

se rescindiase, no surtía los efectos, ni gozaba los beneficios de la lei, porque los padres habian delinquido contra las leyes; lo que no sucedía en el simple concubinato. Últimamente, para manifestar con mas claridad su intencion, puso esta cláusula: « En lo sucesivo sepan todos, que solo por medio de legitimo matrimonio tendrán posteridad legitima; » como si hubiese sido dada la pragmática para quitar á los concubinarios toda esperanza de acogerse á este beneficio.

IX. Justiniano no se contentó con esto, *L. 40. Cod. De natur. lib.*, sino que les concedió un modo perpetuo de legitimar, por manera que pudiesen gozar siempre de este beneficio, y á su sombra continuasen en el concubinato hasta que les pareciese conveniente trasformarlo en matrimonio. Un poco oscuro se esplicó segun acostumbraba: « Cuando alguno hubiese tenido hijos de mujer libre, que pudiera pasar á ser esposa suya sin impedimento legal, y con la que cohabitase no habiendo otorgado la escritura dotal (*la concubina, segun lo demuestra la lei siguiente*); y despues á consecuencia de la misma pasion llegase á casarse con ella y tuviese otros hijos; pudieran los últimos hijos que han nacido despues de la dote, atreverse á reclamar todo el patrimonio paterno, por ser los nacidos de verdadero y legitimo matrimonio, y querer despojar de la herencia paterna á los hermanos que han nacido ántes de la dote (*ó de concubinato, que era permitido por las leyes antiguas, en que se dispensaba á los padres el beneficio temporal de la legitimacion*); pero nosotros creemos, que no debe tolerarse semejante iniquidad. » Parece que con esto quedaba resuelta la cuestion; mas el mismo Justiniano añade luego esta cláusula ambigua: « Porque no es verosímil que el mismo que le ha señalado una donacion ó la dote, no haya profesado á aquella mujer desde el

« principio un amor, que la hiciese digna de llevar el nombre de esposa suya. » Por esta misma razon parece que no se trata aquí de la concubina, sino del caso dudoso en que se ignore, si el marido ha elegido el concubinato ó el matrimonio, que mui bien podia contraerse por solo el consentimiento sin necesidad de dote, segun lo habia establecido Justiniano en el año anterior, *L. 44. Cod. De repud.* La palabra costumbre ó *consuetudo*, que desde el principio usa el emperador, es ambigua, y puede aplicarse tanto al concubinato como al matrimonio legitimo, aunque en caso de duda se juzgue contraído ya. En su tiempo ya nos enseñó Modestino, *L. 24. De ritu nupt.*, que el consorcio de una mujer libre en caso de duda se debe reputar por legítimas nupcias, mas bien que por concubinato. Así se hubiera entendido la lei antecedente, á no habérsela explicado mas claramente el emperador, *L. 44. C. De ritu nupt.*: « Poco hace promulgámos una lei, en la que se manda que si alguno estuviese con mujer en conjuncion, esto es, en amancebamiento, sin manifestarle desde el principio afecto de marido; si con la misma con quien podia enlazarse legitimamente aumentando su afecto, otorgase instrumentos matrimoniales, y tuviese hijos despues etc. » Tribonianó previó que la antecedente lei estaba concebida en términos ambiguos y capciosos, motivo por el cual nos esplicó su sentido, disolviendo la duda que encerraba por medio de la siguiente declaracion: « Cualquiera, de quien estuviese preñada la mujer que tenia en su compañía, si hallándose ella en este estado ó ántes de parir, contrajese matrimonio, el hijo ó la hija que nazca, será prole legitima para los padres. » Así el beneficio general concedido á los concubinarios, y esta costumbre de legitimar que los antiguos césares habian cuidado de restringir en lo posible, se amplió despues, dando ocasion de aumen-

