

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 contraílo 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.

de cuyo fin se han inventado en el estado civil de muchas naciones ciertas formalidades, por cuyo medio deben los matrimonios contraerse solemne y legítimamente, de tal manera que el nacido de semejante sociedad, contraída según las leyes prescritas, se haya de reputar por *legítimo*, esto es, merecedor de los derechos, comodidades y privilegios de *hijo* (1), y que los demás procreados fuera de esta sociedad, cuando repugna á las leyes ó carece de las solemnidades prescritas, se hayan de mirar como *ilegítimos*, es decir, como indignos de disfrutar los derechos de los hijos. Así se observó escrupulosamente en la república romana, y en el *Derecho civil* se establece, que aquel será considerado como padre, á quien designen por tal las nupcias legítimas, y como hijos *legítimos* aquellos que nacen mediando legítimo matrimonio, *L. 5. ff. De in jus voc. L. 6. De his qui sui vel alien. jur. sunt.* Además también concede á los hijos legítimamente nacidos muchos derechos, que aquellos que nacen *fuera de matrimonio*, no pueden reclamar (2). Por esta razón se vió con frecuencia á los padres solicitar, que estos derechos de los legítimos se estendiesen á los ilegítimos, hasta conseguir por fin para ellos el beneficio de la legitimación, á la verdad muy restringido al principio; pero que poco á poco se fué aumentando, y adquirió todavía más extensión por el Derecho canónico. Mas como á pesar de esto los intérpretes del Derecho se dividen sobre este punto en distintas sectas, restringiendo unos y coartando la legitimación, y estendiéndola otros á algunos hijos nacidos fuera de matrimonio (3), trataré yo de investigar si en la práctica y uso forense se deben poner á la legiti-

(1) Con los ilegítimos no se cuenta.

(2) Á no ser que se hagan legítimos por medio de la legitimación.

(3) Lo cual se va á examinar atendiendo al uso actual.

mación algunos límites, y cuáles sean estos; disponiendo mi doctrina, en cuanto me sea posible, según el mejor orden conveniente.

II. (1) Cuán digna de meditarse escrupulosamente sea esta doctrina, lo manifiestan á cada paso los jurisconsultos que la han exornado con varias eruditas observaciones. Entre otros merece mencionarse particularmente la disertación de Tomasio *Sobre el uso práctico de la doctrina de la legitimación*, en que manifiesta con especial tino el origen, progresos y vicisitudes de esta doctrina. Acerca de la *legitimación por subsiguiente matrimonio* trata también en una disertación particular el jurisconsulto Lauterbaquio, adhiriéndose tenazmente á las disposiciones del Derecho civil para influir de este modo todo lo posible en el *uso forense*. Asimismo Francisco Hotomano compuso un tratado especial sobre los *espurios y legítimados*, que se halla en el tomo I de sus *Obras*, pág. 519, ilustrándolo, según su costumbre, con eruditas observaciones, aunque se contiene dentro de la esfera del Derecho civil, sin abrazar todo el campo que yo me he propuesto. Mas útil á mi objeto fué Francisco Sarmiento, que en el *lib. 1. Select. interpret. c. 5, 6, 7 y 8*, examina la *legitimación* de todos los ilegítimos. Bien que su doctrina contiene algunas ambigüedades. Francisco de Amaya en el *lib. 1. Ob. jur. civ. cap. 4*, se propuso la explicación de cierto tema, que puede facilitar algún auxilio al que trata de meditar esta doctrina. Más luminosas son las ideas que se encuentran en Desiderio Heraldó, *lib. 1. Rer. et quest. juris quotid., cap. 1. y sig.*, donde habla de la diversa condición de los *ilegítimos*, y *cap. 4*, en el cual espone con admirable solidez la doctrina de la *legitimación*. Á él se debe finalmente agregar, por no citar ahora otros, Basilio Ponce, que en su tratado *De*

(1) Escritos que tratan la doctrina de la legitimación.

matrim. lib. 11. espone los preceptos y máximas del Derecho canónico con el mayor acierto y claridad.

