

*trim. quam pol. per adult.*, sentó que podia contraerse matrimonio legítimo entre el adúltero y la adúltera, exceptuando los casos de que se ha hecho mencion, segun han observado *B. Strychius in V. mod. ad tit. De his qui sui vel alieni jur.* §. 12. y *B. Tomasio* en la disertacion citada. En cuyo caso se puede contraer matrimonio legítimo, quedando legítimo el hijo concebido de adulterio, sin que se pueda aplicar la disposicion del *c. 6. X. ibid.*, como que supone el adulterio que escluye aún despues el matrimonio. Finalmente la razon de esta legitimacion solo se descubre en la virtud del sacramento, que es tan eficaz, que puede aprovechar á los hijos habidos ántes. El pontífice estuvo muy léjos de seguir los principios del Derecho civil, que los escluye y separa de toda legitimacion; pero con arreglo al Derecho canónico, todos los que nacen fuera de matrimonio, nacen de cóito punible, como se ha demostrado. Esto supuesto, es evidente que los hijos nacidos de incesto, ó de ayuntamiento con monj. ó monja, se legitiman por el subsiguiente matrimonio, siempre que haya intervenido dispensa del pontífice. Si esta dispensa tiene ó no pleno efecto, depende de la resolucion de la disputa, « hasta dónde se estiende su potestad, que dispensa tales matrimonios contrarios á las leyes, y si el impedimento que los ilegítima, es eclesiástico ó civil; » lo que he explicado en la disertacion preliminar al *tom. IV. Juris eccles. prol.* §. 53 et seq.

XXIV. Fácilmente se pueden resolver las dificultades traídas por los contrarios, que hemos indicado en el § 21. Confesamos que en las cosas dudosas debemos poner conforme el Derecho civil con el canónico, cuando uno y otro fundan sus decisiones en unos mismos principios y reglas. Pero en este caso ¿quién negará que el Derecho canónico ha fijado diferentes principios, tomándolos de la virtud del sacramento? ¿Quién dudará que

los hijos de estupro, cóito reprobado por las leyes, se legitiman por Derecho canónico? No basta que se digan naturales por Derecho canónico. De decir á ser va mucha diferencia. Los que reconoce el Derecho canónico como naturales, no lo son en sentido del Derecho civil, sino que impropriamente se llaman así. El que el Derecho canónico *in c. 13. X. Qui filii sint legit.*, se apoye en las leyes civiles, no demuestra que siempre apoye en ellas su doctrina; ántes el mismo pontífice, en el testo ya citado, indica que en la legitimacion por rescripto el Derecho canónico no sigue al civil. Este separa de la legitimacion á todos los adúlteros, miéntras el canónico asegura que por rescripto se puede legitimar. Esta diferencia procede de que los nacidos de adulterio son de punible ayuntamiento lo mismo que los de estupro; y de consiguiente si se admite á estos á la legitimacion, no pueden ser escludidos aquellos. Pero el Derecho civil escluye á los nacidos de uno y otro cóito. Se alucinan los que para hacer efectiva la legitimacion, recurren á cierta ficcion, alegan lo que ha dicho el antiguo Derecho civil, en el que aún no se habia dado al subsiguiente matrimonio semejante virtud, ó no se habia fundado en el Derecho del Cóligo, segun dejo demostrado arriba. No hai indicio alguno de que los pontífices hubiesen fundado sus decisiones en la ficcion. Inútiles y ociosas son por lo mismo las disputas de si debe atenderse al tiempo de la concepcion, cuando el pontífice atribuye toda esta eficacia al subsiguiente matrimonio, deduciéndola de la santidad del matrimonio. Reconozco que el compilador, en lugar de la palabra *sacramento*, puso la de *matrimonio*, sin duda por la razon de que esta voz es mas clara en la materia. Al ménos en el apéndice al Concilio lateranense III existe la palabra *sacramenti*. No debe admirarnos que Raimundo haya cambiado esta voz, cuando truncó y desnaturalizó