tarla y de duplicarla. El mismo Justiniano, *Novell. 18. c. 11*, nos inculcó despues el sentido de las dos leyes, añadiendo que su doctrina debia hacerse estensiva á las libertas tenidas hasta entónces en amancebamiento, cuando el emperador habia solo hablado de las mujeres ingenuas, *L. 10. cit.* No bastó esto; algunos suscitaron otras dudas acerca de estas leyes, queriendo restringirlas á los hijos nacidos ántes de su promulgacion, privando de su beneficio á los engendrados despues. Esta disputa la dirimió en la *Nov. 19*: lo que ántes habia sancionado acerca del subsiguiente matrimonio de las libertas, lo amplió en la *Nov. 78. c. 3. y 4*, haciendo tan estensivo el uso de la legitimacion, que los hijos habidos de esclava, que despues de manumitida fuese elegida por esposa, habian de reputarse por legítimos sin necesidad de nueva manumision. Últimamente en la *Nov. 89. c. 8*, confirmó los anteriores decretos, y en cuanto pudo, manifestó otros muchos medios, permitiendo á los que tenian concubinas, que sus hijos pasasen con la mayor facilidad al estado de legítimos por cierta imaginaria equidad que juzgó debia dispensarse á los legítimos, sin hacerse cargo de que así afirmaba el concubinato y las uniones indecorosas, y aún olvidándose de que las promovia. Vease la citada disertacion de B. Tomasio, en donde indica con bastante difusion las dudas y oscuridad de estas leyes, cuyos sentidos quiso explicar en pocas palabras.

X. De aquí se colige con todo, que solamente pasaron al estado de legítimos los hijos, cuyos padres podian vivir en legítimo matrimonio y lo contraían despues de abandonar el concubinato.

Los habidos de nupcias prohibidas, aunque de hecho se hubiesen contraído, ó los engendrados fuera de matrimonio, de cóito facineroso y criminal que repugna el matrimonio entre sus padres, no pueden ser legítimos, por-

que seria nulo el matrimonio, aunque dé hecho se contrajese, y no produciria ningun efecto. Supóngase un hijo procreado de adúltera, ó de parienta en grado prohibido, y que despues se case la adúltera ó la parienta; ninguna influencia tiene el matrimonio, y aunque no se rescindiese, siempre quedaba nulo. Semejantes enlaces parecen que los ha escluído Justiniano á primera vista en la *Nov. 74. c. 6.* y *Nov. 89. c. 15.*; pero no aquellos que no están prohibidos, aunque sean distintos del legítimo matrimonio. Por esto los intérpretes acostumbran acogerse á las ficciones legales, para sentar que el subsiguiente matrimonio debe retrotraerse, y suponer por una ficcion, que desde el tiempo del consorcio hubo legítimas nupcias entre los que despues se unen y consienten en el legítimo matrimonio. Por otra parte establecen que la legitimacion no puede tener efecto sino entre personas, á quienes era lícito desde el tiempo del concubinato pasar y vivir en matrimonio; por manera que si en este tiempo tuviesen impedimento, ni el matrimonio contraído despues podia surtir su efecto, aunque en aquel entónces pudiera efectuarse segun Derecho; porque, segun dicen, en las ficciones traslativas se requiere que los extremos sean hábiles; y por tanto, como en el tiempo de la concepcion hubiese impedimento, la lei no puede fingir que en este tiempo se ha contraído verdadero matrimonio, pues para formar esta ficcion, era necesario que persistiese la posibilidad, segun el sentir de *Franc. de Amaya, lib. 1. obs. 4. n. 2 y 3.* *Alteserra, tr. de fict. jur. c. 9.* *Lauterbach, De legitim. per subsequent, matrim. §. 32.* *Sarmiento, lib. 1. Select. interp. c. 5. n. 10.* *Fachímeo, lib. 3. controv. c. 3.*

No discrepan mucho de este parecer los que quieren la aptitud en el tiempo del nacimiento por la *L. 12. in fin. C. De natural. lib.*, en donde define generalmente el emperador, que en todas las cuestiones que se suscitaren, y

haya duda acerca del estado de los hijos, no se atiende al tiempo de la concepcion sino al del parto; lo que explica difusamente Amaya, *cit. l. n. 5*. Los que presentan estas razones, se apoyan en la ficcion retroactiva, y niegan que pueda haber matrimonio entre las personas que tenian impedimento de poder contraerlo al tiempo del parto, aunque despues se hiciesen hábiles. Por lo que infiere Amaya en el lugar citado *n. 13*. que si el pontífice dispensase que el matrimonio, inválido por causa de impedimento, se vuelva á contraer otra vez, es cierto que esta dispensa no se estiende á hacer legitima de modo alguno la prole habida ántes de ella.

