

mente, 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 pudie- « sen contraer matrimonio, de ningun modo gozan del « referido beneficio, pudiendo entónces ya reunirse con « ellas por matrimonio, no teniendo otros hijos ó mu- « jeres legítimas, y engendrar hijos legítimos á la som- « bra 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 hijos 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 ma- « trimonios contraídos, ó que despues se contrajeren « (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 irrito, y aunque no se rescindiese, no surtia los efectos, ni gozaba los beneficios de la lei, porque los padres habian delinquido contra las leyes; lo que no sucedia 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 legítimo matrimonio tendrán posteridad legítima; » 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 después á consecuencia de la misma pasion llegase á casarse con ella y tuviese otros hijos; pudieran los últimos hijos que han nacido después de la dote, atreverse á reclamar todo el patrimonio paterno, por ser los nacidos de verdadero y legítimo 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 muy 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 legítimo, 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 estuviere  
 « con mujer en conjuncion, esto es, en amancebamiento  
 « to, sin manifestarle desde el principio afecto de ma-  
 « rido; si con la misma con quien podia enlazarse le-  
 « gítimamente aumentando su afecto, otorgase instru-  
 « mentos matrimoniales, y tuviese hijos despues etc. »  
 Triboniano previó que la antecedente lei estaba conce-  
 bida en términos ambiguos y capciosos, motivo por el  
 cual nos esplicó su sentido, disolviendo la duda que en-  
 cerraba por medio de la siguiente declaracion: « Cual-  
 « quiera, de quien estuviere preñada la mujer que tenia  
 « en su compañía, si hallándose ella en este estado ó án-  
 « tes de parir, contrajese matrimonio, el hijo ó la hija  
 « que nazca, será prole legítima 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 aumentarla y de duplicarla.  
 El mismo Justiniano, *Novell. 48. c. 44*, 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 empera-  
 dor habia solo hablado de las mujeres ingenuas, *L. 40.*

*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. 49*: 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. Véase la citada disertacion de B. Tomasio, en donde indica con bastante difusion las dudas y oscuridad de estas leyes, cuyo sentido 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 legitimo 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, porque seria nulo el matrimonio, aunque de hecho se contrajese, y no produciría ningún 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 parece que los ha escludido 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 acostumbra 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 podía 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. 4. obs. 4. n. 2 y 5. Alteserra, tr. de fict. jur. c. 9. Lauterbach. De legitim. per subsequent. matrim. §. 32. Sarmiento, lib. 4. Select. interp. c. 5. n. 10. Fachimeo, 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 legítima 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 legítimo, lo era despues; en cuyo caso no quedaban legítimos los hijos habidos ántes del matrimonio, así como lo quedaban los engendrados despues. Para que el matrimonio fuese legítimo, debia preceder el consentimiento

del padre bajo cuya potestad se hallaba, por manera que aún debía intervenir, *pr. Inst. De nupt.*, y se suplicaba, cuando se renovaba el casamiento, *L. 18. 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. 13. §. 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 despues, dejando el empleo, ó cesando en él, persistia en el mismo propósito, se hacia legítimo, y por lo tanto todos los hijos habidos se juzgaban como de legítimo matrimonio. *L. 6. C. De nupt.*, segun el parecer de Paulo en la *L. 65. §. De rit. nupt.*

XII. Por quanto era válido el matrimonio despues, y legítimos los hijos, los juriconsultos 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 estremo, *L. 11. 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 legítimo 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 tuviere por mujer á una libertina, aunque no sea por entónces legítima, lo principiará á ser, siempre que perdiese la dignidad de senador. » ¿Será pues legítimo el hijo concebido entónces, y dado á luz desde que perdió el empleo de senador? Responde el mismo *tit. 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. Seguian 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 legítimo matrimonio, es legítimo. » Figurémonos 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 seria legítimo, ó si se debia reputar por concebido despues que el matrimonio se hizo legítimo? Lo asegura Paulo de tal suerte, que si naciese á los 182 dias, se tendria 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 tambien por el rescripto de Divo Pio, *L. cit. 3. §. 42.* 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. 41. 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 atiende 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 atiende 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 infiero 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 domínica 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. 41. Sent. tit. 49. §. 2. :* « Los matrimonios de los que es-  
« tán bajo la patria potestad, no se contraen legalmen-  
« te sin el consentimiento paternal; pero contraídos,