

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 advierito 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 nothis spuriisque filiis, c. 46. 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 escludidos de los cargos civiles. De donde claramente deduce, que hoi es de gran beneficio para los espurios la legitimacion, que no redundá 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 disminuye 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, según 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 día solemne del casamiento se cubriesen con un manto, juntamente con su padre y con su madre, que en el día 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 bendición 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 legitimación. 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 reproducen. Algunos dan una entera eficacia á este matrimonio, no porque la ficción del Derecho tenga su valor en el artículo de la muerte, sino mucho más ántes, cuando nació el hijo: de cuya opinión me separo, por cuanto no se necesita de esta ficción desconocida en el Derecho. Tres son los fundamentos que asisten á esta legitimación. 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 verdadero. 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 rejud. c. 3. X. 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 condición de legitimar el hijo ilegítimo, tenido ántes de una madre que consintió bajo esta condición, y que la aceptó, pero después no quiere vivir en unión 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 demás derechos. Nada tengo que añadir acerca de los efectos de esta legitimación, porque solo he querido hacer ver que hoy, según los principios del Derecho canónico, es válida cualquier legitimación.

XXVIII. Por iguales causas pasamos á demostrar lo mismo en la otra especie de legitimación, que se llama por rescripto, la cual fué inventada por Justiniano. An-

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

tes habia fijado la legitimacion de los hijos naturales por arrogacion, *L. 6. in fn. 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 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 quanto 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 pu-

diese 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 cosas dicilos 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 « ponga 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. 13. X. Qui filii sint leg.*, rogado por Guillermo, conde del Monte Pesulano, para que le legitimase un hijo que en vida de su mujer ha-

bia 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 quanto la Silla apostólica tiene plena potestad sobre esto, parece que examinadas las causas « con las que otras vezes ha dispensado á otros hijos « naturales, ménos legitimos, y aún á los adulterinos, « legitimándolos para actos espirituales, para que pudieran ser promovidos á obispos; se infiere con mas « probabilidad que tambien quedan legitimados para « los actos seculares. » El pontífice no duda ni niega estos principios; mui 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 atribuido, en quanto 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. ecless.* : « Segun la « plenitud de nuestra potestad podemos 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 libres de él, nos vemos mas obligados delante de Dios « á observar la justicia, como que tenemos que darle « cuenta de mayor poder. » Pero raras vezes ni él ni sus sucesores han usado de esta potestad : mui al contrario siempre se burlaron de los pasos de sus antecesores, que se juzgaban libres de todo vínculo. Por quanto los antiguos intérpretes, *ad L. 34. D. De legib.* siempre traían 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. quest. non toler. per princ. c. 4. n. 8.* He aquí el dogma recibido : « Cuando el príncipe hace « alguna cosa con la plenitud de su potestad, 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. quest. 4. 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. Antes 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 traspasaron 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. 37. 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 legitimamente. » Es notable y mui singular este ejemplo, porque enseña que algunas veces han dispensado fuera del órden 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 hoi 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 demuestra 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. 4.* Para los casos de los que eran escludidos 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, por-

que 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 dia 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.

TÍTULO XI.

DE LAS ADOPCIONES.

§. CLXXIV. Trátase aquí de la adopcion, porque es el tercer modo de adquirir la patria potestad ; pues habiéndose tratado de los dos primeros, á saber, de las nupcias y de la legitimacion en el título X, resta que en este hablemos de la adopcion. Entre los romanos era mui frecuente, pero entre nosotros se ve raras ve-

zes, aunque no es enteramente desconocida : la razon de esto la veremos abajo. Ahora empezaremos tratando de la definicion.

§. CLXXV. La adopcion se toma de dos modos ; ó en sentido lato ó en sentido estricto. Si se toma en sentido lato, comprende en sí dos especies, la arrogacion y la adopcion ; si se toma estrictamente, entónces se opone á la arrogacion. Tomemos ahora latamente esta palabra, y digamos ¿ qué es adopcion tomada en este sentido general y lato ? Resp. Es una accion solemne, por la cual se toma en lugar de hijo ó nieto á uno que no lo es por naturaleza (1). Dicese accion solemne, porque se hacia á presencia del pueblo en los comicios, ó por la moneda y el peso delante de cinco testigos, el que les pedia su testimonio, y el fiel que tenia la balanza, como luego veremos. Y tambien puede hoi llamarse accion solemne, porque se hace á presencia del príncipe, ó del magistrado. Dicese por la cual se toma en lugar de hijo ó nieto, etc. Y debe notarse que en la palabra hijo se comprende la hija, y en la de nieto la nieta : pues lo mismo puede ser adoptado el hijo que la hija. Se añade, á uno que no lo es por naturaleza. Así v. gr. Moises no era hijo de la hija de Faraon por naturaleza, sino por adopcion. De esta definicion se deriva el axioma que reina en todo el título, de que la adopcion imita á la naturaleza ; axio-

(1) La L. 1. tit. 16. Part. 4. la define diciendo que es « una manera que establecieron las leyes, por la cual pueden los omes ser hijos de otros, magüer non lo sean naturalmente. »