XI. Para que de una vez salga de la oscuridad esta doctrina, y resplandezca con todo su brillo, debe observarse: primero, que por Derecho antiguo sucedia algunas veces que el matrimonio que ántes no era legitimo, lo era despues; en cuyo caso no quedaban legitimos los hijos habidos ántes del matrimonio, así como lo quedaban los engendrados despues. Para que el matrimonio fuese legitimo, debia preceder el consentimiento del padre bajo cuya potestad se hallaba, por manera que aún debia intervenir, *pr. Inst. De nupt.*, y se suplicaba, cuando se renovaba el casamiento, *L. 43. De rit. nupt. l. 7. C. eod.* Y de tal manera era necesario que precediese á las nupcias, que solo se juzgaban legítimas desde el momento en que el padre las rectificaba con su aprobacion, *L. 13. §. 6. in fin. D. ad L. jul. De adult. coerc.*; y los hijos tenidos ántes permanecian ilegítimos, *L. 5. Cod. De nupt. L. 68. D. De jur. dot.* Del mismo modo cualquiera podia tomar por esposa la que habia tenido por mucho tiempo en concubinato; lo que no aprovechaba á los hijos nacidos ántes, *L. 43. §. 6. Ad l. jul. De adult.* Era tambien ilegítimo el matrimonio que contrajese el magistrado, consintiendo la mujer, durante su mando en una provincia; pero si des-

pues, dejando el empleo, ó cesando en él, persistia en el mismo propósito, se hacia legitimo, y por lo tanto todos los hijos habidos se juzgaban como de legitimo matrimonio *L. 6. C. De nupt.*, segun el parecer de Paulo en la *L. 65. §. De rit. nupt.*

XII. Por cuanto era válido el matrimonio despues, y legitimos los hijos, los juriscultos siempre estuvieron dudosos acerca del tiempo, afirmando los unos que debia contarse desde el nacimiento, y los otros desde la concepcion. Paulo aseguraba el segundo extremo, *L. 41. De stat. hom.*, pues dijo: « que si viviendo el padre, é ignorando « el casamiento de su hija, esta concibiese, aunque el hijo « naciese despues de la muerte del abuelo, no parece ser « legitimo para aquel de quien ha sido concebido. » Otro caso nos ofrece Ulpiano en la *L. 27. D. De rit. nupt.*, en el que tambien puede moverse duda. « Si algun senador tu- « viere por mujer á una libertina, aunque no sea por en- « tónces legitima, lo principiará á ser, siempre que per- « diese la dignidad de senador. » ¿Será pues legitimo el hijo concebido entónces, y dado á luz desde que perdió el empleo de senador? Responde el mismo *tít. 5. fragm. §. 10.*: « En todos los que nacen de matrimonio contraído « segun Derecho, se mira al tiempo de la concepcion, » añadiendo « que por lo que toca á la libertad, debe « atenderse al tiempo del nacimiento ó del parto; » lo que corrigió el emperador en el *§. un. Inst. De ingen.* Por lo cual tenian sumo cuidado para fijar el término cierto y legal, y saber si habia sido concebido ó no en aquel momento en que podia verificarse el matrimonio entre los cónyuges. Segun en esto la autoridad del sabio Hipócrates, que asegura que al sétimo mes ya nace perfecto el feto, y por lo mismo dice Paulo en la *L. 12. D. De statu hominum*: « se debe creer que el hijo nacido al sétimo « mes de legitimo matrimonio, es legitimo. » Figurémo-

