

IGUALDAD Y FILIACION:
ESTUDIO DE LA DISCRIMINACION DE LOS HIJOS POR
RAZON DE SU NACIMIENTO

Eva María Polo Arévalo.

INDICE SISTEMATICO

INDICE DE ABREVIATURAS	5
INTRODUCCION.....	8

CAPITULO PRIMERO

REGIMEN JURIDICO DE LA FILIACION EN DERECHO ROMANO

I. <u>CONSIDERACIONES PREVIAS: <i>IUSTAE NUPTIAE</i> COMO ELEMENTO ESENCIAL PARA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE FILIACION.</u>	13
II. <u>LA FILIACION EN DERECHO CLASICO: APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE DISCRIMINACION EN TODAS LAS CATEGORIAS DE HIJOS</u>	20
1. Diversidad de enunciados de las máximas aplicables para la determinación del <i>status</i> de los hijos: naturaleza jurídica de las distintas reglas.	21
2. Adquisición de la cualidad de <i>iustus filius</i> : reconocimiento de la paternidad legítima y ventajas derivadas del criterio aplicado para la fijación de su condición jurídica	25
3. Situaciones de desigualdad en la categoría de hijos legítimos debido a la ciudadanía del padre: discriminación en los <i>status civitatis</i> y <i>familiae</i>	33
A) <i>Status familiae</i>	34
B) <i>Status civitatis</i>	35
4. La filiación ilegítima en derecho clásico: categorías de <i>spurii</i> y efectos de su determinación.	40
a. Carencia de posición en la familia del padre: condición de <i>sui iuris</i>	44
b. Condición ciudadana: reconocimiento de la paternidad para hijos de padres extranjeros con finalidad discriminatoria.	46
c. <i>Status libertatis</i> : adquisición en el nacimiento y posterior aplicación del <i>favor filii</i>	48

5. Atribución de derechos a los hijos según la categoría a la que pertenecen: derecho de alimentos y derechos hereditarios.	57
A)Derecho de alimentos.	57
B)Derechos sucesorios.	65
a) Sucesión <i>ab intestato</i>	65
• <i>Ius civile</i>	65
• <i>Ius honorarium</i>	70
• <i>Reformas</i> posteriores.	75
b) Sucesión testada.	88

III. EVOLUCION DEL DERECHO DE FILIACION EN DERECHO POSTCLASICO Y JUSTINIANEO. 94

1. <u>Aplicación del <i>favor filii</i> como principio inspirador en el establecimiento de la condición jurídica de los hijos</u>	94
2. <u>Discriminación en la atribución de derechos en función de la categoría de hijos a la que se pertenecía.</u>	102
a. Derecho de alimentos	102
b. Derechos sucesorios	104
3. <u>Una categoría específica de hijos ilegítimos: los hijos naturales</u>	115
A) Régimen jurídico de los hijos naturales legitimados <i>per subsequens matrimonium</i>	127
B) Régimen jurídico de los hijos naturales legitimados <i>per oblationem curiae</i>	136
C) Régimen jurídico de los hijos naturales legitimados <i>per rescriptum principis</i>	142
D) Hijos naturales no legitimados: reconocimiento de derechos sucesorios y de alimentos a su favor.	146

CAPITULO SEGUNDO

REGULACION DE LA FILIACION EN DERECHO HISTORICO ESPAÑOL

A. Derecho visigodo.	158
B. Fuero Juzgo y fueros municipales.	167
C. Fuero Real.	177
D. Partidas.	181
E. Leyes de Toro, Nueva y Novísima Recopilación.....	201
F. El derecho de filiación en la etapa de codificación del derecho civil español.	211
a) Proyecto de Código Civil de 1951.	212
b) Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870.	216
c) Anteproyecto del Código civil	219

CAPITULO TERCERO

REGIMEN JURIDICO DE LA FILIACION EN EL CODIGO CIVIL ESPAÑOL

A. El derecho de filiación con anterioridad a la Constitución de 1978.....	227
B. El derecho de filiación tras la promulgación de la Constitución española	230

CONCLUSIONES	237
BIBLIOGRAFIA.....	242
INDICE DE FUENTES.....	263

INDICE DE ABREVIATURAS

AHDE	Anuario de Historia del Derecho Español.
<i>Aegyptus</i>	<i>Aegyptus, Rivista italiana di Egittologia e di papirologia (Milano).</i>
<i>Annali Catania</i>	<i>Annali del Seminario giuridico della Università di Catania.</i>
<i>Annali Genova</i>	<i>Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Genova.</i>
<i>Annali Macerata</i>	<i>Annali della Reale Università di Macerata.</i>
<i>Annali Palermo</i>	<i>Annali del Seminario giuridico della Reale Università di Palermo.</i>
<i>Annali Perugia</i>	<i>Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Perugia.</i>
ANRW	<i>Aufstieg und Niedergang der römischen Welt. Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der neueren Forschung.</i>
<i>Arch. Giur.</i>	<i>Archivio Giuridico Filippo Serafini.</i>
<i>Athenaeum</i>	<i>Studi peridici di lettere e storia dell'antichità.</i>
BIDR	<i>Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano.</i>
C.	<i>Codex Iustinianus.</i>
Coll.	<i>Mosaicorum et Romanorum Legum Collatio.</i>
CTh.	<i>Codex Theodosianus</i>
D.	<i>Digesto.</i>
Enc. Dir.	<i>Enciclopedia del Diritto.</i>

<i>Festschrift Schulz</i>	<i>Festschrift Fritz Schulz</i> , 2 volúmenes, Weimar, 1951.
<i>Frag. Vat.</i>	<i>Fragmenta Vaticana.</i>
<i>Gai Inst.</i>	<i>Institutiones de Gayo</i>
<i>Gai Epitome.</i>	<i>Epitome Gai</i>
INDEX	<i>Index. Quaderni carmeti di studio romanistici.</i>
I.	<i>Institutiones Iustiniani.</i>
<i>IURA</i>	<i>Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico.</i>
<i>JRS</i>	<i>Journal of Roman Studies.</i>
<i>LABEO</i>	<i>Labeo. Rassegna di diritto romano.</i>
<i>LQR</i>	<i>The law Quarterly Review.</i>
<i>Mèlanges Levy-Bruhl</i>	<i>Droit de l'Antiquité et Sociologie Juridique. Mélanges Henri Levy-Bruhl, Paris, 1959.</i>
NNDI	<i>Novissimo Digesto Italiano.</i>
Nov.	Novelas de Justiniano.
NRH	<i>Nouvelle revue historique de droit français et Étranger.</i>
<i>Paul. Sent.</i>	<i>Pauli Sententiae.</i>
PW	<i>Pauly-Wissowa. Real-Enciclopedia der Klassische Altertumswissenschaft.</i>
RGDR	Revista General de Derecho Romano. Iustel.
<i>RH</i>	<i>Revue Historique.</i>
<i>RHD</i>	<i>Revue Historique du Droit.</i>
<i>RIDA</i>	<i>Revue Intenationale des Droits de l'Antiquité.</i>
<i>RIL</i>	<i>Rendiconti dell'Istituto Lombardo di Science e Lettere.</i>
<i>RISG</i>	<i>Rivista italiana per la scienze giuridiche.</i>
<i>SDHI</i>	<i>Studia et Documenta historiae et iuris.</i>
<i>Scritti Guarino</i>	<i>Scritti giuridici in onore di A. Guarino</i> , 2 volúmenes, Napoli, 1984.

<i>Studi Albertario</i>	<i>Studi in memoria di Emilio Albertario.</i> 2 volúmenes, <i>Milano</i> , 1953.
<i>Studi Arangio-Ruiz</i>	<i>Studi in onore di Arangio-Ruiz</i> , 4 volúmenes, <i>Napoli</i> , 1953.
<i>Studi Betti</i>	<i>Studi in onore di Emilio Betti</i> , 6 volúmenes, <i>Milano</i> , 1962.
<i>Studi Bonfante</i>	<i>Studi in onore di Pietro Bonfante</i> , 4 volúmenes, <i>Milano</i> , 1929-1930.
<i>Studi De Francisci</i>	<i>Studi in onore di Pietro De Francisci</i> , 4 volúmenes, <i>Milano</i> , 1956.
<i>Studi Grosso</i>	<i>Studi in onore di Giuseppe Grosso</i> , 6 volúmenes, <i>Torino</i> , 1968-1974.
<i>Studi Riccobono</i>	<i>Studi in onore di Salvatore Riccobono</i> , 4 volúmenes, <i>Palermo</i> , 1936.
<i>Studi Solazzi</i>	<i>Studi in onore di Siro Solazzi</i> , <i>Napoli</i> , 1.948.
<i>Studi Volterra</i>	<i>Studi in onore di Edoardo Volterra</i> , 6 volúmenes, <i>Milano</i> , 1971.
<i>Synteleia Arangio-Ruiz</i>	<i>Synteleia Vincenzo Arangio-Ruiz</i> (Biblioteca de Labeo, 2), 2 volúmenes, <i>Napoli</i> , 1964.
<i>Taubenschlag</i>	<i>Taubenschlag, Opera Minora</i> , 2 volúmenes, <i>Varsovia</i> , 1959.
TEMIS	Revista de ciencia y técnica jurídicas. Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.
TJ	<i>Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis.</i>
TR	<i>Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis-Revue d'histoire du droit.</i>
Ulp. Reg.	<i>Ulpiani Regulae</i>
ZSS	<i>Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung (Weimar).</i>

INTRODUCCION

La consecución de la igualdad ha constituido históricamente uno de los logros que han resultado más difíciles en la práctica, siendo quizás el más sencillo de justificar en el plano teórico; en Roma, la existencia de desigualdades se producía en todos los ámbitos –social, político, económico y jurídico— y no era un derecho que se pudiera predicar ni siquiera respecto de los ciudadanos romanos; pese a ello, la *aequitas* era buscada fervientemente por los juristas en la aplicación de la *iustitia*.

La existencia de discriminación en la atribución de derechos a las personas seguramente constituye una de las situaciones de facto más difíciles de justificar, pero a ella se han aferrado los beneficiados con privilegios para exigir su continuidad; además, si las desigualdades jurídicas provienen de decisiones o hechos en los que no han participado los que resultan perjudicados, se produce, todavía más si cabe, una situación de máxima contrariedad a derecho. La igualdad ha sido vulnerada –lo sigue siendo en la actualidad— de forma reiterada y constante en todas las sociedades y épocas y, de hecho, no hay que caminar muy atrás en el tiempo para encontrar tratos desiguales amparados por el Derecho y justificados doctrinal y jurisprudencialmente.

Uno de los ámbitos donde más se ha repetido el trato discriminatorio es en materia de filiación, tema de estudio que llamó nuestra atención por la insensibilidad jurídica mostrada históricamente hacia los hijos, que eran perjudicados en su condición por conductas llevadas a cabo por sus padres, ajenas a su participación y voluntad; se les trataba como el producto visible de conductas consideradas contrarias a Derecho y se les castigaba con inclemencia por hechos que en ningún caso les podían ser imputables. La desigualdad de

trato en derecho romano se hacía patente por ser una sociedad fundada en la familia agnaticia pero también porque la discriminación entre las personas constituía el principio inspirador básico del derecho romano; de ahí que en este ordenamiento se debe sumar a la tradicional discriminación entre hijos legítimos e ilegítimos, el fomento de sucesivas desigualdades de trato dentro de del grupo de los *iustii filii*, en el que eran peor considerados los hijos de padre peregrino e incluso, aunque en menor medida, los de padre latino. En el derecho romano, por tanto, la obtención de la cualidad de *iustus filius*, en algunas ocasiones, no comportaba la consecución de una mejor posición jurídica que la del *spurius*. Esta situación se mantendrá hasta que se produjo la desaparición de las categorías ciudadanas con la *constitutio Antoniniana*, que puso fin a la situación de desigualdad dentro del grupo de los hijos legítimos, pero no así respecto de los ilegítimos, que seguían resultando discriminados en su *status* personal en comparación con los primeros.

En el derecho postclásico, como consecuencia del relieve que adquiere el concubinato, comienza a cobrar relevancia una categoría de hijos que, a pesar de ser conceptuados como ilegítimos, ven como se origina una corriente de pensamiento favorable por entender que han nacido en el seno de una unión estable análoga al matrimonio. Los *liberi naturales* definitivamente adquieren una regulación específica en derecho justiniano, siendo la principal ventaja derivada de su condición la posibilidad que se les confería del acceso al *status* de hijo legítimo. No obstante, esta benevolencia mostrada en la última etapa del derecho romano hacia los *liberi naturales* choca frontalmente con la falta de regulación que se realiza respecto del resto de hijos ilegítimos; los nacidos en uniones prohibidas por el derecho —*ex incestae, nefandae et damnatae*— serán ignorados jurídicamente, refiriéndose las fuentes a ellos únicamente para castigarles, negándoles su condición de *filii* y llegando al extremo de no reconocerles ni siquiera el derecho a ser alimentados; ahora bien, si se prescinde de consideraciones morales, cabe destacar la lógica que impregna esta decisión en tanto para estos hijos no nacía relación paterno-filial alguna y, por tanto, para sus padres y familiares eran considerados siempre como extraños, no teniendo ninguna obligación de amparo respecto a ellos más de la que tuvieran por cualquier persona ajena a su familia.

El tema objeto de investigación no se agota en el derecho romano, toda vez que la regulación en materia de filiación de este ordenamiento es acogida por la tradición histórica española, incluso con posterioridad a la promulgación de la Constitución española. Con el propósito de realizar un estudio integral acerca de la consecución de la igualdad en la filiación y de las vicisitudes jurídicas observadas en los distintos cuerpos legales de nuestro derecho histórico, no podíamos concluir el trabajo sin realizar un análisis de la regulación ofrecida en materia de filiación en el derecho visigodo, Fuero Juzgo y Fueros Municipales, Partidas, Leyes de Toro y Novísima Recopilación. A este respecto, cabe destacar la acogida íntegra que estos cuerpos legales efectúan de los principios rectores establecidos por el derecho romano en esta materia, con la sólo excepción de las Leyes de Toro, que suponen una ruptura con la tradición, alterando el concepto de naturalidad para intentar abarcar dentro de esta categoría a hijos que en ningún caso hubieran alcanzado la condición de naturales hasta ese momento y reconociendo al resto de ilegítimos el derecho a reclamar alimentos de sus padres, negado hasta ahora de forma constante y uniforme.

Concluye el presente trabajo con un sucinto recorrido de la regulación de la filiación en la época de la codificación, examinando el Proyecto de Código civil de 1851 de Garcia Goyena, por ser el que sirvió de base fundamental al Código civil español y la Ley de Matrimonio Civil de 1870, que en principio no debería haber tenido incidencia en una materia ajena como era la filiación, pero que al privar de efectos civiles al matrimonio canónico ocasionó que los hijos nacidos en su seno fueran conceptuados como ilegítimos; se examinará también el Anteproyecto del Código civil y, por último, el articulado del Código civil español. A este respecto, cabe destacar que la promulgación de la Constitución española supuso un momento importante en la reflexión sobre la materia porque puso de manifiesto la patente vulneración que contenía la regulación civil respecto de los principios consagrados en ella, concretamente el de igualdad y no discriminación por nacimiento y el de protección a los hijos con independencia de su origen. No obstante, si bien la Constitución española supondrá el inicio de un camino sin retorno hacia la consecución de la igualdad en materia de filiación, la culminación de la reforma y adecuación a los principios constitucionales no se producirá hasta pasados tres años de su promulgación, constituyendo un hito la ley 11/81 de 13 de mayo, en que se materializan los principios

constitucionales de igualdad, no discriminación y protección a los hijos, produciéndose la equiparación de la condición jurídica de todos ellos.

Concluimos la introducción a este trabajo con unas palabras de De La Camara Álvarez leídas en su discurso de fecha 17 de marzo de 1975 que realizó con motivo de su recepción pública como académico de número, y en el que afirmaba que “*el estudio de la filiación ilegítima nos sitúa ante un tema difícil, espinoso y conflictivo. Pero apasionante*”. Esta reflexión constituye la esencia de este estudio, que pretende ofrecer una visión integral, histórico-jurídica y crítica, de la consecución del derecho de igualdad y no discriminación por nacimiento en materia de filiación.

CAPITULO PRIMERO

REGIMEN JURIDICO DE LA FILIACION **EN DERECHO ROMANO**

I. CONSIDERACIONES PREVIAS: *IUSTAE NUPTIAE* COMO ELEMENTO ESENCIAL PARA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE FILIACION.

La relación de filiación considerada como el vínculo que une a las personas entre las que existe el nexo biológico de la generación¹, tradicionalmente, tan sólo ha tenido reconocimiento jurídico en el seno de la familia legítima, esto es, la que tiene su base en el matrimonio de los padres y, por tanto, se encuentra constituida conforme al ordenamiento jurídico; únicamente en la familia legítima quedan reguladas las relaciones entre padres e hijos, con el correspondiente nacimiento de derechos y deberes a favor de ambos; fuera de ella, por tanto, se produce tan sólo un hecho natural, biológico, que no encontrará reconocimiento jurídico y que conllevará a que padre e hijo lleguen a ser considerados por el derecho como extraños entre sí. Esta falta de correlación entre filiación natural y jurídica, presente en todos ordenamientos históricos, también ha sido defendida tradicionalmente por la doctrina, que ha entendido siempre la necesidad de diferenciar el plano biológico del jurídico con el fin de conceder un *status* de superioridad a la filiación denominada legítima o matrimonial frente al resto².

La tendencia histórica de protección a los hijos legítimos tiene su fundamento en las relevantes consecuencias que se concede al reconocimiento jurídico del vínculo paterno-filial; de ahí que en todas las épocas se haya considerado imprescindible establecer quiénes tenían la condición de hijos, ya que sólo a éstos se les reconocerían derechos en relación con sus padres y sus familiares. Así, en derecho romano, la peculiar estructura de la familia

¹ Vid. VOLTERRA, Voz "*Famiglia*", en *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, pp. 723 y ss. y VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1996, p. 83.

² CARNELUTTI, "*Rapporto giuridico naturale*", en *Rivista di diritto commerciale*, XXXIV, 1936, pp. 164 y ss.

agnaticia³, ocasionaba que el establecimiento del vínculo paterno-filial no sólo derivara del hecho biológico de la concepción sino de otros actos —no naturales sino jurídicos— como la *adoptio* o la *adrogatio*⁴; y, además, el *status* filial no se reconocía respecto de todos los hijos engendrados por el *pater* sino tan sólo de los nacidos *ex iustae nuptiae*⁵. Por ello, los juristas romanos distinguían claramente entre *pater naturalis* y *paterfamilias*, siendo el primero el que había concebido al hijo y el segundo el que ejercía la patria potestad sobre él⁶. Y por ello las relaciones existentes entre los hijos legítimos y sus padres eran absorbidas íntegramente por la *patria potestas*⁷, configurada en derecho arcaico como un verdadero poder jurídico sobre los hijos pero que progresivamente irá atenuándose hasta derogarse en derecho justiniano⁸. En definitiva, en el ámbito jurídico clásico, la filiación se podría definir como el vínculo que unía a un ciudadano romano, casado en justas nupcias, con otra persona —procreada por él o no— con la que se generaban deberes y derechos recíprocos en el seno de la familia⁹.

³ Cic., *De off.*, I, 17, 54.- *Mam quum sit hoc natura commune animantium, ut habeant libidinem procreandi, prima societas in ipso conugio est, próxima in liberis, deinde una domus, communia omnium. Id autem est principium urbis et quasi seminarium rei publicae.*

⁴ Gai, *Inst.*, I, 97.- *No solum tamen naturalis liberi secundum ea quae diximus, in potestate nostra sunt, uerum et hi quos adoptamus.*

⁵ VOLTERRA, Voz “Famiglia”, *op. cit.*, p. 724. El autor distingue entre *cognatio civilis* y *cognatio naturalis*, definiendo la primera como la relación existente entre los progenitores y el engendrado en *iustae nuptiae*, así como entre aquellos que tienen o han tenido un ascendiente común masculino legítimo; *cognatio naturalis*, por el contrario, sería para Volterra, la relación que surgía por el nacimiento de un hijo en el seno de una unión ilegítima y se produciría, por tanto, entre el hijo, la madre y los *cognati* de ésta.

⁶ De ahí que, en derecho clásico, con la expresión *pater naturalis* se hacía referencia al padre biológico en contraposición al padre adoptivo. Vid. a este respecto LEMOSSE, “*L’enfant sans famille en Droit Romain*”, en *Recueils Soc. Jean Bodin*, XXXV, Bruxelles, 1975, pp. 257 y ss.

⁷ MAYNZ, *Cours de Droit Romain*, III, Bruxelles-Paris, 1891, p. 66.

⁸ El *pater* tenía reconocidos derechos absolutos sobre los *filiifamilias* —*ius exponendi, ius vendendi, ius noxae et dandi* e, incluso, *ius vitae et necis*— que, sin embargo, fueron perdiendo importancia hasta quedar, en la última etapa de la historia de Roma, reducidos a meras reminiscencias de épocas pasadas. Vid. a este respecto, WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, III, trad. italiana por Fadda y Bensa, Torino, 1925, p. 906 y KASER, “*Der inhalt der patria potestas*”, en ZSS, LVIII, 1938, pp. 62 y ss.

⁹ D. 38, 10, 10, 2.- (PAULUS libro singulari de gradibus, et affinibus et nominibus eorum).- *Cognati sunt, et quos agnatos lex duodecim tabularum appellat; sed hi sunt per patrem cognati ex eadem familia; qui autem per feminas coniunguntur, coganti tantum nominantur.* 4.- *Inter adgnatos igitur et cognates hoc interest quod inter genus et speciem: nam qui est adgnatus, et cognatus est, non utique autem qui cognatus est, et adgnatus est: alterum enim civile, alterum naturale nomen est;* Vid. también respecto a la definición de *agnatio*: Gai, *Inst.*, I, 156.- *Sunt autem agnati per uirilis sexus personas cognatione iuncti, quasi a patre cognati, ueluti frater eodem patre natus, fratris filius neposue ex eo, item patruus et patrum filius et nepos ex eo. At hi qui per feminini sexus personas cognatione coniunguntur non sunt agnati, sed alias naturali iure cognati; itaque inter auunculum et sororis filium non agnatio est, sed cognatio; item amitae, materterae filius non est mii agnatus, sed cognatus, et inuicem scilicet ego illi eodem iure conungor, quia qui nascuntur patris, non matris familiam secuntur;* y Gai, *Inst.*, III, 10.- *Vocantur autem agnati, qui legitima cognatione iuncti sunt. Legitima autem cognatio est ea quae per uirilis sexus personas coniungitur. Itaque eodem patre nati fratres agnati sibi sunt, qui etiam consanguinei uocantur, nec requiritur an etiam matrem eandem habuerint. Item patruus*

Prescindiendo de la polémica suscitada en torno a la estructura originaria de la familia agnaticia¹⁰, sí se debe realizar, siquiera sea de forma sucinta, una referencia a su compleja configuración para comprender la regulación del derecho de filiación en derecho clásico. La familia agnaticia se encuentra concebida en las fuentes no sólo como un conjunto de personas sino también de bienes¹¹, unidos por el denominado vínculo de la agnación¹²,

fratris filio et inuicem is illi agantus est. Eodem numero sunt fratres patruels inter se, id est qui ex duobus fratribus progenati sunt, quos plerique etiam consobrinos uocant. Qua ratione scilicet etiam ad plures gradus agnationis peruenire poterimus.

¹⁰ El origen y la estructura de la familia romana arcaica, como es sabido, ha sido objeto de discusiones doctrinales que todavía hoy se encuentran sin zanjar. La concepción política sostenida por Bonfante, que presentaba la familia como una estructura de derecho público incardinada dentro de la *civitas*, si bien con menor grado de complejidad en su organización, fue rebatida por otros autores que consideraban la familia como una estructura económica y social. La teoría bonfantiana de la familia se encuentra expuesta en sus numerosas publicaciones acerca del tema, entre las que cabe destacar su *Corso di diritto romano*, I, *Diritto di Famiglia*, Roma, 1925 (reimpr. Milano, 1963) y “*Teorie vecchie e nuove sulle formazioni social primitive*”, en *RISG*, LV, 1915, pp. 18 y ss. (= en *Scritti Giurici varii*, I, Torino, 1916, pp. 20 y ss.). Seguidores de Bonfante son, entre otros, GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, pp. 198 y ss.; DE FRANCISCI, “*Primordia civitatis Romae*”, en *SDHI*, 1959, pp. 126 y ss. y “*Dal regnum alla respublica*”, en *SDHI*, X, 1944, pp. 153 y ss.; GALLO, “*Osservazioni sulla signoria del paterfamilias in epoca arcaica*”, en *Studi De Francisci*, II, Milano, 1956, pp. 195 y ss.; SACHERS, “*Das Recht auf Unterhalt in der römischen Familie der Klassischen Zeit*”, en *Festschrift Schulz*, I, Weimar, 1951, pp. 310 y ss.; LEPOINTE, “*Le groupement "familiae", unite juridique dans l'ancien droit romain*”, en *RHD*, XXXII, 1954, pp. 459 y ss.; GAUDEMET, *Les communautés familiales*, Paris, 1963, pp. 198 y ss.; DENOYEZ, “*Le "paterfamilias" et l'évolution de sa position*”, en *Synthese Arangio-Ruiz*, Napoli, 1964, pp. 441 y ss.; BETTI, “*Ancora in difesa della congettura del Bonfante sulla famiglia romana arcaica*”, en *SDHI*, XVIII, 1952, pp. 241 y ss. y “*Wesen des altrömischen Familienverbands*”, en *ZSS*, LXXI, 1954, pp. 1 y ss.; DE MARTINO, *Storia della costituzione*, I, Napoli, 1958. En contra de la posición de Bonfante, entendiendo que la familia se encuentra unida por intereses económicos y sociales, cabe citar, entre otros autores, RABEL, “*Die Erbtheorie Bonfantes*”, en *ZSS*, L, 1930, pp. 295 y ss.; LUZZATO, “*Rilevi critici in tema di organizzazione preciviche*”, en *Studi Cicu*, I, Milano, 1952, pp. 457 y ss.; COLI, “*Regnum*”, en *SDHI*, XVII, 1951, pp. 15 y ss.; VOCI, “*Qualche osservazione sulla famiglia romana arcaica*”, en *SDHI*, XIX, 1953, pp. 307 y ss.; AMBROSINO, “*In irue cessio hereditatis. Spunto per la valutazione dell'hereditas*”, en *SDHI*, X, 1944, pp. 80 y ss.; ARANGIO-RUIZ, “*La genti e la città*”, en *Scritti Giur. Per il centenario della casa ed. Jovene*, 1954, pp. 109 y ss. Acentuando la estructura económica de la familia como pequeño grupo rural, vid. KASER, “*La famiglia romana arcaica*, Univ. Trieste”, *Ist. Storia del Dir. Conferenze romanistiche*, 1950, pp. 39 y ss. y PUGLIESE, “*Aperçu historique de la famille romaine*”, en *Annali della Facoltà de Droit Istanbul*, III, 1954, 11 y ss.

¹¹ *Hereditas*, *familia* o *familia pecuniaque* son expresiones que en las fuentes figuran como sinónimos, poniendo de relieve con ello que personas y bienes conformaban una estructura indisoluble y fuertemente unida en época arcaica: D. 50, 16, 195, 1.- (*ULPIANUS libro XLVI ad Edictum*).- “*Familiae*” *appellatio qualiter accipiatur, videamus; et quidem varie accepta est, nam et in res, et in personas diducitur; in res, utputa in lege duodecim Tabularum his verbis: ADGNATUS PROXIMUS FAMILIAM HABETO; ad personas autem refertur familiae significatio ita, quum de patrono et liberto loquitur lex...* Vid. a este respecto ALBERTARIO, *Elementi postgaiani nelle Istituzioni di Gaio*, en *Studi di diritto romano*, V, *Storia, metodología, esegesi*, Milano, 1937, 452 ss. y VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, *Introduzione. Parte generale*, Milano, 1967, pp. 23 y ss.

¹² Como se establece en D. 50, 16, 195, 2, *adgnatio* es la relación que existe entre el *paterfamilias* y todos los descendientes que están sometidos a su *patria potestas*, siendo una relación jurídica y no natural puesto que el lazo agnaticio se constituye con base al nacimiento pero puede derivar de otros muchos actos jurídicos:

entendido como sometimiento a la autoridad del *pater*, único al que el ordenamiento reconocía como persona independiente –*sui iuris*– y sujeto de derecho¹³. La sujeción *sub unius potestate aut natura aut iure* se entendía como el elemento convergente dentro de la heterogeniedad familiar¹⁴ siendo el que otorgaba verdadero valor jurídico a la familia como unidad social y política¹⁵. En efecto, la necesidad de estar integrado en una familia para ser

adrogatio; adoptio o conventio in manum. D. 50, 16, 195, 2.- (ULPIANUS libro XLVI ad Edictum).- *Familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum aut communi universae cognationis continetur. iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps. pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat: non enim solam personam eius, sed et ius demonstramus: denique et pupillum patrem familias appellamus. et cum pater familias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere: singuli enim patrum familiarum nomen subeunt. idemque eveniet et in eo qui emancipatus est: nam et hic sui iuris effectus propriam familiam habet. communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt.* Respecto a la *cognatio* se pueden distinguir dos clases: la *cognatio civilis* es el vínculo que une a padres e hijos engendrados en *iustae nuptiae* y entre aquellos que tienen un mismo ascendiente masculino, según se establece en Gayo en *Inst.*, I, 156 y III, 10, transcritos con anterioridad en la nota 9.

¹³ GUARINO, *Diritto Privato Romano*, Napoli, 1970, p. 275.

¹⁴ En las fuentes literarias aparecen casos de familias compuestas por dieciséis varones de varias generaciones que convivían en el mismo grupo: *Val. Max.*, IV, 4, 8.- *Quid Aelia familia, quam locuples xvi eodem tempore Aeli fuerunt, quibus una domuncula erat eodem loci, quo nunc sunt Mariana monumenta, et unus in agro Veiente fundus minus multos cultores desiderans quam dominos habebat inque circo maximo et Flaminio spectaculi locus. quae quidem loca ob uirtutem publice donata possidebant.* Vid. también *Plut.*, *Paul. Aem.*, V, 4 y XXVIII, 12. No obstante, existen autores que han negado la existencia de la *familia communi iure*. A este respecto, vid. PEROZZI, “*Parentela e gruppo parentale*”, en *BIDR*, XXXI, 1921 (= en *Scritti giuridici*, III, Napoli, 1948, 3 ss.) y BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, *op. cit.*, pp. 153 y ss.

¹⁵ Más dudoso resulta que la unidad familiar se mantuviera una vez que el *paterfamilias* hubiera muerto ya que, como establece Gayo en *Inst.*, I, 127, *hi uero qui in potestate parentis sunt, mortuo eo sui iuris fiunt*. Lo cierto es que el mantenimiento de la unidad familiar a la muerte del *paterfamilias* a través del denominado *consortium domesticum*, *consortium inter fratres* o *ercto non cito* citado por *Gai*, *Inst.*, II, 157 y D. 28, 2, 11 ha sido objeto de una avivada discusión doctrinal. Los autores defensores de esta tesis se basan en los textos de Gayo y Paulo que hacen referencia a la comunidad existente en vida del *pater* y que se mantendría a la muerte de éste como una *continuatio domini* sin necesidad de *successio* ni de ningún acto especial de constitución. De esta manera, la comunidad familiar se concebiría como universal y solidaria y continuaría de forma natural a la muerte del *pater* por los *heredes sui* que éste dejara a su fallecimiento, pudiendo disolverse con la *actio familiae erciscundae*. En este sentido, DAUBE, “*Consortium*” in *Roman and Hebrew Law*”, en *The Juridical Review*, LII, 1950, pp. 71 y ss.; TORRENT, *Miscelanea. I. Consortium ercto non cito*, en *AHDE*, XXXIV, 1964, 479 ss.; TONDO, “*Il consorzio domestico nella Roma antica*”, en *Atti e Memoriae*, XL, 1975, pp. 133 y ss. En contra, ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, en *Annali della Università di Palermo*, XX, 1949, pp. 94 y ss. Vid. además ARANGIO-RUIZ, “*Frammenti di Gaio*”, en *Papiri greci e latini*, XI, 1182, Firenze, 1935, pp. 1 y ss.; MONIER, *Les nouveaux fragments des Institutes de Gaius et leur importance pour la connaissance du droit romain*, Paris, 1933; FREZZA, “*Il consortium ercto non cito*”, en *Rivista Filologica e Classica*, XII, 1934, pp. 27 y ss.; COLLINET, “*Les nouveaux fragments de Gaius*”, en *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, XXV, 1934, pp. 102 y ss.; DE ZULUETA, “*The new fragments of Gaius*”, en *JRS*, XXIV, 1934, pp. 168 y ss.; SOLAZZI, “*Glosse a Gaio*”, en *SDHI*, VI, 1940, pp. 320 y ss.; LEVY, “*Neue Bruchstücke aus den Institutionem des Gaius*”, en *ZSS*, LIV, 1934, pp. 287 y ss.; SOLAZZI, “*Societas e communio*”, en *Atti della Reale Accademia di Napoli*, LVII, 1935, pp. 76 y ss.; MASCHI, *Disertiones: ricerche intorno alla divisibilità del consortium nel diritto romano*

aceptado social, política y jurídicamente justificaba sin duda la situación de subordinación y sometimiento de los *alieni iuris* tanto en el plano personal como en el patrimonial¹⁶; estos toleraban que sus derechos quedaran reducidos al mínimo porque la pertenencia a un núcleo familiar se hacía indispensable para que, con posterioridad, pudiera gozarse de privilegios y prerrogativas –entre ellas el derecho a la herencia— inalcanzables para los que no poseían el *status familiae*.

El origen de la familia, tal y como se recoge en numerosos textos¹⁷, lo constituía la celebración de *iustae nuptiae*, acto jurídico generador de la sociedad conyugal o *consortium omnis vitae*¹⁸. La concepción romano-clásica entendía el matrimonio como la unión entre hombre y mujer, que ostentaban *conubium* y la edad suficiente, en la que concurría la *affectio maritalis*¹⁹; este hecho, natural y desprovisto de formalidades²⁰, probablemente en

antico, Milano, 1935; LEVY-BRUHL, “Le “consortium” artificiel du Nouveau Gaius”, en *Nouvelles études*, Paris, 1947, pp. 51 y ss.; ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli, 1950, pp. 4 y ss.; KUNKEL, “Ein unbeachtetes Zeugnis über das römische “Consortium”, en *Annali della Facoltà di Diritto di Istanbul*, IV-V, 1955, pp. 56 y ss.; BIANCHINI, *Studi sulla “societas”*, Milano, 1967, pp. 51 y ss.; D’ORS, “Societas” y “consortium”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos de la Universidad de Cataluña*, II, 1977, pp. 33 y ss.; TELLEGEN, “Was there a “consortium” in Pliny’s Letter VIII 18?”, en *RIDA*, XXVII, 1980, pp. 295 y ss. y GENNARO, “Ancora sul “consortium”, en *LABEO*, XXXVII, 1991, pp. 269 y ss.

¹⁶ En las sociedades de la Antigüedad, la aceptación social de un individuo no llegaba sólo por el nacimiento sino por su integración en una familia; sólo a través de ella se producía la admisión del individuo en la comunidad política, por lo que la pertenencia a un grupo familiar se hacía indispensable. Vid. a este respecto, MILAZZO, “Società e diritto nell’epoca decemvirale”, en *IURA*, XXXV, 1984, pp. 230 ss. y PRIETO, *Historia de las ideas y de las formas políticas*, I, Edad Antigua, Madrid, 1990.

¹⁷ Tanto las fuentes jurídicas como las literarias ponen de manifiesto esta idea del matrimonio como comunidad de vida constituida entre hombre y mujer. Entre las fuentes jurídicas, cabe destacar D. 23, 2, 1; I. 1, 9, 1; C. 9, 32, 4; D. 24, 3, 22, 7; D. 24, 1, 28, 2 y D. 1, 1, 1; y entre las literarias, vid., entre otros, *Tác.*, *Annal.*, III, 34 y XII, 5; *Cic.*, *De off.*, I, 17, 54; *Liv.*, *Ad urbe cond.*, I, 9, 14; *Quint.*, *Declam.*, 247; *Dion. Hal.*, II, 25, 1 y II, 27.

¹⁸ SOLAZZI, “Consortium Omnis Vitae”, en *Annali Macerata*, V, 1929, pp. 27 y ss.; ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano*, Milano, 1951; VOLTERRA, *Il matrimonio romano*, Roma, 1961; *IDEM.*, Voz “Matrimonio (Diritto romano)”, en *Enc. Dir.*, X, pp. 330 y ss.; ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano*, Roma, 1970; GAUDEMET, “Iustum Matrimonium”, en *Mélanges De Visscher*, I, Bruxelles, 1949, pp. 310 y ss.; ROMANO, *Matrimonium iustum*, Napoli, 1996; DAZA, “Nuptiae et matrimonium”, en *Estudios Alvarez Suarez*, Madrid, 1978, pp. 57 y ss.; LOPEZ ROSA, “Familia y matrimonio. A propósito de la organización social y política en la Roma antigua”, en *Libro Homenaje in memoriam a Carlos Díaz Rementaria*, Huelva, 1998; ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclásico*, Padova, 2000.

¹⁹ Referente a la bibliografía de las *iustae nuptiae*, entre la copiosa literatura existente en torno a la materia, vid. SHUPFER, *La famiglia secondo il diritto romano*, I, Padova, 1876; SCADUTO, *Il divorzio e il cristianesimo in occidente. Studio storico*, Firenze, 1882; BRINI, *Matrimonio e divorzio nel diritto romano*, I, II y III, Bologna, 1886-88-89; MANENTI, *Della inapponibilità di condizioni ai negozi giuridici ed in specie delle condizioni apposte al matrimonio*, Siena, 1889; DERNBURG, *Diritto di famiglia e diritto dell’eredità*, Trad. italiana por Cicala, Torino, 1905; FADDA, *Diritto delle persone e della famiglia*, Napoli, 1910; DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio romano*, Palermo, s/f; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, op. cit.,

época arcaica estuviera acompañado de un acto formal, la *conventio in manum*, para integrar a la mujer dentro de la familia del marido en la posición de hija o nieta legítima de su *paterfamilias*²¹. La consecuencia más relevante de la celebración del matrimonio era el reconocimiento de la paternidad del marido y de ahí que, a efectos jurídicos, el padre era

pp. 1 y ss.; LEVY, *Der Hergang der römischen Ehescheidung*, Weimar, 1925; CORBETT, *The roman Law of marriage*, Oxford, 1930; KUNKEL, Voz “*Matrimonium*”, en *P.W.*, XIV, 2, 1930, pp. 2259 y ss.; NOAILLES, “*Les rites nuptiaux gentiles et la confarreatio*”, en *RHD*, XV, 1936, pp. 414 y ss.; VOLTERRA, *La conception du mariage d'après les juristes romains*, Padova, 1940; BOZZA, “*Manus e matrimonio*”, en *Annali Macerata*, XV, 1941, pp. 111 y ss.; ORESTANO, “*La struttura giuridica del matrimonio romano*”, en *BIDR*, LVII, 1940, pp. 205 y ss.; PEROZZI, “*Problemi di origini. Confarreatio e coemptio matrimonii causa*”, en *Scritti giuridici*, III, Milano, 1948, pp. 528 ss.; GAUDEMET, “*Iustum matrimonium*”, en *RIDA*, III, 1950, pp. 309 y ss.; DANIELLI, “*Manus e conventio in manum*”, en *Studi Urbaniti*, XIX, 1950-1951, pp. 169 y ss.; VOLTERRA, “*La nozione giuridica del conubium*”, en *Studi Albertario*, II, Milano, 1952, pp. 347 y ss.; GAUDEMET, “*Observations sur la manus*”, en *RIDA*, II, 1953, pp. 323 y ss.; LONGO, *Diritto romano-Diritto di famiglia*, Roma, 1953; VOLTERRA, “*La conception du mariage à Rome*”, en *RIDA*, II, 1955, pp. 365 y ss.; GARCIA GARRIDO, “*Conventio in manum y matrimonio*”, en *AHDE*, XXVI, 1956, pp. 781 ss.; VOLTERRA, *Lezioni di diritto romano. Il matrimonio*, Roma, 1960-61; ARIAS BONET, “*El matrimonio en el Derecho romano*”, en *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, XIII, 1962, pp. 7 y ss.; CAMACHO EVANGELISTA, “*Familia agnaticia, familia cognaticia y adopción (s. III d.C.)*”, en *TEMIS*, XXI, 1967, pp. 157 y ss.; IGLESIAS, “*Recensión a Robleda (“El matrimonio en Derecho romano”)*”, en *SDHI*, XXXVI, 1970, pp. 472 y ss.; ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma, 1970; VOLTERRA, “*Inustum matrimonium*”, en *Studi Scherillo*, Milano, 1972, pp. 441 y ss.; BUCCI, “*Nuove e vecchie ipotesi in tema di matrimonio romano*”, en *Apollinaris*, XLV, 1972, pp. 533 y ss.; ROBLEDA, “*Matrimonio inexistente e nulo en derecho romano*”, en *Studi Donatuti*, III, Milano, 1973, pp. 1.131 y ss.; VOLTERRA, voz “*Matrimonio (diritto romano)*”, en *Enc. Dir.*, XXV, pp. 726 y ss.; *IDEM*, “*Precisazioni in tema di matrimonio classico*”, en *BIDR*, XVII, 1975, pp. 245 y ss.; IGLESIAS, “*Todavía sobre el “matrimonium iustum” en la antigua Roma*”, en *Studi d'Avack*, Milano, 1976; LONGO, “*Ancora sul matrimonio romano*”, en *SDHI*, XLIII, 1977, pp. 459 y ss.; DAZA, “*Nuptiae et matrimonium*”, en *Estudios Álvarez Suárez*, 1978, pp. 57 y ss.; LONGO, “*Riflessioni critiche in tema di matrimonio*”, en *Scritti Guarino*, V, 1984, pp. 2.357 y ss.; SARGENTI, “*Matrimonio classico e società pagana (spunti per una ricerca)*”, en *SDHI*, LI, 1985, pp. 367 y ss.; FRANCIOSI, “*Matrimonio, conubium e classi social nel V sec. a.C.*”, en *Società e diritto nell'epoca decemvirale*, 1988, pp. 147 y ss.; CASTELLO, “*Nota su I. 1, 9 “de patria potestate, I. 1, 10, “de nuptiis” e D. 23, 2, 1”*”, en *Diritto e società nel mondo romano*, 1988, pp. 159 y ss.; VALENTI, “*Matrimonio y forma en el Derecho Romano*”, en *Estudios Iglesias*, III, 1988, pp. 1.665 y ss.; LOZANO CORBI, “*El matrimonio en el Derecho Romano*”, en *Anuario del Centro de la UNED de Calatayud*, nº 2, 1, 1994, pp. 89 y ss.; FERNANDEZ BAQUERO, “*Aspectos del matrimonio en el Derecho Romano*”, en *El derecho de familia: de Roma al derecho actual*, Huelva, 2004, pp. 193 y ss.; ALARCON PALACIO, “*Régimen patrimonial del matrimonio desde Roma hasta la Novísima Recopilación*”, en *Revista de Derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, nº 24, 2005, pp. 2 y ss.; FERNANDEZ DE BUJAN, “*Reflexiones a propósito de la realidad social, la tradición jurídica y la moral cristiana en el matrimonio romano*”, en *Anuario de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 10, 2006, pp. 33 y ss.; ORTEGA Y CARRILLO DE ALBORNOZ, *Terminología, definiciones y ritos de las nupcias romanas: la trascendencia de su simbología en el matrimonio moderno*, Madrid, 2006.

²⁰ Como afirma LOPEZ PEDREIRA el matrimonio se convirtió en una institución jurídica a partir del siglo IV d.C., siendo con anterioridad “un mero estado de hecho basado en el consentimiento que los cónyuges prestan sin sujeción a forma alguna”. LOPEZ PEDREIRA, “*Limitaciones a la libertas nuptialis en la Legislación Augustea*”, en *El Derecho de Familia: de Roma al Derecho actual*, Huelva, 2004, pp. 391 y ss.

²¹ Vid. a este respecto, FERNANDEZ BAQUERO, “*Aspectos sobre el matrimonio en el Derecho Romano arcaico*”, en *El Derecho de Familia: de Roma al Derecho actual*, Huelva, 2004, pp. 193 y ss.

*quem nuptiae demonstrant*²², pasando el hijo engendrado en *iustae nuptiae* a ostentar un *status familiae*, que le hacía adquirir la posición de *filiusfamilias* con todos los derechos y deberes inherentes a tal condición²³. La relación con el padre, por tanto, sólo se tenía en cuenta jurídicamente si el hijo nacía en el seno de las *iustae nuptiae*; por el contrario, si nacía fuera de ésta unión, el Derecho no reconocía al padre y el hijo quedaba excluido de su familia. Distinto es el caso de madre e hijo, para quienes la relación biológica sí se tenía en cuenta porque *mater semper certa est*²⁴, aunque ésta relación no era relevante para el derecho romano, y ello tanto si el matrimonio iba acompañado de la *conventio in manum* – en el que la madre se colocaba *sororis loco*— como si no se producía, ya que, en este caso, madre e hijos pertenecerían a familias distintas. Se debe matizar, no obstante, que la inexistencia de vínculos agnaticios no obstaba para que la madre en Roma ocupara un papel prioritario en la familia por su dedicación a la educación e instrucción de los hijos²⁵ que le debían *reverentia, obsequium y pietas*²⁶.

²² D. 2, 4, 5.- (PAULUS libro IV ad Edictum).- *quia semper certa est, etiamsi vulgo conceperit; pater vero is este, quem nuptiae demonstrant.*

²³ Vid. ALVARADO, “La filiación en Derecho Romano”, en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad de Carabobo (Venezuela), núm. 5, 2009, pp. 65 y ss.

²⁴ V id. D. 2, 4, 5, transcrito en la nota 22.

²⁵ C. 5, 49, 1.- (Imp. ALEXANDER A. DIONYSIODORO).- *Educatio pupillorum tuorum nulli magis, quam matri eorum...*; Vid. también Tac., Dial., De orat., XXVIII.- *...praecipua laus erat tueri domum et inservire liberis...* Ulpiano se refiere en D. 50, 16, 46, 1 a la madre como la mujer de buenas costumbres, siendo, por tanto, irrelevante su situación personal, como mujer casada, viuda o divorciada, pronunciándose en el mismo sentido D. 43, 30 (29), 3, 6 y D. 47, 10, 15, 15: D. 50, 16, 46, 1.- (ULPIANUS, libro LIX ad Edictum).- “*Matrem familias*” *accipere debemus eam, quae non inhoneste vixit; matrem enim familias a ceteris feminis mores discernunt atque separant. proinde nihil intererit, nupta sit an vidua, ingenua sit an libertina: nam neque nuptiae neque natales faciunt matrem familias, sed boni mores*; D. 43, 30 (29), 3, 6.- (ULPIANUS, libro LXXI ad Edictum).- *In hoc interdicto, donec res iudicetur, feminam, praetextatum eumque, qui proxime praetextati aetatem accedet, interim apud matrem familias deponi praetor iubet. proxime aetatem praetextati accedere eum dicimus, qui puberem aetatem nunc ingressus est. cum audis matrem familias, accipe notae auctoritatis feminam*; D. 47, 10, 15, 15.- (ULPIANUS, libro LXXVII ad Edictum).- *Si quis virgines appellasset, si tamen ancillari veste vestitas, minus peccare videtur: multo minus, si meretricia veste feminae, non matrum familiarum vestitae fuissent. si igitur non matronali habitu femina fuerit et quis eam appellavit vel ei comitem abduxit, iniuriarum tenetur.* Vid. BERGER, v. “*Mater familias*”, en *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, XLIII, 2, 1953, p. 578; WOLOOKIEWICK, “*Attorno al significato della nozione di “mater familias”*”, en *Studi Sanfilippo*, III, Milano, 1983, pp. 735 y ss.; FIORI, “*Materfamilias*”, en *BIDR*, XCVI-XCVII, 1993-1994, pp. 455 y ss.; DIXON, *The roman mother*, London-Sidney, 1998.

²⁶ D. 27, 10, 4.- (ULPIANUS, libro XXXVIII ad Sabinum).- *Furiosae matris curatio ad filium pertinet: pietas enim parentibus, etsi inaequalis est eorum potestas, aequa debetur*; Plaut., Asin., III, 1, 505.- *...Vbi piem Pietatem, si istoc more moratam tibi postulem placere, mater, mihi quo pacto praecipis?...*; Terent., Hec., III, 1, 300.- *...nam matri' ferre iniurias me, Parmeno, pietas iubet...* La esfera privada en la que se desentolvían los deberes de reverencia y piedad de los hijos hacia la madre –estuviera *in manus maritii* o no— traspasaba ese ámbito cuando se producía su incumplimiento, puesto que se consideraba como injuria y pasaba a sancionarse jurídicamente en el ámbito público. Vid. D. 2, 4, 6.- (PAULUS, libro I. Sententiarum).- *...una est enim onmibus parentibus servanda reverentia*; D. 37, 15, 1, pr.- (ULPIANUS, libro I. Opinimum).- *Etiam*

En definitiva, la certeza de la maternidad frente a la paternidad seguramente ocasionó que, para la determinación de ésta última, se acudiera al matrimonio, evento objetivo y constatable que daba seguridad jurídica a la relación filial; las *iustae nuptiae*, por tanto, llevaban consigo la atribución de paternidad al marido, situando al hijo bajo su patria potestad, y reconociendo jurídicamente esa relación: la inexistencia de matrimonio entre los padres llevaría aparejada la falta de reconocimiento jurídico de la relación paterno-filial, considerando que el hijo no tenía padre o que éste era desconocido.

II. LA FILIACION EN DERECHO CLASICO: APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE DISCRIMINACION EN TODAS LAS CATEGORIAS DE HIJOS.

El reconocimiento de la relación paterno-filial en el seno de la familia agnaticia supone una clara discriminación *ab initio* entre los hijos que nacían *ex iustae nuptiae* y los demás, esto es, los nacidos de padres que no hubieran podido –pero también porque no hubieran querido— estar unidos en matrimonio. Ahora bien, con independencia de lo anterior, la complejidad del ordenamiento romano en época clásica, en el que la desigualdad era una constante –incluso entre hombres libres— llevó aparejado que, en la práctica, no siempre fuera el hijo ilegítimo el perjudicado en sus derechos, sino que se produjeron también algunas discriminaciones dentro de la categoría de los hijos legítimos, dependiendo de la ciudadanía del padre; a este respecto, para solventar estas situaciones de desigualdad, se dictaron normas particulares inspiradas en el *favor filii*, que paliaron en alguna medida las perniciosas consecuencias sufridas por los hijos legítimos de padre latino o peregrino, pero se observará siempre un tratamiento discriminatorio respecto de los extranjeros.

Con anterioridad a entrar en el análisis de las diversas situaciones de desigualdad que se dieron en derecho romano clásico, se debe abordar primero el estudio de las reglas

militibus pietatis ratio in parentes constare debet... 1.- Et inter conlibertos, matrem et filium, pietatis ratio

existentes para el establecimiento de la condición jurídica de los hijos ya que, a nuestro juicio, constituirán el punto de partida de la discriminación entre legítimos e ilegítimos, sirviendo de base también para que se produzca el empeoramiento de la posición de algunos hijos que, sin embargo, se integraban dentro de la categoría de los legítimos.

1. Diversidad de enunciados de las máximas aplicables para la determinación del *status* de los hijos: naturaleza jurídica de las distintas reglas.

La fijación del *status* que los hijos adquirirían a su nacimiento dependía en derecho clásico de su concepción *ex iustis nuptiis* o fuera de ellas²⁷; así, el primero consolidaba su condición jurídica en ese momento de la concepción mientras que el segundo debía esperar a su nacimiento:

*Gai, Inst., I, 89.- ...hi qui illegitime concipiuntur, statum sumunt ex eo tempore quo nascuntur... hi qui legitimi concipiuntur, ex conceptionis tempore statum sumunt*²⁸.

Parece claro que la disparidad de reglas aplicables a hijos legítimos e ilegítimos se estableció en favor de los primeros, toda vez que a éstos, una vez fijado su *status* en el momento de su concepción, no les afectarían la modificación de circunstancias acaecidas con posterioridad; al contrario, el hijo cuyos padres no estuvieran unidos en matrimonio mantendría un estado de inseguridad en cuanto a su posición hasta el nacimiento, momento en el que adquiriría su *status*.

secundum naturam salva esse debet. 2.- Si filius matrem aut patrem, quos venerari oportet....

²⁷ El *filius* nacido *ex iustae nuptiae* tenía la consideración de *iustus* y, por ello, entraba a formar parte de la familia romana situándose bajo la *patria potestas* del *paterfamilias*, al contrario que el hijo concebido en una unión no ajustada a derecho, que devenía *sui iuris* al no existir ningún vínculo con su ascendiente directo. A este respecto, vid. WESTRUP, *Family Property and Patria Potestas*, London, 1936; KASER, “*Der inhalt der “patria potestas”*”, *op. cit.*, pp. 62 y ss.; RABELLO, *Effetti personali delle “patria potestas”*, I, *Delle origini al periodo degli Antonini*, Milano, 1979, pp. 35 y ss.

²⁸ La *regula* también aparece reflejada en los siguientes textos: Ulp., *Reg.*, V, 10.- *In his, qui iure contracto matrimonio nascuntur, conceptionis tempus spectatur: in his autem, qui non legitime concipiuntur, editionis...* *Epitome Gai* I, 4, 9.- *Regula iuris hoc continet ut, qui legitime concipiuntur, tempore conceptionis statum sumant: qui vero non de legitimo matrimonio concipiuntur, statum sumant eo tempore, quo nascuntur...*

La formulación de las distintas reglas aplicables al *status* de los hijos han sido aceptadas de forma unánime por la doctrina con la enunciación contenida en las Instituciones de Gayo; sí ha sido objeto de discusión doctrinal, sin embargo, la naturaleza *iure civile* o *iure gentium* de las mismas por la falta de claridad de las fuentes²⁹. Por lo que se refiere a la regla aplicable a los hijos ilegítimos, no existe duda alguna de su naturaleza *iure gentium*, ya que numerosos textos así lo expresan de modo explícito³⁰; sin embargo, la falta de mención en cuanto a la máxima establecida para el *iustus filius* ha propiciado la disparidad de opiniones en relación con su naturaleza. A este respecto, Albertario sostuvo que la regla citada era atribuible al *ius civile*, afirmando que, en tanto existió distinción entre *ius civile* y *ius gentium*, se mantuvieron las dos máximas aplicables al hijo legítimo e ilegítimo, mientras que, una vez que se extendió la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio y desapareció la distinción entre *ius civile* e *ius gentium*, se produjo una contaminación de ambas reglas, aplicándose una u otra según el principio del *commodum*³¹. En contra, Castello³² mantuvo

²⁹ La polémica doctrinal existente respecto a la naturaleza *iure civile* o *iure gentium* de las dos normas referidas al *status* del hijo —legítimo e ilegítimo— se expone extensamente en CASTELLO, "Sulla condizione del figlio concepito legittimamente e illegittimamente nel diritto romano", en RIDA, IV, 1950, pp. 267 y ss. (= en *Mélanges de Visscher*, III, Bruxelles, 1950, pp. 267 y ss.).

³⁰ *Gai, Inst.*, I, 78.- ...inter quos non est conubium, qui nascitur, iure gentium matris conditioni accedit...nam et remota ea lege hoc utique iure gentium futurum erat; 80.- ...aliter vero contracto matrimonio, eum qui nascitur iure gentium matris conditionem sequi...; 82.- ...restituit iuris gentium regulam, ut cum ipsa mulier libera permaneat, liberum pariat; 85.- ...restituit iuris gentium regulam, ut omni modo, etiamsi masculi nascentur, servi sint eius cuius et mater fuerit; 86.- Itaque apud quod talis lex non est, qui nascitur iure gentium matris condicionem sequitur et ob id liber est.

³¹ Entiende Albertario que "Gaio (I, 89) e Ulpiano (5, 10) ci presentano la norma del *ius civile* per la quale la persona concepita in legittimo matrimonio ex conceptionis tempore statum sumit e, nel tempo stesso, la norma desunta della naturalis ratio, cioè dal *ius gentium*, per la quale i procreati fuori matrimonio statum sumunt ex eo tempore quo nascuntur. Queste norme furono mantenute l'una accanto all'altra per tutta l'epoca clásica, finché vi fu un *ius gentium* accanto al *ius civile*". Sostiene Albertario que el principio aplicable al *status* se ve modificado en derecho romano postelásico y bizantino, "e la modificazione consistette in una contaminatio dei due principii risalenti, l'uno al *ius civile*, l'altro al *ius gentium*...". Para él "nella tricotomia giustiniana — *ius civile*, *ius gentium*, *ius naturale* — il *ius gentium* sta a rappresentare un diritto ormai storico. In relata si può dire che le norme giuridiche sono sempre riconducibili a una dicotomia, che per i classici è rappresentata dal *ius civile* e dal *ius gentium*, per i Giustinianeí dal *ius civile* e dal *ius naturale*. I classici non conoscevano un *ius naturale* che non coincidesse col *ius gentium*. Per i Giustinianeí il *ius gentium* è sommerso sotto il *ius civile*". ALBERTARIO, "Conceptus pro iam nato habetur (Linee di una ricerca storico-domatica)", en *Studi di diritto romano: persone e famiglia*, Milano, 1932, pp. 3 y ss. (versiones anteriores en BIDR, XXXIII, 1.923, pp. 1 y ss. y en Arch. Giur., IC, 1928, pp. 151 y ss.).

³² CASTELLO, "Sulla condizione del figlio concepito legittimamente e illegittimamente...", op. cit., p. 270 a 274. El autor basa su conclusión fundamentalmente en la expresión "hi qui" que Gayo utiliza en el párrafo 89, título I de sus Instituciones: "il giureconsulto si serve del hi qui per indicare il soggetto al quale si dirigeva la norma, perchè in tal modo poteva trovar applicazione non solo quando l'infante era stato concepito da un cittadino romano e da una latina o peregrina aventi il conubium, ma pure da un peregrino o da una cittadina romana essi pure godenti il connubium, come ci provano Gaio I, 56, 76, 77".

que la regla referente al hijo legítimo derivaba del *ius gentium*³³, defendiendo su aplicación no sólo a ciudadanos romanos sino también a otras personas libres como latinos y peregrinos³⁴.

A nuestro juicio, parece que la posición más acorde con el resto de fuentes sería la que atribuye distinta naturaleza a las reglas aplicadas a hijos legítimos e ilegítimos; a este respecto, parece que se encuentra fuera de toda discusión que la máxima aplicada al hijo ilegítimo proviene del *ius gentium* —porque, como se ha dicho, se menciona explícitamente por Gayo en diversos fragmentos—; sin embargo, atribuir la misma naturaleza a la regla aplicable al *iustus filius*, en nuestra opinión, resulta más dudoso. En efecto, los textos a los que alude Castello para defender su tesis —*Gai, Inst.*, I, 77 y I, 92— no parece que desvirtúen la opinión de Albertario ya que ambos se refieren a hijos concebidos *ex iustis nuptiis*: el primer texto, hace referencia al nacimiento de un *iustus patris filius* en una unión entre una ciudadana romana y un peregrino carentes de *ius conubii*³⁵, y el segundo otorga validez a una unión entre extranjeros *secundum leges moresque*, mencionándose que del mismo nace un ciudadano romano si al padre le fue otorgada la ciudadanía romana antes de ese nacimiento³⁶. Por lo tanto, parece claro que en ambos textos la regla se está aplicando a los hijos nacidos de matrimonios que habían cumplido las formalidades pertinentes y tales matrimonios no podían contraerse más que por personas que tenían concedido el *ius conubii*³⁷, derecho que, si bien lo tenían reconocido algunas personas libres que no eran ciudadanos romanos³⁸, les venía reconocido por el *ius civile*.

³³ Castello acepta el concepto de *ius gentium* que tradicionalmente viene usando la doctrina, es decir, “*quel complesso di norme che i romani avevano comuni coi popoli dell’antichità o che essi vennero a creare nei rapporti con questi*”, entendiendo que entre esas normas está comprendida la *regula iuris* referida al *status* del concebido legítimamente. CASTELLO, “*Sulla condizione del figlio concepito legittimamente e illegittimamente...*”, *op. cit.*, p. 268. En contra, LOMBARDI, *Sul concetto di ius gentium*, Roma, 1947, p. 57.

³⁴ Expone Castello que “*per tal motivo il figlio procreato da persone aventi il conubium nasceva iustus filius patris tanto se nato del cittadino romano, quanto se nato dal peregrino*”. CASTELLO, “*Sulla condizione del figlio concepito legittimamente e illegittimamente...*”, *op. cit.*, p. 273.

³⁵ CASTELLO, “*Sulla condizione del figlio concepito legittimamente e illegittimamente...*”, *op. cit.*, p. 273.

³⁶ CASTELLO, “*Sulla condizione del figlio concepito legittimamente e illegittimamente...*”, *op. cit.*, p. 275-276.

³⁷ Respecto al concepto de *ius conubii* o *conubium*, vid. VOLTERRA, “*La nozione giuridica del “conubium”*”, *op. cit.*, pp. 347 y ss.

³⁸ El tema de la existencia o no de *conubium* entre ciudadanos romanos y latinos no ha estado exento de polémica doctrinal. A favor de la existencia de *conubium* se encuentra VOLTERRA, “*Sulla condizione dei figli dei peregrini cui veniva concessa la cittadinanza romana*”, en *Studi Cicu*, II, pp. 643 y ss., quién entiende que “*il matrimonio tra Romani e Latini è iustum dal punto di vista romano perchè fatto tra persone*

Se debe tener en cuenta también que ambos textos se refieren a modificaciones introducidas por el senadoconsulto de Adriano para mejorar la condición de los hijos concebidos en uniones entre personas carentes del *ius conubii*; se trata, pues, de derogaciones introducidas por una norma posterior por lo que resulta evidente que la norma general no era aplicable a todos los hombres libres, ya que se requirió la intervención especial de un senadoconsulto posterior que contemplara la modificación. Además, en *Gai, Inst.*, I, 77, si bien se establece que de una unión entre personas que no gozaban de *ius conubii* nacía también un *iustus filius*, también se pone de manifiesto —terminando incluso Castello por reconocerlo³⁹— que la *patria potestas* era un *ius proprium civium Romanorum*, por lo que la legitimidad atribuida al hijo de un peregrino no tenía nada que ver con la del ciudadano romano que quedaba sometido a la patria potestad del *paterfamilias*.

Con independencia de lo anterior, y por lo que se refiere al supuesto relatado en *Gai, Inst.*, I, 92, hay que advertir que el jurista trata de comparar la situación del hijo ilegítimo con la del nacido de una unión entre extranjeros ajustada a las costumbres de su pueblo. En el caso del hijo ilegítimo, si la madre adquiría la ciudadanía romana, el hijo nacía romano por aplicación de la regla general; sin embargo, también Gayo expresa que *si uero ex peregrino secundum leges moresque peregrinorum conceperit*, en virtud del senadoconsulto de Adriano *ciuem Romanum parere*, poniendo como condición que *et patri eius civitas Romana donetur*⁴⁰. Parece que el jurista no está aplicando en este caso la regla general establecida para el *iustus filius*, puesto que de ser así el hijo nacería en todo caso extranjero, aunque el padre obtuviera finalmente la ciudadanía romana⁴¹. Por ello, lo que el

aventi fra loro il conubium, ed allora é chiaro che i figli maschi e femmine dovrebbero essere sottoposti alla patria potestas del padre, mentre la donna non potrebbe allontanarsi dal marito se non facendo divorzio". En contra de la existencia de *conubium* entre latinos y romanos se muestra SCHWEGLER, *Römische Geschichte*, II, *Tübingen*, 1856, pp. 61 y 314 y ss., sosteniendo que la unión entre ellos nunca fue legítima en el derecho romano.

³⁹ CASTELLO, "Sulla condizione del figlio concepito legittimamente e illegittimamente...", *op. cit.*, p. 273.

⁴⁰ Según Castello "da ciò si deduce che se il genitore rimaneva peregrino, il figlio nasceva peregrino, anche se per ipotesi solo la donna nel periodo intercorrente tra la procreazione e la nascita dell'infante avesse conseguita la cittadinanza romana. Pur non essendo il testo esplicito su quest'ultimo punto, la deduzione non mi pare arbitraria". CASTELLO, "Sulla condizione del figlio concepito legittimamente e illegittimamente...", *op. cit.*, p. 274.

⁴¹ Aunque el padre hubiera obtenido la ciudadanía romana con anterioridad al nacimiento, lo que resulta evidente es que en el momento de la concepción del hijo era extranjero; así pues, por aplicación de la regla general, el hijo nacería siempre peregrino.

senadoconsulto de Adriano introduce es el reconocimiento de la paternidad legítima⁴², por lo que el hijo nace con la condición del padre; prueba de ello es que en el texto no se hace referencia al *status* de la madre, porque resulta indiferente. Cabría añadir además que mientras que Gayo no menciona en ningún momento que la regla aplicable al *iustus filius* proviene del *ius gentium*, lo repite en más de una ocasión cuando se refiere a la máxima del hijo ilegítimo; a nuestro juicio, si la naturaleza de la regla aplicable al hijo legítimo hubiera derivado del *ius gentium* Gayo también lo hubiera mencionado así en alguna ocasión, por lo que cabe concluir la distinta naturaleza respecto de las reglas enunciadas en derecho clásico para la fijación del *status filii*.

2. Adquisición de la cualidad de *iustus filius*: reconocimiento de la paternidad legítima y ventajas derivadas del criterio aplicado para la fijación de su condición jurídica.

La adquisición de la cualidad de hijo legítimo, como se ha tenido ocasión de mencionar, tenía lugar cuando los padres se encontraban unidos en *iustae nuptiae* o *matrimonium iustum*⁴³, y ello con independencia de que se celebrara o no la *conventum in manum*; igualmente, eran considerados legítimos los hijos habidos en matrimonios entre ciudadanos romanos con latinos o peregrinos o de latinos o peregrinos entre sí, siempre que tuvieran reconocido el *ius conubii*; ahora bien, aunque estas uniones fueran consideradas como *iustae nuptiae*, como es sabido, no generaban una familia agnaticia y, por otro lado, la adquisición de la cualidad de *iustus filius* tampoco llevaba aparejado el reconocimiento de

⁴² Hay que tener en cuenta que otros textos de las Instituciones también Gayo se refieren al senadoconsulto de Adriano ofreciendo noticia de la regulación en cuanto a la legitimidad del padre extranjero, como *Gai, Inst.*, I, 77, donde se establece que en virtud del mencionado senadoconsulto también el hijo nacido de ciudadana romana y padre extranjero carentes de *ius conubii*, adquiere la condición de *iustus filius*. Teniendo en cuenta, por tanto, que el senadoconsulto de Adriano se refería al reconocimiento de la paternidad en determinadas uniones en las que concurría algún extranjero, a nuestro juicio, también en *Gai, Inst.*, I, 92 se deja constancia de ese aspecto de la regulación, no haciendo referencia a la aplicación al nacido de dicha unión de la regla general establecida en *Gai, Inst.*, I, 89.

⁴³ En cuanto a las expresiones utilizadas por los juristas clásicos para referirse a una unión ajustada a Derecho, tanto Lanfranchi como Volterra entienden que en las fuentes clásicas se utilizaba tanto las locuciones *iustum matrimonium* o *iustae nuptiae* como *legitimum matrimonium* o *legitimae nuptiae*. Así, la expresión *legitimum matrimonium* se encuentra en D. 50, 1, 37, 2, C. 3, 4, 19, 14; *Fragm. August.*, I, 9; *Epitome Gai* I, 3, 2 e I, 4, 9, mientras que *legitimae nuptiae* es utilizada en D. 1, 5, 19 y C. 3, 29, 5. Vid. LANFRANCHI, *Il diritto nei retori romani*, Milano, 1938, p. 225 y VOLTERRA, “Sulla D. I, 5, 24”, en *Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae, Varsaviae-Vratislaviae*, 1956, pp. 541 y ss.

los mismos derechos que los hijos nacidos de *cives*, como se tendrá ocasión de analizar. Lo que sí se producía en todos los matrimonios legítimos, con independencia de la nacionalidad de los padres, era la atribución al marido de la paternidad del hijo⁴⁴. Así, si el hijo provenía de un matrimonio entre ciudadanos romanos o de peregrinos o latinos que tuvieran reconocido el *ius conubii*, nacía *iustus filius patris*, presumiéndose *iuris tantum* que el marido era el padre si nacía transcurridos ciento ochenta y dos días desde la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días de producirse su disolución o el fallecimiento del padre⁴⁵.

La presunción de paternidad se encuentra íntimamente ligada a la costumbre de origen religioso que prohibía a la viuda volver a contraer matrimonio antes de que transcurrieran diez meses de la muerte del marido⁴⁶; el *tempus lugendi* sólo obligaba a la mujer y parece

⁴⁴ Vid. D. 2, 4, 5, citado en nota 22 y también D. 1, 6, 6.- (*ULPIANUS libro IX ad Sabinum*).- *Filium eum definimus, qui ex viro et uxore eius nascitur...* Vid. KASER, “Recen. a Lanfranchi (“Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione en diritto romano, II. La c.d. presunzione di paternità”)”, en ZSS, XCV, 1965, pp. 381 y ss.; KOCH, “Pater semper incertus”, en *Rechtshistorische Journal*, IX, 1990, pp. 107 y ss. y LEFEBVRE, “Pater is est quem nuptiae demonstrant”: Jalons pour une histoire de la presomption de paternité”, en *Revue Historique de Droit Français et étranger*, LXIX, 1991, pp. 331 y ss.

⁴⁵ La presunción de paternidad se encuentra recogida en fuentes jurídicas pero también en las literarias. Entre las fuentes jurídicas, las más citadas son D. 1, 5, 12.- (*PAULUS, Libro XIX, Responsorum*).- *Septimo mense nasci perfectum partum, iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis; et ideo credendum est, eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse*; D. 38, 16, 3, 12.- (*PAULUS, Libro XIX, Responsorum*).- *De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit, et Divus Pius pontificibus rescripsit, iusto tempore videri natum...*; D. 38, 16, 3, 11.- (*ULPIANUS libro XIV ad Sabinum*).- *Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem*; D. 28, 2, 29, pr.- (*SCAEVOLA libro VI Quaestionum*).- *Gallus sic posse institui postumus nepotes induxit: « si filius meus vivo me morietur, tunc, si quis mihi ex eo nepos, sive quae neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus, nata erit, heredes sunt »*. Por lo que se refiere a los textos literarios, dos son los más importantes: Plin., *Nat. Hist.*, VII, 4.- *Ante septimum mensem haud unquam vitalis est. Septimo non nisi pridie posteriore plenilunio aut interlunio concepti nascuntur. Iratatinium in Ajipto est et octavo gigni. I am quidem et in Italia tales partus esse vitales contra priscorum opiniones... Masurius auctor est L. Papirium praetorem secundo herede lege agente bonorum possessionem contra eum dedisse quum mater partum se XIII mensibus diceret tulisse, quoniam nullum certum tempus pariendi statutum videretur*; y Aul. Gel., *Noct. Att.*, III, 16, 2.- *Memini ego Romae accurate atque sollicitae quaesitum, negotio non rei tunc parvae postulante, an octavo mense infans ex utero vivus editus et statim mortuus ius trium liberorum supplevisset, cum abortio quibusdam, non partus videretur mensis octavi intempestivitas*. Vid. a este respecto también Paul. Sent., IV, 9, 5.- *Septimo mense natus matri prodest: ratio enim Pythagorei numeri hoc videtur admittere, ut aut septimo mense pleno, aut decimo mense partus maturus videatur*; Cic., *De natura deor.*, II, 27, 69; Plin., *Nat. Hist.*, VII, 5, 38-40; Cens., *De die natali*, VII, 2 y IX, 11; Macr., *Comm. in somn. Scip.*, I, 6, 14. Igualmente, Justiniano en su *Novella 39*, rechazaba la herencia legítima del padre a la viuda que presentara a un hijo a los once meses de la muerte del marido: *...nondum enim completo anno, undecimo mense perfecto, peperit, ut non esset possibile dicere, quia de defuncto fuisset partis; neque enim in tantum tempus conceptionis extensum est*.

