

« 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 despues degenerasen en legítimo 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 legítimo 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 legítimo 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. C. De natur. lib.*, ni respecto del tiempo del nacimiento, como que solo debe atenderse en aquellos casos, en que el subsiguiente matrimonio no hace legítimos 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 legítimo matrimonio al tiempo de la concepcion ó del parto, existiria la legitimacion por el subsiguiente matrimonio para hacer legítimos 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 otorgar los « instrumentos dotales, despues por la misma consiguacion 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 dotalas les concede- « mos 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 instru- « mentos matrimoniales? » Bien claro está en el pre- « sente 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 contraidas despues legítimamente, 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. 40. De nat. lib.*, sin que proceda de una ficcion del Derecho. Dice el emperador : « No « es verosímil que todo el que consignó la dote y la do- « nacion , 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 manifestado hasta despues de tener hijos. Tercero, ¿qué necesidad hai de ficcion, cuando al matrimonio subsiguiente 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 perjudica. Supongamos que un hombre ha tenido hijos de una concubina , y des- precíándola, 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 mujeres, 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 fuera 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 tenia lugar en aquellos ayuntamientos que envolvian delito ó acto pecaminoso. En la actualidad no existe ayuntamiento fuera de matrimonio permitido y lícito ; cualquiera que sea , está reprobado, condenado y prohibido. Por lo mismo el subsiguiente matrimonio no podrá legitimar 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. 4. Select. interpret. c. 7. n. 4*, diciendo : « Es mas « detestable el amancebamiento y la fornicacion concu- « binaria, particularmente con mujer tenida en casa, « que si no hubiese costumbre, y se fuese á una prosti- « tuta. » 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 con- « cubinato por el Derecho canónico, y si se tienen hijos « de él, se comete un gran pecado. Es ridículo, » pro- « sigue, « que sea de mejor condicion el que perseveró « mucho tiempo en pecado, que el que se acerca algu- « na vez á la prostituta ; por manera que se tiene por « mas punible el coito con una concubina que con una « meretriz. » 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 punible ayuntamiento ; la que desconoce el Derecho civil, pero la adopta el canónico : y esto mismo se debe explicar 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 enseñan los testos del Derecho canónico. En el *c. 4. X. Qui filii sint legit.* se manifiesta un caso, en que uno se habia casado con una mujer de quien ántes habia tenido una niña, cometiendo de este modo estupro. Se preguntaba por el estado de la niña, el que defiende el pontífice. « Mandamos, dice, en « cuanto sea así, que se tenga por legítima, prohibien- « do que á semejante mujer por este motivo, se le cause « daño ó perjuicio en la herencia paterna. Si alguno « contraviniera á esto, perseguídle con todo el rigor de « las leyes eclesiásticas. » Muerto el padre de esta niña, su tío cuestionaba sobre su estado, y pretendia escluir- la de la herencia, por ilegítima. Y se hubieran cumplido sus deseos, si el papa, separándose del Derecho civil, no hubiese determinado que debian ser admitidos á la herencia los hijos de cóito reprobado. El mismo Alejandro III en el *c. 6. X.*, dijo despues generalmente : « Es « tanta la virtud del matrimonio, que aquellos que son « engendrados ántes (de punible ayuntamiento), se tie- « nen por legítimos despues de contraído el matrimo- « nio. » Los que nacen en el dia ántes del matrimonio ya de estupro, ya de concubinato, ó de otro cóito torpe, se legitiman por subsiguiente matrimonio, segun este decreto pontificio. Alejandro III á este, y no á las ficciones retroactivas, adscribió la virtud de legítimar ; y de tal manera la consigna al matrimonio, por ser favorable, y aún la causa espiritual, que aconseja que se promueva de todos modos, segun espresa el testo original, en el que se dice : *tanta es la fuerza del sacra-*

mento. Llama el pontífice naturales á los habidos de un soltero ó de una soltera, *c. 43. X.*, siguiendo el error comun. No lo son segun Derecho civil, por el que solo se llaman naturales los habidos de cóito permitido, no del estupro ú otro cualquiera cóito prohibido: por mui honroso que sea el nombre que se dé á los nacidos de soltero ó soltera, es cierto que por Derecho canónico se dicen nacidos de punible ayuntamiento.