nos que un hijo de familia haya contraído matrimonio sin el consentimiento de su padre, pero que despues de algunos años ha consentido; y que ha tenido un hijo nacido siete meses despues del consentimiento, se pregunta: ¿si sería legítimo, ó si se debía reputar por concebido despues que el matrimonio se hizo legítimo? Lo asegura Paulo de tal suerte, que si naciese á los 182 días, se tendría por nacido en tiempo legítimo, aunque pareciese que no habia sido concebido en el referido tiempo, en que la madre no podia aún ser legítima esposa, *L. 3. §. 12. D. De suis et legit. hered.* De aquí se coligen dos cosas: primera, que siempre fué dudoso este término, y tuvo uso primeramente, cuando se ignoraba si habia sido concebido ó no en el tiempo en que el matrimonio principiaba á ser legítimo. Lo segundo, que el sentir de los que opinan debe mas bien atenderse al tiempo de la concepcion que al del nacimiento, fué abrazado por muchos, afirmándose también por el rescripto de Divo Pio, *L. cit. 3. §. 12.* Discordes entre sí los jurisconsultos por espíritu de partido y amor á la secta á que pertenecian, solian decidir por los rescriptos auténticos de los príncipes las doctrinas legales, por cuyo motivo recurrían frecuentemente á ellos, cuando querian dar mayor peso á sus decisiones. Justiniano nos hace ver cuán contrarios fueron sobre el particular los pareceres, *L. 11. in f. C. De natur. lib.*; y al mismo tiempo se separa del dictámen de los que acabo de referir. « Definimos por regla general y reducimos á una « decision cierta todo lo que en semejantes casos variase, « estableciendo que en todas las dudas que ocurran en « los casos de cuestion acerca del estado de los hijos, se « atienda al tiempo del parto, y no al tiempo de la concepcion; y se hace esto en favor de los hijos, esceptuando « los casos en que su misma utilidad exige que se atienda « al tiempo de la concepcion (por ejemplo, cuando se trate

» del estado de libertad.) » Lo mismo repitió despues en la *Novela 89, cap. 8,* para confirmar por ella el Derecho nuevo. Con semejante decision se han corregido las leyes anteriores, introduciéndose un nuevo derecho, para que se conozca que se equivocan, primero, los que piensan que el Código no deroga por este principio á las Pandectas, por cuanto en la compilacion del Derecho una sola debe ser para el estado la legislacion: en segundo lugar, los que traen contra la doctrina de la legitimacion argumentos deducidos del antiguo Derecho, corregido segun se indicará.

XIII. De aquí infero que no fué la intencion de Justiniano atribuir al subsiguiente matrimonio legítimo genéricamente la virtud de legitimar todos los hijos habidos ántes, sino que quiso restringirla á aquel consorcio que estaba permitido y fuera de la prohibicion legal, como era el consorcio concubinario, ó si alguno habia tenido hijos naturales de una esclava, sin cometer en ella estupro ni otra ofensa pública, pues que estaba permitido á los señores este cóito, por derecho de la potestad dominica ó señorial. Justiniano quiso revestir estos ayuntamientos con la virtud de legitimar todos los hijos nacidos ántes de que se convirtiesen en verdaderos matrimonios; pero no aquellos que estaban reprobados y prohibidos por las leyes, aunque despues de contraídos no se rescindiesen. Dice Paulo *lib. 11. Sent. tit. 19. §. 2.*: « Los matrimonios de los que están bajo la patria protestad, no se contraen legalmente sin el consentimiento paternal; pero « contraídos, no se disuelven.» La utilidad pública debe preferirse al interes de los particulares. Si el padre consentia despues, el matrimonio quedaba legítimo; pero los hijos, habidos ántes, no se legitimaban aún en tiempo de Justiniano; lo cual se estendia á las uniones prohibidas por la lei de la clase que ántes se ha dicho, aunque des-

pues degenerasen en legitimo matrimonio. Solo se modificó el rigor del Derecho antiguo en juzgar de la condicion de los hijos, no tanto por el tiempo de la concepcion como por el del parto. Por lo cual, si alguno tomaba por esposa despues de parir á aquella que habia estuprado, no era legitimo el hijo habido ántes, sino que permanecia espurio, porque el estupro se reputaba crimen segun la lei julia *De adult.*