⁴⁶ Un texto de Plutarco –*Numa*, XII, 2— da noticia del origen religioso de la costumbre, al relatar como, entre las prácticas funerarias establecidas por Numa, se encontraba la obligación de las mujeres de *lugere* al marido

evidente que su finalidad era evitar la *turbatio sanguinis* y las posibles confusiones en cuanto a la paternidad del marido fallecido⁴⁷. Por tanto, el hijo adquiriría la condición de *iustus filius* o *legitimi* incluso si, con anterioridad a su nacimiento, el padre fallecía o los cónyuges se habían divorciado. La presunción de paternidad, además, únicamente se destruía por la ausencia del marido o por enfermedad que le hubiera impedido engendrar de forma temporal o permanente⁴⁸; ni siquiera la declaración de adulterio de la mujer destruía esta presunción⁴⁹.

durante diez meses, tiempo en el que no podían contraer matrimonio. Esta norma consuetudinaria aparece recogida también en diversos textos jurídicos y parece evidente que se encaminaba a evitar la *turbatio sanguinis* y las posibles confusiones en cuanto a la paternidad del marido fallecido. Por ello, el marido no tenía obligación de *lugere* a la mujer, como viene reflejado en D. 3, 2, 9, *pr.* y el luto para los hijos no era impedimento para contraer nupcias, como aparece recogido en D. 3, 2, 11, *pr.* Vid. respecto al *tempus lugendi*, D. 3, 2, 1, *pr.*, texto en el que se castigaba con la nota de infamia al que ostentara la potestad sobre la mujer viuda que hubiera contraído matrimonio antes de que transcurriera el tiempo de luto establecido: D. 3, 2, 1.- (*IULIANUS libro I ad Edictum*) *Praetoris verba dicunt: “infamia notatur qui ab exercitu ignominiae causa ab imperatore eove, cui de ea re statuendi potestas fuerit, dimissus erit: qui artis ludicrae pronuntiandive causa in scaenam prodierit: qui lenocinium fecerit: qui in iudicio publico calumniae praevaricationisve causa quid fecisse iudicatus erit: qui furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve erit: qui pro socio, tutelae, mandati depositi suo nomine non contrario iudicio damnatus erit: qui eam, quae in potestate eius esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit: eamve sciens quis uxorem duxerit non iussu eius, in cuius potestate est: et qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit: quive suo nomine non iussu eius in cuius potestate esset, eiusve nomine quem quamve in potestate haberet bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit.”*; Vid. también C. 2, 12, 15.- (*Imp. GORDIANUS A. SULPITIAE*).- *Decreto amplissimi ordinis luctu foeminarum deminuto, tristior habitus ceteraque hoc genus insignia mulieribus remittuntur, non etiam intra tempus, quo elugere maritum moris est, matrimonium contrahere permittitur, quum etiam, si nuptias alias intra hoc tempus secuta est, tam ea, quam is, qui sciens eam duxit uxorem, etiam si miles sit, perpetuo edicto labem pudoris contrahat* y *Frag. Vat. 320.- Secuntur haec verba: “Et qui eam, quam in potestate habet, genero mortuo, cum eum mortuum esse tum sciret, in matrimonium conlocaverit eamve sciens uxorem ducere passus fuerit, quaeve virum parentem liberosve suos uti moris est non eluxerit, quaeve cum in parentis sui potestate non esset, viro mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, nupserit*. Igualmente, Justiniano en su *Novella 39, 2*, rechazaba la viuda que presentara a un hijo a los once meses de la muerte del marido. Acerca del tema del *tempus lugendi*, vid., entre otros, VOLTERRA, “*Osservazioni sull’obbligo del lutto nell’editto pretorio*”, en *RISG*, LXX, 1933, pp. 171 y ss.; RASI, “*Tempus lugendi*”, en *Scritti Ferrini*, I, Milano, 1947, pp. 395 y ss.; GARCIA SANCHEZ, “*Algunas consideraciones sobre el “tempus lugendi”*”, en *RIDA*, XXIII, 1976, pp. 141 y ss.

⁴⁷ D. 3, 2, 9, *pr.* – (*PAULUS libro V ad edictum*).- *Uxores viri lugere non compelluntur. 1.- Sponsi nullus luctus est*; D. 3, 2, 11, *pr.*– (*ULPIANUS libro VI ad edictum*).- *Liberorum autem et parentum luctus impedimento nuptiis non est*.

⁴⁸ D. 1, 6, 6.- (*ULPIANUS libro IX ad Sabinum*).- *...Sed si fingamus abfuisse maritum, verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua, placet nobis Iuliani sententia, hunc non esse mariti filium. Non tamen ferendum Iulianus ait eum, qui cum uxore sua assidue moratus nolit filium agnoscere, quasi non suum. Sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet maritum aliquanmdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente vel alia causa, vel si ea valetudine paterfamilias fuit, ut generare non possit, hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse*. Ni siquiera la declaración de adulterio de la mujer destruía la presunción de paternidad del marido: D. 22, 3, 29, 1.- (*SCAEVOLA libro IX Digestorum*).- *Mulier gravida repudiata, filium enixa absente marito, ut spurium in actis professa est; quaesitum est, an is in potestate patris sit, et matre intestata mortua iussu eius hereditatem matris adire*

La principal ventaja que se constata para los hijos nacidos de padres unidos en *iustae nuptiae* es que la paternidad de éstos se reconoce desde su concepción y no se destruye salvo que se produzcan situaciones de excepcional relevancia. Este respaldo jurídico que para los hijos concebidos *ex iustis nuptiis* tenía el nexo que ya biológicamente les unía a sus padres tiene su máximo exponente en la regla de fijación del *status* que, como se ha tenido ocasión de mencionar, ordenaba que los hijos siguieran en su condición jurídica al padre⁵⁰.

Con independencia de lo anterior, esto es, de seguir la condición del padre, también se ha mencionado que para la determinación de su *status*, el *iustus filius ex conceptionis tempore statum sumunt*, regla que le reportaba indudables ventajas ya que consolidaba su posición en el momento en que era concebido y, por tanto, permanecía inalterable hasta su nacimiento⁵¹. De ahí que un hijo legítimo siempre nacería libre y *iustus filius* porque, al asegurar su *status libertatis y familiae* en la concepción, en nada le afectaban los cambios que posteriormente pudieran devenir, como la pérdida de libertad del padre, su muerte o la disolución de su matrimonio⁵². A este respecto, las fuentes ofrecen diversos supuestos en los que se constata la inalterabilidad del *status* del hijo y la carencia de repercusión de los posteriores cambios de circunstancias que se hubieran producido tras su concepción.

Comenzando por el *status libertatis*, se debe advertir que en época clásica sólo podían contraer *iustae nuptiae* los ciudadanos romanos con algunas excepciones a favor de latinos y peregrinos a quienes se les reconocía el *ius conubii*; por tanto, puesto que los padres necesariamente debían gozar de libertad, el hijo concebido *ex iustis nuptiis* siempre

possit, nec obsit professio a matre irata facta? Respondit, veritati locum superfore; y D. 48, 5, 11, 9.- (PAPINIANUS libro singulari de Adulteriis).- Quae propter impuberem filium vult dilationem ab accusatore impetrare, an debeat audiri? Respondi: non videtur mihi confugere ea mulier ad iustam defensionem, quae aetatem filii praetendit ad eludendam legitimam accusationem; nam non utique crimen adulterii, quod mulieri obiicitur, infanti praeiudicat, quum possit et illa adultera esse, et impubes defunctum patrem habuisse.

⁴⁹ Vid. D. 22, 3, 29, 1 y D. 48, 5, 11, 9, transcritos en la nota anterior.

⁵⁰ Vid. *Gai, Inst.*, I, 80; D. 1, 5, 19 y *Ulp., Reg.*, V, 8.

⁵¹ *Gai, Inst.*, I, 89; *Ulp., Reg.*, V, 10 y *Epitome Gai* I, 4, 9, citados en la nota 27. Vid. a este respecto, ALBERTARIO, “*Conceptus pro iam nato habetur...*”, *op. cit.*, pp. 3 y ss. ; ARCHI, *L’Epitome Gai*”, *Studio sul tardo Diritto Romano in Occidente*, Milano, 1937, pp. 133 a 139; VACCA, “*Recens. a Archi, (L’Epitome Gai)*”, en *INDEX*, XXI, 1993, pp. 391 y ss.

⁵² Vid. COSTA, *Storia del diritto romano dalle origini alle compilazione giustinianee*, Torino, 1925, p. 128.

ostentaría la condición de libre a su nacimiento⁵³. Esta afirmación se pone de relieve en diversas fuentes y, así, en *Gai, Inst.*, I, 91, a propósito del caso de una mujer romana que, estando embarazada, se convierte en esclava por aplicación del senadoconsulto Claudiano⁵⁴, se afirma que *siquidem ex iustis nuptiis conceptus si ciuem Romanum ex ea nasci*:

Gai, Inst., I, 91.- *Item si qua mulier ciuis Romana praegnas ex senatusconsulto Claudiano ancilla facta sit ob id, quod alieno seruo inuito et denuntiante domino eius <coierit>, conplures distinguunt et existimant, siquidem ex iustis nuptiis conceptus si ciuem Romanum ex ea nasci...*

Puede que, como afirma Gómez-Iglesias⁵⁵, el texto no sea todo lo claro que debería ser, pero tal oscuridad quizás sea debida, a nuestro juicio, a la intención del jurista por dejar claramente establecido que el *status* del hijo legítimo no se debía ver afectado en ningún caso por la pérdida de libertad de la madre, y, por tanto, debía nacer libre. Se debe entender a este respecto —y de ahí la falta de claridad con la que Gómez-Iglesias ha tachado al fragmento— que el hijo, sin duda, era fruto del matrimonio anterior al contubernio con el esclavo, pero a pesar de ello, lo relevante es que Gayo señala sin ninguna duda que el empeoramiento de la condición de la madre no afecta al hijo legítimo⁵⁶.

Otro texto significativo se encuentra en *Epitome Gai* I, 4, 9, fragmento en el que, a pesar de la discusión respecto a su claridad⁵⁷, se refleja claramente que la pérdida de libertad de la

⁵³ Así, *ingenui sunt qui liberi nati sunt*, como expresa Gayo en sus Instituciones, I, 11.

⁵⁴ El senadoconsulto Claudiano castigaba a la mujer libre y ciudadana romana que se unía a un esclavo y persistía en el contubernio a pesar de la oposición del patrono. La mujer perdía la ciudadanía y la libertad pasando a ser esclava del dueño, una vez que éste hubiera requerido formalmente tres veces a la mujer para que abandonara las relaciones con el esclavo. Vid. *Gai, Inst.*, I, 84, 91 y 160; I, 3, 12 y C. 7, 24. En cuanto a la doctrina, vid. ZILETTI, “*In tema di “servitus poenae” (note di diritto penale tardoclassico)*”, en *SDHI*, XXXIV, 1968, pp. 32 y ss.; MURGA, “*Una nueva versión del contubernio claudiano en el Codex Teodosiano*”, en *RIDA*, XXVIII, 1981, pp. 163 y ss. y OSABA, “*El s.c. Claudiano en la Lex Visigothorum*”, en *Actas del III Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, León, 1998, pp. 259 y ss.

⁵⁵ GÓMEZ-IGLESIAS, “*Nasciturus. El status jurídico del concebido*”, en *Seminarios de la Universidad Complutense de Madrid*, IX-X, pp. 287 y ss., en especial p. 302, n. 33. El autor califica el texto de “*rebuscado*” en su exposición.

⁵⁶ Por el contrario, Gayo distingue la situación del hijo ilegítimo, al que sí le afecta la pérdida de libertad de la madre: *seruum nasci eiuscuius mater facta esset ancilla*.

⁵⁷ Según ALBERTARIO (“*Conceptus pro iam nato habetur...*”, *op. cit.*, p. 28), en el *Epitome* de Gayo se encuentra la regla clásica del derecho romano en cuanto al *status* del concebido; sin embargo, ARCHI, (*L’ “Epitome Gai”*, *op. cit.*, p. 133 a 139), opina que la *regula iuris* que cita el *Epitome* se debe comparar con las

madre –hecho que ocasiona la disolución de su matrimonio— en nada afecta a la condición del hijo que nacerá libre por haber fijado su *status* cuando existía *legitima coniunctio*⁵⁸:

Epitome Gai I, 4, 9.- ...Ac proinde de legitima coniunctione conceptus, etiamsi mater eius statum mutet, id est, si ancilla fiat, ille, qui legitime conceptus est, ingenuus nascitur....

Por lo que se refiere al *status familiae*, son diversas las fuentes en las que se puede apreciar el principio de inalterabilidad del citado *status* para los hijos legítimos, cuando tiene lugar un cambio de circunstancias posterior a su concepción *ex iustis nuptiis*. Así, en D. 1, 6, 8, se afirma que la enfermedad mental del padre, sobrevenida tras la concepción del hijo, no afectaba a la posición familiar de éste, naciendo *in potestate*:

D. 1, 6, 8.- (ULPIANUS, libro XXVI ad Sabinum).- Patre furioso liberi nihilominus in patris sui potestate sunt. Idem et in ómnibus est parentibus, qui habent liberos in potestate; nam quum ius potestatis moribus sit receptum, nec possit descíñere quis habere in potestate, nisi exierint liberi quibus casibus solent, nequaquam dubitandum est, remanere eos in potestate. Quare non solum eos liberos in potestate habebit, quis ante furorem genuit, verum et si qui ante furorem concepti in furore editi sunt; sed et si in furore atente eo uxor concipiat, videndum, an in potestate eius nascatur filius; nam furiosus licet uxorem ducere non possit, retinere tamen matrimonium potest. Quod quum ita se habeat, in potestate filium habebit. Proinde et si furiosa sit uxor, ex ea ante conceptus in potestate nascetur; sed et in furore eius conceptus ab eo, qui non fuerbat, sine dubio in potestate nascetur, quia retinetur matrimonium. Sed et si ambo in furore agant, et uxor et maritus, et tunc concipiat, partus in potestate patris nascetur, quasi voluntatis reliquiis in furiosis manentibus; nam quum consistat matrimonium altero furente, consistet et utroque.

El fragmento pone de manifiesto que, si bien el *furiosus* no puede contraer matrimonio – porque ese enlace adolecería de un vicio de falta de consentimiento que ocasionaría su

normas legislativas de la época, constatando la concordancia entre ambas. Por lo tanto, para el autor el texto no puede ser tachado de antigüedad.

⁵⁸ En época clásica, la *capitis deminutio* máxima o media de cualquiera de los cónyuges provocaba la disolución del matrimonio, puesto que para contraer *iustae nuptiae* marido y mujer debían ser necesariamente libres; por tanto, la pérdida de libertad de la mujer, aunque el texto no lo manifieste expresamente, tenía como efecto inmediato la disolución de su matrimonio.

nulidad—, una vez que se ha contraído, la locura sobrevenida no disuelve el mismo⁵⁹; por tanto, *non solum eos liberos in potestate habebit, quis ante furorem genuit, verum et si qui ante furorem concepti in furore editi sunt*.

Otro fragmento expresivo del principio que se examina se encuentra en las Instituciones de Gayo –I, 135— en el que se relata el caso de un padre *alieni iuris* que sufre la triple *mancipatio*⁶⁰ cuando su hijo ya estaba concebido; como es sabido, la tercera mancipación ocasionaba la disolución del vínculo de la *patria potestas* entre *paterfamilias* y *filius*, en el supuesto de que se hubiera concebido un hijo con anterioridad a la *emancipatio*, el nieto quedará bajo la patria potestad del abuelo, situándose como *alieni iuris* en el seno la familia a la que había pertenecido el padre⁶¹:

Gai, Inst., I, 135.- Qui ex filio semel iterumue mancipato conceptus est, licet post tertiam mancipationem patris sui nascatur, tamen in aui potestate est, et ideo ab eo et emancipari

⁵⁹ D. 23, 2, 16, 2.- (PAULUS libro XXXV ad Edictum).- *Furor contrahi matrimonium non sinit, quia consensu opus est; sed rec te contractum non impedit*.

⁶⁰ Con el acto de emancipación, el *alieni iuris* puede sufrir dos tipos de cambios en su *status familiae*: por un lado, en caso de que el hijo fuera entregado *in mancipio* a otro *pater*, perdía todo vínculo con su familia *proprio iure* con las consecuencias inherentes a esa ruptura, tales como la imposibilidad de sucesión a la muerte del *pater*; por otro lado, en el supuesto de que se produjeran tres ventas, el hijo pasaría a ostentar la posición de *sui iuris*; éste supuesto, contemplado como castigo en la Ley de las XII Tablas, se convirtió posteriormente en el procedimiento utilizado por el *pater* cuando quería independizar al hijo sin someterlo a otra *patria potestas*. Vid. a este respecto *Gai, Inst.*, I, 132, 162 y 166; I. 1, 16, 3 y D. 4, 5, 3, 1. Sobre la triple venta del hijo, vid., entre otros autores, MITTEIS, “Lateinische Emanzipationsurkunde aus dem dritten Jhd. N. C.”, en *Festschrift B. Lauhn*, 1912; DE FRANCISCI, “Il P. lips. inv. n. 136 e un’opinione del Mitteis”, en *Foro Italiano*, XXXVIII, 1913, pp. 230 y ss.; SOLAZZI, “Condictio emancipationis”, en *Arch. Giur.*, LXXXVI, 1921, pp. 68 y ss.; IDEM, “Manumissio ex mancipatione”, en *Atheneum*, V, 1927, pp. 101 y ss.; LEVY-BRUHL, “Si pater filium ter venum duit filius a patre liber esto”, en *Nouvelles Etudes*, pp. 80 y ss.; YARON, “Si pater filium ter venum duit”, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XXXVI, 1968, pp. 57 y ss.; CAPOGROSSI, “Ancora sui poteri del paterfamilias”, en *BIDR*, LXXIII, 1970, pp. 357 y ss.; KELLY, *Dauber noster*, Edimburg, 1974, pp. 183 y ss.

⁶¹ Por lo tanto, sólo el hijo que fue concebido y nacido después de la tercera *mancipatio* no quedará sujeto a la potestad del *pater*: D. 1, 7, 14.- (POMPONIIUS libro V ad Sabinum).- *Sed etiam nepos ex filio apud adoptarum patrem conceptus et natus per emancipationem iura omnia perdit*. No ocurre lo mismo, como se ha podido observar, en el supuesto de que el hijo ha sido concebido sin que el padre estuviera todavía emancipado, ya que en este caso, conservará el *status familiaris*: I. 1, 12, 9.- (QUIBUS MODIS IUS POTESTATIS SOLVITUR).- *Illud autem scire oportet, quod, si nurus tua ex filio tuo conceperit, et filium postea emancipaveris, vel in adoptionem dederis praegnante nuru tua, nihilominus quod ex ea nascitur, in potestate tua nascitur. Quod si post emancipationem vel adoptionem conceptus fuerit, patris sui emancipati vel avi adoptivi potestati subiicitur*.

*et in adoptionem dari potest. At is qui ex eo filio conceptus est, qui in tertia mancipatione est, non nascitur in aui potestate*⁶².

Resta examinar las fuentes relativas al *status civitatis*, donde también se encuentra reflejada la idea de la estabilidad en la condición jurídica del hijo legítimo; a este respecto, se pueden traer a colación dos textos, uno de las Instituciones de Gayo y otro del Digesto, en los que se afirma que la pérdida de la posición de la madre no afectaba al *status* del hijo si había sido concebido en *iustae nuptiae*:

Gai, Inst., I, 90.- Itaque si cui mulieri ciui Romanae praegnati aqua et igni interdictum fuerit, eoque modo peregrina facta tunc pariat, conplures distinguunt et putant, siquidem ex iustis nuptiis conceperit ciuem Romanum ex ea nasci...

D. 1, 5, 18.- (ULPIANUS libro XXVII ad Sabinum).- (...) Sed si eim que ex iustis nuptiis concepit, aqua et igni interdictum est, civem Romanum parit, et in potestate patris.

Se trata de dos casos en los que una mujer embarazada, ciudadana romana, pierde la ciudadanía al habersele impuesto la pena del destierro o aplicado el *interdictum aqua et igni*⁶³; sin embargo, el empeoramiento de la condición de la madre, que pasa a ser extranjera, no afecta al hijo que nacerá libre, ciudadano romano y se situará *in potestate patris*, porque consolidó su posición en la concepción.

⁶² Sobre *Gai, Inst.*, I, 135, vid. AMIRANTE, “*Gai I. 135: appunti per la storia del dogma della pendenza*”, en *BIDR*, LXIV, 1961, pp. 109 a 125, donde estudia el texto de las Instituciones desde la perspectiva histórica del dogma de la pendencia y expone su teoría respecto del tiempo en el que surge la opinión favorable a que la situación jurídica del hijo concebido mientras el padre se encuentra *in tertia mancipatione* está en situación de pendencia, esto es, caerá bajo su potestad si es manumitido, mientras que devendrá *sui iuris* si el padre muere *in mancipio*. También se ocupan del tema DESSERTAUX, *Études sur la formation historique de la Capitis deminutio*, París, 1919-26, pp. 237 y ss.; COLI, *Capitis deminutio*, Firenze, 1922, pp. 52 y ss.; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, op. cit., pp. 138 y ss.; ELLUL, *Etude su l’evolution et la nature juridique du mancipium*, Burdeos, 1936, pp. 111 y ss.; KASER, “*Ruhende und verdrängende Hausgewalt*”, en *ZSS*, LIX, 1939, pp. 33 y ss.; IDEM, “*Zur altrömischen Hausgewalt*”, en *ZSS*, LXVII, 1950, pp. 485 y ss.; GIOFFREDI, “*Pendenza e sospensione dalle fonti romane alla dommatica moderna*”, en *SDHI*, XXII, 1956, pp. 139 y ss.

⁶³ Vid. BALESTRI FUMIGALLI, “*Spes vitae*”, en *SDHI*, XLIX, 1983, pp. 344 y ss. y ZILETTI, “*In tema di “servitus poenae...”*”, op. cit., p. 87.

3. Situaciones de desigualdad en la categoría de hijos legítimos debido a la ciudadanía del padre: discriminación en el *status civitatis* y *familiae*.

La adquisición de la cualidad de *iustus filius* por parte de los nacidos de un matrimonio celebrado entre *cives*, suponía una garantía indudable para la obtención de un *status* más favorable si se comparaba con los hijos que provenían de uniones *iniustae*, esporádicas o prohibidas por el derecho: el *iustus filius* nacía con la condición de libre, ciudadano romano y bajo la potestad paterna; no así el hijo ilegítimo que podía llegar a nacer esclavo, no ostentar la ciudadanía romana y, por supuesto, carecía de *status familiae*. Ahora bien, el beneficio que obtenían los hijos legítimos de *cives* por aplicación de la regla para la fijación del *status* y, sobre todo, por el reconocimiento de la paternidad legítima, desaparecía cuando los hijos nacían de *iustae nuptiae* entre *cives* y latinos y peregrinos a quienes el ordenamiento jurídico había concedido el *ius conubium*⁶⁴, ya que entonces la cualidad de *iustus filius* no constituyó la garantía de una mejor posición jurídica.

Los matrimonios mixtos en los que el padre ostentaba la ciudadanía romana no presentaban ningún problema para el *status* del hijo: con independencia de la ciudadanía de la madre, éste seguiría la condición del padre, naciendo libre, ciudadano romano, *iustus filius* y situándose bajo su patria potestad⁶⁵. No ocurría lo mismo, sin embargo, en los matrimonios en los que el padre no era ciudadano romano, puesto que entonces el hijo, al seguirle en su condición, nacía latino o peregrino como él; y de nada servía en este caso que la madre ostentara la ciudadanía romana, puesto que el derecho de matrimonio otorgaba al hijo el *status* del padre. La situación de discriminación para el *iustus filius* de padre latino o peregrino resultaba todavía más paradójica si se tiene en cuenta que, en el mismo supuesto, el hijo ilegítimo podía nacer ciudadano romano si la madre ostentaba ese *status*, ya que, en este caso, el padre no tenía relevancia jurídica.

⁶⁴ Gai, *Inst.*, I, 56.- *Iustas autem nuptias contraxisse liberosque iis procreatos in potestate habere cives Romani ita intelleguntur, si ciues Romanas uxores duxerint uel etiam Latinas peregrinasue, cum quibus conubium habeant...*

⁶⁵ Gai, *Inst.*, I, 76.- *...nam alioquin si ciuis Romanus peregrinam cum qua ei conubium est uxorem duxerit, sicut supra quoque diximus, iustum matrimonium contrahitur, et tunc ex his qui nascitur, ciuis Romanus est et*

En cualquier caso, y con independencia del análisis que se efectuará a continuación de la discriminación que provocó el reconocimiento de la paternidad en los hijos legítimos de padre latino o peregrino y las distintas soluciones que adoptaron en cada caso para eliminar la desigualdad producida, sí cabe constatar desde ahora que, en derecho clásico, se producirá la quiebra del principio de igualdad no sólo en la dicotomía hijos legítimos-hijos ilegítimos, sino también en el seno de la primera categoría, donde existieron marcadas diferencias en la condición ciudadana y familiar de los hijos dependiendo del *status civitatis* que ostentaba el padre; no se produjo discriminación en cuanto al *status libertatis*, sin embargo, porque tanto en matrimonios de *cives* como en los mixtos los padres siempre debían ser libres, por lo que el hijo tendría garantizada esa condición al nacer.

A) *Status familiae*.

La posición familiar de los hijos nacidos *ex iustis nuptiis* resultaba muy diferente dependiendo de la ciudadanía de los padres, ya que, si bien todos los *fili* adquirirían la cualidad de hijo legítimo, sólo aquellos de padre romano adquirirían la condición de *suus*, situándose bajo la *patria potestas* del padre o la de su *paterfamilias* si era *alieni iuris* y haciendo surgir los vínculos agnaticios con el resto de miembros pertenecientes a la familia. Este *status familiae* se consideraba un *ius proprium Romanorum*⁶⁶, vetado a los padres que no ostentaban la ciudadanía romana, por lo que la condición de sus hijos —a quienes el ordenamiento reconocía como legítimos— no guardaba paralelismo jurídico con los nacidos de *cives*.

A este respecto, las Instituciones de Gayo contienen la aplicación de una corrección en el caso de los hijos de padre latino y madre romana, siempre que el matrimonio se hubiera celebrado al amparo de la *lex Aelia Sentia*⁶⁷, porque en este caso, si bien el hijo no podía

in potestate patris erit; Gai, Inst., I, 56.- ...cum enim conubium id efficiat, ut liberi patris condicionem sequantur, euenit, ut non <solum> ciues Romani fiant, sed etiam in potestate sint.

⁶⁶ *Gai, Inst., I, 55.- Item in potestate nostra sunt liberi nostri quos iustis nuptiis procreauimus. Quod ius proprium ciuium Romanorum est...*

⁶⁷ La *lex Aelia Sentia*, según relata el texto, concedía el *ius conubium* a los latinos. Vid. a este respecto, CASTELLO, “Il cosiddetto *ius migrandi* dei latini a Roma. Ricerche in tema di concessione e accertamento degli *status civitatis et familiae* dal 338 al 95 a.C.”, en *BIDR*, LXI, 1958, pp. 209 y ss. y DE DOMINICIS, “La latinitas Iuniana e la legge *Elia Sentia*”, en *Scritti Romanistici*, I, Padova, 1970, pp. 181 y ss.

estar bajo la patria potestad paterna en el momento de nacer, se estableció que entrara *ipso iure* bajo su potestad si con posterioridad el padre obtenía la ciudadanía romana:

*Gai, Inst., I, 66.- Aliquando autem euenit, ut liberi, qui statim ut nati sunt, parentum in potestatem non fiant, ii postea tamen redigantur in potestatem, sed si postea causa probata ciuitatem Romanam consecutus fuerit, simileum in potestate sua habere incipit*⁶⁸.

En el supuesto de que el padre fuera peregrino, sin embargo, las fuentes ofrecen un trato diferenciado porque, aunque tanto él como los hijos obtuvieran la ciudadanía romana, estos no se someterían a su patria potestad de forma automática; se necesitaba una decisión expresa del emperador y sólo en el caso de que éste estimara que podía haber una ventaja para los hijos, en aplicación del principio del *favor filii*, se podría conceder ese derecho:

Gai, Inst., I, 93.- Si peregrinus sibi liberisque suis ciuitatem Romanam petierit, non aliter filii in potestate eius fiunt, quam si imperator eos in potestatem redegerit...

Se evidencia, pues, un trato diferenciado para latinos y peregrinos que probablemente tuviera su causa, como observa Gaudemet, en que para el pueblo romano los latinos nunca habrían sido considerados como extraños, al contrario que los peregrinos, ciudadanos ajenos a las costumbres y leyes romanas⁶⁹.

B) *Status civitatis.*

Idéntica situación a la examinada anteriormente se observa en relación con la condición ciudadana que adquirirían los hijos; también en este caso las fuentes muestran un trato desigual dentro de la categoría de los hijos legítimos tendente a perjudicar a aquellos cuyo padre tenía la condición de peregrino, hasta el punto de que incluso llegaron a tener una peor situación que los hijos ilegítimos. En efecto, ya se ha mencionado que el nacido de

⁶⁸ También *Gai, Inst., I, 95.- Alia causa est eorum, qui Latii iure cum liberis suis ad ciuitatem Romanam perueniunt; nam horum in potestate fiunt liberi.*

⁶⁹ GAUDEMET, “L’*étranger dans le monde romain*”, en *Studii Classice*, VII, 1965, pp. 37 y ss.

iustae nuptiae seguía al padre en su condición, naciendo latino o peregrino, *tamquam si ex peregrina eum procreasset*, como consta en las Insituciones de Gayo:

Gai, Inst., I, 77.- Item si ciuis Romana peregrino, cum quo ei conubium est, nupserit, peregrinus sane procreatur et is iustus patris filius est, tamquam si ex peregrina eum procreasset...

Se constata, pues, un agravio comparativo respecto de los hijos en los que el padre ostentaba la ciudadanía romana, pero también, y esto resultaba quizás más sorprendente, respecto a los hijos ilegítimos, que sí adquirirían el *status* de *cives* si la madre era ciudadana romana. La solución a esta situación de desigualdad vino a través de disposiciones especiales dictadas durante la época de Adriano dirigidas, bien a favorecer la posición de los hijos nacidos en *iustae nuptiae*, bien, como en el caso de la *lex Minicia*, a perjudicar la situación del hijo nacido de unión *iniusta*. No obstante, de nuevo se debe advertir que las fuentes muestran la introducción de criterios correctores en los supuestos en que el padre tenía la condición de latino, dejando de lado los casos en que el padre era extranjero; así, los matrimonios entre ciudadanos latinos y ciudadanas romanas celebrados al amparo de la *lex Aelia Sentia* se vieron favorecidos por una disposición específica, concretamente un senadoconsulto de Adriano, en virtud del cual se modificaba la regla general de fijación del *status* para los hijos legítimos, ordenando que el hijo nacido ostentara siempre la condición de ciudadano romano⁷⁰:

Gai, Inst., I, 80.- Eadem ratione ex contrario ex Latino et ciue Romana, siue ex lege Aelia Sentia siue aliter contractum fuerit matrimonium, ciuis Romanus nascitur. Fuerunt tamen qui putauerunt ex lege Aelia Sentia contracto matrimonio Latinum nasci, quia uidetur eo casu per legem Aeliam Sentiam et Iuniam conubium inter eos dari, et semper conubium efficit ut, qui nascitur patris conditioni accedat; aliter uero contracto matrimonio eum qui nascitur iure gentium matris condicionem sequi et ob id esse ciuem Romanum. Sed hoc iure utimur ex senatusconsulto, quo auctore diuo Hadriano significatur, ut

⁷⁰ Tal disposición se encuentra corroborada en *Gai, Inst., I, 66.- Veluti si Latinus ex lege Aelia Sentia uxore ducta filium procreauerit... aut ciuem Romanum ex ciue Romana...*

*quoquo modo ex Latino et ciue Romana natus ciuis Romanus nascatur*⁷¹.

La alteración de la regla en este caso consistió en restar todo tipo de relevancia a la paternidad del hijo, haciendo que éste siguiera a la madre en su condición⁷², eliminando de esta forma la desigualdad que se había producido en relación con los hijos legítimos de padre romano. Ahora bien, se debe resaltar que, aunque el problema quedó zanjado, fue precedido de la polémica jurídica que se refleja en el texto; y es que la equiparación de derechos de los hijos legítimos de padre latino no era aceptada pacíficamente, porque algunos juristas entendieron que no se debía excepcionar la regla general y, por tanto, debían adquirir la condición de latino, aunque ello supusiera un agravio respecto a los ilegítimos.

Los hijos legítimos de padre extranjero, sin embargo, no merecen mención alguna, por lo que, aunque su madre ostentara la ciudadanía romana, nacería extranjero como consecuencia directa del reconocimiento de la paternidad. Así queda claramente reflejado en *Gai, Inst.*, I, 92, texto en el que, a propósito del matrimonio entre una extranjera —que posteriormente adquiere la ciudadanía romana⁷³— y un peregrino, celebrado conforme a las leyes y costumbres de su pueblo, se afirma que si el padre hubiera obtenido la ciudadanía romana con anterioridad al nacimiento, el hijo también nacería ciudadano romano; cabe inferir, por tanto, como supone Castello⁷⁴, que si el padre permanecía peregrino, el hijo también nacería con la misma condición⁷⁵:

⁷¹ SOLAZZI, "Glosse a Gaio", en *SDHI*, VI, 1940, p. 110 (= en *Studi Riccobono*, I, Palermo, 1936, pp. 73 y ss. y en *Vol. per il centenario delle Pandette*, Padova, 1942, pp. 295 y ss.), establece que *et Iuniam* es un glosema, por lo que los *latinii iunianii* no tendrían *ius conubium* con las ciudadanas romanas, ostentándolo únicamente los latinos elianos.

⁷² A este respecto, también *Gai, Inst.*, I, 30 pone de manifiesto que *quia si uxor Latini ciuis Romana est, qui ex ea nascitur, ex nouo senatus consulto, quod auctore diuo Hadriano factum est, ciuis Romanus nascitur*.

⁷³ No queda del todo claro en el texto que la mujer hubiera obtenido la ciudadanía romana, si bien parece inferirse de la primera parte donde se menciona el caso de una extranjera embarazada convertida en romana y se cita a continuación el caso de que contrajera matrimonio conforme a las leyes de su pueblo; parece que el supuesto de hecho contemplado en la primera parte del texto resultará directamente aplicable a la segunda parte. No obstante, dado que se considera válido en cierto modo el matrimonio celebrado de acuerdo con las formalidades extranjeras, resulta superfluo el *status* de la madre, porque el hijo seguiría en todo caso la condición del padre.

⁷⁴ CASTELLO, "Sulla condizione del figlio concepito legittimamente e illegittimamente...", *op. cit.*, pp. 281-282. Le sigue en su interpretación, GOMEZ-IGLESIAS, "Nasciturus. El status jurídico...", *op. cit.*, p. 299.

⁷⁵ Para GOMEZ-IGLESIAS el senadoconsulto de Adriano, al hacer referencia a la procreación del hijo y condicionar la obtención de la ciudadanía a la circunstancia de que el padre la hubiera adquirido antes de su

Gai, Inst., I, 92.-...si uero ex peregrino secundum leges moresque peregrinorum conceperit ita uidetur ex senatusconsulto quod auctore diuo Hadriano factum est, ciuem Romanum parere, si et patri eius ciuitatas Romana donetur.

Se vuelve a constatar que existieron disposiciones que favorecían no sólo a hijos de ciudadanos romanos sino también a los de padre o madre latinos, estableciendo disposiciones especiales en su favor a fin de evitar situaciones de desigualdad entre ellos y también se pone de manifiesto otra vez la desprotección en la que quedaban los hijos de padre extranjero –que incluso tendrían una por situación que los hijos ilegítimos—, sin que se estableciera ninguna disposición que subsanara las injustas consecuencias que acarrearba el reconocimiento de la paternidad legítima⁷⁶.

Resta hacer referencia a los supuestos en que ciudadanos romanos o latinos contraían matrimonio con extranjeros en la creencia errónea de que ostentaban un *status* superior⁷⁷. A este respecto, las fuentes citan las correcciones que efectuó el senadoconsulto de Adriano cuando se conseguía probar la concurrencia de error en alguno de los cónyuges respecto al *status* del otro, si bien se establecían distintas soluciones para los diferentes supuestos. En

nacimiento, habría introducido una derogación a la máxima que regulaba el *status* de los hijos legítimos para otorgar una condición más favorable al mismo. Sin embargo, en nuestra opinión, no parece que se esté excepcionando la regla general, ya que si los padres habían adquirido la ciudadanía romana y el matrimonio era considerado válidamente celebrado, llevando aparejado inevitablemente el reconocimiento de la paternidad legítima; por ello, el hijo nacería ciudadano romano puesto que el padre también era romano. Vid. GOMEZ-IGLESIAS, “*Nasciturus. El status jurídico...*”, *op. cit.*, p. 299.

⁷⁶ No obstante lo anterior, se debe advertir que, si bien no se quiso favorecer a los hijos nacidos de matrimonios mixtos donde el padre era peregrino, lo cierto es que la desventaja que se producía respecto a los hijos ilegítimos se solucionó por la vía de empeorar la condición de éstos últimos con la promulgación de la *lex Minicia*, como se expondrá en el apartado correspondiente. Por tanto, si bien los hijos de padre peregrino continuaron sufriendo discriminación respecto a los de padre romano y latino –para los que si se habían dictado disposiciones específicas para resolver su inferior posición jurídica—, lo cierto es que la situación de desigualdad que se había producido respecto de los hijos ilegítimos si se eliminó al empeorar su condición ciudadana para que no ostentaran un mejor *status*. Así, se podría concluir que todos los hijos de padres extranjeros, legítimos o ilegítimos estarían equiparados en su *status civitatis* puesto que nacerían siempre con la condición de padre en cualquier caso.

⁷⁷ Vid. a este respecto, entre otros, PESCANI, “*Difesa minima di Gaio*”, en *Gaio nel suo tempo, Atti del Simposio romanistico*, pp. 93 y ss.; DE VISSCHER, “*La cittadinanza romana*”, en *Annali Catania*, III, 1949, pp. 1 y ss.; IDEM., “*Conubium et civitas*”, en *IURA*, II, 1951, pp. 140 y ss.; CASTELLO, “*L’acquisto della cittadinanza i suoi risli familiari nel diritto romano*”, *Milano*, 1951; VOLTERRA, “*L’acquisto della cittadinanza per matrimonio del peregrino*”, en *Studi Redenti*, II, 1951, pp. 403 y ss.; GIOFFREDI, “*Osservazione sul problema del diritto soggettivo nel diritto romano*”, en *BIDR*, LXX, 1967, p. 230; RABELLO, “*L’acquisto della “patria potestas”*”, en *BIDR*, LXXIX, 1976, pp. 193 y ss., en especial, p. 179.

efecto, si el error lo había padecido un ciudadano romano, tanto la mujer como los hijos adquirirían la ciudadanía romana, pasando éstos a estar bajo su *patria potestas* desde ese momento⁷⁸. Esta disposición se aplicaba tanto si la mujer era latina como peregrina, pero no si pertenecía a la clase de los *dediticii*, ya que en este caso sólo los hijos adquirirían la ciudadanía romana, manteniendo ella su condición de extranjera:

Gai, Inst., I, 67.- Item si ciuis Romanus Latinam aut peregrinam uxorem duxerit per ignorantiam, cum eam ciuem Romanam esse crederet, et filium procreaverit, hic non est in potestate eius, quia ne quidem ciuis Romanus est, sed aut Latinus aut peregrinus, id est eius condicionis, cuius et mater fuerit, quia non aliter quisque ad patris condicionem accedit, quam si inter patrem et matrem eius conubium sit: Sed ex senatus consulto permittitur causam erroris probare, et ita uxor quoque et filius ad ciuitatem Romanam perveniunt, et ex eo tempore incipit filius in potestate patris esse. Idem iuris est, si eam per ignorantiam uxorem duxerit, quae dediticiorum numero est, nisi quod uxor non fit ciuis Romana.

Idéntica prevención se establece en *Gai, Inst., I, 68* para el supuesto de que el error lo hubiera sufrido la mujer romana que contraía matrimonio con un latino o peregrino creyendo que era romano:

Gai, Inst., I, 68.- Item si ciuis Romana per errorem nupta sit peregrino tamquam ciui Romano, permittitur ei causam erroris probare, et ita filius quoque eius et maritus ad civitatem Romanam perveniunt, et aequae simul incipit filius in potestate patris esse. Idem iuris est, si peregrino tamquam Latino ex lege Aelia Sentia nupta sit; nam et de hoc specialiter senatus consulto cavetur. Idem iuris est aliquatenus, si ei, qui dediticiorum numero est, tamquam civi Romano aut Latino e lege Aelia Sentia nupta sit; nisi quod scilicet qui dediticiorum numero est, in sua condicione permanet, et ideo filius, quamvis fiat civis Romanus, in potestatem patris non redigitur.

⁷⁸ *Gai, Inst., I, 67.- Item si ciuis Romanus Latinam aut peregrinam uxorem duxerit per ignorantiam cum eam ciuem Romanam esse crederet, et filium procreaverit... sed ex senatusconsulto permittitur causam erroris probare, et ita uxor quoque et filius ad ciuitatem Romanam perveniunt, et ex eo tempore incipit filius in potestate patris esse. Idem iuris est si eam per ignorantiam uxorem duxerit qua dediticiorum numero est, nisi quod uxor non fit ciuis Romana.*

En el caso de que un hombre o mujer de ciudadanía latina hubieran contraído matrimonio por error con un ciudadano de peor condición, tal y como se constata en *Gai, Inst.*, I, 69 y 70, *omnes fiunt ciues Romani, et filius in potestate patris esse incipit*:

Gai, Inst., I, 69.- *Item si Latina peregrino, cum eum Latinum esse crederet, e lege Aelia Sentia nupserit, potest ex senatus consulto filio nato causam erroris probare: Et ita omnes fiunt cives Romani, et filius in potestate patris esse incipit. 70.- Idem constitutum est et si Latinus per errorem peregrinam quasi Latinam aut civem Romanam e lege Aelia Sentia uxorem duxerit.*

Por último, en *Gai, Inst.*, I, 71 se contempla el supuesto de que el ciudadano romano padeciera el error respecto de su propio *status* —*qui se credidisset Latinum esse*— y, por ese motivo, hubiera contraído matrimonio con una extranjera o latina:

Gai, Inst., I, 71.- *Praeterea si civis Romanus, qui se credidisset Latinum esse, ob id Latinam uxorem duxerit, permittitur ei filio nato erroris causam probare, tamquam si e lege Aelia Sentia uxorem duxisset: Item his, qui cum cives Romani essent, peregrinos se esse credidissent et peregrinas uxores duxissent, permittitur ex senatus consulto filio nato causam erroris probare. Quo facto fiet uxor civis Romana, et filius non solum ad civitatem Romanam pervenit, sed etiam in potestatem patris redigitur.*

En este caso, también se alcanzaba la ciudadanía romana por parte de todos los miembros familiares y el hijo *in potestatem patris redigitur*:

4. La filiación ilegítima en derecho clásico: categorías de *spurii* y efectos de su determinación.

La determinación de la cualidad de *iustus filius* en derecho clásico, basada en las *iustae nuptiae* de los padres, ocasionó que todos aquellos hijos que hubieran nacido fuera del denominado *matrimonium iustum* estuvieran agrupados bajo una sólo categoría —*spurii*— y ello pese al amplio elenco de circunstancias que presentan las fuentes que generarían la

ilegitimidad de los hijos. De ahí el similar tratamiento otorgado en las fuentes a los *spurii*, con independencia del motivo por el que esos hijos hubieran devenido ilegítimos: todos ellos son equiparados en su posición jurídica al *vulgo conceptus* o hijo de padre desconocido:

D. 1, 5, 23.- (MODESTINUS libro I. Pandectarum).- *Vulgo concepit dicuntur, qui patrem demonstrare non possunt, vel qui possunt quidem, sed eum habent, quem habere non licet; qui et spurii appellantur παρα την σποραν [a satione].*

Como afirma Modestino en el texto citado, se integrarían en la categoría de los *spurii* no sólo los hijos nacidos de uniones esporádicas o pasajeras, sino también aquellas en las que, teniendo hombre y mujer reconocido el *ius conubium*, carecían de la *affectio maritalis* necesaria para constituirse en *iustae nuptiae*; los hijos nacidos de estas uniones son conceptuados en las fuentes como aquellos *qui patrem demonstrare non possunt*. Junto a ellos, inmediatamente después, el jurista integra en el grupo de los *spurii* a los hijos que sí pueden demostrar quien es su padre —*qui possunt quidem*— pero *habere non licet*; y es que, en efecto, existían uniones que, fundamentalmente por razones de parentesco, el derecho prohibía y en las que *neque uxorem habere videntur neque liberos*⁷⁹, siendo calificadas de *incestas nuptias*⁸⁰.

⁷⁹ Gai, *Inst.*, I, 64.- *Ergo si quis nefaris atque incestas nuptias contraxerit, neque uxorem habere uidetur neque liberos*; I. 1, 10, 12.- *Si adversus ea, quae diximus, aliqui coierint, nec vir nec uxor nec nuptiae, nec matrimonium, nec dos intelligitur...*

⁸⁰ Gai, *Inst.*, I, 58.- *Non tamen omnes nobis uxores ducere licet; nam a quarundam nuptiis abstinere debemus*. Las prohibiciones se encuentran especificadas en Gai, *Inst.*, I, 59 a 64 y afectan a personas unidas por parentesco en línea directa y colateral, aunque sea por adopción: Gai, *Inst.*, I, 59.- *Inter eas enim personas, quae parentum liberorumue locum inter se optinent, nuptiae contrahi non possunt, nec inter eas conubium est, uelut inter patrem et filiam uel inter matrem et filium uel inter auum et neptem; et si tales personae inter se coierint, nefarias et incestas nuptias contraxisse dicuntur. Et haec adeo ita sunt, ut quamvis per adoptionem parentum liberorumue loco sibi esse coeperint, non possint inter se matrimonio coniungi, in tantum, ut etiam dissoluta adoptione idem iuris maneat; itaque eam, quae mihi per adoptionem filiae seu neptis loco esse coeperit, non potero uxorem ducere, quamvis eam emancipaverim*. 60.- *Inter eas quoque personas, quae ex transverso gradu cognatione iunguntur, est quaedam similis observatio, sed non tanta*. 61. *Sane inter fratrem et sororem prohibita sunt nuptiae, siue eodem patre eademque matre nati fuerint siue alterutro eorum: Sed si qua per adoptionem soror mihi esse coeperit, quamdiu quidem constat adoptio, sane inter me et eam nuptiae non possunt consistere; cum vero per emancipationem adoptio dissoluta sit, potero eam uxorem ducere; sed et si ego emancipatus fuero, nihil impedimento erit nuptiis*. 62.- *Fratris filiam uxorem ducere licet: Idque primum in usum uenit, cum divus Claudius Agrippinam, fratris sui filiam, uxorem duxisset: Sororis vero filiam uxorem ducere non licet. Et haec ita principalibus constitutionibus significantur*. 63.- *Item amitam et materteram uxorem ducere non licet. Item eam, quae mihi quondam socrus aut nurus aut priuigna aut nouerca fuit. Ideo autem diximus 'quondam', quia, si adhuc constant eae nuptiae, per quas talis*

La ilegitimidad también podía provenir cuando el nacimiento del hijo era fruto de uniones con esclavos⁸¹, cuando acontecía en una relación extramatrimonial⁸², pero también cuando el hijo nacía en el seno de uniones estables en las que los cónyuges carecían del *ius conubium* necesario para contraer *iustae nuptiae*; estas uniones eran calificadas de *iniustae*⁸³ y el hijo era equiparado igualmente en su posición al *vulgo conceptus*; de ahí que las expresiones *illegitime conceptus*, *non de legitimo matrimonio*, *vulgo conceptus* o *vulgo quaesitus*, se encuentran asimiladas en las fuentes, enmarcándose todas ellas en una misma categoría: hijos de padre incierto, denominados genéricamente *spurii*⁸⁴.

La consecuencia inmediata que se derivaba de la ilegitimidad era la falta de reconocimiento de la paternidad: el padre se tenía por desconocido y jurídicamente carecía de relevancia, y ello aunque se supiera, o incluso se pudiera demostrar, quien era. Por lo tanto, al contrario de lo que ocurría con el hijo nacido en *iustae nuptiae* en el que la paternidad del marido no sólo se reconocía, sino que incluso se presumía, en el caso de los hijos ilegítimos, el nexo biológico existente entre padre e hijo no tiene reflejo en el ámbito jurídico. Conforme con la máxima *mater semper certa est*, se consideraba que estos hijos tenían madre pero no

adfinitas quaesita est, alia ratione mihi nupta esse non potest, quia neque eadem duobus nupta esse potest neque idem duas uxores habere. 64.- Ergo si quis nefarias atque incestas nuptias contraxerit, neque uxorem habere uidetur neque liberos: Itaque hi, qui ex eo coitu nascuntur, matrem quidem habere uidentur, patrem vero non utique, nec ob id in potestate eius sunt, quales sunt ii, quos mater uulgo concepit: Nam et hi patrem habere non intelleguntur, cum is etiam incertus sit; unde solent spurii filii appellari uel a Graeca uoce quasi σποράδιον concepti nel quasi sine patre filii. En el mismo sentido, vid. I. 1, 10, 1 a 12.

⁸¹ Los hijos nacidos de uniones en las que uno de los padres era esclavo eran consideradas indignas y los hijos se integraban en la categoría de los *spurii*: C. 6, 55, 6.- (*Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. et CC. POSIDONIO*).- *Ex libera conceptus et servo uelut spurius habetur...* La indignidad de las relaciones de mujeres romanas con esclavos fue penalizada por el senadoconsulto Claudiano de forma severa, sancionando con la reducción a la esclavitud de la mujer libre que hubiera mantenido relaciones con un esclavo con la oposición de su dueño. Vid. *Gai, Inst.*, I, 84; I, 91 y I, 160; *Ulp., Reg.*, XI, 11; I. 3, 12 (13), 1 y C. 7, 24, que serán analizados más adelante en el apartado dedicado al *status libertatis* de los hijos nacidos de uniones en las que alguno de los padres carecía de libertad.

⁸² Para una visión genérica de las relaciones extramatrimoniales, vid. FERNANDEZ BAQUERO, “*Relaciones extramatrimoniales en época romana*”, en *Actas de las Primeras Jornadas Andaluzas de Derecho Romano*, Jaén, 1997, pp. 195 y ss. La autora diferencia la regulación de este tipo de relaciones en dos periodos: la época que va hasta el siglo III a.C. y la que comprende desde el citado siglo hasta la promulgación de las leyes augusteas.

⁸³ Respecto al matrimonio *iniustum* o *iure gentium*, vid. CORBETT, *Matrimonium iuris gentium*, en *LQR*, XLIV, 1928, pp. 305 y ss.

⁸⁴ *Ulp., Reg.*, V, 2.- *Qui matre quidem certa, patre autem incerto nati sunt, spurii adpellantur.*

padre⁸⁵, quedando claramente reflejada esta premisa en las fuentes, como ocurre en relación con los hijos habidos en *incestas nuptias*, donde Gayo deja claramente establecido que *matrem quidem habere videntur, patrem vero no utique*; manteniendo idéntico principio al referirse al *vulgo conceptus*⁸⁶.

La falta de reconocimiento de la relación paterno-filial ocasionaba que el hijo ilegítimo, cualquiera que sea la causa de su ilegitimidad, deba seguir por *lex naturae* la condición de la madre:

D. 1, 5, 19.- (*CELSUS libro XXIX. Digestorum*).-...*vulgo quaesitus matrem sequitur.*

Gai, Inst., I, 78.- ...quia ex eis inter quos non est conubium, qui nascitur iure gentium matris condicioni accedit ...

Gai, Inst., I, 80.- ...aliter uero contracto matrimonio eum qui nascitur iure gentium matris condicionem sequi...

Ulp., Reg., V, 8.- ...non interviniente conubio matris condicionis accedunt...

D. 1, 5, 24.- (*ULPIANUS libro XXVII ad Sabinum*).- *Lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur, nisi lex specialis aliud inducit*⁸⁷.

I. 1, 10, 12.- (*DE NUPTIIS*).-...*Nam nec hi patrem habere intelliguntur, quum his etiam incertus est: unde solent filii spurii*

⁸⁵ Vid. D. 2, 4, 3, en el que, a propósito de la prohibición de citación a juicio sin autorización del Pretor a los ascendientes, se afirma que son considerados ascendientes no sólo los *iustos liberos*, sino también et si *vulgo quaesitus sit filius, matrem in ius non vocabit*, añadiendo en D. 2, 4, 5 que la madre *semper certa est, etiamsi vulgo conceperit*.

⁸⁶ *Gai, Inst., I, 64*, citado en nota 79.

⁸⁷ Las expresiones *lex naturae* y *nisi lex specialis aliud inducit* de D. 1, 5, 24 han llevado a una parte de la doctrina romanística a considerar que el pasaje de Ulpiano se encuentra interpolado; entre ellos, EISELE, "Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen", en ZSS, X, 1.889, pp. 298 y ss.; ALBERTARIO, "Conceptus pro iam nato habetur...", *op. cit.*, p. 8; MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937, pp. 262 y ss.; LOMBARDI, *Sul concetto del ius gentium*, *op. cit.*, pp. 217 y ss. Otros autores han abogado por la genuinidad de D. 1, 5, 24, entre ellos, VOLTERRA, "Sulla D. I, 5, 24", *op. cit.*, pp. 541 y ss. y SANTORO, "Un'osservazione su Dionisio d'Alicarnasso VI. I. 2 e D. I. 5. 24", en *IURA*, IX, 1958, pp. 113 y ss.; LONGO, "Per l'interpretazione del Fr. 24, D. I, 5", en *IURA*, XVIII, 1967, pp. 20 y ss.; VOLTERRA, "Recensione a WATSON (The law of persons in the later Roman Republic)", en *IURA*, XIX, 1968, pp. 166 y ss.; FERNANDEZ BARREIRO, "El "ius gentium" como expresión de identidad de la cultura romano-helenística", en *Derecho común y derechos nacionales en la cultura jurídica europea*, La Coruña, 1991, pp. 22 y ss.

appellari, vel a Graeca voce, quasi σποραδην concepti, vel quasi sine patri filii...

Respecto al momento que se toma de referencia para la fijación del *status* de los *spurii* también se observa un peor tratamiento de estos hijos en cuanto que *statum sumunt ex eo tempore quo nascuntur*; de ahí que su posición jurídica quedaba supeditada a las variaciones que pudiera sufrir la condición de la madre durante todo el periodo de gestación, dependiendo totalmente del azar que el hijo pudiera ostentar un mejor o peor *status*. Mientras que para el hijo legítimo el *status* quedaba fijado desde su concepción, adquiriéndolo definitivamente en el nacimiento, para el ilegítimo tan sólo contaba este último momento, por lo que cualquier alteración que se produjera en la condición de la madre afectaría al hijo de forma inevitable.

La inseguridad jurídica provocada por la regla para la fijación del *status* del hijo ilegítimo ocasionó que se dictaran algunas disposiciones específicas inspiradas en el *favor filii*, alterando su rigurosidad o excepcionándola para algunos supuestos en que sí se tenía en cuenta la paternidad si favorecía al hijo, pero la finalidad de protección de los hijos legítimos también hizo que surgieran normas tendentes a alterar el régimen general pero no con ánimo de beneficiar a los hijos ilegítimos, sino para empeorar todavía más su condición jurídica, como ocurrió con la *lex Minicia*.

Para una mejor exposición de la repercusión que tuvo la regla general en cada uno de los estados personales de los hijos ilegítimos, se analizará por separado la problemática planteada en las fuentes respecto a los tres *status* y el trato diferenciado que se ofrece cuando se abordan las posibles soluciones para los hijos.

A) Carencia de posición en la familia del padre: condición de *sui iuris*.

La falta de reconocimiento jurídico del vínculo paterno-filial tenía como consecuencia lógica que los hijos ilegítimos carecieran por completo de vínculos con la familia paterna, pero tampoco se les reconocía nexo alguno respecto de la familia materna, estableciéndose

tan sólo un lazo —de connotaciones más morales que jurídicas— con la madre. A este respecto, son numerosos los textos que hacen referencia a que los hijos ilegítimos *in potestate patris non sunt* y ello aunque el hijo naciera de padre romano⁸⁸:

I. 1, 10, 12.- (*DE NUPTIIS*).- *Si adversus ea, quae diximus, aliqui coierint, nec vir nec uxor nec nuptiae, nec matrimonium, nec dos intelligitur. Itaque ii, qui ex eo coitu nascuntur, in potestate patris non sunt; quos mater vulgo concepit...*

Gai, Inst., I, 64.- ...nec ob id in potestate eius sunt, quales sunt hi quos mater vulgo concepit...

Gai, Inst., I, 87.- Quibus autem casibus matris et non patris condicionem sequitur qui nascitur, iisdem casibus in potestate eum patris, etiamsi is ciuis Romanus sit, non esse plus quam manifestum est.

Gai, Inst., I, 66.- Velut si Latinus ex lege Aelia Sentia uxore ducta filium procreauerit aut Latinum ex Latina aut ciuem Romanum ex ciue Romana, non habebit eum in potestate.

Gai, Inst., I, 67.- Item si ciuis Romanus Latinam aut peregrinam uxorem duxerit per ignorantiam, cum eam ciuem Romanam esse crederet, et filium procreauerit, hic non est in potestate eius, quia ne quidem ciuis Romanus est, sed aut Latinus aut peregrinus, id est eius condicionis cuius et mater fuerit, quia non aliter quisque ad patris condicionem accedit, quam si inter patrem et matrem eius conubium sit;

A este respecto se debe recordar, como se tuvo ocasión de comentar en el apartado correspondiente a los hijos legítimos, que, a través de normativa específica, se introdujeron algunas excepciones para los casos en que, por error en la condición del cónyuge, se hubiera contraído matrimonio ilegítimo⁸⁹: para los hijos nacidos de estas uniones, *senatum*

⁸⁸ En el caso uniones *iniustae*, aunque el padre fuera ciudadano romano, el hijo no se sometía a su potestad, toda vez que éste, siguiendo a la madre en su condición, no habría adquirido la ciudadanía romana; sólo se le daba al padre la patria potestad sobre el hijo en caso de que lograra demostrar que había padecido error en la condición jurídica de la esposa y alcanzaran todos la ciudadanía romana, como se afirma en *Gai, Inst., I, 67*, citado en nota 78.

⁸⁹ A este respecto, cabe advertir que nunca se reconocieron derogaciones a la regla general para el caso de uniones de romanos con esclavos: *Gai, Inst., I, 88.- Sed si ancilla ex ciue Romano conceperit, deinde manumissa, ciuis Romana facta sit et tunc pariat, licet ciuis Romanus sit qui nascitur, sicut pater eius, non*

interuenire et emendare uitium matrimonii, situándose bajo la patria potestad de su padre y adquiriendo así el correspondiente *status familiae*⁹⁰.

B) Condición ciudadana: reconocimiento de la paternidad para hijos de padres extranjeros con finalidad discriminatoria.

La situación de desigualdad que se había producido en cuanto a la adquisición del *status civitatis* de los hijos legítimos de padre peregrino y madre romana respecto de los ilegítimos —que quedaban en mejor situación porque nacían siempre ciudadanos romanos— hizo necesario que se tuvieran que dictar disposiciones especiales para solventar este agravio comparativo. Como se tuvo ocasión de mencionar, se solucionó mediante normativa específica la situación de los hijos legítimos nacidos de padres latinos y madres romanas, alterando el régimen general para que siguieran la condición de la madre en lugar de la del padre y nacieran así ciudadanos romanos.

No se estableció, sin embargo, ningún criterio corrector para los hijos legítimos de padre extranjero y madre romana, a los que se les aplicaba la regla general, naciendo con la condición del padre; ahora bien, pese a que no se solucionó la situación de estos hijos, que adquirirían la condición de peregrino, si se eliminó la situación privilegiada en la que quedaba el hijo ilegítimo por aplicación de la regla general —que sí obtenía la ciudadanía romana al seguir a la madre en su condición—, ya que, a través de la *lex Minicia*, los hijos nacidos de uniones *iniustae* entre ciudadanos romanos y peregrinos o latinos⁹¹ adquirirían a su nacimiento la peor condición de sus padres. Esta ley no sólo alteraba la regla general de fijación del *status*, sino que supuso, además, el reconocimiento jurídico a la relación paterno-filial en las uniones *iniustae* —que hasta entonces había sido irrelevante

tamen in potestate patris est, quia neque ex iusto coitu conceptus est, neque ex ullo senatusconsulto talis coitus quasi iustus constituitur.

⁹⁰ Vid. *Gai, Inst.*, I, 87 y I, 67 a 75.

⁹¹ *Gai, Inst.*, I, 76.- *Loquimur autem de his scilicet, inter quos conubium non sit...*

jurídicamente— con la única finalidad de empeorar la situación del hijo, ya que nunca alcanzaría la ciudadanía romana⁹².

Respecto de esta ley, dos textos de las Instituciones de Gayo reconocen que una de las partes de la misma resulta superflua, puesto que en el caso de una unión entre mujer extranjera sin *ius conubii* y hombre romano, aunque no se aplicara la ley, el hijo nacería extranjero; sí se hacía imprescindible, sin embargo, la reforma en caso de que la madre ostentaba la ciudadanía romana, ya que, al alterar la *Lex Minicia* la regla del *ius gentium*, el hijo adquiriría la condición del padre, naciendo extranjero:

Gai, Inst., I, 75.- Ex iis, quae diximus, apparet, sue ciuis Romanus peregrinam siue peregrinus ciuem Romanam uxorem duxerit, eum qui nascitur peregrinum esse...

Gai, Inst., I, 78.- Quod autem diximus inter ciuem Romanam peregrinumque nisi conubium sit, qui nascitur peregrinum esse lege Minicia cautum est, ut is quidem deterioris parentis condicionem sequatur. Eadem lege ex diuerso cauetur, ut si peregrinam, cum qua ei conubium non sit, uxorem duxerit ciuis Romanus, peregrinus ex eo coitu nascatur. Sed hoc máxime casu necessaria lex Minicia nam remota ea lege diuersam condicionem sequi debuisset, quia ex eis inter quos non est conubium, qui nascitur iure gentium matris condicioni accedit. Qua parte autem iubet lex ex ciue Romano et peregrina peregrinum nasci superuaca uidetur; nam et remota ea lege hoc utique iure gentium futurum erat.

La aplicación de la *lex* queda sin efecto para sólo en el caso de concurrencia de error en alguno de los cónyuges respecto al *status* del otro, pero también para los hijos nacidos en uniones *inustae* de madres romanas y padres latinos, como se refleja en *Gai, Inst., I, 79*:

Gai, Inst., I, 79.- ...nam in lege Minicia quidem peregrinorum nomine comprehenduntur non solum exterae nationes et gentes, sed etiam qui Latini nominantur: sed ad alios Latinos pertinet,

⁹² Vid. BÖHM, “Zur lex Minicia (Gaius, Inst. I, 77-78)”, *op. cit.*, pp. 363 y ss.; CASAVOLA, “Potere imperiale e stato della persona tra Adriano e Antonino Pio” en *LABEO*, XIV, 1968, 251 y ss. y LURASCHI, “Sulla data e sui destinatari della “Lex Minicia de Liberis”, en *SDHI*, XLII, 1976, pp. 431 y ss.

qui proprios populos propriasque ciuitates habebant et erant peregrinorum numero.

De nuevo se puede constatar un trato de favor hacia los hijos de padres latinos porque *ad eos qui hodie Latini appellantur lex Minicia non pertinet*, dejando claro Gayo que sólo es aplicable esta ley a los latinos *qui proprios populos propriasque ciuitates habebant* y que, por tanto, estaban comprendidos dentro del grupo de los peregrinos⁹³; de ahí que el nacido en uniones entre latinos y ciudadanos romanos, por el senadoconsulto de Adriano, sería *quoquomodo romano*⁹⁴.

Para concluir, mencionar igualmente que, en virtud del senadoconsulto de Adriano, también se restituye la regla general que se aplicaba con anterioridad a la *lex Minicia* para fijar el *status* de los hijos nacidos en uniones formadas por latinos y extranjeros: el concebido en estas uniones seguiría, pues, la condición de la madre⁹⁵.

C) *Status libertatis*: adquisición en el nacimiento y posterior aplicación del *favor filii*.

El *status* que hacía más evidente la discriminación de los hijos ilegítimos fue la libertad, puesto que, aún habiendo siendo engendrados por personas libres, ellos podían llegar a nacer con la condición de esclavos si la madre perdía su libertad antes de que su nacimiento. A este respecto, las fuentes dejan claramente establecido el principio aplicado

⁹³ Tan sólo los latinos *qui proprios populos propriasque ciuitates habebant* entraban dentro de la categoría de los peregrinos, teniendo la *lex Minicia* plena efectividad. A este respecto, SCHULZ (*I principii del diritto romano*, trad. italiana por Arangio-Ruiz, Firenze, 1946, p. 81) ha expresado sus dudas respecto a la originalidad de esta parte del texto de las Instituciones de Gayo, considerando la posibilidad de que fuera un añadido posterior a la *constitutio Antoniniana*.

⁹⁴ Vid. Gai, *Inst.*, I, 80.- *Eadem ratione ex contrario ex Latino et ciue Romana sive ex lege Aelia Sentia sive aliter contractum fuerit matrimonium, ciuis Romanus nascitur. Fuerunt tamen, qui putauerunt ex lege Aelia Sentia contracto matrimonio Latinum nasci, quia uidetur eo casu per legem Aeliam Sentiam et Iuniam conubium inter eos dari, et semper conubium efficit, ut qui nascitur, patris conditioni accedat; aliter vero contracto matrimonio eum, qui nascitur, iure gentium matris condicionem sequi et ob id esse civem Romanum. Sed hoc iure utimur ex senatus consulto, quod auctore diuo Hadriano significat, ut quoquomodo ex Latino et ciue Romana natus civis Romanus nascatur.*

⁹⁵ Gai, *Inst.*, I, 81.- *His conuenienter et illud senatus consultum diuo Hadriano actore significauit, ut ex Latino et peregrina, item contra ex peregrino et Latina qui nascitur, is matris condicionem sequatur.*

inicialmente, afirmando que adquiriría la condición de libre el hijo nacido de madre libre y esclavo el que nacía de esclava⁹⁶:

Gai, Inst., I, 82.- Illud quoque his consequens est, quod ex ancilla et libero iure gentium servus nascitur, et contra ex libera et servo liber nascitur.

I. 1, 3, 4.- (*DE IURE PERSONARUM*).- *Servi autem aut nascuntur, aut fiunt. Nascuntur ex ancillis nostris...*

Para la adquisición de la condición del libre, por tanto, se atendía al *status* de la madre en el nacimiento del hijo, siendo irrelevante a estos efectos que el padre fuera o no conocido, su *status*, o incluso que la propia madre hubiera sido libre o esclava en el momento de la concepción o en algún tiempo anterior al nacimiento⁹⁷:

Gai, Inst., I, 88.- Sed si ancilla ex ciue Romano conceperit, deinde manumissa, ciuis Romana facta sit et tunc pariat, licet ciuis Romanus sit... 89.- Quod autem placuit, si ancilla ex ciue Romano conceperit, deinde manumissa pepererit, qui nascitur liberum nasci, naturali ratione fit; nam hi, qui illegitime concipiuntur, statum sumunt ex eo tempore, quo nascuntur; itaque si ex libera nascuntur, liberi fiunt, nec interest, ex quo mater eos conceperit, cum ancilla fuerit: at hi, qui legitime concipiuntur, ex conceptionis tempore statum sumunt.

I. 1, 4, pr.- (*DE INGENUIS*).- *...Sed etsi quis ex matre libera nascatur, patre servo, ingenuus nihilominus nascitur; quemadmodum qui ex matre libera et incerto patre natus est, quoniam vulgo conceptus est...*

Ulp., Reg., V, 10.- Veluti si ancilla conceperit, deinde manumissa pariat, liberum parit; nam quoniam non legitime concepit, cum editionis tempore libera sit, partus quoque liber est.

⁹⁶ Vid. MODRZEJEWSKI, “Aut nascuntur aut fiunt”: les schemas antiques des sources des sources de l’esclavage”, en *BIDR*, LXXIX, 1979, pp. 1 y ss. y MORABITO, “Esclavage et enseignement du droit: les institutes de Gaius”, en *INDEX*, XV, 1987, pp. 51 y ss.

⁹⁷ Vid. también *Eptitome Gai* I, 4, 9.-...*Nam qui non de legitimo matrimonio concipitur, si mater eius ex ancilla, dum praegnans est, libera facta fuerit, liber nascetur; si vero ex ingenua ancilla praegnans facta fuerit, servus nascitur, quia non legitime, sed vulgo conceptus est.*

Para el hijo ilegítimo, por tanto, no constituía ninguna garantía haber sido concebido siendo libres ambos padres; lo realmente importante era que la madre conservara su *status libertatis* cuando él naciera, ya que cualquier mutación en su condición le afectaría de forma inevitable. Ahora bien, la *regula iuris* aplicada en derecho clásico, como señala Gayo en sus Instituciones⁹⁸, sufrió diversas modificaciones debido a normas especiales surgidas posteriormente y que no siempre tendieron a beneficiar a los hijos. En este sentido, los más perjudicados fueron sin duda los nacidos de madre ciudadana romana y padre esclavo⁹⁹, puesto que el senadoconsulto Claudiano sancionaba la persistencia de la mujer en mantener relaciones con un esclavo ajeno en contra de la voluntad del dueño, con la caída en la esclavitud, y, por ende, los hijos que tuviera también nacerían esclavos¹⁰⁰:

Gai, Inst., I, 91.- Item si qua mulier ciuis Romana praegnas ex senatus consulto Claudiano ancilla facta sit ob id, quod alieno seruo inuito et denuntiante domino eius coierit, conplures distinguunt et existimant, si quidem ex iustis nuptiis conceptus sit, ciuem Romanum ex ea nasci, si uero volgo conceptus sit, seruuum nasci eius, cuius mater facta esset ancilla.

Gai, Inst., I, 160.- Maxima est capitis diminutio... item feminae, quae ex senatus consulto Claudiano ancillae fiunt eorum

⁹⁸ Vid. *Gai, Inst.*, I, 83 a 86. Respecto a la clasicidad de los textos, CASTELLO (“*La condizione del concepito da libero e schiava e da libera e schiavo*”, en *Studi Solazzi, Napoli*, 1899-1948, pp. 238 a 242, en especial, pp. 238 y ss.), afirma que los textos contenidos en *Gai, Inst.*, I, 83 a 86 son genuinos, mientras que SOLAZZI (“*Glosse a Gaio*”, *op. cit.*, p. 315), seguido por KNIEP (*Gai Institutionem commentarius primus, Lena*, 1911, p. 35) con anterioridad había mostrado sus dudas respecto a la genuinidad.