todo el testo del *cap. 6. cit.*, cuyo verdadero sentido no puede llegar á comprenderse sin recurrir al lugar auténtico. Finalmente Wissnerio deduce el argumento contrario del citado capitulo, y lo comenta de tal modo, que por una parte no destruye lo que hemos dicho arriba, de que Alejandro III reprobó el matrimonio con la simple adúltera; y por otra, aún cuando así se admitiese, no debería comprender mas que á los padres adulterinos que han vivido amancebados fuera del tiempo del matrimonio; si bien hai duda acerca de los parientes en grado próximo, aunque sean libres, y acerca de los clérigos y monjes mezclados con una soltera.

XXV. Luego basta el matrimonio contraído despues, siendo suficiente para justificarlo las escrituras de dote y de casamiento. Entre los romanos se declaran por medio de estas escrituras válidos los matrimonios, de suerte que la dote distingue la verdadera mujer de la concubina. El Derecho canónico no se contenta, ni puede contentarse con esto, pues que para la validacion requiere la bendicion sacerdotal. Con esta, precediendo tres amonestaciones, se completa, y se dice que el matrimonio ha sido contraído *in facie Ecclesie*, lo que basta, *c. 2. in fin. X. De clandest. dispen.* Esta solemnidad no la exigia el Derecho romano, ni aún en tiempo de Justiniano, y por lo mismo no se necesitaba de otro signo para demostrar el matrimonio, mas que el amor marital. Oigamos á Lauterbachio, *cit. diss. §. XXV*, que todavía avanza á mas. « Segun comun  
« sentencia de los doctores, el Derecho canónico ha re-  
« mitido ya la necesidad de las escrituras dotales. Pero  
« cuándo? Si no se puede alegar ningun testo en que  
« se haya dispensado el requisito de dichos instrumentos  
« por Derecho canónico, ¿ cómo se ha de establecer por  
« este lo que no manda espresamente el Derecho civil?  
« En las cosas dudosas no debe haber diferencia. » No

tiene razon el referido juriconsulto en preguntar, ¿ en qué lugar deja de exigirse este requisito? pues debió manifestar, si proviene de los principios del Derecho canónico la necesidad de semejantes instrumentos. ¿ Hai la misma razon para contraer estos enlaces, segun el Derecho canónico, que segun el civil? Dejamos demostrada su diferencia. Poca conformidad se establecerá entre ambos Derechos, si reconocen en los matrimonios los diversos principios que á primera vista ocurren. Dice: « Segun nuestra costumbre el matrimonio legítimamente  
« contraído, es suficiente para la legitimación, aunque  
« no se hayan otorgado las correspondientes escrituras: » cuya tradicion no se contradice, ni puede contradecirse, segun la práctica recibida. Y cuando se pregunta, de dónde tienen origen estas costumbres? cuál es su razon? cuál su fundamento? se debe recurrir á los que encierra el Derecho canónico. No han prevalecido contra la razon las costumbres alemanas, sino que estriban en fundamentos sólidos. ¿ Quién ignora que el Derecho canónico ha dirigido la práctica que los alemanes han observado constantemente en materia de matrimonio, poco cuidadosos de que el Derecho romano se separe de sus costumbres en esta parte?

XXVI. Además, por Derecho romano se requería para esta especie de legitimacion el consentimiento de los hijos naturales, por la *Nov. 89. c. 11.*; de tal suerte que si habia muchos naturales, solo quedaban legítimos los que consentian, *cit. Nov. c. 11. X. cit.* Ni era tanto en beneficio de los hijos como de los padres, á quienes convenia reducirlos á la patria potestad: por el contrario, los hijos legitimados padecian *capitis-diminucion*, porque de libres y *sui juris* que eran, pasaban á ser *alieni* y estaban privados de todos los bienes, hasta que Justiniano asignó despues á los padres el usufructo, dejando para

