

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.

sobre su *legítimo nacimiento*; para el logro 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 legítimos. 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 extendiesen 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

(1) Con los ilegítimos no se cuenta.

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

todavía mas estension 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 (1), trataré yo de investigar si en la práctica y uso forense se deben poner á la legitimación algunos límites, y cuáles sean estos; disponiendo mi doctrina, en cuanto me sea posible, según el mejor orden conveniente.

II. (2) 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 legitimados*, 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 De-

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

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

recho civil, sin abrazar todo el campo que yo me he propuesto. Mas útil á mi objeto fué Francisco Sarmiento, que en el *lib. 4. Select. interpret. c. 5, 6, 7 y 8*, examina la *legitimacion* de todos los ilegítimos, bien que su doctrina contiene algunas ambigüedades. Francisco de Amaya en el *lib. 4. Ob. jur. civ. cap. 4*, se propuso la esplicacion de cierto tema, que puede facilitar algun auxilio al que trate de meditar esta doctrina. Más luminosas son las ideas que se encuentran en Desiderio Heraldo, *lib. 4. Rer. et quest. juris quotid., cap. 4. y sig.*, donde habla de la diversa condicion de los *ilegítimos*, y *cap. 4*, en el cual espone con admirable solidez la doctrina de la *legitimacion*. A él se debe finalmente agregar, por no citar ahora otros, Basilio Ponce, que en su tratado *De 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

(1) Los hijos son ó legítimos ó ilegítimos

(2) Estos ó son naturales.

(3) Ó nacidos de cóito prohibido.

la de los nacidos de *concúbito* 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 (1) el *contubernio de los esclavos*, los cuales antiguamente se unian entre sí por un *enlaze 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. 4. §. 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 juriconsulto: « porque tambien se creen comprendidos bajo la denominacion de hijos los descendientes naturales engendrados en esclavitud. » 2º (2) *Los hijos tenidos de concubina*. En efecto, desde que la *lei julia y papia* 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

(1) Son naturales los procreados en el contubernio de los siervos.

(2) Los nacidos de concubina.

llamaron *naturales*, por tener el *concubinato* mucha relacion ó semejanza con el *contubernio*, hasta el punto de dársele esta denominacion, *L. 3. C. De natural. lib.*, donde dice: *electo contubernio*. Suetonio, *Vespas.*, *cap. 3. n. 4.*, nos dice, que « Vespasiano, des-
 « pues 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 le-
 « gítima. » 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 legitima y fuese célibe: tales eran la mujer condenada como adúltera en juicio público, *L. 4. §. 2. D. De concubinis*; la ramera que habia puesto su cuerpo á ganancia, *L. 44. 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. 43. §. 6. C. ad L. jul. De adulter.* (1) Otra clase de ilegítimos comprende los nacidos de cóito ilícito y torpe, que lleva erimen consigo. Se llaman espurios, habidos del vulgo, los que no pueden acreditar quién es su padre, como los

(1) Nacidos de concubina.

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 tambien 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 alimentado por sus padres. » Observa Heraldo *lib. 4. 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 tambien por Derecho canónico y civil la union con monje ó monja, porque ambos matrimonios están pro-

hibidos 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 tambien, 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. 447. §. 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. 44. 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. Merccier, lib. 2. opon. c. 8. (tom. 1. Thesaur. jur. rom. p. 4595).* 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. 44. D. De lib. et posth. hered. custod. L. 40. C. De patr. potest.*; podia venderlos ó alquilarlos en caso de necesidad, y aún darlos en prenda, *L. 5. ff. Quæ res pig. §. ult. Inst. De*

nox. act. Además todo cuanto adquirían, era para sus padres; por manera que podía 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, §. 4. *Inst. Per quas pers. cuique acquir. pr. Inst. De his qui test. foc. 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. §. 5. Inst. De success. ab intestato.* No así los naturales: pero podían 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 carecían 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. 4. Quæst. jur. quot. c. 4. §. 4.*, 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 mancebas mujeres que podían 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 los 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. 4. Cod. theod. De natural. lib.* Para conseguir dicho fin mas pronta-