⁹⁹ Existen dudas sobre si el *senatusconsultum Claudianum* se aplicaba sólo a ciudadanas romana o también a las ingenuas latinas, ya que en las Sentencias de Paulo consta que el citado senadoconsulto tenía aplicación respecto de éstas últimas. Por su parte, Gayo en sus Instituciones se refiere a las ciudadanas romanas, aunque en el párrafo 160 del título primero habla de *feminae*, sin especificar nada más. A este respecto, Castello se ha inclinado por defender que el senadoconsulto Claudiano se ocupaba solamente de regular el *status* del hijo concebido de una unión entre esclavo y ciudadana romana y así parece confirmarse del párrafo 91. Según este autor, el hecho de que en *Pauli Sententiae* II, 21 conste que el senadoconsulto tenía aplicación tanto para las ciudadanas romanas como para las latinas se debe a que una extensión efectuada en épocas posteriores. *Pauli Sent.*, II, 21a, 1.- *Si mulier ingenua, ciuisque Romana uel Latina, alieno se seruo coniunxerit, si quidem inuito et denuntiante domino in eodem contubernio erseuerauerit, efficitur ancilla*; también *Gai Inst.*, I, 84 y 91. A este respecto, vid. CASTELLO (“*La condizione del concepito da libero e schiava...*”, *op. cit.*, p. 234; WEAVER, “*Gaius I. 84 and the S. C. Claudianum*”, en *Cuadernos Philosophie, XIV*, 1964, pp. 137 y ss.; y “*The status of children in mixed marriages*”, *The Family in Ancient Rome*, Londres, 1986, pp. 145 y ss.

¹⁰⁰ Vid., entre otros, ALBANESE, “*Appunti sul senatoconsulto Claudiano*”, en *Il Circolo Giuridico*, XXII, 1951, pp. 86 y ss.; BIONDI, “*Vicende postclassiche del SC. Claudiano*”, en *IURA*, 1952; RADO, “*Le Senatus Consultum Claudianum*”, en *Annali della Facoltà di Droit Istanbul*, III, 1954, pp. 44 y ss.; BÖHM, “*Zur “denuntiatio” des Romisches Rechts*”, en *SDHI*, XLII, 1976, pp. 447 y ss.; MURGA, “*Una nueva versión del contubernio Claudiano en el Codex Teodosiano*”, *op. cit.*, pp. 175 y 176.

dominorum, quibus invitis et denuntiantibus cum servis eorum coierin

Ulp., Reg., XI, 11.- Maxima capitis diminutio est, per quam et civitas et libertas amittitur, veluti cum incensus aliquis venierit, aut quod mulier alieno servo se iunxerit denuntiante domino et ancilla facta fuerit ex senatus consulto Claudiano;

Paul., Sent., IV, 10, 2.- Ad filiam ancillam vel libertam ex senatus consulto Claudiano effectam legitima matris intestatae hereditas pertinere non potest, quia neque servi neque liberti matrem civilem habere intelleguntur;

El perjuicio del hijo se hacía más evidente si cabe si se tiene en cuenta que el senadoconsulto permitía a la ciudadana romana realizar un pacto con el dueño del esclavo para mantener su libertad, sin que sus efectos alcanzaran a los hijos, que sí nacían esclavos, como si el acuerdo no hubiera existido:

Gai, Inst., I, 84.- Ecce enim ex senatus consulto Claudiano poterat civis Romana, quae alieno servo volente domino eius coiit, ipsa ex pactione libera permanere, sed servum procreare; nam quod inter eam et dominum istius servi convenerit ex senatus consulto ratum esse iubetur.

El pacto de libertad con el dueño a favor de la mujer constituía un privilegio concedido única y exclusivamente a las ciudadanas romanas, quizás porque siempre se consideró que las relaciones con esclavos sólo podían ser producto de una enajenación mental¹⁰¹. En efecto, respecto de las mujeres libres que no ostentaban la ciudadanía romana y se unían con esclavos ajenos, a sabiendas de su condición, Gayo da noticia de una ley que vino a alterar la regla general de adquisición del *status* del hijo, porque ordenaba que siempre naciera esclavo:

Gai, Inst., I, 86.- Sed illa pars eiusdem legis salua est, ut ex libera et seruo alieno quem sciebat servum esse, serui nascantur...

¹⁰¹ I. 3, 12 (13), 1.- (DE SUCCESSIONIBUS SUBLATIS, QUAE FIEBANT PER BONORUM VENDITIONEM ET EX SENATUSCONSULTO CLAUDIANO).- *Erat et ex senatus consulto Claudiano miserabilis per universitatem adquisitio, cum libera mulier servili amore bacchata ipsam libertatem per senatus consultum amittebat et cum libertate substantiam: quod indignum nostris temporibus esse existimantes, et a nostra civitate deleri et non inseri nostris digestis concessimus.*

En este caso, la mujer permanecía libre y no era reducida a esclavitud, pero el hijo seguía la peor condición del padre, reconociendo la paternidad a los únicos efectos de perjudicar al hijo nacido de esa relación; se exoneraría de la aplicación del castigo únicamente a las mujeres que se unieran a un esclavo por error, creyéndolo libre, ya que, en este supuesto, el hijo —que seguiría de todas formas la condición de la madre al tratarse de una unión ilegítima— naciendo libre.

No obstante lo anterior, quizás por la injusticia que suponía que un hijo concebido por una madre libre pudiera caer esclavo —a causa de la pérdida de libertad que pudiera sufrir ésta en un momento posterior— se alteró el tiempo relevante para la adquisición del *status* del hijo, disponiendo que adquiriría la condición de libre aquel hijo cuya madre hubiera disfrutado de ese *status* en algún momento durante su gestación. Las fuentes son ilustrativas respecto del cambio de orientación operado en los juristas clásicos para introducir los principios del *favor filii* y el *favor libertatis*:

D. 1, 5, 5, 2.- (MARCIANUS libro I. Institutionum).- *Ingenui sunt, qui ex matre libera nati sunt: sufficit enim liberam fuisse eo tempore quo nascitur, licet ancilla concepit. et e contrario si libera conceperit, deinde ancilla pariat, placuit eum qui nascitur liberum nasci. (nec interest iustis nuptiis concepit an volgo), quia non debet calamitas matris nocere ei qui in ventre est. 3.- Ex hoc quaesitum est, si ancilla praegnas manumissa sit, deinde ancilla postea facta aut expulsa civitate pepererit, liberum an servum pariat. et tamen rectius probatum est liberum nasci et sufficere ei qui in ventre est liberam matrem vel medio tempore habuisse.*

En los fragmentos citados se establece que para que un hijo nazca libre basta que la madre haya tenido ese *status* en algún momento de la gestación; por tanto, se perciben dos novedades en la regulación que venía aplicándose: por un lado, la irrelevancia que ahora adquiere la legitimidad o ilegitimidad del hijo; y, por otro, la justificación que inspira la solución adoptada por Marciano: el jurista motiva su decisión en que el empeoramiento en la condición de la madre no debe perjudicar al hijo: *non debet calamitas matris nocere ei, qui in ventre est.*

El fundamento de la decisión, según Albertario¹⁰² se encuentra en contradicción con *Gai, Inst.*, I, 89, donde se establece la concepción en justas nupcias como condición para que el hijo de una esclava pudiera nacer libre, ya que en otro caso devendría esclavo como su madre. Realizando un análisis comparativo entre *Gai, Inst.*, I, 89 y D. 1, 5, 5, 2, Castello entiende que “*la contraddizione é così netta che non si elimina se non supponendo il testo di Marciano interpolato. Marciano anch’esso, alla pari di Gaio e di Ulpiano, doveva distinguere tra iustis nuptiis concepti e vulgo concepti*” y continúa diciendo que “*i bizantini tolsero questa condizione che nella redazione del Digesto troviamo sostituita dalla frase nec interest iustis nuptiis concepti an vulgo e nella redazione delle Istituzioni fu soppressa addirittura, e motivarono la innovazione dal nuovo punto di vista: quia non debet calamitas matris ei nocere, qui in utero est*”¹⁰³.

No obstante, a nuestro juicio, la idea que expresa Marciano en el texto no tiene porque ser una interpolación, al menos en toda su extensión; el jurista podía tener una opinión distinta a la de Gayo y ello no resulta ilógico a la vista de la multitud de derogaciones, excepciones y reposiciones de la regla originaria que se fueron realizando a lo largo del tiempo; si a lo anterior se suma lo polémico que resultaba el tema del *status* de los hijos, se puede concluir que la benevolencia hacia ellos sería una pretensión que existiría ya en la sociedad romana y que algunos juristas como Marciano habrían optado por formular. Seguramente, estas piniones serían las que finalmente se recogieron por los compiladores justinianos, ofreciendo una motivación nueva al entender que el hijo no era culpable de los actos de los progenitores y *non debet calamitas matris nocere*.

El hijo, por tanto, seguiría la condición de la madre, pero no *statum tempore quo nascitur*, sino atendiendo a la concepción, nacimiento o a los periodos intermedios, dependiendo de cuando le fueran favorables para adquirir el *status* de ciudadano libre. Este cambio de orientación se observa claramente con algunas decisiones dictadas en época de Adriano referidas al *status* del hijo e inspiradas igualmente en el *favor filii*. A este respecto, un rescripto contenido en D. 1, 5, 18, introduce la idea de benevolencia hacia el hijo,

¹⁰² ALBERTARIO, “*Conceptus pro iam nato habetur...*”, *op. cit.*, pp. 35 y ss.

¹⁰³ ALBERTARIO, “*Conceptus pro iam nato habetur...*”, *op. cit.*, pp. 36 y ss.

estableciendo que el cambio de condición de una mujer libre que, estando embarazada, perdiera su libertad al ser condenada a la pena capital, no afectara al hijo que nacería libre¹⁰⁴:

D. 1, 5, 18.- (*ULPIANUS libro XXVII ad Sabinum*).- *Imperator Hadrianus Publicio Marcello rescripsit, liberam, quae praegnans ultimo supplicio damnata est, liberum parere...*

No parece existir duda alguna respecto a la ilegitimidad del hijo al que se refiere el rescripto; en efecto, como señala Gomez-Iglesias¹⁰⁵, en esta parte del texto se omite la concepción legítima que sí se constata en la segunda parte, pero, además, se debe tener en cuenta que, de haber sido un hijo concebido en justas nupcias, no habría hecho falta rescripto alguno¹⁰⁶: por aplicación de la regla general, el hijo hubiera nacido libre¹⁰⁷. Por lo tanto, se puede constatar que el rescripto de Adriano introduce una decisión en favor de los hijos ilegítimos¹⁰⁸, estableciendo que el empeoramiento del *status* de la madre por haber sido condenada a la pena capital no causará perjuicio al hijo.

Otro rescripto de Adriano en el que se pone de manifiesto la benevolencia hacia los hijos, se encuentra contenido en D. 48, 19, 28, 6, disponiendo el mismo que la mujer que condenada a las minas conservaba su libertad, dando así a luz hijos libres:

¹⁰⁴ El rescripto ordena diferir la ejecución de la condena hasta el momento de dar a luz. Vid. también D. 48, 19, 3 y *Paul. Sent.*, I, 12, 5: D. 48, 19, 3.- (*ULPIANUS, libro XIV, ad Sabinum*).- *Praegnantis mulieris consumendae damnatae poena differtur, quoad pariat. Ego quidem, et ne quaestio de ea habeatur, scio observari, quamdiu praegnans est* y *Pauli Sententiae* I, 12, 5.- *Praegnantes neque torqueri neque damnari nisi post editum partum possunt*. Vid. BRINI, “Il presunto concepito come futuro soggetto di suoi diritti nel diritto romano”, en *Memorie della Reale Accademia di Bologna*, V-VI, 1920-1923, pp. 195 y ss.

¹⁰⁵ GOMEZ-IGLESIAS, “*Nasciturus. El status jurídico...*”, *op. cit.*, pp. 303-304.

¹⁰⁶ GOMEZ-IGLESIAS (“*Nasciturus. El status jurídico...*”, *op. cit.*, pp. 305) sostiene que el texto de Ulpiano “carecería completamente de sentido si la norma general originaria, que aparece al final del mismo, no sirve para contraponer a una regulación especial y excepcional que habría introducido el Emperador en su respuesta, que es la recogida al comienzo”.

¹⁰⁷ *Gai, Inst.*, I, 91.- *Item si qua mulier ciuis Romana praegnas ex senatus consulto Claudiano ancilla facta sit ob id, quod alieno seruo inuito et denuntiante domino eius coierit, conplures distinguunt et existimant, si quidem ex iustis nuptiis conceptus sit, ciuem Romanum ex ea nasci, si uero volgo conceptus sit, seruum nasci eius, cuius mater facta esset ancilla.*

¹⁰⁸ CASTELLO, “*Sulla condizione del figlio concepito legittimamente e illegittimamente...*”, *op. cit.*, pp. 287 y 288. El autor señala que “il frammento non precisa nulla circa la legittimità o illegittimità del figlio ed è probabile che non lo precisasse neppure il rescritto di Adriano che quindi può essere invocato oltre che come

D. 48, 19, 28, 6.- (*CALLISTRATUS libro VI de Cognitionibus*).- *Divus Hadrianus in haec verba rescripsit: "in opus metalli ad tempus nemo damnari debet, sed qui ad tempus damnatus est, etiamsi faciet metallicum opus, non in metallum damnatus esse intelligi debet; huius enim libertas manet, quemadmodum etiam hi, qui in perpetuum opus damnantur. Proinde et mulieres hoc modo damnatae liberos pariunt"*.

Ahora bien, a diferencia del rescripto contenido en D. 1, 5, 18, que favorece exclusivamente al hijo, éste no introduce ningún beneficio directo respecto a su *status*, porque se debe tener en cuenta que, por aplicación de la regla general, si la madre conservaba la libertad, el hijo le seguiría en su condición, naciendo libre.

En el mismo sentido, también Adriano derogó la parte del senadoconsulto Claudiano que se refería al pacto de libertad que podía realizar la mujer pero que no tenía efectividad respecto del hijo. En efecto, el injustificado perjuicio que el hijo soportaba por la relación que mantenía su madre, habría sido considerado *inequitatem rei et inelegantiam iuris*, llevando a Adriano a disponer que, en caso de que mediara acuerdo entre mujer y patrono para la conservación de la libertad de ésta, el hijo debía nacer también libre¹⁰⁹:

Gai, Inst., I, 84.- Ecce enim ex senatusconsulto Claudiano poterat ciuis Romana quae alieno seruo uolente domino eius coit, ipsa ex pactione libera permanere, se seruum procreare; nam quod inter eam et dominum istius serui conuenerit, ex senatus consulto ratum esse iubetur. Sed postea diuus Hadrianus iniquitate rei et inelegantia iuris motus restituit iuris gentium regulam, ut, cum ipsa mulier libera permaneant, liberum pariat.

dimostrazione della benevolenza imperiale nei confronti dei nascituri, come un'altra prova che il criterio di applicare la norma più favorevole ad essi fu introdotta nell'ordinamento giuridico romano da tale principe".

¹⁰⁹ El senadoconsulto Claudiano fue abolido por Justiniano al considerar indigno que la mujer fuera reducida a la esclavitud perdiendo su patrimonio a favor del dueño del esclavo, así se establece en I. 3, 12 (13), 1.- (*DE SUCCESSIONIBUS SUBLATIS, QUAE FIEBANT PER BONORUM VENDITIONEM ET EX SENATUSCONSULTO CLAUDIANO*).- *...quod indignum nostris temporibus esse existimantes...* Pero hasta ese momento la disposición se mantuvo vigente, poniendo de relieve el rechazo que producían ese tipo de relaciones en la sociedad romana. A este respecto, DONATUTI ("La schiavitù per condanna", en *BIDR*, XLII, 1934, pp. 221 y ss.), entiende que la esclavitud por condena dejó de existir en tiempos de Justiniano en virtud de una constitución del año 536 (*Novella 22, 18*); no obstante, la mayoría de la doctrina (entre ellos, GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1929, p. 112, n. 5; BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1997, p. 40; FERRINI, *Diritto delle pandette*, Milano, 1908, p. 64) sostiene que Justiniano tan sólo abolió la condena *in metallum*, dejando subsistente el resto. Para la evolución de las penas en el derecho romano, vid. BRASIELO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937, pp. 15 y ss.; COSTA, *Storia del Diritto romano dalle origini alla compilazione giustinianea*, op. cit., p. 136; ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *De los delitos y las sanciones en la ley de las XII Tablas*, Málaga, 1998.

Una curiosa discriminación cita Gayo en el supuesto de que un hombre libre se uniera a una esclava creyéndola libre; en este caso de error, el nacido sería libre o esclavo dependiendo de su sexo¹¹⁰:

Gai, Inst., I, 85.- <Item e lege...> ex ancilla et libero poterant liberi nasci; nam ea lege cauetur, ut si quis cum aliena ancilla quam credebatur liberam esse coierit, siquidem masculi nascantur, liberi sint, si uero feminae, ad eum pertineant cuius mater ancilla fuerit. Se et in hac specie diuus Vespasianus inelegantia iuris motus restituit iuris gentium regulam, tu omni modo, etiamsi masculi nascantur, serui sint eius cuius et mater fuerit.

La norma citada por Gayo¹¹¹, que establecía que los hijos varones nacieran libres, permaneciendo las mujeres esclavas fue abrogada por Vespasiano al ser considerada *inelegantia iuris*, eliminando el trato de favor hacia los hijos de sexo masculino y la discriminación entre ellos. No se especifica, sin embargo, si la *inelegantia* consistía que los hijos de esa unión nacieran libres o se refería a la existencia de discriminación entre varones y mujeres, pero lo cierto es que el intento de aplicación de un criterio favorecedor al nacido –aunque sólo fuera para los varones– se ve rechazado en ésta época, al preferir que todos los hijos nacidos de esa unión, fuera cual fuera su sexo, adquirieran el *status* de esclavos, siguiendo la condición de la madre.

En definitiva, se constata en las fuentes que, si bien existieron normas especiales que tendían a establecer un perjuicio en la posición de los hijos nacidos de uniones en las que uno de los progenitores carecía de libertad, ya que era él quien sufría las consecuencias de

¹¹⁰ A este respecto, se debe recordar la afirmación de Papiniano referida a que el derecho romano en muchas ocasiones trataba a las mujeres peor que a los hombres: D. 1, 5, 9.- (*PAPINIANUS, libro XXXI. Quaestiorum*).- *In multis iuris nostri articulis deterior est conditio feminarum, quam masolorum*. Otra discriminación en cuanto a los hijos varones y las mujeres se observa en *Dion. Hal.*, VI, 1, 2, donde se da noticia de la existencia de un senadoconsulto que hacía seguir a las nacidas hembras la condición de la madre y a los varones la condición del padre. Vid. respecto a la autenticidad de este fragmento, SANTORO, “*Un’osservazione su Dionisio d’Alicarnasso VI, 1, 2...*”, *op. cit.*, pp. 113 y ss.

¹¹¹ Es evidente, tal y como señala CASTELLO (“*La condizione del concepito da libero e schiava...*”, *op. cit.*, p. 242 a 245), que ley de la que habla Gayo y cuyo nombre no nos ha llegado, recuerda a las disposiciones de la *lex Minicia*, citada expresamente en los párrafos 78 y 79, referentes a la condición de los hijos ilegítimos nacidos de ciudadanas romanas y peregrinos y que también debían seguir la peor condición de los padres. Acerca de las distintas hipótesis que la doctrina ha ofrecido sobre el nombre de la citada ley, vid. BUCKLAND, *The roman law of slavery*, Cambridge, 1908, pp. 395 y ss.

la caída en esclavitud de la madre o del error padecido por el padre; se observa en las fuentes la tendencia hacia la aplicación del *favor libertatis* para estos hijos, que continuará más adelante como se tendrá ocasión de analizar en el apartado dedicado al derecho postclásico y justiniano.

5. Atribución de derechos a los hijos según la categoría a la que pertenecen: derecho de alimentos y derechos hereditarios.

A) Derecho de alimentos.

La regulación del derecho de alimentos entre parientes surge en época tardía con el reconocimiento de la posibilidad de solicitar una prestación de alimentos por parte de algunos familiares¹¹²; hasta entonces, la obligación de los padres a alimentar a los hijos se

¹¹² Sobre el derecho de alimentos vid., entre otros, PEROZZI, *Institutioni di diritto romano*, II, Roma, 1928, pp. 167 y ss.; ALBERTARIO, “Sul diritto agli alimenti”, en *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1923, pp. 251 y ss.; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, op.cit., pp. 379 y ss.; ROBERTI, “Il diritto agli alimenti nel diritto romano e nelle fonti patristiche”, en *Miscelanea Vermeerch*, Roma, 1935, pp. 25 y ss.; LAFRANCHI, “Ius exponendi e obligo alimentare nel Diritto romano-classico”, en *SDHI*, IV, 1940, pp. 5 y ss.; LONGO, *Diritto Romano*, III, *Diritto di famiglia*, Roma, 1953, pp. 251 y ss.; IDEM, “Sul diritto agli alimenti”, en *Annali Univ. Macerata*, 1948, XVII, pp. 215 y ss.; (= *Ricerche Romanistiche*, Milano 1966 pp. 339 y ss.); SACHERS, “Das Recht auf Unterhalt in der römischen Familie der klass. Zeit”, en *Festschrift Fritz Schulz F.*, I, Weimar, 1951, pp. 310 y ss.; BIONDI, *Il Diritto romano cristiano*, Milano, 1954, pp. 290 y ss.; ORESTANO, voz “Alimenti (Diritto romano)”, en *NNDI*, I, Torino, 1957, pp. 482 y ss.; SOLAZZI, “La prestazione degli alimenti”, en *Scritti di diritto romano*, III, Napoli 1960, pp. 127 y ss.; LAVAGGI, voz “Alimenti”, en *Enc. Dir.*, II, pp. 18 y ss.; KASER, *Derecho privado romano*, (traducción española Santa Cruz Teijeiro), Barcelona, 1968, pp. 69 y ss.; ZOZ, “In tema di obbligazioni alimentari”, en *BIDR*, LXXIII, 1970, 323 y ss.; SCHILLER, “Alimenta in the sententiae Hadriani”, en *Studi Grosso*, IV, Torino 1971, pp. 404 y ss.; BONINI, “Criteri per l'affidamento della prole dei divorziati in diritto romano”, en *Arch. Giur.*, CLXXXI, 1971, pp. 24 y ss.; WYCISK, “Alimenta et victus dans le droit romain classique”, en *RH*, L, 1972, pp. 205 y ss.; MASSAROTTO, “In merito ai decreti di Antonino Pio sull'affidamento della prole alla madre”, en *BIDR*, LXXX, 1977, pp. 354 y ss.; DE FRANCESCO, “Il diritto agli alimenti tra genitori e figli un'ipotesi ricostruttiva”, en *LABEO*, XLVII, 2001, pp. 28 y ss.; ALBURQUERQUE, “Deber legal u obligación moral originaria: Generalidades introductorias sobre la prestación de alimentos en Derecho Romano (I)” en *RGDR*, <http://www.iustel.com>, 3, Diciembre 2004; IDEM, “Aproximación a la perspectiva jurisprudencial sobre el contenido de la prestación de alimentos derivada de una relación de parentesco”, en *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, 9, 2005, pp. 13 y ss.; IDEM., “Alimentos entre parientes (II): Alimenta et Victus. Puntualizaciones breves sobre la transacción y la prestación en el marco de los posibles procedimientos (expedientes) de Jurisdicción voluntaria” en *RGDR*, www.iustel.com, 4, Junio 2005; IDEM “Notas, conjeturas e indicios previos a la regulación de Antonino Pio y Marco Aurelio”, en *RGDR*, www.iustel.com, 6, Junio 2006; IDEM, “Aspectos de la prestación de alimentos en derecho romano: Especial referencia a la reciprocidad entre padre e hijo, ascendientes y descendientes”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 15, 2007; IDEM, “Datos sobre la prestación de alimentos en derecho romano: ascendientes y descendientes”, en *RGDR*, www.iustel.com, 8, 2007; IDEM, “De la justicia y

configuraba como un deber moral derivado de la patria potestad¹¹³, que al no estar contemplado en el *ius civile* ni el *ius honorarium* no podía exigirse en caso de que el *pater* no cumpliera con su compromiso¹¹⁴. Tal y como afirma Pugliese¹¹⁵, existen indicios de la aplicación de una política favorable a considerar la prestación de alimentos entre padre e hijo, sobre todo a partir de Trajano.

La peculiar estructura de la familia agnaticia, en la que el *pater* era el único titular del patrimonio familiar, dependiendo económicamente de él todos aquellos que estaban sometidos a su *potestas*, permite afirmar que el jefe de familia debía tener la obligación de garantizar la subsistencia de sus miembros y, sobre todo, de los hijos, debiendo procurarles todo lo que fuera necesario para el sustento y la educación¹¹⁶; este deber, sin embargo, no podía entenderse más que como una obligación moral, porque mal se conjugaría un deber de alimentar a los hijos con el *ius exponendi* y el *ius vitae et necis* que tenía atribuido sobre ellos¹¹⁷. Sin embargo, el progresivo reconocimiento de la autonomía patrimonial de los hijos a través de los peculios hizo posible que, en época imperial, surgiera la concepción de un derecho de alimentos recíproco entre padres e hijos, siendo regulado sucesivamente por diversos rescriptos dictados por el emperador Antonino Pio¹¹⁸. El derecho de alimentos, por

la reciprocidad en situaciones de necesidad y dependencia: el reconocimiento y la inclusión jurídico-social de la madre en el cumplimiento de la obligación de alimentos respecto a los hijos”, en RGDR, www.iustel.com, 11, 2008.

¹¹³ En este sentido, BIONDI, *Il Diritto romano cristiano*, op. cit., p. 291; ORESTANO, voz “Alimenti (Diritto romano)”, op. cit., p. 483 y LAVAGGI, voz “Alimenti”, op. cit., p. 19.

¹¹⁴ Como afirma Alburquerque, “admitir las necesidades y exigencias sociales de mantenimiento, o sustento, en las relaciones paterno filiales en una primera época, no implica, en principio, que se tenga que reconocer la existencia de obligaciones internas entre el paterfamilias y el filiusfamilias, en sentido técnico-jurídico, lo que podría parecer inconcebible”. Vid. ALBURQUERQUE, “Deber legal u obligación moral originaria...”, op. cit., p. 26.

¹¹⁵ PUGLIESE, “Precedenti romani della moderna legislazione sui minori”, en *Atti dei Convegni Lincei*, V, Franciosi, 1983, pp. 11 y ss., en especial vid. p. 133.

¹¹⁶ BIONDI, *Il Diritto romano cristiano*, op. cit., p. 290 y ALBERTARIO, “Sul diritto agli alimenti”, op. cit., p. 252.

¹¹⁷ En el mismo sentido, vid. DE FRANCESCO, “Il diritto agli alimenti tra genitori e figli un’ipotesi ricostruttiva”, op. cit., p. 29

¹¹⁸ En contra de la opinión mayoritaria de la doctrina romanística acerca de que fue el emperador Antonino Pio quien estableció la obligación de alimentos entre parientes se muestra Volterra, que estima que esta obligación existía ya en época republicana. Se basa en D. 27, 3, 1, 4, donde Ulpiano manifiesta la opinión de Labeón de que el tutor debía alimentar a la madre de su pupilo incluyendo el dinero dispuesto en el haber del patrimonio filial: D. 27, 3, 1, 4.- (*ULPIANUS libro XXXVI ad Edictum*).- *Praeterea si matrem aluit pupilli tutor, putat labeo imputare eum posse: sed est verius non nisi perquam egenti dedit, imputare eum oportere de largis facultatibus pupilli: utrumque igitur concurrere oportet, ut et mater egena sit et filius in facultatibus positus*. No obstante, Ulpiano, en el fragmento, exige dos requisitos para que se concediesen alimentos a la

tanto, quedó configurado como una obligación recíproca de padres e hijos y, en general, entre ascendientes paternos y descendientes, encauzándose la reclamación a través de la *cognitio extra ordinem*, cuya jurisdicción correspondía a los Cónsules como magistrados especiales para conocer sobre la materia¹¹⁹:

D. 25, 3, 5, 3.- (*ULPIANUS libro II. de Officio Consulis*).- *Idem in liberis quoque exhibendis a parentibus dicendum est.*

D. 25, 3, 5, *pr.*- (*ULPIANUS libro II. de Officio Consulis*).- *Si quis a liberis ali desideret vel si liberi, ut a parente exhibeantur, iudex de ea re cognoscet*¹²⁰.

La obligación de alimentar a los hijos se reconoció únicamente en el seno de la familia legítima y a este respecto, si bien en D. 25, 3, 5, 1 se pone de manifiesto que el padre debe proporcionar alimentos no sólo a los hijos que se encuentran bajo su potestad sino también a los que han salido de ella, lo cierto es que, como afirma Albertario, sólo cuando el vínculo cognaticio superó al de agnación en la organización familiar romana, se habría reconocido la posibilidad a los hijos emancipados para reclamar la prestación alimenticia¹²¹:

madre, en primer lugar, que ésta estuviese muy necesitada y, en segundo, que el hijo gozase de un gran patrimonio. Vid. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, *op.cit.*, p. 669 y ORESTANO, voz “*Alimenti (Diritto romano)*”, *op. cit.*, p. 483. Este último autor manifiesta que el testimonio recogido en este fragmento es el más antiguo reconocimiento jurídico de prestación de alimentos entre parientes.

¹¹⁹ Esta posibilidad, al parecer, se remonta a tiempos de Marco Aurelio. Vid. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, *op.cit.*, p. 379, que afirma que “*nel Corpus iuris il console è sempre interpolato in iudex o competens iudex*”.

¹²⁰ Al referirse al *iudex* para resolver el conflicto, se está aludiendo al cónsul, porque, como manifiesta Bonfante, el fragmento se recoge del Libro II que trata *De Officio de Consulis*. Vid. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, *op. cit.*, p. 380, n. 1. Sin embargo, DE FRANCESCO (*Il diritto agli alimenti tra genitori e figli*, *op. cit.* p. 37-38), entiende que la competencia no la tenían únicamente los cónsules, ya que en las provincias se ocupaba de las cuestiones alimentarias el gobernador provincial, deduciéndose lo anterior de C. 8, 46 (47), 5. Diocleciano en una constitución del año 287 establece que será el gobernador provincial el que obligue a la hija no solo a prestarle reverencia al padre, sino que también debe otorgarle los recursos para la vida y que por lo tanto, el *competens iudex* se determinaría atendiendo a la residencia de los contendientes, si vivían en Roma sería competente el cónsul y si habitaban en provincias el gobernador provincial. C. 8, 46 (47), 5.- (*Imp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. DONARO*).- *Filia tua non solum reverentiam, sed et subsidium vitae ut exhibeat tibi, rectoris provinciae auctoritate compelletur.*

¹²¹ Así lo pone de manifiesto Albertario, cuando afirma que “*il diritto e l’obbligo reciproco agli alimenti sorge tra il paterfamilias, l’investito della potestas, e i suoi descendenti a questa potestà soggetti (liberi alieni iuris). In un tempo successivo, ma sempre nell’età imperiale classica, per il prevalere del vincolo di cognazione, base della famiglia –organismo domestico– sul vincolo di agnazione, base della famiglia –organismo politico–, si giunge prescindere dal vincolo potestativo e a ritenere il diritto e l’obbligo reciproco agli alimenti anche tra il pater e i figli emancipati*”. Entiende el autor que el derecho del hijo emancipado a ser alimentado por el padre en época de Ulpiano, resulta una norma totalmente nueva, además, considera que el texto, así como casi todos los que se refieren a la prestación de alimentos en época clásica están alterados

D. 25, 3, 5, 1.- (*ULPIANUS libro II. de Officio Consulis*).- *Sed utrum eos tantum liberos qui sunt in potestate cogatur quis exhibere, an vero etiam emancipatos vel ex alia causa sui iuris constitutos, videndum est. et magis puto, etiamsi non sunt liberi in potestate, alendos a parentibus et vice mutua alere parentes debere.*

En el supuesto de que el padre negara la paternidad para fundamentar la carencia de obligación alimenticia, tal y como consta en D. 25, 3, 5, 8, el juez debería entrar a conocer de forma sumaria este asunto para decretar o no la obligación del padre, pero sin prejuzgar la relación de parentesco:

D. 25, 3, 5, 8.- (*ULPIANUS libro II. de Officio Consulis*).- *Si vel parens neget filium idcircoque alere se non debere contendat, vel filius neget parentem, summam iudices oportet super ea re cognoscere. si constiterit filium vel parentem esse, tunc ali iubebunt: ceterum si non constiterit, nec decernent alimenta.*

No obstante, el procedimiento incidental sobre la paternidad debería ceñirse únicamente a determinar la obligación de alimentos y no a la verificación de la relación paterno-filial del solicitante¹²², cuestión de estado que debía ser examinada por el juez competente, como ordenan los emperadores Severo y Antonino en una constitución del año 197, contenida en C. 5, 25, 4:

C. 5, 25, 4.- (*Imp. SEVERUS et ANTONINUS AA. SABINO*).- *Si patrem tuum officio debito promerueris, paternam pietatem tibi non denegabit. quod si sponte non fecerit, aditus competens iudex alimenta pro modo facultatum praestari tibi iubebit. quod si patrem se negabit, quaestionem istam in primis idem iudex examinabit.* (PP. Non. Febr. LATERANO et RUFINO Conss. (197)).

Con respecto a las hijas, un rescripto del emperador Antonino Pio impuso al padre la obligación de prestarles alimentos, pero sólo *si constiterit apud iudicium iuste eam procreatam*:

por los compiladores justinianos. Vid. ALBERTARIO, “*Sul diritto agli alimenti*”, *op. cit.*, p. 252 y ALBURQUERQUE, “*Datos sobre la prestación de alimentos en derecho romano...*”, *op. cit.*, p. 12.

D. 25, 3, 5, 6.- (*ULPIANUS libro II. de Officio Consulis*).- *Idem rescripsit, ut filiam suam pater exhibeat, si constiterit apud iudicium iuste eam procreatam.*

Por lo tanto, el deber de prestación de alimentos se impone de forma clara al padre respecto de los hijos e hijas legítimas, siendo una obligación que quedaba supeditada a la capacidad patrimonial del obligado y que quedaba liberado cuando el hijo tuviera medios suficientes para subsistir; en este caso, sólo permanecía obligado si el hijo se encontraba enfermo en estado de necesidad:

D. 25, 3, 5, 7.- (*ULPIANUS libro II. de Officio Consulis*).- *Sed si filius possit se exhibere, aestimare iudices debent, ne non debeant ei alimenta decernere. denique idem pius ita rescripsit: " aditi a te competentes iudices ali te a patre tuo iubebunt pro modo facultatum eius, si modo, cum opificem te esse dicas, in ea valetudine es, ut operis sufficere non possis".*

Una vez establecida la prestación de alimentos, si el obligado se negara al cumplimiento, el juez podía ejecutar la sentencia ordenando el embargo y la posterior venta de sus bienes, tal y como se afirma en D. 25, 3, 5, 10:

D. 25, 3, 5, 10.- (*ULPIANUS libro II. de Officio Consulis*).- *Si quis ex his alere detrectet, pro modo facultatum alimenta constituentur: quod si non praestentur, pignoribus captis et distractis cogetur sententiae satisfacere.*

Por lo que respecta al significado que los jurisconsultos romanos otorgaron a los alimentos, este concepto no fue ofrecido de forma unánime¹²³; mientras Javoleno, al referirse al legado de alimentos en D. 34, 1, 6, incluye sustento, vestido y habitación, Ulpiano, sin embargo, entiende que el fideicomiso de alimentos no puede contener ni vestido ni habitación, porque el testador no hace referencia a estos conceptos:

¹²² ZOZ, "In tema di obbligazioni alimentari", *op. cit.* p. 331

¹²³ Referente al significado de los alimentos en las fuentes, WYCISK, "Alimenta et victus dans le droit Romain classique", *op. cit.*, pp. 205 y ss.

D. 34, 1, 6.- (*IAVOLENUS libro II ex Cassio*).- *Legatis alimentis cibaria et vestitus et habitatio debebitur, quia sine his ali corpus non potest: cetera quae ad disciplinam pertinent legato non continentur.*

D. 34, 1, 21.- (*ULPIANUS libro II. Fideicommissorum*).- *Diariis vel cibariis relictis neque habitationem neque vestiarius neque calciarium deberi palam est, quoniam de cibo tantum testator sensit.*

De ahí que Wycisk¹²⁴ entienda que en las fuentes el concepto “*alimenta*” tuvo en origen un sentido muy restrictivo, comprendiendo únicamente el suministro de víveres, siendo los jurisconsultos de finales de la república, y especialmente de época clásica, los que amplien el significado del término incluyendo comida, bebida, ropa y vivienda, al considerarlos como elementos indispensables para vivir.

La obligación de la madre de alimentar a sus hijos se configura en las fuentes de forma distinta al deber del padre, ya que viene reconocido y establecido claramente a favor de los hijos ilegítimos:

D. 25, 3, 5, 4.- (*ULPIANUS libro II. de Officio Consulis*).- *Ergo et matrem cogemus praesertim volgo quaesitos liberos alere nec non ipsos eam.*

La exclusión del vínculo de parentesco entre los hijos ilegítimos y su padre natural¹²⁵ traía como lógica consecuencia que la única obligada al mantenimiento de los hijos fuera la madre; pero además, pese a que los *spurii* no pertenecían a la familia agnaticia de la madre —puesto que los lazos de agnación se transmitían por línea masculina¹²⁶— el emperador

¹²⁴ WICISK, “*Alimenta et victus dans le droit Romain classique*”, *op. cit.*, p. 221.

¹²⁵ D. 1, 5, 23.- (*MODESTINO, libro I. Pandectarum*).- *Volgo concepti dicuntur qui patrem demonstrare non possunt, vel qui possunt quidem, sed eum habent, quem habere non licet. qui et spurii appellantur paratyn sporan.* D. 1, 5, 19.- (*CELSUS libro XXIX. Digestorum*).- *Cum legitimae nuptiae factae sint, patrem liberi sequuntur: volgo quaesitus matrem sequitur.* y D. 1, 5, 24.- (*ULPIANUS libro XXVII. ad Sabinum*).- *Lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur, nisi lex specialis aliud inducit.* En ambos textos se establece que los hijos no nacidos dentro de matrimonio legítimo siguen la condición de la madre.

¹²⁶ *Gai, Inst.*, I, 156.- *Sunt autem agnati per virilis sexus personas cognatione iuncti, quasi a patre cognati, veluti frater eodem patre natus, frater filius neposve ex eo, item patruus et patru filius et nepos ex eo. At hi, qui per feminini sexus personas cognatione coniunguntur, non sunt agnati, sed alias naturali iure cognati...*

Antonino Pio tuvo en cuenta el vínculo cognaticio para establecer también la obligación del abuelo materno de prestar alimentos al nieto natural, como se recoge en D. 25, 3, 5, 5:

D. 25, 3, 5, 5.- (*ULPIANUS libro II. ae Officio Consulis*).- *Item divus pius significat, quasi avus quoque maternus alere compellatur.*

Respecto de los hijos legítimos, no obstante, la doctrina romanística no se ha mostrado unánime al abordar la cuestión de la prestación de los alimentos; así, Albertario¹²⁷ entiende que sobre la madre y familiares maternos, pesaba la obligación de alimentar únicamente a los hijos ilegítimos, y sólo a partir de Justiniano esa obligación se extenderá a sus hijos legítimos y es que, en efecto, en D. 25, 3, 5, 14, Ulpiano reconoce, con base en un rescripto de Marco Aurelio, el derecho de la madre para reclamar al padre los alimentos prestados a su hijo:

D. 25, 3, 5, 14.- (*ULPIANUS libro II. ae Officio Consulis*).- *Si mater alimenta, quae fecit in filium, a patre repetat, cum modo eam audiendam. ita divus marcus rescripsit antoniae montanae in haec verba: " sed et quantum tibi alimentorum nomine, quibus necessario filiam tuam exhibuisti, a patre eius praestari oporteat, iudices aestimabunt, nec impetrare debes ea, quae exigente materno affectu in filiam tuam erogatura esses, etiamsi a patre suo educaretur".*

Este derecho de repetición frente al padre lleva a Albertario a concluir que “*che vuol necessariamente dire che obbligat agli alimenti verso il figlio è esclusivamente il padre o l’ascendente paterno*”¹²⁸. Sin embargo, la tesis de Albertario tuvo diversos detractores, como Longo¹²⁹ que entiende que el texto citado no niega la obligación de la madre de alimentar a sus hijos porque afirma que “*i magistrati, investiti della questione, dovranno determinare come l’onere alimentare debba ripartirsi tra i due genitorio (quantum a patre...praestari oportet...aestimabunt)*”. Tampoco Zoz aceptó la teoría de Albertario, poniendo de relieve que no podía exonerarse a la madre de la obligación de prestar sustento a los hijos, sobre todo en supuestos como la indigencia o muerte del padre; en estos casos,

¹²⁷ ALBERTARIO, “*Sul diritto agli alimenti*”, *op. cit.*, p. 254

¹²⁸ Vid. ALBERTARIO, “*Sul diritto agli alimenti*”, *op. cit.*, p. 254, n. 2.

¹²⁹ LONGO, *Diritto Romano*, III, *op. cit.* p. 264

no podría justificarse el abandono de los hijos por parte de la madre. Además, entiende la autora que, considerando que el derecho de alimentos es siempre recíproco, el razonamiento de Albertario llevaría a que los hijos legítimos pudieran abandonar impunemente a su madre en caso de indigencia, mostrándose las fuentes contrarias a ésta conclusión. En efecto, en D. 27, 3, 1, 4 establecen claramente la obligación que pesaba sobre el tutor del hijo que tenía patrimonio suficiente de socorrer a su madre si no tenía medios, haciendo referencia también en C. 5, 25, 1, a un rescripto del emperador Antonino Pio donde se dispone que es de justicia que los hijos presten socorro en las necesidades a los padres:

D. 27, 3, 1, 4.- (*ULPIANUS libro XXXVI ad edictum*).- *Praeterea si matrem aluit pupilli tutor, putat labeo imputare eum posse: sed est verius non nisi perquam egenti dedit, imputare eum oportere de largis facultatibus pupilli: utrumque igitur concurrere oportet, ut et mater egena sit et filius in facultatibus positus.*

C. 5, 25, 1.- (*Imp. ANTONINUS PIUS A. BASSO*).- *Parentum necessitatibus liberos succurrere iustum est. Sine die et consule.*

Parece, por tanto, que, aunque expresamente no lo mencionen las fuentes, la madre de una familia legítima estaría obligada también al mantenimiento de sus hijos, en caso de que el padre y su familia no pudiesen o se negaran a cumplir la obligación¹³⁰.

En definitiva, se puede afirmar que en época clásica la obligación de prestar alimentos a los hijos en el seno de la familia legítima correspondía principalmente al padre y a los ascendientes paternos y sólo en caso de que éstos hubiesen muerto o no tuviesen capacidad patrimonial para atender sus necesidades, la madre sería la obligada con sus propios medios de mantener y educar a su descendencia, y no sólo por ser un deber jurídico sino por el amor maternal –*materna pietatis*¹³¹– que debía profesarles¹³². Respecto de los hijos

¹³⁰ Sachers y Schiller también extienden la obligación de prestar alimentos sobre la madre no sólo para los hijos legítimos sino también para los ilegítimos. Vid. a este respecto, SACHERS, “*Das Recht auf Unterhalt in der römischen Familie der klass. Zeit*”, *op. cit.*, p. 353 y ss. En el mismo sentido SCHILLER, “*Alimenta in the sententiae Hadriani*”, *op. cit.* p. 406.

¹³¹ ALBURQUERQUE, “*De la justicia y la reciprocidad en situaciones de necesidad y dependencia: el reconocimiento y la inclusión jurídico-social de la madre en el cumplimiento de la obligación de alimentos respecto a los hijos*”, *op. cit.*, p. manifiesta que la obligación de la madre a prestar alimentos a los hijos se

ilegítimos, la madre sería la obligada, excluyéndose a la familia paterna de sufragar los gastos de mantenimiento de estos hijos y quedando únicamente comprometida la familia materna.

B) Derechos sucesorios.

Para una mejor exposición en este apartado, se hará referencia por separado a la capacidad sucesoria reconocida a los hijos en la herencia del padre y de la madre, en el supuesto de sucesión *ab intestato* y de sucesión testamentaria, porque, si bien ambas experimentaron una importante evolución, lo cierto es que lo hicieron en sentidos opuestos; en la sucesión intestada se produjo una ampliación en los derechos hereditarios de los hijos ilegítimos, sobre todo en relación con la madre y, sin embargo, en la testamentaria se restringieron los derechos que en un principio pudo tener esta categoría filial.

a) Sucesión *ab intestato*.

- ***Ius civile.***

La regulación de la sucesión intestada en la ley de las XII Tablas circunscribe el ámbito de los derechos hereditarios a los miembros de la familia legítima, por lo que únicamente cabe predicar reconocimiento sucesorio paterno respecto de los descendientes legítimos y que, además, se encontraran sometidos a la *patria potestas* del causante en el momento de su

circuncibiría plenamente en el amor maternal y basa en C. 2, 18, (19),11, para establecer este principio cuando se determina la falta de razón de la madre al intentar que le sean reintegrados los gastos del mantenimiento de sus hijos y en emperador Alejandro le indica que: *Alimenta quidem, quae filiis tuis praestitisti, tibi reddi non iusta ratione postulas, quum id exigente materna pietate...*

¹³² A pesar de que esta reconocida en las fuentes la existencia del derecho de alimentos entre ascendientes y descendientes, lo que no puede deducirse claramente de la normativa imperial es la existencia de un orden jerárquico de los obligados a la prestación de alimentos, sino que como expresa LAVAGGI, voz “*Alimenti*”, *op. cit.*, p. 20, “*Nei confronti della madre –supposto il matrimonio libero, ché la “convenio in manu” la pone “loco sorosis” rispetto ai figli, eliminando il problema– i diritto agli alimenti dei figli legittimi ha con quasi certezza caratteres subordinato e subsidiario rispetto all’obbligo del “pater” e degli ascendente paterni*”.

fallecimiento; así, sobre la base de la familia agnaticia, sólo los *sui* serán los sucesores del *paterfamilias*, tal y como ponen de manifiesto las fuentes¹³³:

XII Tab. V, 4.- *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto.* 5.- *Si adgnatus nes esceit, gentiles familiam [habento];*

Gai, *Inst.*, III, 1.- *Intestatorum hereditates ex lege XII tabularum primum ad suos heredes pertinent.*

Se constata, pues, que los *spurii* estaban excluidos de la sucesión intestada parterna, toda vez que no tenían vínculo agnaticio alguno ni con el padre ni con su familia; pero además, pese a que se les aplicaba la máxima *mater semper certa est*, como tampoco ostentaba posición alguna en la familia materna —ya que el lazo de agnación, como es sabido, se transmitía por la línea masculina— no adquiría derecho sucesorio alguno tampoco en aquella; naciendo *sui iuris*, carecía de *status familiae* por línea paterna y materna, por lo que se provocaba ineludiblemente su exclusión en la sucesión intestada de ambos progenitores.

Por tanto, sólo se pueden predicar derechos sucesorios en la herencia paterna respecto de los descendientes legítimos; sin embargo, cabe advertir que, ni siquiera dentro de esta categoría, se puede afirmar la existencia de una *vocatio* genérica respecto de todos ellos, ya que la integración en la categoría de *heredes sui* sólo se reconocía a los *liberi qui in*

¹³³ D. 50, 16, 195, 2.- (ULPIANUS libro XLVI ad Edictum).- *Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura, aut iure subiectae, utputa patremfamilias, matremfamilias, filiumfamilias, filiamfamilias, quique deinceps vicem eorum sequuntur, utputa nepotes et neptes, et deinceps.* Vid. también Plaut., *Bacch.*, I, 196 y ss.; Liv., *Ab Urbe cond.*, XLI, 8, 9, 10 y 12.

potestate morientis fuerunt de forma directa¹³⁴, sin importar, eso sí, que el vínculo fuera natural o adoptivo¹³⁵:

Gai, Inst., III, 2.- Sui autem heredes existimantur liberi qui in potestate morientis fuerunt, ueluti filius filiae, nepos neptis ex filio, pronepos proneptis ex nepote filio nato prognatus prognatae. Nec interest, utrum naturales sin liberi an adoptiui.

El resto de descendientes, esto es, los que no se encontraban bajo la potestad del *pater* en el momento del fallecimiento o no lo estuvieran de forma directa estaban excluidos de la

¹³⁴ Como afirma Ulpiano, los *heredes sui* son tanto los *liberi qui in potestate sunt* como *qui liberorum loco sunt* siendo la sujeción directa a la *patria potestas* del causante al tiempo de su muerte la esencia y fundamento de los mismos: *Ulp., Reg., XXVI, 1.- Intestatorum ingenuorum hereditates pertinent primum ad suos heredes, id est liberos, qui in potestate sunt, ceterosque, qui in liberorum loco sunt ; si sui heredes non sunt, ad consanguineos, id est fratres et sorores ex eodem patre; si nec hi sunt, ad reliquos agnatos proximos, id est cognatos virilis sexus, per mares descendentes, eiusdem familiae : id enim cautum est lege duodecim tabularum hac: SI TESTATO MORITUR, CUI SUUS HERES NEC ESCIT, AGNATUS PROXIMUS FAMILIAM HABETO.*

¹³⁵ Gayo aclara que los *liberi* no sólo son los hijos del causante, naturales o adoptivos, sino también los nietos o bisnietos nacidos de hijos varones, pero establece como condición *sine qua non* para que éstos últimos sean considerados herederos de derecho propio, que el padre haya salido de la *potestas* antes de que el abuelo hubiera fallecido, *siue morte id acciderit, siue alia ratione*. Los nietos adquirirían los derechos hereditarios del abuelo por *successio in locum*, por lo que resulta lógico que la pérdida de los derechos sucesorios del padre, por emancipación o fallecimiento, tuviesen lugar con anterioridad a la muerte del abuelo. Si a la muerte del abuelo, el padre del nieto o bisnieto vivía, *suus heres esse non potest*: *Gai, Inst., III, 2.- Ita demum tamen nepos neptis et pronepos proneptis suorum heredum numero sunt, si praecedens persona desierit in potestate parentis esse, siue morte id acciderit, siue alia ratione, ueluti emancipatione. Nam si per id tempus quo quis moriatur, filius in potestate eius sit, nepos ex eo suus heres esse non potest. Idem et in ceteris deinceps liberorum personis dictum intellegemus.* En este sentido, vid. los siguientes textos: *Gai, Inst., II, 156.- Sui autem et necessarii heredes sunt uelut filius filiae, nepos neptis ex filio et deinceps ceteri, qui modo in potestate morientis fuerunt: sed uti nepos neptis suus heres sit, non sufficit eum in potestate aui mortis tempore fuisse, sed opus est, ut pater quoque eius uiuo patre suo desierit suus heres esse aut morte interceptus aut qualibet ratione liberatus potestate; tum enim nepos neptis in locum sui patris succedunt; D. 38, 16, 1, 4.- (ULPIANUS libro XII ad Sabinum).- Si filius suus heres esse desiit, in eiusdem partem succedunt omnes nepotes neptesque ex eo nati qui in potestate sunt: quod naturali aequitate contingit. filius autem suus heres esse desinit, si capitis deminutione vel magna vel minore exiit de potestate. quod si filius apud hostes sit, quamdiu vivit nepotes non succedunt. proinde etsi fuerit redemptus, nondum succedunt ante liberationem: sed si interim decesserit, cum placeat eum statu recepto decessisse, nepotibus obstat ; e I. 3, 1, 2.- Sui autem heredes existimantur, ut et supra diximus, qui in potestate morientis fuerunt: ueluti filius filia, nepos neptis ex filio, pronepos proneptis ex nepote filio nato prognatus prognatae. nec interest, utrum naturales sunt liberi an adoptiui. Quibus connumerari necesse est etiam eos qui ex legitimis quidem matrimoniis non sunt progeniti, curiis tamen civitatum dati, secundum diuinarum constitutionum quae super his positae sunt tenorem, suorum iura nanciscuntur: nec non eos quos nostrae amplexae sunt constitutiones, per quas iussimus, si quis mulierem in suo contubernio copulauerit non ab initio affectione maritali, eam tamen cum qua poterat habere coniugium, et ex ea liberos sustulerit, postea vero affectione procedente etiam nuptialia instrumenta cum ea fecerit filiosque vel filias habuerit: non solum eos liberos qui post dotem editi sunt iustos et in potestate esse patribus, sed etiam anteriores, qui et his qui postea nati sunt occasionem legitimi nominis praestiterunt: quod optinere censuimus, etiamsi non progeniti fuerint post dotale instrumentum confectum liberi, vel etiam nati ab hac luce subtracti fuerint.*

sucesión, y ello aunque con anterioridad al fallecimiento hubieran estado bajo la potestad paterna, como era el caso del hijo emancipado¹³⁶. Sin embargo, la presunción de paternidad establecida en las fuentes a favor del hijo *ex iustis nuptiis* hizo posible que fuera posible su admisión en la herencia legítima del padre incluso si éste había muerto con anterioridad a su nacimiento¹³⁷: si el hijo nacía en los diez meses siguientes a la muerte del padre¹³⁸, adquiría la condición de *iustus filius* y se efectuaba la *vocatio ab intestato* de éste dentro de la categoría de los *heredes sui*¹³⁹.

¹³⁶ El propio Gayo pone de manifiesto que *ius quemadmodum strictum fuerit* porque ni siquiera los descendientes emancipados tienen por la Ley de las XII Tablas derecho hereditario alguno, porque dejaron de ser *heredes sui* desde el momento de su emancipación: *Gai, Inst.*, III, 18.- *Hactenus lege XII tabularum finitae sunt intestatorum hereditatis; quod ius quemadmodum strictum fuerit, palam est intellegere.* 19.- *Statum enim emancipate liberi nullum ius in hereditatem parentis ex ea lege habent, cum desierint sui heredes esse.*

¹³⁷ Vid. a este respecto, KASER, “*Recen. a Lanfranchi...*”, *op. cit.*, pp. 381 y ss.; KOCH, “*Pater semper incertus*”, *op. cit.*, pp. 107 y ss. y LEFEBVRE, “*Pater is est quem nuptiae demostrant...*”, *op. cit.*, pp. 331 y ss.

¹³⁸ D. 38, 16, 3, 11.- (ULPIANUS libro XIV ad Sabinum).- *Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem.* Cfr. *Plin., Nat. Hist.*, VII, 40.- *Masurius auctor este L. Papirium praetorem secundo herede lege agente bonorum possessionem contra eum dedisse, cum mater partum se tredicim mensibus tulisse diceret, quoniam nullum certum tempus pariendi statutum ei videretur;* y *Aul. Gel., Noct. Att.*, III, 16, 23.- *Id autem quia extra fidem esse videri potest, verba ipsius Plinii posuimus: "Masurius auctor est L. Papirium praetorem secundo herede lege agente bonorum possessionem contra eum dedisse, cum mater partum se tredecim mensibus tulisse diceret, quoniam nullum certum tempus pariendi statutum ei videretur".* Sobre la base del texto pliniano en el que Sabino reconocía la *bonorum possessio ab intestato* también a los nacidos después de los trece meses a la muerte del *pater*, ASTOLFI (I “*libri tres iuris civilis*” di Sabino, Padova, 1983, p. 74) ha mostrado sus dudas acerca de la paternidad sabiniana de la afirmación contenida en D. 38, 16, 3, 11, que rechaza al póstumo nacido *post decem menses*. A esta opinión se ha opuesto LAMBERTI (Studi sui “*postumi*” nell’esperienza giuridica romana, I, Napoli, 1996, p. 61), que mantiene la genuinidad sabiniana de la afirmación contenida en el texto del Digesto, ya que, aunque el texto pliniano expresa una decisión de un modo extremadamente sintético y ambiguo, si puede desprenderse que Sabino se refería a la sucesión *iure honorario*, por la mención a la *bonorum possessio* y a la sucesión testamentaria por la referencia al *heres secundus*; Así, “*le parole de Sabino potevano aver riferimento al fatto che nel testamento “nullum tempus statutum videretur”, e in virtù di tale constatazione fondare l’attribuzione dei bona ereditari al postumo*”; dado que el causante no había establecido límite alguno para que se verificara el nacimiento del póstumo, cualquiera que naciera tras su muerte sería admitido a la *bonorum possessio*; ello hace pensar a Lamberti que el edicto no contendría ningún límite temporal a los efectos de admitir al póstumo en la sucesión paterna. Sin embargo, en D. 3, 16, 3, 11 Sabino debía referirse a la regla decemviral sobre los *decem menses* y por ello a la sucesión *iure civile*, siendo lo más probable que afirmara que, mientras para la sucesión intestada estaba previsto un término máximo de diez meses para la admisión del nascituro, para la testamentaria *nullum tempus statutum ei videretur*, sobre todo en el caso de que el testador no hubiera establecido tiempo alguno en su testamento. Por ello, se hacía posible mantener válida la institución en primer grado del póstumo pese a que hubiera nacido trece meses después de la muerte del causante, siempre y cuando la madre pudiera demostrar que estaba concebido antes de su fallecimiento. Respecto a D. 38, 16, 3, 11 vid. también LATORRE SEGURA, “*Uxor praegnas relicta*”, en *LABEO*, I, 1955, pp. 195 y ss.; IMPALLOMENI, “*In tema di vitalità e forma umana come requisiti essenziali alla personalità*”, en *IURA*, XXII, 1971, p. 106 y HACKL, “*Die Feststellung der vaterschaft und der vaeterlichen Gewalt*”, en *ZSS*, CIII, 1973, pp. 105 y ss.

¹³⁹ D. 38, 16, 3, 11, citado en la nota anterior. En este sentido, también *Aul. Gel., Noct. Att.*, III, 16, 12.- *Praetera ego de partu humano, praeterquam quae scripta in libris legi, hoc quoque usu venisse Romae*

No obstante, siendo lo relevante a efectos sucesorios el sometimiento a la patria potestad, derecho que únicamente se ejercía cuando padre e hijo eran ciudadanos romanos y éste había nacido *ex iustae nuptiae*, quedarían excluidos de la herencia paterna todos aquellos hijos que, aún siendo reconocidos como legítimos, sus padres tuvieran la ciudadanía latina o peregrina¹⁴⁰. No obstante, cabe advertir respecto a los hijos de padre latino la constatación en las fuentes de un trato de favor, toda vez que si éstos, con posterioridad al fallecimiento del padre, lograban demostrar su condición de *filius ex lege Aelia Sentia uel senatusconsulta*, sí serían llamados a la sucesión paterno como herederos civiles del *pater*, al entender que, de haber estado vivo el padre, *in potestate eius futuri essent*:

Gai, Inst., III, 5.- Idem iuris est de his quorum nomine ex lege Aelia Sentia uel ex senadoconsulto post mortem patris causa probatur. Nam et hi uiuo patre causa probata in potestate eius futuri essent.

Diferente se presenta el caso del hijo de padre extranjero, ya que éste quedaría excluido de la sucesión paterna, aún en el supuesto de que éste hubiera obtenido la ciudadanía romana; sólo en el supuesto de que, junto con la ciudadanía, se le hubiera concedido de forma expresa también la patria potestad sobre el hijo, éste pasaría a ostentar la cualidad de *heres suus*:

Gai, Inst., III, 20.- Idem iuris est, si ideo liberi non sint in potestate patris, quia sint cum eo ciuitate Romana donati, nec ab imperatore in potestatem redacti fuerint.

comperi: feminam bonis atque honestis moribus, non ambigua pudicitia in undecimo mense post mariti mortem peperisse factumque esse negotium propter rationem temporis, quasi marito mortuo postea concepisset, quoniam decemviri in decem mensibus gigni hominem, non in undecimo scripsissent...; Igualmente, Justiniano en su *Novella* 39, 2, rechazaba la herencia legítima del padre a la viuda que presentara a un hijo a los once meses de la muerte del marido: *...nondum enim completo anno, undecimo mense perfecto, peperit, ut non esset possibile dicere, quia de defuncto fuisset partis; neque enim in tantum tempus conceptionis extensum est.*

¹⁴⁰ Padre e hijo debían ser ciudadanos romanos, porque en caso contrario éste no obtendría la condición de *sui*. Vid. *Gai, Inst., I, 56*, citado en notas 64 y 65.

Se vuelve a constatar una diferencia de trato, esta vez en el orden sucesorio, no sólo entre hijos legítimos e ilegítimos, sino también dentro de la primera categoría, siendo peor considerados los *iusti filii* de padre extranjero.

Con referencia a la herencia materna, ya se ha mencionado que el *ius civile* no reconocía derechos sucesorios entre madres e hijos:

Gai, Inst., III, 24.- Similiter non admittuntur cognati, qui per feminini sexus personas necessitudine iunguntur, adeo quidem, ut nec inter matrem et filium filiamue ultro citroque hereditatis capiendae ius conpetat, praeterquam si per in manum conuentionem consanguinitatis iura inter eos constiterint.

Por lo tanto, los *spurii* no tendrían reconocida capacidad sucesoria alguna en la herencia de la familia materna, pero tampoco la tendrán los hijos legítimos, como se pone de manifiesto en el texto citado, excepto en el supuesto de que la madre estuviera casada *in manu*, porque entonces sí se establecía entre ellos el derecho de consanguinidad, con lo que quedarían incluidos en el segundo llamamiento, esto es, en el de los *adgnatus proximus*¹⁴¹.

- ***Ius honorarium.***

El desarrollo de la regulación sucesoria en el derecho pretorio supuso un avance relevante respecto de los derechos sucesorios de los hijos ilegítimos, sobre todo en el marco de las relaciones sucesorias entre madres e hijos, en el que el *ius honorarium* intervendrá para reconocer derechos en la herencia de ambos. En efecto, el nuevo orden sucesorio, abandonando la familia agnaticia y sobre la base de los vínculos cognaticios, concederá la

¹⁴¹ *Gai, Inst., III, 9.- Si nullus sit suorum heredum, tunc hereditas pertinet ex eadem lege XII tabularum ad adgnatos... 14.- Quod ad feminas tamen attinet, in hoc iure aliud in ipsarum hereditatibus capiendis placuit, aliud in ceterorum [bonis] ab his capiendis. nam feminarum hereditates proinde ad nos agnationis iure redeunt atque masculorum, nostrae uero hereditates ad feminas ultra consanguineorum gradum non pertinent. itaque soror fratri sororiue legitima heres est, amita uero et fratris filia legitima heres esse non potest; sororis autem nobis loco est etiam mater aut nouerca, quae per in manum conuentionem apud patrem nostrum iura filiae nanta est... 23.- Item feminae agnae, quaecumque consanguineorum gradum excedunt, nihil iuris ex lege habent.*

bonorum possessio de la herencia¹⁴² a personas enmarcadas de forma genérica en el edicto pretorio¹⁴³, corrigiendo así las injusticias y deficiencias surgidas en el sistema civil¹⁴⁴. En el sistema de sucesión *sine tabulis* del *ius honorarium*, el pretor concedería la *bonorum possessio* de los bienes hereditarios a los *cognati*, esto es, a los que tenían un ascendiente común o *quasi commune nascendi initium habuerint*¹⁴⁵. La posibilidad de solicitar la posesión de los bienes hereditarios, que se concedía únicamente *per praetoris indulgentiam*¹⁴⁶, se reconocía, por tanto, a aquellos descendientes legítimos de un varón, pero también a los descendientes ilegítimos de una cabeza de stirpe común femenina:

Gai, Inst., III, 30.- Eodem gradu uocantur [tertio gradu] etiam eae personae quae per femini sexus personas copulatae sunt.

¹⁴² El pretor no efectuaba *delatio hereditatis* como ocurría en la sucesión civil, sino que debía existir petición de los interesados, esto es, de los parientes del difunto amparados en el edicto, dentro de un periodo de tiempo concedido por el pretor para pudieran solicitar la *bonorum possessio* de la herencia; transcurrido el tiempo marcado en el edicto sin que se hubiera realizado la petición, se concedía un nuevo periodo de tiempo a la segunda categoría de personas que el edicto reconocía como sucesoras del *de cuius* y así sucesivamente hasta agotar todos los grupos de herederos. La persona que estuviera incluido en varias categorías –por ejemplo, el *heres suus* que estaba incluido en la categoría *unde liberi* y *unde legitimi*— disponía de dos periodos de tiempo para solicitar la *bonorum possessio* y no estaba obligado a pedirla dentro del primer plazo. A este respecto, D. 38, 9 (10), 1, pr.- (ULPIANUS libro XLIX ad Edictum).- *Successorium edictum idcirco propositum est, ne bona hereditaria vacua sine domino diutius iacerent et creditoribus longior mora fieret. e re igitur praetor putavit praestituere tempus his, quibus bonorum possessionem detulit, et dare inter eos successionem, ut maturius possint creditores scire, utrum habeant, cum quo congregiantur, an vero bona vacantia fisco sint delata, an potius ad possessionem bonorum procedere debeant, quasi sine successore defuncto.*

¹⁴³ Sobre la base de esta familia cognaticia, el edicto pretorio clasificó a las personas que tenían derecho a la *bonorum possessio ab intestato, sine tabulis o intestati* en varias categorías: A) *Unde liberi*, que comprende a los herederos del *ius civile*, esto es, los *heredes sui*, pero también a los descendientes que hubieran salido de la potestad por *capitis deminutio minima*; B) *Unde legitimi*, que incluía a los herederos llamados en virtud de las XII Tablas: los *heredes sui*, de nuevo, y los agnados y gentiles, en defecto cada uno del anterior; C) *Unde cognati*, que comprende los parientes consanguíneos del causante hasta el sexto grado; D) *Unde vir et uxor*, que incluye al cónyuge supérstite casado en *iustum matrimonium* con el causante y que hubiera convivido con él en el momento de su muerte. Vid., respecto a las personas que tienen derecho a solicitar la *bonorum possessio* en virtud del edicto del pretor, los siguientes textos: D. 38, 6, 1, 1; D. 38, 6, 4; D. 38, 7, 2, 4; D. 38, 8, 1, 3; D. 38, 8, 1, 10 y D. 38, 11, 1.

¹⁴⁴ D. 1, 1, 7, 1.- (PAPINIANUS libro II. Definitionum).- *Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia, propter utilitatem publicam...*; I. 3, 9, pr.- (DE BONORUM POSSESSIONIBUS).- *Ius bonorum possessionis introductum est a praetore emendandi veteris iuris gratia...* 1.- *Aliquando tamen neque emendandi neque impugnandi veteris iuris, sed magis confirmandi gratia pollicetur bonorum possessionem...* 2.- *...nam angustissimis finibus constitutum per legem duodecim tabularum ius percipendarum hereditatem praetor ex bono et aequo dilatavit; Gai, Inst., III, 25.- ...sed hae iuris iniquitates edicto pretoris emendatae sunt...*

¹⁴⁵ D. 38, 8, 1, 1.- (ULPIANUS libro XLVI ad Edictum).- *Cognati autem appellati sunt, quasi ex uno nati, aut, ut Labeo ait, quasi commune nascendi initium habuerint.*

¹⁴⁶ D. 38, 8, 1, pr.- (ULPIANUS libro XLVI ad Edictum).- *Haec bonorum possessio nudam habet Praetoris indulgentiam, neque ex iure civili originem habet; nam eos invitat ad bonorum possessionem, qui iure civili ad successionem admitti non possunt, id est, cognatos.*

I. 3, 5, 2.- (*DE SUCCESSIONE COGNATORUM*).- *Hos etiam, qui per feminini sexus personas ex transverso cognatione iunguntur, tertio gradu proximitatis nomine praetor ad successionem vocat.*

Queda claro que la cognación por línea masculina sólo la ostentarán aquellos que en un momento anterior fueron agnados¹⁴⁷, y de ahí que los hijos ilegítimos no pudieran ser considerados cognados del padre, porque éste nunca mantuvo el vínculo agnaticio con ellos:

D. 38, 8, 4.- (*ULPIANUS libro VI. Regularum*).- *Si spurius intestato decesserit, iure consanguinitatis aut adgnationis hereditas eius ad nullum pertinet, quia consanguinitatis itemque adgnationis iura a patre oriuntur...*

I. 3, 5, 4.- (*DE SUCCESSIONE COGNATORUM*).- *Vulgo quaesitos nullum habere adgnatum manifestum est, cum adgnatio a patre, cognatio sit a matre, hi autem nullum patrem habere intelleguntur. eadem ratione nec inter se quidem possunt videri consanguinei esse, quia consanguinitatis ius species est adgnationis: tantum igitur cognati sunt sibi, sicut et matris cognatis. itaque omnibus istis ea parte competit bonorum possessio qua proximitatis nomine cognati vocantur.*

Se reitera en ambos textos que la consanguinidad deriva de la agnación y, por ello, *vulgo quaesitos nullum habere agnatum manifestum est*, y de ahí que *ne inter se quidem possunt videri consanguinei esse* porque la consanguinidad *ius sepecies est agnationis*. Igualmente, en D. 38, 8, 4 se establece claramente que *quia consanguinitatis itemque adgnationis iura a patre oriuntur*, por lo que un hijo nacido fuera de *iustae nuptiae* –*spurius*– o de padre desconocido –*vulgo quaesitus*– tan sólo tendrá lazos cognaticios con la madre, de la que si existe certeza, y con la familia materna: *tantum igitur cognati sunt sibi, sicut et matris*

¹⁴⁷ De ahí que los hijos que fueron dados en adopción retienen los lazos cognaticios con su familia natural. Vid. D. 38, 8, 1, 4.- (*ULPIANUS libro XLVI ad Edictum*).- *Cognitionem facit etiam adoptio; etenim quibus fiet agnatus hic, qui adoptatus est, iisdem etiam cognatus fiet; nam ubicunque de cognatis agitur, ibi sic accipiemus, ut etiam adoptione cognati facti contineatur. Evenit igitur, ut is, qui in adoptionem datus est, tam in familia naturalis patris iura cognitionis retineat, quam in familia adoptiva nanciscatur; sed eorum tantum cognitionem in adoptiva familia nanciscetur, quibus fit agnatus, in naturali autem omnium retinebit.* I. 3, 5, 3.- *Liberi quoque, qui in adoptiva familia sunt, ad naturalium parentum hereditatem hoc eodem gradu vocantur.*

cognatis. Por ello, se concedía la posesión de los bienes de la madre y sus familiares a los hijos ilegítimos de aquella y viceversa dentro de la tercera categoría de llamamientos — *unde cognati*— tal y como se establece en diversas fuentes:

D. 38, 8, 2.- (*GAIUS libro XVI ad Edictum provinciale*).- *Hac parte proconsul naturali aequitate motus omnibus cognatis promittit bonorum possessionem, quos sanguinis ratio vocat ad hereditatem, licet iure civili deficiant. itaque etiam vulgo quaesiti liberi matris et mater talium liberorum, item ipsi fratres inter se ex hac parte bonorum possessionem petere possunt...*

D. 38, 8, 4.- (*ULPIANUS libro VI. Regularum*).- *...proximitatis autem nomine mater eius aut frater eadem matre natus bonorum possessionem eius ex edicto petere potest.*

D. 38, 8, 8.- (*MODESTINUS libro XIV. Responsorum*).- *Modestinus respondit non ideo minus ad aviae maternae bona ab intestato nepotes admitti, quod vulgo quaesiti proponuntur.*

C. 6, 15, 3.- (*Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. FELICI*).- *Nepotibus avi materni pro virili portione etiam iure honorario successio defertur. (Dat. Id. Octobr. Simirii, Caess. Conss. 294-305).*

En los textos también se refleja el derecho del cognado incluso si al nacer hubiera fallecido la madre; en efecto, en D. 38, 8, 1, 8 se afirma de forma genérica que si existe un cognado de grado más próximo al causante que todavía no haya nacido, vetará a los siguientes, impidiendo que entren en la herencia, debiéndose esperar hasta que se verifique el nacimiento; en el mismo sentido se pronuncia D. 38, 8, 1, 9, al establecer que el nacido de una mujer embarazada muerta en el parto, puede pedir la *bonorum possessio unde cognati*¹⁴⁸:

¹⁴⁸ En coherencia con la regla general citada, D. 38, 8, 10, plantea un supuesto en el que una mujer fallece intestada y deja como parientes próximos a su madre embarazada y a una hermana: se concluye que, en el caso de que la madre repudie la herencia, la hermana póstuma puede reclamar la posesión de la herencia de la causante Vid. D. 38, 8, 10.- (*SCAEVOLA libro II. Responsorum*).- *Intestata reliquit sororem Septiciam diverso patre natam, et praegnantem matrem ex alio marito; quaero, si mater hereditatem repudiaverit, dum adhuc praegnans est, posteaque enixa tuerit Semproniam, an etiam Sempronia bonorum Titiae possessionem accipere possit. Respondit, si mater hereditate exclusa est, eam, quae, ut proponitur, postea nata est, accipere posse.*

D. 38, 8, 1, 8.- (*ULPIANUS libro XLVI ad Edictum*).- *Si quis proximior cognatus nasci speretur, in ea conditione est, ut dici debeat, obstare eum sequentibus. Sed ubi natus non est, admittere eum, qui post ventrem proximus videbatur. Sed hoc ita demum erit accipiendum, si hic, qui in utero esse dicitur, vivo eo, de cuius bonorum possessione agitur, fuit conceptus; nam si post mortem, neque obstabit alii, neque ipse admittetur, quia non fuit proximus cognatus ei, quo vivo nondum animax fuerit.*

D. 38, 8, 1, 9.- (*ULPIANUS libro XLVI ad Edictum*).- *Si quia praegnans decesserit et utero exsecto partus sit editus, in ea conditione est partus iste, ut matris suae accipere bonorum possessionem possit Unde proximi cognati...*

Así, se constata en las fuentes, que los hijos ilegítimos tienen por primera vez reconocidos sus derechos sucesorios sin tener un *status familiae* en el seno de la familia materna. Ahora bien, dentro de la categoría de los *spurii*, habrá un grupo a quienes el edicto pretorio discrimina, al establecer que ni siquiera tenían parentesco natural con la madre, y son aquellos hijos que tenían origen servil. A este respecto, las fuentes establecen claramente que la *bonorum possessio unde cognati, pertinet ad cognationes non serviles*:

D. 38, 8, 1, 2.- (*ULPIANUS libro XLVI ad edictum*).- *Pertinet autem haec lex ad cognationes non serviles: nec enim facile ulla servilis videtur esse cognatio.*

Y de ahí, que se reconozca que si una esclava al nacer su hijo había sido manumitida, sí habrá establecido el vínculo cognaticio con él y éste hijo tendrá reconocido ese lazo de parentesco con sus hermanos:

D. 38, 8, 2.- (*GAIUS libro XVI ad Edictum provinciale*).- *... quia sunt invicem sibi cognati, usque adeo ut praegnas quoque manumissa si pepererit, et is qui natus est matri et mater ipsi et inter se quoque qui nascuntur cognati sint*¹⁴⁹.

