

Vero (*lám. II, fig. 8*). La *cuasi-afinidad* es un parentesco que se contrae, no por las nupcias, sino por los esponsales; v. g. mi hermano contrajo esponsales con Ticia, y ántes de casarse muere este; pues entre Ticia y yo hai *cuasi-afinidad*, que no permite que me case con ella.

§. CLXII. Hasta aquí se ha tratado de las nupcias incestuosas. (b) Tambien prohiben las leyes otras como *indecorosas*, ó 1º por la desigualdad de condicion, v. gr. entre un senador y una liberta, entre un ingenuo y una comedianta, ó una ramera; prohibicion introducida por la lei julia y papia popea; pero hoi no está en uso, y aun fué derogada por Justiniano, *L. 23. y L. ult. De nupt.*; ó 2º por una anterior impudicia; por ejemplo entre el adúltero y la adúltera, el raptor y la robada. 3º Por cierta veneracion; por ejemplo, el matrimonio entre el padrastro y la viuda del hijastro (*lám. II, fig. 9.*), sin embargo de no haber entre estas personas ninguna afinidad, á no ser del segundo género, la cual por otra parte no se atiende *L. 15. Inst. h. t.* Tambien están prohibidas las nupcias con la hija de la mujer repudiada, que esta tuvo de otro matrimonio (*lám. II, fig. 10.*), §. 9. *Inst. h. t.*, aunque no hai tampoco afinidad mas que de segunda clase.

§. CLXIII. (c) Como *perjudiciales* están prohibidas las nupcias, ya 1º por causa de la religion, entre un cristiano y una judía, *L. 6. C. De judæis*; ó 2º por menoscabo de los bienes de la casa entre el tutor y su hijo y la pupila, porque el tutor puede usar de este pretexto para negarse á dar cuentas, *L. 59. ff. h. t.* ó 3º por rezelos de tiranía entre el presidente de una provincia y una mujer natural de ella; pues era espuesto que el presidente, contrayendo afinidad con alguna familia poderosa de su provincia, se prevallera de su auxilio para tiranizarla, como Marco

Antonio en el Egipto casándose con la reina Cleopatra, *L. 57. 64. ff. h. t.*

§. CLXIV. (IVº) Es la última cuestion, si uno se casase contra lo dispuesto por estas leyes, qué pena tendria? (1) Segun el §. 12. *Inst. h. t.*, la nulidad. Seria pues nulo el matrimonio, y no habria cónyuges ni dote. Los hijos nacidos de semejante union no son legitimos, ni están constituídos en la patria potestad, sino que son bastardos. Algunas veces todavia se puede imponer á semejantes personas una pena mucho mayor, como la capital, ó la próxima á esta; como si, por ejemplo, se cometiese incesto entre ascendientes y descendientes, ó entre un hermano y una hermana; por lo que en esto se debe atender á la costumbre de cada provincia en particular.

## DE LA LEGITIMACION.

§. CLXV. Otro modo de reducir los hijos á la patria potestad es la legitimacion. Nada dicen absolutamente de ella las Pandectas, porque fué inventada por Constantino el Grande, y por lo mismo despues de la época en que vivieron los jurisconsultos, de cuyos escritos fueron sacadas las Pandectas. Algunos sobre este punto objetan la *L. ult. ff. De adop.* y la *L. 57. ff. De ritu nupt.*; de las cuales dicen constar, que ántes de Constantino el Grande estaba ya en uso la legitimacion. Pero responde-

(1) Segun el *Conc. trid. ses. 24. De reform. matrim.* son nulos los matrimonios clandestinos, esto es, los que se contraen sin la asistencia del propio párroco, ú o ro sacerdote con su licencia ó la del ordinario, y dos ó tres testigos. Ademas todos los bienes de los que fallando á esta regla contraen matrimonio clandestino y los que intervienen en él, se confiscan, y á todos se impone la pena de destierro de estos reinos; y es causa de desheredacion, segun todo se establece en la *L. 5. tit. 2. lib. 10 de la Nov. Recop.*

remos que la *L. ult. ff. De adop.* no trata, segun se infiere de su rúbrica, de la legitimacion sino de la adopcion, y que la *L. 57.* solo comprende un privilegio especial que no puede servir de ejemplo.