III. (1) Viniendo ahora á la materia que me he propuesto tratar, se ha de saber que los hijos son por Derecho civil y canónico ó *legítimos* ó *ilegítimos*. Aquellos no necesitan *legitimacion*, mientras estos la necesitan, como que les están negados los derechos de *hijos legítimos*. (2) Aunque la condicion de los ilegítimos era varia por Derecho civil, pueden no obstante reducirse cómodamente á dos clases: la de los procreados de ayuntamiento *licito*, pero *ménos legítimo*, (3) y la de los nacidos de *concubito* enteramente *prohibido* por las leyes. Aquellos se llamaban naturales, por deber su origen á una *union natural*, contraída por causa de matrimonio, bien que destituida de los efectos civiles. Á esta seccion pertenecia 1º (4) el *contubernio de los esclavos*, los cuales antiguamente se unian entre sí por un *enlace natural*; mas como por Derecho civil no son reputados por personas los siervos, los efectos de los hijos legítimos no recaían en los nacidos del contubernio de los esclavos, ni aún estaban estos bajo la potestad de los padres naturales, sino de los señores. Por decirlo en breves palabras, *estaban dentro de los límites de la naturaleza, pero fuera de los límites del Derecho*, segun la frase de *Heraldo*, cap. 1. § 19. del *lug. cit.* En este sentido la hija del siervo Panfilio, por nombre Panfilia, se llama *natural* en la *L. 88. §. 12. ff. De legat. 2.*, dándose tambien al padre igual título de *natural*; sobre lo que añade el juriseconsulto: « porque tambien se creen comprendidos «bajo la denominacion de hijos los descendientes naturales

(1) Los hijos son ó legítimos ó ilegítimos.

(2) Estos ó son naturales.

(3) Ó nacidos de cóito prohibido.

(4) Son naturales los procreados en el contubernio de los siervos

« engendrados en esclavitud. » 2º (1) *Los hijos tenidos de concubina*. En efecto, desde que la *lei julia* y *popia* dió por honesto el *concubinato*, segun dice Marciano en la *L. 3. §. 1. ff. De concubin.*, este comercio, que venia á ser una especie de *matrimonio natural*, quedó por lo mismo aprobado, y los hijos nacidos de él se llamaron *naturales* por tener el *concubinato* mucha relacion ó semejanza con el *contubernio*, hasta el punto de dársele esta denominacion, *L. 5. C. De natural. lib.*, donde dice: *electo contubernio*. Suetonio, *Vespas.*, cap. 3. n. 4., nos dice, que « Vespasiano, despues que murió su esposa, elevó á « Cénide, liberta de Antonia, á quien hacia tiempo miraba « con pasion, desde la clase de dependiente suya al *contubernio*, y la tuvo en el mismo aprecio que si fuera « su mujer legítima. » Porque es de saber que aquellas personas que por la *lei civil* no era lícito tomar por esposas *legítimas*, era permitido tenerlas en *concubinato*, con tal que el varon careciese de mujer legítima y fuese célibe: tales eran la mujer condenada como adúltera en juicio público, *L. 1. §. D. De concubinis*; la ramera que habia puesto su cuerpo á ganancia, *L. 14. D. De ritu nupt.*; la liberta, *L. 2. D. De concubinis*; y la mujer de una provincia unida con aquel que en ella desempeñaba algun oficio público, *L. 57 y 63. D. De ritu nupt.* Algunas veces tambien aquella que, pudiendo ser mujer legítima, estaba amancebada con su amo por ser su criada, y á influjo de un nuevo amor se reputaba despues por su verdadera esposa, *L. 13. §. 6. C. ad L. jus. De adulter.* (2) Otra clase de ilegítimos comprende los nacidos de cóito ilícito y torpe, que lleva crimen consigo. Se llaman *espurios*, habidos del vulgo, los que no pueden acreditar quién es su

(1) Los nacidos de concubina.