XIV. Esto supuesto, los intérpretes no han fijado con seguridad la doctrina de la legitimacion, suponiendo cierta ficcion retroactiva, por la que el matrimonio se debia retrotraer al tiempo de la concepcion ó del parto: por manera que si el matrimonio podia ser legitimo entre los concubinarios, debe surtir todo su efecto la legitimacion. No obstante Sarmiento y Amaya han promovido esta vana contienda, empeñándose aquel en que debia atenderse al tiempo de la concepcion, y este al del nacimiento. Semejante controversia á mi parecer es inútil y ajena de esta doctrina. Primero, porque en ninguna parte se halla sancionado que tuviese lugar la ficcion retroactiva, siendo solo propio de las leyes establecer ficciones, cuando lo exige la necesidad, y no del capricho de los intérpretes. En segundo lugar, porque esta doctrina, de si debe ó no retrotraerse al tiempo de la concepcion ó del nacimiento, es mui ajena de la legitimacion. Nada puede haber mas claro respecto del tiempo de la concepcion, que inmutó Justiniano por la *L. 11 in fin. De natur. lib.*, ni respecto del tiempo del nacimiento, como que solo debe atenderse en aquellos casos, en que el subsiguiente matrimonio no hace legitimos los hijos; pero no puede hacerse estensivo á la legitimacion de los hijos naturales, que por subsiguiente matrimonio se legitiman para beneficio y consuelo de sus padres, por haberse separado del concubinato, trasformándolo en verdadero matrimonio. Si tuviese

lugar la ficcion retroactiva, se seguiria que los hijos nacidos de estupro deberian legitimarse por subsiguiente matrimonio segun Derecho civil, porque al tiempo del nacimiento podia haber matrimonio entre ambos. Por el contrario, sucederia que entre los que no podia haber legitimo matrimonio al tiempo de la concepcion ó del parto, existiria la legitimacion por el subsiguiente matrimonio para hacer legitimos á todos los hijos habidos ántes. Hé aquí un ejemplo tomado de la *Nov. 78. c. 4.*, en donde se esplica así el emperador: « Y de tal modo nos
« convencen las circunstancias y la verdad, que si alguno
« tuviere hijos de una criada, y quisiere despues manumitirla para otórgar los instrumentos dotales, despues
« por la misma consignacion de la dote tendrán los hijos
« el derecho de libertad, que tambien se llama *res sui juris*, sin que exijamos á los hijos una especial libertad,
« pues que quedan manumitidos al mismo tiempo que su madre recibiendo ántes ó despues la libertad, pues con
« solo el otorgamiento de las escrituras dotales les concedemos libertad. ¿Qué mayor señal puede dar un padre
« de la libertad de sus hijos, que presentar á su mujer como libre en el solemne otorgamiento de los instrumentos matrimoniales? » Bien claro está en el presente ejemplo que la madre era esclava al tiempo del nacimiento de los hijos. no existiendo el matrimonio en este tiempo, y no pudiendo en la comun hipótesis legitimarse los hijos nacidos de ella por la manumision, ni por las nupcias contraídas despues legitímanente, cuando por concesion del emperador tiene el subsiguiente matrimonio el beneficio de que los hijos habidos ántes gozen del derecho de libertad; la deduce el emperador de la presunta voluntad de los que eligieron el concubinato, *L. 10 De nat. lib.*, sin que proceda de una ficcion del Derecho. Dice el emperador: « No es verosímil que todo el que