§. CLXVI. Esplicaremos por partes la definicion de la legitimacion que corresponde á este párrafo. La legitimacion es *un acto*. Algunos dicen que es un acto legítimo (§. 70); pero se engañan mucho, porque 1º los actos legítimos fueron sacados por los jurisconsultos de las leyes de las XII Tablas, *L. 2. § 6. ff. De O. J.*, y la legitimacion no es ni de los jurisconsultos, ni de las leyes de las XII Tablas. 2º Los actos legítimos se hacen solemnemente, y la legitimacion no exige solemnidad alguna. Luego basta que digamos que la legitimacion es un acto. Es un acto *por el cual se finge que los hijos ilegítimos han nacido de legítimo matrimonio*. El fundamento de la legitimacion es la ficcion: la lei finge que nacieron de legítimo matrimonio los que en realidad han nacido fuera de él. En el Derecho se hallan muchísimas ficciones semejantes. Por ejemplo, en el derecho de postliminio se finge que jamas estuvo prisionero el que volvió á su casa de la cautividad, §. 5. *Inst. Quibus modis jus patr. potest. solv.* Por el contrario, la lei cornelia finge que el que muere en cautiverio, ha muerto en la ciudad, *L. 18 ff. De captiv. et postlim.* Sobre cuyas ficciones del Derecho escribió un elegante tratado el célebre jurisconsulto frances Anton. Dadin. Alteserra. De esta manera es como la lei finge que ha nacido en matrimonio el que realmente no nació en él. Ademas se dice en la definicion, *quedando por consiguiente sujetos á la patria potestad á manera de los legítimos*. Aquí tenemos el efecto de la legitimacion. Los hijos nacidos fuera del matrimonio no están en la patria potestad, ni siquiera se les conoce padre, porque padre es aquel á quien señalan por tal las nupcias legí-

timas. *L. 5. ff. De in jus voc.*; y por eso se llaman hijos naturales, pues aunque tienen padre por naturaleza, no le tienen por Derecho. Mas por la legitimacion son reducidos á la patria potestad, y por esta razon en *EL* §. 165 dijimos que la legitimacion era causa de la patria potestad.

§. CLXVII. Esta es la definicion. Por ella se puede conocer desde luego qué clase de hijos ilegítimos pueden ser legitimados. Los hijos ilegítimos son de cuatro géneros: 1º unos se llaman *hijos naturales ó bastardos*; y son los nacidos de una mujer honesta, pero fuera de matrimonio, es decir, de una concubina. 2º Otros se llaman *espurios*, que nacen de una mujer que comercia con su cuerpo, una ramera. 3º Otros se llaman *adulterinos*, y son los que han nacido de adulterio. 4º Otros *incestuosos*, esto es, nacidos del ayuntamiento de aquellas personas que no pueden contraer matrimonio por parentesco de consanguinidad ó de afinidad. Diremos pues, que solo pueden ser legitimados los *naturales*, no los espurios ni los adulterinos, ni los incestuosos, § *ult. Inst. h. t. L. 10. C. De nat. lib. Nov. 117. c. 2.* La razon es, porque la legitimacion se hace por ficcion; pues las leyes fingen que los hijos que han de ser legitimados, han nacido de legítimo matrimonio (§. 166.). Pero como toda ficcion supone términos hábiles, y no puede fingirse matrimonio con una ramera (§. 162.), y mucho ménos entre el adúltero y la adúltera, y los agnados y aines próximos, síguese que semejantes hijos son absolutamente incapazes de legitimacion.

§. CLXVIII. Pasemos á la division de la legitimacion. Relativamente al modo, es de tres maneras, pues ó se hace *por subsiguiente matrimonio*, ó *por oblacion á la curia*, ó *por rescripto del príncipe*. La primera fué inventada por Constantino el Grande, el cual, con el fin de abolir el

concubinato, dispuso que este modo de legitimar valiera tan solo para lo pasado, y no para lo futuro. Pero Justiniano mandó despues que fuera un modo perpetuo de legitimar, *Nov. 74*. Véase á Desider. Herald. *Rer. et quæst. jur. quotid. lib. 1. c. 4. §. 2*. El otro modo lo inventó el emperador Teodosio el Joven, *L. 3. C. De nat. lib.* y el tercero Justiniano. *Nov. 74*.