(2) Nacidos de concubina.

padre, como los nacidos de prostituta, cuyo padre pertenece al pueblo ó al vulgo; y aquellos que pueden designar á su padre, aunque no el que pueden tener, segun dice Modestino, *L. 23. D. De statu hominum*; cuales son los habidos de estupro, adulterio ó incesto, y de otro cualquier cóito que encierra crimen público ó algun acto prohibido por la lei. El nacido de una meretriz se reputaba también por de torpe ayuntamiento; pero sin estar sujeto á pena alguna legal, por cuanto la fornicacion no era absolutamente prohibida, *L. 4. § 3. D. De condict. ob turp. causam*.

IV. Todos los nacidos de ilícito ayuntamiento eran de inferior condicion á los naturales, con quienes se comparaban. Dice Justiniano en la *Nov. 89 c. ult.*: « todo el « que naciere de uniones sacrílegas, incestuosas y reprobadas, ni se puede llamar hijo natural, ni debe ser llamado por sus padres. » Observa Herald *lib. 1. Quæst. jur. quot. c. 3. §. 6.*, que estas palabras designan solamente los nacidos de matrimonio; pero ha de ser sacrílego, incestuoso y condenado por las leyes; lo que es admisible segun la cláusula de la lei referida, pues nada impide que se digan nacidos de punible ayuntamiento los que fueron concebidos en estupro, adulterio, ó de otro cualquier cóito reprobado por las leyes, una vez que se contaban entre los crímenes públicos por la lei julia el estupro y el adulterio. Véase el *c. 4. X. Qui filii sunt legit.* Aquí se comprende también por Derecho canónico y civil la union con monje ó monja, porque ambos matrimonios están prohibidos y tenidos por sacrílegos por causa del voto de castidad; ó si el clérigo de órdenes mayores viviese habitualmente con una mujer en clase de concubina, lo que está prohibido por Derecho canónico, y reputado por delito, *t. X. De concub. cleric. et mulier.* De tal modo está prohibido á los clérigos ordenados *in sacris* el matrimonio,

que aunque lleguen á contraerlo, no se reputa por matrimonio, sino por amancebamiento, *d. c. 4. X. De cleric. conjug.*; y por lo mismo los hijos habidos de ellos se tienen por ilegítimos, iguales á los espurios.

V. Ya se ha examinado bastante lo establecido por el Derecho civil acerca de la legitimacion de los hijos naturales, y aún no lo hemos hecho de lo que prescribe el Derecho canónico con respecto á la legitimacion de los que nacen de punible ayuntamiento. Al hablar de esta, solo se procura saber si los diversos modos de legitimar que están en práctica hoy, por ejemplo, por subsiguiente matrimonio ó por rescripto del príncipe, los comprende también, de suerte que sean reputados por legítimos, al ménos para los efectos de suceder. Hablo del Derecho del dia, ó del que se observa en nuestros tribunales, y que no sigue tanto las huellas del Derecho romano, como los principios del canónico, diverso de aquel en muchas cosas, particularmente en materia de matrimonio, y que es aplicable á mil casos que ocurren en el foro. Si hubiese de decidirse esta cuestion por Derecho romano, no hai duda que se debe negar, segun se pasa á demostrar en pocas palabras.

VI. Eran desconocidos ántes de Constantino el Grande los modos de poder los padres hacer legítimos los hijos habidos fuera de matrimonio justo, segun nos refiere Justiniano en la *Novell. 417. §. 2.* Ni aún los hijos naturales, introducidos los modos de legitimar, pasaban al estado de legítimos, á no ser arrogados, consintiendo libremente en este acto; los hijos naturales que se oponian, no quedaban bajo la patria potestad, segun Modestino en la *L. 41. D. De his qui sui vel alieni juris sunt.*