¹⁴⁹ También a este respecto, I. 3, 6, 10.- *Illud certum est, ad serviles cognationes illam partem edicti qua proximitatis nomine bonorum possessio promittitur non pertinere: nam nec ulla antiqua ege talis cognatio computabatur. sed nostra constitutione, quam pro iure patronatus fecimus (quod ius usque ad nostra tempora satis obscurum atque nube plenum et undique confusum fuerat) et hoc, humanitate suggerente, concessimus, ut si quis in servili consortio constitutus liberum vel liberos habuerit, sive ex libera sive servilis condicionis*

Ahora bien, pese a todo lo anteriormente expuesto, y dejando sentado el avance que se produce en el derecho honorario respecto a los derechos hereditarios de los hijos ilegítimos, se debe precisar que la *bonorum possessio* se concedía a los cognados, precedidos siempre en su derecho de dos grupos de familiares: *liberi* y *legitimi*¹⁵⁰. Por lo tanto, los descendientes legítimos, estuvieran o no sometidos a la patria potestad, y los herederos reconocidos por el *ius civile* siempre tenían un derecho preferente para solicitar la posesión de los bienes hereditarios. Además, puesto que los agnados eran también cognados, el derecho a obtener la posesión de los bienes también tenía lugar en la categoría *unde cognati*.

Resulta evidente, por tanto, que el avance respecto a los derechos sucesorios de los hijos ilegítimos, en realidad, supuso más un reconocimiento formal que material, en relación con el parentesco natural, porque el derecho a ejercitar la solicitud de la *bonorum possessio* quedaba supeditado a la inexistencia de descendientes legítimos, que casi siempre existían. En cualquier caso, y pese al escaso avance que supondría en la práctica, el reconocimiento del derecho recíproco a la posesión de los bienes hereditarios en el ámbito de la familia materna con base en los lazos cognaticios, sin lugar a dudas, constituyó un significativo avance en el ámbito de los derechos sucesorios de los hijos ilegítimos.

- **Reformas posteriores.**

muliere, vel contra serva mulier ex libero vel servo habuerit liberos cuinscumque sexus, et ad libertatem his pervenientibus, et hi qui ex servili ventre nati sunt libertatem meruerunt, vel, dum mulieres liberae erant, ipsi in servitute eas habuerunt et postea ad libertatem pervenerunt, ut hi omnes ad successionem vel patris vel matris veniant, patronatus iure in hac parte sopito: hos enim liberos non solum in suorum parentum successionem, sed etiam alterum in alterius mutuam successionem vocavimus, ex illa lege specialiter eos vocantes, sive soli inveniantur qui in servitute nati et postea manumissi sunt, sive una cum aliis qui post libertatem parentum concepti sunt, sive ex eadem matre vel eodem patre sive ex aliis nuptiis, ad similitudinem eorum qui ex iustis nuptiis procreati sunt.

¹⁵⁰ El Edicto Pretorio concedía la posibilidad de solicitar la *bonorum possessio* tras la categoría de los *liberi*, a los *legitimi*, esto es, los que eran objeto de *vocatio* en virtud de la ley de las XII Tablas, teniendo preferencia dentro de este grupo los *heredes sui*. El parentesco de sangre también es contemplado en el Edicto a través de la *bonorum possessio unde cognati*, por la que pueden obtener la *bonorum possessio* de la herencia los descendientes, ascendientes y colaterales, sucesivamente y por ese orden, prefiriéndose los de grado más próximo.

Con posterioridad a que el pretor reconociera derechos sucesorios a los hijos, legítimos o ilegítimos, al poder solicitar la *bonorum possessio* de sus bienes en la categoría de los *cognati*, se realizaron diversas reformas inspiradas en la misma idea tendente a consolidar el reconocimiento de estos derechos. Como se pone de manifiesto en las fuentes, *sea hae iuris angustiae potes emendatae*, y así figura en las fuentes una decisión —si bien de alcance particular— en la que Claudio defiere a una madre la herencia legítima de sus hijos, pero no porque se tomara en consideración el vínculo de parentesco existente entre ellos, sino *ad solatium liberorum amissorum*:

I. 3, 3, pr.- (*DE SENATUSCONSULTO TERTULLIANO*).- *Lex duodecim tabularum ita stricto iure utebatur et praeponere masculorum progeniem, et eos qui per feminini sexus necessitudinem sibi iunguntur adeo expellebat, ut ne quidem inter matrem et filium filiamve ultro citroque hereditatis capiendae ius daret, nisi quod praetores ex proximitate cognatorum eas personas ad successionem bonorum possessione unde cognati accommodata vocabant. 1.- Sed hae iuris angustiae postea emendatae sunt. et primus quidem divus Claudius matri ad solatium liberorum amissorum legitimam eorum detulit hereditatem.*

La verdadera equiparación de los derechos sucesorios entre los hijos respecto de sus madres y familiares maternos, llegará con los senadoconsultos *tertullianum* y *orphyitianum* que sancionarán el derecho recíproco de sucesión *mortis causa* entre madres e hijos, reconociéndoles reciprocamente la condición de herederos civiles:

D. 38, 17, 1, 2.- (*ULPIANUS libro XII ad Sabinum*).- *Sed et vulgo quaesiti admittuntur ad matris legitimam hereditatem.*

D. 38, 17, 2, 1.- (*ULPIANUS libro XIII ad Sabinum*).- *Filium autem vel filiam accipere debemus, sive iuste sint procreati, vel vulgo quaesiti; idque in vulgo quaesitis et Iulianus libro quinquagesimo nono Digestorum scripsit.*

El *senatusconsultum tertullianum*¹⁵¹ dictado en época de Adriano concedía a la madre el derecho a suceder a los hijos –sin distinción entre *iustus* o *vulgo concepti* y sin distinción de sexo— siempre que hubiera obtenido el *ius liberorum* por dar a luz tres o cuatro hijos, según fuera ingenua o liberta¹⁵². La madre concurría a la herencia intestada dentro de la

¹⁵¹ Vid. en cuanto a las fuentes referidas al *senatusconsultum Tertullianum*, entre otras fuentes: I. 3, 3, *pr.*- *Lex duodecim tabularum ita stricto iure utebatur et praeponebat masculorum progeniem, et eos qui per feminini sexus necessitudinem sibi iunguntur adeo expellebat, ut ne quidem inter matrem et filium filiamve ultro citroque hereditatis capiendae ius daret, nisi quod praetores ex proximitate cognatorum eas personas ad successionem bonorum possessione unde cognati accommodata vocabant.* 1. *Sed hae iuris angustiae postea emendatae sunt. et primus quidem divus Claudius matri ad solatium liberorum amissorum legitimam eorum detulit hereditatem.* 2. *Postea autem senatus consulto Tertulliano, quod divi Hadriani temporibus factum est, plenissime de tristi successione matri, non etiam aviae deferenda cautum est: ut mater ingenua trium liberorum ius habens, libertina quattuor ad bona filiorum filiarumve admittatur intestatorum mortuorum, licet in potestate parentis est, ut scilicet, cum alieno iuri subiecta est, iussu eius adeat, cuius iuri subiecta est.* 3. *Praeferuntur autem matri liberi defuncti, qui sui sunt quive suorum loco, sive primigradus sive ulterioris. sed et filiae suae mortuae filius vel filia opponitur ex constitutionibus matri defunctae, id est aviae suae. pater quoque utriusque, non etiam avus vel proavus, matri antepositur, scilicet cum inter eos solos de hereditate agitur. frater autem consanguineus tam filii quam filiae excludebat matrem: soror autem consanguinea pariter cum matre admittebatur: sed si fuerat frater et soror consanguinei et mater liberis honorata, frater quidem matrem excludebat, communis autem erat hereditas ex aequis partibus fratri et sorori.* 4. *Sed nos constitutione, quam in codice nostro nomine decorato posuimus, matri subveniendum esse existimavimus, respicientes ad naturam et puerperium et periculum et saepe mortem ex hoc casu matribus illatam. ideoque impium esse credidimus, casum fortuitum in eius admitti detrimentum: si enim ingenua ter vel libertina quater non pepererit, immerito defraudabatur successione suorum liberorum; quid enim peccavit, si non plures sed paucos pepererit? et dedimus ius legitimum plenum matribus sive ingenuis sive libertinis, etsi non ter enixae fuerint vel quater, sed eum tantum vel eam qui quaeve morte intercepti sunt, ut et sic vocentur in liberorum suorum legitimam successionem.* 7. *Licet autem vulgo quaesitus sit filius filiae, potest ad bona eius mater ex Tertulliano senatus consulto admitti.* Vid. también Ulp., *Reg.*, XXVI, 8.- *Intestati filii hereditas ad matrem ex lege duodecim tabularum non pertinet; sed si ius liberorum habeat, ingenua trium, libertina quattuor legitima heres fit ex senatus consulto Tertulliano, si tamen ei filio neque suus heres sit quive inter suos heredes ad bonorum possessionem a praetore vocatur, neque pater, ad quem lege hereditas bonorumve possessio cum re pertinet, neque frater consanguineus: quod si soror consanguinea sit, ad utrasque pertinere iubetur hereditas;* y Paul. *Sent.*, IV, 9, 1, 1.- *Matres tam ingenuae quam libertinae cives Romanae, ut ius liberorum consecutae videantur, ter et quater peperisse sufficit, dummodo vivos et pleni temporis pariant.* 2. *Quae semel uno partu tres filios edidit, ius liberorum non consequitur: non enim ter peperisse, sed semel partum fudisse videtur: nisi forte per intervalla pariat.* 3. *Mulier si monstruosum aliquid aut prodigiosum enixa sit, nihil proficit: non sunt enim liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur.* 4. *Partum, qui membrorum humanorum officia duplicavit, quia hoc ratione aliquatenus videtur effectum, matri prodesse placuit.* 5. *Septimo mense natus matri prodest: ratio enim Pythagoraei numeri hoc videtur admittere, ut aut septimo pleno aut decimo mense partus maturior videatur.* 6. *Aborsus et abactus venter partum efficere non videtur.* 7. *Libertina ut ius liberorum consequi possit, quater eam peperisse ut ingenuam sufficit.* 8. *Latina ingenua ius quirritium consecuta si ter peperit, ad legitimam filii hereditatem admittitur: non est enim manumissa.* 9. *Ius liberorum mater habet, quae tres filios aut habet aut habuit aut neque habet neque habuit. Habet, cui supersunt: habuit quae amisit: neque habet neque habuit, quae beneficio principis ius liberorum consecuta est.* 10. *Mater per fratrem excluditur et in successione frater cum sorore aequa sorte succedit. Quod si frater defuerit, mater et filiae, quanta fuerint, aequales capiunt portiones.*

¹⁵² Vid. también Paul. *Sent.*, IV, 9, 10 y C. 6, 56 y 57. Según ISNARDI (*Principio e termine della personalità dell'individuo*, Torino, 1896, pp. 31 y 32), el senadoconsulto Tertuliano vió la luz como consecuencia de la corrupción y degradación de las costumbres morales en el mundo romano, donde cada vez eran más frecuentes los abortos y divorcios. De ahí que la posibilidad de la madre de heredar a los hijos, principal privilegio que concedía el *senatusconsultum Tertullianum*, iba unido a la obtención del *ius liberorum* por ésta.

categoría de los agnados, aunque le precedían los descendientes, el padre y los hermanos varones del hijo:

D. 38, 17, 2, 14.- (*ULPIANUS libro XIII ad Sabinum*).- *Ita demum autem mater senatus consulti beneficio excludetur, si filius adiit legitimam hereditatem: ceterum si omiserit legitimam hereditatem, mater ex senatus consulto tertulliano admittetur. sed si non sit solus iste filius legitimus heres, sed sint qui cum eo admittantur, nec in partem eorum mater ex senatus consulto erit vocanda. 15.- Obicitur matri pater in utriusque bonis tam filii quam filiae, sive heres sive bonorum possessor existat. sed neque avus neque proavus in tertulliano matri nocent, quamvis fiduciam contraxerint. pater autem tantum naturalis, non etiam adoptivus matri nocet: verius est enim, cum pater esse desierit, a matre eum excludi: sed nec ad bonorum possessionem contra tabulas eum admitti, cum pater esse desierit. 16.- Undecumque autem acceperit bonorum possessionem pater naturalis, sive legitimus sive contra tabulas, ex quavis parte excludit matrem.*

Sin embargo, la madre no era excluida de la herencia en caso de que el difunto dejara hermanas consanguíneas; en este caso, concurriría por mitad a la herencia intestada junto con sus propias hijas¹⁵³:

D. 38, 17, 2, 18.- (*ULPIANUS libro XIII ad Sabinum*).- *Si sit consanguinea soror defuncti, sit et mater, sit et pater adoptatus vel emancipatus: si consanguinea velit habere hereditatem, matrem ex senatus consulto una cum ea venire, patrem excludi placet: si consanguinea repudiet, matrem ex senatus consulto propter patrem non venire: et quamvis alias non soleat mater exspectare consanguineam, velit nec ne adire hereditatem, nunc tamen exspectaturam: consanguinea enim est, quae patrem excludit. repudiante igitur consanguinea bonorum possessionem habebit mater cum patre quasi cognata, sed et in hac moram patietur nec ante accipiet bonorum possessionem quam pater*

La mujer que diera a luz tres hijos (siendo ingenua) o cuatro (siendo liberta) adquiriría el *ius liberorum* y, con él, el derecho a suceder legítimamente en la herencia de sus hijos. Trataba únicamente de poner solución a esas costumbres sociales, no de regular la capacidad jurídica del nacido. Vid. I. 3, 3, 1.- (*DE SENATUSCONSULTO TERTULLIANO*).- *Sed hae iuris angustiae postea emendatae sunt. Et primus quidem divus Clandius matri ad solatium liberorum amissorum legitimam serum detulit hereditatem.*

¹⁵³ Vid. LAVAGGI, “*Modifiche legislative postclassiche al Senatoconsulto Tertulliano*”, en *Scritti Jovene*, Napoli, 1954, pp. 794 y ss.; MEINHART, “*Die Datierung des S.C. Tertullianum, mi einem Beitrag zur Gaius forschung*”, en *ZSS*, LXXXIII, 1966, pp. 100 y ss.

petierit, quoniam omittente eo potest ex senatus consulto succedere.

Interesa examinar más detenidamente, puesto que hace referencia a los derechos sucesorios de los *fili*, el *senatusconsultum Orphitianum*¹⁵⁴, promulgado bajo el mandato de Marco Aurelio en el año 178 d. C.¹⁵⁵. La disposición reconoció a los hijos el derecho a suceder a su madre con preferencia a cualquier otro consanguíneo o agnado de ésta, siempre y cuando hubiera muerto intestada y *sine manu conventione*:

Ulp., Reg., XXVI, 7.- Ad liberos matris intestatae hereditas ex lege duodecim tabularum non pertinebat, quia feminae suos heredes non habent; sed postea imperatorum Antonini et Commodi oratione in senatu recitata id actum est, ut sine in manum conventione matrum legitimae hereditates ad filios pertineant, exclusis consanguineis et reliquis agnatis.

I. 3, 4, pr.- (DE SENATUSCONSULTO ORPHITIANO).- Per contrarium autem ut liberi ad bona matrum intestatarum admittantur, senatus consulto Orphitiano effectum est, quod latum est Orphito et Rufo consulibus, divi Marci temporibus...

De esta forma, se reconoce al *filius* como *heres civil* de los bienes *ex matris successione*, creándose así, como afirma Fuenteseca, una nueva legitimidad hereditaria no agnaticia¹⁵⁶;

¹⁵⁴ Respecto al *senatusconsultum orphicianum*, vid., entre otros, LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, pp. 277 y ss.; SANFILIPPO, “Di una interpretazione giurisprudenziale dei senatoconsulti Orfiziano e Tertulliano”, en *Festschrift Schulz*, I, Weimar, 1951, pp. 364 y ss.; VOLTERRA, “Il senatoconsulto Orfiziano e la sua applicazione in documenti egiziani del III secolo d.C.”, en *Atti del XI Congresso Internazionale di papirologia*, Milano, 1966, pp. 551 y ss.; MEINHART, “Die datierung des sc. Tertullianum, mit einem Beitrage zur Gaiusforschung”, *op. cit.*, pp. 100 y ss.; *Die senatusconsulta Tertullianum un Orfitianum in ihrer Bedeutung für das Klassische römische Erbrecht*, Graz, 1967; QUADRATO, “I senatoconsulti Tertulliano e Orfiziano”, en *LABEO*, XV, 1969, pp. 362 y ss.; VOCI, “Il diritto ereditario romano nell’età del tardo Impero”, en *IURA*, XXIX, 1978, pp. 58 y ss.; FUENTESECA, “*Maternum patrimonium* (Revisión de CTh. 8, 18, 1 y 8, 18, 2)”, en *Atti dell’Accademia Romanistica Costantiniana*, IX, 1993, pp. 331 y ss.

¹⁵⁵ Marco Aurelio, en el siglo II, autoriza el registro de nacimiento de los hijos ilegítimos, que Augusto reservó exclusivamente para los hijos legítimos. Sin embargo, Augusto lo restringe a los hijos legítimos. Vid a este respecto SCHULZ, *I Principii del diritto romano*, *op. cit.*, p. 76 y LEMOSSE, “*L’enfant sans famille en Droit Romain*”, *op. cit.*, p. 262.

¹⁵⁶ Según Fuenteseca “el primer atentado contra la patria potestas fue el SC. Orfitianum al reconocer al *filius* la condición de *heres legitimus* de la madre muerta ab intestato. La transformación de la familia agnaticia repercutió sobre el sistema hereditario. La unidad patrimonial era propia de la familia agnaticia dada la primacía del vínculo paterno con base en la patria potestas. El predominio de los matrimonios libres (*sine manu*) realza la importancia del parentesco cognaticio y confiere protagonismo familiar y patrimonial a la

no obstante, para que el senadoconsulto tuviese aplicación y la herencia legítima de la madre *ad filios pertineant*, ésta no debía estar *in manus maritii* en el momento del fallecimiento. En efecto, el *status familiae* de la madre constituía la condición *sine qua non* para la *vocatio ab intestato* de los hijos, exigiéndose que ésta, en el momento de su muerte, aunque estuviera casada en *iustae nuptiae*, no estuviera *in manus mariti*, porque en este caso sería el marido o su *paterfamilias* quienes heredarían con preferencia a sus hijos. Tampoco debía la mujer ostentar la posición de *alieni iuris* respecto de su familia originaria, porque entonces sería heredero su *paterfamilias*, como se pone de manifiesto en D. 38, 17, 1, 1:

D. 38, 17, 1, 1.- (ULPIANUS libro XII ad Sabinum).- *Si ea sit mater, de cuius statu dubitatur, utrum materfamilias sit, an filiafamilias, utputa quoniam pater eius ab hostibus captus sit, si certum esse coeperit, matremfamilias esse, liberi admittentur. Unde tractari potest, an medio tempore, dum status pendet, succurri iis per Paretoem debeat, ne, si medio tempore decesserint, nihil ad heredem transmittant. Et magis est, ut subveniatur, ut in multis casibus placuit.*

Se pregunta Ulpiano que ocurre cuando el estado de la mujer es dudoso, esto es, si por alguna circunstancia se desconocía que fuese *sui iuris* o *alieni iuris*, poniendo como ejemplo, el supuesto en que el padre hubiera sido capturado por el enemigo. A este respecto, la doctrina mayoritaria se muestra partidaria de reconocer que el ciudadano romano que caía en manos del enemigo sufría una *capitis deminutio* máxima¹⁵⁷, perdiendo

mujer hasta que el SC. Orfitianum crea una nueva legitimidad hereditario no agnaticia". FUENTESECA, "Maternum patrimonium...", *op. cit.*, p. 342.

¹⁵⁷ Esta posición mayoritaria es defendida, entre otros autores, por AMIRANTE, *Captivitas e postliminium*, Napoli, 1950, pp. 26 y ss.; BETTI, "Falsa impostazione della quaestione storica", en *SDHI*, CXXVI, 1950, pp. 126 y ss.; LONGO, "Postille critiche in tema di captivitas", en *IURA*, VIII, 1957, pp. 29 y ss.; RATTI, *Studi sulla captivitas*, Napoli, 1980, p. 23 (también "Studi sulla captivitas (II) Patria potestà-tutela-matrimonio", en *BIDR*, XXXV, 1927, pp. 165 y ss.); MONTAÑANA, *La situación jurídica de los hijos de los cautivos de guerra*, Valencia, 1996, pp. 22 y ss. Sin embargo, otros autores entienden que el cautivo de guerra tiene la consideración de prisionero para el pueblo que lo capturó pero para el ordenamiento jurídico romano la cautividad sería simplemente una situación de hecho sin ulteriores efectos jurídicos: se trataría de una esclavitud para el enemigo, pero no para el derecho romano. En este sentido, PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, *op. cit.*, p. 184; MOMMSEN, "Bürgerlicher un peregrinischer Freiheitschutz", en *Gesammelte Schriften*, III, Berlin, 1907, pp. 1 y ss.; SÖHM-MITTEIS-WENGER, *Institutionem des Römischen Rechts*, München, 1923; DESSERTAUX, *Études sur la formation historique de la Capitis deminutio*, *op. cit.*, pp. 82 y ss.; CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris, 1928, p. 112; GIRARD, *Manuel élémentaire de Droit Romain*, *op. cit.*, p. 103; GIOFFREDI, "Sul ius postliminii", en *SDHI*, XVI, 1950, pp. 27

todos sus derechos, entre ellos la patria potestad sobre los hijos y, por tanto, los derechos hereditarios sobre ellos. Sin embargo, las fuentes constatan claramente que la patria potestad sobre los hijos se recuperaba si el ciudadano conseguía volver a la ciudad, por aplicación del *ius postliminii*¹⁵⁸:

Ulp., Reg., X, 4.- Si pater ab hostibus captus si, quamvis servus hostium fiat, tamen, cum reversus fuerit, omnia pristina iura recipit iure postliminii, sed quamdiu apud hostes est, patria potestas in filio eius interim pendebit, et cum reversus fuerit, ab hostibus, in potestate filium habebit; si vero ibi decesserit, sui iuris filius erit. Filius quoque si captus fuerit ab hostibus, similiter propter ius postliminii patria potestas interim pendebit.

D. 49, 15, 12, 1.- (TRYPHONINUS libro IV disputationum).- *Si quis capiatur ab hostibus, hi, quos in potestate habuit, in incerto sunt, utrum sui iuris facti an adhuc pro filiis familiarum computentur: nam defuncto illo apud hostes, ex familiarum computentur: nam defuncto illo aude hostes, ex quo captus est, patres familiarum, everso numquam non in potestate eius fuisse credentur, ideo et de his, quae medio tempore adquirunt stipulatione traditione legato (nam hereditate non possunt), tractatum est, ubi non est reversus, si forte alii vel in totum (his exhereditatis testamento) vel in partem instituti sunt heredes, utrum in hereditate captivi, quae lege Cornelia inducitur, an*

y ss.; BARTOSEK, "Captivus", en *BIDR*, LVII, 1953, pp. 98 y ss.; y SERTORIO, *La prigionia di guerra e il diritto di postliminio*, Roma, 1971, pp. 144 y ss.

¹⁵⁸ D. 49, 15, 19, pr.- (PAULUS libro XVI ad Sabinum).- *Postliminium est ius amissae rei recipiendae ab extraneo, et in statum pristinum restituendae, inter nos ac liberos populus regesque moribus, legibus constitutum. Nam quod bello amisimus, aut etiam citra bellum, hoc si rursus recipiamus, dicimur postliminio recipere. Idque naturali aequitate introductum est, ut, qui per iniuriam ab extraneis detinebatur, is ubi in fines suos redisset, pristinum ius suum reciperet.* Sobre el *ius postliminium* en general, vid., entre otros autores, BESELER, "Postliminium und Cornelia", en *ZSS*, XLV, 1925, pp. 192 y ss.; BALOGH, "Der Urheber und das Alter der Fiktion des Cornelischen Gesetzes", en *Studi Bonfante*, IV, Milano, 1930, pp. 625 y ss.; AMBROSINO, "Da Giavoleno a Gaio in tema di postliminium", en *SDHI*, V, 1939, pp. 202 y ss.; WOLFF, *The lex Cornelia de Captivis and The roman law of succession*, en *BIDR*, XLVI, 1939, pp. 344 y ss.; GUARINO, "Sul ius singulari postliminii", en *ZSS*, LXI, 1941, pp. 58 y ss.; SANTA CRUZ, "Recesión a D'ORS ('Postliminium in pace')", en *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, 1942, pp. 688 y ss.; AMIRANTE, "Ancora sulla captivitas ed il postliminium", en *Studi De Francisci*, I, Milano, 1956, pp. 519 y ss.; KRELLER, "Juristenarbeit am Postliminium", en *ZSS*, LXIX, 1952, pp. 172 y ss.; GIOFFREDI, "Sul ius postliminii", op. cit., pp. 13 y ss.; KORNHARD, "Postliminium in Republikanischer Zeit", en *SDHI*, XIX, 1953, pp. 1 y ss.; BARTOSEK, "Captivus", op. cit., pp. 98 y ss.; BONA, "Postliminium in pace", en *SDHI*, XXI, 1955, pp. 249 y ss.; DE VISSCHER, "Droit de capture et postliminium in pace", en *RIDA*, VI, 1956, pp. 197 y ss.; LONGO, "Postille critiche in tema di captivitas", op. cit., pp. 29 y ss.; SOLAZZI, "Il concetto del ius postliminii", en *Scritti di Diritto Romano*, IV, Napoli, 1963, pp. 565 y ss.; SERTORIO, *La prigionia di guerra e il diritto di postliminio*, op. cit., pp. 144 y ss.; RATTI, "Studi sulla captivitas", op. cit., p. 224; MAFFI, *Ricerche sull postliminio*, Napoli, 1992; MONTAÑANA, *La situación jurídica de los hijos de los cautivos de guerra*, op. cit., pp. 22 y ss.

propia ipsorum sint, quod verius est: diversumque in his, quae per servos adquiruntur, merito: quia hi bonorum fuerunt et esse perseverant, hi sui iuris exinde ideo adquisisse intelleguntur.

D. 49, 15, 22, 2.- (IULIANUS libro LXII Digestorum).- *Quod si filius eius, qui in hostium potestate est, accipit aut stipulatur, id patre priusquam postliminio rediret mortuo ipsi acquisitum intellegitur, etsi vivo patre decesserit, ad heredem patris pertinebit. nam status hominum, quorum patres in hostium potestate sunt, in pendenti est, et reverso quidem patre existimatur nunquam suae potestatis fuisse, mortuo tunc pater familias fuisse, cum pater eius in hostium potestate perveniret.*

Las Instituciones de Gayo también ponen de manifiesto claramente que el ascendiente que regresa de la prisión recobraba la potestad sobre los descendientes, estando mientras el derecho en suspenso, y que si el padre moría en prisión, el hijo se hacía independiente. Sin embargo, al respecto de si la posición de *sui iuris* adquirida por el hijo a la muerte del padre se producía desde su fallecimiento o desde que cayó en prisión, se constatan las dudas que existían en derecho clásico acerca de la aplicación de la retroactividad en estos casos¹⁵⁹:

Gai, Inst., I, 129.- Quod si ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus hostium fiat, tamen pendet ius liberorum propter ius postliminii, quo hi qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint, omnia pristina iura recipiunt; itaque reversus habebit liberos in potestate. Si vero illic mortuus sit, erunt quidem liberi sui iuris; sed utrum ex hoc tempore quo mortuus est apud hostes parens, an ex illo quo ab hostibus captus est, dubitari potest. Ipse quoque filius neposue si ab hostibus captus fuerit, similiter dicemus propter ius postliminii potestatem quoque parentis in suspenso esse.

El hecho de que el padre cautivo perdiese su posición de *paterfamilias* pero pudiese recuperarla en virtud del *ius postliminii*, ocasiona la incertidumbre sobre el *status* que ostentaría una hija que hubiera fallecido mientras duraba la cautividad del padre; a este

¹⁵⁹ En derecho justiniano, sin embargo, la retroactividad se afirma de forma rotunda y aparece como la tesis dominante: I. 1, 12, 5.- (QUIBUS MODIS IUS POTESTATIS SOLVITUR).- *Si ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus hostium fiat, tamen pendet ius liberorum propter ius postliminii, quia hi, quia ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint, omnia pristina iura recipiunt. Idcirco reversus liberos habebit in potestate, quia postliminium fingit eum, qui captus est, semper in civitate fuisse: si vero ibi decesserit, exinde,*

respecto, volviendo a D. 38, 17, 1, 1, se despeja la duda insistiendo en que *si certum esse coeperit, matrem familias esse, liberi admittendur*. Sin embargo, más dudosa se muestra la solución ofrecida en la segunda parte del texto que hace referencia al estado intermedio *dum status pendet*, porque seguramente para el derecho clásico *nihil ad heredem transmittant*; sin embargo, a continuación se afirma que *et magis est, ut subveniatur, ut in multis casibus placuit*, poniendo de manifiesto como se les amparó en ocasiones, aunque la regla general sería que los hijos no fueran llamados a la herencia de la madre.

Con independencia de que la madre no estuviera *in manus mariti* en el momento del fallecimiento y de que no hubiera otorgado testamento, las fuentes dejan claramente establecido que para la aplicación del *senatusconsultum* la mujer debía ser libre y ciudadana romana, *sive ingenua, sive libertina*¹⁶⁰:

D. 38, 17, 1, *pr.*- (ULPIANUS libro XII ad Sabinum).- *Sive ingenua, sive libertina mater est, admitti possunt liberi ad hereditatem eius ex Senatusconsulto Orphitiano*¹⁶¹.

Por lo que respecta al hijo, éste debía también permanecer ciudadano romano y libre desde el momento de la muerte de la madre hasta la adición de la herencia; si en algún momento intermedio perdía la libertad, entonces no se le consideraría heredero legítimo:

D. 38, 17, 1, 4.- (ULPIANUS libro XII ad Sabinum).- *Filio, qui mortis tempore matris civis romanus fuit, si ante aditam hereditatem in servitutem deducatur, legitima hereditas non defertur nec si postea liber factus sit, nisi forte servus poenae effectus beneficio principis sit restitutus.*

ex quo captus est pater filius sui iuris fuisse videtur. Ipse quoque filius neposve si ab hostibus captus fuerit, similiter dicimus, propter ius postliminii ius quoque potestatis parentis in suspenso esse...

¹⁶⁰ Paul. Sent., IV, 10, 2.- *Ad filiam ancillam vel libertam ex senatus consulto Claudiano effectam legitima matris intestatae hereditas pertinere non potest, quia neque servi neque liberti matrem civilem habere intelleguntur. 3. Ad legitimam intestatae matris hereditatem filii cives Romani, non etiam Latini admittuntur. Cives autem Romanos eo tempore esse oportet, quo eis defertur et ab iis legitima hereditas aditur. Perinde autem matris certiores filii fiunt, non nuntio accepto, sed pro liquido comperto, quod intestata decesserit. 4. Filius maternam hereditatem eandemque legitimam nisi adeundo quaerere non potest.*

¹⁶¹ Lavaggi entiende que el fragmento está interpolado. LAVAGGI, “La successione della liberta e il SC. Orfiziano”, en SDHI, 1946, XII, pp. 175 y ss.

D. 38, 17, 1, 8.- (*ULPIANUS libro XII ad Sabinum*).- *Capitis minutio salvo statu contingens liberis nihil nocet ad legitimam hereditatem: nam vetus sola hereditas, quae lege duodecim tabularum defertur, capitis minutione peremittitur, novae vel ex lege vel ex senatus consultis delatae non peremuntur capitis deminutione. proinde sive quis ante delatam capite minuatur, ad legitimam hereditatem admittetur, nisi magna capitis deminutio interveniat, quae vel civitatem adimit, ut puta si deportetur.*

Sin embargo, como se pone de manifiesto en D. 38, 17, 1, 3, se establecieron excepciones para algunos casos de hijos que eran admitidos a la herencia aún en el supuesto de que hubieran nacido de una madre esclava:

D. 38, 17, 1, 3.- (*ULPIANUS libro XII ad Sabinum*).- *Interdum et in servitute quaesito erit concedenda hereditas legitima, veluti si post moram fideicommissariae libertati matris suae factam natus sit. certe si post manumissionem matris fuerit natus, licet in servitute conceptus, ad legitimam eius hereditatem admittetur. sed et si apud hostes conceptus a captiva procreatus cum ea rediit, secundum rescriptum imperatoris nostri et divi patris eius ad ovinium tertullum poterit ex hoc senatus consulto admitti quasi vulgo quaesitus.*

El texto cita tres ejemplos concretos, si bien tan sólo uno de ellos resulta novedoso, ya que los otros dos supuestos que se refieren a hijos concebidos de madre esclava y cautiva, pero que nacen *post manumissionem matris* o habiendo regresado la madre a la ciudad; lo cierto es que, por aplicación de la regla general establecida para la fijación del *status* de los hijos ilegítimos, puesto que éstos seguían la condición que la madre tuviera en el momento de su nacimiento, quedaría claro que nacían libres y, por tanto, no existiría problema para que se efectuara respecto de ellos la *vocatio ab intestato* en la herencia legítima de la madre.

Por lo tanto, será el tercer ejemplo citado por Ulpiano el que contenga innovaciones relevantes al tratarse de hijos concebidos y nacidos de una madre esclava a quienes, no obstante, se les ampara en su derecho a suceder. En efecto, el jurista afirma que la dilación en la obtención de la libertad por parte de una mujer que tuviera establecido a su favor un fideicomiso, no debía perjudicar al hijo nacido si la madre fallecía antes de haber adquirido la libertad. En este caso, sí se trataría de un hijo que nacería esclavo, puesto que fue

concebido y nació de madre esclava, pero se le aplica el senadoconsulto al entender que si la madre hubiera obtenido la libertad en su momento el hijo habría nacido libre y, por tanto, sería llamado a la herencia de la madre.

Igualmente, se permitió por *humana ineterpetatione* que el hijo condenado a la pena capital o el que arrendó sus servicios para luchar contra las fieras, también fuera admitido a la herencia de su madre¹⁶²:

D. 38, 17, 1, 6.- (*ULPIANUS libro XII ad Sabinum*).- *Qui operas suas ut cum bestiis pugnaret locavit quive rei capitalis damnatus neque restitutus est, ex senatus consulto orphitiano ad matris hereditatem non admittebatur: sed humana interpretatione placuit eum admitti. idem erit dicendum et si hic filius in eius sit potestate, qui in causa supra scripta sit, posse eum ex orphitiano admitti.*

La equiparación de los hijos en cuanto a la herencia legítima de la madre se refleja claramente en las fuentes, que conceden capacidad sucesoria a todos los hijos con independencia del su origen –legítimo o ilegítimo—, del sexo, del *status familiae* y de su procedencia del mismo matrimonio o de distintas nupcias:

D. 38, 17, 1, 2.- (*ULPIANUS libro XII ad Sabinum*).- *Sed et vulgo quaesiti admittuntur ad matris legitimam hereditatem.*

D. 38, 17, 4.- (*MODESTINUS libro IX Regularum*).- *Matris intestatae defunctae hereditatem ad omnes eius liberos pertinere, etiamsi ex diversis matrimoniis nati fuerint, iuris est.*

D. 38, 17, 6, pr.- (*PAULUS libro singulari ad Senatusconsultum Orphitianum*).- *Filii mater ex hoc senatus consulto, etiamsi in aliena potestate sit, ad hereditatem admittitur.*

D. 38, 17, 9.- (*GAIUS libro singulari ad Senatusconsultum Orphitianum*).- *Sacratissimi principis nostri oratione cavetur, ut*

¹⁶² Según apunta Meinhart, es una excepción a la llamada a la delación, que habría sido abrogada por *Commodo* sobre la base de una *humana ineterpetatio*. MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orficianum...*, op. cit., pp. 162 y ss. y “Ulp. D. 38, 17, 1, 6. Ein Zeugnis für “humana interpretatio”, en *TR*, XXXIII, 1965, pp. 230 y ss.

*matris intestatae hereditas ad liberos, tametsi in aliena potestate
erunt, pertineat.*

No obstante, se debe advertir que los hijos que en realidad se vieron más favorecidos con la reforma del senadoconsulto Orficiano fueron los ilegítimos, porque vieron siempre reconocida su capacidad sucesoria respecto de su madre¹⁶³. Los hijos legítimos, sin embargo, pese a que también se beneficiaron, la norma les afectó en menor medida, toda vez que si la madre estaba todavía *in manus maritii* del padre no se les aplicaba el *senatusconsultum* y si había salido de ella, como los hijos permanecían en la familia del marido, reteniendo éste la patria potestad sobre ellos, si bien se les reconocía como herederos civiles de la madre, el padre debería dar su consentimiento para que éstos heredaran¹⁶⁴; de ahí que algún autor incluso haya defendido la idea de que éstos hijos habrían estado en derecho clásico excluidos del ámbito de aplicación del senadoconsulto¹⁶⁵.

En este sentido, las fuentes ponen de manifiesto que los *alieni iuris* necesitaban para adir la herencia el consentimiento paterno y, además, se debe tener en cuenta que los bienes heredados se adquirirían en beneficio de la persona bajo cuya potestad estuvieran los hijos, por lo que, pese a su reconocimiento como herederos civiles de la madre, lo cierto es que el beneficio material obtenido en virtud del *senatusconsultum* en realidad quedaba bastante difuminado¹⁶⁶. A este respecto, Voci ha entendido que el consentimiento paterno necesario para que el hijo adquiriera la herencia *ex orfitiano*, impone un complejo acto de colaboración entre padre e hijo a fin de que la herencia pudiera pasar a éste, ya que al realizar el hijo el acto solemne de la *cretio* para adquirir la herencia, en realidad, lo hacía en beneficio del padre¹⁶⁷. Sin embargo, Fuenteseca advierte que esta adquisición de la

¹⁶³ Vid. también a este respecto, *Paul. Sent.*, IV, 10, 1.- *Filii vulgo quaesiti ad legitimam matris hereditatem adspirare non prohibentur, quia pari iure, ut ipsorum hereditates matribus, ita ipsis matrum deferri debuerunt.*

¹⁶⁴ Cfr. *D.* 29, 2, 6, *pr.*

¹⁶⁵ Beseler entiende que los textos referidos al reconocimiento de los hijos *in potestate* como herederos de la madre habrían estado manipulados los compiladores. Vid. BESELER, “*Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*”, en *ZSS*, LXVI, 1948, pp. 375 y ss. En contra de esta opinión, SARGENTI, “*Il diritto privato nella legislazione di Costantino. Problemi e prospettive nella letteratura dell’ultimo trentennio*”, en *Atti del I Convegno internazionale dell’Accademia romanistica costantiniana*, Perugia, 1975, pp. 249 y ss. y DILIBERTO, Voz “*successione legittima (diritto romano)*”, en *Enc. Dir.*, XLIII, pp. 1.297 y ss., en especial p. 1.307.

¹⁶⁶ Vid. a este respecto, VOLTERRA, “*Il senatoconsulto Orfiziano e la sua applicazione...*”, *op. cit.*, pp. 570 y ss.; DALLA, *Praemium emancipatoris*, Milano, 1983, pp. 57 y ss.

¹⁶⁷ VOCI, “*Il diritto ereditario romano nell’età del tardo Impero*”, *op. cit.*, p. 58.

herencia a favor del pater va decayendo, resultando difícil su admisión en época constantiniana si se tiene en cuenta que en derecho clásico existieron mecanismos por los que las madres podían reservar bienes hereditarios a favor de sus hijos¹⁶⁸.

Con el *senatusconsultum orphitianum*, pues, los hijos precederían y excluirían a todos los parientes de la madre, tanto consanguíneos como agnados¹⁶⁹, superando el sistema pretorio puesto que esta regulación supondrá el paso de madre e hijo de la tercera categoría de *bonorum possessores* a la segunda, entrando en el grupo de los *legitimi*¹⁷⁰:

D. 38, 7, 2, 4.- (ULPIANUS libro XLVI ad Edictum).- *Haec autem bonorum possessio omnem vocat, qui ab intestato potuit esse heres, sive lex duodecim tabularum eum legitimum heredem faciat sive alia lex senatusve consultum. denique mater, quae ex senatus consulto venit tertulliano, item qui ex orphitiano ad legitimam hereditatem admittuntur, hanc bonorum possessionem petere possunt.*

I. 3, 4, pr.- (DE SENATUSCONSULTO ORPHITIANO).-... *et data est tam filio quam filiae legitima hereditas, etiamsi alieno iuri subiecti sunt: et praeferuntur et consanguineis et adgnatis defunctae matris.*

De ahí que, en D. 38, 8, 1, 9, se ponga de manifiesto que los hijos podrían solicitar la posesión de los bienes de su madre *unde proximi cognati*, pero después del senadoconsulto Orficiano, también podían pedir también la *bonorum possessio unde legitimi*, al ser reconocidos como herederos civiles de la madre¹⁷¹:

¹⁶⁸ FUENTESECA, “*Maternum patrimonium...*”, *op. cit.*, p. 338, nt. 9.

¹⁶⁹ En D. 38, 17, 6, 1 se les concede el plazo de un año para aceptar la herencia: D. 38, 17, 6, 1.- (PAULUS libro singulari ad senatusconsultum orphitianum).- *Filius, qui se nolle adire hereditatem matris dixit, an potest mutata voluntate adire, antequam consanguineus vel adgnatus adierit, videndum propter haec verba " si nemo filiorum volet hereditatem suscipere", quia extensiva sunt. et cum verba extensiva sint, paenitentia eius usque ad annum admittenda est, cum et ipsa filii bonorum possessio annalis est.*

¹⁷⁰ Vid. también Ulp., Reg., XXVI, 7 y C. 6, 57.

¹⁷¹ Como pone de manifiesto Fuenteseca, “*el predominio de los matrimonios libres (sine manu) realza la importancia del parentesco cognaticio y confiere protagonismo familiar y patrimonial a la mujer hasta que el SC. Orfitiano crea una nueva legitimidad hereditaria no agnaticia*”. FUENTESECA, “*Maternum patrimonium...*”, *op. cit.*, p. 342.

D. 38, 8, 1, 9.- (ULPIANUS, libro XLVI ad Edictum).- ...sed post Senatusconsultum Orphitianum et Unde legitimi petere poterit, quia mortis tempore in utero fuit.

El senadoconsulto Orficiano también modificaría los derechos sucesorios del patrono en la herencia de la liberta, porque aunque se ha discutido respecto a si sólo sería aplicable a aquellas libertas que hubieran obtenido el *ius liberorum*¹⁷², lo cierto es que a partir del senadoconsulto los hijos de ésta tendrían prioridad frente al patrono al ocupar en su sucesión una situación semejante a la de los *sui*¹⁷³.

En definitiva, los hijos que se vieron más beneficiados con la reforma introducida por el *senatusconsultum Orphitianum* fueron sin duda la categoría de los *spurii*, toda vez que, con anterioridad a la misma, no tenían derechos sucesorios en relación con su padre y, respecto de su madre, las facultades que les había reconocido el derecho honorario eran más ilusorias que reales, porque les precedían todos los agnados de aquella. Sin embargo, a partir del senadoconsulto Orficiano, los hijos ilegítimos verán reconocida su posición como herederos legítimos de la madre, lo que traerá como consecuencia no sólo que se efectuará la *vocatio ab intestato* con preferencia a cualquier otro heredero civil, sino que también pudieran solicitar la *bonorum possessio* de los bienes hereditarios, no sólo como cognados sino dentro del grupo de los *legitimi*.

b) Sucesión testada.

El principio de la libertad testamentaria de la que dan cuenta las fuentes y que concedía al *paterfamilias* una *latissima potestas* en cuanto al poder de disposición de sus bienes¹⁷⁴,

¹⁷² MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orficianum...*, op. cit., pp. 69 y ss. Vid. También LAVAGGI, “*Bonorum possessio intestate liberti*”, en *Studi Cagliari*, XXX, 1943-1946, pp. 133 y ss.; IDEM, “*La successione della liberta e il S.C. Orfiziano*”, en *SDHI*, XII, 1946, pp. 175 y ss.

¹⁷³ Como establece Ulpiano en D. 38, 17, 1, 9. Vid., en general, respecto la sucesión de los hijos de los libertos en presencia del patrono, SAMPER, “*De bonis libertorum. Sobre la concurrencia sucesoria del patrono con los hijos del liberto*”, en *ADHE*, 1971, pp. 149 y ss.

¹⁷⁴ D. 50, 16, 120.- (Pomponius libro V ad Quintum Mucium).- *Verbis legis duodecim tabularum his "uti legasset suae rei, ita ius esto" latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi. sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium.*

hacía posible que éste pudiera nombrar heredero a cualquier persona, incluso aunque fuera extraño a la familia; por ello, entendemos que no existiría *ab initio* problema alguno en la institución de heredero de los hijos ilegítimos o la disposición de legados en su favor, siendo la única limitación formal la exigencia derivada de la vigencia de la máxima *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*¹⁷⁵, por la que debía nombrar a los miembros de la familia que ostentaban la cualidad de *sui* en el momento en que el *paterfamilias* otorgaba testamento, pudiendo instituirlos herederos o desheredarlos; únicamente en caso de que fueran preteridos se anulaba el testamento procediéndose a la apertura de la sucesión intestada¹⁷⁶.

¹⁷⁵ La regla se encuentra recogida en numerosos textos: D. 28, 2, 30.- (*GAIUS libro XVII ad Edictum provinciale*).- *Inter cetera, quae ad ordinanda testamenta necessario desiderantur, principale ius est de liberis heredibus instituendis, vel exheredandis, ne praeteritis istis rumpatur testamentum; namque filio, qui in potestate est, praeterito inutile est testamentum*; I. 2, 13, pr.- (*DE EXHEREDATIONE LIBERORUM*).- *Non tamen, ut omnimodo valeat testamentum, sufficit haec observatio, quam supra exposuimus. Sed qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum heredem instituat, vel exheredem nominatim faciat: alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur, adeo quidem, ut, etsi vivo patris filios mortuus sit, nemo heres ex eo testamento existere possit, quia scilicet ab initio non constiterit testamentum...*; Ulp., Reg., XXII, 14.- *Sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi, sui autem heredes sunt liberi, quos in potestate habemus, tam naturales quam adoptivi; item uxor, quae in manu est, et nurus, quae in manu est filii, quem in potestate habemus*. Gai., *Inst.*, II, 123.- *Item qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum uel heredem instituat uel nominatim exheredet; alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur, adeo quidem ut nostri praeceptores existiment, etiamsi uiuo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse, scilicet quia statim ab initio non constiterit institutio...*; Cic., *De orat.*, I, 57, 241.- *Ac tamen quae causae sunt eiusmodi, ut de earum iure dubium esse non possit, omnino in iudicium vocari non solent. Num quis eo testamento, quod paterfamilias ante fecit, quam ei filius natus esset, hereditatem petit? Nemo; quia constat agnascendo rumpi testamentum. Ergo in hoc genere iuris iudicia nulla sunt*; Cic., *De orat.*, I, 38, 175.-...*de cuius morte cum domum falsus ab exercitu nuntius venisset et pater eius re credita testamentum mutasset et quem ei visum esset fecisset heredem essetque ipse mortuus, res delata est ad centumviros, cum miles domum reuvenisset egissetque lege in hereditatem paternam testamento exheres filius. Nempe in ea causa quaesitum est de iure civile possetne paternorum bonorum exheres esse filius, quem pater testamento neque heredem neque exheredem scripsisset nominatim*. Respecto a este principio vid. la monografía de LOPEZ-RENDO, *Fundamento de la regla "sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi" en el Ius civile*, Oviedo, 1991.

¹⁷⁶ Entre todas las disposiciones que podía contener el testamento romano –legados, fideicomisos, nombramiento de tutor, manumisiones, etc.— la más importante es la *heredis institutio, caput et fundamentum totius testamenti* y de la que deriva su fuerza, según Gai., *Inst.*, II, 229: *testamenta vim ex institutione heredis accipiunt*. La importancia de esta disposición se vislumbra en el hecho de que si el testamento no contenía designación de heredero o esta designación devenía nula, el resto de disposiciones se anulaban también: los fideicomisos del testador, los legados ordenados a favor de algunas personas, las manumisiones, etc... quedaban sin efecto alguno. Por ello, la preterición de alguno de los *heredis sui* era una de los problemas que más actividad jurisprudencial generaron, puesto que al hacer *nullius* o *inutile* la *heredis institutio*, impedían la vigencia *ab initio* del testamento y provocaban la apertura de la sucesión *ab intestato*, sin que se respetara la última voluntad del testador. Respecto a la institución de heredero testamentaria, vid., entre otros, PAMPALONI, “*Studi sull’istituzione di erede nel diritto romano e moderno*”, en *Studi Senesi*, Siena, 1888, pp. 39 y ss.; MASCHI, “*La solennità della heredis institutio*”, en *Aegyptus*, XII, 1937, pp. 197 y ss.; VISMARA, “*Appunti intorno alla heredis institutio*”, en *Studi Besta*, III, pp. 301 y ss.; IDEM, *Heredem instituere*, Milano, 1940, pp. 1 y ss.; VOGEL, “*Über die bedigte Erbeinsetzung von sui heredes nach ius civile*”, en *ZSS*, LXVIII, 1951, pp. 490 y ss.; ARCHI, “*Contributo alla critica del "Corpus iuris"*”. *CI* 6, 23,

El hecho de que un heredero de derecho propio quedara sin nombrar en el testamento ocasionaba problemas evidentes por la originaria posición de *heres* que ocupaba el preterido y que hacía que éste ostentara dicho título salvo que el testador le hubiera desheredado¹⁷⁷; por tanto, como no podía existir a la vez un heredero testamentario y otro intestado —dada la incompatibilidad de ambas sucesiones— y puesto que no podía excluirse al preterido de la sucesión ya que tenía un derecho a la herencia inherente a su condición de *suus*, en ningún caso se le podía despojar de esa cualidad si no lo había hecho el testador¹⁷⁸, la única solución posible era la anulación de la *heredis institutio* y con ella la del testamento en su integridad, cediendo la sucesión testada frente a la intestada con el fin de que el heredero de derecho propio ocupara la posición que le correspondía en la misma originariamente¹⁷⁹.

24 e I. 2, 20, 34, in tema di “*heredis institutio*”, en *IURA*, V, 1954, pp. 171 ss.; MASCHI, “*Ancora sulla solennità della “heredis institutio”*”, en *Scritti Giuffrè*, I, Milano, 1967, pp. 643 y ss.; LENEL, “*Zur Geschichte der “heredis institutio”*”, en *LABEO*, XII, 1966, pp. 358 y ss.; TORRENT, “*Sucesión testamentaria*”, en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, I, Vigo, 1998, pp. 49 y ss.; HERRERA CAMPOS-MARTOS CALABRUS, *Aproximación histórica a las solemnidades del testamento público*, Almería, 1998; ORTUÑO PEREZ, *La institución de heredero en el derecho sucesorio de Cataluña y sus antecedentes romanos*, Madrid, 1999.

¹⁷⁷ D. 28, 3, 1.- (PAPINIANUS libro I. Definitionum).- ...aut nullius esse momenti, quum filius, qui fuit in patris potestate, praeteritus est...; Gai, Inst., II, 123.- Item qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum uel heredem instituat uel nominatim exheredet; alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testatur, adeo quidem ut nostri praeceptores existiment, etiamsi uiuo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse, scilicet quia statim ab initio non constiterit institutio... Vid. también D. 28, 2, 30.- (GAIUS libro XVII ad Edictum provinciale).- ...nam que filio, qui in potestate est, praeterito inutile est testamentum; D. 28, 2, 31.- (PAULUS libro II ad Sabinum).- ...si in potestate esset filius, nihil valiturum esset testamentum; D. 28, 2, 29, 10.- (SCAEVOLA libro VI. Quaestionum).- In omnibus his speciebus illud seruandum est, ut filius duntaxat, qui est in potestate, ex aliqua parte sit heres institutus...

¹⁷⁸ MIQUEL, “*Preterición y argumento histórico*” (comunicación presentada en las IX Jornadas Jurídicas de la Universidad de Lérida, 1994 recogida en el volumen de PERALTA ESCUER, *Derecho y argumentación Histórica*, Lérida, 1999; TORRENT, “*Sucesión testamentaria*”, *op. cit.*, pp. 49 y ss.; CAMACHO DE LOS RIOS, “*Exhereditio. Aproximación a un proceso de recepción*”, en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, I, Vigo, 1998, pp. 189 y ss.

¹⁷⁹ Sin entrar en la polémica que todavía hoy está por zanzar, y que ha sido objeto de análisis en un estudio anterior si debemos dejar sentado que la rigurosidad en la aplicación del principio *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi* en época arcaica no puede extrañar y resulta lógica si se tiene en cuenta la especial posición que ostentan los *heredes sui* en la sucesión del *pater*: éstos eran los auténticos herederos del causante, que no sólo garantizaban la unidad y continuidad de la familia, sino también el *nomen*, los *sacra* y todos los elementos extrapatrimoniales que configuraban el grupo familiar. Si existiendo *sui*, el padre quería nombrar heredero a otra persona, debía realizar un acto formal de desheredación, para despojar a los *heredes sui* de su natural vocación sucesoria respecto del *pater*; sólo así el *suus* quedaba apartado de la herencia del padre y desprovisto de su título hereditario. Por el contrario, si era preterido, no por ello dejaba de ser heredero del padre; como pone de manifiesto D. 28, 2, 28, pues, a la muerte del *pater* familias los *sui* sólo podían ser instituidos herederos en testamento o desheredados, porque en caso de que no estuvieran en ninguna de estas situaciones pasarían *ipso iure* a ser herederos *ab intestato*: D. 28, 2, 28, pr.-

Más complicada se hacía la sucesión si un hijo legítimo no se encontraba bajo la potestad del padre cuando éste había redactado el testamento, como ocurría en los casos de la denominada *erroris causae probatio*, examinada en el apartado correspondiente al *status civitatis* de los hijos legítimos¹⁸⁰, en la que por error en la condición del otro cónyuge no se llegaban a contraer *iustae nuptiae* y, como consecuencia inevitable, los hijos no se situaban bajo la potestad paterna. No obstante, se podía demostrar el error en la condición del otro cónyuge por parte del que lo había padecido, conformándose la familia agnaticia: a partir de ese momento, los hijos pasaban a estar *in potestate*, ostentando por tanto la posición de *sui*¹⁸¹. Así, habiendo alcanzado el padre la *patria potestas* sobre los hijos con posterioridad a la redacción del testamento, y puesto que, a partir de entonces habrían adquirido la cualidad de *sui*, se ocasionaba irremediabilmente con ello la ruptura del testamento por preterición de un *heres suus*: como afirma Gayo, *omni modo quasi agnatione rumpebat testamentum*, reiterando a este respecto, la idea de que *nam siue heres institutus esset a parente siue exheredatus*, ya que el nuevo *suus* rompe el testamento tanto si el error se demuestra en vida del padre como si éste hubiese fallecido¹⁸²:

Gai, Inst., II, 142.- Simile ius olim fuit in eius persona cuius nomine ex senatusconsulto erroris causa probatur, quia forte ex peregrina uel latina quae per errorem quasi ciuis Romana uxor ducta esset, natus esset; nam siue heres institutus esset a parente siue exheredatus, siue uiuo patre causa probata siue post

(TRYPHONINUS libro XX. Disputationum).- *Filius a patre, cuius in potestate est, sub conditione, quae non est in ipsius potestate, heres institutus, et in defectum conditionis exheredatus decessit pendente etiam tunc conditione tam institutionis, quam exheredationis; dixi, heredem eum ab intestato mortuum esse, quia, dum vivit, neque ex testamento heres, neque exheredatus fuit...*

¹⁸⁰ En estos supuestos, se podía demostrar el error que habían sufrido determinadas personas que hubieran contraído matrimonio con alguien de *status* inferior, bien porque ellos creían que la otra persona era ciudadana romana, bien porque ellos mismos creían ostentar un *status* inferior al de ciudadano romano. Vid. *Gai, Inst., I, 67 a 74*, citados en las pp. 39 y ss.

¹⁸¹ *Gai, Inst. I, 65.- Aliquando autem euenit, ut liberi qui statim ut nati sunt parentum in potestate non fiant, ii postea tamen redigantur in potestatem.*

¹⁸² En el caso de la *erroris causae probatio*, sin embargo, se solucionó parcialmente el problema a través de un senadoconsulto de Adriano, que mantuvo la ruptura del testamento si el error se probaba en vida del padre, pero no lo anulaba si se probaba cuando ya había muerto porque *ne scilicet diligenter facta testamenta rescinderentur eo tempore quo renouari non possent*: *Gai, Inst., II, 143.- Nunc uero ex nouo senatusconsulto quod auctore diuo Hadriano factum est, siquidem uiuo patre causa probatur, aequum ut olim omni modo rumpit testamentum; si uero post mortem patris, praeteritus quidem rumpit testamentum, si uero heres in eo scriptus est uel exheredatus, non rumpit testamentum, ne scilicet diligenter facta testamenta rescinderentur eo tempore quo renouari non possent.*

mortem eius, omni modo quasi agnatione rumpebat testamentum.

Aunque Gayo no lo mencione expresamente, a nuestro juicio también cabría incluir dentro de este grupo a los ciudadanos latinos que obtenían la ciudadanía romana en virtud de la *lex Aelia Sentia*. Al igual que en el caso anterior, previamente a la *anniculi causae probatio*, la familia romana no se encontraba configurada y el hijo no estaba sometido a la *patria potestas* paterna. Por lo que, cuando los padres obtienen la ciudadanía romana, el hijo comienza a estar bajo la patria potestad paterna, ostentando la posición de *sui* y rompiendo el testamento redactado con anterioridad¹⁸³.

Por tanto, a nuestro juicio, por lo que respecta al testamento paterno, ningún impedimento existiría si el padre quería nombrar heredero a un extraño, desheredando a los hijos legítimos. En esta libertad testamentaria, como se ha apuntado, entraría la posibilidad de que el padre pudiera instituir heredero a sus hijos ilegítimos o beneficiarlos con algún legado; ahora bien, pese a que nada obstaba al padre para llevar a cabo tal posibilidad, lo cierto es que parece bastante improbable que en la práctica se produjera esta situación, dada la configuración de la familia como entidad social, política y jurídica, que desbordaba el estricto marco de los vínculos afectivos¹⁸⁴.

Por lo que respecta a la herencia materna, algunos testimonios ponen de manifiesto los recursos empleados por las madres para favorecer a los hijos en su herencia y que determinados bienes no pasaran a poder del marido; la utilización de la *condicio emancipationis* y del *fideicommissum restitutionis* se encuentran presentes en las fuentes

¹⁸³ Prueba de la similitud que tiene este supuesto con el del nacimiento de un hijo póstumo es que Gayo en sus Instituciones –III, 5— asimila la situación de los hijos cuyos padres contraen matrimonio al amparo de la *lex Aelia Sentia* a la de los póstumos, estableciendo que son llamados a la herencia legítima del padre puesto que *nam et hi uiuo patre causa probata in potestate eius futuri essent*.

¹⁸⁴ Además, se debe añadir que quedaba a salvo la posibilidad, por parte de los descendientes legítimos, de ejercitar la *querella inofficiosi testamenti*, medio para impugnar el testamento del *pater* en el supuesto de que el único vínculo tenido en cuenta hubiera sido la *cognatio* para obtener del pretor la *bonorum possessio contra tabulas*. Vid., a este respecto, D. 5, 2; I. 2, 18; C. 3, 28-30; y *Paul. Sent.*, IV, 5. Respecto a las fuentes literarias, vid. *Cic., Verr.*, I, 42, 107; *Cic., pro Cluent.*, XV, 45; *Val. Max.*, VII, 7, 5; VII, 7, 2 y VII, 7, 4, donde se pone de manifiesto la existencia de procesos sucesorios de aproximadamente la mitad del siglo I a.C. impugnado testamentos por el incumplimiento del deber de afecto respecto a los parientes más cercanos, y considerando al testador *color insiniae*. Vid. a este respecto, VOCl, *Istituzioni di diritto romano, op. cit.*, p. 558.

como medios empleados por la madre para soslayar la *patria potestas* del marido¹⁸⁵. En efecto, Suetonio ofrece noticia de instituciones hereditarias de hijos —*filium... heredem a matre su condicione institutum, si de potestate patris exisset*— efectuadas por las madres que también disponían un legado en favor del marido condicionado a que llevara a cabo la emancipación de los hijos, de tal forma que si el padre no procedía a la emancipación, los hijos no adquirirían la herencia materna¹⁸⁶:

Suet., Vitel., VI.- Vxorem habuit Petroniam consularis viri filiam, et ex ea filium Petroniarum captum altero oculo. Hunc heredem a matre sub condicione institutum, si de potestate patris exisset, manu emisit brevique, ut creditum est, interemit, insimulatum insuper parricidii et quasi paratum ad scelus venenum ex conscientia hausisset. Duxit mox Galeriam Fundanam praetorio patre ac de hac quoque liberos utriusque sexus tulit, sed marem titubantia oris prope mutum et elinguem.

D. 35, 1, 92 (90).- (ULPIANUS libro V. Fideicommisso).- *Si cui legatum fuerit relictum isque rogatus sit liberos suos emancipare, an cogi debeat manumittere? et retineo me dixisse defici eos a petitione fideicommissi: neque enim praetor fideicommissarius eos ad libertatem tuetur ut servos. papinianum quoque libro nono responsorum scribere referebam non esse cogendum emancipare filios suos. arbitror tamen extra ordinem debere constitui eum qui adgnovit id, quod sibi relictum est hac contemplatione, ut liberos suos emanciparet, cogendum emancipare: neque enim debet circumveniri testantium voluntas: sic deinde hoc accipiendum, quemadmodum si sub condicione liberorum emancipandorum ei fuisset legatum vel ita relictum, ut eos emanciparet. cui rei consequens est, quod divus severus rescripsit. nam cum quaedam mulier nepotes suos heredes instituisset et ipsum filium coheredem filiis suis dedisset eosque invicem substituisset rogassetque filium, ut filios emanciparet, non autem rogasset, ut hereditatem eis restitueret: ex auctoritate divi severi emancipare eos compulsus est hisque restituere hereditatem. et adiectum est, ut, si tardius id faceret, quasi ex mora usuras praestaturum: videri enim eum, qui moram faceret emancipationi, moram restitutioni fideicommissi eam facere.*

¹⁸⁵ HUMBERT, *Le remariage à Rome. Etude d'histoire juridique et sociale*, Milano, 1972, p. 226.

¹⁸⁶ Vid. a este respecto, DENOYEZ, “*Le paterfamilias et l'évolution de sa position*”, en *Synteleia Arangio-Ruiz*, 1964, pp. 448 y ss.

Como se pone de relieve en el último texto citado, los problemas existentes en los fideicomisos de emancipación para llevar a cabo su cumplimiento fueron solucionados con un rescripto de Septimio Severo, que obligaba al padre a cumplir la emancipación de los hijos, debiéndoles restituir los *bona materna*¹⁸⁷. De esta forma, el derecho clásico ofrece algunos recursos para que la madre pudiera reservar *ex testamento* bienes a favor de los hijos evitando su incorporación al patrimonio paterno¹⁸⁸.

III. EVOLUCION DEL DERECHO DE FILIACION EN DERECHO POSTCLASICO Y JUSTINIANEO.

1. Aplicación del *favor filii* como principio inspirador en el establecimiento de la condición jurídica de los hijos.

La regulación del *status* de los hijos en derecho clásico estuvo marcada por la discriminación existente entre las distintas categorías de hijos, y no sólo atendiendo a su procedencia *ex iustae nuptiae*, sino también por la condición ciudadana que tenían los padres, viéndose claramente desfavorecidos los hijos de padres latinos, pero sobre todo, los de padre peregrino. En la regulación posclásica y justinianeana, sin embargo, se deben tener en cuenta *ab initio* una serie de circunstancias que, sin duda, van a tener incidencia en orden a la equiparación de todos los hijos legítimos, permaneciendo no obstante la discriminación entre hijos legítimos e ilegítimos. Así, la supresión de la desigualdad y equiparación de los hijos *ex iustae nuptiae* no vendría por aplicación de criterios correctivos sino por el hecho de que, con la promulgación de la constitución de Caracalla,

¹⁸⁷ Vid. HUMBERT, *Le remariaeg á Rome...*, op. cit., p. 227 y DALLA, *Praemium emancipationis*, op. cit., pp. 46 y ss.

¹⁸⁸ Como afirma Fuenteseca “tanto la *condicio emancipationis* como el *fideicommissum*... prueban la existencia de una lucha para superar la dificultad que la herencia materna suponía, en cuanto estaba constituida por bienes procedentes de otra familia. El *filius* que hereda a su madre asume un título en base a una nueva concepción de la familia, propia ya del parentesco cognaticio y no del agnaticio tradicional. La patria potestas característica de la antigua familia agnaticia no podía ahora implicar la absorción patrimonial de los *bona materna* por el pater, porque ello supondría la anulación de la legitimidad hereditaria del *filius*, que recibía estos *bona materna* al margen del vínculo agnaticio de la patria potestas. La legitimidad hereditaria del *filius* respecto a los bienes *ex matris successione* no puede verse menoscabada por la patria potestas...”. FUENTESECA, “*Maternum patrimonium*...”, op. cit., pp. 344 y 345.

se concediera la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio¹⁸⁹; la desaparición de las categorías ciudadanas existentes con anterioridad conllevará la equiparación del *status civitatis* y, con ello, la eliminación de las desigualdades entre los hijos de padre romano, latino y peregrino que existían en derecho clásico.

Igualmente, se produce en esta época un cambio sustancial en la estructura de la familia que, si bien venía ya del derecho clásico, lo cierto es que será en esta etapa cuando culmine, y que supondrá el abandono definitivo de la familia agnaticia con la consiguiente implantación progresiva de la cognaticia; esta nueva concepción de la familia ocasionará la eliminación de desigualdades entre los hijos legítimos que habían salido de la familia y no se encontraban sometidos a la patria potestad del padre, toda vez que también su relación paterno-filial será considerada jurídicamente y mantendrán sus derechos pese a haber abandonado el seno familiar.

La eliminación de la dicotomía *ius civile-ius gentium*, la aplicación del derecho romano a todos los ciudadanos¹⁹⁰ y, en definitiva, el establecimiento de la igualdad jurídica entre los habitantes del Imperio, si bien, como afirma Castello, no llevaría consigo la desaparición de las reglas que se aplicaban para fijar el *status* de hijos legítimos e ilegítimos, si traería como efecto principal que ambas máximas se aplicaran de forma indistinta según favorecieran a los hijos¹⁹¹.

Por lo que se refiere al *status libertatis*, las derogaciones introducidas a las *regulae iuris* sobre la condición de los hijos legítimos e ilegítimos ya venían observándose en las profundas transformaciones de las normas vigentes y encontraron el punto de inflexión en

¹⁸⁹ Nov. 78, 5.- *Facimus autem novum nihil, sed egregios ante nos imperatores sequimur. Sicut enim Antoninus Pius cognominatus, ex quo etiam ad nos appellatio haec pervenit, ius Romanae civitatis prius ab unoquoque subiectorum petitus et taliter ex eis qui vocantur peregrini ad Romanam ingenuitatem deducens ille hoc omnibus in commune subiectis donavit, et Theodosius iunior post Constantinum maximum sacratissimae huius civitatis conditorem filiorum prius ius petitum in commune dedit subiectis, sic etiam nos hoc videlicet regenerationis et aureorum anulorum ius unicuique petentium datum et damni et scrupulositatis praebens occasionem et manumissorum indigens auctoritate omnibus similiter subiectis ex hac lege damus....*

¹⁹⁰ ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, op. cit., p. 47.

¹⁹¹ CASTELLO, “*Sulla condizione del figlio concepito legittimamente e illegittimamente...*”, op. cit., p. 268.

el principado de Adriano¹⁹². Los rescriptos de la época de Adriano constituirán la fuente de inspiración de las disposiciones postclásicas y justinianas, que tenderán a generalizar la búsqueda del beneficio de los hijos y a no discriminarles por su origen legítimo o ilegítimo¹⁹³. Así, la benevolencia en la que se inspira la solución contenida en D. 1, 5, 18¹⁹⁴ servirá de fuente de inspiración para una constitución de Caracalla recogida en C. 9, 47, 4¹⁹⁵ y para las soluciones a dos casos relatados en D. 40, 7, 6, pr. y D. 1, 5, 22:

C. 9, 47, 4.- (*Imp. ANTONINUS A. MARINAE*).- *Si ante conceptus est puer, de quo libellos dedisti, quam mater eius in metallum condemnaretur, natus conditionis eius est, cuius ante condemnationem mater eius fuit.*

D. 40, 7, 6, pr.- (*ULPIANUS libro XXVII ad Sabinum*).- *Si statulibera serva poenae facta sit, et post damnationem statutae libertatis conditio extiterit, quamvis ipsi statuliberae nihil proficiat, partui tamen proticere oportet, ut perinde liber nascatur, atque si mater damnata non esset*¹⁹⁶.

