solemne efectuada por el testador ante los comicios convocados dos veces por año; pero en vista de que presentaba sus dificultades para testar en cualquier tiempo se recurrió al segundo mencionado anteriormente.

El *paterfamilias* tenía el derecho de instituir herederos y de establecer ciertos ejecutores testamentarios (*familia emptor*).

Había dos situaciones bien diferenciadas para los efectos de testar y de tener derecho a la sucesión, tales eran la *testamenti factio* activa y la *testamenti factio* pasiva, esto es, por una parte la capacidad legal para testar y las condiciones jurídicas de los herederos para beneficiarse, condiciones que debían concurrir al tiempo de otorgarse el testimonio y a la apertura de la sucesión.

Contenido del testamento y modos de invalidarse.—El testamento entre los romanos no solo proveía a la situación de los descendientes y parientes cercanos sino que reglaba a la clientela, a los esclavos manumitidos, servidores, esclavos distinguidos por su fidelidad; en él también se regalaba a los amigos y con el andar del tiempo se llegó a colmar de presentes a la ciudad, al *populus*, etc. Es decir que llegó a tener una extensión enorme el acto testamentario.

También se distinguió en el derecho romano las disposiciones testamentarias de las simples declaraciones suspensivas y resolutorias, a este respecto la legislación fué muy prolija. Nosotros no seguiremos detenidamente los detalles jurídicos porque nuestro intento es el de exponer la génesis de los principales derechos familiares sin hacer historia escrupulosa de las instituciones romanas.

Para no ser muy extensos en este párrafo, damos a continuación las causas que invalidan los testamentos y son las siguientes: nulidad propia del testamento, injusticia, ser rotos, destituidos, irritos y rescindidos.

La nulidad de un testamento en sí mismo puede resultar

de las dos circunstancias siguientes: haber faltado algo para legal institución de heredero y ser incapaz el testador.

Se denominaba injusto el testamento no efectuado conforme a derecho en ciertas solemnidades internas, subsanable la injusticia por la cláusula codicilar. Un testamento se consideraba roto por el nacimiento del póstumo o por la confección de un testamento posterior.

Sin embargo hay circunstancias en que el testamento no se rompe y son: la muerte del póstumo durante la vida del testador, por la declaración del testador en sentido de que valga el primero, dicho testamento no se invalida pero conviértese en fideicomiso, en caso de que el testador rompa el segundo testamento no se invalida el primero que subsiste y el pretor da la posesión de los bienes.

Irrito es el testamento cuando cambia el estado del testador, tal sucedía con la máxima, media y mínima *capitis diminutio*.

Testamentos destituidos son aquellos en que el heredero o no quiere o no puede, habiendo sido instituido, aceptar o recibir la herencia. No habiendo heredero por testamento el caso se transformaba en sucesión intestada. Generalmente algunos herederos no aceptaban la herencia por el temor de las deudas, cosa que hoy se ha salvado en las legislaciones modernas, gracias al beneficio de inventario.

Por último un testamento se podía, en ciertos casos, invalidar por la queja de inoficioso testamento. Acerca de esta situación jurídica no están perfectamente de acuerdo los autores. Ulpiano sostenía que la queja debían proponerla los parientes más remotos, pero sin dejar de reconocer la poca eficacia de la misma. En general los parientes que creían vulnerados sus derechos al ser injustamente desheredados podían proponer la queja para rescindir el testamento y ser admitidos a la sucesión *abintestato*.

Régimen de sucesión respecto de los descendientes.—A fin de completar estos breves apuntes acerca del régimen familiar en las leyes romanas exponemos a continuación la manera de suceder que tenían los descendientes legítimos. Antes aclaramos que no hemos dado cabida a otras reglamentaciones dentro de las sucesiones por ser de procedimiento y por alejarse también de los puntos que venimos tratando en esta parte de nuestra tesis. En el régimen de los descendientes para los

efectos de la sucesión debemos tomar en cuenta los siguientes grupos: legítimos, legitimados, adoptivos e ilegítimos.

Los descendientes legítimos suceden a los padres indistintamente sin diferencias de grados, sexos, y sin distinciones entre herederos suyos y necesarios como tampoco a la clase de sucesión: paterna o materna.

Sin embargo de que sucedían todos los descendientes que no tuvieran pariente más cercano, no todos recibían igual parte.

Los hijos del primer grado suceden por cabezas; habiendo hijos de grados ulteriores todos suceden por estirpes; podía presentarse el caso de que hubiera hijos de primer y ulteriores grados, es decir, una combinación de las dos situaciones anteriores, entonces los primeros siempre suceden por cabezas y los segundos por estirpes dentro de la misma sucesión.