§. CLXIX. Por subsiguiente matrimonio son legitimados los hijos naturales nacidos de concubina, por otra parte mujer honesta, desde el momento que el padre muda el concubinato en legítimas nupcias, y toma por mujer á la madre de estos hijos. Requiere se pues, 1º que la madre sea mujer honesta, no ramera, etc., §. *últ. Inst. h. t.* 2º Que contraiga legítimo matrimonio. En este caso se finge que los hijos nacidos ántes de este matrimonio, nacieron despues de contraído, y que por lo mismo son legítimos. Pero se pregunta, 3º ¿ si no se requiere tambien la escritura dotal, pues parece que espresamente la exige el emperador en el §. *últ. Inst. h. t.*? Á esto se responde, que hoy no es necesaria; pero que lo era en tiempo del emperador Justiniano, porque entónces no habia ningun rito solemne nupcial. La confarreacion y coencion que usaban los antiguos, habian caído en desuso. La bendicion sacerdotal *coram facie ecclesie* todavia no estaba recibida (1), y así es que no habia entónces otro signo para distinguir las

(1) Se engaña, porque Guil. Est. 4. *Sentent. dist. 26. §. 10*. Gasp. Juevin, *Comment. de Sacrament. Dissert. XI. quæst. 3*. R. Jacinto Drouven, *De re sacrament. lib. 10. quæst. 2*. y otros doctísimos varones hacen ver que segun la tradicion de los SS. Padres, la bendicion sacerdotal se tuvo siempre en la Iglesia como esencial y absolutamente necesaria al sacramento del matrimonio. Y que ántes de Justiniano fué recibida en la Iglesia la bendicion sacerdotal, consta claramente de ertuliano, *lib. 2. Ad uxorem*, de san Ambrosio, *Epist. 70* y del cánon 3 del Concilio IV de Cartago, año 398 de Cristo.

nupcias legítimas del concubinato sino la escritura dotal. Por esto en Plauto, *Trin. act. III. scen. 2. v. 63*. leemos, que un jóven de Lésbos no queria dar en matrimonio sin dote á su hermana Lisitela, porque habia disipado todos sus bienes, dando esta razon :

*Sed ut inops, infamis ne sim, nec mihi hanc famam differant,  
Me germanam meam sororem in concubinatum tibi  
Sic sine dote dedisse magis, quam in matrimonium.*

Por consiguiente sin dote apénas se podia distinguir entónces la mujer de la concubina; y así no es estraño que Justiniano exigiera la escritura total. Pero en el dia se distingue fácilmente la mujer de la concubina por medio de la bendicion eclesiástica, y no se necesita ya de aquel signo.

§. CLXX. El otro modo de legitimar es por oblation á la curia; y para esplicarlo recurriremos á las antigüedades. Por curia se entiende aquí el cuerpo de magistrados municipales, pues en cada municipio habia senadores que se llamaban decuriones, á quienes presidian los duunviro, que eran como los cónsules. Estos officios estaban unidos con la dignidad, y ademas este orden gozaba de jurisdiccion en el municipio. Sin embargo los hombres aborrecian muchísimo esos cargos, tanto que Bernabé Brisson, *Antiq. rom.*, ha observado, que los cristianos fueron alguna vez agregados por los gentiles á la curia por via de castigo. La razon era por los crecidos gastos que hacian los curiales; pues tenian que dar á su costa al pueblo espectáculos, juegos y convites, tanto que alguna vez les absorbía aquella dignidad todo su patrimonio. Véanse nuestras *Antiq. rom. h. t.* Siendo tan espléndida la miseria de los curiales, vemos á los hombres atraídos con varios privilegios, para que se consagraran á la curia, entre los cuales fué uno el de

Teodosio, por el cual, si uno ofrecia su hijo natural á la curia, quedaba legitimado al momento, *L. 3. L. 4. L. 9. C. De nat. lib.* Pero no necesitándose hoy de estos privilegios, y ambicionando los hombres de nuestros tiempos la dignidad de decurion, aún en las poblaciones pequeñas, y no acostumbrando los decuriones de nuestra época dar á sus espensas ni juegos ni espectáculos, es claro que hoy día es de ningun uso este modo de legitimar.

§. CLXXI. El último modo de legitimar es el que se hace *por rescripto del príncipe*; y consiste en que el padre presente solicitud á la suprema autoridad, y pida que legitime á su hijo ó hija natural. Hecho esto, se sigue el rescripto, y entónces el hijo es tenido por legitimo.