« consigné la dote y la donacion, no tenga á la mujer
 « desde el principio una inclinacion que la haga digna
 « del nombre de esposa. » Decidió el emperador que
 nada habia que fingir en estas palabras: deduce del
 amor á la mujer, que es probable que el marido tenga
 intencion de tomarla por esposa, aunque no lo haya ma-
 nifestado hasta despues de tener hijos. Tercero, ¿qué
 necesidad hai de ficcion, cuando al matrimonio subsi-
 guiente se le ha atribuído el efecto de que aproveche á los
 hijos habidos ántes, lo que es mui suficiente? Por cuyo
 motivo parece que el matrimonio intermedio les perju-
 dica. Supongamos que un hombre ha tenido hijos de
 una concubina, y depreciándola, contrae matrimonio con
 otra, y despues de morir esta, vuelve á tomar la manceba
 por esposa: si se insiste en la ficcion, habrá de concluirse
 que un marido ha tenido á un mismo tiempo dos muje-
 res, cuya consecuencia repugnaria al Derecho romano, ó
 al ménos impediria la legitimacion de la prole concebida
 ántes.

XV. Se debió proponer todo con mayor distincion y
 claridad, para que constase si puede, y de qué manera
 puede tener lugar la legitimacion segun el Derecho que
 rige en el dia, y qué efectos tiene sobre los hijos habidos
 uera de matrimonio, cualesquiera que sean. Bien claro
 es que si insistimos en los principios del Derecho civil
 romano, esta legitimacion carecerá de todo efecto. Poco
 hace se ha demostrado, que por Derecho romano no te-
 nia lugar en aquellos ayuntamientos que envolvian delito
 ó acto pecaminoso. En la actualidad no existe ayunta-
 miento fuera de matrimonio permitido y lícito; cual-
 quiera que sea, está reprobado, condenado y prohibido.
 Por lo mismo el subsiguiente matrimonio no podrá le-
 gitimar á los hijos, si juzgamos por las leyes civiles que
 están en uso. No solamente está reprobado y condenado

por Derecho canónico el amancebamiento y contado
 entre los nulos, segun demostré en el *tom. 2. Jur. eccl.*
tit. De cohab. clericor. et mulier., sino tambien prohibido
 á los que no pertenecen á este estado. Véase *Ord. polit.*
de ann. 1577, tit. 26: por manera que una meretriz en
 nada se diferencia de una concubina segun las leyes; y
 los canonistas suelen marcar con manchas tan feas el
 concubinato, que lo hacen mas detestable que la fornicacion.
 Así juzga Sarmiento *L. 1. Sel. et. interpret. c. 7. n.*
4, diciendo: « Es mas detestable el amancebamiento y la
 « fornicacion concubinaria, particularmente con mujer
 « tenida en casa, que si no hubiese costumbre, y se fuese
 « á una prostituta. » De donde colige, que « nadie puede
 « llamarse ahora hijo natural: el nacido de meretriz no
 « lo es, porque es espurio: tampoco se pueden llamar
 « así los habidos de concubina, porque está prohibido el
 « concubinato por el Derecho canónico, y si se tienen
 « hijos de él, se comete un gran pecado. Es ridículo, »
 prosigue « que sea de mejor condicion el que perseveró
 « mucho tiempo en pecado, que el que se acerca alguna
 « vez á la prostituta; por manera que se tiene por mas
 « punible el cóito con una concubina que con una mere-
 « triz. » Estos principios, que están vigentes en el dia,
 impedirian toda legitimacion, si el Derecho nuevo no
 introdujese el canónico, del que usamos.

XVI. Esto supuesto, es claro que la legitimacion no
 tiene en el dia lugar sino para aquellos que nacen de pu-
 nible ayuntamiento; la que desconoce el Derecho civil,
 pero la adopta el canónico: y esto mismo se debe espli-
 car por otros principios diferentes del Derecho civil, segun
 confiesa Lauterbach en su disertacion *De legitimat. per*
subsequent. matrim. §. 30. Por esta causa hoy se legitiman
 los espurios, que son los habidos de estupro; lo que ense-
 ñan los testos del Derecho canónico. En el *c. 1. X. Qui*