En cuanto a los legitimados se hacía necesario distinguir entre los que hubieren obtenido ese estado civil por matrimonio posterior de los que, a merced al rescripto del príncipe, adquirieran la condición de hijos legitimados. Los legitimados por rescripto no recibían nada si tal estado civil habíanlo obtenido con el exclusivo objeto de suceder.

Los adoptivos, con el carácter de agnados, no podían suceder a la madre, ni a la mujer del padre adoptante como tampoco a los parientes de dicha mujer.

Los hijos ilegítimos sólo suceden a la madre que siempre es cierta y conocida.

No recibían absolutamente nada ni aún de la madre los incestuosos, espurios (de padre desconocido y madre ilustre); el hijo ilegítimo podía suceder a su padre si concurrían estas dos condiciones: 1º—Haber nacido de concubina y de padre conocido; y 2º—No existir hijos legítimos que lo excluyan.

Sucesión de los ascendientes.—Es hasta hoy un axioma jurídico que no habiendo descendencia la herencia asciende y sólo a falta de ascendientes se extiende. La situación de los padres se vuelve recíproca respecto de los hijos para los efectos de la sucesión.

Para establecer la situación jurídica de los ascendientes es necesario que se observen las reglas siguientes: No existiendo entre los ascendientes el derecho de representación, los más cercanos excluyen a los remotos y si se encuentran dentro de la misma línea dividen la herencia por cabezas.

En el supuesto de haber sólo ascendientes, ellos únicamente heredan. En caso de que el difunto hubiere tenido hermanos y hermanas carnales, e hijos de éstos, todos son admitidos a la sucesión, de tal suerte que los padres suceden por líneas, los hermanos y hermanas por cabezas y los hijos de éstos por estirpes.

No hay que olvidar que los hijos de hermanos carnales, (primera condición) si concurren con hermanos o hermanas carnales (segunda condición) son admitidos por derecho de representación.

Sucesión de los colaterales.—De acuerdo con el principio jurídico sentado en el párrafo anterior, faltando los ascendientes la herencia busca a los colaterales.

Respecto a la sucesión de los colaterales se establecieron tres reglas en el derecho romano: a) Los hermanos (hombres o mujeres) carnales por sus respectivos hijos, caso de haberlos, excluyen a los demás colaterales. Los hermanos carnales suceden por cabezas y sus hijos por estirpes. b) Existiendo sólo los hijos de los hermanos carnales del difunto, suceden por derecho propio y se les admite por cabezas. c) No existiendo hermanos carnales ni hijos de éstos, son admitidos los medios hermanos, ya sean consanguíneos ya uterinos, con igual derecho de los que son de padre y madre y sus hijos.

En el caso de no existir los del último grupo eran llamados a la herencia los demás colaterales sin diferencia de sexo, y sin distinguir entre agnados y cognados; pero siempre con exclusión de los más remotos.

Sucesión de los cónyuges.—La mujer en el derecho antiguo estaba bajo la potestad del marido y como hija de familia todo lo que adquiría pasaba a poder de su marido. Al morir el marido la mujer sucedía en su calidad de familia y heredera suya.

En un edicto dado por el pretor con el nombre de UNDE VIR ET UXOR se establecía que una vez disuelto el matrimonio el cónyuge sobreviviente sucediese en el todo al difunto, desde luego, siempre que faltara toda cognación.

De la sucesión del Fisco.—En las sucesiones abintestato el último en heredar era el Fisco. Sin embargo habían algunos extraños que podían ser preferidos al Fisco. Tales eran: los cónyuges, los socios o copartícipes, de la liberalidad del Emperador, la iglesia en los bienes de un religioso, las banderas que pertenecieron al soldado que no dejó cognados, banderas que

pasaban al centurión y los colegios y corporaciones, si un miembro de ellos falleciera sin cognados. Desde luego, todos estos casos son raros.

Tal era la organización romana en lo tocante a derechos de familia que, como hemos visto, se nos presenta en la máxima complejidad jurídica. Todos los principios legales que la rijan están desprovistos de consideraciones religiosas, morales o filosóficas que los oscurescan. El derecho, como excepción frente a los demás pueblos de la antigüedad, cobra tal intensidad en la vida social romana que no hay acto alguno que no esté bien garantizado. El legislador romano fué excesivamente sutil y dentro de las condiciones de su propio ambiente pudo establecer normas capaces de ser admitidas por la posteridad. Nosotros en este estudio histórico nos hemos detenido más en la legislación romana porque ella ha sido la sublime fuente inspiradora de todos los Códigos modernos, a partir de la novísima recopilación napoleónica, y porque la ley civil ecuatoriana está en íntima relación con los más importantes principios de la jurisprudencia romana.