§. CLXXII. Trataremos ya de *los derechos de los legitimados*. Hemos dicho arriba (§. 466) que por la legitimacion son reducidos á la patria potestad los hijos naturales. De este principio será fácil deducir todos los efectos de la legitimacion. De él se infiere 1º que no se puede hacer la legitimacion sin el consentimiento de los hijos, *L. 11. ff. De his, qui s. v. a. j. sunt* Esto puede parecer extraño, porque la legitimacion es un beneficio; pero tambien es una carga, por cuanto es una capitis-diminucion, pues por ella el legitimado de hombre *sui juris* se hace hijo de familia, y por lo tanto sujeto á potestad ajena. Antes el legitimado adquiria para sí, porque no tenia padre; despues adquiere para el padre: luego es muy justo que se exija su consentimiento. 2º Los legitimados suceden al padre, pues haciéndose hijos de familia, hijos legítimos y herederos suyos, deben sin duda suceder al padre. Sin embargo se debe distinguir, si la legitimacion se ha hecho por rescripto del príncipe, ó por subsiguiente matrimonio. En este último caso suceden indistintamente al padre lo mismo que los legítimos, §. *últ. Inst. h. t. §. 2. Inst. De hered. ab intest.* Mas si medió rescripto del prí-

cipe, entónces se debe además examinar, si el padre quiere, y si el príncipe espresa ó no en el rescripto, que sucedan los legitimados. Si no lo ha espresado, no suceden, á no ser solos; pero si lo ha espresado, suceden, aunque de modo que los legítimos que ántes habia, tengan la principal porcion legítima.

§. CLXXIII. [Las leyes de Partida admitieron los tres modos de legitimar de que hemos hecho mencion, permitiendo el ofrecimiento al Consejo ó á la corte del rei, aunque existiesen hijos de legítimo matrimonio, con tal que los naturales procediesen de mujer libre; pero en el día solo se reconocen como medios de legitimar á los hijos, á quienes concede este beneficio la lei *4. tit. 5. lib. 40. Nov. Rec.*, el subsiguiente matrimonio y la autorizacion real. Considérase este segundo modo de legitimar, segun el art. 4. de la lei de 14 de abril de 1838, como una gracia al sacar, quedando por lo mismo obligados los que lo obtienen, á pagar el servicio señalado en los aranceles, y produciendo únicamente esta legitimacion efectos civiles, segun la lei *4. tit. 15. Part. 4.*

#### ADVERTENCIA DEL TRADUCTOR.

Casi toda la doctrina de Heineccio acerca de la legitimacion, está fundada en un principio erróneo, á saber, en cierta *ficción retroactiva*, por la cual, segun el autor, se supone que los hijos ilegítimos han nacido de legítimo matrimonio, ó lo que viene á ser lo mismo, se finge haberse ya contraído el matrimonio desde el tiempo en que nacieron los hijos ilegítimos, de donde resulta parecer estos procreados despues de contraído aquel. La falsedad de este principio está demostrada por varios sabios intér-

pretas, y entre otros por Justo Heningio Boehmero en una disertacion particular sobre la legitimacion de los hijos nacidos de ilícito ayuntamiento; en la cual, echando á un lado este juriconsulto los comentó vulgares de los intérpretes, espone exactamente las diversas disposiciones, tanto del Derecho civil como del canónico, acerca de la legitimacion, haciendo ver que esta no necesita de dicha ficcion retroactiva, sino que tansolo es un mero efecto del matrimonio, cuya virtud es tan grande, que los engendrados ántes de él, despues de contraerlo se reputan por legítimos. Por lo cual hemos creído conveniente ponerla á continuacion, para que los principiantes puedan comparar ambas doctrinas, la de Heineccio y la de Boehmero, que nos parece preferible, é ilustrarse sobre un punto tan importante.

## DISERTACION

DEL CÉLEBRE JURISCONSULTO

JUSTO HENINGIO BOEHMERO

SOBRE

LA LEGITIMACION DE LOS HIJOS NACIDOS DE ILÍCITO  
AYUNTAMIENTO.

I. Al modo que la *procreacion de los hijos* (1), en cuya educacion funda sus esperanzas la patria, es el fin á que se dirigen los matrimonios, así en el *estado civil*, en que tan cuidadosamente se atiende á la integridad de las familias, á la perpetuidad de cada tronco y al lustre de cada casa, el principal fruto de ellos es la generacion de una *legítima prole*, que á su tiempo pueda suceder á sus padres, y conservar su nombre y memoria, segun aquel dicho vulgar de que *los padres en cierto modo viven en sus hijos* (2). Interesa con to to tambien á la república que la generacion de estos sea cierta, y que no quede á los padres duda alguna sobre su *legítimo nacimiento*; para el logro

(1) Los hijos son la honra de los padres y la prolongacion de su vida.

(2) En cuanto es legítimo su nacimiento.