XVII. Estando pues señalada en favor del matrimonio la virtud de legitimar, que es grande por este motivo, *c. 26. De sent. et re judic.*, se colige, que por el subsiguiente matrimonio tambien se legitiman los hijos habidos de aquellas personas, que al tiempo del cóito ó del nacimiento no podian contraer legítimo matrimonio si despues por alguna causa estuviesen en estado de hacerlo. Se han suscitado graves controversias sobre este punto, en el que nada decidiríamos de cierto, si hubiéramos de atenernos á las opiniones de los jurisconsultos, pues no solo están discordes, segun dejamos manifestado, en los principios del Derecho civil, sino tambien del canónico; y por esto sucede que cada uno sigue su partido, llevado de la opinion que ha formado. Es cierto que por Derecho civil de ningun modo servia para los hijos ilegítimos el matrimonio contraído entre aquellos á quienes estaba prohibido: era injusto é ilegítimo, aunque en varios casos no se rescindiese, segun demostrámos arriba §. 42. Tampoco Justiniano hizo extensivo este beneficio á semejantes matrimonios, sino que lo limitó á los padres concubinaros, que desde un

principio podian tomar por esposa á la concubina, ó despues, como hemos hecho ver hablando de los hijos de una criada. Se juzgaba indignos de él á los padres que habian contraído ilegítimo matrimonio, delinquiendo contra las leyes, particularmente cuando el beneficio de la legitimacion mas era en favor de los padres que de los hijos, los que convenia estuviesen sujetos á la patria potestad, segun costumbre de los romanos. El Derecho canónico, considerando en el matrimonio mas bien la cualidad de sacramento, concedió el beneficio á los hijos, borrándoles una mancha que les hubiera servido de grande obstáculo para obtener ciertos cargos civiles, segun se indicará mui luego. Por lo mismo es mui probable que este Derecho no quiso escluir á los hijos de que vamos hablando.

XVIII. Procuremos ver cuáles son estos, cuyo estado se ignora en el dia, porque no han podido sus padres desde el principio vivir en legítimo matrimonio. Debemos referir aquí, 1º los habidos de adulterio *c. 4. X. Qui filii sint legit.*; pues aunque el Derecho civil siempre tiene por ilegítimo el matrimonio entre adúlteros, no obstante, el Derecho canónico lo admite y reputa legítimo, esceptuando dos casos, *c. 6. X. De eo qui dux. in matrim.* 2º Los nacidos en grado prohibido, aunque se haya contraído el matrimonio, el que debe rescindir por Derecho canónico, *c. 40. X. Qui fil. sint leg.*; ó fueren de estupro incestuoso, pues por el beneficio de la dispensa, en aquellos grados que no esté prohibida, se permite el matrimonio; y ¿quién

dudará entónces que es legítimo, aunque la cohabitacion ántes de la dispensa fuese nula? 3º Los engendrados de judía y cristiano (entre los que está prohibido el matrimonio con la pena de adulterio); pero si la judía se convirtiese á la religion católica por medio del bautismo, es legítimo el matrimonio con ella; lo que no era permitido en el tiempo del cóito. 4º Si un esclavo, ó mas propiamente, si un señor tiene cóito con una criada, y de ella tiene prole ilegítima en el tiempo en que no quiere casarse, ¿qué resultará si despues de algunos años intentare casarse? Sin duda que debe admitirse por válido el matrimonio entre ellos, aunque ántes era resistido por el mismo objeto del concubinato. 5º Los nacidos de desigual matrimonio, segun el Derecho germánico son ilegítimos é incapazes de suceder á sus padres, segun enseña *Adamus, lib. 1. Hist. eccles. c. 5.*; de lo que tenian sumo cuidado los alemanes, para que con los enlaces humildes no se mancharan las familias ilustres, cuyos matrimonios suelen llamarse bajos.

Sellaman iguales los matrimonios entre duques, príncipes, condes y otras dignidades: no hai pocos ejemplos de que los mismos emperadores han tomado esposas de la clase y familia de condes, *Dr. Ludolf. De jure fam. ill. select. 1. §. 8 y 12. Sv. Adam Kop. De la gran diferencia entre los condes y los nobles, sec. 3. §. 51.* Si pues cualquier artesano se casaba con una hija de la primera nobleza, ó el noble lo verificaba con una de la ínfima plebe, se reputaba el matrimonio