Cuando lleguemos a la tercera parte de esta tesis en la que revisaremos los derechos de familia en forma detenida, nos será grato volver sobre algunos puntos tratados someramente en la última parte de este capítulo.

CAPITULO IV.

LOS DERECHOS DE FAMILIA EN LOS PUEBLOS GERMANOS.

Para el desarrollo de nuestra tesis, y a fin de seguir la evolución histórica en forma cronológica, es indispensable ocuparnos de los pueblos germanos cuya cultura tuvo tanta influencia en otros pueblos conquistados a los que transmitieron ciertos principios que posteriormente fueron tomados en legislaciones adelantadas.

En el crecimiento del criterio humano para juzgar los hechos sociales existe siempre una heterogeneidad de datos producidos por distintas fuentes, los que en un momento dado se canalizan en una dirección determinada, de tal suerte que lo que se creyó fruto de un minuto histórico, en su bajo fondo, constituye un complejo de especie superior y cuando el investigador analiza a la luz de la serena reflexión aísla elementos de diverso orden y que tienen orígenes diferentes.

Esto mismo acontece en el orden jurídico que, después de todo, significa un sector de la realidad social, y, por consiguiente, se halla sometido a las mismas contingencias de ese todo del cual es una parte mínima.

Entrando en materia diremos que los germanos pertenecieron a la raza aria, de modo que su cuna está en Asia.

Los pueblos germanos se componían de un gran número de cantones independientes que, en muchos casos, se subdividían, con un carácter militar, en agrupaciones menores que posteriormente se convirtieron en vecindades apolíticas.

Entre los antiguos germanos se conocían las clases sociales, así había la nobleza del pueblo, el pueblo propiamente dicho y los libertos.

En cuanto a la organización social nos ocuparemos ligeramente dentro de la extensión reducida de este capítulo.

ALGUNOS ASPECTOS DE LA ORGANIZACION SOCIAL GERMANA.

El verdadero demos estaba constituido por los hombres libres. Los esclavos no pertenecían al pueblo, sobre ellos pesaba la maldición de su esclavitud humillante que los imposibilitaba para gozar de la ciudadanía.

En cuanto a los libertos tampoco gozaban de los derechos de los hombres libres. Esos derechos del hombre libre eran innatos, nacían con el individuo y no podían ser adquiridos ni aún por la liberación, de suerte tal que con la manumisión sus amos estaban impedidos de otorgarles todos los derechos que constituían exclusivo patrimonio de los hombres libres.

Tales derechos reservados para los hombres del demos requerían ciertas condiciones de aptitud por parte del individuo para el goce de los mismos. Por ejemplo, condición para disfrutar del carácter de hombre libre era ser hijo legítimo de hombre libre; entonces primera condición, legitimidad por parte del sujeto y segunda condición, haber nacido libre.

En cuanto al prisionero de guerra y el que hubiere sido condenado a servidumbre perdían su condición de hombres libres, y no se sabe de ficción legal alguna para volver a su situación primera, como sucedía en el derecho romano; sólo hablan los anales del rescate como medio de liberar a un prisionero.

En la nobleza del pueblo figuraban aquellas personas que constituían un fuerte sostén del *populus* por sus grandes contribuciones para los gastos de la guerra. Entre los individuos de esta casta se elegían jefes en caso de extinción de los llamados a gobernar.

Como en todos los pueblos primitivos, existía la creencia de que la familia real, por ser la más antigua, tenía parentesco muy cercano con la deidad, de la cual se decían descendientes los germanos de la nobleza.

Las familias nobles daban origen a las hordas, tribus y cantones.

El pueblo se había formado por agrupación de familias consanguíneas.

Ya se comprende que, tomando en cuenta el número grande de privilegios reservados para las familias nobles, no fueran muchas, pues no todas estaban en capacidad de exhibir tantos títulos que las hicieran acreedoras a una mejor situación.

La condición social de los libertos era difícil, pues si bien el amo había renunciado a todo derecho sobre ellos no ingresaban al verdadero demos ni mucho menos al Estado. Estaban obligados a servir en las expediciones guerreras y quizás eran admitidos a las asambleas populares, pero carecían de voz y voto. El hombre libre no podía menguar su alta dignidad si

los libertos y libertini (hijos de libertos) hubieran tenido la misma condición civil y política de ellos.

LEGISLACION GERMANA RESPECTO A LA MUJER Y AL MATRIMONIO.

Dura era la condición de la mujer, pues en la antigüedad germana al hombre se le prefería en todos los casos de parentesco, así el hijo tenía más derechos que la madre, el hermano que la hermana, etc.