los hijos la propiedad, §. 2. *De adquis. per arrogat.* Lo que dije arriba acerca de ser mejor la condicion de los hijos naturales que la de los legítimos, es demasiado claro y evidente, y manifiesta que siempre convino á los hijos que no cambiase ni disminuyese su estado. Hoi no se hace caso de este requisito, ni advierto que el Derecho canónico lo exija, porque toda la eficacia la atribuye al matrimonio. Hoi solo, segun este Derecho, se legitiman los nacidos de dañado y punible ayuntamiento, cuyo estado es inferior al antiguo de los naturales. Los espurios, nacidos fuera de matrimonio, los de partos adulterinos, incestuosos y sacrilegos, los de los matrimonios de que habla el pontífice en el *c. 10. ver. Perso. X. De renunt.*, y otros semejantes, pertenecen aquí, segun he declarado; y de todos ellos trata distintamente Gabriel Paleoto, *De nothi: spurisque filiis, c. 16. seqq.* Todos estos los escluye el Derecho canónico de los beneficios eclesiásticos; no quiere que sean clérigos, y en cierto modo los hace despreciables, espuestos al odio de todos y al ludibrio público, reputándolos por indignos de ser admitidos á las dignidades civiles, á los colegios de los artífices y al derecho de ciudadanos. Como en sentir de los clérigos, el mundo se componia y gobernaba en los siglos antiguos por ellos, como que presumian saber mas que los legos, bárbaros é ignorantes, no podian dejar de ser despreciables todos aquellos que lo eran para los clérigos, y que ellos separaban de su ministerio, segun refiere Paleoto, *cit. c. 27*; pero dice que ántes no eran escluidos de los cargos civiles. De donde claramente deduce, que hoi es de gran beneficio para los espurios la legitimacion, que no redundo tanto en favor de los padres, como de los hijos, por las razones que nos da el Derecho canónico, que son las mismas que nos rigen en el dia. Luego hoi la legitimacion aumenta, y no dismi-

nuye el estado de los hijos; en lo que ellos deben consentir gustosamente. Aunque por ella pasen á la patria potestad, no es tan grande su efecto, que deba preferirse permanecer mas bien en la clase de natural que en la de legítimo, segun confiesa el mismo Lauterbac., *lib. cit.* §. 26. Ningun perjuicio se sigue á los hijos de legitimarse; al contrario, conduce mucho á su honor y á su dignidad. Antiguamente era costumbre que los hijos en el dia solemne del casamiento se cubriesen con un manto, juntamente con su padre y con su madre, que en el dia se llama esto *mantel kinder*; pero no se juzgue que se hace esta ceremonia, para tomar su consentimiento, sino para manifestar que este legítimo matrimonio confirmado con la bendicion sacerdotal, les aprovecha. Véase á Du Fresne *in glos. voc. Pallium.*

XXVII. Últimamente, tanto el Derecho civil como el canónico, quieren que el subsiguiente matrimonio sea válido y legítimo para la legitimacion. Dudaron si el matrimonio momentáneo, como el contraído á la hora de la muerte, puede tener estos efectos, por no poderse llamar verdadero matrimonio, porque cesa todo su fin, concluyendo al mismo tiempo que principia. Todos los argumentos que suelen objetar contra estos matrimonios, los reúne y resuelve Francisco Sarmiento, *lib. 1. Selec. interp. c. 6. n. 1.* y siguientes, que no reproduzo. Algunos dan una entera eficacia á este matrimonio, no porque la ficcion del Derecho tenga su valor en el artículo de la muerte, sino mucho mas ántes, cuando nació el hijo: de cuya opinion me separo, por cuanto no se necesita de esta ficcion desconocida en el Derecho. Tres son los fundamentos que asisten á esta legitimacion. El primero debemos tomarlo de que no es tan cierta la muerte, ni se han perdido las esperanzas de vida, en términos que aquel matrimonio pueda decirse fingido y no verda-