¹⁹² Vid. CASTELLO, “Sulla condizione del figlio concepito legittimamente e illegittimamente...”, *op. cit.*, p. 277. Según el autor, “le Istituzioni di Gaio ci mostrano infatti che tutte le disposizioni sulla condizione degli illegittimi emanate da Roma in deroga alla regola iuris “hi qui illegitime concipiuntur statum sumunt ex eo tempore quo nascuntur” fino all’epoca di Adriano, manifestano uno spirito apertamente ostile al figlio, quelle di detto principe e dell’epoca dei Severi ne indicano uno diametralmente opposto sia a favore degli illegittimi che dei legittimi”.

¹⁹³ A este respecto vid. BRINI, “Il presunto concepito come futuro soggetto di suoi diritti nel diritto romano”, *op. cit.*, pp. 195 y ss.

¹⁹⁴ Como se recordará, en el supuesto contemplado en D. 1, 5, 18, el empeoramiento de la condición ciudadana de la madre no afectaba al hijo ex iustae nuptiae, que nacía libre, ciudadano romano e *in potestate patris*; si el hijo era un *spurius*, lo que se acostumbraba a hacer era dilatar la imposición de la pena a la madre para que el hijo naciera libre. Vid. pp. 32 y 54.

¹⁹⁵ Albertario (“*Conceptus pro iam nato habetur...*”, *op. cit.*, p. 32), entiende que el texto se encuentra interpolado, habiendo suprimido los bizantinos la distinción clásica entre hijos de origen legítimo e ilegítimo por aplicación del criterio del *commodum*. Sin embargo, Castello (“*Sulla condizione del figlio concepito legittimamente e illegittimamente...*”, *op. cit.*, p. 289), seguido por Gómez-Iglesias (“*Nasciturus. El status jurídico...*”, *op. cit.*, p. 303), ha entendido, en contra de la posición de Albertario, que el criterio del *commodum* fue introducido por Adriano y seguido por Caracalla en esta constitución. Para el autor, “la via per una disposizione di questo tenore era stata aperta per Adriano: se il figlio della condannata a morte nasceva libero doveva nascere pure libero quello della damnata ad metallum”.

¹⁹⁶ Al igual que la constitución de Caracalla contenida en C. 9, 47, 4, este texto tampoco es considerado genuino por Albertario (“*Conceptus pro iam nato habetur...*”, *op. cit.*, p. 32), rechazando que el hijo de la *statulibera* condenada pudiera nacer libre. También Donatuti (*Lo statulibero*, Milano, 1940, pp. 206 y ss.), rechaza que la decisión sea de origen jurisprudencial. Sin embargo, Castello (“*Sulla condizione del figlio concepito legittimamente e illegittimamente...*”, *op. cit.*, p. 289) seguido por Gómez Iglesias (“*Nasciturus. El status jurídico...*”, *op. cit.*, p. 305), entiende que la decisión podría ser originario si Ulpiano hubiera escrito el texto con posterioridad a la constitución de Caracalla; en otro caso, sostiene el autor que “si potrebbe forse anche accedere all’opinione dell’Albertario”.

D. 1, 5, 22.- (*MODESTINUS libro XII. Responsorum*).- *Herenius Modestinus respondit: si eo tempore enixa est ancilla, quo secundum legem donationis manumissa esse debuit, quum ex Constitutione libera fuerit, ingenuum ex ea natum.*

De los tres fragmentos citados se vislumbra claramente la directriz seguida en derecho postclásico y la transformación del pensamiento jurídico respecto a la época clásica. Los dos primeros textos tratan de mujeres embarazadas que son condenadas a penas que acarrearán la pérdida de su *status libertatis*: en C. 9, 47, 4, la condena a las minas¹⁹⁷ y en D. 40, 7, 6, pr., se trata de una *statulibera* cuya condición para la libertad se cumple después de haber sido condenada¹⁹⁸; en ambos casos el hijo nace libre siguiendo la condición que tenía la madre con anterioridad a ser condenada. El tercer fragmento, D. 1, 5, 22, recoge un supuesto en el que, cuando se produce el nacimiento del hijo, la condición suspensiva impuesta a la madre para obtener su libertad, aunque debería haberse cumplido, todavía se encuentra pendiente, permaneciendo ésta, por tanto, en esclavitud. Se plantea, pues, la cuestión acerca del *status* que debería adquirir el hijo, ofreciendo Modestino una solución que busca claramente el beneficio del hijo, porque afirma que debía nacer libre, como si la condición impuesta para alcanzar la libertad ya se hubiera cumplido.

El cambio de orientación en derecho postclásico no se percibe, sin embargo, en otras disposiciones que continúan en vigor, como la parte de senadoconsulto Claudiano de la que se ocupaba en *Gai, Inst.*, I, 91, y que se refería a la mujer que, manteniendo relaciones con un esclavo ajeno en contra de la voluntad del dueño, se hacía esclava de éste, pasando el hijo también a ser propiedad del mismo; habrá que esperar a Justiniano para su derogación, como se pone de manifiesto en C. 7, 24, 1, pr. e I. 3, 12 (13), 1:

C. 7, 24, 1, pr.- (*Imp. IUSTINIANUS A. HERMOGENI, Magistro officiorum*).- *Quum in nostris temporibus, in quibus multos labores pro libertate subiectorum sustinuimus, satis esse impium credidimus quasdam mulieres libertate sua fraudari et, quod ab hostium ferocitate contra naturalem libertatem inductum est, hoc*

¹⁹⁷ Vid. ZILETTI, “In tema di “servitus poenae...”, *op. cit.*, pp. 32 y ss.

¹⁹⁸ Vid. ZILETTI, “In tema di “servitus poenae...”, *op. cit.*, pp. 32 y ss. y HARTEL, “Der “Favor libertatis” im Imperium Romanum und sein Gesellschaftlicher Zusammenhang Nach den Digestorum”, en *INDEX*, V, 1974-1975, pp. 281 y ss.

a libidine nequissimorum hominum inferri, claudianum senatus consultum et omnem eius observationem circa denuntiationes et iudicium sententias conquiescere in posterum volumus, ne, quae libera constituta est, vel semel decepta vel infelici cupidine capta vel alio quocumque modo contra natalium suorum ingenuitatem deducatur in servitutem et sit pessimum dedecus cognationis suae fulgori, ut, quae forsitan decoratos dignitatibus habeat cognatos, haec in alienum cadat dominium et dominum pertimescat forsitan cognatis suis inferiorem. quod et in libertis observari oportet: semel etenim libertate potitam per tale dedecus in servitutem reduci religio temporum meorum nullo patitur modo.

I. 3, 12 (13), 1.- (*DE SUCCESSIONIBUS SUBLATIS, QUAE FIEBANT PER BONORUM VENDITIONEM ET EX SENATUSCONSULTO CLAUDIANO*).- *Erat et ex senatusconsulto Claudiano miserabilis per universitatem acquisitio, quum libera mulier, servili amore bachata, ipsam libertatem per senatusconsultum amittebat, et cum libertate substantiam; quod indignum nostris temporibus esse existimantes, et a nostra civitate deleri, et non inseri nostris Digestis concessimus.*

En derecho justiniano, pues, la nueva regla para la fijación del *status libertatis* de los hijos reflejada en D. 1, 5, 5, 2 y 3¹⁹⁹ se asumió plenamente en derecho justiniano²⁰⁰:

I. 1, 4, pr.- (*DE INGENUIS*).- *...sufficit autem liberam fuisse matrem eo tempore quo nascitur, licet ancilla conceperit. et ex contrario si libera conceperit, deinde ancilla facta pariat, placuit eum qui nascitur liberum nasci, quia non debet calamitas matris ei nocere qui in utero est. ex his et illud quaesitum est, si ancilla praegnans manumissa sit, deinde ancilla postea facta peperit, liberum an servum pariat? et Marcellus probat, liberum nasci: sufficit enim ei qui in ventre est liberam matrem vel medio tempore habuisse: quod et verum est.*

Respecto al *status familiae*, continúa existiendo la división de los hijos según hubiera existido o no matrimonio entre los padres, si bien se percibe una tendencia clara a favorecer

¹⁹⁹ Vid. página 52.

²⁰⁰ Vid. también *Paul. Sent.*, II, 24, 1.- *Si serva conceperit et postea manumissa peperit, liberum parit. 2.- Si libera conceperit et ancilla facta pepererit, liberum parit: id enim favor libertatis exposcit. 3.- Si ancilla conceperit et medio tempore manumissa sit, rursus facta ancilla pepererit, liberum parit: media enim*

la legitimidad de los hijos, como se pone de manifiesto en un rescripto del emperador Gordiano recogido en C. 5, 6, 3, en el que establece el principio *cum rite contractum matrimonium ex postfacto vitiari non potest*:

C. 5, 6, 3.- (Imp. GORDIANUS A. ROGATIANO).- *Quum proponas ei, quam matrimonio tuo iunctam suggeris, post liberos susceptos curatorem patrem tuum datum, quem contendis nec te in potestate habuisse: cum rite contractum matrimonium ex post facto vitiari non potuerit, iusta interpretatione metuere non debes, ne liberi quos habetis non ex iusto matrimonio suscepti videantur. Ut autem omnis scrupulus auferatur, insistere pater tuus debet nec non et uxor tua, ut alius loco eius detur: habebit enim facultatem repetendae rationis negotiorum gestorum ab eo qui fuerit substitutus.*

En el texto se establece que la ilegitimidad posterior de un matrimonio –en el caso concreto de haber sido nombrado el padre *curator* de su mujer— en ningún caso afecta a la legitimidad de los hijos ya nacidos, que no se convertirán en *spurii*.

El principio del *favor filii* será recogido por Justiniano en una constitución contenida en C. 5, 27, 11 y en el capítulo octavo de la *Novella* 89:

C. 5, 27, 11.- (Imp. IUSTINIANUS A. IULIANO P.P).- *...Et generaliter definimus, et quod super huiusmodi casibus variabatur, definitione certa concludimus, ut semper in huiusmodi quaestionibus, in quibus de statu liberorum est dubitatio, non conceptionis, sed partus tempus inspiciatur; et hoc favore facimus liberorum. Et editionis tempus statuimus esse inspectandum exceptis his tantummodo casibus, in quibus conceptionem magis approbari, infantium conditionis utilitas expostulat.*

Nov. 89, 8, 1.- *Insuper etiam ex rationalibus hoc adiectum est causis, quod, si ante dotalia conceptus quidem est filius, natus autem post dotalia, auxiliator sui sit, qui etiam ex prioribus constitutionibus hoc facere potuit. Et quaedam a nobis inventa est ratio regularis, optime narrans de ordine nascentium. Quum enim dubitetur, utrum oporteat conceptus an partus respici*

tempora libertati prodesse, non nocere possunt. Vid. HAERTEL, “Der “favor libertatis” im Imperium Romanum und sein gesellschaftlicher zusammenhang nach den Digestorum”, *op. cit.*, pp. 281 y ss.

tempus, sancimus, ut non tempus conceptus, sed partus inspiciatur propter filiorum utilitatem. Si vero contigerit tales aliquas excogitari circunstancias casuum, in quibus est utilius conceptionis tempus, quam partus, tempus illud valere magis praecipimus, quod utilius sit nascenti.

En la primera parte de la constitución, como se tuvo ocasión de mencionar, se ofrece la solución a una cuestión planteada respecto a si unos hijos nacidos con anterioridad a la formalización de un matrimonio gozarían de legitimidad, estando sometidos a la patria potestad del padre, como ocurría con los nacidos con posteridad a la formalización de la unión; no importa ahora tanto la solución ofrecida al caso concreto como el principio general que se introduce al final del texto respecto a la fijación del *status* de los hijos: la norma general será atender siempre al momento del parto, salvo los casos en que la concepción resulte más favorable a los hijos, puesto que entonces será éste el momento relevante para fijarlo. Igualmente, la *Novella* 89, 8, 1, también establece el mismo principio según el cual se atendería a la concepción o al parto según sea más beneficioso para el hijo a fin de favorecer su legitimidad y que entre bajo la potestad paterna.

Resta hacer referencia a un supuesto específico contemplado en las *Novellae* de Justiniano, y en el que claramente se puede observar el criterio del emperador para favorecer la legitimidad de los hijos:

Nov. 74, 5, pr.- Quoniam autem interpellationibus quae nobis fiunt semper omnium assidue mulieres audimus ingemiscientes et dicentes, quia quidam earum concupiscentia detenti ducant in domibus suis, sacra tangentes eloquia aut in orationis domibus iurantes habituros se eas legitimas uxores, taliter eas habentes tempore multo et forte suscipientes filios, deinde dum se satiaverint earum desiderio, aut extra filios aut cum filiis proicientes de suis domibus, iudicavimus etiam hoc oportere sanare: ut si mulier ostendere potuerit modis legitimis, quia secundum hanc figuram vir eam accepit domi ut uxorem legitimam haberet et filiorum legitimorum matrem, nequaquam penitus licentiam ei esse hanc de domo praeter ordinem legis expellere, sed habere eam legitimam et filios suos ei esse. Et illam quidem, siquidem indotata sit, nostrae constitutionis uti bonis, quartam substantiae viri percipiens, sive expellatur sive prius moriatur vir, non perscrutantibus nobis sive repudio utens

dimittat eam sive etiam sine hoc: neque enim verisimile est eum mittere repudium qui et ipsas nuptias denegat. Sed si eam inrationabiliter expellat de domo, hoc ipsum sit adversus virum iusta causatio, et mulier hoc facto repudium ei mittat et exigat quartam, si uxor ostensa fuerit extitisse, licet extra dotem convenerit iuriurando credens. Quid enim agat aliud quae ad dotem non est idonea, quam ut semet ipsam sub omni dote contradat?.

En la constitución se hace referencia a la mujer que, padeciendo engaño, cree haber contraído legítimas nupcias con el padre de sus hijos, y luego es repudiada. En este caso, si posteriormente el padre contrae *iustae nuptiae* con otra mujer y tiene hijos legítimos, se dispone que si la primera mujer logra probar el engaño los hijos procedentes de esa unión tendrán igualmente la consideración de legítimos, por lo que el padre no puede rechazarlos como *sui*; todo ello aún en contra de la voluntad del padre:

Nov. 74, 5, 1.- Sit autem et soboles legitima etiam invito patre. Qui enim ad hoc nuptias fecit et filios procreavit, ut mulier legitimorum ei filiorum fieret mater, non potest ex tali natos germine rursus ut naturales abicere, neque quasdam postea forte nuptias post mortem uxoris aut repudium contrahens eos qui ex illis nascuntur nuptiis velle [habere] solos esse legitimos, nisi eis etiam illi priores fuerint copulati, quorum similiter pater est, teste existente nuptiarum priorum quidem deo, secundarum autem lege. Eadem nobis lex pro cautela sit nuptias contrahentium, et si filii quidem ex talibus processerint nuptiis, erunt sui et his legibus quae sunt de suis positae fruuntur.

Sin duda, en derecho postclásico y justiniano se constata el mantenimiento de la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, si bien con una clara tendencia al favorecimiento de la legitimidad de éstos últimos, para lo que se aplica las *regulae iuris* existentes para la fijación del *status* de los hijos indistintamente, según fuera más beneficioso para la condición del nacido. Sin embargo, siendo lo anterior cierto, se debe advertir que, si bien las desigualdades entre los hijos desaparecieron en la categoría de los legítimos, en los que, la equiparación de la condición ciudadana de todos los habitantes del Imperio llevaría consigo también la igualdad para los hijos nacidos *ex iustis nuptiis*, sin embargo, surgió un trato discriminatorio en relación con los *spurii* a consecuencia de la aparición de una nueva categoría dentro de los hijos ilegítimos, los *filii naturales*, que ostentarían derechos que, a

pesar de que algunas normas imperiales trataron de derogar, en general, observarán una tendencia favorable a otorgar una posición privilegiada para ellos.

La regulación de la posición jurídica y los efectos que llevaba consigo la adquisición de la cualidad de hijo natural fue tan compleja y tan específica que merece en este trabajo un apartado independiente en el que se podrán examinar con más detenimiento la normativa y evolución desarrollada en derecho postclásico y justiniano respecto de esta nueva categoría de hijos, por lo que, a continuación, se expondrán los progresos acontecidos en la época del tardo imperio y en la legislación justiniana en relación con los derechos sucesorios de los hijos ilegítimos en general, para posteriormente ocuparnos más extensamente de la posición jurídica y derechos reconocidos a la nueva categoría de hijos ilegítimos –los *filii naturales*– en particular, que surge como consecuencia de la regulación del concubinato.

2. Discriminación en la atribución de derechos en función de la categoría de hijos a la que se pertenecía.

A) Derecho de alimentos.

En derecho justiniano, como expresa Albertario, se produce una reelaboración de la prestación de alimentos entre parientes²⁰¹; se produce la equiparación de derechos en la familia legítima e ilegítima en cuanto a la obligación de alimentos existente entre ascendientes y descendientes, sin distinguir entre línea paterna o materna²⁰². Justiniano abandonará el sistema de agnación, basando la obligación alimenticia en el vínculo

²⁰¹ ALBERTARIO, “*Sul diritto agli alimenti*”, *op. cit.*, p. 256, indica que: “*Il diritto alimentare si modifica, si dilata e diventa, in verità imponente nell’epoca giustiniana. Le innovazioni sono larghe e profonde: le alterazioni dei testi romani numerosissime*”.

²⁰² LAVAGGI (voz “*Alimenti*”, *op. cit.*, p. 20) siguiendo a BONFANTE (*Corso di Diritto romano*, I, *op. cit.*, p. 382), invoca la *Novella*, 117, 7 para establecer la obligación de la madre de alimentar a sus hijos, puesto que en caso de divorcio, el juez decidirá con quien deben quedarse los hijos. Normalmente se le entregaban al conyuge no culpable, sin embargo si el padre estaba en la indigencia, aun siendo culpable la madre se le adjudicaban a ésta si era acaudalada. Vid. también BONINI, “*Criteri per l’affidamento Della prole dei divorziati in diritto romano*”, *op. cit.*, p. 19.

cognaticio, con la única excepción de los hijos nacidos en familias constituidas *ex nefariis vel incestis vel damnatis complexibus*²⁰³. El fundamento de la obligación a prestar alimentos en derecho justiniano se fundamenta no sólo en las leyes sino en la propia naturaleza²⁰⁴:

C. 6, 61, 8, 4.- (*Imp. JUSTINIANUS A, IOANNI P.P.*).- ...*Ipsium autem filium vel filios vel filias et deinceps alere patri necesse est non propter hereditates, sed propter ipsam naturam et leges, quae et parentibus alendos esse liberos imperaverunt et ipsis liberis parentes, si inopia ex utraque parte vertitur. (Dat. IV Kal. August. Constantinop. post consulatum LAMPADII et ORESTIS VV. CC. 531).*

En la constitución se establece que el padre debe alimentar a los hijos e hijas y a los demás descendientes *non propter hereditates, sed propter ipsam naturam et leges*; leyes que ordenaron reciprocidad en el derecho de alimentos entre descendientes y ascendientes, siempre que estuvieran inmersos en una situación de dificultad económica.

La obligación de la madre de alimentar a los hijos se presenta subsidiaria de la del padre, únicamente en caso de que el padre no tuviera medios económicos para subsistir; en efecto, en la *Novella* 117 se establece que, en caso de divorcio, los hijos permanecerían con el cónyuge no culpable, salvo cuando la madre contrajera segundas nupcias o cuando el padre no tuviera recursos económicos:

Nov. 117, 7.- Illud quoque disponendum esse perspeximus, ut si quando inter maritum et uxorem nuptias solvi contigerit, ex huiusmodi matrimonio nati filii nullo modo laedantur ex separatione nuptiarum, sed ad parentum hereditatem vocentur ex patris substantia indubitanter alendi. Et si quidem pater occasionem separationis praebeat et mater ad secundas non venit nuptias, apud matrem nutrantur expensas patre praebente; si vero per causam matris ostenditur solutum matrimonium, tunc apud patrem et maneant filii et alantur. Si autem contigerit patrem quidem minus idoneum esse matrem vero locupletem, apud eam pauperes filios manere et ab ea nutrir iubemus. Quemadmodum enim filii locupletes coguntur matrem egentem alere, ita instant decernimus et a matre locuplete filios pasci.

²⁰³ ORESTANO, voz “Alimenti (Diritto romano)”, *op. cit.*, p. 483

²⁰⁴ BIONDI, *Diritto romano cristiano*, *op. cit.*, p 295-296

Quod autem de alenda matre et filiis definivimus indigentibus, hoc quoque in omnibus ascendentibus descendantibusque personis utriusque naturae valere praecipimus.

En el caso de las segundas nupcias de la madre, los hijos permanecerían en poder de ésta, si bien los gastos ocasionados por su manutención tendría que sufragarlos el padre; en la otra excepción, cuando el padre no cuenta con medios económicos suficientes, sí se establece un deber de la madre de tener a los hijos en su compañía y alimentarlos

B) Derechos sucesorios.

La regulación de los derechos sucesorios de hijos y descendientes en derecho romano sufrió una evolución significativa, si bien siempre existió un principio común en todas las épocas: nunca se abandonó la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos; esta diferenciación se vio más acentuada en el derecho clásico que en el posclásico y justiniano, ya que en éstos últimos predominó la concepción cognaticia de la familia que favoreció el reconocimiento de derechos sucesorios a los hijos con independencia de los vínculos agnaticios²⁰⁵.

Con posterioridad a las reformas introducidas por los senadoconsultos *Tertullianum* y *Orphitianum*, que modificaron sustancialmente en materia sucesoria los derechos hereditarios entre madres e hijos, las posteriores intervenciones legislativas llevadas a cabo por diversas constituciones imperiales incidieron en el aspecto de declarar a la madre sucesora de los hijos, intentando desvincular sus derechos hereditarios del reconocimiento del *ius liberorum*, exigido por el senadoconsulto Tertuliano, como se ha tenido ocasión de exponer, para reconocer a la madre heredera civil de sus hijos²⁰⁶. Esta reforma será

²⁰⁵ Vid. a este respecto, GAUDEMET, “*La transmission des constitutions relatives au droit successoral au Bas-Empire et dans les royaumes barbares*”, en *RIDA*, VII, 1960, pp. 434 y ss.; VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, op. cit., pp. 87 y ss.; LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento...*, op. cit., p. 301.

²⁰⁶ Constantino, en el año 318 le concedió a la madre sin *ius liberorum* un tercio de la herencia de los hijos, disposición que ratificada posteriormente por Valente y también por Valentiniano III: *CTh.* 5, 1, 1.- (*Imp. Constantinus a. ad Constantino pf. p.*):- *Matri ius liberorum non habenti, interveniente licet patruo ceterisque, inter quos agnationis incorrupta iura per ordinem porriguntur, et quicumque deinceps agnati erunt, a quibus consanguinitatis iure mater poterat excludi, placet omnium filii bonorum, quotiescumque ab intestato veniunt, deferri tertiam portionem etiam patruo eiusque filio et dumtaxat nepoti, agnatione minime durante (si forte per emancipationem cuiusquam fuerit consanguinitas diminuta), beneficio pari deferri tertiam portionem, licet habeat mater ius liberorum. Nec immerito, si quando supra dicto subnixta mater fuerit*

culminada con Justiniano, ya que, al abolir el *ius liberorum*, iguala los derechos sucesorios de la madre respecto de sus hijos²⁰⁷. No obstante, conviene resaltar que en el año 529 Justiniano prohíbe que los *spurii* que una *illustres mulier* hubiera tenido de padre desconocido pudieran ser herederos en la sucesión testada o intestada de la madre, siempre que ésta tuviera hijos concebidos *ex iustis nuptiis*:

C. 6, 57, 5.- (Imp. IUSTINIANUS A. DEMOSTHENI P. P.).- *Si qua illustris mulier filium ex iustis nuptiis procreaverit et alterum spurium habuerit, cui pater incertus sit, quemadmodum res maternae ad eos perveniant, sive tantummodo ad liberos iustos sive ad spurios, dubitabatur. Sancimus itaque, ut neque ex testamento neque ab intestato neque a liberalitate inter vivos habita iustis liberis existentibus aliquid penitus ab illustribus matribus ad spurios perveniat, cum in mulieribus ingenuis et illustribus, quibus castitatis observatio praecipuum debitum est, et nominari spurios satis iniuriosum, satis acerbum et nostris temporibus indignum esse iudicamus et hanc legem ipsi pudicitiae, quam semper colendam censemus, merito dedicamus.*

privilegio, agnatione dirempta ultra nepotis gradum nostrum beneficium minime placuit extendi, ne, multis personis vocatis, plus ablatum matri, minus additum videretur. Sive igitur unus exstiterit pluresve patrui, eorumque filius aut etiam filii et nepotes neptesve, non amplius quam sola tertia universorum bonorum simul omnibus vel singulis pro suis quibusque gradibus deferenda est. Et eodem genere, si plures erunt, a quibus mater possit excludi, non plus quam tertia bonorum matri adversus omnes competere debet. Supra dictae ergo originis existentibus personis agnatis in infinitum, matri adversus omnes censuimus subveniendum, licet non omnibus adversus matrem, sed certis superius comprehensis personis hoc auxilium tribuatur; ita ut, nec petita bonorum possessione (quoniam huius legis, non praetoris est beneficium), illico, ut sibi delatae portionis dies exstiterit, aditione simplici, arrepto rerum quolibet corpore vel animi destinatione patefacta, plenum dominium delatae sibi portionis consequantur, facultate eis perpetua, dum advixerint, tribuenda in adeunda concessa sibi parte successionis. Nec enim ad eos, qui eorundem successores erunt, nisi ipsis prius, quos indulgentiae nostrae ratio complectitur, quaesita fuerit hereditas, transire quicquam iubemus, sed penes eos manere, apud quos ante istam legem residere potuisset. Dat. xiv. kal. iun. Sirmii, Crispo ii. et Constantino ii. caess. coss.). 2.- (Imp. Valentinianus et Valens aa. ad Ausonium pf. p.).- *Quia non solum filius consanguineus, sed etiam per adoptionem quaesitus, nulla capitis deminutione intercedente eius, matrem excludit; si quidem patitur mater defunctorum excludi a fratribus consanguineis, existentibus, quibus ipsa praefertur intercedente capitis deminutione, proximior gradus ineatur. Nam constitutio divi Constantini ad Constantino praefectum praetorio emissa patrui tantummodo ius antiquum temperavit, ut, si unus patruus seu duo pluresve sint, sive filius filiive eorum usque ad nepotem exstiterint, beneficio constitutionis in partem tertiam componant; de consanguineis vero fratribus nullam fuisse mentionem cognovimus. Evidenter licet antiquo iure servato, ac divalis memoriae constantini constitutione comprobata, prospectum esse videatur a nostra clementia, ut in huiusmodi litibus, qui frater consanguineus debet excludi secundum ius antiquum, praefertur iuxta memoratam destinationem; vel certe, si patrui persona intercesserit, usque ad nepotem ius constitutionis temperatum suum teneat robur atque firmitatem. (Dat. iv. kal. ian. Constantinopoli, Valentiniano n. p. et Victore v. c. coss.).*... Vid. también CTh. 5, 1, 7, pr.- (Imp. Theodosius et Valentinianus aa. Albino pf. U.).- *Sicut mater, quae liberorum iure subnixa est, patruo capite deminuto dare iussa est tertiam portionem, ita etiam, quae nullo huiusmodi fulcitur auxilio, patruo quattuor cedat uncis facultatum.* Vid. respecto de estas modificaciones del senadoconsulto Tertuliano, LAVAGGI, “*Modifiche legislative postclassiche al senadoconsulto Tertulliano*”, op. cit., pp. 751 y ss.; DUPONT, “*Les successions dans les constitutions de Constantin*”, en IURA, XV, 1964, pp. 78 y ss.

²⁰⁷ Vid. a este respecto, C. 8, 52, 2; C. 6, 56, 7; C. 6, 55, 12; I. 3, 3, 4 y 5; Nov. 22, 47.

Sin autem concubina liberae condicionis constituta filium vel filiam ex licita consuetudine ad hominem liberum habita procreaverit, eos etiam cum legitimis liberis ad materna venire bona, quae ea iure legitimo et in suo patrimonio possidet, nulla invidia est. (a 529 d. xv k. oct. chalcedone decio vc. cons.).

La prioridad que se concede a la familia cognaticia para el establecimiento de los derechos sucesorios favorece también a todos los descendientes; en este sentido, si con anterioridad se había incluido a los hijos en sucesión de la familia materna, ahora se ampliarán los derechos hereditarios a los nietos en virtud de una constitución del año 389 de Valentiniano y Teodosio por la cual se admite a la sucesión materna también a los descendientes de hijos premuertos, en dos terceras partes de la cuota que le hubiera correspondido al padre si concurría con hijos de la difunta y en tres cuartas partes si concurrían con otros agnados²⁰⁸:

CTh. 5, 1, 4.- (IMPPP. VALENTINIANUS, THEODOSIUS ET ARCADIUS AAA. CONSTANTIANO P.P. GALLIARUM).- Si defunctus cuiuscumque sexus aut numeri reliquerit filios et ex filia diem functa cuiuscumque sexus aut numeri nepotes, eius partis, quam defuncti filia superstes patri inter fratres suos fuisset habitura, duas partes consequantur nepotes ex eadem filia, tertia pars fratribus sororibusve eius quae defuncta est, id est filiis filiabusque eius, de cuius bonis agitur, avunculis scilicet sive materteris eorum, quorum commodo legem sancimus, adcreseat. Quod si hic defunctus, de cuius bonis loquimur, habebit ex filia nepotes et praeterea filios non habebit, sed qui praeferri nepotibus possint, habebit agnatos, in quandam Falcidiam hi et in dodrantem nepotes iure succedant. Haec eadem, quae de avi materni bonis constituimus, de aviae maternae sive etiam paternae simili aequitate sancimus; nisi forte avi ad elogia inurenda impiis nepotibus iusta se motos ratione monstraverint. Non solum autem, si intestatus avus aviave defecerit, haec nepotibus quae sancimus iura servamus, sed et si avus vel avia, quibus huiusmodi nepotes erunt, testati obierint et praeterierint nepotes aut exheredaverint, easdem et de iniusto avorum testamento et si quae filiae poterant vel de re vel de lite competere actiones nepotibus deferimus secundum iustum nostrae legis modum quae de parentum inofficiosi testamentis competunt filiis. (Dat. V. Kal. Mart. Mediolani, TIMASIO ET PROMOTO Conss. 389)²⁰⁹.

²⁰⁸ GAUDEMET, “La transmission des constitutions relatives au droit successoral...”, *op. cit.*, pp. 409 y ss.

²⁰⁹ Vid. también C, 6, 55, 9; I. 3, 1, 15 e I. 4, 1.

Los hijos legítimos continuaban siendo los perjudicados en la sucesión de los *bona materna* en la legislación postclásica, toda vez que, al estar sometidos a la patria potestad paterna, sus padres ostentan derechos sobre los bienes heredados. La regulación de esta materia se encuentra en una constitución de Constantino recogida en el *Codex Theodosinus* que, como pone de manifiesto Diliberto, dista mucho de ser precisa²¹⁰:

CTh. 8, 18, 1.- (Imp. constantinus a. consulibus, praetoribus, tribunis plebis, senatui salutem dicit).- Placuit, salva reverentia et pietate sacris nominibus debita, ut potestas quidem et ius fruendi rebus liberorum suorum in sacris constitutorum, in maternis dumtaxat facultatibus, penes patres maneat, destituendorum autem liberorum eis licentia derogetur. Casset itaque in maternis dumtaxat successionibus commentum cretionis, et res, quae ex matris successione fuerint ad filios devolutae, ita sint in parentum potestate atque dominio, ut fruendi pontificium habeant, alienandi eis licentia derogetur. nam maternum patrimonium, quod filiis in potestate constitutis obvenit, quum patre mortuo sui iuris fuerint, praecipuum habere eos et sine cuiusquam consortio placuit... (Dat. XV kal. Aug. Aquil., Recitata aput vettium Rufinum P.U. in Senatu Non. Sept. Constantino A.V. et Licinio C. Conss.).

La falta de claridad de la constitución transcrita ha ocasionado que la doctrina romanística no mantenga un planteamiento unánime sobre los derechos que ostentaba el padre respecto a los bienes maternos heredados por el hijo. Así, en opinión de Voci²¹¹, el padre ostentaría un derecho de usufructo sobre los *bona materna*; Bonfante²¹², sin embargo, abogaría por la introducción de una prohibición de enajenar del padre e incluso existen autores que han entendido que padre e hijo tendrían una copropiedad sobre los bienes²¹³, si bien Guarino ha matizado que la titularidad del padre tan sólo podría ser formal²¹⁴.

²¹⁰ DILIBERTO, voz “*Successione legittima (diritto romano)*”, en *Enc. Dir.*, op. cit., p. 1.310.

²¹¹ VOCI, *Storia della patria potestas da Costantino a Giustiniano*, en *SDHI*, LI, 1985, pp. 1 y ss.

²¹² BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, op. cit., pp. 101 y ss., seguido, entre otros, por LA ROSA, “*Accettazione ed acquisto dell’eredità materna attraverso il Teodosiano*”, en *Annali Catania*, IV, 1950, pp. 372 y ss.; GAUDEMET, “*La transmission des constitutions relatives au droit successoral...*”, op. cit., pp. 399 y ss. y DUPONT, “*Les successions dans les constitutions de Constantin*”, op. cit., pp. 57 y ss..

²¹³ LEVY, *West Roman Vulgar Law. The Law of Property*, Philadelphia, 1951, pp. 34 y ss.; KASER, *Derecho privado romano*, op. cit., p. 216; y BRETONNE, *La nozione romana di usufrutto. II. Da Diocleciano a Giustiniano*, Napoli, 1967, pp. 14 y ss.

²¹⁴ GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 2001, pp. 446 y ss.

Con independencia de lo anterior, y dejando a un lado las facultades que el padre obtendría sobre los bienes heredados de la madre derivados del ejercicio de patria potestad, lo cierto es que la constitución califica los *bona materna* como *res liberorum*, por lo que la titularidad del hijo queda expresamente salvaguardada. Así, como mantiene Diliberto, esta constitución está abriendo un camino irreversible para reconocer al hijo la titularidad plena de los bienes que heredara de la madre²¹⁵. En este camino, resulta relevante otra constitución de Constantino por la que se establece el derecho de los hijos al contraer matrimonio de recabar del padre los bienes obtenidos de la herencia materna, sobre los cuales el padre podía retener el usufructo de la tercera parte:

CTh. 8, 18, 1.- (Imp. constantinus a. consulibus, praetoribus, tribunis plebis, senatui salutem dicit).- ...Quod si pater suum filium patremfamilias videre desiderans, eum emancipaverit, repraesentare ei maternam debebit substantiam, ita ut filius accepto munere libertatis, reique suae dominus effectus, ne videatur ingratus, tertiam partem custoditae sibi rei muneris causa parenti offerat, aestimatione, si res dividi coeperint, bonorum virorum arbitrio permittenda, quam tertiam alienare quoque pater, si hoc maluerit, habebit liberam potestatem. Ante emancipationem autem parentes, penes quos maternas rerum utendi fruendique potestas est, omnem debent tuendae rei diligentiam adhibere et quod iure filiis debetur in examine poscere et sumptus ex fructibus inpigre facere et litem inferentibus resistere adque ita omnia agere, tamquam solidum perfectumque dominium et personam gerant legitimam, ita ut, si quando rem alienare voluerint, emptor vel is cui res donatur observet, ne quam partem earum rerum, quas alienari prohibitum est, sciens accipiat vel ignorans. Docere enim pater debet proprii iuris eam rem esse quam donat aut distrahit; et emptori, si velit, sponsorem aut fideiussorem licebit accipere, quia nullam poterit praescriptionem opponere filiis quandoque rem suam vindicantibus. (Dat. XV kal. Aug. Aquil., Recitata aput vettium Rufinum P.U. in Senatu Non. Sept. Constantino A.V. et Licinio C. Conss.).

²¹⁵ DILIBERTO, voz “*Successione legittima (diritto romano)*”, en *Enc. Dir., op. cit.*, pp. 1.310 y ss.

El régimen de titularidad del hijo sobre los *bona materna* se verá reforzado posteriormente por otras constituciones de Constantino, Graciano y Valentiniano III²¹⁶, pero se deberá esperar, sin embargo, al derecho justinianeo para encontrar la reforma del régimen constantiniano y reconocer al hijo el derecho de propiedad pleno sobre los bienes, al mantener que *dominio videlicet earum ad liberos pertinente*:

C. 6, 60, 1.- (*Imp. CONSTANTINUS A. Consulibus, Praetoribus, Tribunis plebis, Senatui salutem*).- *Res, quae ex matris successione fuerint ad filios devolutae, ita sint in parentum potestate, ut fruendi dumtaxat habeant facultatem, dominio videlicet earum ad liberos pertinente...*

El derecho justinianeo establece un sistema unitario para sucesión *ab intestato* que continúa la tradición del reconocimiento de derechos hereditarios en el seno de la familia legítima, si bien teniendo en cuenta el vínculo cognaticio al que se estaba dando prioridad en los

²¹⁶ CTh. 8, 18, 3.- (*Imp. Constantinus ad Severum com. Hispaniarum*).- *Insinuaturn est quosdam patres principalis coniugii copulatione destitutos in perniciem filiorum ultra misericordiam sanguinis properare et receptis deinceps aliis matrimoniis maiorem sibi in rebus filiorum vindicare personam: qui quoniam in his usufructuarii remansisse videntur, usurpare ea ac pervertere confidunt, ut per hoc his, qui in orbitate remanserunt, nulla nec possidendi nec litigandi tribuatur occasio. ideoque placet, ne quis pater receptis deinceps matrimoniis earum rerum, quae prioris coniugis fuerunt, sibi ius defendendum existimet nisi tutelae vice, donec minores probata aetate esse videantur. his autem moderatio nostra cuncta iubet servari adque restitui. (P.P. III Kal. April Const. P. Opta. et Paulino Conss.); CTh. 8, 18, 6.- (*Imppp. Grat., Valent. et Theodos. AAA ad Hesperium PF. P.*).- *Quemadmodum maternas facultates venditione vel donatione transscribere in alias personas patribus non licet, ita ea, quae pater matris ac mater quaeque avus matris aut avia nepotibus pronepotibusve donaverint sive ab intestato reliquerint, patribus alienare non liceat. delatae vero ab extraneis sive ex transversa linea facultates, praeterquam ab his necessitudinibus, quas locuti sumus, patribus conferant, quicquid filiis positus in eorum potestate detulerint. (Dat. Prid. Kal. Aug. ACC. IV. Kal. Sept. Ausonio et Olybrio VV.CC. Coss.).- Interpretatio. pater uxore mortua filiorum bona ita possideat, ut ex his ei nec vendere aliquid liceat, nec donare, nec quolibet alio ordine alienare: similiter et quaecumque avi vel proavi materni nepotibus neptibus, pronepotibus proneptibusve donaverint vel fortasse reliquerint, in alias personas transferre patri quolibet ordine non licebit. sane si quae extraneorum donatione vel munere filiis in familia positus facultates accesserint, vel alii parentes, quam qui supra nominati sunt, contulerint, id totum patribus acquiratur, ut faciendi ex hoc, quod voluerint, habeant potestatem; CTh. 8, 18, 10.- (*Impp. Theodosius et Valentinianus AA. Ad Senatum. Post Alia*).- *Si sine liberis unus vel una moriatur e filiis et superstitem fratrem vel fratres, sororem vel sorores et patrem relinquat, sive is emancipatus sive in potestate defecerit, eius portionem, quam ex bonis maternis vel undeunde iure quaesierit, pater sine dubio consequatur iugi dominio possidendam. Quod si novercam superduxerit, ea quidem, quae filius defunctus extrinsecus adquisierat, sibi habeat pater et perpetuo iure domini possideat, bonorum vero ex matris patrimonio filio qui defunctus est quaesitorum solum usumfructum retinet, ad alios filios ex eodem matrimonio natos post eius obitum proprietate reditura. Et si ante mortem filii domum secundis nubtiis occupavit, similem causam sequatur, ut filio extrinsecus adquisita perpetuo iure possideat, matrum autem rerum solum usumfructum retinet. Quod si filius filiave extantibus liberis adhuc positi in potestate defecerint, portionis eorum totius solum usumfructum morientis retinet nepotibus, id est defuncti filiis, proprietate servata. Si vero nepotes tempore mortis matrum extra avi sint potestatem, ipsi ilico in patris sui matrisve successionem vocentur. (Et cetera. Dat. VII Id. Nov. Ravenna DD. NN. Theodosio XII et Valentiniano II AA. Conss.).***

últimos tiempos. Así, Justiniano pretende unificar en la *Novella* 118²¹⁷ el sistema civil y pretorio para dejar atrás el modelo de familia agnaticia y regular el orden sucesorio conforme al modelo cognaticio²¹⁸. De esta forma, se establecen cuatro categorías de sucesores, situándose los descendientes legítimos –tanto paternos como maternos— dentro del primer orden, sin tener en cuenta la sumisión a la *potestas* del *paterfamilias* ni el sexo del heredero; en segundo lugar, para el caso de que no existan descendientes, heredan los ascendientes; y, en tercer lugar, a falta de ascendientes, son llamados los hermanos, sobrinos y colaterales²¹⁹:

Nov. 118.- (IMP. IUSTINIANÒS Περὶ τῶ ἐνδοξοτάτῳ ἐπαρχῶ τῶν ἱερῶν τῆς ἐὼ πραιτωρίων - a. 543).- [1] Εἰ τις τοῖνυν τῶν χατιόντων ὑπείη τῷ ἀδιανετώτελεντησαντι οἰαζήποτε φύσεως ἢ βανμοῦ, εἴτε ἐξ ἀρρενογονίας εἴτε ἐκ νηλυγονίας καταγόμενος, καὶ εἴτε αἰτεξοῖσιος εἴτε ὑπεξοῖσιος εἴη, παντῶν τῶν ἀνιόντων καὶ τῶν ἐκ πλαγίου συγγενῶν προτιμασθῶ...²²⁰.

²¹⁷ Vid. LAMBERTINI, *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, Milano, 1977, pp. 43 y ss. e IMPALLOMENI, “Recensione a Lambertini, (*I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*)”, en *BIDR*, LXXXII, 1979, pp. 221 y ss. Se completa la Novela 118 con otra posterior, la Nov. 127 del año 548.

²¹⁸ El encabezamiento de su Constitución es *de heredibus ab intestato venientibus et agnatorum iure sublato*, estableciendo claramente la intención legislativa del emperador. Vid. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, *op. cit.*, pp. 212 y ss.; GOUTELLE, *De la lutte entre l'agnation et la cognation à propos du Senatus-Consulte Tertullien*, Paris, 1933; BOSSOWSKI, “Die Nov. 118 Justinians und deren Vorgeschichte”, en *Festschrift für P. Koschaker*, II, Weimar, 1939, pp. 279 y ss.; ARANGIO-RUIZ, “Osservazioni sul sistema della successione legittima nel diritto dei papi”, en *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1974, pp. 486 y ss.; LAMBERTINI, *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, *op. cit.*, pp. 43 y ss.

²¹⁹ Vid. también I. 2, 13, 5.- (*DE EXHEREDATIONE LIBERORUM*).- *Sed haec vetustas introducebat. nostra vero constitutio inter masculos et feminas in hoc iure nihil interesse existimans, quia utraque persona in hominum procreatione similiter naturae officio fungitur et lege antiqua duodecim tabularum omnes similiter ad successiones ab intestato vocabantur, quod et praetores postea secuti esse videntur, ideo simplex ac simile ius et in filiis et in filiabus et in ceteris descendantibus per virilem sexum personis non solum natis sed etiam postumis introduxit, ut omnes, sive sui sive emancipati sunt, aut heredes instituantur aut nominatim exheredentur, et eundem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmenda et hereditatem auferendam quem filii sui vel emancipati habent, sive iam nati sunt sive adhuc in utero constituti postea nati sunt. circa adoptivos autem certam induximus divisionem, quae constitutione nostra, quam super adoptivis tulimus, continentur.* Vid. a este respecto GROSSO, “Giustiniano e i classici (HEINZ SCHINDLER, *Justinians Haltung zur klassic. Versucheiner Darste*)”, en *INDEX*, I, 1970, pp. 207 y ss.

²²⁰ Nov. 118, 1.- (*De heredibus ab intestato venientibus et agnatorum iure sublato*).- (*Imp. IUSTINIANUS Aug. PETRO, gloriosissimo Praefecto sacrorum Praetorium Orientis*).- *Si quis igitur descendantium fuerit ei, qui intestatus moritur, cuiuslibet naturae aut gradus, sive ex masculorum genere, sive ex feminarum descendens, et sive suae potestatis, sive sub potestate sit, omnibus ascendentibus et ex latere cognatis praeponatur. Licet enim defunctus sub alterius potestate fuerit, tamen eius filii, cuiuslibet sexus sint aut gradus, etiam ipsis parentibus praeponi praecipimus, quorum sub potestate fuerit, qui defunctus est, in illis videlicet rebus, quae secundum nostras alias leges patribus non acquiruntur. Nam in usu harum rerum qui debet acquiri aut servari, nostras de his leges parentibus custodimus, sic tamen, ut, si quem horum descendantium filios relinquentem mori contigerit, illius filios, aut filias, aut alios descendentes in propii*

Se presenta relevante el reconocimiento de derechos sucesorios a los hijos nacidos de concubinato, denominados naturales, y que van a constituir una categoría privilegiada de hijos ilegítimos que por la especial consideración e importancia jurídica que tuvo la regulación del *status* y derechos de los hijos naturales, el examen de las fuentes y problemática planteada en torno a esta categoría de hijos se realizará a continuación en un apartado específico. Si conviene resaltar ahora que los hijos naturales son separados claramente del resto de hijos ilegítimos, que se ven rechazados con severidad en la legislación justiniana por entender que proceden de uniones *aut nefariis, aut incestis, aut damnatis processerit* y no ser dignos de recibir la denominación de *liberis naturales*:

Nov. 89, 15, pr.- Ultima siquidem nos pars legis expectat, ut ipsa competentem suscipiat ordinem et enumeremus, qui neque ipso naturalium nomine digni sunt. Primum quidem omnis qui ex complexibus (non enim vocabimus nuptias) aut nefariis aut incestis aut damnatis processerit, iste neque naturalis nominatur neque alendus est a parentibus neque habebit quoddam ad praesentem legem participium...

La constitución muestra una dureza terminológica sin paliativos para referirse a los hijos ilegítimos procedentes de uniones *incestae, nefariae* o *damnatae*; no sólo los conceptúa efectuando un rechazo tajante respecto a su posible calificación como hijos naturales —*qui neque naturales dici digni sunt*—, sino que, además, afirma que deben ser separados de la comunidad, privándoles de la benignidad imperial, reiterando que, por ello, *neque ipso naturalium nomine digni sunt*²²¹.

No obstante, pese al rechazo que suscitan estos hijos ilegítimos —que no son dignos de ser considerados hijos naturales—, en el año 535, si bien con la única finalidad de eliminar las

parentis locum succedere, sive sub potestate defuncti, sive suae potestatis inveniantur, tantam de hereditate morientis accipientes partem, quantam eorum parens, si viveret, habuisset; quam succeessionem in stirpes vocavit antiquitas. In hoc enim ordine gradum quaeri nolumus, sed cum filiis et filiabus ex praemortuo filio aut filia nepotes vocari sancimus, nulla introducenda differentia, sive masculi sive feminae sint, et seu ex masculorum seu feminarum prole descendant, sive suae potestatis, sive sub potestate sint constituti. Et haec quidem de successionibus descendantium disposuimus. Consequens autem esse perspeximus et de ascendentibus constituere, quomodo ad descendantium successionem vocentur.

nupcias incestae, nefandae o damnatae que se hubieran podido celebrar hasta entonces, Justiniano estableció en su Novela 12 una disposición transitoria que concedía una serie de derechos sucesorios a los hijos nacidos de esas uniones, siempre y cuando el padre repudiara a la mujer en un plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de la disposición. Parece evidente que la norma no tenía por objeto regular la capacidad sucesoria de los hijos nacidos de las nupcias prohibidas, pero de soslayo incide en esta materia representando una innovación, que casi se podría calificar de fugaz, pero totalmente revolucionaria respecto del derecho precedente.

Resulta evidente, pues, que con Justiniano lo que quería en realidad era acabar con las nupcias ilícitas, pero no sin antes dar una oportunidad a quienes las habían contraído para que pudieran subsanar su situación, disolviendo las uniones en el plazo previsto; ahora bien, en caso de que se persistiera en mantener la relación, la propia disposición establecía un severo castigo esta vez para el padre, a quien se le confiscarían todos sus bienes en favor del erario público:

Nov. 12, 3.- Et hoc quidem sequens habeat tempus post praesentem nostram constitutionem currens: nullo contristando, si caste vixerit; licebit enim nihil peccantes sub hac lege non subdi. Quod vero iam transactum est, nec omnino relinquimus innoxium nec omnibus modis sub acerba indignatione submittimus. Sed si quae incestae factae sunt nuptiae, si quidem contingit eas quolibet modo dissolvi, sine reatu sint; si vero haec nostra lex invenerit aliquem post tales nuptias, licentiam ille habeat, ex quo omnibus insinuata est, intra duos annos sic sibi copulatam dimittere coniugem, non reversuram ulterius ad eum neque separatam quidem figuraliter, pro veritate vero coniunctam...

La justificación de la sanción establecida para el padre respecto al despojo de todos sus bienes resulta sorprendente, ya que en el *praefatio* de la Novela se afirma que *qui peccant sine reatu esse, eos autem, qui innoxii sunt, tanquam peccantes puniri*, considerando injusto que se privara de los bienes a los hijos que procedían de las nupcias prohibidas y no se estableciera castigo alguno respecto del propio padre, que era, en definitiva, quien estaba

²²¹ Vid. a este respecto GENESTAL, *Histoire de la légitimation, des enfants naturels en droit canonique*,

contraviniendo la ley al contraer matrimonio contrario a derecho²²²; se da a entender, por tanto, que los hijos eran inocentes de las decisiones de sus padres y que resultaba injusto que se les sancionara a ellos por la mala conducta de aquellos. No obstante, en caso de que el padre tuviera descendencia legítima procedente de *iustae nuptiae* anteriores, el despojo patrimonial no se efectuaba en favor del fisco sino que se ordenaba la entrega de los bienes a sus sucesores legítimos:

Nov. 12, 2.- Si vero contigerit ex prioribus nuptiis inculpabilibus filios esse ei, aut nepotes forte aut ulterius, paternam mox illi accipiant successionem, suae quidem potestatis patris supplicio facti, pascentes autem eum et alia necessaria praeabentes. Nam licet legum contemptor et impius sit, tamen pater est.

Nov. 12, 3, 1.-...Sed si quidem fuerint ex prioribus nuptiis innoxii filii ei procreati, illi res accipiunt (post quartam quippe partem, quae ad fiscum defertur), suae potestatis effecti et patrem alentes et aliam ei praeabentes sufficientem sanationem, sicut praediximus; dote etiam hic incestae coniugis sub fisco facienda. Si vero filii non sint ex prioribus inculpabilibus nuptiis haec agenti procreati, tunc totius eius substantiae dominus erit fiscus.

La novela presenta una relevante innovación respecto al reconocimiento de derechos sucesorios de los hijos nacidos *ex incestae, nefandae et damnatae*, al disponer que si el padre repudiaba a la madre —dentro del plazo que la norma concedía— los hijos nacidos de las nupcias ilícitas eran reconocidos herederos del padre tanto en la sucesión testamentaria

Paris, 1905, p. 128.

²²² Nov. 12, Praefatio.- *Pro incestis dudum scriptas ab imperatoribus leges non perfecte habere iudicamus, quae eos quidem qui incestis copulantur nuptiis impunitos sinunt, ex eis autem procedentem sobolem utique inculpabilem existentem privant rebus patris: ut necessitas sit eos quidem qui peccant sine reatu esse, eos autem qui innoxii sunt tamquam peccantes puniri. 1. Sancimus igitur, de cetero, si quis illicitas et contrarias naturae, quas lex incestas et nefandas et damnatas vocat, contraxerit nuptias, si quidem non habuerit filios ex prioribus legitimis et inculpabilibus sibi contractis nuptiis, mox ei suarum rerum casum imminere, simul autem et ea, quae nomine dotis data sunt ei, in nullo potiri, sed omnia aerario assignari, eo quod, dum licuerit nuptias facere legitimas, contra leges amaverit, et confuderit quidem sobolem, nocuerit autem et generi, egerit vero quae impia sunt et scelestas, et talia concupierit qualia plurima etiam irrationabilia amovent animalia: sitque ei poena non confiscatio solum, sed etiam cinguli privatio et exilium, et si vilis fuerit, etiam corporis verberatio, quatenus discat caste vivere et intra naturam se continere, non autem delectari et amare ultra terminum et traditis nobis a natura etiam his legibus repugnare. Muliere quoque, si legem sciens hanc quidem neglexerit, incestis autem semetipsam tradiderit nuptiis, sub eadem constituenda poena.*

como en la intestada²²³. Se ordena que el fisco tan sólo reciba una cuarta parte de los bienes paternos, quedando el resto para los hijos nacidos de las nupcias prohibidas:

Nov. 12, 3, pr.-...sola quarta eius substantiae parte ad fiscum deferenda, et ad filios, quoniam eis tamquam innoxii concedimus ut, si quidem soli et non cum aliis et ipsis legitimis sint ex aliis nuptiis inculpabilibus existentibus, non priventur paterna successione: nisi iuste eos odio habens pater propter aliam quandam legitimam offensionem a sua excludat successione. 1. Si vero etiam nuptiae sint aliae prius factae et non offendentes legem, et filii inde oriantur, tres quidem partes hereditatis undique inculpabilibus et innoxiiis relinqui filiis, nisi aliquid offendant aliud, quod eos indignos patris secundum legem successione demonstrat; quartam vero filiis iniuriam quidem passis, innoxiiis tamen relinquere liceat, et ipsis inculpabilibus per alia omnia circa patrem visis; scilicet praeexcepta ex paterna substantia quarta parte, quam fisco dari praecepimus. Damus autem eis non ex testamento solo, sed etiam ab intestato genitorum secundum prius a nobis dictum modum fieri heredes. Hoc eodem valente, si etiam postquam prius dimiserit coniugem inceste sibi copulatam, alteram duxerit secundum legem uxorem, filiis ei et ex priore existentibus et postea, ex legitima procreatis.

La benevolencia que inspira la norma queda patente al excluir los derechos sucesorios de los hijos nacidos de las nupcias ilícitas únicamente en el caso de que el padre tuviera descendencia legítima con anterioridad a ellos; se mantienen los derechos, por tanto, incluso en el supuesto de que con posterioridad al repudio se hubieran contraído *iustae nuptiae* con otra mujer, teniendo con ella descendencia legítima²²⁴. Ahora bien, para no llegar a conclusiones equívocas, lo cierto es que la innovación que representó la disposición novelar resultó en realidad efímero por el carácter transitorio que supuso el reconocimiento sucesorio de los hijos nacidos *ex incestae, nefandae et damnatae* y por la finalidad perseguida por la norma que no buscaba, ni mucho menos, beneficiar a esos hijos, sino

²²³ En caso contrario, se despoja de derechos sucesorios a los hijos —tanto del padre como de la madre— y se ordena que el *aerario* público sea beneficiario de todos los bienes: *Nov. 12, 3, 1.-...Si autem uxorem non dimiserit intra duos annos, ex quo lex publice fuerit insinuata, et ipse cadat sua substantia et mulier dote, et sub praedicta fiat poena; talesque filii nihil ex paterna substantia habebunt neque materna dote...*

²²⁴ *Nov. 12, 3, 1.- ...Hoc eodem valente, si etiam postquam prius dimiserit coniugem inceste sibi copulatam, alteram duxerit secundum legem uxorem, filiis ei et ex priore existentibus et postea, ex legitima procreatis. Sic enim prius tempus clementia vincimus: dote quippe praecedenti mulieri danda...*

intentar que las nupcias ilícitas existentes en esa fecha se disolvieran en un plazo máximo de dos años. En este sentido, Justiniano no deja lugar a dudas: a partir de ese momento las uniones incestuosas que no se hubieran disuelto o que se celebraran *ex novo* serían castigadas con el despojo de bienes de los contrayentes en favor del fisco:

Nov. 12, 3, 1.- Hoc enim etiam in postea nubentibus incestu sancivimus, sub [ea] aequalitate per omnia ponentes eum, qui non dimittit intra praedictum a nobis tempus incestam coniugem, cum eo, qui post hanc nostram legem incestas et odibiles quasdam nuptias elegit.

Por ello, la Novela 74, dictada en el año 537, vuelve a distinguir entre hijos naturales y aquellos que provinieran de uniones prohibidas, manteniendo para los primeros el reconocimiento de la capacidad sucesoria *sive ex testamento sive ab intestato*:

Nov. 74, 6.- Si quid autem praeter haec fiat, non tamen ex conscripta procedat copulatione, erunt naturales, et quae a nobis largita sunt naturalibus, sive ex testamento sive ab intestato, potentur. Eos enim qui semel ex odibilibus nobis et propterea prohibitis nuptiis procedunt, neque naturales vocandi neque participanda eis ulla clementia est, sed sit supplicium etiam hoc patrum ut agnoscant, quia neque quicquam peccatricis concupiscentiae eorum habebunt filii.

Se retoma, por tanto, la concepción de los hijos ilegítimos procedentes de uniones *nefandae, incestae et damnatae* como aquellos que *neque naturales vocandi neque participanda eis ulla clementia est*, despojándoles por ello de cualquier derecho sucesorio en la herencia paterna; recae de nuevo en los hijos nacidos de las relaciones prohibidas el castigo por la decisión de sus padres de mantener una unión no conforme a derecho.

3. Una categoría específica de hijos ilegítimos: los hijos naturales.

Se ha tenido ocasión de resaltar en el apartado anterior que en época postclásica, pero sobre todo en la justinianeana, dentro de la categoría de los hijos ilegítimos se va configurando un grupo independiente que recibirán una denominación específica en las fuentes —la de *filii* o

liberi naturales— y que no van a tener una posición análoga al resto de *spurii* al tener en algunos casos una condición jurídica superior²²⁵. Esta superioridad les vendrá concedida principalmente porque sólo ellos tendrán la posibilidad de transformar su posición convirtiéndose en hijos legítimos, con todos los derechos inherentes a tal condición. Los hijos naturales se configurarán, por tanto, como una categoría intermedia en la distinción clásica que existía entre hijos legítimos e ilegítimos, si bien es cierto que hasta derecho justinianeo no se percibirá una normativa unitaria sobre los derechos de los mismos.

La doctrina se muestra acorde en admitir que la regulación del concubinato no existió en derecho clásico, por lo que estas uniones constituían meras convivencia de hecho, sin reconocimiento legal²²⁶; habrá, pues, que esperar al principado, donde sí se dictaron algunas normas jurídicas referidas al concubinato, si bien para realizar una regulación

²²⁵ Respecto de la filiación natural, vid., entre otros, WEISS, “Zur Rechststellung der unehelichen Kinder in der Kaiserzeit”, en *ZSS*, XLIX, 1929, pp. 260 y ss.; LANFRANCHI, “Premese terminologiche a ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano”, en *Studi Cagliari*, XXX, 1946, pp.24 y ss.; WOLFF, “The background of the postclassical legislation on illegitimacy”, en *Seminar*, III, 1945, pp. 21 y ss.; JANEAU, *De l’adrogation des liberi naturales à la légitimation par rescript du prince*, Paris, 1947; CASTELLO, “Sulla condizione del figlio concepito legittimamente e illegittimamente...”, *op. cit.*, pp. 267 y ss.; BONINI, BONINI, “Interpretazioni della pratica ed interpretazioni autentiche nel Codice e nelle Novelle giustiniane”, en *Ricerche di diritto giustiniano*, Milano, 1968, pp. 239 y ss.; VOLTERRA, “Intorno a D. 23, 2, 57”, en *Mélanges Meylan*, pp. 367 y ss. (=en *Scritti*, II, pp. 509 y ss.); LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiale e giustiniane*, Milano, 1990.

²²⁶ Existe una copiosa literatura referida al concubinato, si bien conviene resaltar algunos estudios en torno a esta materia: MEYER, *Der. Röm. Konkubinat*, Leipzig, 1895 (reimp. Aalen, 1966); COSTA, “Il concubinato in Roma”, en *BIDR*, XI, 1900, pp. 323 y ss.; CASELLI, “Il concubinato e la legislazione augustea”, en *Scritti giuridici*, 1923, pp. 143 y ss.; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, *op. cit.*, pp. 231 y ss.; IDEM, “Nota sulla riforma giustiniana del concubinato”, en *Studi Perozzi*, Palermo, 195, pp. 283 y ss. (= *Scritti giuridici*, IV, pp. 563 y ss.; CASTELLO, *In tema di matrimonio e concubinato nel mondo antico*, Milano, 1940; SOLAZZI, “Il concubinato con l’oscuro loco nata”, en *SDHI*, XIII-XIV, 1947-1948, pp. 269 y ss.; DANIELLI, “Sul concubinato in diritto giustiniano”, en *Studi Arangio-Ruiz*, III, 1953, pp. 175 y ss.; CASELLI, “Concubina pro uxore”, en *Rivista Storia diritto italiano*, XXXVII-XXXVIII, 1964-1965, pp. 163 y ss.; WATSON, *The law of persons in the later Rom. Republic*, Oxford, 1967; TOMULESCU, “Justinien et le concubinat”, en *Studi Scherillo*, I, 1972, pp. 299 y ss.; NIZIOLEK, *Legal effects of concubinage in reference to concubines offspring in the light of Imperial Legislation of the period of the Dominate*, Cracovia, 1980; TEGGIARI, “Concubinae”, en *Papers British School Rome*, XLIX, 1981, pp. 59 y ss.; ROUSSELLE, “Concubinate et adultère”, en *Rivista internazionale di storia economia e società antica*, III, 1984, pp. 75 y ss.; KARABELIAS, “Rapports juridiques entre concubins dans le droit romain tardif”, en *Atti dell’Accademia Rom. Costantiniana*, VIII, 1990, pp. 439 y ss.; WIELING, “Die Gesetzgebung Constantins zur Erwerbsfähigkeit der konkubinenkinder”, en *Atti dell’Accademia Rom. Costantiniana*, VIII, 1990, pp. 455 y ss.; PANERO ORIA, “Algunas consideraciones en torno al concubinato”, en *El Derecho de familia: de Roma al derecho actual*, Huelva, 2004, pp. 527 y ss.; PARRA MARTIN, “Mujer y concubinato en la sociedad romana”, en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, 23, 2005, pp. 239 y ss.; AREVALO CABALLERO, “Notas sobre la configuración de las uniones de hecho en Roma”, en *Feminismo/s*, nº 8, Diciembre 2006, pp. y ss.

incidental²²⁷. En este sentido, parece que habría tenido una influencia decisiva la *Lex Iulia de adulteriis coercendis*²²⁸ que penalizaba las relaciones extramatrimoniales y las uniones no matrimoniales con mujeres *ingenuae et honestae vitae*, siendo calificadas de *stuprum*²²⁹. Sin embargo, la *lex* consideró lícito el concubinato con las mujeres *in quas stuprum non committitur*, esto es, con aquellas *feminae* con las que no se podía contraer *iustum matrimonium* por ser consideradas *probosae*: las libertas propias o ajenas, las mujeres libres de baja condición social o dedicadas a algunas profesiones socialmente reprobadas, las condenadas por adulterio, la mujer de origen humilde u *obscurum loco nata*, y la prostituta²³⁰. Por lo tanto, para distinguir entre matrimonio y concubinato, los juristas atendían al honor de la relación, a la *dignitas* de la mujer, no pudiendo existir concubinato, en derecho clásico, con una mujer *ingenua et honesta*²³¹.

Relevante a estos efectos se presenta también la *Lex Iulia et Papia Poppaea* que estableció algunas prohibiciones para contraer nupcias en función del distinto rango social de las personas que deseaban contraer matrimonio y que afectaban sobre todo a *ceteri ingenui* y senadores²³². En todos estos supuestos, como afirma Panero Oria, el concubinato se

²²⁷ La *Lex Iulia de maritandis ordinibus* y la *Lex Papia Poppaea*, conocidas como *leges Iulia et Papia Poppaea*, fueron aprobadas bajo el principado de Augusto en los años 18 a.C. y 9 d.C. Vid. *Ulp., Reg.*, XIII, 1 y 2. D. 23, 2, 43 y 44. Vid. por todos el conocido estudio de estas leyes que realizó Astolfi bajo el título *La Lex Iulia et Papia*, Padova, 1966.

²²⁸ Vid. D. 48, 5 y C. 9, 9.

²²⁹ El concubinato se oponía al estupro, sancionado y castigado por la ley, como consta en diversas fuentes: D. 48, 5, 34, *pr.*- (*MODESTINUS*, libro I. *Regularum*).- *Stuprum committit, qui liberam mulierem consuetudinis causa, non matrimonii continet, excepta videlicet concubina*. 1.- *Adulterium in nupta admittitur: stuprum in vidua vel virgine vel puero committitur*; y D. 25, 7, 3, *pr.*- (*MARCIANUS*, libro XII. *Institutionum*).- *In concubinato potest esse et aliena liberta et ingenua et maxime ea quae obscuro loco nata est vel quaestum corpore fecit. alioquin si honestae vitae et ingenuam mulierem in concubinatum habere maluerit, sine testatione hoc manifestum faciente non conceditur. sed necesse est ei vel uxorem eam habere vel hoc recusantem stuprum cum ea committere*.

²³⁰ D. 25, 7, 1, 1.- (*ULPIANUS* libro II *ad legem Iuliam et Papiam*).- *Cum atilicino sentio et puto solas eas in concubinato habere posse sine metu criminis, in quas stuprum non committitur*. Vid. También D. 34, 9, 16, 1.- (*PAPINIANUS* libro VIII *Responsorum*).- *Quoniam stuprum in ea contrahi non placuit, quae se non patroni concubinam esse patitur, eius, qui concubinam habuit, quod testamento relictum est, actio non denegabitur. idque in testamento coccei cassiani clarissimi viri, qui rufinam ingenuam honore pleno dilexerat, optimi maximique principes nostri iudicaverunt: cuius filiam, quam alumnam testamento cassianus nepti coheredem datam appellaverat, vulgo quaesitam apparuit*.

²³¹ VOLTERRA, "Inustum matrimonium", en *Scritti Giuridici*, III, Napoli, 1991, pp. 441 y ss.

²³² Las leyes augusteas prohibían a los senadores y sus descendientes dentro del tercer grado en línea recta masculina contraer matrimonio con actrices, libertas ni mujeres condenadas en juicio público: D. 23, 2, 44, *pr.*- (*PAULUS* libro I *ad legem Iuliam et Papiam*).- *Lex iulia ita cavetur: "qui senator est quive filius neposve ex filio proneposve ex filio nato cuius eorum est erit, ne quis eorum sponsam uxoremve sciens dolo malo habeto libertinam aut eam, quae ipsa cuiusve pater materve artem ludicram facit fecerit. neve senatoris*

presentaba como la única forma de constituir una relación estable, ya que el acceso a las *iustae nuptiae* se encontraba vetado para estas personas²³³. A las prohibiciones establecidas por la legislación de Augusto, había que unir otras que ya se encontraban vigentes como las impuestas al tutor, al curador y a los hijos del tutor respecto de su pupila²³⁴ o a los funcionarios civiles y a sus hijos respecto de las mujeres residentes en su provincia²³⁵, en

filia neptisve ex filio proneptisve ex nepote filio nato nata libertino eive qui ipse cuiusve pater materve artem ludicram facit fecerit, sponsa nuptave sciens dolo malo esto neve quis eorum dolo malo sciens sponsam uxoremve eam habeto"; y D. 23, 2, 43, 10.- (ULPIANUS libro I ad legem Iuliam et Papiam).- *Senatus censuit non conveniens esse ulli senatori uxorem ducere aut retinere damnatam publico iudicio, quo iudicio cuilibet ex populo experiri licet, nisi si cui lege aliqua accusandi publico iudicio non est potestas*. En general, a todos los *ingenui* se les vetaba el matrimonio con mujeres de dudosa reputación, como prostitutas, alcahuetas, actrices, mujeres condenadas en juicio público, las adúlteras y las nacidas de oscuro linaje: D. 23, 2, 43, 11.- (ULPIANUS libro I ad legem Iuliam et Papiam).- *Si qua calumniae iudicio damnata sit ex causa publici iudicii et quae praevaricationis damnata est, publico iudicio damnata esse non videtur*. 12.- *Quae in adulterio deprehensa est, quasi publico iudicio damnata est. proinde si adulterii condemnata esse proponatur, non tantum quia deprehensa est erit notata, sed quia et publico iudicio damnata est. quod si non sit deprehensa, damnata autem, idcirco notetur, quia publico iudicio damnata est, at si deprehensa quidem sit, damnata autem non sit, notata erit? ego puto, etsi absoluta sit post deprehensionem, adhuc tamen notam illi obesse debere, quia verum est eam in adulterio deprehensam, quia factum lex, non sententiam notaverit*. Igualmente, según se establece en D. 24, 1, 3, 1, las mujeres pertenecientes a la clase senatorial, no podían contraer matrimonio con libertos u hombres dedicados a la *ars lúdica*: D. 24, 1, 3, 1.- (ULPIANUS libro XXXII ad Sabinum).- *Videamus, inter quos sunt prohibitae donationes. et quidem si matrimonium moribus legibusque nostris constat, donatio non valebit. sed si aliquod impedimentum interveniat, ne sit omnino matrimonium, donatio valebit: ergo si senatoris filia libertino contra senatus consultum nupserit, vel provincialis mulier ei, qui provinciam regit vel qui ibi meret, contra mandata, valebit donatio, quia nuptiae non sunt. sed fas non est eas donationes ratas esse, ne melior sit condicio eorum, qui delinquerunt. divus tamen severus in liberta pontii paulini senatoris contra statuit, quia non erat affectione uxoris habita, sed magis concubinae*. Igualmente, como se pone de manifiesto en D. 34, 9, 13 se prohibía el matrimonio con una mujer adúltera y su cómplice: D. 34, 9, 13.- (PAPINIANUS libro XXXII Quaestionum).- *Claudius seleucus papiniano suo salutem. maevius in adulterio semproniae damnatus eandem semproniam non damnatam duxit uxorem: qui moriens heredem eam reliquit: quaero, an iustum matrimonium fuerit et an mulier ad hereditatem admittatur. respondi neque tale matrimonium stare neque hereditatis lucrum ad mulierem pertinere, sed quod relictum est ad fiscum pervenire. sed et si talis mulier virum heredem instituerit, et ab eo quasi ab indigno hereditatem auferri dicimus*. Vid. CASTELLO, *In tema di matromonio e concubinato*, op. cit., pp. 88 y ss.

²³³ PANERO ORIA, "Algunas consideraciones en torno al concubinato", op. cit., pp. 535 y 536. Sigue la autora a Caselli en la denominación de concubinato necesario para algunas relaciones que no podían acceder al matrimonio, por lo que, con independencia de la voluntad de hombre y mujer, sólo podían constituirse en concubinato. Vid. CASELLI, "Concubina pro uxore", en *Rivista Storia del Diritto Italiano*, XXXVIII-XXXVIII, 1964-1965, pp. 163 y ss.

²³⁴ D. 23, 2, 36.- (PAULUS libro V. Quaestionum).- *Tutor vel curator adultam uxorem ducere non potest, nisi a patre desponsa destinatave testamentove nominata condicione nuptiis secuta fuerit*; D. 23, 2, 66.- (PAULUS libro II. Sententiarum).- *Non est matrimonium, si tutor vel curator pupillam suam intra vicesimum et sextum annum non desponsam a patre nec testamento destinatam ducat uxorem vel eam filio suo iungat: quo facto uterque infamatur et pro dignitate pupillae extra ordinem coercetur. nec interest, filius sui iuris an in patris potestate sit*. Por lo que respecta a los hijos de los tutores, vid. D. 23, 2, 67, pr.- (TRYPHONINUS libro IX. Disputationum).- *Non solum vivo tutore, sed et post mortem eius filius tutoris ducere uxorem prohibetur eam, cuius tutelae rationi obstrictus pater fuit: nec puto interesse, exstiterit ei heres filius an abstinuerit paterna hereditate an nec heres fuit (forte exheredatus aut praeteritus emancipatus): nam et fieri potest, ut per fraudem in eum collocata bona patris propter tutelam revocari oporteat*.