A la mujer fuese soltera o casada se le prohibía intervenir en actos jurídicos; no podía presentarse ni como actora ni como demandada ante los tribunales porque en todo momento requería de representante legal.

En caso de ser una mujer casada estaba sometida a la tutela de su marido; la viuda, bajo la del hijo; la huérfana pasaba a la guarda legítima del hermano. Con todo se la respetaba mucho, los atentados contra una mujer eran castigados en forma severa.

El matrimonio estaba fundado sobre bases de una moral adelantada: la monogamia era principio legal dentro de la institución matrimonial.

También habían mujeres dedicadas al sacerdocio, pero con un carácter adivinatorio, a semejanza de las pitonisas griegas.

El matrimonio estaba reservado para los hombres libres, la mujer elegida era comprada, celebrando una ceremonia muy semejante a la que se efectuaba en Roma. Desde luego la mujer debía ser solicitada entre las de condición libre. La mujer era considerada como mercancía, en consecuencia, el marido también podía venderla.

Las uniones desiguales eran castigadas por la ley, así si una persona libre se casaba con un siervo o sierva, los hijos pasaban a la categoría de esclavos.

La edad más apropiada para contraer matrimonio estaba comprendida entre los 20 y los 50 para los hombres; entre los 18 y los 40, para las mujeres.

También era conocido el contrato de esponsales, pero a veces se omitía.

Para los efectos de la compra de una mujer, el hombre pactaba con su respectivo guardador cuanto se proponía dar.

Podían suceder dos casos:

a) El hombre satisfacía inmediatamente la suma pactada, pasando la elegida a la categoría de mujer legítima.

b) Se convenía anticipadamente la compra y el precio a pagar, defiriéndose la celebración de la boda para después, éste era el caso del contrato de esponsales, a que hemos hecho referencia.

Cuando se satisfacía el precio de la compra en presencia de los testigos de las dos familias, el matrimonio se había efectuado.

También el acto matrimonial se acompañaba de otras ceremonias, el novio debía poner un anillo en la mano izquierda de la novia para significarle que había sido comprada, le calzaba los pies, indicando con esto que desde ese momento quedaba bajo su potestad.

Cuando la ceremonia terminaba se colocaba un martillo en la falda de la novia para recordarle que el dios vengador la castigaría en caso de faltar a la fidelidad conyugal.

Si faltaba a la fe prometida por acto matrimonial era duramente castigada, podía ser ahorcada, ahogada, muerta a hachazos y hasta quemada viva.

La familia germana se fabricaba todas las herramientas y enseres propios para el trabajo doméstico; pero es necesario distinguir entre los ricos y los pobres. Los primeros tenían artesanos (litos) que trabajaban para provecho de sus amos; los segundos eran herreros, carpinteros y maestros de obras.

SITUACION DE LOS HIJOS.

Al nacimiento de un niño, el padre decidía de su suerte. Cuando se efectuaba la ceremonia, junto al *Firsu* (columna principal en que se apoyaba el techo de la vivienda), y que consistía en presentar al tierno infante a las miradas de su padre para que lo reconociera por hijo legítimo, podían presentarse para el recién nacido dos situaciones: si su padre lo levantaba quería decir que le otorgaba su reconocimiento; pero en caso de negarse a efectuar tal acto, no había reconocimiento, y en consecuencia, la situación del infante era difícil pues podía ser expuesto, abandonado o vendido. En caso de que el niño hubiera tomado algún alimento, por pequeño que fuera, el padre estaba obligado a levantarlo, pero sin perder sus derechos a la venta si así convenía para sus particulares intereses.

Después del reconocimiento seguía una especie de bautismo, consistente en sumergir al niño en agua fresca al tiempo que se le daba un nombre que siempre era el de un pariente convidado expresamente para la ceremonia.

La institución del hospedaje estaba muy difundida en la familia germana y ella servía para efectuar grandes banquetes en los que tomaban parte únicamente los varones, las mujeres estaban obligadas a servir a los convidados.

La instrucción de las hijas estaban al cuidado de las madres.

En cuanto al hijo adolescente era instruído en los derechos y deberes por el padre. Cuando ya estaba preparado, ante el pueblo reunido, se le declaraba capaz de llevar armas; por ese mismo hecho ingresaba *ipso juri* a la comunidad. Podía tomar parte en el concejo y en la guerra, pero hasta no poseer tierras no reunía las condiciones del perfecto ciudadano.

La tutela de los menores era encargada al pariente varón del grado más inmediato y con suficiente aptitud para el manejo de las armas. Los demás parientes varones solo tenían una cierta vigilancia.

En cuanto a la tutela de los demás individuos menores del pueblo pertenecía al Rey.

Solo a los parientes de cierto grado les era permitido por la ley decidir cuestiones con las armas.