dero. Véase á Cocceyo *De matrim. moment.* El otro se debe tomar del Derecho canónico, y de su sentido, que lo atribuye todo á la fuerza del sacramento, y le favorece tanto, que ni lo reprueba entre viejos, pues quiere que en caso de duda se esté por el matrimonio, *c. f. X. De sent. et re jud. c. 3. in f. Qui matrem accus. pos. c. 4. X. De ret. et int.* Se sigue además que no carece de efecto semejante matrimonio, sino que se estiende al hijo nacido, de suerte que no se puede llamar matrimonio momentáneo ¿Qué diremos, si alguno contrae matrimonio bajo la condicion de legitimar el hijo ilegítimo, tenido ántes de una madre que consintió bajo esta condicion, y que la aceptó, pero despues no quiere vivir en union matrimonial? No creo que carezca de efecto, porque los cónyuges no están prohibidos de separarse por pacto recíproco (1), salvo siempre el estado del matrimonio en los demas derechos. Nada tengo que añadir acerca de los efectos de esta legitimacion, porque solo he querido hacer ver que hoi, segun los principios del Derecho canónico, es valida cualquier legitimacion.

XXVIII. Por iguales causas pasamos á demostrar lo mismo en la otra especie de legitimacion, que se llama por rescripto, la cual fué inventada por Justiniano. Antes habia fijado la legitimacion de los hijos naturales por arrogacion, *L. 6. in fin. C. De nat. lib.*; la que Justino quiso abolir, *L. 7. cap. eod.*, y la reprobó Justiniano en la *Nov. 89. c. 7.* El mismo no obstante en el lugar citado añadió otra especie nueva á las antiguas, para que el padre pudiese legitimar y hacer suyos los hijos; con lo que volvió á restablecer la legitimacion por arrogacion, que tambien se habia de conceder por rescripto del príncipe; lo que habia desechado en la citada Novela, segun

(1) Esta doctrina solo tiene uso en los países protestantes, en que se juzga el matrimonio disoluble aún *quoad vinculum*

observa B. Tomsaio en la disertacion citada. Esta legitimacion era subsidiaria, si la concubina no podia casarse, por haber muerto, ó si era de un estado tal que no podia verificarlo sin deshonra; ó si elegia vida religiosa. Lo mismo dijo que debia observarse, segun el tenor de las leyes antiguas, para que en lo posible se convirtiese en verdadero matrimonio el concubinato, aunque habia destruído esta resolucion en otras varias de sus leyes. Solo el padre alcanzaba este rescripto de legitimacion, no los hijos naturales; por cuanto antiguamente era mas bien beneficio del padre, segun observa Heraldo, *lib. I. quæst. jur. quot. lib. I. cap. 5*: tan solamente se legitimaban los hijos naturales, no los habidos de punible ayuntamiento, y esto cuando no habia otros hijos, segun indica Justiniano, *Nov. 89. cap. 9.* De donde concluye Heraldo, que todo el que tiene mujer legítima, no puede suplicar al príncipe que le legitime los hijos habidos de concubina, porque tiene impedimento para poder casarse con ella; pero ¿qué sucederá si muriese? si entrase en religion? si no pudiese casarse sin deshonra? En semejantes casos juzgo que no está denegado por Derecho romano el beneficio de la legitimacion á los padres.

XXIX. Pero hoi, dice Heraldo, que se observan en el foro principios mui diversos, y con este motivo se lamenta de que « hoi se pueden legitimar con semejantes codicilos « los hijos espurios, aún viviendo su madre; y esta gracia la puede pedir no solo el padre sino tambien la madre, y los mismos hijos espurios. Aún mas: por ellos « pueden legitimarse, á pesar de que se oponga su padre, « y tenga mujer legítima; lo cual es contra el Derecho « romano. » Veamos si lo es tambien contra el canónico. Si con él se conforma la práctica forense, no se puede llamar errónea en Francia y Alemania, despues que vivimos bajo el Derecho romano, y no son solos los franceses los que usan de él; lo que debió haber observado Heraldo.