²³⁵ D. 23, 2, 38, pr.- (PAULUS libro II Sententiarum).- *Si quis officium in aliqua provincia administrat, inde oriundam vel ibi domicilium habentem uxorem ducere non potest, quamvis sponsare non prohibeatur, ita*

las que también el concubinato se presentaba como única solución para establecer una unión permanente. Por tanto, el concubinato se instaura para uniones en las que no se quería contraer matrimonio, pero también para los casos en los que, por algún motivo, no se podía acceder al mismo²³⁶; como ha puesto de manifiesto Voci²³⁷, había una correspondencia entre el matrimonio entre personas libres y la admisión de licitud del concubinato, que quedaría para otro tipo de uniones²³⁸.

A partir de Constantino se regulará el concubinato como matrimonio de segunda clase, que resultaba de la unión estable entre hombre y mujer en la que faltaba la *affectio maritalis*; se atenderá, por tanto, al *animi destinatio*²³⁹; si bien los emperadores cristianos no podían ser favorables al concubinato, tampoco se puede atribuir, como afirma Voci, una aversión al mismo durante esta época ni mantener que, precisamente por este motivo, se le dio reconocimiento jurídico; la regulación existente, que fundamentalmente establecía ciertas limitaciones al concubinato, no afectaba en ningún caso a su naturaleza de hecho²⁴⁰.

scilicet, ut, si post officium depositum noluerit mulier nuptias contrahere, liceat ^ libeat^ ei hoc facere arris tantummodo redditus quas acceperat. La prohibición de matrimonio para el hijo de quien desempeña cargo provincial se encuentra en D. 23, 2, 57: D. 23, 2, 57.- (MARCIANUS libro II. Institutionum).- *Qui in provincia officium aliquid gerit, prohibetur etiam consentire filio suo uxorem ducenti.* Se acepta que el provincial pueda tener concubina de la provincia donde este destinado: D. 25, 7, 5.- (PAULUS libro II. Sententiarum).- *Concubinam ex ea provincia, in qua quis aliquid administrat, habere potest.*

²³⁶ GAUDEMET, “Union libre et mariage dans la Rome Impériale”, *op. cit.*, p. 3.

²³⁷ VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, *op. cit.*, p. 557, n. 7.

²³⁸ VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, p. 557. Voci entiende que las uniones de hecho se produjeron antes y después de las leyes de Augusto, pero no durante su vigencia, toda vez que ni los senadores acostumbraban a casarse con mujeres de teatro ni los ciudadanos romanos se casarían con mujeres condenadas por adulterio, etc... También Bonfante y Castello entienden que el concubinato con mujeres ingenuas no era una práctica extendida en Roma y que tenía un fuerte arraigo en Roma. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, *op. cit.*, pp. 231 y ss. CASTELLO, “Il concubinato e la legislazione augustea”, en *Scritti Giuridici*, Milano, 1923, pp. 143 y ss.

²³⁹ No concurre en el concubinato la *affectio maritalis*: D. 25, 7, 4.- (PAULUS libro XIX. Responsorum).- *Concubinam ex sola animi destinatione aestimari oportet.* Vid. también *Paul. Sent.* II, 20, 1 que pone de manifiesto que el casado no puede tener concubina: *Paul. Sent.* II, 20, 1.- *Eo tempore, quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest. Concubina igitur ab uxore solo dilectu separatur.* VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, *op. cit.*, p. 556.

²⁴⁰ El matrimonio continuará conceptuándose como la relación que producía efectos jurídicos mientras que, sin embargo, el concubinato sólo sería concebida como una unión fáctica sin trascendencia jurídica. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, *op. cit.*, p. 557.

Habrá que esperar, pues, a que las leyes augusteas caigan en desuso para que el concubinato se considere lícito con cualquier mujer²⁴¹ y al derecho justiniano para que quede abolida la categoría de las mujeres *in quas stuprum non committitur*, dejando de ser aplicables las penas previstas para el *stuprum*²⁴². A partir de entonces quedará configurado definitivamente el concubinato como una unión análoga a la conyugal: monógama –ya que estaba prohibido tener más de una concubina y no se permitía si el hombre estaba casado²⁴³–; requiriéndose que los convivientes tuvieran la misma edad que la exigida para contraer matrimonio²⁴⁴; y aplicándose los mismos impedimentos de parentesco e idénticas prohibiciones que las que existían para contraer nupcias²⁴⁵.

La regulación del concubinato trajo como consecuencia la creación de una nueva categoría dentro de los hijos ilegítimos: los *filii o liberi naturales*, terminología que en derecho clásico fué empleada para designar tanto a hijos legítimos como ilegítimos, y que, si bien en derecho postclásico, como pone de manifiesto Luchetti²⁴⁶, mantiene esa multiplicidad de significados, adquirir  en el tardo imperio una nueva dimensión con la conceptualización de éstos hijos como los nacidos del concubinato²⁴⁷.

²⁴¹ D. 25, 7, 3, pr.- (MARCIANUS libro XII. Institutionum).- *In concubinato potest esse et aliena liberta et ingenua et maxime ea quae obscuro loco nata est vel quaestum corpore fecit. alioquin si honestae vitae et ingenuam mulierem in concubinatum habere maluerit, sine testatione hoc manifestum faciente non conceditur. sed necesse est ei vel uxorem eam habere vel hoc recusantem stuprum cum ea committere.*

²⁴² D. 48, 5, 34, pr.- (MODESTINUS libro I. Regularum).- *Stuprum committit, qui liberam mulierem consuetudinis causa, non matrimonii continet, excepta videlicet concubina.*

²⁴³ C. 5, 26, 1.- (Imp. CONSTANTINUS A. ad populum).- *Nemini licentia concedatur constante matrimonio concubinam penes se habere. (Dat. XVIII Kal. Iul. CONSTANTINIS patre et filio Conss. 320); y Paul. Sent. II, 20, 1, citado en nota 239.*

²⁴⁴ D. 25, 7, 1, 4.- (ULPIANUS libro II. Ad legem Iuliam et Papiam).- *Cuiuscumque aetatis concubinam habere posse palam est, nisi minor annis duodecim sit.*

²⁴⁵ D. 23, 2, 56.- (ULPIANUS libro III. Disputationum).- *Etiam si concubinam quis habuerit sororis filiam, licet libertinam, incestum committitur;* y D. 25, 7, 1, 3.- (ULPIANUS libro II. ad legem Iuliam et Papiam).- *Si qua in patroni fuit concubinato, deinde filii esse coepit vel in nepotis, vel contra, non puto eam recte facere, quia prope nefaria est huiusmodi coniunctio, et ideo huiusmodi facinus prohibendum est.*

²⁴⁶ LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiale e giustinianee*, op. cit., pp. 7 y ss. Luchetti realiza un estudio acerca de la categor a de los *liberi naturales* en la jurisprudencia clásica, manteniendo que en esta época, con esta expresión se referían las fuentes a los hijos y descendientes nacidos de *iustae nuptiae* y también se utilizaba para referirse a algunas categorías de hijos ilegítimos, como los nacidos de las uniones entre esclavos, los nacidos de uniones entre hombres libres y esclavas propias o ajenas y los nacidos de uniones extramatrimoniales en general.

²⁴⁷ Vid. respecto al uso del término *filii o liberi naturales* en las fuentes de la época tardo imperial, LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiale e giustinianee*, op. cit., pp. 13 y ss. El autor pone de manifiesto que la expresión *filii o liberi naturales* conserva en época tardo imperial “non ostante il mutato equilibrio qualitativo e quantitativo, una estensione ed una molteplicit  di significati per certi versi complessivamente (e pur fatte le dovute differenze) almeno in parte assimilabili a quelli delle fonti

A pesar de que será Justiniano el que finalmente dote a los hijos naturales de su *status* privilegiado y consideración propia respecto del resto de hijos ilegítimos²⁴⁸ —rechazados con severidad, como se ha visto, por entender que proceden de uniones *aut nefariis, aut incestis, aut damnatis processerit* y no ser dignos de recibir tal denominación²⁴⁹—, se puede afirmar que la legislación anterior ya se había ocupado de esta categoría de hijos, quedando perfilado progresivamente el que iba a ser su régimen jurídico definitivo.

Conviene resaltar que las normas dictadas no siempre tendieron a favorecer la condición de los hijos naturales, resultando una regulación compleja y también contradictoria; así, en ocasiones, les serían reconocidos algunos derechos que, inmediatamente después, les serían despojados, siendo restaurados de nuevo con posterioridad. Sirva de ejemplo la regulación de la *legitimatio per subsequens matrimonium* creada por Constantino, si bien no con intención de beneficiar a los hijos sino para favorecer la conversión del concubinato en matrimonio; este tipo de legitimación fue confirmada por Zenón²⁵⁰, adquiriendo estabilidad

classiche”, manteniendo que la expresión podía referirse a los hijos ilegítimos nacidos de uniones estables como el concubinato y, por tanto, contrapuestos a los legítimos y a los mismos legítimos, estuvieran bajo la patria potestas del padre, fueran emancipados o dados en adopción.

²⁴⁸ GIDE, “*De la condition de l’enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine*”, en *NRHD*, 3ª serie, IV, 1880, pp. 414 y ss.

²⁴⁹ Vid. Nov. 89, 15, *pr.*, transcrita en p. 111.

²⁵⁰ C. 5, 27, 5, *pr.*- (Imp. ZENO A. SEBASTIANO P.P.).- *Divi constantini, qui veneranda christianorum fide romanum munivit imperium, super ingenuis concubinis ducendis uxoribus, filiis quin etiam ex isdem vel ante matrimonium vel postea progenitis suis ac legitimis habendis, sacratissimam constitutionem renovantes iubemus eos, qui ante hanc legem ingenuarum mulierum (nuptiis minime intercedentibus) electo contubernio cuiuslibet sexus filios procreaverunt, quibus nulla videlicet uxor est, nulla ex iusto matrimonio legitima proles suscepta, si voluerint eas uxores ducere, quae antea fuerant concubinae, tam coniugium legitimum cum huiusmodi mulieribus ingenuis, ut dictum est, posse contrahere, quam filios utriusque sexus ex earundem mulierum priore contubernio procreatos, mox quam nuptiae cum matribus eorum fuerint celebratae, suos patri et in potestate fieri et cum his, qui postea ex eodem matrimonio suscepti fuerint, vel solos, si nullus alius deinde nascatur, tam ex testamento volentibus patribus etiam ex integro succedere quam ab intestato petere hereditatem paternam: pactis, quae matrimonii tempore super dotalibus vel ante nuptias donationis rebus subsecuta fuerint, etiam ad ipsorum personas pertinentibus, ut una cum fratribus suis postea ex isdem parentibus forte progenitis, aut soli, si nullus alius sit procreatus, dotis et ante nuptias donationis pro tenore legum nec minus pactorum emolumenta recipiant. Hi vero, qui tempore huius sacratissimae iussionis necdum prolem aliquam ex ingenuarum concubinarum consortio meruerunt, minime huius legis beneficio perfruantur, cum liceat easdem mulieres sibi prius iure matrimonii copulare non extantibus legitimis liberis aut uxoribus ac legitimis filios utpote nuptiis procedentibus procreare, nec debeant, quos ex ingenua concubina dilato post hanc legem matrimonio nasci voluerint, ut iusti ac legitimi postea videantur, magnopere postulare. (Dat. X. Kal. Mart. BASILISCO II. et ARMATO Conss. 476).*

con Anastasio²⁵¹, pero resultó abolida por Justino²⁵² restableciéndose posteriormente con Justiniano, alcanzando un carácter general²⁵³. Igualmente, en relación con las donaciones, Constantino prohibiría todo tipo de liberalidades a las concubinas y a sus hijos, ordenando además que, de haberse llevado a cabo, se restituyeran las mismas no sólo a los parientes legítimos sino incluso al fisco, si no existían esos parientes²⁵⁴. Posteriormente, sin embargo,

²⁵¹ C. 5, 27, 6.- (Imp. ANASTASIUS A. SERGIO P.P.).- *Iubemus eos, quibus nullis legitimis existentibus liberis in praesenti aliquae mulieres uxoris loco habentur, ex his sibi progenitos seu procreandos suos et in potestate sua legitimosque habere propriasque substantias ad eos vel per ultimas voluntates vel per donationes seu alios legi cognitos titulos si voluerint transferre, ab intestato quoque eorum ad hereditatem vocandos, nec aliquam quaestionis seu altercationis exercendae sub qualibet astuta subtilique legum vel constitutionum occasione super his vel agnatis seu cognatis genitoris eorum vel quibusdam aliis superesse facultatem in posterum: nihilo minus, quisquis huiusmodi mulierem uxoris loco dotilibus instrumentis confectis habuerit, pro eius subole similem eandemque formam custodiri, ne adimatur ei licentia sibi quodammodo per liberos proprios suum patrimonium acquirendi. Filios insuper vel filias iam per divinos adfatus a patribus suis in adrogationem susceptos vel susceptas huius providentissimae nostrae legis beneficio et iuvamine potiri censemus.* (Dat. Kal. April ANASTASIO A. IV et AGAPITO Conss. 517).

²⁵² C. 5, 27, 7.- (Imp. IUSTINUS A. MARINO P.P.).- *Legem anastasii divinae recordationis, quae super naturalibus filiis emissa est, in his valere tantum casibus concedimus, qui nunc usque subsecuti sunt pro eiusdem legis tenore in matrimoniis tunc constantibus vel postea contractis, ita tamen, ut non aliunde progenitis subvenisse credatur quam non ex nefario nec incesto coniugio. Naturalibus insuper filiis seu filiabus ex cuiuslibet mulieris cupidine non incesta non nefaria procreatis et in paterna per adrogationem seu per adoptionem sacra susceptis ex divinis iussionibus, sive antequam eadem lex inrepserit seu post eandem legem usque ad praesentem diem, non sine ratione duximus suffragandum, ut adoptio seu adrogatio firma permaneat, nullis prorsus improbanda quaestionibus, quasi quod impetrarunt lege quadam interdictum sit, quoniam, et si qua prius talis emergebat dubitatio, remittenda fuit movente misericordia, qua indigni non sunt qui alieno laborant vitio. Sint itaque post eandem adrogationem seu adoptionem sui et in potestate patrum successionesque tam ex testamento quam ab intestato capiant, prout in adoptatis seu et in adrogatis constitutum est. In posterum vero sciant omnes legitimis matrimoniis legitimam sibi posteritatem quaerendam, ac si praedicta constitutio lata non esset. iniusta namque libidinum desideria nulla de cetero venia defendet, nullum sublevabit novum adminiculum praeter anteriorum dispositionum ordinem, non ante lata sanctio, quam ex hoc die resecandam pia suggererit ratio, non adrogationum vel adoptionum praetextus, quae ulterius minime ferendae sunt, non astutiae sive divinis adfectandae litteris seu quibusdam illicitis ambiendae machinationibus, cum nimis indignum, nimis sit impium flagitiis praesidia quaerere, ut et petulantiae servire liceat et ius nomenque patris, quod eis denegatum est, id altero legis colore praesumant.* (Dat. V. Id. Nov. Constantinop. IUSTINO A. et EUTHERICO Conss. 519). Acerca de las motivaciones de Justino para derogar la legitimación per subsequens matrimonium, vid. por todos LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, op. cit., pp. 217 y ss.

²⁵³ C. 5, 27, 8.- *Humanitatis intuitu naturalibus patribus hoc indulgemus, ut liceat eis nulla legitima subole vel matre subsistente naturalem vel naturales filios matremque eorum non tantum ex tribus unciiis, quod praeteritae leges permittebant, sed etiam ex duplici portione, id est sex unciiis, heredes scribere, ut, licet ab intestato nullam communionem ad patris naturalis successionem haberent, ex suprema tamen eius voluntate permittatur eis usque ad praedictas sex uncias (si hoc scilicet naturalis pater voluerit) hereditatem eius capere, ita tamen, ut memoratam sex unciarum quantitatem in omnibus naturalibus filiis et matre eorum minime testator excedat. Quam et in legatis et fideicommissis eis relinquendis et dotibus et donationibus, tam aliis quam ante nuptias, usque ad aestimationem sex unciarum liberam similiter naturalibus eorum patribus damus potestatem. Haec autem in futuris tantummodo testamentis vel ultimis voluntatibus vel dotibus vel donationibus locum habebunt.* (Dat. Kal. Ianuar. Constantinop. Dn. IUSTINIANO A. II. Conss. 528); y C. 5, 27, 12, citado en p.....

²⁵⁴ C. 5, 27, 1.- (Imp. CONSTANTINUS A. ad GREGORIUM).- *Senatores seu perfectissimos, vel quos in civitatibus duumviralitas vel sacerdotii, id est phoenicarchiae vel syriarchiae, ornamenta condecorant, placet maculam subire infamiae et alienos a romanis legibus fieri, si ex ancilla vel ancillae filia vel liberta vel*

Arcadio y Honorio permitieron las donaciones a los hijos naturales con la limitación de una doceava parte de sus bienes²⁵⁵, limitación que fué eliminada Anastasio²⁵⁶. Se vuelve a un régimen de prohibición de donar bienes a hijos naturales con Valente, Valentiniano y Graciano²⁵⁷, para concluir esta contradictoria regulación con Justiniano que permitirá las donaciones a los hijos naturales, si bien prohibiendo que fueran superiores a lo que el padre hubiera dejado a los hijos legítimos²⁵⁸. Así se pone de manifiesto en las Novelas 18, 5 y 89, 12, que conceden al padre la facultad de realizar donaciones, si bien siempre limitadas a una cantidad²⁵⁹.

La misma tendencia contradictoria se observa en cuanto a la posibilidad de la adopción de los *liberi naturales*; a este respecto, su arrogación, como afirma Bonfante, se debió prohibir por Constantino²⁶⁰ y permanecería durante el tardo imperio, tal y como se observa en C. Th. 4, 6, 3²⁶¹. Y, si bien Anastasio, al hacer permanente la legitimación de los *liberi*

libertae filia vel scaenica vel scaenicae filia vel ex tabernaria vel ex tabernarii filia vel humili vel abiecta vel lenonis aut harenarii filia vel quae mercimoniis publicis praefuit susceptos filios in numero legitimorum habere voluerint aut proprio iudicio aut nostri praerogativa rescripti : ita ut, quidquid talibus liberis pater donaverit, sive illos legitimos seu naturales dixerit, totum retractum legitimae suboli reddatur aut fratri aut sorori aut patri aut matri. (Lecta XII. Kal. August. Carthagine, NEPOTIANO et FACUNDO Conss. 336). Según Volterra la constitución de Constantino que prohibía las donaciones a la concubina y a los hijos se recoge en el Código, si bien parece limitada al concubinato de los senadores y de aquellos que hubieran desempeñado altos cargos; esta disposición fue abrogada finalmente por la Novela 89. Vid. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado Romano, op.cit.*, p. 666.

²⁵⁵ C. 5, 27, 2, transcrita en p. 147.

²⁵⁶ C. 5, 27, 6, transcrito en nota 251.

²⁵⁷ Nov. 89, 12, *pr.*, citado en p. 146.

²⁵⁸ C. 5, 27, 9, 3, citado en p. 138.

²⁵⁹ Nov. 18, 5 y Nov. 89, 12, citadas en pp. 151 y 153.

²⁶⁰ Bonfante entiende que Constantino debió prohibir la arrogación de los hijos naturales porque de otro modo las medidas adoptadas para desfavorecer de forma hereditaria a concubina e hijos naturales habrían quedado sin efecto. Vid. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, *op. cit.*, pp. 233 y ss. En el mismo sentido BETANCOURT-GOMEZ RUIZ, “D. 23, 3, 57: “*si legitimi concepti fuissent*”, en *El derecho de familia y los derechos reales en la romanística española (1940-2000)*, Huelva, 2001, pp. 67 y ss. y VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado Romano, op.cit.*, p. 665.

²⁶¹ Cth. 4, 6, 3.- (IMP. CONSTANT(INUS) A. AD) GREGORIUM).- *Senatores seu perfectissimos, vel quos (in civitatibus duumviralitas vel quinquennialitas vel fl[amini] vel sacerdotii provinciae ornamenta condecorant, pla(cet m)aculam subire infamiae et peregrinos a Romanis legibus (fieri,s)i ex ancilla vel ancillae filia vel liberta vel libertae (filia), sive Romana facta seu Latina, vel scaenica (vel scaenicae) filia, vel ex ta(bern)aria vel ex tabernarii filia vel humili vel abiecta vel leno(nis vel) harenarii filia vel quae mercimoniis publicis praefuit, (suscep)tos filios in numero legitimorum habere voluerint (aut pr)op(r)io iudicio aut nostri praerogativa rescripti, ita ut, (quid)quid talibus liberis pater donaverit, sive illos legitimos (seu natur)ales dixerit, totum retractum legitimae subo(li redda)tur aut fratri aut sorori aut patri aut matri. Sed et (uxori t)ali quodcumque datum quolibet genere fuerit vel empti(one c)onlatum, etiam hoc retractum reddi praecipimus: ip(sas et)iam, quarum venenis inficiuntur animi perditorum, (si qui)d quaeritur vel commendatum dicitur, quod his red(dend)um est, quibus iussimus, aut fisco nostro, tormentis (subici) iubemus. Sive itaque per ipsum donatum est qui pater (dicitu)r vel per alium sive per suppositam personam*

naturales por matrimonio subsiguiente, introdujo la *adrogatio per divinos adjatus*²⁶², posteriormente en el año 519 volvió a ser prohibida por Justino²⁶³, vetando definitivamente Justiniano la arrogación en las Novelas 74, 3 y 89, 7²⁶⁴.

De lo expuesto anteriormente se desprende, en definitiva, que la nota caracterizadora de la regulación que afectó a los derechos de los *fili naturales* sería la inestabilidad; esta categoría de hijos ilegítimos, como pone de manifiesto Justiniano en el prefacio de su Novela 89, con anterioridad a Constantino, ni eran objeto de estudio ni se tenía benevolencia hacia ellos *et omnino alienum a republica putabatur*²⁶⁵; idea que se repite en

sive (ab eo e)mptum vel ab alio sive ipsorum nomine comparatum, (statim) retractum reddatur quibus iussimus, aut, si non exis(tunt), fisci viribus vindicetur. Quod si existentes et in praesen(tia re)rum constituti agere noluerint pacto vel iureiu(rand)o exclusi, totum sine mora fiscus invadat. Quibus tacen(tibus et) dissimulantibus a defensione fiscali duum mensuum (temp)ora limitentur, intra quae si non retraxerint vel (propter) retra(hendum) rectorem provinciae interpellaverint, quidquid ta(libus fil)iiis vel uxoribus liberalitas impura contulerit, fiscus nos(ter inv)adat, donatas vel commendatas res (sub po)ena quadrupli severa quaestione perquirens. Licinniani autem filius, qui fugiens comprehensus est, compe[dibus vinc]tus ad gynaecei Carthaginis ministerium deputetur. (LECTA XII] K. AUG. CARTHAG(INE) NEPOTIANO ET FACUNDO CONSS.).

²⁶² C. 5, 27, 6, transcrito en nota 251.

²⁶³ C. 5, 27, 7, transcrito en nota 252.

²⁶⁴ Sin embargo, no hace retroactivos sus efectos, por lo que no les afectaba la prohibición a aquellos que hubieran sido adoptados. Nov. 74, 3.- *Et nos non latuit quia etiam adoptionis modus erat antiquitus ab aliquibus ante nos imperatoribus super naturales ad legitimos transferendos non improabilis aestimatus. Sed aequae piaae memoriae noster pater et constitutio ab illo prolata talia reprehendit. Manere ergo et illam in suis terminis volumus, quoniam castitatem diligenter consideravit, et incompetens est quae bene exclusae sunt rursus ad rempublicam revocare*; Nov. 89, 7.- *Tribus autem aliis constitutionibus scriptis Zeno quidem piaae memoriae non de futuris aliquid paene sancivit, sed de iam praeteritis: quam scribi ideo solummodo permisimus, ut eos quibus illa forte constitutio prodest, quod descendat eorum exinde proles, non hac utilitate privaremus. Sicut etiam Anastasii piaae memoriae, quae naturales adoptare contribuit, non esse inopportunam de cetero nostris subiectis permittimus, nisi ad hoc positam solummodo sinimus, ut si qua utilitas aliquibus inde reposita est, hanc non videamur per nostras amputare leges: oportet enim semper aliquod incohare bonum, non ea quae a quibusdam praeexistant destruere. Nostri enim patris approbamus constitutionem temperate quidem introductam et ornate positam. quae adoptiones naturalium prohibuit multam absurditatem habentes et indiscrete velut advenas quosdam legitimos naturales superintroducentes*; y Nov. 89, 11, 2.- *Adoptionis autem modum, qui fuit olim quibusdam ante nos imperatoribus super naturalibus putatus non improbus, inveniunt secundum paternae constitutionis virtutem et nos, sicut dictum est, excludimus, quoniam castitatem non perfecte consideravit, et non erit decens ut quae bene exclusae sunt in rempublicam rursus introducantur. Quapropter his a nobis sancitis atque manifestatis, quo conveniat modo ad civitatem romanam legitimorumque ius transire, nihil de successione super talibus est dicendum: nam sicut in ceteris ab initio legitimis oportet et in eis fieri successiones. Respecto a la arrogación de los hijos naturales, vid. JANEAU, *De l'arrogation des "liberi naturales" a la legitimation par rescript du Prince*, Paris, 1947, donde entiende que la legitimación por rescripto imperial es una variante de la arrogación de los hijos naturales.*

²⁶⁵ Nov. 89, praefatio.- *Naturalium nomen Romanae legislationi dudum non erat in studium, nec quaelibet circa hoc fuerat humanitas, sed tamquam alienigenum aliquid et omnino alienum a republica putabatur; a Constantini vero piaae memoriae temporibus in constitutionum scriptum est libris, deinde paulatim in mediocritatem clementemque sententiam imperatores transeuntes leges posuerunt, alii quidem et dari et relinquere aliquid eis a patribus concedentes, aliqui autem etiam adinvenientes modum per quem naturali iure priori liberati legitimi fierent et paternae substantiae successores; paulatimque etiam ad nepotes*

el capítulo primero de la citada novela, donde se vuelve a poner de manifiesto que la legislación anterior fue en ocasiones implacable con los hijos naturales y que, sin embargo, a partir de entonces se aplicaría el criterio de la humanidad *—et quomodo quidem vetustas usa est his amare, quomodo nos humane*²⁶⁶—. Se debe esperar, pues, a que Constantino introdujera la idea de moderación y clemencia respecto a los *liberi naturales*, para que éstos pudieran alcanzar el *status* de *iustus filius* si los padres se unían en legítimo matrimonio, llegando con Justiniano a la culminación legislativa de la materia, produciéndose en la *novella* 89 el reconocimiento de sus derechos sucesorios bajo el título *quibus modis naturales efficiuntur sui, et de eorum ex testamento sive ab intestato successione*.

Ahora bien, se debe advertir que, pese a la volubilidad del régimen jurídico atinente a los hijos naturales, lo cierto es que sólo ellos tuvieron la posibilidad de acceder al mayor privilegio que podía tener un hijo: convertirse en legítimo; en efecto, el resto de hijos ilegítimos tenían vetada tal posibilidad, puesto que, como se ha mencionado anteriormente, *neque naturales vocandi neque participanda eis ulla clementia est*²⁶⁷. Ello no obstante, ocasionó, como constatan las fuentes, una nueva discriminación dentro de la categoría de los *liberi naturales*, porque se distinguirá a los hijos que habían sido legitimados y a los que, por cualquier motivo, no lo habían sido, que permanecían, sin embargo, como una categoría independiente del resto de hijos ilegítimos²⁶⁸. De ahí que, Justiniano en su Novela

processerunt huiusmodi legislationes, et quoniam in nostra tempora venerunt et eorum qui paulo ante nos fuerunt, multam varietatem causa suscepit. Nos enim duplex habuimus studium, plurimos in libertatem perducere homines ex priore servitute et ex naturalibus ad legitimos elevare, non enim ultio et interdictio respicienda est, sed quod est in necessitate curandum est, et fugiendum quidem quod malum est, inveniendum vero undique quod melius est. Quia igitur aliqua quidem in constitutionum codice, quem ex omni priorum imperatorum legislatione collegimus, de naturalibus scripta sunt filiis, quaedam vero in libro institutorum de his aut nos constituimus aut iam perfecta comperimus, et nos ipsi plurimas fecimus de his constitutiones, alias quidem in praedictarum collectione constitutionum alias autem etiam postea: ne causa dispersa sit, bene se habere credidimus in una constitutione totum colligere, quae pro omnibus sufficiat ea quae de naturalibus sunt corrigere atque sancire. También en la Novella 78, en el prefacio, indica que los hijos naturales no eran objeto de regulación *nec qualibet circa hoc fuit humanitas, sed tanquam aliengenium aliquid*: Nov. 78, *pr.-Naturalium nomen Romanae legislationi dudum non erat in studium, nec quaelibet circa hoc fuerat humanitas, sed tamquam alienigenum aliquid et omnino alienum a republica putabatur*

²⁶⁶ Nov. 89, 1.-... *et quomodo quidem vetustas usa est his amare, quomodo nos humane*....

²⁶⁷ Vid. Nov. 74, 6, citada en página 115.

²⁶⁸ Nov. 89, 1.- *Palam namque est, quia hominum alii quidem liberi simul consistunt et inter legitimos sunt, alii vero hoc prius non habentes postea fiunt et ex servis ad liberos ascendant et ex naturalibus ad legitimos, alii vero ex hoc ipso naturales sunt et quaedam eis successiones existunt, alios autem neque naturales esse decet, sed etiam hoc monstrantur indigni. Oportet igitur nos ita facere constitutionem, ut nullus ignoret quae possunt in naturalibus valere. Dicimus autem incohantes legem, qui consistunt naturales, quibusque modis procedunt ad legitimos (quorum plurimos invenimus nos), et quae sunt horum successiones, et quomodo*

89, 1, 1 establezca que los sucesores legítimos son aquellos que proceden de las *justas nupcias*, si bien a continuación añade que también podían convertirse en legítimos los hijos naturales que no procedían de *iustae nuptiae*. Se establece, pues, una segunda categoría de hijos legítimos –los legitimados– que se situaban, a partir de su legitimación, bajo la potestad paterna y adquirirían la cualidad de *sui* con todos los derechos inherentes a esa condición²⁶⁹:

Nov. 89, 1, 1.- Legitimi siquidem successores procedunt hominibus ex nuptiis quas contrahunt aut cum dotalibus instrumentis aut etiam absque his, sic ad feminas masculis convenientibus, ut ab initio habeant ad eas nuptiarum legitimarum affectum. Et hoc enim in calumnia positum nos respicientes lege discrevimus, quid in his quidem qui fortunae dignitate provecti sunt, quid autem in mediocri hoc hominum statu agendum sit ad demonstrationem legitimarum nuptiarum, quid vero deinceps permissum est plebi. Quapropter nuptiis procedentibus ex hoc ipso sunt successiones certae, et si inter legitimos connumerentur, mox lex introducit successionum modos, plurimum de his tractans. Legitimum siquidem ius sic se habet; quod vero non est huiusmodi, sed liberum quidem non tamen ex nuptiis procedens legitimis, aut etiam in servitute natum, si libertatem quidem meruerit, manserit autem naturale, hoc modi varii ad ius legitimum ferunt, quos enumerantes sic etiam reliqua sancimus.

En definitiva, dentro de la categoría de los *liberi naturales*, las fuentes distinguirán entre aquellos que han sido legitimados por los procedimientos establecidos al efecto y los que no lo han sido, que tendrán un *status* independiente en la categoría de los hijos ilegítimos, ya que, como se examinará a continuación, tendrán reconocido el derecho de alimentos y algún derecho sucesorio²⁷⁰.

quidem vetustas usa est his amare, quomodo nos humane... imperatoriae vero constitutiones aperuerunt his quae non recte facta sunt ad ius legitimum vias.

²⁶⁹ Nov. 89, 8, pr.- *Reliqui igitur sunt modi qui a nobis inventi sunt, quos percurremus, legitimum ius praebentes eis qui erant primitus naturales. Circa quorum successionem non laborabimus: semel enim eos efficientes legitimos damus habere etiam successiones illas, quas habent hi qui ab initio legitimi sunt....*

²⁷⁰ La legislación justiniana refleja una tendencia creciente y firme al reconocimiento de los derechos de los hijos naturales, cuya posición jurídica va mejorando respecto del derecho postclásico. Vid. a este respecto C. 5, 27, 8 y C. 5, 27, 12, transcritos en la nota 253 y en la p. 148, respectivamente.

A) Régimen jurídico de los hijos naturales legitimados *per subsequens matrimonium*.

El procedimiento de legitimación *per subsequens matrimonium* se debe, como ya se ha apuntado anteriormente, a Constantino, estando su regulación vigente durante la mayor parte de la época postclásica y siendo ratificada definitivamente por Justiniano, que además establecerá las condiciones para que se pudiera llevar a cabo tal legitimación²⁷¹. La regulación constantiniana, acogida por Zenón, exigía para legitimar a la descendencia natural que la madre fuera ingenua y que no existieran hijos provenientes de *iustae nuptiae*²⁷²:

C. 5, 27, 5, pr.- (Imp. ZENO A. SEBASTIANO P.P.).- *Divi constantini, qui veneranda christianorum fide romanum munivit imperium, super ingenuis concubinis ducendis uxoribus, filiis quin etiam ex isdem vel ante matrimonium vel postea progenitis suis ac legitimis habendis, sacratissimam constitutionem renovantes iubemus eos, qui ante hanc legem ingenuarum mulierum (nuptiis minime intercedentibus) electo contubernio cuiuslibet sexus filios procreaverunt, quibus nulla videlicet uxor est, nulla ex iusto matrimonio legitima proles suscepta, si voluerint eas uxores ducere, quae antea fuerant concubinae, tam coniugium legitimum cum huiusmodi mulieribus ingenuis, ut dictum est, posse contrahere, quam filios utriusque sexus ex earundem mulierum priore contubernio procreatos, mox quam nuptiae cum matribus eorum fuerint celebratae, suos patri et in potestate fieri et cum his, qui postea ex eodem matrimonio suscepti fuerint, vel solos, si nullus alius deinde nascatur, tam ex testamento volentibus pa tribus etiam ex integro succedere quam ab intestato petere hereditatem paternam....*

Los hijos nacidos con anterioridad al matrimonio de los padres quedaban de esta forma legitimados, adquiriendo la cualidad de *sui* y, con ella, el reconocimiento de sus derechos

²⁷¹ Vid. VAN DE WIEL, “La legitimation par mariage subsequent de Constantin a Justinien. Sa reception sporadique dans le droit byzantine”, en *RIDA*, XXV, 1978, pp. 336 y ss.; GAUDEMET, “Union libre et mariage dans la Rome imperiale”, en *IURA*, XL, 1989, pp. 20 y ss.; LITEWSKI, “La legitimation des enfants naturels dans le droit du bas-empire Romain. A propos d’un ouvrage recent”, en *RIDA*, LXIX, 1991, pp. 499 y ss.

²⁷² Acerca de la constitución de Constantino y su posible transitoriedad, vid. LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, op. cit., pp. 178 y ss.

sucesorios en la herencia del padre tanto *ab intestato* como por testamento²⁷³. Tras la ratificación de esta regulación por Anastasio y la derogación por Justino²⁷⁴, Justiniano establecerá definitivamente los requisitos necesarios para que los hijos nacidos en un concubinato adquirieran por el matrimonio de los padres el *status* de legítimos. A estos efectos, se exigía que los padres hubieran podido casarse al tiempo de la concepción del hijo²⁷⁵ y la acreditación de la celebración de las nupcias a través del otorgamiento de *instrumenta dotalia*²⁷⁶:

C. 5, 27, 11.- (*Imp. IUSTINIANUS A. IULIANO P.P.*)- *Nuper legem conscripsimus, per quam iussimus, si quis mulierem in suo contubernio collocaverit non ab initio affectione maritali, eam tamen, cum qua poterat habere connubium, et ex ea liberos sustulerit, postea vero, affectione procedente, etiam nuptialia instrumenta cum ea fecerit, filiosque vel filias habuerit, non solum secundos liberos, qui post dotem editi sunt, iustos et in potestate esse patribus, sed etiam anteriores, quia et his, qui postea nati sunt, occasionem legitimi nominis praestiterunt.*

²⁷³ Esta constitución, sin embargo, no se aplica a las uniones que no hubieran tenido hijos al dictarse la ley, como así se establece en la misma: C. 5, 27, 5, *pr.*- *...Hi vero, qui tempore huius sacratissimae iussionis necdum prolem aliquam ex ingenuarum concubinarum consortio meruerunt, minime huius legis beneficio perfruantur, cum liceat easdem mulieres sibi prius iure matrimonii copulare non extantibus legitimis liberis aut uxoribus ac legitimis filios utpote nuptiis procedentibus procreare, nec debeant, quos ex ingenua concubina dilato post hanc legem matrimonio nasci voluerint, ut iusti ac legitimi postea videantur, magnopere postulare.* En efecto, como afirma Luchetti, la constitución de Zenón se dictó con carácter transitorio por motivos político-religiosos y tan sólo restauraba la vigencia de la posibilidad de legitimar a los hijos nacidos del concubinato con ingenua, contentándose con la solución de situaciones que ya habían pasado. Sin embargo, la constitución de Zenón mantiene el interés histórico para la comprensión del desarrollo del instituto de la legitimación *per subsequens matrimonium* y porque preparará el camino a las sucesivas intervenciones legislativas. Vid. LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, *op. cit.*, pp. 114 y ss.

²⁷⁴ C. 5, 27, 6 y C. 5, 27, 7, transcritos en nota 251 y 252, respectivamente. La constitución anastasiana supuso, según Luchetti, la primera y verdadera tentativa de estabilización del instituto y también el reconocimiento por primera vez de la posibilidad de legitimar hijos naturales nacidos de mujeres concubinas con las que se había contraído legítimo matrimonio, con independencia de su *status* de ingenua, que con anterioridad era requisito indispensable. Según el autor, “*la svolta imposta dalla legge anastasiana, che certamente rivelava, anche se in termini difficilmente definibili nella loro precisa portata, un atteggiamento nuovo nei confronti del concubinato e della prole naturale, svolta che d'altra parte, pur senza configurarsi come momento di completa rottura rispetto alla legislazione precedente, anticipava nelle sue linee essenziali la legislazione giustinianea, era però a breve scadenza destinata a trovare una severa smentita in un intervento normativo di Giustino, di appena due anni posteriore...*”. Vid. LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, *op. cit.*, pp. 211 y ss. y p. 326.

²⁷⁵ C. 5, 27, 10 y 11, transcritos en p. 129 y 99, respectivamente. Vid. también Nov. 74, 3 y 89, 7, transcritos ambos en nota 265.

²⁷⁶ Vid. respecto al instrumento dotal como prueba de la existencia del matrimonio, entre otros autores, ALBERTARIO, “*Sulla dotis datio ante nuptias*”, en *RIL*, LVIII, 1925, pp. 245 y ss.; CASTELLO, “*Lo strumento dotale come prova del matrimonio*”, en *SDHI*, IV, 1938, pp. 208 y ss.; ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Dotis dictio*, Bolonia, 1975.

Quam legem quidam putaverunt sic interpretari, ut sive non progeniti fuerint post dotem conscriptam liberi, sive etiam ab hac luce subtracti, non anteriores filios iustos haberi, nisi in utroque tempore viventes et superstites liberi inveniantur. Quorum supervacuum subtilitatem penitus inhibendam censemus. Sufficiat etenim talem affectionem habuisse, ut post liberorum editionem etiam dotalia efficiant instrumenta, et spem tollendae sobolis habeant. Licet enim hoc, quod speratum est, ad effectum non pervenerit, nihil anterioribus liberis fortuitus casus derogare concedatur; et multo magis, si quis mulierem, quam in contubernio suo habuerat, praegnantem fecerit, postea autem, adhuc gravida muliere constituta, dotalia fecerit instrumenta, et puer vel puella editus vel edita sit, iusta patri soboles nascatur, et in potestate efficiatur, et heres exsistat morienti, sive ab intestato sive ex testamento. Satis enim absurdum est, si filii post dotem progeniti et anterioribus liberis adiutorium afferunt, ipsum puerum vel puellam sibi opitulari non posse.

Relevante se presenta la primera parte de la constitución ofrece solución a la cuestión planteada respecto de la legitimación y sumisión a la patria potestad del padre de aquellos hijos nacidos con anterioridad a la formalización del matrimonio²⁷⁷, cuestionándose si gozarían de la misma posición que los hijos nacidos con posterioridad a la formalización de la unión: la duda se resuelve de forma afirmativa. Los hijos, por tanto, pasarían a ostentar la condición de legítimos, con todos los derechos inherentes a este *status*, incluida la posición de *sui* a la muerte del *paterfamilias*. De esta forma, los hijos legitimados heredarán, tanto *ab intestato* como por testamento, del padre junto con los que hubieran nacido con posterioridad al matrimonio²⁷⁸:

C. 5, 27, 10.- (*Imp. IUSTINIANUS A. DEMOSTHENI P.P.*).- *Cum quis a muliere libera et cuius matrimonium non est legibus interdictum cuiusque consuetudine gaudebat aliquos liberos habuerit, minime dotalibus instrumentis compositis, postea autem ex eadem adfectione etiam ad nuptialia pervenerit*

²⁷⁷ Conviene resaltar, como afirma Luchetti, la tendencia que presenta la legislación justiniana en la regulación de la legitimación por matrimonio subsiguiente consistente en evitar calificar como *naturales* a los hijos nacidos con anterioridad al otorgamiento de los instrumentos dotales, que son legitimados después; resalta la utilización de una terminología menos comprometida denominándolos hijos *ante dotalia instrumenta editi*. Vid. LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, op. cit., pp. 48 y ss., en especial vid. la nota 69 de la p. 50.

²⁷⁸ La constitución recalca, según Luchetti, las líneas de la legislación anastasiana. Vid. a este respecto LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, op. cit., pp. 228 y ss.

instrumenta et alios iterum ex eodem matrimonio liberos procreaverit, ne posteriores liberi, qui post dotem editi sunt, sibi omne paternum patrimonium vindicare audeant quasi iusti et in potestate effecti, fratres suos, qui ante dotem fuerant nati, ab hereditate paterna repellentes, huiusmodi iniquitatem non esse ferendam censemus. Cum enim adfectio prioris subolis et ad dotalia instrumenta efficienda et ad posteriorem filiorum edendam progeniem praestitit occasionem, quomodo non est iniquissimum ipsam stirpem secundae posteritatis quasi iniustam excludere, cum gratias agere fratribus suis posteriores debeant, quorum beneficio ipsi sunt iusti filii et nomen et ordinem subsecuti. Neque enim verisimile est eum, qui postea vel donationem vel dotem conscripsit, et ab initio talem adfectionem circa mulierem non habuisse, quae eam dignam esse uxoris nomine faciebat. Quapropter sancimus in huiusmodi casibus omnes liberos, sive ante dotalia instrumenta editi sunt sive postea, una eademque lance trutinari et omnes suos et in potestate suis existere genitoribus, ut nec prior nec iunior ullo habeatur discrimine, sed ii, qui ex isdem maioribus procreati sunt, et simili perfruantur fortuna²⁷⁹.

Entre los requisitos que se establecieron para este tipo de legitimación, se debe subrayar que, en un principio, fue exigencia previa para que los hijos accedieran a ser legítimos la ingenuidad de la madre, si bien posteriormente éste requisito sería eliminado por Justiniano en las Novelas 18 y 78²⁸⁰:

Nov. 18, 11.- Quod autem maligne ab aliquibus dubitatur in quibusdam nostris constitutionibus et in iudiciis quidem plurimis motum est, cum sit iustum ulterius non quaeri, praesenti coniungimus legi. Constituentibus enim nobis ut, si quis respexerit aliquam ad mulierem clemens et haec sortiatur absque dotalibus documentis, deinde faciat filios, postea vero maritalem ad eam receperit affectum et scripserit huiusmodi

²⁷⁹ Vid. sobre la constitución citada, ARCHI, “Contributo alla critica del “Corpus iuris...”, op. cit., pp. 232 y ss.

²⁸⁰ Esta intervención legislativa, según Luchetti, tendrá su base en la aplicación analógica de la Novela 38, 2, 1 que ya permitía a los padres de los hijos de concubinas esclavas ofrecerlos a las Curias: *Quodsi ex ancilla ei progeniti fuerint, deinde ipse eos manumiserit aut dum superest aut in testamento, et obtulerit eos, et isti suscipiantur et sint curiales secundum quod testator voluit aut secundum quod ipsorum desiderium fecit dantium se in curiam, accepturi secundum quod dictum est novem uncias. Ubique enim volumus, sive testatus fuerit sive non testatus decesserit, eos qui ad curiam venerint novem uncias accipere. Quodsi manumiserit quidem tantummodo, non tamen obtulerit, illi autem etiam taliter voluerint aut unus aut quidem ex eis ad curiam venire, et tunc novem unciae ei vel eis qui in curia sunt secundum virilem partem dentur. Quodsi nullus naturalium voluerit, aut datus non fuerit, tunc novem uncias curia percipiat.* LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, op. cit., pp. 261 y 262.

instrumenta et fecerit filios, non solum eos, qui post haec nati fuerint filii, sed etiam priores esse legitimos; et propter circumvenientium et maligne interpretantium calliditatem etiam aliam scribentibus constitutionem, quia haec volumus tenere, licet secundi non sint nati post dotem filii aut existentes moriantur: adinvenerunt quidam etiam aliam dubitationem, non recipientes haec tenere in his qui libertabus copulantur, cum utique recte conicientibus nostram intentionem et hoc fuerit iam sancitum. Si enim ad libertam non omnino nuptiae prohibentur, certum fuit quia etiam in illis haec tenere volumus. Sed quoniam utique hoc dubitatum est, sancimus: si quis uxorem non habens legitimam aut filios legitimos ad ancillam propriam habuerit quandam meliorem sententiam et filios protulerit ex ea in servitio constituta, postea vero libertate honoraverit et ancillam et natos et ius eis aureorum petierit anulorum et regenerationis et inter ingenuos secundum istos reduxerit modos et nuptias confirmaverit, postea vero nuptialia conscripserit documenta, et aut fuerint filii postea aut non fuerint (<ut> utrosque nostrae constitutionis amplectamur casus): sit et uxor legitima et filii sub potestate ipsius et sui et ab intestato heredes genitori (dicimus autem eos, qui ante nuptias nati sunt); vias, per quas ad ingenuitatem, secundum quod praedictum est, venerant, celebratione postea dotium ius legitimorum eis praebentes.

Nov. 78, 3.- Si quis autem libertam ducere voluerit aut legitimam facere coniugem cuiuslibet dignitatis existens, nuptialia conficiat documenta; hanc enim solam post manumissionem observationem adicimus. Et sint etiam praecedentes filii et qui post dotalia nati sunt liberi et ingenui et sui et patri successores, a postulatione aureorum anulorum et pristinorum natalium liberati nullamque penitus habentes differentiam ad cetera ingenuorum matrimonia. Libertas enim matris et insuper documentum nuptiale sobolem liberam et ingenuam et patri succedentem demonstrabunt.

Incluso en esta última novela, cabe resaltar la inspiración en el *favor filii*, cuando se pone de manifiesto que no era necesario que el padre que concedía la libertad a su esclava concubina otorgando *instrumenta dotalia*, tuviera que manifestar expresamente su deseo de que los hijos habidos se convirtieran también en libres e hijos legítimos de él²⁸¹. Se establece, pues, la presunción a favor de los *filii*, ya que, si el padre no expresa nada al

²⁸¹ LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, op. cit., pp. 278 y ss.

respecto, se interpretará que la manumisión y celebración del matrimonio con la madre aprovechaba también a los hijos, que se convertirían en libres y sucesores del padre²⁸²:

Nov. 78, 4.- Et ita rebus et veritate toti efficitur, ut si cui etiam ex serviente muliere procreentur filii et voluerit ille postea mulierem manumittere et dotalia conficere documenta, mox cum ipsa dotis inscriptione et filiis competet libertatis simul et suorum ius, non requirentibus nobis specialem libertatem in filiis fieri et simul manumitti cum matre aut post eam vel ante eam forte libertatem accipere, sed scriptione nuptialium documentorum mox eis etiam libertatem donamus. Quod enim maius utique ostensurus est pater libertatis filiorum indicium quam [quod] uxorem ostendere liberamque simul et legitimam nuptialium documentorum conscriptione? Si enim miles relinquens legatum alicui suarum ancillarum ipsa donatione legati et libertatem dare videatur, quomodo non multo magis pater, si documentum nuptiale conscripserit, habebit proprios filios ex hoc solo et liberos et legitimos successores? Neque enim quilibet eum putaturus erit voluisse filiorum quidem matrem legitimam esse et hoc tam magnum ei donasse opus libidinis, proprios autem filios ex suo natos semine adhuc relinquere servituros.

La legitimación *per subsequens matrimonium* no estuvo exenta de dudas en cuanto a su interpretación y por ello tuvo que intervenir la Cancillería con la legislación novelar a fin de resolver las cuestiones que se habían planteado en la práctica; cabe resaltar que las dudas se resolvieron en el sentido de favorecer de forma evidente la posibilidad de legitimar a los hijos nacidos del concubinato. Así, en cuanto a las objeciones y dudas que existían en esta materia y de las cuales el fragmento deja clara constancia, el criterio del *favor filii* estableció finalmente que, en caso de que el padre se hubiera divorciado de la mujer casada en *iustae nuptiae* o ésta hubiera muerto y, con posterioridad, hubiera tenido hijos naturales

²⁸² Concuerta también con esta disposición la constitución contenida en C. 7, 15, 3, que alude a la situación de la esclava que hubiera convivido con su patrono y hubiera tenido hijos de esa relación. Consta en el texto que mientras el dueño viviera podía mantenerla a ella y a los hijos como esclavos, donarlos o disponer de ellos en testamento. No obstante, si el patrono no dispone nada en testamento, se interpreta el silencio a favor de la concubina y los hijos naturales para concederles a todos ellos la libertad. C. 7, 15, 3.- (*Imp. JUSTINIANUS A. IOANI P. P.*):- *Si quis sine uxore constitutus ancillam suam nomine habeat concubinae et in eadem usque ad mortem consuetudine permanserit et forsitan liberos ex ea sustulerit, sancimus omnimodo non concedi heredibus defuncti eandem vel liberos eius, si etiam liberos habuerit, in servitutem deducere, sed post mortem domini sub certo modo eripiatur in libertatem una cum subole sua, si etiam eam forsitan habuerit. (Dat. Kal. Novemb. Constantinop. post consulatum LAMPADII et ORESTIS VV.CC. 531).*

de una mujer *ad quam nuptiae non interdicuntur*, se convertirían en hijos legítimos en el momento en que contraiga matrimonio con ella²⁸³:

Nov. 12, 4.- Dubitatum itaque in quibusdam gentibus etiam aliquid de legitimis filios ex nostra constitutione factis, aestimavimus recte se habere nos tamquam legis patres et adicere ei et solvere dubitationem. Etenim cum tali intellectu ab initio legem posuimus. Nam et si legitimorum quisquam sit pater, et obeunte eius uxore ex hominibus, aut etiam legitime transigente, habuerit quasdam consuetudinem ad aliam mulierem, quam licebat etiam legitime ducere uxorem, et fuerint filii ei aut ante dotalia documenta, si tamen ea fecit, aut etiam postea, vel etiam soli maneant ante dotalia filii, secundis aut non procreatis aut etiam postquam nati sunt morientibus, aestimaverunt quidam non posse secundos esse legitimos, quoniam praeexistant et ex priori coniuge alii legitimi et proprii filii. Quod nullam rectam et consequentem habet consonantiam. Si enim huiusmodi filios nos legitimos et proprios demonstravimus, dotalium documentorum contenti confectione, legitimi vero etiam primi constituti sunt, in omnibus legitimis pater moritur, et his qui ex prima fuerunt, et qui de secunda, licet ante dotalia documenta procreati sunt et nullus post eos post documentum dotis natus est, aut etiam natus mortuus; et licentiam lex ei praestat, quo vult testari modo in sua sobole: ut tamen non offendant in aliquo legis, quae mensura certa successionis omnes filios vocant. Venient igitur etiam ab intestato et ex testamento (sicut et pater et lex permittit) proprii existentes atque legitimi, alterutrisque succedent. Quod enim aliud decernimus, cum sufficiat legitima et suorum appellatio sub potestate eos ostendere et dare etiam contra testamentum, quae leges praebent, et omnia habere quaecumque huiusmodi appellationem decent?

Nov. 19, Praefacio.- Pervenit ad nos dubitationem vanam quibusdam incidisse, si, quod sancitum est a nobis de filiis

²⁸³ Según Luchetti, la problemática que se presenta en las novelas desarrolla una evolución inusual en el tema de la legitimación si se compara con otros institutos de derecho privado, en primer lugar, por la cantidad de intervenciones legislativas que se llevan a cabo sobre todo entre los años 535 y 536. Dentro de esta nueva sistemática y dogmática se puede explicar la evolución de la legitimación *per subsequens matrimonium* realizada primero con la Novela 12 citada, que reconoce explícitamente la posibilidad de emplear el procedimiento de legitimación en presencia de hijos legítimos. Esta disposición, según Luchetti, era simplemente interpretativa para afirmar la aplicabilidad de la legitimación por matrimonio subsiguiente en caso de preexistencia de filiación legítima, pero se aplica con analogía respecto a la legitimación *per oblationem curiae*, que ya permitía esta posibilidad. Vid. LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, op. cit., pp. 278 y ss.

procreatis ante dotium celebrationem, postea dotibus factis, non et in praeteritum feratur in his quae non decreto aut transactione sunt terminatae quaestionibus: nobis utique, cum particulariter poneremus leges, expressim in prima constitutione, quae haec sancivit, memorantibus, ut, sive supersunt eis patres sive defuncti sunt, nondum tamen huiusmodi quaestiones aut sententiis aut transactionibus susceperunt terminum, omni modo ita iudicari, sicut nostra dicit lex. Quam complentes etiam secundam posuimus legem, eadem valere sancientes, etiamsi non post dotes procreentur filii aut procreati moriantur, nihilo minus et ante dotes natos legitimos esse. Et in hanc quoque secundam nostram constitutionem similiter adiecimus, oportere eius legislationem et ad seniores referri tempora, exceptis illis causis, quas aut iudicialis sententia aut transactio terminavit. Sed quoniam quidam post has nostras claras leges audaci mente nostram praesumpserunt male interpretari legislationem et sensum, tertiam coacti sumus ponere constitutionem, per quam iussimus, si quis legitimam uxorem habens et legitimos ex ea filios, deinde ea moriente aut matrimonio repudio soluto habuit filios ex aliqua, ad quam nuptiae non interdicuntur, postquam vero hi nati sunt, dotalia confecit in eam documenta, legitimos etiam ita ei natos filios existere.

También surgieron problemas interpretativos en cuanto a la posible legitimación de los hijos naturales nacidos con anterioridad a los *instrumenta dotalia*, en el caso de que con posterioridad a su otorgamiento no hubiera nacido ningún hijo o, habiendo nacido, hubiera muerto. En este supuesto también la solución viene bajo la inspiración del *favor filii*, estableciendo que los hijos que habían nacido con anterioridad a la realización de los documentos nupciales pudieran adquirir la cualidad de *sui* y, por tanto, heredar del padre:

Nov. 74, pr.- Igitur de his qui ex naturalibus ad ius suorum perveniunt multas et varias conscripsimus leges, ex his autem quae a natura rerum per singula moliuntur invenientes aliquid deesse his quae iam statuta sunt, hoc in praesenti corrigimus. Sancitum namque est, ut si quis habens mulierem puro sibi affectu compertam, deinde filios procreaverit et postea ei etiam nuptialia fecerit instrumenta et legitimos ex ea procreaverit filios, neque hi qui prius nati sunt maneant naturales, sed et illi suis connumerentur, eo quod occasio omnino eis sunt nasci [legitimis]. Sed habuit etiam ista lex correctionem. Nam quod secundi et post dotem nati mortui sunt, ideo volebant quidem nequaquam priores a non existentibus adiuvari: et hoc emendavimus et dedimus eis etiam sic, vel si mortui [sui] sunt hi

qui secundi fuerunt fratres, habere iura legitima, illud quoque adicientes, quoniam et hoc dubitatum est, ut vel si aliqui filii post dotalia non nascantur, attamen praecedentes, licet ante dotalia nati sunt, inter suos ascribi, patre quippe ad hoc festinante.

En definitiva, la normativa referente a la legitimación *per subsequens matrimonium* refleja una tendencia progresiva y constante a favorecer la legitimidad de los hijos naturales, con una clara inspiración en el *favor filii*, que se concreta sobre todo en dos innovaciones: reconocimiento de la legitimación de los hijos naturales en presencia de hijos legítimos y también cuando no hubiera descendencia tras el otorgamiento de los *documenta dotalia* y atribución de la paternidad legítima y la condición de *sui* a la muerte del padre. De esta forma, se establece el derecho a la sucesión paterna de los hijos naturales legitimados *per subsequens matrimonium*, equiparando estos hijos en todos sus derechos a los hijos legítimos²⁸⁴.

²⁸⁴ Así se establece en el capítulo octavo de la Novela 89, cuando afirma que *circa quorum successionem non laborabimus: semel enim eos efficientes legitimos, damus habere etiam successiones illas, quas habent ii, qui ab initio legitimi sunt. Reliqui igitur sunt modi qui a nobis inventi sunt, quos percurreremus, legitimum ius praebentes eis qui erant primitus naturales. Circa quorum successionem non laborabimus: semel enim eos efficientes legitimos damus habere etiam successiones illas, quas habent hi qui ab initio legitimi sunt. Si quis igitur dotalia scripserit ad liberam in principio sive libertam mulierem, cui omnino licet copulari in concubinae schemate sibi, aut legitimorum filiorum iam pater existens aut etiam filiorum non talium pater, legitimas esse nuptias et filios vel praecedentes vel conceptos legitimos ei esse sancimus. Et licet non nascantur postea filii ei, aut etiam nati moriantur, nihilominus prior soboles legitima consistit. Affectus enim circa filios ita ei procedentes, qui eum etiam ad dotale provocavit instrumentum, ipse dedit secundis filiis occasionem, qui postea nati sunt, legitimi iuris. Quapropter absurdum erat benignam occasionem, quam posterii filii invenerunt ex prioribus sumentes, eam non etiam prioribus legitimum ius simul et sine calumnia circa patrum dare successiones: palam enim est quia iuniores filii ex lege facti sunt sui, hoc initium dotalibus praebentibus. Quapropter unum amborum fecimus ordinem et de cetero calumnias plurimis abstulimus constitutionibus, illud dicentes, ut vel si non habuerit filios postea pater, dotalia tamen exposuerit instrumenta, etiam sic nihilominus suos habeat filios. Ut enim nascerentur ei filii alii, casus quidam forte potestatem et licentiam habuit, sicut etiam natos auferre, affectionis vero probationem quae in prioribus fuit natis (hoc est ante dotalia instrumenta) praebentem legitimum ius nihil tale fuit quod auferre omnino potuerit. Vid. I. 1, 10, 13.- Aliquando autem evenit, ut liberi quidem statim ut nati sunt in potestate parentum non fiant, postea autem redigantur in potestatem. qualis est is qui dum naturalis fuerat postea curiae datus potestati patris subicitur. nec non is qui a muliere libera procreatus, cuius matrimonium minime legibus interdictum fuerat sed ad quam pater consuetudinem habuerat. postea ex nostra constitutione, dotalibus instrumentis compositis, in potestate patris efficitur: quod et alii si ex eodem matrimonio non fuerint procreati, similiter nostra constitutio praebuit; y también I. 3, 1, 2.- Quibus connumerari necesse est etiam eos, qui ex legitimis quidem matrimoniis non sunt progeniti, curiis tamen civitatum dati, secundum divalium constitutionum quae super his positae sunt tenorem, suorum iura nanciscuntur: nec non eos quos nostrae amplexae sunt constitutiones, per quas iussimus, si quis mulierem in suo contubernio copulaverit non ab initio affectione maritali, eam tamen cum qua poterat habere coniugium, et ex ea liberos sustulerit, postea vero affectione procedente etiam nuptialia instrumenta cum ea fecerit filiosque vel filias habuerit: non solum eos liberos qui post dotem editi sunt iustos et in potestate esse patribus, sed etiam anteriores, qui et his qui postea nati sunt occasionem legitimi nominis praestiterunt: quod optinere censuimus, etiamsi non progeniti fuerint post dotale instrumentum confectum liberi, vel etiam nati ab hac luce subtracti fuerint.*

B) Régimen jurídico de los hijos naturales legitimados *per oblationem curiae*.

La legitimación *per subsequens matrimonium* de los padres constituyó la forma prioritaria de legitimar a hijos naturales en época posclásica; sin embargo también se reguló la legitimación *per oblationem curiae*²⁸⁵ en virtud de una constitución de Teodosio II y Valentiniano III. Así, el padre que no tenía descendencia legítima podía legitimar a los hijos naturales inscribiéndolos en la Curia u ofreciendo en matrimonio a las hijas a un decurión²⁸⁶.

Doctrinalmente se ha afirmado que la constitución tenía por objeto aumentar el número de curiales ya que éstos respondían con sus propios bienes de la recaudación de exacciones; por ello, y puesto que la condición de curial se transmitía de padres a hijos, al Imperio le interesaba asegurarse el número de curiales o incluso aumentarlo, permitiendo la legitimación que los hijos e hijas naturales obtuvieran derechos respecto de los bienes del padre, *per oblationem curiae*²⁸⁷. De este modo, se autorizó al padre —siempre que no tuviera descendencia legítima— a dejar por testamento o donar en vida todo el patrimonio a los hijos naturales, condicionando dichas liberalidades a la carga de la Curia:

C. 5, 27, 3.- (Impp. THEODOSIUS et VALENTINIANUS AA. ad APOLLONIUM P.P.).- (...) *Haec sive postrema definiat sive donationem cuiuslibet quantitatis in liberos naturales pater conferat: et quod de subeunda sorte curiali seu testamento seu actorum fide constituat, ita ratum esse stabiliterque volumus*

²⁸⁵ Respecto a la sucesiva asimilación de las dos formas de legitimación citadas, vid. LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, op. cit., pp. 64 y ss.

²⁸⁶ C. 5, 27, 3.- (Impp. THEODOSIUS et VALENTINIANUS AA. ad APOLLONIUM P.P.).- *Si quis seu liber ipse seu curiae sit nexibus obligatus, et tradendi filios naturales, vel omnes vel quos quemve maluerit, eius civitatis curiae, unde ipse oritur, et in solidum heredes scribendi liberam ei concedimus facultatem. Quod si cui non ex urbe, sed vico vel possessione qualibet oriundo naturales liberi contigerunt, eosque velit sub definitione praedicta curiae splendore honestare et hereditatis opibus adiuvere, eius civitatis adscribendi sunt ordini, sub qua vicus ille vel possessio censeatur. Quod si alterutram regalium civitatum patriam sortiatur, sit ei liberum susceptam ex inaequali coniugio subolem cuiuscumque civitatis decurionibus immiscere, dummodo civitas quae eligitur totius provinciae teneat principatum. Indignum est enim, ut, qui sacratissimae urbis ubere gloriatur, naturales suos non illustris ordine civitatis illuminet...* Vid. Respecto a la interpretación de esta norma, LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, op. cit., pp. 107 y ss.

²⁸⁷ Entre otros autores, VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, op. cit., p. 559 y ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho Romano*, op. cit., pp. 236 y ss.

observari, ut, sive abstinendo hereditatibus sive abdicando donationes naturales liberi curialem voluerint evitare fortunam posteaque paternarum opum vel in solidum vel ex parte reperti fuerint possessores, licet eas alienaverint, omnimodo ad condicionem, in qua pater eos amplificatis opibus esse voluit, etiam inviti cogantur accedere. Et si filiam naturalem vel filias habuit et eam vel eas curiali vel curialibus civitatis, ex qua oriundus est vel sub qua vicus vel possessio unde oritur consistit, vel eius civitatis, quae principatum totius provinciae tenet, matrimonio collocavit, haec eadem et in persona eius vel earum ad exemplum marium obtinebunt. Quid enim interest, utrum per filios an per generos commoditatibus civitatum consuletur, et utrum novos lex faciat curiales, an foveat quos invenit?

En la constitución de Teodosio y Valentiniano se establece claramente que las disposiciones testamentarias o las donaciones realizadas por el padre siempre debían estar sometidas al cumplimiento de la condición de curial por el hijo, por lo que, en caso de que éste renunciara a su cargo, también decaería su derecho a obtener los bienes del padre. En este sentido, el fraude era castigado severamente en la constitución: si, con posterioridad a la renuncia del hijo, éste entrara en posesión de los bienes donados o dejados en testamento, se le podría obligar a ingresar en la Curia, aún en contra de su voluntad.

La configuración originaria de este tipo de legitimación no permitía que la inscripción del hijo en la Curia llevara aparejado el derecho a suceder *ab intestato* al padre, quizás porque tampoco adquiriría la condición de hijo legítimo; no obstante, la posibilidad de suceder *ab intestato* al padre²⁸⁸ se admitió muy pronto, y ello aunque éste reconocimiento supusiera,

²⁸⁸ C. 5, 27, 4.- (Impp. LEO et ANTHEMIUS AA. ARMASIO P.P.).- *Quoniam desideria morientium ex arbitrio viventium non sine iusta ratione colligimus, et is, qui naturalem filium habens hortantibus legibus ultro ad instar legitimi filii municipalibus eum voluit adgregare muneribus et donare patriae principalem, manifestavit notumque fecit sine dubio professione certissima facultatum suarum omnium elegisse se adfectione debita successorem, cum certe huiusmodi personis adeo sacratissima constitutione subventum sit, ut nec renuntiandi eis aut alienandi vel repudiandi paternas hereditates aut donationes in fraudem curiae concedatur facultas, sed muneribus patriae susceptis patrimonia subire cogantur, nullam e diverso calumniantium vocem penitus patiemur admitti, sed ipsi um philocalum et paternorum bonorum omnium ab intestato heredem et bostrenae civitatis curiae principalem iniuncta vel iniungenda sibi munera subire ex eoque genitos vel nascendos filios similiter paternae condicioni subiacerere praecipimus. Et huiusmodi formam in omnibus causis, quae similiter in cuiuscumque civitatis ordine curiaque contigerint, in posterum decernimus observari.* Respecto a las dudas interpretativas de la constitución citada, vid. LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, op. cit., pp. 125 a 134.

como pone de manifiesto Luchetti, una innovación extrema que incluso se encontraba en contradicción con la originaria regulación del instituto²⁸⁹.

En derecho justiniano, se confirmó este tipo de legitimación, permitiendo como novedad principal que se pudiera acceder incluso en presencia de hijos legítimos²⁹⁰, si bien con la limitación de que el hijo natural no recibiera una porción hereditaria superior a lo que había dispuesto para aquellos:

C. 5, 27, 9, 3.- (*Imp. IUSTINIANUS A MENNAE P.P.*).- *Et quoniam omnimodo favendum est curiis civitatum, illud etiam in hac parte addendum esse censemus, ut liceat patribus naturales filios curiae patriae suae tradere non solum nulla eis legitima subole existente, sed etiam si filios vel alios liberos ex legitimis matrimoniis procreatos habeant, et eo modo naturales quoque filios sibi legitimos successores efficere, ita tamen, ut minime eisdem patribus liceat per donationem vel ultimam voluntatem amplius eidem naturali filio dare vel relinquere, quam uni filio ex matrimonio legitimo procreato dederit vel reliquerit, cui minima portio data vel relicta sit.*

No obstante el establecimiento del derecho de sucesión paterna, la capacidad de los hijos *curiae oblati* para suceder se circunscribió únicamente al padre, no teniendo efectos respecto a la familia de éste²⁹¹. Estos hijos, por tanto, se hacían cognados del padre pero no del resto de familiares paternos, por lo que, como se pone de manifiesto en el capítulo

²⁸⁹ Vid. LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, op. cit., pp. 114 y ss.

²⁹⁰ A este respecto, Luchetti sostiene que parece claro del tenor del texto que la primera manifestación de la voluntad normativa de Justiniano se encuadraba en perfecta correspondencia con los desarrollos de la época precedente con la sola excepción de la posibilidad que se abre de recurrir al instituto en presencia de hijos legítimos. Por lo demás, continuaba sin entenderse la *oblatio curiae* como forma de legitimación de los hijos naturales, continuaba excluyendo recíprocamente al derecho de sucesión entre parientes paternos e hijos naturales. LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, op. cit., pp. 330 y ss.

²⁹¹ C. 5, 27, 9, pr.- (*Imp. IUSTINIANUS A. MENNAE P.P.*).- *Communium rerum esse utilitatem recte iudicantes iudicis et omni ambiguitate segregatis legibus uti nostro subiectos imperio, ad praesentem sanctionem venimus, per quam omni dubitatione amputata, quae usque adhuc obtinebat, certissimum facimus, ut, quotiens naturales filii curiali fortunae patriae sui genitoris adsignantur, vel adhuc vivente patre vel post eius obitum pro dispositione testamenti ab eo conditi, et eo modo legitima iura in paterna successione adipiscuntur (quod recte fieri minime dubium est), licet illustrem dignitatem, ex qua curialis fortunae liberatio competere non potest, naturales filii antea meruerunt, ne permittatur eis contra substantiam ab eodem naturali patre descendentium vel adscendentium vel ex latere cognationis vel agnationis iure eidem*

cuarto de la Novela 89, *filium solummodo patri legitimum fieri successorem*, reiterandose en la parte *in fine* que *solī enim patri fiunt legitimi et cognati esse credentur*²⁹².

La *novella* 89 permite que los propios hijos naturales sean los que se ofrezcan a la curia tras la muerte del padre para poder heredar sus bienes, pero en este caso si se requiere que el padre no en este caso se requiere que el padre no hubiera dejado hijos legítimos; por lo tanto, el padre podía legitimar a los hijos ofreciéndolos a la Curia tanto si existía prole legítima como si no existía, pero los hijos sólo podían ofrecerse en caso de que esta éstos no existieran:

Nov. 89, 2, 1.- ...Sive etiam mortuo patre semetipsum filius aut filii offerant, non existente quidem legitima sobole, etiam sic erunt legitimi et curiales. Proinde pater quidem etiam existentibus legitimis offert curiae non legitimos filios, qui vero per seetipsum ad hoc procedit, tunc solummodo audietur, quum nullus legitimorum filiorum existit.

No obstante las limitaciones anteriores, la legislación novelar introduce una innovación importante al abrir la posibilidad de llevar a cabo este modo de legitimación en caso de hijos nacidos de una esclava concubina, porque el padre podía manumitirlos y ofrecerlos a la Curia²⁹³.

Respecto a los derechos sucesorios del hijo, el capítulo sexto de la novela 89 permite a los padres —siempre en ausencia de hijos legítimos— instituir herederos a los hijos naturales

patri coniunctorum, licet ipsi legitimi successores eidem naturali patri per memoratam fortunam efficiantur, aliquod ius sibi vindicare.