REGIMEN DE LOS ESCLAVOS Y LIBERTOS.

A más de lo dicho anteriormente respecto al régimen de la esclavitud entre los germanos, nos toca añadir algunas otras consideraciones.

Cuando un liberto proseguía en la relación denominada obsequio, es decir, bajo la representación legal de su amo, no podía contraer matrimonio con personas libres por nacimiento; leyes severas se encargaron de excluirlos de los cargos de palacio.

Entre los germanos se tomó muy en cuenta el estado civil para la adquisición, goce y extinción de ciertos derechos.

La legislación germana es estricta cuando se trata de castigar la culpa del esclavo, pues en caso de que personas libres ejecuten actos criminosos no tienen las mismas penas que se imponen a los siervos.

Así si un siervo hiere a una persona libre, el amo paga al lesionado una indemnización entera; en caso de que el señor fuere insolvente le corresponde setenta palos e igual número para su esclavo culpable.

Como los legisladores eran miembros de la nobleza es claro que tenían sumo interés en rebajar cada vez más la condición de los esclavos.

La población rural estaban constituida por los aldeanos que, si bien habían nacido de hombres libres, no se contaba para nada con ellos. Estaban obligados a cultivar el suelo y se consideraban como semi libres.

Por otra parte su rusticidad los colocaba en situación para constituir una clase media. Los derechos de las familias de labradores eran pocos frente a los que gozaban los señores de la nobleza.

Había la tendencia constante a reducir el mayor número posible de personas libres al estado de esclavitud, pues como los siervos eran cosas que aumentaban el patrimonio de los amos, natural era el interés por incrementar con la adquisición continua de esclavos, haciendo uso muchas veces de argucias legales. La ley se vió en el caso de imponer severos castigos a fin de impedir semejante tráfico *prosumptio vindicationis in servitutem*.

Las manumisiones se efectuaban de distintos modos: declaración ante el rey, por acto testamentario, por cartas de ahorro o manumisión, etc.

Entre los siervos habían distinciones respecto a la mayor o menor dependencia en que podían estar. De todos, gozaban de la mejor situación los *servi fiscali*, o sean los de la corona, pues podían servir de testigos, pero les estaba vedado alcanzar su liberación por abandono o caducidad de los derechos a la corona; para lograr la condición de libertos siempre necesitaban de la carta de ahorro.

REGIMEN DE LAS SUCESIONES.

Tácito no menciona el testamento entre los germanos, más bien niega su existencia.

La razón es que entre los germanos la propiedad tenía un carácter común, pertenecía a la *sippe*. A la muerte del padre de familia, la administración, no el dominio, pasaba al que le sucediere en la administración de los bienes familiares.

El testamento se conoció más tarde al establecerse el contacto con los romanos.

El que carecía de descendientes podía nombrar a un extraño como heredero, valiéndose del procedimiento de la adopción, o sea la entrega de la espada, acto que se efectuaba con un ceremonial ante el concejo del pueblo.

Cuando la propiedad privada ganó en extensión, leyes posteriores ordenaban que el testador con descendencia pudiera disponer de los bienes adquiridos por él, mas no de los que hubiera recibido de sus ascendientes.

Siendo al principio las donaciones irrevocables, con la influencia del derecho romano se transformaron en revocables.

Eran llamados a la sucesión intestada los hijos, nunca las mujeres.

Entre los francos fué conocida la *affatomía*, en virtud de la cual los bienes se transmitían a un intermediario que tomaba posesión de dichos bienes ante la asamblea del pueblo. Enseguida se establecía, como dueño, en la casa de causahabiente durante doce meses a fin de que todos los parientes del testador conocieran del hecho y pudieran efectuar los respectivos reclamos.

Sólo en época muy adelantada, y gracias a la influencia del derecho romano, se introduce el testamento con las mismas prácticas y solemnidades de la jurisprudencia romana.

Se exigieron condiciones de capacidad por parte del testador y solemnidades externas tales como el número de testigos que cada vez aumentó hasta adquirir el acto testamentario forma pública, desapareciendo los testamentos cerrados.

Sólo fué la ley benigna tratándose de los testamentos *ad pias causas*, o sea aquellos en que se hacían donaciones valiosas con un fin benéfico, en tal caso la ley exigía pocos testigos.

Después se vuelve necesaria la institución de heredero para la validez del testamento.

Poco a poco se desarrolla la institución de los albaceas o ejecutores testamentarios. Al principio tuvieron una misión espiritual, pero después se extiende a todos los actos necesarios para el cumplimiento de las disposiciones testamentarias.

CAPITULO V.

LOS DERECHOS DE FAMILIA DURANTE EL
FEUDALISMO.

