

por ejemplo (*lám. I, fig. 45.*), si viviera y hubiera perdido á su mujer, le sucedería lo mismo que á Adán, pues no podría casarse, segun el Derecho canónico, porque habiendo nacido todos los hombres de su hermano Set, estaban con él en lugar de hijos.

§. CLX. 3ª La tercera regla de la afinidad es que en cuantos grados se prohíben las nupcias por cognacion, en los mismos se prohíben por afinidad. (aa) En la línea recta están siempre prohibidas hasta el infinito las nupcias entre ascendientes y descendientes; luego tambien lo estará el casamiento con la mujer del ascendiente ó descendiente: por ejemplo, yo no puedo casarme con mi madre, luego tampoco con mi madrastra (*lám. I, fig. 46.*): no puedo casarme con mi abuela, luego tampoco con mi abuelastra (*lám. I, fig. 47.*): no puedo casarme con mi hija, luego tampoco con mi nuera (*lám. I, fig. 48.*): no puedo casarme con mi nieta ó biznieta, luego tampoco con la mujer de mi nieto ó biznieto (*lám. I, fig. 49 y 20.*). (bb) Del mismo modo sucede en la línea colateral: en el segundo grado está prohibido el matrimonio entre hermanos y hermanas, luego tambien entre los cónyuges de los hermanos y hermanas (*lám. II, fig. 4.*): en el tercer grado está siempre prohibido el matrimonio con los tíos ó tías paternos ó maternos, luego tambien está prohibido con los cónyuges de estos (*lám. II, fig. 2.*): en el cuarto grado está prohibido el matrimonio entre primos hermanos, luego tambien con el cónyuge del primo carnal (*lám. II, fig. 3.*). Pero el Derecho canónico multiplicó

todavía estas prohibiciones, cuando estableció tres géneros de afinidad. Contráese el primero por las primeras nupcias; el segundo, por las segundas, y el tercero, por las terceras; por ejemplo, si mi hermano se casa con Sempronia (*lám. II, fig. 4.*), contrae esta conmi-go afinidad en primer grado. Si despues Sempronia (muerto mi hermano) se casa con Mevio (*lám. II, fig. 5.*), yo estaré con Mevio en segundo grado de afinidad. Finalmente, si (muerta Sempronia) se volviese á casar Mevio con Ticia (*lám. II, fig. 6.*), yo estaré con Ticia en tercer grado de afinidad. El Derecho canónico prohíbe las nupcias entre estas personas; pero entre los protestantes apénas se atiende á esta prohibición.

§. CLXI. Tambien hai *cognacion espiritual*, introducida por el Derecho canónico; *cognacion civil*, nacida del Derecho civil; y *cuasi-afinidad*, que tambien es del Derecho civil; de todas las cuales vamos á decir algo. El *parentesco espiritual* se contrae por el bautismo entre el bautizante y el bautizado, entre el padrino y el bautizado, entre los padres del infante y el bautizante, y tambien entre los padres y el padrino etc.; á todos estos prohíbe casarse el Derecho canónico. El *parentesco civil* nace de la adopción, porque imitando la adopción á la naturaleza, los hijos adoptivos eran tenidos en el mismo lugar que los naturales, y por las mismas razones que se me prohibia casarme con una mujer parienta por generacion natural, por las mismas se me prohibian las nupcias con las que eran parientas

mias por adopción; por ejemplo, el padre no podía casarse con la hija natural (*lám. II, fig. 7.*), luego tampoco con la adoptiva; el abuelo no podía casarse con la nieta natural, luego ni con la adoptiva; el hermano no podía casarse con la hermana natural, luego tampoco con la adoptiva. Pero como esta prohibición viene solamente de la ley civil, y no se funda más que en una ficción, puede dispensarse fácilmente. Por esta razón el emperador Antonino el Filósofo dió en casamiento su hija Lucilia á su hermano adoptivo Lucio 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) También prohíben las leyes otras como *indecorosas*, ó 1º por la desigualdad de condición, v. gr. entre un senador y una liberta, entre un ingenuo y una comedianta, ó una ramera; prohibición introducida por la ley Julia y papia pœpea; pero hoy no está en uso, y aun fué derogada por Justiniano, *L. 23. y L. últ. De nupt.*; ó 2º por una anterior impudicia; por ejemplo, entre el adúltero y la adúltera, el raptor y la robada. 3º Por cierta veneración; 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 géne-

ro, la cual por otra parte no se atiende, *L. 15. Inst. h. t.* También 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 más que de segunda clase.

§. CLXIII. (c) Como *perjudiciales* están prohibidas las nupcias, ya 1º por causa de la religión, 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 pretesto 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 prevalliera 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 cuestión, si uno se casa contra lo dispuesto por estas leyes, qué pena tendría? (1) Según el §. 12. *Inst. h. t.*, la nulidad. Seria

(1) Según 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 otro sacerdote con su licencia ó la del ordinario, y dos ó tres testigos. Además todos los bienes de los que faltando 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 desheredación, según todo se establece en la *L. 5. tit. 2. lib. 10 de la Nov. Recop*

pues nulo el matrimonio, y no habria cónyuges ni dote. Los hijos nacidos de semejante union no son legítimos, ni están constituídos en la patria potestad, sino que son bastardos. Algunas veces todavía 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. últ. 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 responderemos que la *L. últ. 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. Explicaremos 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. 48. 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 legítimas. *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 §. 465 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*, §. *últ. Inst. h. t. L. 40. C. De nat. lib. Nov. 417. c. 2.* La razon es, porque la legitimacion se hace por ficcion; pues las leyes fingien que los hijos que han de ser legitimados, han nacido de legítimo matrimonio (§ 466.). Pero como toda ficcion supone términos hábiles, y no puede fingirse matrimonio con una ramera (§. 462.), y mucho ménos entre el adúltero y la adúltera, y los agnados y afines próximos, síguese que

semejantes hijos son absolutamente incapaces 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 tansolo 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. 4. 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 hoi 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* todavía no estaba recibida (1), y así es que no habia entónces otro signo para distinguir las nupcias legítimas del concubinato sino la escritura dotal. Por esto én 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 extraño que Justiniano exigiera la escritura dotal. 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.

(1) Se engaña, porque Guil. Est. 4. *Sentent. dist. 26. §. 10.* Gasp. Juenin, *Comment. de Sacrament. Dissert. XI. quest. 3.* R. Jacinto Drouven, *De re sacrament. lib. 10. quest. 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 Tertuliano, *lib. 2 Ad uxorem*, de san Ambrosio, *Epist. 70* y del cánón 3. del Concilio IV de Cartago, año 398 de Cristo.

§. CLXX. El otro modo de legitimar es *por oblacion 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 duunviros, que eran como los cónsules. Estos officios estaban unidos con la dignidad, y ademas este órden gozaba de jurisdiccion en el municipio. Sin embargo los hombres aborrecian muchísimo estos 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 hoi 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 expensas ni juegos ni espectáculos, es claro que hoi dia 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 legítimo.

§. 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. 41. 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 mui 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 príncipe, entónces se debe ademas 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 dia solo se reconocen como medios de legitimar á los hijos, á quienes concede este beneficio la *lei 4. tit. 5. lib. 10. 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 *ficcion 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 intérpretes, 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 jurisconsulto los comentarios 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 contraído 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.

1. 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 todo tambien á la república que la generacion de estos sea cierta, y que no quede á los padres duda alguna

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

(2) En cuanto es legítimo su nacimiento.