Si dijese alguno que el Derecho canónico no debió introducir principios diferentes del romano, no llevo á mal que se entable esta preferencia con el Derecho pontificio. Uno y otro son estraños, y si se considera la práctica del foro, debe considerarse y apreciarse segun esté recibido en él. Como la esperiencia enseña que en estas doctrinas, como en otras muchas, se da la preferencia al canónico, nunca puede llamarse erróneo el uso que se haga de él, segun se va á demostrar.

XXX. Inocencio III. al c. 43. X. *Qui filii sint leg.*, rogado por Guillermo, conde del Monte Pesulano, para que le legitimase un hijo que en vida de su mujer habia tenido de una concubina, despues de alegar varias razones en la curia romana para conseguir sus súplicas, que el pontífice presenta como motivos para dudar, dice: « Por cuanto « la Silla apostólica tiene plena potestad sobre esto, parece « que examinadas las causas con las que otras veces ha « dispensado á otros hijos naturales, ménos legítimos, y « aún á los adulterinos, legitimándolos para actos espiri- « tuales, para que pudieran ser promovidos á obispos; se « infiere con mas probabilidad que tambien quedan legi- « timados para los actos seculares. » El pontífice no duda ni niega estos principios; muy al contrario se reconoce con toda la autoridad suficiente para legitimar aún á los adulterinos para los efectos espirituales, y tambien para los temporales en los países de sus dominios; pero asegura que semejantes privilegios no pueden hacerse estensivos á los que están sujetos á otra potestad, en cuyo perjuicio se harian semejantes dispensas, por lo que toca á los efectos temporales, á no ser que consintiesen en ella. De aquí colijo: 1º que el pontífice en materia de legitimacion, como en otras muchas, se ha atribuído, en cuanto lo permite su potestad, unas facultades plenas, amplias, sin restriccion alguna, que en la curia romana se suele llamar

*plenitud de poder.* El mismo dice, c. 4. X. *De concess. præb. eccles.*: « Segun la plenitud de nuestra potestad po- « demos dispensar aún sobre el Derecho: » de suerte que no está sujeto á lei, regla ni límites. Á esto oponen la potestad ordinaria que debe ejercerse segun lo prescrito por las leyes, y segun los antiguos cánones, á los que se creen sujetos los pontífices, segun prueba por sus mismas confesiones Launoy, p. 3. *epist.* 3. De esta potestad ordinaria, ó mas bien arreglada y conforme á las reglas de Derecho, habla lo bastante Juan XXII en la bula del año de 1317 tomo 3. *act. publ. anglic.* p. 633. cuando dice: « Y aunque nos veamos colocados sobre el Derecho y li- « bres de él, nos vemos mas obligados delante de Dios á « observar la justicia, como que tenemos que darle cuenta « de mayor poder. » Pero raras veces ni él ni sus sucesores han usado de esta potestad: muy al contrario siempre se burlaron de los pasos de sus antecesores, que se juzgaban libres de todo vínculo. Por cuanto los antiguos intérpretes, *ad L. 31. D. De legib.* siempre traian en la boca la distincion entre potestad ordinaria y plenitud de potestad, aplicándola aún á la potestad de los emperadores, no fué desagradable á los magnates del palacio pontificio y regio adoptar esta doctrina, segun refiere en varias partes Pedro de Piedra, *De jur. quæst. non toler. per princ.* c. 1. n. 8. He aquí el dogma recibido: « Cuando « el príncipe hace alguna cosa con la plenitud de su potes- « tad, nadie puede decirle por qué haces esto, porque es « superior al Derecho, contra el Derecho y contra todo. » El mismo en el *l. cit.* 3. *quæst.* 1. n. 3. Acerca de la plenitud de la potestad de los papas, lo mismo dicen los empleados en el palacio romano: « La plenitud de potestad « no está sujeta á nada, ni circunscrita á límites algunos. » No es necesario referir todas las frases que trae Pedro de Piedra y otros escritores del Derecho pontificio.