Para ser consecuentes con nuestros propósitos, en este miraje histórico que nos hemos propuesto, seguiremos la investigación genética de los derechos de familia al través de la época feudal.

Durante este período de la historia el estudio jurídico del problema tiene que concretarse al análisis de las condiciones sociales imperantes.

Asombroso fue el desarrollo de la institución familiar en el derecho romano en el cual encuentran cabida los principios más avanzados en materia de legislación.

La decadencia del imperio romano no podía tardar; es un hecho indudable que las naciones tienen su ciclo de vida perfectamente definido y al apogeo radiante sigue la más triste decadencia. Por esa fuerza social de dispersión, cuando las leyes de los organismos se han cumplido, los romanos tuvieron que ceder al torrente devastador de los bárbaros.

Ya se habían producido las primeras invasiones bárbaras de las tribus germanas antes que la ola destructora procedente de Asia aniquilara los restos de una civilización en pleno descenso.

Con otra cultura y bajo la influencia de sus fervientes deseos expansionistas los bárbaros arrasaron con cuanto se opuso a su paso devastador.

Los romanos, cuya situación interna dejaba bastante que desear, no estaban en condiciones de hacer frente a la invasión. Así pues el imperio romano de Oriente primero y después el de Occidente caían a los golpes de una nueva sociedad que se impondría por la fuerza de las armas.

Como, por otra parte, los bárbaros no tuvieron un solo origen, procedían de distintos lugares, el caos más espantoso se produjo entre los vencidos; además, la organización de la sociedad sobre las ruinas de los pueblos sometidos no podía efectuarse rápidamente.

Un nuevo orden de cosas iba a surgir de ese estado social: el feudalismo. Esta situación política, hija del choque entre el barbarismo y las tendencias cristianas, presentará a nuestro

examen la mezcla más extraña de tendencias opuestas, y no obstante, sobre sus cimientos se levantará una civilización llamada a sostenerse por mucho tiempo, dictando sus normas a una sociedad gastada por influencias enervantes.

La palabra feudalismo proviene de *od*, que en lengua alemana significa bienes, precedida por *all* (antiguo) da origen al vocablo *alodio*. Esta palabra nuevamente sufrió evolución fonética, pues colocándole como prefijo la voz *fee*, recompensa, dió como resultado *feudo*.

Caracteriza al feudalismo no precisamente la jerarquía descendente de rey a vasallo sino la indentificación tan estrecha de éste último para con su señor, al extremo de formar una sola cosa.

Aún cuando autores reputados niegan que el feudalismo saliera de los pueblos germanos dada la libertad de que éstos se ufanaban, sin embargo, es la verdad que no se encuentra en las instituciones de otros pueblos bárbaros el mismo estado de cosas que entre las parcialidades de raza germana.

La organización de la familia durante la época feudal, como es de suponer, sufre la influencia de las mismas corrientes de su tiempo y en todo se subordina a la jerarquía matemática que se mantiene entre señores y vasallos.

El señor, mediante una fórmula, entregaba a su vasallo una extensión de tierra y éste, por ese hecho, se obligaba a prestarle juramento de fidelidad. A su vez el vasallo hacía lo propio con otro sujeto de inferior condición, que tomaba el nombre de valvasor y de éste dependían los valvasinos, último término de esta escala social de dependencias.

Ya se comprende que en una situación jurídica, cuya resolución correspondía al señor, todo el engranaje estaba pendiente en su feliz equilibrio de la decisión del gran feudatario, único juez dirimente en toda controversia.

Si se trataba de hacer frente a las pretensiones de otro feudatario, inmediatamente todo este sistema de dependencias se erguía como un sólo individuo. Tal era la estrecha vinculación de los miembros en la organización feudal.

A fin de presentar un criterio más sistemático en lo que se refiere a la constitución feudal, exponemos las prácticas del régimen de la siguiente manera:

1º—Respecto al sujeto que instituye el feudo, este puede ser laico o eclesiástico, es decir, que el feudo toma la categoría

a la cual pertenece el instituyente. Sin embargo, en ambos casos las obligaciones son bilaterales, aún cuando el procedimiento para constituirle varíe por la condición del agente activo.

2º—En cuanto al sujeto pasivo, esto es, el individuo que recibe el feudo, la institución puede ser *ligia* o no *ligia*. En el primer caso el sujeto recibe el feudo sin reservas; en el segundo hace ciertas reservas al pactar.

3º—También puede ser divisible e indivisible, o mejor dicho, que el feudo es susceptible de ser dividido en partes iguales entre los herederos de igual grado en la sucesión del feudatario. Los indivisibles pasan en su totalidad a un sólo heredero, aun cuando concurren varios a la sucesión.