²⁹² Nov. 89, 4.- *Filium vero per huiusmodi causam factum legitimum ipsi soli genitori legitimum facimus, non etiam extraneae cognationi patris (dicimus autem et ex quibus ille natus est, et qui ex utroque sunt, et qui ex eo processerunt) facimus seum velut ex quadam machinatione cognatum. Sancimus enim, oblatum curiae naturalem filium solummodo patri legitimum fieri successorem, nullum tamen habere participium ad ascendentes, aut descendentes, aut ex latere agnatos vel cognatos patris, aut illos aliquod habere participium ad illorum successiones, aequum etiam ei dantes privilegium, ut, sicut nec cognatis patris illis sit iste successor, sic nec illi ad eius vocentur successionem, nisi forte scripserit aut ipse illos, aut ab illis scribatur. Soli enim patri fiunt legitimi et cognati esse.*

²⁹³ Nov. 89, 2, 3.-...*Sic itaque nobis curialium diligentia est, et iste modus placet iuris legitimi, quia damus curiali naturalium exsistenti solummodum filiorum patri, licet ex ancilla eos habeat, et liberos facere, et offerre curiae secundum quod praedictum est. Et adhuc ampliussancimus de causa, ut, vel si non pater offerat, liber autem semel filius fiat, possit et semetipsum offerre curiae, etiam hic legitima non existente*

con la carga de la Curia para que les sucedan en todos sus bienes, con un mínimo aplicable de tres cuartas partes de la herencia paterna. En caso de que el padre les hubiera dejado una cantidad inferior, entonces podría solicitar que se completase su parte, existiendo, además, derecho de acrecer en caso de pluralidad de herederos instituidos. También resulta relevante que se acepte que los hijos se puedan ofrecer *post mortem patris* como curiales, aún en el supuesto de que el padre no les hubiera instituido herederos, a fin de obtener las tres cuartas partes de la herencia²⁹⁴:

Nov. 89, 6.- Si quis autem legitimos quidem filios non habeat, naturales autem ei solummodo sint, liceat ei cum curiae onere scribere eos heredes, et scriptura pro omni oblatione consistat, et non egeat hoc antiquarum legum alia adiectione, neque oblatione dum supérstites essent, sed ex hoc ipso scripti, si liberi sint, curiales simul et heredes fiant, et habeant ipsi substantiae novem uncias, sicut pate reis distribuerit. Sin autem etiam totum eis relinquere voluerit, adhuc faciet melius; veruntamen usque ad novem uncias omnimodo eis relinquat, sciens quia, si reliquerit minus, a lege modis ómnibus supplementum substantiae fiet. Illi vero, si voluerint curiales fiant. Si vero aliqui quidem elegant, aliqui vero refutent, ad eos, qui eligunt, refutantium veniant portiones. Si vero omnes renuerint, tunc tanquam filiis non existentibus, ita ad curiam veniant novem unciae omnes. Si vero ille quidem tacuerit, filiorum vero legitimorum eit non sit proles, tunc legitima quidem pars ad heredes ab intestato veniat, filii vero naturales, si voluerint semetipsos offerre curiae, hoc faciant sicuti voluerint, sive omnes, sive quidam ex eis, et modis ómnibus novem unciae substantiae ad curiales aut curialem perveniant...

prole; se debe recordar que la legitimación *per subsequens matrimonium* también fué admitida para los hijos nacidos *ex ancilla* en la Novela 18, 11 (citada en p. 130), pero sólo en ausencia de hijos legítimos.

²⁹⁴ Esta disposición se aplica también a los hijos nacidos de la concubina esclava, que pueden ser ofrecidos a la Curia por el padre una vez los ha manumitido y también ofrecerse ellos para conseguir las tres cuartas partes de la herencia: *Nov. 89, 6.-...Si vero etiam ex ancilla ei nati sunt, si eos manumiserit aut vivens, aut in testamento et obtulerit eos, etiam sic suscipiantur, et sint curiales, sicut testator voluit, aut sicut eorum desiderium fuit. Offerentes enim semetipsos curiae percipient, sicuti dictum est, novem uncias; undique enim volumus, vel si testetur vel si non facta voluntate decesserit, eos, qui ad curiam veniunt, novem uncias accipere. Si vero manumiserit quidem solummodo, non tamen obtulerit, at illi etiam sic volunt, aut quidam ex eis ad curiam respicere, etiam tunc novem unciae curiam agenti vel agentibus secundum quantitatem dentur. Si vero nullus naturalium aut velit, aut offeratur, tunc novem uncias curia percipiat...*

En definitiva, la legitimación *per oblatione curiae*, nacida para favorecer los intereses de las curias de las ciudades²⁹⁵, ofreció al padre que carecía de descendencia legítima la libertad de disposición de los bienes a favor de los hijos naturales. La principal innovación en la regulación de este tipo de legitimación se encuentra en la constitución del emperador León, del año 470, contenida en C. 5, 27, 4, que permitía también al hijo *curiae oblatus* que sucediera a su padre *ab intestato*, ya que ello supuso el reconocimiento para el hijo de la cualidad de *iustus filius* –que hasta ahora no llevaba consigo la inscripción en la curia– y, por tanto, la adquisición de *sui* respecto al padre, si bien seguiría sin reconocerse el vínculo de parentesco respecto al resto de la familia paterna²⁹⁶. Sobre esta configuración inicial de la legitimación *per oblationem curiae*, intervendrá Justiniano con una constitución del año 528 en la que regula el instituto con una perfecta coherencia con las disposiciones anteriores, salvo en lo que se refiere a posibilitar esta legitimación en presencia de descendencia legítima, que anterioremente estaba vetada²⁹⁷.

²⁹⁵ Vid. C. 5, 27, 9, transcrita en nota 291 y Nov. 38, 1 y 2.- 1. *Haec nos saepe perscrutantes aestimavimus oportere medelam rei adhibere; et quantum nos in hoc laboramus, tantum omnem adinvenerunt curiales artem adversus ea quae recte iusteque sancita sunt et contra fiscum. Dum enim vidissent compelli se omni modo servare curiae quartam partem, et hoc vir per nostras leges impositum, coeperunt discerpere proprias facultates, quatinus minus idonei deficerent et non quartam portionem, sed omnem continuum paupertatem suam curiae derelinquerent. Deinde quoniam et ipsis corporibus fraudare curiam voluerunt, iam et rem omnium impiissimam adinvenerunt, a nuptiis legitimis abstinentes, ut eligerent magis sine filiis quam sub lege deficere aut generi suo vel curiae utiles apparere. Et rursus egerunt dudum poni legem, quae praeter decretam iubeat eis donare propria, cum quando venditionem cum decreto fieri eadem lex volebat: sed haec ipsa erat mirabilis, quae solam venditionem subiciebat adiectioni decreti et aliis exhinc necessitatibus, alia vero omnia derelinquebat eis agere secundum quem voluissent modum. Haec transtulerunt curialium facultates ad alias <et alias> personas, nihil exinde habente curia. Denique si quis denumerat nostrae reipublicae curias, attenuatas inveniatur, alias quidem neque virorum neque rerum copias habentes, alias autem paucorum forsitan hominum, rerum autem nihil penitus. 2. Igitur olim per partes nos protulimus sanctiones quasdam quippe volentes et venditiones et donationes simplices et omnem actum alienationem habentem immobilium rerum curialium subicere decreto cum observatione facta quae in illa lege posita est. Deinde post haec quia sub falsas causas faciebant donationes, et hoc omnino abrogavimus donationem simplicem facere curialem in quacumque persona: excepimus autem competenter antenuptiales donationes, eo quod neque donationes omnino sunt, sed contractus species in eis inserta est et filiorum procreandorum copiam introducunt, quod nobis et maxime in curialibus studii est. Post haec conspicientes et de hoc ipso circumscriptiones multas fieri, legem conscripsimus, ut omni modo debere curiam sive cum corpore sive sine hoc omnino tres uncias habere, et non minus licere cuidam relinquere curiae neque circumscribere neque diminuere ea sub ullo modo, sive filius sit qui in curia est sive ipsa susceperit curia tres uncias. Vid. a este respecto, LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, op. cit., pp. 128 y ss.*

²⁹⁶ C. 5, 27, 9, transcrita en nota 291.

²⁹⁷ Según Luchetti, la admisión de la legitimación *per oblationem curiae* en presencia de hijos legítimos resultó de una aplicación analógica de la supresión de limitaciones en la legitimación *per subsequens matrimonium*, ya que “la prima volta espressione la volontà di accostare la natura e gli effetti delle due forme di legittimazione con la conseguente attribuzione al padre naturale della titolarità di un rapporto potestativo nei confronti dei figli curiae oblatis e, in stretta connessione, il riconoscimento a costoro della qualità di *sui*”. Para el autor “l’aspetto più rilevante della stessa legittimazione per susseguente matrimonio era nella

C) Régimen jurídico de los hijos naturales legitimados *per rescriptum principis*.

La tercera forma de legitimación presente en derecho justiniano, la legitimación *per rescriptum principis*²⁹⁸, se reguló con la clara tendencia de procurar descendencia legítima a quien no la tuviera, si bien su aplicación estuvo limitada a los supuestos en que fuera imposible la aplicación de la legitimación *per subsequens matrimonium*. Se configura, pues, este procedimiento como un recurso extraordinario en el que se exigía expresamente la carencia de hijos nacidos *ex iustis nuptiis* y que el matrimonio con la concubina se hiciera imposible por algún motivo como el fallecimiento de ésta²⁹⁹.

La subsidiariedad de este tipo de legitimación respecto de la *per subsequens matrimonium*, se pone de manifiesto de forma reiterada en la Novela 74, vislumbrándose de forma clara del *praefatio* que inicia la argumentación estableciendo la posibilidad de legitimar a los hijos naturales si se llevaban a cabo los *instrumenta dotalia* con la concubina, afirmando a continuación que en caso de que el matrimonio no fuera posible, bien por haber fallecido la mujer, bien porque estuviera prohibido el matrimonio con ella, bien porque hubiera sido condenada por algún delito, también se podía legitimar a los hijos elevando súplica al Emperador en este sentido³⁰⁰:

sostanza l'effetto da essa prodotto sul piano dei rapporti patrimoniali, e particolarmente successori, tra padre e figli naturali, circostanza questa che probabilmente contribuiva agli occhi dei maestri di diritto compilari delle Istituzioni a non giustificare inversamente la limitazione degli effetti dell'oblatio curiae". Vid. LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, op. cit., pp 329 y 330.

²⁹⁸ Diversos autores se han pronunciado a favor de la vigencia de la legitimación *per rescriptum principis* en época anterior a Constantino. En este sentido, vid. VOLTERRA, "Intorno a D. 23, 5, 57", op. cit., p. 367; JANEAU, *De l'arrogation des "liberi naturale" a la legitimation par rescript du Prince*, op. cit., p. 509; y ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho Romano, II, Obligaciones-Familia-Sucesiones*, Madrid, 1981, p. 703.

²⁹⁹ Vid. I. 1, 10, 13, capítulos primero y segundo de la Nov. 74 y la Novela 89, 9. Las fuentes citadas exigen que *et non habuerit uxorem talium filiorum matrem, aut filios quidem valde diligit, mulier autem non sine peccato sit apud eum, neque digna sit quolibet legitimo nomine, et propterea aut moriente muliere, aut legitimo iure non digna in matrimonio putanda, aut causa a filiis maligne tractata, aut ex studio muliere celata aut a filiis, aut aliter forte*.

³⁰⁰ Nov. 74, *praefatio*, 1.- *Sed aliud quiddam tale occurrit. Ex huiusmodi namque consuetudine nati filii erant aliqui, at ille eos volebat a nobis adiuvendo modo facere suos nuptialium confectione documentorum; deliberante autem haec patre mortua est mulier et constitutionis eum deseruit modus: non enim erat ad quam oporteret nuptiale confici documentum, et naturales manebant filii invito patre. Et quiddam etiam secundum*

Nov. 74, 2, pr.- *Sit igitur licentia patri matrem in priori statu relinquenti, si ex veritate aliquid circa torum apparuerit deliquisse (aliter namque fieri hoc in talibus casibus non permittimus), et si per quandam circumventionem aut non est aut latitet aut aliquid etiam aliud fiat circa eam aut quod prohibeat venire ad viam ducentem ad dotalia...*

Los hijos que habían sido legitimados *per rescriptum principis*, adquirirían la cualidad de *iustus filius* y, por tanto, la posición de *sui*, pudiendo ser llamados a la herencia del padre en la sucesión *ab intestato*; a partir de la legitimación, por tanto, adquieren todos los derechos como el resto de hijos legítimos: *et iuri legitimo, ut sub potestate eius consistente, nihil a legitimis filiis diferentes*³⁰¹. No obstante, la legislación novelar también permitió que fueran los hijos naturales los que solicitaran su legitimación *post mortem patris* cuando el padre les hubiera instituido herederos en testamento, ya que se entendía que con esta disposición el padre quería otorgarles la cualidad de *legitimii*:

Nov. 89, 10.- *Si vero is qui solummodo naturalium filiorum est pater per quosdam fortuitos casus non valuerit hoc agere, moriens autem sub quodam praedictorum casuum scripserit testamentum, volens sibi legitimos esse filios successores, et in hoc damus ei fiduciam: supplicantibus tamen etiam sic filiis post mortem patris, et hoc docentibus et ostendentibus patris testamenta, et heredibus existentibus secundum legem, hocque donum habeant patris et principis, idem est dicere naturae simul et legis.*

tale exortum est apud viros neque nobis incognitos. Procreavit etenim quidem filios non legitime, et filios quidem ultraquam diligebat et legitimos sibi fieri secundum legem volebat, ea autem quae sunt mulieris non erant omnino sine peccato, neque dignam eam aestimavit legitimo quodam nomine, quae etiam semet ipsam iniuriaverat (sufficit enim hoc tantum dicere). Quapropter secundus iste modus est qui filios gravat, in priori quidem per mortem matris, in secundo vero per id quod illa peccavit; Nov. 74, 1.- Si quis ergo non habens filios legitimos, naturales autem tantummodo, ipsos quidem suos facere voluerit, mulierem vero aut non habet penitus, aut <quae> non sine delicto sit aut quae non appareat habeat aut secundum quandam legem ad matrimonium praepeditam, damus ei fiduciam nova quadam et nunc adinventam a nobis via ad legitimorum ius perducere naturales, procul dubio suis in talibus casibus non existentibus....

³⁰¹ Nov. 89, 9, 1.- *Sit igitur licentia patri in praedictis casibus matrem in priori schemate relinquenti imperio preces offerre hoc declarantes, quia vult naturales suos filios restituere naturae et antiquae ingenuitati et iuri legitimo, ut sub potestate eius consistent nihil a legitimis filiis diferentes; quo facto ex hoc filios frui huiusmodi adiutorio. Uno namque hoc modo omnes huiusmodi naturae digressiones et opiniones in his qui legitimos non habent filios curamus, sic brevi solacio tantum impetum naturae corrigentes.*

Nov. 74, 2, 1.- Si vero solummodo naturalium filiorum pater hoc quidem propter quasdam fortuitas circumstantias non agat, moriens vero sub quodam praedictorum casuum scripserit in testamento velle sibi eos legitimos esse filios successores, et huius rei damus licentiam; supplicantibus tamen etiam sic filiis post mortem patris et hoc docentibus et ostendentibus patris testamentum, et heredibus existentibus in quantum pater eos scripserit, et ab imperio hoc percipientibus, ut in uno eodemque hoc quod agitur sit donum patris et principis, idem est dicere naturae simul et legis....

Se debe resaltar que a efectos de esta legitimación carece de relevancia el *status libertatis* de la madre, toda vez que podían legitimarse los hijos habidos *ex ancilla: ita si pater non habuerit legitimam prolem, et voluerit eos restituere naturae et antiquae ingenuitati, sive ex ingenua nascentur ei, sive ex liberta, et legitimos de cetero et sub potestate habere, hoc agat per nostrum rescriptum*³⁰².

Cabe destacar también una circunstancia de especial relevancia regulada en el *praefatio* de la Novela 74 y es la posibilidad de que el hijo sea legitimado aún en contra de su voluntad; esta posibilidad se encuentra en clara contradicción la exigencia del consentimiento que debía prestar el hijo en el procedimiento de legitimación establecido en el capítulo 11 de la Novela 89; el consentimiento se requería porque con la legitimación el hijo perdía su

³⁰² Nov, 89, 9, pr.- *Illud tamen a nobis sancitum est, ut si quis voluerit legitimam suam facere sobolem et non habuerit uxorem talium filiorum matrem, aut filios quidem valde diligat, mulier autem non sine peccato sit apud eum neque digna sit quolibet legitimo nomine, et propterea aut moriente muliere aut legitimo iure non digna in matrimonio putanda, aut causa a filiis maligne tractata aut ex studio muliere celata aut a filiis aut aliter forte ei divitiis accedentibus, ne iure legitimorum usum pater et fructum defuncta matre tamquam sub potestate filiis constitutis habeat: si quis ergo filios legitimos non habens, sed tantummodo naturales, ipsos quidem legitimos facere voluerit, mulierem vero in promptu non habeat omnino, aut habeat quidem non tamen sine peccato, vel si non appareat, aut aliter dotarium instrumentorum non habeat facultatem (quid enim si ad sacerdotium alter eorum ascendit?), damus ei fiduciam (hoc quod dudum gessimus) ad legitimum ius filios educere naturales, legitimis sicuti praediximus non existentibus, per quaedam huiusmodi viam. Sicut enim sunt modi qui servos ad libertatem simul et ad ingenuitatem deducunt et naturae restituunt, ita si pater non habuerit legitimam prolem et voluerit eos restituere naturae et antiquae ingenuitati, sive ex ingenua ei nascentur, et legitimos de cetero et sub potestate habere, hoc agat per nostrum rescriptum. Non enim fuit principio, quando natura hominibus sanciebat sola, antequam scriptae procederent leges, quaedam differentia naturalis atque legitimi, sed primis parentibus primi filii, sicut incohantes praesentem diximus legem, ipso processu nati legitimi sunt. Et sicut in liberos natura quidem fecit liberos omnes, bella vero servitutem adinvenerunt, sic etiam hic nobis natura legitimas protulit soboles, ad concupiscentiam vero facta conversio naturale ius eis inseruit. Quapropter similibus passionibus exortis convenit curam ex aequalibus inveniri, aliam quidem a prioribus nostris aliam vero a nobis.*

posición independiente pasando a ser *alieni iuris*³⁰³. En la Novela 74, sin embargo, se menciona la posibilidad de legitimar aún en contra de la voluntad de los hijos en el supuesto de que los *liberi naturales* hubieran ocultado la identidad de la madre con la finalidad de que al padre le fuera imposible otorgar los instrumentos nupciales y los hijos no accedieran a la posición de legítimos –*dolose agentes matrem occultaverunt, ne eos facere legitimos esset patri possibile*–; de esta forma podrían heredar de la madre, impidiendo al padre disfrutar del usufructo de los bienes maternos cuando ésta muriera:

Nov. 74, praefatio, 2.- Novimus autem etiam quoddam tertium motum. Pater namque volebat legitimos facere filios et ad ea quae de dotibus sancita sunt a nobis respiciebat, filii vero sentientes quoniam quaedam inopinate venissent ad matrem eorum (licet uxorem non legitimam existentem) a quodam cognato divitiae, maligne simul et dolose agentes matrem occultaverunt, ne eos facere legitimos esset patri possibile et moriente forte matre maternarum rerum frueretur usufructu, hoc quod patribus dat bene faciens lex. Talibus itaque resistere artibus legis est proprium subtilis, quam in praesenti sancimus. 2.- ...Et hoc facto exinde filios frui tali solacio, et neque fraudare posse patrem et celantes matrem ius legitimorum abicere. Uno enim hoc modo omnibus huiusmodi naturae excessibus et adinventionibus in his qui legitimos non habent filios medemur, ita brevi solacio tantum naturae impetum corrigentes.

En orden al consentimiento, también resulta importante reseñar que en caso de que el padre tuviera varios hijos naturales, si algunos decidían consentir la legitimación pero otros la rechazaban, los que no habían consentido no podrían con posterioridad acceder a la legitimación porque el padre ya tendría descendencia legítima y como se ha apuntado con anterioridad, no se podía legitimar, si ya se tenía hijos legítimos, por el procedimiento del *rescriptum principis*. De igual manera, si con posterioridad a la legitimación, el padre

³⁰³ Nov. 89, 11, pr.- ...nam si solvere ius patriae potestateis invitis filiis non permissum est patribus, multo magis sub potestatem redigere invitum filium et nolentem sive per oblationem ad curia, sive per instrumentorum celebrationem, sive per aliam quamlibet machinationem, tamquam sortem metuentem paternam, iustum non est....

tuviera otros hijos naturales, tampoco podría legitimarlos, toda vez que en presencia de descendencia legítima se impedía emplear este tipo de legitimación³⁰⁴.

D) Hijos naturales no legitimados: reconocimiento de derechos sucesorios y de alimentos a su favor.

Los hijos naturales que no habían sido legitimados por alguno de los procedimientos examinados con anterioridad permanecían con la condición de *spurii*, si bien las fuentes muestran esta categoría como independiente del resto de hijos ilegítimos procedentes de uniones *incestae*, *nefandae* o *damnatae*, como se ha tenido ocasión de comprobar³⁰⁵. Sin embargo, será en derecho justiniano cuando se perciba un interés normativo por fijar la condición de los *liberi naturales*, sobre todo como consecuencia de la política legislativa que mantuvo el Emperador tendente a reconocer el concubinato como unión monogámica de rango inferior al matrimonio³⁰⁶.

Por lo que se refiere a la sucesión testada, la primera referencia que se encuentra en las fuentes respecto a la concesión de facultades al padre de hijos naturales para poder dejarles parte de su herencia³⁰⁷, lo constituye la cita que la Novela 89 efectúa de una constitución de Valente, Valentiniano y Graciano, en virtud de la cual se autorizaba al padre que tuviera descendencia legítima para que pudiera legar una doceava parte de la herencia a los hijos naturales –cuota que deberían compartir con su madre– permitiéndole llegar hasta una cuarta parte de la herencia, en caso de que no existiera esa descendencia legítima:

³⁰⁴ Nov. 89, 11, 1.- *Si vero plurimis existentibus filiis alii quidem eligant alii respuant, hi qui volunt legitimi fieri, aliis in iure naturali manentibus. Et haec dicimus nullum priorum legitimorum perimentes modum, sed hunc adicientes aliis in quibus illos accipere non licet. Omnino enim legitimis existentibus, deinde naturalibus provenientibus nequaquam ius legitimorum eis adicitur, nisi omnino aut per curiam aut per nostras constitutiones, quae dotulium instrumentorum introduxerunt modum.*

³⁰⁵ Vid. pp. 111 y ss.

³⁰⁶ Vid. BONFANTE, “Nota sulla riforma giustiniana del concubinato”, *op. cit.*, pp. 563 y ss.

³⁰⁷ Como afirma Gomez de la Serna, no podía decirse que los hijos nacidos de concubinato tuvieran padre incierto, porque este era conocido, pero mientras no estuvieran legitimados por alguno de los procedimientos establecidos, lo cierto es que carecían de vínculos con el padre. GOMEZ DE LA SERNA, *Curso Histórico-exegético de derecho romano comparado con el español*, tomo II, Madrid, 1856, p. 52.

Nov. 89, 12, pr.- Discretis igitur et his qui facti sunt legitimi et his qui manserunt naturales ordinandum est iam etiam de successionibus eorum. Valenti siquidem et Valentiniano et Gratiano divae memoriae primis placuit humanum aliquid agere circa naturales: et si quidem sit naturalium patri legitima soboles, una uncia eos dignos esse fecerunt, et hac cum sua matre, non donari neque ex ultima dari voluntate ulterius aliquid permittentes, si vero filii quidem non sint naturales, concubina vero solummodo his qui non habent utique coniugem (hoc etenim tantum concubinam habentibus est conscriptum) mediam unciam solam donantes. Si vero filiorum legitimorum non sint parentes et neque patrem et matrem habeant, usque ad tres uncias relinquere eis aut donare permissi sunt, et haec cum matre, et si quolibet modo acceperint aliquid, in hoc reputari solummodo, quod autem plus est ad eos qui vocantur ex lege venire, hoc quod Theodosii senioris filii licet non perfecte sanciverunt.

No obstante, no se le permitía al padre dejar una cantidad mayor a los hijos naturales, ni siquiera en caso de que no existieran legítimos, debiendo reducirse la cuota atribuida a aquellos en la parte que excediera de lo dispuesto en la constitución. Esta norma se encuentra ratificada en las fuentes por otra posterior del año 405, de Arcadio y Honorio, en la que se establece el mismo límite de una doceava parte de la herencia que el padre podía dejar en testamento a los hijos naturales y a la concubina, en presencia de mujer e hijos legítimos³⁰⁸:

C. 5, 27, 2.- (Impp. ARCADIUS et HONORIUS AA. ANTHEMIO P.P.).- Matre vel legitimis filiis vel nepotibus aut pronepotibus cuiuscumque sexus, uno pluribusve, existentibus bonorum suorum unam tantum unciam pater naturalibus filiis seu filiabus eorumque genetrici vel, si sola sit concubina, semunciam largiendi vel relinquendi habeat potestatem. Quidquid vero ultra modum concessum relictum sit, legitimis liberis vel matri vel ceteris successoribus iure reddetur.

³⁰⁸ La constitución ha sido sospechosa de estar interpolada, pero lo cierto es que en el capítulo 5 de la Novela 18, sin embargo, se hace referencia también a que, en presencia de hijos legítimos, el padre podía dejar una doceava parte a los hijos naturales y a la concubina, haciendo referencia expresa a que esta disposición se encontraba en vigor con anterioridad –*hoc quod etiam prius fuit*—: Nov. 18, 5.-...*Quia enim testari naturalium filiorum patribus etiam ipsis dedimus legitima quidem existente prole usque ad unam solam unciam, quam habebunt una cum matre (hoc quod etiam prius fuit)....*

La legislación justiniana presenta innovaciones respecto a los derechos sucesorios de los hijos naturales, ya que, con una constitución del año 528, contenida en C. 5, 27, 8, se elevó la cuota que el padre podía disponer a favor de los hijos naturales –siempre que no dejara descendencia legítima– de un cuarto a la mitad de la herencia³⁰⁹:

C. 5, 27, 8.- (*Impp. IUSTINIANUS A. MENNAE P.P.*):-
Humanitatis intuitu naturalibus patribus hoc indulgemus, ut liceat eis nulla legitima subole vel matre subsistente naturalem vel naturales filios matremque eorum non tantum ex tribus unciis, quod praeteritae leges permittebant, sed etiam ex duplici portione, id est sex unciis, heredes scribere, ut, licet ab intestato nullam communionem ad patris naturalis successionem haberent, ex suprema tamen eius voluntate permittatur eis usque ad praedictas sex uncias (si hoc scilicet naturalis pater voluerit) hereditatem eius capere, ita tamen, ut memoratam sex unciarum quantitatem in omnibus naturalibus filiis et matre eorum minime testator excedat. Quam et in legatis et fideicommissis eis relinquendis et dotibus et donationibus , tam aliis quam ante nuptias, usque ad aestimationem sex unciarum liberam similiter naturalibus eorum patribus damus potestatem. Haec autem in futuris tantummodo testamentis vel ultimis voluntatibus vel dotibus vel donationibus locum habebunt.

Con posterioridad, en el año 531, se reconoce al abuelo, en caso de premoriencia del propio hijo y en ausencia de descendientes legítimos, que pudiera disponer libremente del patrimonio a favor de los nietos naturales, bien fueran hijos de un hijo legítimo premuerto, bien lo fueran de un hijo natural; sin embargo, en presencia de descendientes legítimos debían encontrar aplicación también para los nietos las disposiciones generales previstas para los hijos naturales en C. 5, 27, 12, *pr.*³¹⁰:

³⁰⁹ Esta disposición es confirmada en la Novela 18, en la que se constata la posibilidad de los padres de hijos naturales testar a favor de éstos y dejarles, si no hay hijos legítimos, hasta la mitad de la herencia y, si existe prole legítima, hasta una onza de la herencia, que deberán compartir con la madre: Nov. 18, 5.- *Quia enim testari naturalium filiorum patribus etiam ipsis dedimus legitima quidem existente prole usque ad unam solam unciam, quam habebunt una cum matre (hoc quod etiam prius fuit), filiis autem non existentibus legitimis et usque ad medietatem totae substantiae, hoc dicunt a nobis positae leges, non in testamentis solam patribus concedentes hoc agere, sed etiam aliis munificentibus, quas et superstites donant.* Vid. también Nov. 89, 12, 1.- *Nos igitur etsi prius humana usi lege pro tribus unciis sex uncias eis, filiis legitimis non extantibus, per patrum munificentiam dedimus; sed tamen ex his quae subinde proveniunt causas perfectius simul clementiusque considerantes praesentem ponimus legem....*

³¹⁰ No se concede, sin embargo, el derecho a suceder *ab intestato* al abuelo. La constitución es confirmada en la Novela 89, 12, 6.- *Oportet enim per omnem viam subtilitatem simulque pietatem transire. Si quis igitur habens filios legitimis relinquat et naturales, ab intestato quidem nihil eis existere omnino volumus, pasci*

C. 5, 27, 12, pr.- (Imp. IUSTINIANUS A IOANNI P.P.).- *Cuidam, qui iustum filium habebat, nepos accessit naturalis: si nepotis nomen huiusmodi suboli legibus accommodandum est, quaerebatur. Volebat enim tali naturali nepoti ex suo legitimo filio iam defuncto progenito totam suam substantiam relinquere, quasi sacris constitutionibus tantummodo in filiis naturalibus prohibentibus totum patrimonium sive quantam partem voluerit eis relinquere et certo fini partes eorum concludentibus. Huiusmodi autem dubitatio et in alia specie ventilata est. Quid enim, si ex naturali filio nepotem habet avus legitimum patri suo vel naturalem. In omnibus itaque talibus dubitationibus cum nulla legitima consequentia in huiusmodi personis custoditur, sed interventu subolis naturalis nihil ius legitimum subesse potest, ut necessitas relinquendi aliquid eis ex legibus immineat, liceat eis quantum voluerint suae substantiae in eos conferre, scilicet nulla legitima subole subsistente. Filiis enim naturalibus relinquere constitutiones quantum voluerint ideo prohibuerunt, quia vitium paternum frenandum esse existimaverunt. In nepotibus autem non eadem observatio in praefatis speciebus custodienda est, ubi legitima minime suboles facit impedimentum. Ea enim subsistente veterum constitutionum tenorem in naturalibus filiis statutum et in nepotes extendimus. Sed haec in his tantummodo sancimus, in quibus voluntate aliquid consecuti sunt. Iura etenim ab intestato in avi successionem nemini eorum penitus aperimus. Et haec non solum eis accedere censemus a substantia avi paterni naturalis, sed etiam proavi vel eius cognationis, si quid saltem huiusmodi vocabuli in tam degeneres homines extendere maluerint.*

La legislación de Justiniano introduce finalmente en la Novela 89 la libre disposición del padre para dejar la herencia íntegra a los hijos naturales en ausencia de hijos legítimos, justificando la medida innovadora para erradicar la práctica existente que se estaba llevando a cabo y que consistía en que los padres que no tenían descendencia legítima y querían que sus hijos naturales recibieran la totalidad de sus bienes –y no sólo la mitad, que era lo que se le permitía– procedían a instituir heredero a un extraño imponiéndole el fideicomiso de entregar la herencia a sus hijos naturales–. El riesgo que esta disposición entrañaba para los hijos era evidente, ya que quedaban a expensas de la buena fe del fideicomisario, quien

vero naturales a legitimis sancimus, ut decet eos secundum substantiae mensuram a bono viro arbitratam, quod videlicet apud nostras leges viri boni arbitratu dicitur. Hoc ipso custodiendo, vel si coniugem quidem

tenía la obligación de entregar los bienes a los hijos; no obstante, en caso de que no cumpliera el fideicomiso, los hijos se quedarían sin recibir el patrimonio paterno. Se produciría la injusta situación de que los hijos no recibirían ni siquiera la mitad de los bienes de la herencia, cuota a la que podrían haber accedido sin mayores problemas, si el padre se hubiera atenido a las disposiciones vigentes. Todo ello sin tener en cuenta la transgresión de la última voluntad paterna que, movido por el deseo de que sus hijos recibieran la totalidad de la herencia y no sólo la mitad, se veía obligado a dejar en manos de un extraño el cumplimiento del fideicomiso encargado. Los numerosos incumplimientos de los fideicomisos y el riesgo que entrañaba esta práctica para testadores y descendientes constituyeron, sin duda, el motivo de la reforma justiniana:

Nov. 89, 1.-... plurima utique sunt et prius commissa et in nostris temporibus delinquentur, quae correctione dignamur et ideo ab impietate homines liberamus. Quidam enim non habentes licentiam quantum volunt suis naturalibus filiis relinquendi, eligunt quasi viros et scribunt heredes, quatenus restituant filiis; at illi aut ex hoc impie agunt et praevaricantur voluntatem scribentium, aut quod omnium levissimum putant peierant: et tacemus ea quae tradita sunt ex memoria nobis in personis gloriosis talia delinquentibus priscis temporibus. 2. Ne igitur semper tale fieri delictum sinamus, nec quod agere licet in extraneis et ignotis hoc in propriis naturalibus filiis homines agere prohibeamus, propterea praesenti lege sancimus, ut siquidem quispiam habuerit filios legitimos, non possit filiis eorumque matri ultra unam relinquere unciam aut donare naturalibus aut concubinae (hoc enim proprium prioris iudicamus esse constitutionis), sed etiam si quid amplius dare temptaverit quolibet modo, hoc filiorum fieri legitimorum; et vel si filii non sint, concubina vero solummodo, huic mediam unciam relinqui aut donari concedimus. 3.- Si vero filios non habuerit quispiam legitimos aut quemquam ascendentium, quibus necessitas est legis relinquere partem propriae substantiae competentem, testatori licentia sit etiam in duodecim uncias scribere filios naturales heredes, et dividere inter eos quocumque voluerint modo res, et per donationes aut simplices aut antenuptiales aut per dotes aut per alium quemlibet modum legitimum suas in illos substantias transponere. Sic enim nequaquam egebunt quibusdam ad impietatem aut periurium praeparatis, sed ex ipso suam disponent pure sententiam. Si vero

habet, filios autem naturales et ex defuncta concubina sibi natos, et illi alantur ab eius successoribus. De nepotibus enim naturalibus quae iam a nobis specialiter etiam de ipsis disposita sunt obtineant.

habuerint hi quos praediximus aliquos ascendentium, legitimam eis relinquant partem, quam lex et nos constituimus, reliquam vero totam in naturales filios habeant relinquendi licentiam. Et hoc dicimus super his qui in scriptis et legitimis voluntatibus disponunt suam sententiam.

La Novela afirma que se debe facultar a los testadores para que puedan llevar a cabo con sus hijos naturales lo que les estaba permitido hacer respecto de extraños y, así, se admite la plena capacidad sucesoria de los hijos naturales a fin de que puedan suceder al padre en toda la herencia, en caso, eso sí, de que no tuviera ni descendientes ni ascendientes legítimos. En este sentido, permanece vigente sin reformar la cuota que podía atribuir el padre a los hijos naturales en caso de que tuviera hijos legítimos, concretada en una onza del haber hereditario, ordenando, además, que en el supuesto de que se excediera en la atribución, se debía proceder a la disminución a favor de los descendientes legítimos. Por último, en el caso de que el testador tuviera ascendientes, como consta en la Novela, éste debía dejar a salvo su porción legítima, pero podrá atribuir el resto de la herencia a los hijos naturales.

En definitiva, si bien los derechos de los hijos naturales en la sucesión testada del padre siempre vinieron limitados, finalmente con Justiniano se les reconoce la plena capacidad para suceder al padre, siempre y cuando éste no dejara descendientes ni ascendientes legítimos, supuesto en el que también el padre podría disponer de sus bienes a favor de ellos, pero respetando la legítima en caso de dejar ascendientes y reduciendo la parte que podían recibir, casi a una cuota simbólica —una onza— en el supuesto de que existiera descendencia legítima, siempre preferida de forma contundente a los hijos naturales. Esta reforma justiniana, sin embargo, resulta a nuestro juicio realmente innovadora y progresista, porque supone el reconocimiento pleno de la capacidad sucesoria de los hijos naturales en la herencia paterna, incluso en presencia de hijos legítimos, por lo que se reconoce así a los *liberi naturales* como una categoría separada e independiente del resto de hijos ilegítimos, con un *status* superior al de éstos, incluso en el supuesto de que no hubieran sido legitimados a través de los procedimientos establecidos al efecto.

La regulación de los derechos de los hijos naturales en la sucesión *abintestato* se efectúa en sentido contrario a la testamentaria, toda vez que el punto de partida se encuentra en el rechazo total de la capacidad sucesoria en la herencia paterna:

C. 5, 27, 8.-...*ut, licet ab intestato nullam communionem ad patris naturalis successionem haberent ...*

Se debe esperar a la Novela 18 que introducirá innovaciones en materia de sucesión *ab intestato* de los hijos naturales al reconocerles por primera vez el derecho a suceder al padre muerto sin otorgar testamento, siempre en caso de que no existiera descendencia legítima ni mujer casada en *iustae nuptiae*.

Nov. 18, 5.-...*Praesens autem de his quae ab intestato sunt loquitur et novi aliquid introducit. Nunc enim si quis moriens legitima sibi penitus sobole non existente (filiorum dicimus aut nepotum aut ceterae successionis), neque uxore legitima, proinde moriatur non disposita substantia, et veniat cognatio forsitan aut certe manumissor bonorum possessionem movens et insurgens, aut etiam nostrum aerarium (nec enim illi, quantum ad hoc, parcimus), sit autem ei domi, donec vivit, libera mulier in habitu concubinae cum eo degens, et filii ex ea (talibus enim solis haec sancimus, ubi omnino indubitata est sive concubina in domo habita sive naturalium ibidem prolis et nutrimentum), damus eis et intestato parentibus morientibus duas habere uncias paternae substantiae cum matre partiendas, quanticumque fuerint filii, ita ut pro portione unius filii et mater accipiat. Et haec dicimus, si uni concubinae cohabitaverit et filios ex ea habuerit, aut praediscendente concubina morte forsitan aut divisione filii domi sint; tunc enim damus eis ab intestato duarum unciarum successionem...*

Cabe resaltar la referencia que realiza la Cancillería respecto a que, con anterioridad a adoptar con carácter general esta disposición, se habían dictado rescriptos a favor de hijos naturales nacidos de mujeres libres que habían convivido como concubina única con el padre hasta su muerte, considerando que esta actuación no era correcta al no haber prescripción legal en ese sentido –*sed quia non hoc cum lege agimus*–. Tras este pronunciamiento, la Novela reconoce a los *liberi naturales* como herederos *ab intestato* del padre, si bien ni el reconocimiento se realiza respecto de todos los hijos naturales, ni

permite que reciban toda la herencia del padre, sino que establece una limitación tan estricta, que la cuota a percibir puede ser considerada más una porción simbólica que un verdadero derecho material a la sucesión del padre. En efecto, la cuota a percibir por los hijos naturales se establece en dos onzas del patrimonio paterno y, además, se especifica expresamente en la Novela que el padre debía carecer de todo tipo de descendientes legítimos –hijos, nietos y demás descendencia— y de mujer casada en *iustae nuptiae*.

Aparte de lo anterior, se establece que los hijos naturales debían haber nacido de concubina única que hubiera convivido en la casa del padre con ellos mientras éste vivía, o, en caso de haber fallecido o de mediar separación, que los hijos hubieran permanecido conviviendo con el padre en su casa. Se rechaza contundentemente, pues, a los hijos naturales en la sucesión paterna en caso de que el padre tuviera varias concubinas o, aunque tuviera sólo una, fuera un concubinato adulterino al estar casado en *iustae nuptiae*. Los hijos que procedían de *autem confusa concupiscentia* o *multitudinem habeat concubinarum fornicantium* no serán defendidos frente a los cognados paternos o incluso frente al Fisco, que será preferido en este caso a los hijos naturales:

Nov. 18, 5.-...*Si autem confusa concupiscentia ita fiat, et alias superinducat priori concubinas et multitudinem habeat concubinarum fornicantium (sic enim dicere melius est) et ex eis filios faciens moriatur, multas simul relinquens concubinas: odibilis quidem nobis iste qui talis est, procul autem omnibus modis ab hac lege expellatur. Sicut enim si quis legitimae uxori coniunctus alias superinducere non poterit matrimonio consistente et ex eis legitime filios procreare, sic neque post cognitam, quemadmodum diximus, concubinam et ex illa filios dabimus, si et aliud opus libidinis egerit, etiam hoc ad successionem eius introduci, si mortuus fuerit intestatus Nam si hoc non constituimus, erunt indiscretas mulieres, quam maius aut quam minus amaverit, indiscreti etiam filii: et nos non praebemus luxuriantibus, sed caste viventibus legem. Non autem distinguimus de filiis, sive masculi sive feminae sint. Sicut enim natura nihil circa haec arte ratiocinatur, ita nec nos alteram in masculis et alteram in feminis secundum hoc ponimus legem. Valebit ita, que haec lex nobis in futuris, et maxime omnium haec, quoniam earum. quae dudum non recte tenebant, plurima et emendavit et explanavit, et quod praeteriit, non potest ab ea,*

*quae nondum erat, regulis subici. Haec a nobis de praedictis
successionibus sint sancita.*

Se constata, por tanto, una discriminación en cuanto al reconocimiento de derechos en la sucesión *ab intestato* dentro de la categoría de los *liberi naturales*, ya que la legislación novelar sólo reconoce como herederos —y con limitaciones— a los hijos nacidos de la mujer que hubiera tenido con el padre una relación análoga a las justas nupcias. Sólo a estos hijos se les otorga una posición superior al resto, porque se entiende que podrían asimilarse en cierto modo a los nacidos *ex iustis nuptiis* o a los naturales que hubieran sido legitimados.

La Novela 89, que presenta el cuadro final de los derechos sucesorios de los hijos naturales³¹¹, confirma la normativa establecida en la Novela 18, limitando los derechos sucesorios de los hijos naturales a la existencia de lo que se podría considerar como una verdadera familia de hecho o natural. En efecto, en el capítulo 12, se les concede a los *liberi naturales*, siempre que no existiera descendencia ni mujer legítima³¹², un sexto de la herencia a repartir entre la concubina y todos los hijos que hubieran nacido de esa relación. Además, se exige que la unión hubiera sido monogámica y que, en caso de fallecimiento de la mujer o separación, los hijos permanecieran en casa del padre³¹³.

³¹¹ Vid. BONINI, “*Interpretazioni della pratica ed interpretazioni autentiche nel Codice...*”, *op. cit.*, pp. 169 y ss.

³¹² En caso de que si existiera descendencia legítima, la Novela 89, únicamente se reconoce a los *liberi naturales* un derecho de alimentos a su favor. Nov. 89, 12, 6.- *Oportet enim per omnem viam subtilitatem simulque pietatem transire. Si quis igitur habens filios legitimos relinquat et naturales, ab intestato quidem nihil eis existere omnino volumus, pasci vero naturales a legitimis sancimus, ut decet eos secundum substantiae mensuram a bono viro arbitratam, quod videlicet apud nostras leges viri boni arbitratu dicitur. Hoc ipso custodiendo, vel si coniugem quidem habet, filios autem naturales et ex defuncta concubina sibi natos, <ut> et illi alantur ab eius successoribus. De nepotibus enim naturalibus quae iam a nobis specialiter etiam de ipsis disposita sunt obtineant.*

³¹³ Nov. 89, 12, 4.- *Si quis autem defunctus fuerit legitima ei omnino sobole non extante, filiorum dicimus aut nepotum vel deinceps successionis, neque legitima coniuge, deinde moriatur non disponens de substantia, et veniat cognatio forsan aut etiam manumissor utpote bonorum possessionem movens et insurgens, aut etiam nostrum aerarium (nam nec illi quantum ad hoc parcimus), sit autem ei donec vixerit libera mulier in schemate concubinae sociata, et filii ex ea (talibus enim solummodo haec sancimus, ubi omnino indubitatus est et concubinae in domo affectus et filiorum ibidem proles et alimentum): damus eis et intestatis parentibus defunctis duas paternae substantiae uncias habere cum matre partiendas, quanticumque fuerint filii, ut unius filii portionem et mater accipiat. Et haec dicimus, si uni concubinae societur et filios ex illa habeat, aut etiam praecedente concubina, morte forsan aut separatione, filii ei domi sint. Tunc enim damus eis ab intestato ad duarum unciarum vocationem. 5. Si vero effusa concupiscentia ei fuerit et alias super alias introduxerit priori concubinas, et multitudinem habuerit mulierum fornicantium (sic enim dicere melius est), et ex eis filios habens moriatur multas simul deserens concubinas, odibilis quidem est iste talis, procul autem hac lege modis omnibus cum talibus filiis et concubinis excludatur. Sicut enim si quis legitimae copulatur uxori, alias superinducere non poterit matrimonio consistente et ex his legitimos procreare, ita neque post agnitam quo*

En definitiva, se podría afirmar que, dentro de la categoría de hijos naturales, ostentarían una posición superior aquellos que hubieran sido legitimados por algún procedimiento, y, entre los que no hubieran accedido al *status de iustus filius*, todavía serían tratados de forma más benévola los hijos naturales habidos en concubinato con una única mujer que hubiera convivido con el padre y que, habiendo fallecido o estando separada, los hijos quedaran en casa de aquél.

diximus modo concubinam et ex illa filios dabimus, si etiam aliquod opus libidinis aliud fecerit, etiam hoc ad successionem eius introduci, si mortuus fuerit intestatus. Nam si non hoc sanciverimus, indiscreta quidem erunt quae mulierum sunt, quam potius aut quam minus amaverit, indiscreta quidem quae filiorum: et nos non damus luxuriantibus, sed pudicis legem. Non autem differentiam facimus de filiis, sive masculi sive sint

CAPITULO SEGUNDO

REGULACION DE LA FILIACION EN DERECHO **HISTORICO ESPAÑOL**

feminae. Sicut enim natura nihil circa talia tractat, sic neque nos aliam in masculis et aliam in feminis secundum hoc ponimus legem.

El derecho de la recepción se hace eco de la diferente posición reconocida a hijos legítimos e ilegítimos vigente en derecho romano, estableciendo una neta separación entre el *status* de unos y otros e, incluso diferenciando dentro de los hijos ilegítimos diversas categorías atendiendo a la posición social o jurídica que ostentaban los padres. La regulación del sistema adoptado en nuestro derecho histórico supondrá una continuidad de la tendencia presente en derecho romano postclásico y justiniano sobre todo en cuanto al reconocimiento de las dos grandes categorías de hijos, legítimos e ilegítimos, y la separación del grupo de los denominados hijos naturales, cuya regulación también ahora estará exenta de uniformidad.

A este respecto, resalta la carencia en los cuerpos legales históricos de un concepto unitario de la filiación natural; todos ellos parecen referirse a los hijos nacidos fuera del matrimonio, pero que tampoco procedían de uniones que el derecho tachaba de antijurídicas; parece claro que integrarían esta categoría de hijos lo nacidos del concubinato, ya que, como observa Gacto, la estabilidad que caracterizaba a esta unión, el requisito de la soltería de los padres y la fidelidad exigida a la barragana, ocasionan que tenga lugar una presunción paralela a la que el matrimonio genera, en el sentido de considerar que el hijo de la barragana lo es también del hombre que con quien ella convive³¹⁴. Estas relaciones se entienden que no lesionan los sentimientos morales de la sociedad y, por tanto, el derecho no consideraba la unión como reprochable³¹⁵.

Para una mejor exposición, se realizó el examen de las fuentes del derecho histórico español por separado, iniciando el análisis por el derecho visigodo, Fuero Juzgo y Fueros Municipales, para pasar posteriormente al Fuero Real, Partidas, Leyes de Toro y cuerpos legales posteriores.

³¹⁴ GACTO, *La filiación no legítima en el derecho histórico español*, Sevilla, 1969, p. 62.

a) **Derecho visigodo.**

El derecho visigodo recibió los principios vigentes en derecho romano, si bien de una forma carente de uniformidad incorporando en sus normas jurídicas textos procedentes del derecho clásico, postclásico y justiniano, que en ocasiones darán lugar a contradicciones evidentes dentro de este sistema legal³¹⁶. Así, respecto a la condición jurídica de los hijos, la *Lex Romana Visigothorum* recoge la regla formulada por Gayo que permaneció vigente en derecho romano clásico³¹⁷, distinguiendo a efectos de adquisición del *status* entre filiación legítima e ilegítima:

Lex Romana Visigothorum IV, 9 (Gaius).- *Regula iuris hoc continet, ut, qui legitime concipiuntur, tempore conceptionis statum sumant; qui vero non de legitimo matrimonio concipiuntur, statum sumunt eo tempore, quo nascuntur.*

Por lo tanto, al acoger la distinción del derecho romano clásico, la *Lex Romana Visigothorum* mantenía para el caso del hijo legítimo la regla de la fijación del *status* en el momento de la concepción siguiendo la condición del padre, mientras que para el ilegítimo se establecía que siguiera el *status* que tuviera la madre en el momento de su nacimiento:

Lex Romana Visigothorum XIV, 1, 1 (Cod. Theod.).- *Ubi non est aequale coniugium, matrem sequatur agnitio...*

Lex Romana Visigothorum IV, 8, 3 (Cod. Theod.).- *Iure enim communi maternam conditionem natum sequi necesse est, ita ut, etsi heredero lectulum ancilla adscenderit, non liberorum domino, sed servorum partum suspiciat*³¹⁸.

³¹⁵ GACTO, *La filiación no legítima en el derecho histórico español*, op. cit., p. 63.

³¹⁶ Así, la *Lex Romana Visigothorum* se limita a extractar las fuentes tradicionales del derecho romano sin realizar una exposición novedosa de los textos clásicos; la parte principal está compuesta por extractos del *Codex Theodosianus*, seguido de algunos fragmentos doctrinales, como las Instituciones de Gayo o las sentencias de Paulo y varios textos de los Códigos Gregoriano y Hermogeniano. Vid. respecto a las fuentes del derecho visigodo, PRIETO BANCES, *Obra escrita*, I, Oviedo, 1976, pp. 376 y ss.

³¹⁷ *Gai Inst.*, I, 89, transcrito en p. 21.

³¹⁸ *Lex Romana Visigothorum* XIV, 1, 1 (Cod. Theod.).- *Ubi non est aequale coniugium, matrem sequatur agnitio* y IV, 8, 3 (Cod. Theod.).- *Iure enim communi maternam conditionem natum sequi necesse est, ita ut, etsi heredero lectulum ancilla adscenderit, non liberorum domino, sed servorum partum suspiciat*. Vid. también *Lex Romana Visigothorum* V, 10, 1.

Conforme a esta regulación permanecen las ventajas para el hijo legítimo que consolidaba su condición en la concepción y la mantenía hasta su nacimiento, mientras que el hijo ilegítimo estaba sometido a la incertidumbre de conocer el *status* de la madre en el momento de su nacimiento³¹⁹.

Ahora bien, junto a la regla de Gayo del derecho clásico, la *Lex Romana Visigothorum* incorpora fragmentos de Paulo que, inspirados en el *favor filii*, aplicaban la máxima posterior vigente en derecho justiniano, estableciendo una regulación distinta en relación con el *status* de los hijos³²⁰:

Lex Romana Visigothorum II, 25, 1 (Paulus).- Si serva conceperit et postea manumissa peperit, liberum parit: id enim favor libertatis exproscit. 2. Si libera conceperit et ancilla facta pepererit, liberum parit; id enim favor libertatis exproscit. 3. Si ancilla conceperit et medio tempore manumissa sit, rursus facta ancilla pepererit, liberum parit media enim tempora libertati prodesse, non enim nocere possunt.

Como se recordará, la *regula* del derecho postclásico —fijada definitivamente en el justiniano— unificaba en una sólo máxima la adquisición del *status* de todos los hijos sin distinguir entre legítimos o ilegítimos: se establecía para ambos casos atender al momento del nacimiento para fijar su condición, salvo que el tiempo de la concepción fuera más beneficioso para ellos. Siguiendo ésta regla, en caso de que la madre hubiera sido libre en algún momento desde que el hijo fue engendrado hasta que se produjo su nacimiento, éste nacería libre, y ello con independencia del origen del mismo³²¹.

No obstante lo anterior, respecto al *status libertatis*, se recoge en la *Lex Romana Visigothorum* la sanción establecida por el senadoconsulto Claudiano para la mujer libre que mantiene relaciones con un esclavo ajeno con la oposición del dueño de éste, porque tanto ella como los hijos que nacieran de esa unión adquirirán la condición de esclavo, si

³¹⁹ La unión entre esclavos y libres también se encuentra vetado por la *Lex Romana Visigothorum*, siendo éstas uniones por tanto siempre ilegítimas; siguiendo la terminología del derecho romano, ésta unión no sería un matrimonio sino un *contubernium*. Vid. *Lex Romana Visigothorum* IV, 8, 3 y IX, 1, 6.

³²⁰ Vid. también *Lex Romana Visigothorum*, II, 3, 2; I, 4, 9 y II, 20, 3.

³²¹ Vid. pp. 94 y ss.

bien esta disposición se aplica también a los hombres libres que se unen con esclavas ajenas³²². Incluso en el supuesto de que la mujer hubiera mantenido relaciones esporádicas con el esclavo, la legislación visigoda hace seguir al hijo la peor condición del padre, sesgando la capacidad para suceder a la madre³²³:

Lex Romana Visigothorum III, 2, 3.- Antiqua. Si mulier ingenua serve aliens, sive regis, se matrimonio sociaverit sive etiam per adulterium iungere presumserit, statim, ubi primum hoc iudex agnoverit, eos ad separandum festinare non differat, ut pensam, quam morentur, hoc est, singuli eorum centena flagella suscipiant. Et si post hanc contradictionem se iterum coniuncxerint, eos iudex comprehendi iubeat et in sua presentia exhiberi, ut unicuique eorum iteratim centena flagella imponere non desistat. Quod si tertia vice se separare noluerint, similiter centena flagella eis imponi iubemus, et ipsa mulier parentibus sui in potestate tradatur. Quod si postmodum eam parentes retrorsum dimiserint, sit ancilla domino eius servi. Filii tamen, qui ex ea iniquitate fuerint procreati, condicione patris sequantur, ut in servitio permaneant, facultati vero mulieris propinque sui legali successionem conquirant. Ipsam autem legem precipimus custodire et de viris ingenuis, qui regias ancillas vel etiam cuiuscumque habuerint copilatas, ut condicionis hec forma servetur. 4. Si liberta mulier servo alieno se coniuncxerit aut in matrimonio sociaverit, constestatur si tertio de minus servi presentibus tribus testibus, ut ab hac coniunctione discedat, et post trinam conventionem si se separare noluerit, sit ancilla domine eius, cuius serve se coniuncsit. Si vero non constat fuerit, antequam filii nascentur, illa in libertate permaneat, agnatio autem servi domino deputetur, quia liberi esse non possunt, qui ex tali condicione nascuntur.

Respecto a la legitimidad de los hijos, en derecho visigodo se presume que adquieren la citada cualidad los nacidos de padres unidos en matrimonio sin que se establezca plazo alguno para presumir la paternidad³²⁴. Si se recoge del derecho romano, sin embargo, la

³²² CALABRUS, *Las relaciones paterno-filiales en la legislación visigoda*, Granada, 1991, pp. 64 y ss.

³²³ Respecto a las uniones entre siervos, vid. CALABRUS, *Las relaciones paterno-filiales en la legislación visigoda*, op. cit., pp. 66 y ss. y OSABA, “Reflexiones en torno a las leyes visigodas”, en Monteagudo, 3ª, nº 8, 2003, pp. 57 y ss.; en especial pp. 64 y ss., en las que analiza la regulación del derecho visigodo respecto de las uniones entre personas de desigual condición, esto es, entre libres y esclavos o libertos.

³²⁴ CALABRUS, *Las relaciones paterno-filiales en la legislación visigoda*, op. cit., p. 38. Pese a no establecer plazo alguno para la atribución de paternidad al marido, si se permite que tanto éste como los hijos puedan acusar a la madre de adulterio: *Lex Romana Visigothorum III, 4, 13.- Chindasvinto. Si eiusdem adultere aut decepti mariti etate sunt legitimi filii, ipsis, iuxta quod maritus adultere poterat, sit apud iudicem mulieris*

obligación de la mujer de respetar el *tempus lugendi* en caso de que muera el marido, para evitar cualquier duda respecto a la legitimidad en caso de que naciera un hijo póstumo³²⁵.

La legislación visigoda concede todos los derechos en materia de filiación a aquellos hijos que hubieran adquirido la cualidad de legítimos, estableciendo todos los derechos sucesorios a su favor tanto del padre como de la madre, incluso si proceden de sucesivos matrimonios:

Lex Romana Visigothorum IV, 5, 4.- Chindasvinto. De filiis de diversis parentibus natis et qua discretione parentum adsequatur hereditatem. Si provenerit unum virum plures habere uxores adque ex ómnibus filios procreare, et aliquem filiorum aut filiarum contingent intestatus se hac vita discedere, facultatem eius, si filios non relinquerint vel nepotes, illi fratres vel sórores adprehensuri sunt sibique vindicaturi quos ex uno patre et ex una matre constat esse pregenitos. Talis etiam ordo servabitur si una mulier de pluribus maritis filios habeat. Nam similiter fratrum sororum que hereditatem tam a paterna quam a materna sucesione debitam. Quod si ex uno patre et diversibus matribus filii fuerint, facultas, que de patre venerit, illi tantum inter se erunt equaliter divisuri qui ex uno patre fuerint procreati. Similiter si de una matre vel de diversis patribus filii nati fuerint, id precipimus observare.

Tampoco en el caso de condena del padre o de separación matrimonial los hijos legítimos perderían sus derechos sucesorios en su herencia³²⁶:

adulterium accusandi vel comprobandi licentia. Certe si aut filii desunt et non eiusdem etatis vel sollertie, qui hoc expetire legitimi possint, ne fertasse dum dilatio dumiscendi adulteri intercedit, aut deceptum maritum fraudulentem adulter perimat, aut facultas eius filiis suis aut propinquis ex hac occasione depereat proinuos.

³²⁵ La obligación de guardar luto abarcaba la prohibición de contraer segundas nupcias, pero también de mantener relaciones esporádicas, que son sancionadas como adulterio llevando consigo la pérdida de los bienes del difunto a favor de los hijos legítimos e, incluso, de los parientes próximos, en caso de que no existiera descendencia: *Lex Romana Visigothorum III, 2, 1.- Antiqua. Si post mortem mariti infra annum mulier nubat. Sui que mulier post mortem mariti sui se alio infra annum coniuncserit vel adulterium fecerit medietatem rerum suarum filii sui ex priore coniugio procreati aut si filii desunt alii heredes per iudicis instantiam consequantur. Quum idcirco mulierem precipue hiic volumus subiacere dispendium, ne hec, que a marito gravida relinquitur, dum immoderato Desiderio ad secundis coniugii vota festinat vel adulterium perpetrare, spem partum, priusquam nascetur, extingat.*

³²⁶ En caso de que se condene al padre por adulterio o por ser sodomita, se prohíbe la confiscación de sus bienes, al estimar que pertenecen a sus legítimos herederos: *Lex Romana Visigothorum III, 4, 12.- Chindasvinto. Certe si filios legitimos de priore coniugio adulter habuerit ipsis eius hereditas est omnibus pertinebit, et huius tantum persona marito adultere subiacet. Uxor autem adultera sive de priori coniugio vel postremo legitimos filios habere dinoscitur, sequestrata filiis de priori coniugii portionem et in eorum*

Lex Romana Visigothorum III, 6, 2.- Chindasvinto. Ne inter coniuges divortium fiat... Et eadem mulier tam facultatem suam quam dotem ab ipso viro acceptam sibi in omnibus vindicabit. Et si quid aliud facultatis eiusdem pessimi viri fuerint, cunctis eorum filiis ad inegrum pertinebit. Quod si aut communes filii aut eiusdem viri ex coniugo precedenti non fuerint, universam viri facultatem mulier, que per nequitiam illius a coniugio resoluta est... Et omnibus filiis seu ex eodem pari coniugio, sive ex precedenti ipsius viri, ut diximus procreatis, equaliter facultas eius obtinenda pertinescat. Certe si nec comunes filii nec ex priori ipsius viri coniugo geniti superstes extiterint, et ea forsitam mulier, que dicta est, ex priori digno coniugio filios videtur habere, ipsis procul dubio licitum erit maternam vocem adserere ut eorum instantia cum fuerit iusta presentem legem scelerati persona damnata facultatem eius indubitanter obtineant.

Similar disposición se adopta para el caso de que sea la mujer la que cometa adulterio, ordenando que los hijos legítimos deberían recibir los bienes maternos, estableciendo además que, en caso de que nacieran hijos de la relación extramatrimonial, no pudieran heredar incluso si no existían hijos legítimos, ya que los bienes debían recibirlos el resto de parientes legítimos³²⁷:

Lex Romana Visigothorum III, 2, 2.- Antiqua. Si ingenua mulier servo suo vel proprio liberto se in adulterio miscuerit aut forsitan

potestate relicta sic suorum filiorum ex eadem, que posmodum in adulterio convictur coniuge creatorum maritus eius portionem obtineat, ut post suum obitum eiusdem filiis possidendam relinquat... Nam si fecerit ipse quidem de rebus eius nihil habiturus est; omnis tamen mulieris facultas aut filiis eius legitimis, aut si filii defuerint, heredibus mulieris ex toto proficiet. Igualmente, en caso de que fuera condenado por rapto de una doncella, se establece que la mujer raptada no recibiría los bienes del raptor porque estos se debían entregar a sus herederos: Lex Romana Visigothorum III, 3, 1.- Ervigio. Quod si vir de alia uxore filios habens legitimos, raptum posea fecisse convictur, ipse videlicet solus in eius, quam repuit, serviturus potestatem tradatur: res tamen raptoris filii eius legitimi obtinentur. Lex Romana Visigothorum III, 4, 1.- Ervigio. Sin quis uxori aliene adulterium intulerit violenter, si ipse adulter filios habens legitimos talia perpetraverit ipse solus absque rebus addicatur maritus mulieris. 2. Quod si filios legitimos habere probantur, tunc omnes res ad eosdem filios pertinebunt; ipsi tamen, id est tam mulier ipsa disponeasse vel in coniugio sibi sociasse dinoscitur in potestate filius cui primum predicta mulier pactita fuerat, servituri tradatur. Lex Romana Visigothorum III, 5, 4.- Chindasvinto. De masculorum stirpis... Habentes autem uxores qui de consensu talia gresserint, facultatem eorum filii aut heredes legitimi poterunt obtinere; nam coniuge sua tantum detem precepta suarumque rerum integritate retenta, nubendi cui voluerint indubitata menebit et absoluta licentia.

³²⁷ Como pone de manifiesto Osaba, la ley pretendía con toda claridad erradicar las relaciones entre las mujeres pertenecientes a la nobleza y sus esclavos o libertos, por la acentuada desigualdad en la categoría social que ostentaban ambos; no sólo se muestra el rechazo hacia el adulterio en este caso, sino a toda unión que significara una desigualdad social entre las personas que mantenían relaciones. Vid. OSABA, “Reflexiones en torno a las leyes visigodas”, *op. cit.*, pp. 67 y ss.

eum maritum habere voluerit et ex hoc manifesta probatione convincitur, occidatur; ita ut adulter et adultera ante iudice publice fustigentur et ignibus concrementur. Cum autem per reatum tam turpis admissi servo suo sive patronam liberto fuisse coniunctam, eos separare non differat; ita ut bona eiusdem mulieris aut si sunt de alio viro idonei filii, evidenti obtineant, aut propinquis eius legalis successione propiciant. Quod si usque ad tertium gradum defecerit heres, tunc omnia fiscus usurpet; ex tali enim consortio filios procreatus constitui non oportet heredes...

No obstante lo anterior, en opinión de Calabrús, los hijos procedentes de uniones adulterinas y también de relaciones incestuosas podrían tener un derecho a ser alimentados³²⁸, porque en la *Lex Romana Visigothorum*, al regular este derecho no realiza distinción entre los distintos tipos de filiación, por lo que sería aplicable la norma que establecía un derecho de alimentos a favor de la descendencia³²⁹.

También hace referencia la *Lex Romana Visigothorum* a los hijos procedentes de uniones incestuosas o sacrílegas³³⁰, ordenando que la herencia de los padres la reciban los hijos legítimos que hubieran nacido de matrimonios anteriores. Sin embargo, a falta de esta descendencia, la ley si declara sucesores a los hijos ilegítimos, siendo preferidos al resto de parientes legítimos porque *sacri baptismatis expiati*:

Lex Romana Visigothorum III, 5, 2.- Recesvinto. Ut deincepts, sicut et canones ecclesiastici proibent, nullus Deo devotam virginem, nullus sub religionis abitum consistentem sive viduitatis continentiam profitentem seu agentem penitentiam vel sui proximam generis aut eam, de euius admixtione incestive notam possit subiré infante, non licito conubio aut vim aut consensu accipiat coniugem; qua nec verum poterit esse coniugium, quod a meliori propósito deducitur ad deterius, et

³²⁸ CALABRUS, *Las relaciones paterno-filiales en la legislación visigoda*, op. cit., p. 59.

³²⁹ *Lex Romana Visigothorum IV, 3.- Antiqua. Si quis parentibus acceperit infantulum nutriendum, usque ad decem annos per singulos annos singulos solidos pretii pro nutrito infante percipiat. Si vero decimum annum etatis excesserit, nihil postea maecedis addatur; quia ipse, qui nutritus est, mercedem suam suo poteat compensare servitio. Quod si hanc suman qui repetit dare noluerit, mancipium in nutrientis potestate permaneat.* El derecho de alimentos se establece como obligación del padre a favor de los hijos hasta los diez años, porque a partir de esa edad, se entiende que el hijo puede prestar servicios a la persona que le está educando que podían compensar los gastos ocasionados por la alimentación del menor.

³³⁰ Vid. respecto a las uniones sacrílegas, ³³⁰ CALABRUS, *Las relaciones paterno-filiales en la legislación visigoda*, op. cit., pp. 72 y ss.

sub falsi nominis coula incestiva pollutio et fornicationis inmunditia perpetratur. Hoc vero nefas si agere amodo provinciarum nostrarum cuiuslibet gentis homines sexus utrinque temptaverint, insistente sacerdote vel iudice, etiam si nullus accuset, omnimodis separati exilio perpetuo religentur nec aliqua in defensionem sui longitudine temporis excusentur. Eorum vero bona, quia talia gesserint, si eis de priori coniugio filli defuerint, ipsorum filiis absque infamie notam omnino proficient, qui licet sint accelerate concepto, sunt tamen unda sacri baptismatis expiati. Quod si filii forte defuerint, illi ad capiendam hereditatem succedant, quibus priscarum legum sanctio legitiman succesionem indulgit. Similis quaque de religiosis forma servabitur, quibus nubere canonum sentential proibetur, illis tantum faminis ab ac sententia segregatis, que violentium coniuncitonis indebite sine precedenti vel sequenti consencione pertulerint. Sacerdotes vero vel iudices, si talia cognoscentes ulcisci fortasse distulerint, quas auri libras fisco cogantur exolvere.

Respecto a los hijos naturales, el derecho visigodo no realiza ninguna referencia a esta categoría, por lo que, como ha puesto de manifiesto Calabrús³³¹, se hace necesario acudir a los *Fragmenta Gaudenziana* para conocer la regulación de esta materia³³². En este orden de cosas, se permite que los hijos naturales accedan al *status* de legítimos pero sólo cuando el padre contrajera matrimonio con su concubina y siempre que el rey le concediera el permiso pertinente³³³. Por lo tanto, de los tres procedimientos de legitimación que conoció el derecho romano, en derecho visigodo tan sólo subiste la *legitimatio per subsequens matrimonium*, que mantendrá los efectos concedidos a los hijos legitimados, esto es, al alcanzar el *status* de legítimos, heredarán al padre tanto en la sucesión *abintestato* como testamentaria:

Frag. Gaud., VIII.- De naturalis, qui de ancilla nascuntur, ita et si de ingenua absconse nati fuerint. Et si non abeat filios de legitima uxore, potest fieri mater eorum, que concuba fuit, uxor; cum conscientia tamen regis. Et postea illa mater filiorum in

³³¹ Vid. CALABRUS, *Las relaciones paterno-filiales en la legislación visigoda*, op. cit., pp. 52 y ss.

³³² Respecto de los *Fragmenta Gaudenziana*, vid. ZEUMER, *Historia de la legislación visigoda*, trad. española por CLAVERIA, Barcelona, 1944 y VISMARA, “*Fragmenta Gaudenziana*”, en *Ius Romanum Medii Aevi (Collegio Antiqui Iuris Studis Provehendis)*, I-2, Milano, 1968.

³³³ En derecho visigodo la autorización del Rey no se configura como una forma de legitimación independiente, sino que constituye un requisito de la legitimación por matrimonio subsiguiente. CALABRUS, *Las relaciones paterno-filiales en la legislación visigoda*, op. cit., p. 56.

matrimonio, et filii eius liberi; et postestatem habeat si voluerit pater derelinquere illis hereditatem suam. Si autem intestatus obierit, sint illi heredes filii. IX.- Si quis non habuerit filios legitimos de legitima uxore natos, et habuerit naturales, quartam partem hereditatis sue habeat licentiam relinquere naturalibus, si voluerit, dum sanus est, per donationis cartulam, aut moriens per testamentum. Ita tamen, si ancilla sit illa concuba ipsius, cum filiis suis ante testes legitimos ingenua dimittatur; ad iunctos filios et matrem illorum det hereditatis sue quartam portionem; non amplius quarte portionis naturalibus dare non potest. Quod si filios de legitima uxore habuerit, nullatenus ei relinquere liceat naturalibus filiis, nisi duodeciman partem; undecim relique partes ad legitimos remaneant filios. Si vero pater moriens non reliquerit aliquid naturalibus filiis, ingenui sint sibi contenti; et non eos revocet ad servitium legitimi filii.

La tradición romana postclásica se mantiene en el fragmento IX, al permitir al padre que no tuviera hijos legítimos dejar una cuarta parte de su herencia, bien por donación o por testamento a sus hijos naturales. En caso de que existieran hijos legítimos, prosigue el fragmento, la parte de sus bienes que podría dejar a los hijos naturales se reduciría a un doceavo³³⁴.

Por lo que se refiere a la herencia materna, las leyes visigodas atribuyen al hijo la propiedad de los bienes heredados de la madre y al padre su administración y usufructo, que éste mantendría hasta el momento en que se casara de nuevo³³⁵. El padre podía retener la herencia materna hasta que el hijo alcanzara los veinte años³³⁶ o contrajera matrimonio, si bien en este último caso podía reservar el usufructo sobre la tercera parte de los *bona materna*, pudiendo reservar el usufructo sobre la tercera parte:

Lex Romana Visigothorum IV, 2, 13.- Recesvinto.- Antiqua.- Matre mortua filii in patris potestate consistent. Quod si marito superste uxor forsitam moriatur, filii, qui sunt ex eodem coniugio procreati, in patris potestate consistent, et res eorum, si novercam non superduxerit, ea, condicione possideat, ut nihil

³³⁴ CALABRUS, *Las relaciones paterno-filiales en la legislación visigoda*, op. cit., p. 54.

³³⁵ *Lex Romana Visigothorum*, IV, 2, 13. Esta disposición se recoge del derecho romano, en la legislación de Constantino, que también atribuía al padre el derecho de disponer de los bienes heredados de la madre.