XXXI. Á la sombra de esta doctrina recibida ya, los papas y los emperadores procedieron en las dispensas á su arbitrio, sin permitir que se les pusieran límites algunos. Ántes los observaban con gran cuidado los emperadores, pues hemos visto en el §. 29 los límites á que Justiniano habia sujetado la facultad de legitimar; y tampoco los traspasan los sucesores, aunque en su tiempo se habia hecho mui ordinario el uso de la legitimacion. Los antecesores mui raras veces, y tansolo en casos extraordinarios y por causas mui graves la concedian, y no confirman así como se quiera directamente el matrimonio, en particular si pudieran resultar dudas de él, como en el caso que presenta un juriconsulto, *L. 57. ff. De ritu nupt.* « Nos movemos, ya por el mucho tiempo en que estuviste « ignorante del Derecho en el matrimonio de tu abuelo, « ya porque has sido colocada por tu abuelo, ya por el « número de tus hijos: por lo tanto, concurriendo todas « estas circunstancias, confirmamos el estado de tus hijos « habidos en el matrimonio contraído contra las leyes, « por cuanto se ha celebrado ántes de los cuarenta años, « y quedan lo mismo que si fuesen concebidos legítima- « mente. » Es notable y mui singular este ejemplo, porque enseña que algunas veces han dispensado fuera del orden los emperadores por causas gravísimas, legitimando aún los hijos de matrimonio prohibido; pero esto era un medio extraordinario. El que inventó Justiniano, era ordinario, propuesto por cualquier padre natural, y concedido sin conocimiento de causa. Desde que principiaron los pontífices, arrogándose la plenitud de la potestad, á disponer en estas materias pasando todos los límites de la legitimacion, se ha hecho ordinario, de tal manera que hoy es el modo mas comun de legitimar, y pueden verificarlo hasta los magnates.

XXXII. De todo lo dicho resulta, que se pueden legitimar hasta los hijos adulterinos é incestuosos, lo que

muestra Bergeso, en la *Eccles. jurisprud. crim. p. 356.* Algunos quieren llamar á esta facultad legitimacion por dispensa, sin ninguna razon sólida para ello, porque el pontífice aplicó lo mismo la palabra *dispensar* á los hijos naturales que á los adulterinos, entendiendo por ella la legitimacion, cuya facultad suele concederse á los condes palatinos. Despues que el papa legitimó para los actos espirituales los ilegítimos, segun dice Inocencio III en el lugar citado, no es necesario mas, para que el padre pida la legitimacion de su hijo en los efectos civiles, y para que sea admitido á ella, segun dice Corrado, *Praxis disp. lib. 3. c. 1.* Para los casos de los que eran esluídos por ilegítimos, se ha hecho la legitimacion de los príncipes, á imitacion de la curia romana, para que se borren todas las manchas contraídas en tales nacimientos, y queden hábiles para los honores y derechos de ciudadanos. Semejante legitimacion no exige el consentimiento del padre, como que no le perjudica ni impide que sea su sucesor, porque aún no ha surtido su efecto. Por cuya causa, habiendo dispensado á cierto espurio un conde palatino, se opuso despues su padre, obteniendo de él que fuese revocada la legitimacion: consultado el ilustre cuerpo de abogados sobre el particular, dijo, que esta revocacion se habia hecho sin causa, y que el padre no tenia derecho para contradecir, puesto que la legitimacion se regula en el día por los principios espuestos, mas bien que por la doctrina de Justiniano. Quede pues sentado como cierto, que el padre debe intentar y pedir para los efectos de heredar y suceder, la legitimacion, que entónces se llama plena, porque tiene todos los efectos de la antigua; pero si lo hace la madre ó el hijo, es ménos plena, y vale solo para ciertos actos. Teniendo presente el objeto que me propuse en esta disertacion, omito otras muchas razones que son demasiado conocidas, y están esplicadas por otros.