4º—En cuanto al objeto sobre el cual el feudo se constituye, denominase propio e impropio. En el primer caso quiere decir que está constituido por cosas inmuebles; en el segundo, sobre cosas que pueden desaparecer por voluntad de una de las partes, por ejemplo, una pensión que puede cesar cuando el señor tenga a bien.

5º—En cuanto a los grados de traspaso el feudo puede ser nuevo o antiguo. El primero es aquél que por primera vez se pone en el comercio de los hombres; el segundo toma ese nombre cuando ha sido fruto de muchos traspasos.

6º—En cuanto a la manera de constituirse los feudos pueden ser (dentro de la clasificación de antiguos) hereditarios y familiares.

El feudo familiar admite dos divisiones: masculino y femenino.

Siendo la sucesión agnaticia de varón a varón el feudo es masculino, y en este caso hay exclusión de las mujeres. Si tiene por fundamento la sucesión cognaticia es femenino.

Esta era la situación social durante el feudalismo.

CARACTERES DE LA FAMILIA FEUDAL.

El régimen feudal nacido en las tendencias bárbaras morigeradas por la iglesia, cuyo apogeo comienza desde entonces, significa un cambio notable dentro de las aspiraciones de los pueblos antiguos de Europa.

Fué durante la Edad Media cuando el matrimonio, principio de la vida familiar, perdió ese carácter netamente jurídico

que tuvo en el derecho romano para convertirse en sacramento con la indisolubilidad como principio fundamental. Sin embargo, al lado de los matrimonios públicos y solemnes, aparecen los clandestinos, fundados solamente, como decían los juristas latinos, en la *affectio maritalis*.

También existía el concubinato, pero la iglesia lo condenaba desde el punto de vista ético religioso.

El Estado reconocía como matrimonio válido el celebrado entre cristianos con todas las solemnidades.

Las leyes feudales reafirmaron la autoridad marital. La capacidad civil de la mujer estaba restringida, aún cuando posteriormente, leyes inspiradas en el derecho romano prohibieron que la mujer casada pudiera constituirse fiadora de su marido.

Si bien es verdad que el feudalismo, desde el punto de vista galante, elevó a la mujer, haciéndola objeto de culto especial, en el aspecto jurídico otorgó al marido un conjunto de derechos tan complejos y excesivos que se parecían a la manus del derecho romano.

Los bienes entre los cónyuges son comunes, pero se distingue la comunidad absoluta de la relativa para los efectos civiles del matrimonio.

También existía la dote que durante toda la época feudal era símbolo de las uniones entre gente distinguida.

Junto con la dote subsistía el donario, conjunto de bienes, que no podía adquirir la mujer mientras el matrimonio no se hubiera consumado; en este caso el marido no podía enajenar dichos bienes,

La administración y usufructo legal de los bienes que la mujer aportase al matrimonio o durante el mismo adquiriese, de hecho correspondían al marido, quien, además, podía disponer libremente de los muebles hasta cancelar sus deudas personales, pues al enajenar cualquiera de los bienes matrimoniales su precio caía en la comunidad, carácter distintivo de los bienes de la sociedad conyugal, conforme ya manifestamos antes.

El feudalismo creó el derecho de *maritagium*, esto es el que poseía un señor feudal de intervenir en el matrimonio de la mujer que recibía por herencia un feudo. En caso de que la mujer se negase a tomar marido, procediendo en oposición a las instrucciones del señor o de cualquiera otra manera, la ley señalaba castigos por tal rebeldía.

Igualmente fué una invención feudal el derecho de perna-da, en virtud del cual un vasallo no podía yacer con su mujer las tres primeras noches sin el consentimiento del señor feudal; sin embargo ese derecho como otros semejantes eran redimi-bles en dinero o especies.

En esta época se limitó algo la rudeza de las antiguas ins-tituciones respecto al derecho del padre de familia para dar muerte, exponer, abandonar, etc., a los hijos; fueron conside-rados tales procedimientos como delictuosos y a sus autores se les impuso penas de acuerdo con la clase de delitos cometidos. Prohibióse también venderlos, empeñarlos o darlos, imponiendo como sanción la nulidad de tales actos, y por consiguiente, la pérdida de lo dado por el comprador o prestamista.

La patria potestad no se otorgó a la madre por la condición jurídica tan reducida en que se hallaba, pero en el Fuero Juz-go parece que se le concedía tal privilegio que en el caso de que hubiera muerto el padre y ella no pretendiera volver a casarse.

La facultad de casar a los menores correspondía a los tuto-res en caso de faltar los padres.

El hijo podía disponer de lo que adquiriese del rey o de su señor; pero de lo que obtuviera por razón de su trabajo le toca-ban las dos terceras partes y al padre el tercio restante.