No era dura ni sensible semejante condicion á los hijos naturales, que desde su nacimiento estaban esentos de toda infamia y mancha legal, y era mejor en mucho que

la de los legítimos, segun demuestra *Sv. Mercier, lib. 2. opon. c. 8. (tom. 1. Thesaur. jur. rom. p. 397)*. Á lo ménos eran señores de sí, lo que en el Derecho se llama *sui juris*: pero los legítimos estaban sujetos á otros, ó eran *alieni juris*; cuyo estado habia decaído tanto entónces, que estaban escludidos del comercio y del ejercicio de los derechos de ciudadano romano como tales. Aquellos lo gozaban en toda su estension, porque eran ciudadanos romanos y *sui juris*; en todo lo cual conservaban una gran prerogativa y honor. Por el contrario los hijos de familia en mui poco se diferenciaban de los esclavos. El padre tenia sobre ellos Derecho de vida y muerte, *L. 11. D. De lib. et posth. hered. custod. L. 10. C. De patr. potest.*; podia venderlos ó alquilarlos en caso de necesidad, y aún darlos en prenda, *L. 3. ff. Quæ res pig. §. ult. Inst. De nox. act.* Además todo cuanto adquirian, era para sus padres; por manera que podia disponer de ellos á su arbitrio; y muerto abintestato, sus hijos estaban obligados á repartir en iguales partes la herencia, aún lo adquirido por sí, § 1. *Inst. Per quas pers. cuique acquir. pr. Inst. De his qui test. hoc. possunt.* Eran de mejor condicion en esto, porque eran herederos de sus padres, y aún en vida de estos eran en cierto modo dueños de los intereses paternos, §. 2. *Inst. De her. qual. et deff. §. 3. Inst. De success. ab intestato.* No así los naturales: pero podian obviar este inconveniente, por no estar prohibido á los padres por derecho antiguo instituirlos por herederos en testamento, y aún veían compensado este inconveniente con el beneficio de adquirir para sí, con el de poder hacer testamento, y con el goze de las demas prerogativas de ciudadano romano.

VII. No era pues tan interesante, como se cree, á los hijos naturales el legitimarse ó el que se les concediese el beneficio de la legitimacion, como se dice vulgarmente.

Más era en beneficio de los padres que los sujetaban á su potestad; lo que deseaban con ansia aquellos padres que carecian de otros hijos. Constantino fué el primero que fijó un modo de legitimar los hijos naturales, ó los habidos de concubina, no otro alguno, contrayendo matrimonio despues con ella: Zenon nos recuerda esta lei de Constantino en la *L. 5. Cod. De natural. lib.*, y dice: « Renovando la respetable sancion del gran Constantino, « que consolidó el Imperio romano con la fe católica, « acerca de poder tomar por esposas á las concubinas ingenuas, y de tener por legítimos los hijos habidos de « ellas, ántes ó despues de contraído el matrimonio, mandamos, etc. » Dice Heraldo, *lib. 1. Quæst. jur. quot. c. 4. §. 1.*, que deben notarse dos cosas: es la primera, que el emperador por esta constitucion, ya instruido en las verdades del cristianismo, quiso indirectamente debilitar y abolir el concubinato, y atraer los ciudadanos al lícito y justo matrimonio: la segunda es, que esta constitucion no fué lei general, sino que se dió solo para aquellos que habian tenido hijos de concubina ántes de su promulgacion, no para los que nacieran despues; lo que tambien observó Godofredo *ad L. 4. Cod. theod. De natural. lib.* Lo primero se demuestra por haber encontrado un modo de reducir á justo matrimonio el concubinato. Se habia hecho tan frecuente el concubinato, que se tomaban por manebas mujeres que podian ser despues esposas, como eran principalmente las ingenuas de escasa fortuna, de las que habla Zenon en la *L. 5.* ya citada. Por lo mismo quiso mover á los padres, que gustaban mas de tener hijos legítimos que naturales, con este beneficio, para que del amancebamiento hicieran un verdadero matrimonio, y á las hijos ya nacidos, legítimos y herederos suyos. Además, para que no los instituyesen herederos en testamento, despreciando el beneficio del matrimonio,

restringió y redujo mucho el derecho de heredar, segun testifica la *L. 1. Cod. theol. De natural. lib.* Para conseguir dicho fin mas prontamente, parece que la dicha constitucion se entiende de los que habian nacido, para no favorecer el concubinato, estableciendo una permission general de legitimar.