por ilegítimo. Esto se halla confirmado en las disposiciones del Derecho provincial de Sajonia, *lib. 3. c. 73*, y de esta disposicion se hallan mil ejemplos antiguos y modernos recopilados por Ludewig. en los comentarios á *B. A. tit. 30. §. 2. p. 1374. seqq. Dr. Ludolfio cit. l. sect. 1. §. 3. seqq.* Y si la mujer de inferior condicion por gracia del príncipe fuese elevada á la suprema nobleza, ¿aprovechará este beneficio á los hijos nacidos ántes, despues de confirmarse por legítimo el matrimonio, y tener efectos de tal? ¿Será reducido á aquel grado que piden las nupcias legítimas? ¿Qué deberá decirse, cuando el príncipe se case con una mujer noble ó plebeya, la que despues el César eleva á la dignidad de condesa? Queda entre ellos legítimo el matrimonio que no lo podia ser ántes. Sucedió un ejemplo de esto en tiempo del emperador Rodulfo I, en el año de 1273. Casóse Rithardo, conde de Hanau, con Adelaida Ulirici, hija de un viejo, señor de Murtzemberg, cuyo matrimonio se afeaba algun tanto, porque Adelaida era hija de un padre menestral, y por concepcion de Rodulfo con el consentimiento de todos los electores, fué declarada noble é ingenua, para que en lo sucesivo no se pusiese ninguna tacha á un matrimonio, que se validaba desde su principio. El canciller de la célebre academia Mapurgense, Waldsekmdio, nos refiere los diplomas y cédulas electorales.

XIX. Aquí recuerdo los habidos de ayuntamiento, que es sacrílego, con monje ó monja, pues bien se deja conocer que en este caso nunca tendrá lugar la le-

gitimacion, porque el voto de castidad obliga á los monjes siempre á la lei del celibato, sin que puedan aspirar al matrimonio. Pero no deja de haber ejemplos de algunos casos de lo contrario. Es bien sabido que el pontífice puede relajar el voto de castidad á los monjes y vírgenes consagradas á Dios, para contraer matrimonio y tener sucesion legitima. Dice Rosenthal *De defend. c. 7. concl. 30. n. 3, 4*: « Si el monje por dispensa del pontífice se casare, puede suceder en el feudo, y « aún todos los que por dispensa dejan la religion, y « como se dice, se secularizan, quedan hábiles para los « feudos, esto es, para el matrimonio. » El papa puede dispensar al monje para que se case y secularize, si lo exige una justa causa, como dice el mismo en el lugar citado. Importa confirmar esto con ejemplos. Muerto por los moros Alfonso, rei de Aragon, fué sacado del monasterio Remelio en el año de 1160, y promovido al trono por dispensa del papa con facultad para poder casarse, *Rob. de Mont. in apend. ad chron. Sigebert. ad cit. ann.* Los pólacos tambien coronaron á Casimiro, monje benedictino, sacándole del claustro, y despues contrajo matrimonio, porque se decia secular. Igualmente Uladislao, á pesar del vínculo monacal, que disolvió fácilmente el papa, vistió la púrpura secularizado, *Limneo ad B. A. C. 7. §. 1. obs. 10. Coppinno De sacrá politicá, lib. 2. tit. 3. n. 22.* Aunque segun el *c. 26. in f. X. De stat. monach.*, el guardar castidad es tan anejo al estado monástico, que contra ello no puede dispensar el sumo pontífice; esto sucede solo

cuando quiere relajarse este voto sin disolver el vínculo monacal, *Ponce De matrim. lib. 7. c. 40. §. 8.* Véase á *de Nicolis in Praxi canon., tom. 2.*

XX. Todavía añadido los nacidos de consorcio con clérigos, á quienes en la Iglesia romana de tal modo está prohibido el matrimonio, que los hijos de clérigos, si se exceptúan los de órdenes menores, que pueden casarse, son ilegítimos, segun he indicado ya. ¿Podrán no obstante secularizarse para poder contraer matrimonio? No puede dudarse, siempre que lo permita la dispensa del papa, si aún no estuvieren marcados con el carácter indeleble, y renuncian al estado clerical. Así puede suceder que un clérigo tome por esposa á la que ántes habia estuprado sacrilegamente, y de la que habia tenido hijos. Repetidos ejemplos hai en nuestro imperio de algunos que sin haber ascendido todavía al órden sacerdotal, se casaron por dispensa pontificia, condecorados ya con la púrpura cardinalicia. En el año de 1314 Alberto Austriaco habia obtenido ya el obispado de Petavia, promovido de párroco de Viena, segun dice Hundo *in Metropol. Salib. tom. 4. pág. 214. noviss. edit.*; « Pero viendo, prosigue, que sus her-
« manos estaban sin sucesion, y sin patrimonio los
« unos, y los otros que habian contraído enlaces esté-
« riles, determinó casarse: por dispensa del sumo pon-
« tífice lo verificó con Juana, hija del último conde de
« los pierretas, con la que se hizo heredero de todo el
« condado que confina con la Helvecia. » En el año de 1364 tambien Adolfo, arzobispo de Colonia, previa la