Tampoco había obligación por parte de los hijos de partir con sus hermanos aquello que ganasen.

El hijo salía de la patria potestad por matrimonio, y, como pena, perdía este derecho el padre que hubiese expuesto a un hijo.

La patria potestad se ejercía sobre los hijos legítimos y los demás descendientes en línea recta, con inclusión de los nietos. En cuanto a los naturales o incestuosos no tenían de-recho que se les llamase hijos por ser fruto de gran pecado.

Las sucesiones, durante la época que examinamos, están íntimamente vinculadas con el régimen feudal imperante.

Los feudos tenían dos caracteres fundamentales: unidad e indivisibilidad. Se trasmitían de generación en generación con el objeto de dar lustre y prestancia a las familias.

Sólo podía ser la sucesión legítima, de la que se excluía a las mujeres por su imposibilidad para dar nombradía a la fa-milia, conservando el respectivo apellido.

Se establecieron también los mayorazgos, considerados como fideicomisos familiares, en los que la sucesión venía pre-determinada, encontrándose el heredero en la imposibilidad de disponer de la masa de bienes, porque él había sido constituido un mero administrador y sólo le correspondía cumplir la voluntad de su causahabiente.

La sucesión pasaba al primogénito, excluyendo siempre el hijo varón a la hembra. Los demás hijos solo tenían derecho a una porción, conocida desde entonces con el nombre de legítima. No podían ser privados de dicha porción sin motivo justificado, y caso de hacerlo se efectuaba la desheredación.

El testamento en estas condiciones venía a ser algo suplementario en la sucesión legítima.

Parece que se distinguían, en la mayor parte de las sucesiones feudales, cuatro clases de testamentos:

- 1º—Testamento escrito, firmado por el testador y los testigos.
- 2º—Escrito, firmado por el testador o los testigos.
- 3º—Escrito, firmado por otra persona a petición del testador.
- 4º—Oral ante testigos.

Los textos antiguos no están conformes respecto al número de testigos, pero probablemente debieron concurrir en número de siete, según lo establecido en el Derecho Romano; pues las legislaciones feudales estaban inspiradas en dicha fuente jurídica, siendo las formas modificadas debido a la influencia religiosa.

En cuanto a las condiciones de idoneidad respecto de los testigos y al procedimiento para dar validez al testamento preferimos pasarlas por alto, pues, no tienen mayor interés para nuestro trabajo.

También se conoció el testamento de los que están en expedición, para su validez jurídica se ordenaba otorgarla ante ingenuos y si esto no fuere posible la ley faculta que el señor efectúe estos testamentos en presencia de siervos, después se comprueba la buena fe y capacidad de esos siervos.

También se efectuaban testamentos mancomunados, mediante los cuales ambos cónyuges se instituían herederos mutuamente.

No hay estudios jurídicos de la época feudal que nos mues-

tren necesidad de instituir herederos y de que pudiera haber incompatibilidad manifiesta entre la sucesión testada y la abintestato.

Algunos de los muchos fueros que se publicaron durante la Edad Media designan a los testamentos con el nombre de mandas, y de las disposiciones contenidas en ellos no se desprende que se haga aplicación del principio de la universalidad. Según eso es indudable que la porción no dispuesta por el testador pasaba a los herederos legítimos.

Muy frecuentes fueron los legados para monasterios e instituciones religiosas, merced a esas dádivas el poderío material del clero empezó a ser fuerte, dejándose sentir especialmente en lo político.

Estas son las principales instituciones que dominaron durante la época feudal cuya consolidación corrió a cargo de la Iglesia; ella con sus principios se hizo dueña del movimiento social y siendo depositaria de toda la ciencia no era extraño que tuviera tanta ascendencia en los pueblos. Las cruzadas con todas las consecuencias políticas fueron inspiradas por la Iglesia. Se estableció una alianza entre la nobleza y el clero para la defensa de ciertos derechos que no podían desaparecer sin perjuicio de ambas clases afectadas.

Hay que hacer notar la consolidación territorial que se efectúa en todas partes, beneficiosa para la corona, cuyos derechos habían sido vulnerados por el feudalismo absorbente, pero ese aumento del poder real verificase lentamente.

En tales condiciones se opera la revolución francesa que tiene por principal objeto establecer la soberanía popular en oposición al poder absoluto del rey. Ya Luis XIV había dicho "El Estado soy yo".

Además el movimiento revolucionario se propuso abolir los privilegios y cambiar las instituciones que el régimen feudal legara a la posteridad. Veremos en el próximo capítulo las reformas que la revolución llevó a término respecto a los derechos de familia.

(Continuará).