VIII. Lo mismo quiere dar á entender Zenon en la lei citada : « y comprende solamente á aquellos que ántes « de su promulgacion tuvieron hijos de mujeres ingenuas « sin preceder matrimonio, y sí un prolongado amancebamiento. Los que al tiempo de sancionarse aquella « sacrosanta constitucion, no tuvieran sucesion alguna de « concubinas con quienes lícitamente pudiesen contraer « matrimonio, de ningun modo gozan del referido beneficio, pudiendo entónces ya reunirse con ellas por matrimonio, no teniendo otros hijos ó mujeres legítimas, « y engendrar hijos legítimos á la sombra de las nupcias « que hubiesen contraído. »

Juzgó indignos de este beneficio á todos los que en lo sucesivo prefiriesen el concubinato al matrimonio; lo que es seguro indicio de que el emperador quiso disminuir el uso del amancebamiento, para inculcar mejor á los ciudadanos la utilidad del matrimonio. Estaba tan introducida la costumbre de tener concubinas, mas bien que legítimas mujeres, que los emperadores creyeron no era oportuno abolirla de un golpe, sino por grados. La prudencia legal aconseja, que cuando los legisladores no se hallen con suficiente fuerza para cortar ciertos males de un golpe, los vayan disminuyendo de tal modo, que sus súbditos espontáneamente se separen de ellos con los beneficios que les presentan. En el año de 508 Atanasio procuró con iguales providencias disminuir el concubinato, *L. 6. Cod. De natural. lib.*, sancionando que fuese permitido legitimar y reducir á la patria potestad los hi-

jos habidos hasta entónces de mujer que hacia vezes de esposa, y los que tuviere de ella misma por subsiguiente matrimonio : añadió no obstante, *que cualquiera que en lo sucesivo tuviese en lugar de esposa una mujer de esta clase, otorgados los instrumentos matrimoniales, se observara igual fórmula con su prole.* Estas palabras son demasiado generales, y pueden entenderse igualmente del consorcio contraído con la concubina en cualquier tiempo, y aún de los hijos habidos despues de la publicacion de esta lei. Lo mismo estableció Justino en la *L. 7. Cod. De natur. lib.*, en el año de 519, para aclarar la lei de Atanasio, y manifestar que ella no sancionaba una forma perpetua de legitimar; dice : « La lei de Atanasio, de divina memoria, promulgada acerca de los hijos naturales, permitimos valga solamente en los casos que han sucedido « hasta aquí, segun su mismo contesto, en favor de los « matrimonios contraídos, ó que despues se contrajeran « (á saber despues de publicada la lei de Atanasio), para « legitimar los hijos nacidos de concubina hasta aquel « tiempo. » Quiso pues el emperador precaver que los medios empleados para abolir el concubinato, no sirviesen para promoverlo; lo que sucederia indirectamente, siempre que se dejara á los padres concubinarios una forma perpetua para legitimar; porque con la esperanza de un futuro matrimonio, si tenian por conveniente gozar de este beneficio, podian vivir y propagarse con seguridad en el concubinato. Estas miras tuvieron sin duda presentes los emperadores para conceder á los padres concubinarios este beneficio limitado y temporal, privándolos de la esperanza de poder legitimar en lo sucesivo, y reducirlos así á contraer legítimo consorcio. Todavía hizo otra nueva declaracion el emperador, *para que no se creyese que se habia atendido á los habidos de una union criminal é incestuosa.* Semejante matrimonio era írrito, y aunque no