³³⁶ Esta libre disposición de los bienes es lo que Merea ha dado en llamar el premio a la emancipación. Vid. MEREIA, “O poder paternal na legislação visigótica”, en *Estudos de direito visigótico*, Coimbra, 1948, pp. 1 y ss., p.19.

exinde aut vendere aut evertere aut quocumque pacto alienare presumat, sed omnia filiis sua integra et intermerata conservet. Fructos tamen omnes cum filiis suis pro suo iure percipat et una cum ipsis filiis suis communibus consumat expensit. Cum vero filius ducit uxorem, aut filia maritum acceperit, statim a patre de rebus maternis suam recipiat portionem, ita ut usufructuario iure patri tertia relinquantur. Pater autem tan filio quam filie, cum XX annos etatis impleverint, mediam exeadem, quam unumquemque contigerit de rebus maternis, portionem etiam si nullis fuerint nuptiis copulati. Medietatem vero, dum advixerit, pater sibi vindicet, filiis post obitum relinquantur. Qui autem novercam superduxerit, omnes facultates maternas filiis mox reformat; ne, dum filii cum rebus suis ad domum transeunt alienam, noverce suo vexentur iniuriis. Eadem quoque et de nepotibus forma servetur. Quod si pater de his rebus aliquid everterit aut super tempus, quod constitutum est res filiorum tenere presumserit omnia de rebus eius illis, de cuius matre esse videntur, et reddenda sunt et omnimodis sarcienda.

El derecho de alimentos se recoge en la lex haciendo referencia a la obligación del padre de compensar los gastos ocasionados por la alimentación y educación de los hijos abandonados³³⁷:

Lex Romana Visigothorum IV, 4, 3.- Antiqua. Si quis a parentibus acceperit infantulum nutriendum, usque ad decem annos per singulos annos singulos solidos pretii pro nutrito infant percipiat. Si vero decimum annum etatis excesserit, nihil postea mercedis addatur; quia ipse qui nutritus est, mercedem suam suo potest compensare servitio. Quod si hanc summam qui repetit dare noluerit, mancipium in nutrientis potestate permaneat.

Como se ha tenido ocasión de exponer, el derecho romano reguló la obligación de alimentar a los hijos, si bien, como afirma Pugliese³³⁸, parecen existir indicios de que sólo a

³³⁷ Vid. CTh. 5, 9, 1.- *Quicumque puerum vel puellam proiectam de domo, patris vel domini voluntate scientiaque, collegerit ac suis alimentis ad robur provexerit, eundem retineat sub eodem statu, quem apud se collectum voluerit agitare, hoc est sive filium sive servum eum esse maluerit: omni repetitionis inquietudine penitus summovenda eorum, qui servos aut liberos sciens propria voluntate domo recens natos abiecerint.* Vid. respecto al derecho de repetición de los gastos ocasionados por alimentos y educación de los hijos expósitos, CORCOLES, “El pago por la nutrición del menor en Lex Visigothorum, 4, 4, 3”, en El Derecho de Familia: De Roma al Derecho actual, Huelva, 2004, pp. 81 y ss.

³³⁸ PUGLIESE, “*Precedenti romani della moderna legislazione sui minori*”, en *Atti dei Convegni Lincei*, V. Franciosi, 1983, pp. 11 y ss., en especial p. 133.

partir de Trajano estuvo considerada jurídicamente como una obligación recíproca entre padre e hijo³³⁹. En la regulación visigoda parece desprenderse del texto transcrito anteriormente la vigencia de la obligación de alimentar a los hijos con independencia de la categoría a la que pertenecían³⁴⁰, y que, al igual que en derecho romano, permanecía incluso en el caso de que el hijo fuera abandonado³⁴¹.

b) Fuero Juzgo y fueros municipales.

El silencio de la regulación visigoda respecto de la categoría de los hijos naturales, coherente con su falta de regulación del concubinato³⁴² dejó subsistente, sin embargo, la distinción general entre hijos legítimos e ilegítimos, dependiendo de que los padres estuvieran unidos o no en matrimonio³⁴³; a este respecto, cabe advertir que el Fuero Juzgo trató con suma benevolencia a todos los hijos ilegítimos –incluso los incestuosos, sacrílegos

³³⁹ Vid. D. 25, 3, 5; C. 5, 25, 1, transcritos en pp. 59 y 64, respectivamente.

³⁴⁰ Como afirma Calabrús, el derecho de alimentos se debe extender a los hijos ilegítimos puesto que en la *antiqua* IV, 4, 3 no se hace referencia alguna a la legitimidad del hijo. Vid. CALABRUS, *Las relaciones paterno-filiales en la legislación visigoda*, Granada, op. cit., p. 57.

³⁴¹ La exposición de los hijos no servía para que el padre pudiera exonerarse de la obligación de manutención de éstos y así en *CTh.* 5, 9, 1 y su *interpretatio* (recogidas en el Breviario en 5, 7, 1) se recoge la posibilidad de adoptar o esclavizar al niño expósito acogido y alimentado como compensación de los gastos ocasionados. Se establece, pues, la obligación de los padres entregado a un *nutritur* encargado de su educación y manutención de pagar un solidus por cada año si fuera menor de diez años, porque si era mayor de esta edad, el gasto se compensaría con el trabajo realizado por el menor. Vid. CORCOLES, “*El pago por la nutrición del menor en Lex Wisigothorum*, 4, 4, 3”, op. cit., pp. 81 y ss.

³⁴² Como afirma Gutiérrez, debido “a la pureza que honra las costumbres de los antiguos godos”, este pueblo ni admitió el concubinato ni conoció el concepto de hijo natural ni reguló la legitimación; al contrario, en sus leyes existen títulos completos dedicados a las bodas prohibidas que sancionan con severidad los adulterios, incestos y otros delitos análogos. GUTIERREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, I, Madrid, 1881, pp.702 y 719.

³⁴³ En la sucesión intestada, la ley segunda del título segundo, libro cuarto del Fuero Juzgo reconoce a los hijos legítimos la plena capacidad sucesoria respecto de sus padres, estableciendo que en *la heredad del padre vienen los hijos primeramente. E si non oviere hijos, dévenlo aver los nietos*. En la sucesión testamentaria, los descendientes legítimos se presentan como herederos forzosos y sólo se permite la libre disposición de una quinta parte de la herencia, como ordena la ley vigésima, del título segundo, libro cuarto; sin embargo, también podrían desheredarlos por *causas graves* tal y como consta en el libro quinto, título cuarto, ley decimosegunda.

o adulterinos³⁴⁴— al permitir que, en ausencia de los legítimos, sucedieran con preferencia a los demás parientes³⁴⁵.

La categoría de los hijos naturales es recuperada en algunos Fueros Municipales que toleraban la barraganería, si bien presentando una regulación dispar y carente de uniformidad en la conceptualización de los mismos³⁴⁶. En efecto, algunos fueros se refieren a los hijos naturales como los nacidos de concubinato³⁴⁷, mientras que en otros se integra en esa categoría a los nacidos de padre y madre solteros³⁴⁸, aunque su relación hubiera sido esporádica³⁴⁹; incluso se ha llegado a afirmar que el Fuero de Ledesma podría presentar dos clases de hijos naturales, siendo una inferior en derechos a la otra³⁵⁰.

³⁴⁴ No obstante, los títulos tercero aquinto del libro tercero, dedicados a los delitos contra la honestidad, disponía que los adúlteros fueran entregados al cónyuge ofendido para pasar a ser esclavos suyos, perdiendo los bienes en favor de la prole legítima.

³⁴⁵ Vid. libro tercero, título quinto, leyes primera y segunda del Fuero Juzgo, que podían heredar en ausencia de hijos legítimos con preferencia a los demás parientes porque aunque eran fruto del crimen *tamen nuda sacri baptismatis expiati*. ESCRICHE, voz “hijo ilegítimo”, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, III, Madrid, 1875, p. 56.

³⁴⁶ Vid. respecto al concepto de hijo natural presente en la regulación de los fueros municipales, GACTO, *La filiación no legítima en el derecho histórico español*, op. cit., pp. 61 y ss.

³⁴⁷ El Fuero de Plasencia se refiere a las barraganas disponiendo que “*la barragana, si probada fuese fiel á su Sennor, é buena, herede la mitad que amos en uno ganasen en mueble é raiz*”; también el Fuero de Zamora disponía que “*et se fur barragana que coma con él á una escudiella é á una mesa é casa contovier con ella, é non hober mulier á beneccion*”. Vid. DOMINGO DE MORATO, *Estudios de ampliación de la historia de los Códigos españoles y de sus Instituciones sociales, civiles y políticas*, Valladolid, 1884, p. 96.

³⁴⁸ Así, el Código de las Costumbres de Tortosa se refiere al hijo natural como aquel *qui es nat de solt e de solta y entr'eyls poria esser matrimoni*: Código de las Costumbres de Tortosa, 6, 8, 5.- *Fill natural es dit aquell qui est nat de solt e de solta y entr'eyls poria esser matrimonio, y aytal fill, quan no y ha descendents, ni collaterals ni muyler, quan lo pare mor entestat, be en successio dels bens del pare en la sesta part; e aquella no li pot hom tolre, axi como a no digna persona. La qual sesta part deu partir ab sa mare egualmente per mig, si viva es. E aquest fill aytal pot fer establir lo pare hereu, o en altra manera donar tots los seus bens en testament o donacions; e altressi, si n'os vol, e fa testament, no li lexara re ni li dara. Ne aytal fill no pot venir contra lo testament de son pare, jas sia ço que pusca venir a successio dels bens tots de la mare, morta entestata, si que sia aytal fiyl o altre qui esset vulgo conceptus....*; los *Furs* de Valencia también definen al hijo natural como aquel habido entre solteros sin que existiera impedimento matrimonial: *Fori Antiqui Valentiae* IX, 1, 9.- *Naturalem filium qui natus de tali soluto et soluta qui essent possint vir et uxor legitimare possumus...*

³⁴⁹ Fueros de Alcalá de Henares, Brihuega, Fuentes de Alcarria, Molina de Aragón, Soria, Alfambra o Jaca entienden la categoría de hijos naturales como los nacidos de padres libres para casarse aunque su unión fuera esporádica. Vid. GACTO, *La filiación no legítima en el Derecho histórico español*, Sevilla, 1969, p. 65.

³⁵⁰ Fuero de Ledesma, 136.- *Fijo de barragana que es cocovino non heriede su madre en bona de su padre. El padre que recibir el fijo en su vida, heriede su bona, si non fuer cocovino*. Según Gacto, el Fuero de Ledesma distinguiría dos tipos de barraganía: uno superior, que permitiría a los hijos heredar y también la *luctuosa hereditas* de la mujer y otro —calificado de concubinato— de efectos más restringidos y cuyos hijos serían los denominados *cocovinos* en el Fuero, que no heredarían a no ser que fueran reconocidos por el padre. GACTO, *La filiación no legítima en el Derecho histórico español*, op. cit., p. 162, n. 391.

La recuperación en la legislación foral municipal de la categoría de hijos naturales conlleva también la regulación de los procedimientos para su legitimación, encontrándose en los cuerpos legales, en general, referencias a la legitimación *per subsequens matrimonium* y *per rescriptum principis*, reguladas ya en derecho romano postclásico y justiniano, así como el reconocimiento en testamento. A modo de ilustración, los *Furs* de Valencia permitieron legitimar únicamente a los hijos naturales tanto por matrimonio posterior de los padres como por rescripto del príncipe³⁵¹; el Código de las Costumbres de Tortosa también limita la posibilidad de legitimar a la categoría de los hijos naturales, permitiendo que accedan al *status* de legítimos por subsiguiente matrimonio de los padres o por reconocerles como hijos en algún documento público, como las cartas nupciales o su testamento³⁵²; el Fuero de Ayala reconoce la legitimación *per rescriptum principis* a los efectos de permitir la sucesión del padre por parte del hijo natural³⁵³.

Los Fueros de Soria y Fuentes acometen la regulación del procedimiento de legitimación del hijo por el matrimonio posterior de los padres de forma más estricta al exigir como requisito *sine qua non* para la legitimación que los padres estuvieran solteros en el momento de la concepción del hijo³⁵⁴, pero sin duda la innovación más relevante se

³⁵¹ *Fori Antiqui Valentiae* IX, 1, 5.- *Filius burdus naturalis ad patris et matris et aliorum heredum instantiam legitimetur, et tunc succedat in paternis bonis mobilibus et immobilibus, etiam si legitimos habuerint filios. 7.- Filius procreatus et natus ex adulterio cohitu, vel de proximis parentibus vel de horribili vel alio prohibito aiustamento, supplicatione aliqua parentum et heredum non legitimetur et, si a nobis vel nostris legitimatus fuerit, non valeat legitimatio nec aliqua indulgentia super hoc ei facta, immo a parentum successionibus, tam imobilibus quam immobilibus, et donationibus sive cessionibus et quibuslibet aliis beneficiis penitus excludatur. 9.- Naturalem filium qui natus de tali soluto et soluta qui esse possint vir et uxor, legitimare possumus et ei successionis beneficium impertiri, deficientibus filiis legitimis. Vid. CASTAÑEDA Y ALCOVER, Estudios sobre la Historia del derecho valenciano y en particular sobre la organización familiar, Madrid, 1908, pp. 26 y ss.*

³⁵² *Código de las costumbres de Tortosa*, 6, 8, 5.- *Fills naturals se poden legitimar e son legítims, s'il pare e la meare volen prendre la un al altre en marit o en muller, y es feyt entr'ells matrimoio per verba de presenti, jas sia ço que no la aja presar en faç d'Esglea. Encara son legítims e poden ven venir a successio, s'il pare, quam dona muller a son fill n atural, o filla natural. Allo meteyx es si, en so testament, o en pleyt devant Jutge, l'apella fill, e no y enadeyx natural.*

³⁵³ *Fuero de Ayala*, 88.- *Maguer el fixo que non es de bendicion non debe heredar segun manda la ley pero si el Rey le quisiere facer merced puede facer legitimo, e sea heredero también como si fuere de bendición, que asi como el Papa puede legitimar para aver Ordenes e Beneficio, asi puede el Rey para heredar e para las otras cosas temporales.*

³⁵⁴ *Fuero de Soria*, 317.- *Si ome soltero con mugier soltera fiziere fijos e despues casare con ella, estos fijos son de bendición e sean herederos; Fuero de Fuentes de la Alcaria*, 182.- *...todo home que non hubiere muger, é fijo ficiere en muger que non haya marido, é buscasse padrinos, é lo ficiere fijo en consejo o lo conosciere por fijo a su fin, ó en hueste ó en haz de caballeros, herede.*

encuentra en los Fueros de Vizcaya y Molina de Aragón, que permite legitimar a los hijos adulterinos³⁵⁵.

Como se puede observar, la legitimación de los hijos naturales se regula en los fueros en orden a la adquisición de la capacidad sucesoria y cabe destacar a este respecto, la genérica referencia que la legislación foral realiza en orden al reconocimiento de derechos hereditarios de los hijos naturales, sin especificar si este reconocimiento se refiere a la sucesión *ab intestato* o a la testamentaria y, en ocasiones, sin que se establezca si se mantenían derechos sucesorios en caso de concurrencia con hijos legítimos. De ahí que Gacto haya puesto de manifiesto que probablemente todos los hijos, legítimos y naturales, siempre que hubieran sido reconocidos por el padre de alguna forma, participaran al fin en el patrimonio familiar, debido a la consagración del concubinato como forma de vida paralela al matrimonio plenamente aceptada y a la importancia de la relación de parentesco derivada de esta unión³⁵⁶.

Sin intención de realizar una referencia exhaustiva a cada fuero municipal, si resulta interesante traer a colación de forma sucinta la regulación de la capacidad sucesoria que realizan algunos cuerpos legales. Así, los fueros de Alcalá de Henares, Brihuega o Molina de Aragón permiten que los hijos naturales puedan heredar, tanto por testamento como *ab intestato*, siempre que medie un reconocimiento —expreso o tácito— de la paternidad³⁵⁷; en ellos, si bien no se menciona el requisito de ausencia de hijos legítimos, no obstante, parece que tal exigencia, como afirma Gacto parece deducirse de la no concurrencia de mujer

³⁵⁵ En el fuero de Vizcaya, tras referirse a la incapacidad general de los hijos *que haya habido el home casado de alguna mujer o la mujer casada de algún home en vida del marido legitimo o el marido en vida de la mujer legitima*, afirma que *salvo si fuere legitimado por su Alteza*. Vid. Fuero de Vizcaya 20, 11. Vid. También el Fuero de Molina de Aragón, XI, 76, citado en n. 357.

³⁵⁶ GACTO, *La filiación no legitima en el Derecho histórico español*, op. cit., p. 158.

³⁵⁷ Vid. Fuero de Alcalá de Henares, 277.- *Todo filio malfecho non herede. E quomodo es malfecho: sil ficiere el padre su mulier aviendo a bendición, en otra mujer. E si antes le ficiere que aia mujer velada e despues oviere mujer velada e ficiere filios in ela e so padre lo ficiere filio en conceio o in az de calaverso que foren in fonsado, herede o rogare compadres; e si esto non ficiere, non herede*. Vid. también Fuero de Brihuega, 311.- *Qui fiziere fijo con otra mugier. Todo omne de briuega que oviere mugier velada, et fijo fiziere en otra: aquel fijo non hereder et si non oviere mugier et fijo fiziere en mugier que no aya marido, el buscare padrinos, o lo fiziere fijo por conceio, o lo connosciera por fijo a su fin, o en hueste en haz de cavalleros, este herede*. Fuero de Molina de Aragón, XI, 76.- *Qui oviere fijo que non fuere de mujer velada, fagal fijo en conceio et si non lo fiziere, non herede. Fornecino non herede*.

legítima³⁵⁸. Sí hace referencia expresa a la incapacidad para suceder en presencia de hijos legítimos el Fuero de vizcaya, que permite sin embargo que puedan obtener por otros títulos hasta una quinta parte de la herencia, reconociendo la posibilidad del padre de instituirlos herederos únicamente en ausencia de descendencia legítima³⁵⁹.

Un sistema peculiar se observa en el Fuero de Zamora que establece un doble sistema para el reconocimiento de derechos sucesorios a los hijos naturales dependiendo de la existencia de convivencia con la madre análoga la matrimonio o no: la capacidad sucesoria vendría concedida en el primer caso, siempre que se pudiera demostrar a través de testigos la certeza de la paternidad³⁶⁰.

Mas confusa aparece la regulación en otros fueros, como el de Ledesma o el de Salamanca, que se transcriben a continuación:

Fuero de Salamanca, 209.- *Filio de barragana non heriede a su madre en bonas de su padre.*

Fuero de Ledesma, 136.- *Fijo de barragana que es cocovino non heriede su madre en bona de su padre. El padre que recibir el fijo en su vida, heriede su bona, si non fuer cocovino.*

Se puede deducir de la escueta regulación que realiza el Fuero de Salamanca, como afirma Gacto, que los hijos naturales heredarían a sus padres, puesto que no se hace distinción

³⁵⁸ GACTO, *La filiación no legitima en el Derecho histórico español*, op. cit., pp. 162 y 163.

³⁵⁹ Fuero de Vizcaya, 20, 11.- *Como los padres pueden dexar su hazienda a uno de sus hijos, apartando a los otros con alguna tierra, y de la sucession de los hijos, que no son legitimos.- Otrosi, dixeron: que avian de Fuero, uso y costumbre y establecian por Ley, que cualquier hombre o muger que oviere hijos le legitimo matrimonio pueda dar assi en vida como en el artículo de la muerte a uno de sus hijos, o hijas legitimos, o a nieto, y descendiente de su hijo, o hija legitimo que aya seydo fallecido, todos sus bienes muebles, apartando con algun tanto de tierra, poco, o mucho a los otros hijos, o hijas y descendientes, aunque sean de legitimo matrimonio. Y si hijos, o descendientes legitimos de legitimo matrimonio non oviere; que por essa mesma forma pueda dar, y apartar a los hijos naturales, que oviere de muger soltera. Con que hijos de manceba no puedan suceder, ni heredar en vida, ni en muerte con los hijos, o descendientes de legitimo matrimonio, eceto si el padre o la madre les mandare o dieren alguna cosa de reconocimiento assi en muelbe como en raiz. Con tanto que no exceda del quinto de todos sus bienes.*

³⁶⁰ Además, si la barragana se considera inferior a su señor, entonces los hijos necesitarán en consentimiento paterno para heredar. Fuero de Zamora, 38.- *Omne que ouier fillo o filla de barragana, selos per lengua non heredar, non sean heredados ne nos tragan a derecho. E se fur barragana que coma con el auna heredados, e en quanto ganaren, en todo aya sua metade. E esto sea con afrenta de V omes bonos asuso...*

alguna de tipos de barraganía ni establecer diferencias en cuanto a los hijos nacidos en ella; el supuesto que sí se contemplaría como prohibido, según el autor, sería la *luctuosa hereditas*, es decir, la posibilidad de que la madre entre en posesión de los bienes de aquél con quien vivió en concubinato sucediendo al hijo premuerto³⁶¹. Por el contrario, al permitir el Fuero de Ledesma la *luctuosa hereditas* cuando el hijo, según se menciona, no tuviera la condición de *cocovino*, hace suponer a Gacto que también se estaría admitiendo que éstos hijos recibieran los bienes del padre, puesto que serían precisamente los que no podría transmitir a su madre cuando él falleciera³⁶². No obstante lo anterior, se produce un evidente confusionismo en la segunda parte del texto, porque en ella se expresa claramente que, para que el hijo pudiera heredar, su madre debía de ser barragana, él no tener la condición de *cocovino*³⁶³ y, además, ser recibido como hijo en vida del padre, por lo que, en definitiva, parece que se le niega definitivamente su capacidad para heredar³⁶⁴.

Cabe destacar la regulación que presenta en esta materia el Fuero de Sepúlveda, ya que trata no solo de la sucesión del padre sino de todos los parientes; se reconoce el acceso a la herencia al familiar más próximo en grado siempre que *non sea fecho en barragana*, excepto si fué reconocido por el padre con el consentimiento del resto de herederos. Por lo tanto, como afirma Gacto, la posición del hijo natural como sucesor del padre se ve en este sistema insólitamente agravada, toda vez que, no sólo se veta el reconocimiento de derechos sucesorios en presencia de hijos legítimos, sino de cualquier familiar que pudiera heredar *abintestato* del padre:

Fuero de Sepúlveda, 61.- *De ome que oviere a heredar. Otrossi, todo omne que oviere a heredar assí herede: el mas cercano pariente herede, et que sea en derecho assí como la ley manda, et que non sea fecho en barragana, fuera ende si fuere fecho fijo*

³⁶¹ GACTO, *La filiación no legítima en el Derecho histórico español*, op. cit., p. 161.

³⁶² GACTO, *La filiación no legítima en el Derecho histórico español*, op. cit., p. 161.

³⁶³ Según Gacto no cabe asimilar la frase que es *cocovino* que sea una explicación del concepto de hijo de barragana, porque si los entendemos sinónimos se llegaría a una conclusión que no parece admisible porque entonces los hijos de barragana tendrían peor condición que el resto de ilegítimos. Vid. GACTO, *La filiación no legítima en el Derecho histórico español*, op. cit., p. 162.

³⁶⁴ En opinión de Gacto, el Fuero de Ledesma pretende es distinguir dos tipos de barraganía: uno superior, que permitiría a los hijos heredar y permitir la *luctuosa hereditas* de la mujer y el otro calificado de concubinato, de efectos más restringidos ya que para suceder los hijos deberían primero ser reconocidos por el padre. Estos últimos serían los calificados de *cocovinos* en el Fuero de Ledesma. Vid. GACTO, *La filiación no legítima en el Derecho histórico español*, op. cit., p. 162, n. 391.

*por conçeio, et plaziendo a los parientes que avrien de heredar
el padre o la madre, onde viene el heredamiento...*

Respecto al resto de hijos ilegítimos, en general la legislación municipal les incapacita para suceder, si bien algunos fueros permiten la disposición de alguna cantidad en su favor. Así, los Fueros de Soria y Vizcaya propugnan la incapacidad general de los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos para recibir bienes del padre, ya sea por testamento, legado o donación³⁶⁵. También el Código de Tortosa afirma que se debe tratar a los *hijos adulterinos e incestuosos o nefandis* igual que si fueren *persones no dignes* y, por tanto, *que no poden auer ni prendre per lexa ni per heretat de lur pare ni de lur mare*, declarando nula cualquier disposición testamentaria que se hubiera establecido a favor de estos hijos³⁶⁶. No obstante, el Código de Tortosa sí regula la sucesión de los hijos ilegítimos en los bienes de la madre, capacitándolos para heredar de ella³⁶⁷.

Otros fueros, si bien disponen que la imposibilidad genérica de que el hijo ilegítimo para que pueda heredar del padre, le reconocen su participación en una pequeña cuota; en este sentido, el Fuero de Alfambra dispone que el hijo denominado *fornezino* pueda heredar *abintestato* del padre, siempre y cuando éste lo hubiera reconocido³⁶⁸. La cantidad que dispone el fuero puede parecer simbólica³⁶⁹, ya que se reduce a cinco sueldos, pero lo realmente importante a nuestro juicio es que se reconoce capacidad sucesoria al hijo que en el resto de legislaciones se rechaza contundentemente de la herencia paterna. También el

³⁶⁵ Fuero de Soria, 304.- *Ninguno non pueda mandar de sus cosas a ninguno que sea herege... ni a fijo que fiziese en adulterio ni em parienta*. Fuero de Vizcaya 20, 11.- *...Y si oviere hijos, que haya habido el home casado de alguna mujer o la mujer casada de algún home en vida del marido legitimo o el marido en vida de la mujer legitima o otros incapaces que los tales hijos o hijas engendrados en dañado ayuntamiento no puedan suceder ni heredar en vida ni en muerte en bienes algunos del padre; salvo si fuere legitimado por su Alteza*.

³⁶⁶ Código de las costumbres de Tortosa, 6, 8, 4.- *Los fills que non deuen succeir a lur pare, ni a lur mare, jas sia ço que sien stablits hereus en testaments, e la heretat los deja esser toltá, e deja esser dels pus pruyxmes del testador, si son aquets, adulterins e incestuosos o nefandins deu los esser toltá, sens tot contrast, axi como a persones no dignes, e que no poden auer ni pendre per lexa ni per heretat de lur pare ni de lur mare*; 6, 5, 4.- *Si algu en son testament estableyx hereu fill seu, qui sia de adulteri o de incestus o nafandissim... o a algu d'aquests aytals sobredits fara alguna lexa, aytal substitucio o legal no val, ans los puyximes del defunt li u poden tot tolre, axi como a persona no digna e han actio contra eyl de demanda*.

³⁶⁷ Código de las costumbres de Tortosa, 6, 8, 5.- *Ne aytall fill —el natural— no pot venir contra lo testament de son pare, jas sia ço que pusca venir a successio dels bens tois de la mare, morta entestata, si que sia aytal fiyl o altre, qui esset vulgo conceptus*.

³⁶⁸ Fuero de Alfambra, 72.- *Tot omne bort que conoxido es de su padre si es fornezino prenga V solidos por part et si no es fornezino parta con sus hermanos*.

Fuero de Jaca, si bien prohíbe que los ilegítimos puedan recibir bienes *mortis causa*, permite que el padre pueda donar en vida a los hijos adulterinos o sacrílegos los bienes que desee³⁷⁰.

Los Fueros de Daroca, Teruel y Albarracín y la Compilación privada de Derecho Aragonés, tan solo hacen referencia a los hijos adulterinos, silenciando el resto de categorías de hijos ilegítimos³⁷¹. En todos ellos se les incapacita para suceder al padre motivando la decisión en que *qui non debet nasci non debet ut fórum precipit hereditare*³⁷², si bien el Fuero de Daroca —aún expresando la privación de derechos de los hijos adulterinos en la sucesión *abintestato*— permite que el padre pueda disponer de una cantidad de cien sueldos en su favor³⁷³. La exclusión genérica del hijo adulterino en la herencia paterna, como afirma Gacto³⁷⁴, origina dudas respecto de si la incapacidad afecta únicamente a la sucesión *abintestato* o también a la testamentaria; si se refiriese sólo a la primera, lo cierto es que el padre podría subsanar esta situación, realizando alguna disposición en el testamento a favor del hijo; sin embargo, por las expresiones que emplea el legislador para referirse a estos hijos³⁷⁵, lo cierto es que parece querer excluirlos de forma tajante de la herencia, tanto si el

³⁶⁹ GACTO, “La filiación ilegítima en la Historia del Derecho español”, *op. cit.*, p. 932.

³⁷⁰ Fuero de Jaca, A 1.- *Encara los fillls feyzt en adulterio non pusan demandar dels bens de so payre o de son mayre. Mas si aquel atal payre per sa merce dementre que es uiu uora donar alguna cosa de sos bens o assignar ad aquel fill nat en adulteri yaa n poder.* Vid. respecto a la regulación en los ordenamientos bajomedievales aragoneses, que adoptan soluciones parecidas, GACTO, “La filiación ilegítima en la Historia del Derecho español”, *op. cit.*, pp. 932 a 934.

³⁷¹ Fuero de Teruel 4 y 6, Fuero de Albarracín, 6, Compilación privada de Derecho Aragonés, 32, Fuero de Molina de Aragón, XI, 76, Fuero de Alcalá de Henares, 277; Fuero de Brihuega, 311, Fuero de Ledesma, 136.

³⁷² Vid. Fuero de Teruel 6.- *Quod pater hereditet bona filii, et filius bona patris. Pater hereditet bona filii et filius bona patris nisi filius uel filia factus fuerit in adulterio quia qui non debet nasci non debet ut fórum precipit hereditare.* Vid. también Compilación privada de Derecho Aragonés, 32.- *De homine qui habet muliere ad benedictionem, aut de muliere que habet uirum ad benedictionem, et habent filios unus de alio et qual se uult de illis fecerit filios vel filias in alia muliere aut cum alio homine, iste habet nomen filius super seminatus et non debet hereditare patrem suum neque partire cum aliis germanis, qui qui non debuit nasci quomodo debet accipere partem? Et si non esset pro illa christianitate que est in eo deben uendere illum alii germani quia non fuit de coniuge.*

³⁷³ En el Fuero de Daroca se afirma que “*Omnes parentes hereditent suos filios, et e converso, exceptis adulterinis filiis, quos praediximus non debere hereditare*”, pero, sin embargo, dispone que “*si quis vir, habens legitimam uxorem, genuerit filium, vel filiam, ex alia adultera, ille filius non sit haeres cum aliis nec hereditet in rebus patris. Pater vero si voluerit possit illi dare usque ad C solidos hoc idem fiat de muliere conjugata*”. Vid. MUÑOZ ROMERO, *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas*, I, Madrid, 1847, pp. 536 y 538.

³⁷⁴ GACTO, “La filiación ilegítima en la Historia del Derecho español”, en AHDE, XLI, 1971, pp. 899 y ss.

³⁷⁵ En el Fuero de Teruel se deja bien claro que el *filius uel filia factus fuerit in adulterio qua qui non debet nasci*, y en la Compilación de Derecho Aragonés también se refieren a ellos como *qui non debuit nasci*. Vid. Fuero de Teruel 6 y Compilación privada de Derecho Aragonés, 32. Incluso se les llega a denominar *filio*

padre moría intestado como si había otorgado testamento. En este mismo sentido, el Fuero de Molina de Aragón también priva de sus derechos sucesorios al hijo *fornecho* al afirmar tajantemente que *non herede*³⁷⁶. Sin embargo, el Fuero General de Navarra, aunque también impide a los hijos adulterinos su participación en la sucesión intestada del padre, si bien en este caso, sí deja a salvo sin embargo la facultad del padre para que pueda disponer por testamento lo que desee para él³⁷⁷.

Para concluir con la regulación de los fueros municipales en materia de filiación, restaría hacer una sucinta referencia al reconocimiento del derecho de alimentos a los hijos. A este respecto, si bien en opinión de Gacto esta materia no sería privativa de la filiación natural³⁷⁸, lo cierto es que los fueros que se refieren a la obligación de manutención de los hijos, en general, se refieren a la de los hijos naturales, estableciendo en algunas ocasiones sorprendentes técnicas carentes de toda rigurosidad para el nacimiento de la obligación alimenticia³⁷⁹.

La reglamentación del derecho de alimentos en el Fuero de Cuenca hace depender el nacimiento de la obligación del hecho de que el padre sea conocido o no: en el primer supuesto, el padre debía sufragar la manutención del hijo, porque, si bien se obligaba a que permaneciera con la madre durante los tres primeros años de vida, el padre debía pagarle un

malfecho. Vid. Fuero de Alcalá de Henares, 277.- *Todo filio malfecho non herede. E quomodo es malfecho: sil ficiere el padre su mulier aviendo a bendición, en otra mujer.*

³⁷⁶ Fuero de Molina de Aragón, XI, 76.- *Qui oviere fijo que non fuere de muger velada, fagal fijo en conceio et si non lo ficiere, non herede. Fornecido non herede.*

³⁷⁷ Fuero General de Navarra, IV, 3, 9.- *Nuill ombre casado si forzare muyller casada o la levare por fuerza o por grado... si fiziere creaturas, non deven heredar en las heredades deylos... 13.- Que puede aver el que es nascido en adulterio. Sobre esto dize el Fuero que desque es sabido es que es en adulterio nascido, que ninguna cosa no debe aver de los bienes de su padre, si el padre non deysare por su cosiment alguna cosa. Aquest mismo fuero de la muyller casada ni ha fillo o filla en adulterio.*

³⁷⁸ GACTO, *La filiación no legítima en el Derecho histórico español*, op. cit., p. 131.

³⁷⁹ Destaca en este sentido la regulación establecida en el Fuero General de Navarra que hace depender el nacimiento de la obligación de la madre de alimentar a su hijo del hecho de que se quemase la mano o no con un *fierro calient*: Fuero General de Navarra, 5, 3, 16.- *Como deve facer muger de fierro calient por creatura de barragana. Si muyller que no ha marido faz creatura en otro logar dalgun ombre et dize eylla que de tal ombre lo ha la ceatura et el ombre dize que nó, si la muyller es villana conviene que con III fieles vayan a la sied del Rey, et que veylle y una nuit como costumbre es; et la muyller aya las dos partes de I cobdo de lienzo con que ligen los fieles la mano diestra. Levando el fierro et ligando la mano á cabo de II días pues que avrá levado el fierro, el alcalde con los fieles caten bien la mano deylla, et si ven que la mano es sana, la muyller renda su creatura ad aqueill padre, car si non li plaze, non la criara mas. Mas si el padre li faz aiuda, si quiesiere bien podra criar. Empero si la madre se quemare en la mano, cire sines aqueill padre; empero en quoa manera que avenga non deve ninguno deylos colonia.*

salario equivalente a *octo menkales*, posibilitando a la madre la entrega del hijo a éste en caso de que se negara al pagar el salario legalmente establecido. Con posterioridad a esos tres primeros años de vida del hijo, éste pasaba a depender del padre hasta la mayoría de edad³⁸⁰. En caso de que el padre fuera desconocido o la madre no lograra probar la paternidad de forma suficiente, entonces la obligación de alimentar al hijo recaería exclusivamente sobre ella, estableciendo el fuero incluso sanciones corporales para el caso de que se negara a la manutención de aquél³⁸¹.

El Fuero de Soria contiene una regulación similar a la que se acaba de mencionar, estableciendo la edad de tres años del hijo como el momento decisivo para imponer la prestación de alimento a los progenitores y destacando la referencia a la religión de la madre como elemento decisivo en esta materia. Así, pesa sobre la madre la obligación de cuidar al hijo durante los tres primeros años, siendo de su cuenta todos los gastos en caso de que tuviera medios suficientes; únicamente cuando se encontrara en situación de precariedad económica se impone al padre la obligación de alimentos a favor del hijo. Con posterioridad a los tres años de edad, el fuero concede a la madre la posibilidad de que el hijo permanezca con ella haciéndose cargo de su manutención, pudiendo ser obligada a continuar con el cuidado de éste si se estima conveniente en aplicación del principio del *favor filii*. Como se ha mencionado, la religión practicada por la madre resulta decisiva en la regulación que efectúa el fuero en materia de alimentos, toda vez que en caso de que ésta no fuera cristiana, se concedería al padre la guarda y custodia del hijo desde su nacimiento, debiendo la madre satisfacer los gastos por la manutención de éste³⁸².

³⁸⁰ Fuero de Cuenca, 290.- *De muliere que filium patri proiecerit. Quecumque mulier filium proiecerit ipso dando ei octo makales per annum, fustigetur. Unde mandamus per forum, quod mulier que ex aliquo conceperit, nutriat filium suum, et uir det octo menkales usque ad tres annos, sicut forum est aliarum nutricum. Si pater hanc mercedem dare noluerit, ipsa reddat ei suum filium sine calumpnia.* Vid. también fuero de Baeza, 260; Fuero de Plasencia, 101; Fuero de Béjar, 336; Fuero de Zorita, 262; Fuero de Teruel, 376; y Fuero de Albarracón, 59.

³⁸¹ Fuero de Cuenca, 286; fuero de Baeza, 258; fuero de Béjar, 331; Fuero de Teruel, 485; y Fuero de Albarracón, 163. También el Fuero Gernal de Navarra, 4, 4, 1.

³⁸² Fuero de Soria, 362.- *Quando alguna mugier soltera oviere fijos de algun omne soltero et el omne lo conosciere por fijo, la madre sea tenida de lo criar et de lo governar a su cuesta fata tres annos, si oviere dond; et si non oviere de que lo crie, crie lo a la cuesta del padre. Et si la mugier lo criare delo suyo fata tres annos, et el pare crielo dalli adelante delo suyo et non la madre, si non quisiere, fuera si los alcaldes por alguna razon derecha mandassen que lo tenga la madre, que lo tenga acuesta del padre. Esto sea de los fijos que ovviere el christiano en la christiana, ca si lo oviere de mora ode judia ode mugier de otra ley, que lo tenga el christiano por siempre, et aya la cuesta de la madre, si oviere dond, fata tres annos. Et si despues de*

c) **Fuero Real.-**

El Fuero Real también distingue como categoría privilegiada a los hijos naturales, separándolos del resto de hijos ilegítimos, esto es, los adulterinos, incestuosos y sacrílegos, nacidos de uniones prohibidas por este cuerpo legal³⁸³. El concepto de hijo natural en este sistema difiere del ofrecido en derecho romano, puesto que son conceptuados como tales los nacidos de hombre y mujer libres —no casados—, si bien no se exige la estabilidad de la unión, permitiéndose que la calificación de hijo natural aunque la relación de los padres hubiera sido ocasional.

No obstante lo anterior, en las leyes relativas al matrimonio³⁸⁴ se muestra una clara tendencia favorable al retorno de las buenas costumbres³⁸⁵, regulando así en la ley segunda del título sexto, libro tercero la legitimación de los hijos naturales por el matrimonio posterior de los padres, que generará la equiparación de éstos con los legítimos a todos los efectos, incluso en cuanto a su capacidad sucesoria en la herencia paterna³⁸⁶:

tres annos el padre lo negare por fijo, mientras andidiere el pleyto, el padre sea tenido de darle el gobierno fata que sea yudgado el pleyto; et si non fuere dada por padre, aya las cuestras de la madre que gelo dava por fijo con tuerto. Et lo que es derecho de los fijos solteros, sea de los fijos casados que fueren partidos por sancta eglefia por alguna razon derecha.

³⁸³ Fuero Real IV, 8, 1.- Ninguno sea osado de casar con su parienta, ni con su cuñada, fasta el grado que manda Sancta Iglesia, ni de yacer con ella; e quien contra esto ficiere a sabiendas, el casamiento no vala y ellos sean metidos en sendas Ordenes para facer penitencia por siempre, e si el uno lo supiere y el otro no el que lo sopiere haya la pena... 2.- Cualquier home que por fuerza ó a placer con muger de Orden casare a sabiendas después que fuere bendicha así como es costumbre, sea tornada al Monasterio donde salió, so grande penitencia, asi como semejar a su Obispo, o a su Abadesa; y él sea echado por siempre jamas de la tierra, e no se pueda escusar por decir que ninguno no los acusa; e tan ayna como el rey lo supiere por el Obispo, o por la Ab adesa o por otro home cualquier, faga facer esto que es sobredicho...; 3.- Si alguno yoguiere con muger de su padre, faganle como a traidor; e si yoguiere con la barragana, faganle como a alevoso; e si yoguiere con muger de su hermano, o con su barragana, o con aquella que sopiere que su padre, o su hermano ha yacido; e si el padre yoguiere con la muger del fijo, o con su barragana, el Rey después que lo supiere, echelos de la tierra por siempre; e sus bienes hayanlos sus herederos...

³⁸⁴ Fuero Real, III, 1, 1 a 13.

³⁸⁵ DOMINGO DE MORATO, *Estudios de ampliación de la historia de los Códigos españoles y de sus Instituciones sociales, civiles y políticas*, op. cit., p. 163. El autor entiende que, habiendo cesado en gran parte las exigencias de la reconquista que provocaron la aparición del matrimonio ayuras y de la barraganería, se nota un retorno favorable a los buenos principios, de los cuales por una imperiosa presión, ejercida por las circunstancias se había separado el legislador en los fueros municipales.

³⁸⁶ Vid. Fuero Real III, 6, 5, que permite tomar *por fijo al que lo sea de barragana*.

Fuero Real III, 6, 2.- *Como los hijos naturales son fechos legitimos por el matrimonio.- Si home soltero con muger soltera ficiere fijos, e despues casare con ella, estos fijos son de bendiçion e sean herederos.*

El Fuero Real también regula la legitimación por privilegio real —denominada en derecho romano *per rescriptum principis*— estableciendo beneficios hereditarios para los legitimados por este procedimiento, permitiendo que se lleve a efecto tanto por el Rey como por el Romano Pontífice, al disponer en la ley decimoséptima del título sexto, libro tercero que *maguer que el fijo no sea de bendición, pero si el Rey le quisiere facer merced, puédale facer legítimo o sea heredero... ca como el Apostólico puede legitimar aquel, que no es legítimo para haber órdenes a Beneficio, así lo puede legitimar el Rey para heredar e para las otras cosas temporales*³⁸⁷:

Fuero Real IV, 22, 7.- *Quien quisiere recibbir por su fijo, fijo que haya en muger que no sea de bendición, recibalo ante el Rey, ó ante omes buenos, e diga en tal manera: este es mi fijo que he de tal muger, nombrela e desde aqui adelante quiero que sepades que es mi fijo, é que lo recibo por fijo; é si aquel que lo asi recebiere por fijo muriere sin manda, tal fijo herede lo suyo, si los fijos legitimos non hobiere, ó nietos, o dende ayuso; e si manda quisiere facer, fagala sin empescimiento de aquel fijo que asi recebio; y el fijo que asi fuere recebido, haya honra de fidalgo si su padre fuere fidalgo; y esto se entiende de los fijos naturales.*

Fuero Real III, 6, 17.- *Que el fijo que no es de bendicion, que no herede.- Maguer que el fijo que no es de bendicion no debe heredar, segun que manda la Ley; pero si el rey le quisiere facer merced, puedale facer legítimo é sea heredero también como si fuese de muger de bendicion; ca asi como el Apostolico ha poder llenamente en lo espiritual, asi lo ha el Rey en lo temporal, e como el Apostolico puede legitimar aquel que no es legitimo para haber Ordenes e Beneficio, asi lo puede legitimar el Rey para heredar, e para las otras temporales*

³⁸⁷ Gacto entiende que este tipo de legitimación no requiere la naturalidad de quienes van a beneficiarse de ella y pueden utilizarla indistintamente todos los hijos procreados fuera de matrimonio; sin embargo, en el primer fragmento transcrito—IV, 22, 7— se exige que los hijos tengan la condición de naturales. Vid. GACTO, *La filiación no legitima en el Derecho histórico español*, op. cit., pp. 110 y ss.

En cuanto a los derechos sucesorios, el Fuero Real distingue los casos de concurrencia de hijos legítimos o ausencia de éstos: en el primer caso, los hijos naturales sólo podrían recibir una quinta parte de la herencia; en el segundo caso, se concede plena capacidad para heredar a los hijos naturales, pudiendo el padre disponer de la herencia en su favor, toda vez que se propugna la libertad del testador para nombrar heredero³⁸⁸:

Fuero Real III, 6, 1.- *Como el que hubiere fijos, o nietos de bendición, no puede heredar a otros algunos.- Todo home que hubiere fijos, o nietos, o dende ayuso de muger de bendicion, no puedan heredar con ellos otros algunos que haya de barragana mas del quinto de su haber mueble, o de raiz, pueda dar lo que quisiere; o si fijos, o nietos, o dende ayuso no hobiere de muger de bendicion, ni otros fijos que hayan derecho de heredar, pueda hacer de todo lo suyo lo que quisiere; de guisa que el Rey lo suyo no pierda; e no le pueda embargar, ni padre ni madre ni otro pariente. E si home qualquier muriere sin manda, y herederos no hobiere, asi como es sobredicho, el padre, e la madre hereden toda su buena comunamente...* 5.- *Como el que no tubiere fijos, puede dexar lo suyo á su fijo adoptivo.- Todo home que no hobiere fijos de bendicion, e quisiere rescebir a alguno por fijo e heredarle en su bienes, puedalo fazer; e si por aventura despues hobiere fijos de bendicion, hereden ellos, é no aquel que recibió por fijo; e esto mismo sea por el fijo de la barragana que fue rescebido por fijo e por heredero.*

No obstante lo anterior, se prevé que, tras el nombramiento de heredero, puedan sobrevenir hijos legítimos y en este caso se dispone tajantemente que *hereden ellos, é no aquel que recibió por fijo*.

El resto de hijos ilegítimos —los que no son conceptuados como naturales— se encuentran en el Fuero Real incapacitados para suceder; expresamente se veta cualquier derecho hereditario a los hijos adulterinos e incestuosos³⁸⁹:

³⁸⁸ Fuero Real IV, 12, 1 y 7.

³⁸⁹ No obstante, la ley novena del título quinto, libro tercero concede al padre la facultad de disponer de una quinta parte de sus bienes a favor de extraños, por lo que se puede deducir que puede disponer a favor de sus hijos ilegítimos. Vid. Fuero Real III, 5, 9.

Fuero Real, III, 5, 10.- *Defendemos que ninguno no pueda mandar de sus cosas a ningún Herege.... Ni fijo que hiciese en adulterio ni en parienta....*

El derecho de alimentos se regula en Fuero Real, III, 8, 3, distribuyendo la carga entre los padres según la edad del hijo³⁹⁰:

Fuero Real, III, 8, 3.- *Como la madre es obligada a gobernar a su fijo los tres años primeros, si tiene de que.- Quando alguna muger soltera ha fijo de algun home soltero, y el home lo recibiere por fijo, la madre sea tenida de lo criar, e de gobernarle, y este fasta tres años, si hobiere dande, e si no hobiere de que criarlo, a costa del padre: e si la muger le criare de lo suyo fasta tres años, el padre lo crie de alli adelante de lo suyo, e no lo tenga más la madre, si no quisiere fueras si el alcalde por alguna razon quisada mandare que lo tenga la madre a costa del padre; y esto mandamos de los fijos de los Christianos: ca si fuere fijo de Christiano e de Mora o de Judia, o de muger de otra Ley: mandamos que el Christiano lo tenga siempre e haya a costa del otros asi como es sobredicho. E si despues de tres años el padre lo negare por fijo, mientras anduviere en Pleyto, el padre sea tenuto de dar el gobierno fasta que sea juzgado el Pleyto: e si no fuere dado por el padre, haya las costas de la madre que gelo daba por su fijo con tuerto...*

Cabe resaltar el distinto régimen que el texto establece según la religión que la madre profese, estableciendo un régimen general y otro especial para el caso de que ésta practique una religión distinta de la cristiana³⁹¹; en este supuesto, se ordena que el hijo permanezca con el padre desde su nacimiento, si bien durante los tres primeros años la madre debía correr con todos los gastos.

Por el contrario, el régimen general establece la permanencia del hijo con la madre hasta los tres años de edad, debiendo hacerse hacerse cargo de su manutención en caso de que tuviera bienes suficientes; sólo se excepciona la obligación de crianza de la madre,

³⁹⁰ Vid. Fuero de Soria, 362, citado en p. 175, n. 382.

³⁹¹ Como observa Gacto, no se plantea el supuesto de que la madre sea cristiana y el padre profesara otra religión, concluyendo que quizás éste supuesto no debió plantear problemas al considerar al hijo como de padre desconocido, imponiendo a la madre la obligación de manutención y cuidado del hijo. GACTO, *La filiación no legitima en el Derecho histórico español*, op. cit., p. 136.

recayendo entonces sobre el padre, cuando ésta no contara con recursos suficientes para criar al hijo. Por tanto, la prestación de alimentos se configura como una obligación a cargo de la madre y subsidiaria del padre, ya que éste sólo deberá contribuir si aquella no puede hacer frente a la manutención del hijo y, además, únicamente en la parte que no pueda afrontar. Sin embargo, una vez transcurridos los tres primeros años de vida del hijo, se hace recaer la obligación de alimentos sobre el padre, si bien se permite que el hijo pueda permanecer en compañía de la madre —obligándola incluso si los alcalces consideran que es lo mejor para el niño— pudiendo ésta reclamar al padre los gastos ocasionados por la manutención.

d) Partidas.

La regulación de Partidas siguió fiel a la tradición romana respecto a la discriminación de los hijos por su origen matrimonial o extramatrimonial, clasificándolos en legítimos e ilegítimos; sin embargo, destaca también en este cuerpo legal la separación que se efectúa respecto de la categoría privilegiada de los hijos naturales, que se diferencian de los espurios, en los que se incluían a los hijos denominados incestuosos, adulterinos, sacrílegos y manceres. Continuando la tradición histórica, la pertenencia de los hijos a una u otra categoría tendrá igualmente ahora incidencia directa en la adquisición de derechos hereditarios y también en los derechos de *crianza y subsistencia*.

Los hijos legítimos, según el *proemio* y la ley primera del título decimotercero, libro cuarto, se definen como los *fechos segunt ley*, esto es, que han sido concebidos dentro de matrimonio legítimo válido³⁹² y, sobre ellos tienen los padres, según consta en el título

³⁹² P. IV, 13, *proemio*.- *De los fijos legítimos*.- *Entre todos los otros bienes qque deximos en los títulos ante deste que son en el matrimonio, es uno dellos que los fijos que nascen dél, son derechureros et fechos segunt ley; et á tales fijos como estos, segunt dixieron los santos, ama Dios, et ayúdalos, et dáles esfuerço et poder para vencer los enemigos de la su fe; ca son asi como sagrados, pues que son fechos sin malestanz et sin pecado: et sin todo aquesto son tenudos por mas nobles, porque son ciertos et conosciados mas que los otros que nascen de muchas mugeres que non pueden seer tambien guardadas como la una, segunt ya deximos. Et demas aun segunt natura deben seer mas recios et mas esforzados, porque no caen en vergueña como los otros por razon de las madres: et sin todo eso porque los parientes et los otros homes los honran et los adelantan mas que á los otros hermanos, maguer sean de mas nobles madres...* 1.- *Qué quiere decir fijo legítimo, et quáles deber seer asi llamados*.- *Legítimo fijo tanto queire decir como el que es fecho segunt ley,*

decimoséptimo de la Partida cuarta, el *poder y señorío según la razón natural*³⁹³; el hijo legítimo que se sitúa bajo la patria potestad del padre porque nace de él, como se afirma en el texto, pero también *porque han de heredar*, según el derecho. De ahí que el hijo legítimo se conceptúe en Partidas como el heredero natural del padre, retomando del derecho romano la noción de *heres suus* como heredero natural del *paterfamilias* y continuador de la familia.

Junto a la noción clásica de hijos legítimos, la Partida cuarta incluye en este grupo a los hijos engendrados en el seno de matrimonio putativo, esto es, el celebrado por el rito canónico pero concurriendo un impedimento dirimente ignorado por ambos cónyuges o al menos por uno de ellos, siempre y cuando la buena fe existiera no sólo en el momento de la celebración del matrimonio sino también en la concepción de los hijos³⁹⁴. Sin embargo, se ordena que, para el caso de que los cónyuges hubieran sido conscientes del impedimento que imposibilitaba la celebración del matrimonio, los hijos fueran declarados ilegítimos³⁹⁵, haciendo recaer sobre ellos todos los perjuicios por la contravención legal de los padres.

También incluye la Partida cuarta en la categoría de legítimos a los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio, esto es, *los fijos que home ha de la muger que tiene por barragana*, sin que tenga relevancia a estos efectos que la madre sea libre o esclava, puesto que en éste último caso se aplicaría el *favor libertatis*, naciendo los hijos legítimos y adquiriendo la condición de libres tanto éstos como la madre. La justificación de la inclusión de los hijos naturales legitimados *per subsequens matrimonium* en la categoría de

et aquellos deben seer llamados legítimos que nacen de padre et de madre que son casados verdaderamente, segunt manda santa egleſia.

³⁹³ P. IV, 17, proemio.- *Poder e señorío han los padres sobre los hijos segunt razon natural e segunt derecho: lo uno porque nascen dellos, et lo al porque han de heredar lo suyo...*

³⁹⁴ P. IV, 13, 1.- *...Et aun si acaeciese que entre algunos de los que se casasen manifestamente en faz de la egleſia hobiese atal embargo por quel casamiento se debiese partir, los fijos que meciesen ante que sopiesen que habie entre ellos atal embargo, serien legitimos. Et esto serie también si amos non sopiesen que hi habie tal embargo, como si non lo sopiese mas del uno dellos...* Vid. También P. IV, 3, 3, donde se establece que *mas si el uno dellos lo sopiese e non ambos en tal manera seria los fijos legitimos. Ca el non saber del uno, les escusa que les non puedan dezir que no son fijos de derecho.*

³⁹⁵ Vid. P. IV, 13, 1.- *...ca el non saber deste solo, face los fijos legitimos: mas si después que sopiesen ciertamente que habie entre ellos atal embargo, meciesen fijos, todos quantos fijos después hobiesen, non sserian legitimos...* Vid. También P. IV, 3, 3, que bajo el título “*Que pena deuen auer aquellos que se desposaren o casaren a furto*”, dispone que *los fijos que fiziessen deso uno no serian legitimos nin se podrian escusar, por dezir que su padre, nin su madre, non sabia aquel embargo, quando casaron.*

los legítimos reside, según la Partida cuarta, en la *grant fuerza ha el matrimonio* que ocasiona *que luego que el padre et la madre son casados, se facen por ende los fijos legítimos*³⁹⁶.

La principal consecuencia derivada de la filiación matrimonial en este cuerpo legal es la atribución de la paternidad legítima; según se establece Partidas IV, 23, 4, se presume la paternidad del marido cuando el hijo nace después de los siete meses y un día contados desde la celebración del matrimonio o dentro de los diez meses una vez que fue disuelto éste³⁹⁷. La presunción de paternidad únicamente se destruye en el caso de que se pudiera probar que el marido, durante los cuatro primeros meses del embarazo se hallaba imposibilitado físicamente para cohabitar con la mujer, bien por ausencia de éste bien por padecer alguna enfermedad; ni la infidelidad ni la confesión de la madre, según se establece en Partidas IV, 23, 4 y III, 14, 9, destruían la presunción de paternidad del marido. Ahora bien, pese a que el adulterio, por si sólo, no destruye la presunción de paternidad, si se concedía al padre la posibilidad de impugnar la paternidad, siempre que el adulterio de la mujer estuviera acompañado de la ausencia del marido, puesto que será esta circunstancia la que permitirá sospechar que *el fijo sea dotri*³⁹⁸.

El reconocimiento de la paternidad legítima trae como consecuencia la adquisición de los derechos propios derivados de la filiación: la adquisición de derechos sucesorios y también de alimentos. En cuanto al derecho sucesorio se regula en el título decimotercero de la cuarta partida en el que claramente se rechaza en la herencia de la familia paterna a aquellos hijos que no fueran legítimos:

³⁹⁶ P. IV, 13, 1.- ...*Otrosi son legítimos los fijos que home ha de la muger que tiene por barragana, si después deso se casa con ella; ta Moguer estos fijos atales non son legítimos quando nacen, tan grant fuerza ha el matrimonio que luego que el apdre et la madre son casados, se facen por ende los fijos legítimos. Eso mesmo serie si alguno hobiese fijo de su sierva et después deso se casase con ella; ca tan grant fuerza ha el matrimonio que luego que es fecho, es la madre por ende libre et los fijos legítimos.*

³⁹⁷ P. IV, 23, 4.- ...*la criatura que nasciese fasta en los siete mese que solo que tenga su nacimiento un dia del septeno mes, es complida e vividera. E debe ser teunuda por legítima del padre e de la madre que eran casados e vivían en uno a la sazón que la concibió...*

³⁹⁸ P. III, 14, 9.- *Si pudiere ser pobado por los vecinos del lugar, que el fijo de alguna mujer que dijese tales palabras como sobredichas son, naciera della, seyendo casada con aquel marido é non habiendo el marido estado alongado della tanto tiempo que pudiesen verdaderamente según natura sospechar que el fijo fuera dotri; por tales palabras que el padre o la madre dijessen non debe el fijo ser desheredado nin le empece en ninguna manera.*

P. IV, 13, 2.- ...*Et aun herendan á sus padres, et á sus abuelos et á los otros sus parientes, asi como dice en el título de las herencias, lo que non pueden facer los otros que non son legítimos.*

El derecho de alimentos se encuentra reconocido en el título decimonoveno de la Partida cuarta, que lo configura como un deber de piedad que el padre tiene por naturaleza hacia sus hijos³⁹⁹, que se prestará atendiendo a la riqueza del alimentante y a las necesidades del alimentista⁴⁰⁰; sólo se exonera al padre de su deber de manutención en caso de ingratitud del hijo o si éste tuviera suficientes medios para subsistir⁴⁰¹. No obstante, el deber de prestación de alimentos pesa tanto sobre los ascendientes paternos como maternos⁴⁰², comprendiendo no sólo el sustento del hijo sino *todo lo que les fuere menester* para su

³⁹⁹ P. IV, 19, proemio.- *Piedad e debdonatural, deuen mouer alos padres, para criar alos fijos dadoles, e faziendoles lo q es menester, segud su poder. E esto se deue mouer a fazer, por debdo natural. Ca si las bestias, q no ha razonable entedimiento, ama naturalmete , e crian sus fijos, mucho mas lo deuen fazer, los omes, que han entendimieto, e setido sobre todas las otras cosas... 2. ...Claras razones e manifestas son, porque los padres, e las madres, son tenudos de criar a sus fijos. La vna es, mouimiento natural, porque se mueue todas las cosas del mundo, a criar e guardar lo que nasce dellas. La otra es, por razo del amor q an con ellos naturalmente. La tercera es, porque todos los derechos teporales espirituales se acuerda enello...*

⁴⁰⁰ P. IV, 19, 2.- *...E esto deue cada uno fazer, segud la riqueza e el poder q ouiere, catado todavia la persona daquel que lo deue recibir. Empero dezimos, q de mientra quel padre criare, e proueyera su fijo, si fiziere el fijo alguna debda, que no meta en pro del padre: o que la saque sin su mandado, que no es el padre tenudo dela pagar.*

⁴⁰¹ P. IV, 19, 6.- *Por qué razones se pueden excusar los padres de non criar sus fijos si non quisieren, ó los fijos que non sean tenudos de proveer á sus padres.- Comunal derecho es tambien á los padres como á los fijos, que el que meciere algunt yerro contra el otro, de aquellos por que son llamados los homes en latin ingrati, que quiere tanto decir en romance como seer desconosciente un home contra otro del bien que recibe ó rescebió dél, que por tan razon como esta non es tenudo el padre de criar al fijo nin el fijo de proveer al padre: et esto serie como si el uno dellos acusase al otro ol buscasse tal mal por que rescebiese muerte, ó deshonna ó pérdida de lo suyo. Otrosi quando el fijo hobiese de lo suyo en que podiese vevir ó hobiese tal meester por que podiese guarecer usando dél sin malestanzia de sí, entonce non es tenudo el padre de pensar dél: eso mesmo decimos del fijo que debe facer contra su padre...*

⁴⁰² P. IV, 19, 2.- *Por que razon e en que manera son tenudos los padres de criar a sus fijos, maguer non quisiessen.- Claras razones, e manifestas son, porque los padres, o las madres, son tenudos de criar a sus fijos. La una es movimiento natural, por que se mueven todas las cosas del mundo, e criar e guardar lo que nasce dellas. La otra es, por razon del amor que an con ellos naturalmente. La tercera es, porque todos los derechos temporales, e spirituales se acuerdan en ello. E la manera en que deben criar los padres a sus fijos, e darles lo que les fuere menester, maguer non quieran es esta: que les deven dar que coman, e que bevan, e que vistan, e que calcen, e lugar do moren, e todas las otras cosas que les fuere menester, sin las quales non pueden los omes biuir. E esto deve cada uno fazer, segund la riqueza o el poder que ovriere; catando todavia la persona daquel que lo deve rescebir en que manera le deven esto fazer. E si alguno contra esto fiziere, el Judgador de aquel lugar lo deve apremiar, prendandolo, o de otra guisa, de manera que lo cumpla, assi como sobredicho es. Empero dezimos, que de mientra que el padre criare, e proveyere su fijo, si fiziere el fijo alguna debda que non meta en pro del padre, que la saque sin su mandado, que non es el padre tenudo de la pagar. Otrosi dezimos, que los fijos deven ayudar a proveer a sus padres, si menester fuere, pudiendolo ellos fazer; bien assi como los padres son tenudos a los fijos.*

subsistencia, esto es, *les deuen dar q coman, e que beuan, e que vistan, e que calcen; e lugar do moren; e todas las otras cosas que les fuere menester, sin las quales non pueden los omes biuir*⁴⁰³.

El sistema de Partidas, acogiendo las disposiciones del Fuero Real, también sitúa la edad de tres años del hijo como momento decisivo en orden a la distribución de la carga de alimentos entre los padres; así, hasta los tres años, el deber de crianza pesa sobre la madre y, a partir de esa edad, la obligación corre a cargo del padre; se prevé el supuesto de que la madre no tuviera recursos suficientes, disponiendo que entonces sería el padre quien estaba *tenudo de darle, lo que oviere menester para criarlos*; la misma prevención se establece para el caso de que la madre contrajera de nuevo matrimonio, debiendo el padre recibir a los hijos en su compañía siendo cuidados y alimentados por él⁴⁰⁴.

Frente a la categoría de hijos legítimos se sitúan aquellos que *no nascen de casamiento segund ley*⁴⁰⁵, noción genérica que equipara al hijo ilegítimo con el extramatrimonial⁴⁰⁶. La regulación de Partidas, no obstante, no concluye con esta laxa definición de ilegitimidad, ya que, a continuación, se realiza una exhaustiva relación de denominaciones con las que se podía calificar a los hijos dependiendo de la condición jurídica o social que ostentaban los padres:

⁴⁰³ P. IV, 19, 2.- ...*E la manera en q deue criar los padres a sus hijos: e darles todo lo que les fuere menester: maguer no queira es esta q les deuen dar q coman e que beuan, e que vistan, e que calcen; e lugar do moren; e todas las otras cosas que les fuere menester, sin las quales non pueden los omes biuir...*

⁴⁰⁴ P. IV, 19, 3.- *En cuya guarda, del padre, o de la madre deven ser los fijos, para nodrecerlos, e criarlos.- Nodrecer, e criar deven las madres a sus fijos, que fueren menores de tres años, e los padres a los que fueren mayores desta edad. Empero, si la madre fuesse tan pobre que no los pudiesse criar, el padre es tenudo de darle, lo que oviere menester para criarlos. E si acaesciesse, que se parta el casamiento por alguna razon derecha, aquel por cuya culpa se partió, es tenudo de dar de los suyo, de que crien los fijos, si fuere rico, quier sean mayores de tres años, o menores; e el otro que no fue en culpa, los deve criar, e aver en guarda. Pero si la madre los oviesse de guardar, por tal razon como sobredicha es, e se casasse, entonce non los deve aver en guarda: nin es tenudo el padre, de dar a ella ninguna cosa por esta razon: ante debe el rescebir los fijos en guarda, e criarlos, si oviere riqueza con que lo puede fazer.*

⁴⁰⁵ P. IV, 15, proemio.- *Naturales é non legitimos llamaron los sábios á los fijos que no nascen de casamiento segund ley: así como los que facen en las barraganas...*

⁴⁰⁶ Según entiende Gutiérrez la definición es dudosa, porque lo que hace ilegítimos a los hijos es haber nacido fuera del matrimonio, porque si se ha celebrado de buena fe, aunque haya sido con impedimento, los hijos nacían legítimos. GUTIERREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, I, op. cit., p. 707.

P. IV, 15, 1.- *Los fornecinos que nascen de adulterio, ó son fechos en parienta ó en mugeres de órden, no son llamados naturales: porque son fechos contra la ley é contra razon natural. Otro siijos y a llamados en latin manceres é tomaron este nome de manua, scelsus, que quiere tanto decir como pecado infernal; ca nascen de mugeres que viven en putería é porque dánse á todos non pueden saber cuyosijos son los que nascen dellas. Omes y a que dicen mancer como mancillado, porque fue malamente engendrado é nascen de vil lugar. Otra manera ha deijos llamados en latin spurii, que nascen de las mugeres que tienen algunos por barraganas de fuera de sus casas, é son atales que se dan á otros omes sin aquellos que las tiene por amigas; por ende non saben quien es su padre. Otra manera deijos son los notos, que nascen de adulterio; é son llamados notos, porque semeja que sonijos conocidos del marido que la tiene en su casa é no lo son.*

Se observa que la ley ofrece denominaciones específicas para cada categoría de hijos dentro del grupo de los ilegítimos, si bien esta diversidad terminológica no influirá en su condición jurídica, ya que todos ellos serán equiparados con una posición totalmente desfavorable. Comenzando con el grupo denominado en la ley *fornecinos*⁴⁰⁷, doctrinalmente se ha incluido en el mismo a incestuosos y sacrílegos⁴⁰⁸ —esto es, aquellos cuyos padres hubieran estado ligados por vínculos de parentesco⁴⁰⁹ o cuando ejercían una profesión religiosa⁴¹⁰— y también a los adulterinos —denominados *notos* en la propia ley—. Respecto a ésta última categoría, se ha puesto de manifiesto que la parte *in fine* de la ley alude únicamente al adulterio de la mujer como causa de integración del hijo en el grupo de los adulterinos, ratificándose tal conclusión por la definición de adulterio que figura en P. VII, 17, 1, y que se refiere a la relación de un hombre con *mujer casada o desposada con otro*,

⁴⁰⁷ Como afirma Gacto, la ley mantiene cierto confusionismo terminológico, porque engloba en la categoría de fornecinos a los hijos denominados incestuosos, a los sacrílegos y, además, a los nacidos de adulterio. Vid. P. IV, 15, 1.- *...E los fornecinos, que nascen de adulterio, o son fechos en parienta o en mugeres de Orden.* GACTO, “La filiación ilegítima en la Historia del Derecho español”, *op. cit.*, pp. 906 y 907.

⁴⁰⁸ GUTIERREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, I, *op. cit.*, p. 708.

⁴⁰⁹ Todavía se especifica más, denominando nefarios a los hijos nacidos del incesto entre ascendientes o descendientes e incestuosos si la relación se ha dado entre parientes colaterales. GUTIERREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, I, *op. cit.*, p. 709.

⁴¹⁰ Vid. también P. IV, 17, 2.- *...E otrosi non son en poder delpadre losijos que son llamados en latin, incestuosi; que quier tanto decir, como aquellos que han los omes de sus parientas fasta el quarto grado o en sus cuñadas o en las mugeres religiosas...*

pareciendo excluir de esta categoría a los hijos nacidos de hombre casados⁴¹¹. No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que la ley segunda del título decimoquinto, Partida cuarta establece que son los *fechos en adulterio los hijos que un casado procrease en una barragana*, Gutiérrez entiende que también se debe considerar adulterino al hijo habido por hombre casado con mujer viuda o soltera o por hombre soltero o viudo o casado con mujer casado con otro⁴¹². A ello se debe añadir, a nuestro juicio, que en la ley citada se califica como *fornechin* a aquellos hijos *que nascen de adulterio*, sin distinguir si lo cometió el hombre o la mujer, por lo que no se puede excluir el adulterio del hombre como causa de inclusión del hijo dentro de la categoría a la que nos estamos refiriendo.

El motivo de que la ley ponga un énfasis especial en el adulterio de la mujer, otorgando una denominación específica a estos hijos —*notos*—, a nuestro entender, puede deberse a que éste siempre fue considerado más reprochable, porque traería como consecuencia la aplicación de la presunción de paternidad del marido, haciendo creer a éste que eran hijos suyos cuando en realidad serían fruto de la relación adulterina; así se pone de manifiesto cuando se afirma en la ley que *son fijos conocidos del marido que la tiene en su casa é no lo son*, resaltando así no sólo la censurabilidad de la relación extramatrimonial de la mujer, sino también el engaño que sufría el marido si nacía un hijo, que era todavía más reprochable que la propia relación⁴¹³. En este sentido, recuerda al derecho romano en el que uno de los motivos por los que era sancionado específicamente el adulterio de la mujer era precisamente por la *turbatio sanguinis* que ocasionaba en la familia, aparte del engaño padecido por el marido, quien creía tener como suyos a hijos que en realidad no lo eran.

⁴¹¹ P. VII, 17, 1.- *Qué cosa es adulterio, et onde tomó este nombre, et quién puede facer acusación sobrel á quáles.- Adulterio es yerro que home face yaciendo á sabiendas con muger que es casada ó desposada con otro...*

⁴¹² GUTIERREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, I, op. cit., p. 709.

⁴¹³ En el título decimoséptimo de la Partida séptima se pone de manifiesto que el daño producido por el adulterio del marido no era equiparable al de la mujer, puesto que ésta podría tener un hijo procedente del adulterio y el marido desconocerlo, adquiriendo la cualidad de hijo legítimo a todos los efectos, en especial, en cuanto a los derechos sucesorios: P. VII, 17, 1.- *...Et esto tovieron por derecho los sabios antiguos por muchas razones: la una porque del adulterio que face el varon con otra muger non nace daño nin deshonra á la suya: la otra porque del adulterio que ficiese la muger con otro, finca el marido deshonrado recibiendo la muger á otro en su lecho: et demas porque del adulterio que ficiese ella puede venir al marido muy grant daño; ca si se empenase de aquel con quien fizo el adulterio, vernie el fijo extraño heredero en uno con los sus fijos, lo que non avernie á la muger del adulterio que el marido ficiese con otra. Et por ende pues que los daños et las deshonras non son iguales, guisada cosa es que el marido haya esta mejoría, que pueda acusar á*

Destaca también la denominación propia que se otorga a los hijos procedentes de adulterio en el marco de un concubinato, que además la ley separa del grupo de los adulterinos, insertándolos en una categoría independiente, la de los espurios⁴¹⁴. Así, son calificados de *spurii* los hijos de madre concubina cuando el padre estuviera casado y también los nacidos de una relación adulterina de la propia barragana, afirmándose en P. IV, 15, 2, que son *fechos en adulterio* los hijos que *un casado procrease en una barragana*, siendo relevante esta consideración porque éstos se mantenían ilegítimos aun cuando los padres posteriormente contrajeran matrimonio *porque fueron fechos en adulterio*⁴¹⁵.

Asimilados a los espurios aparecen los hijos nacidos del concubinato entre personas ilustres y mujeres de baja condición social, ya que, si bien la ley tercera del título decimocuarto, de la Partida cuarta, autorizaba que *las personas honradas é de grand guisa é que son puestas en dignidades, asi como Reyes, é los que descenden dellos, é los condes é los otros homes horados semejantes* pudieran tener barragana, no obstante prohibía el concubinato si la mujer era *sierva ó fija de sierva, libertina ó su fija juglaresa, tabernera, regatera nin otra persona ninguna de aquellas que son llamadas viles*, añadiendo la ley que *si alguno de los sobredichos ficiere contra esto, si oviese de tal mujer fijo, non seria llamado fijo natural, ante seria llamado spurio*⁴¹⁶.

su muger de adulterio si lo ficiere, et ella non á él: et esto fue establecido por las leyes antiguas, como quier que segunt juicio de santa eglesia non seria así.

⁴¹⁴ Respecto al requisito de que la barragana deba mantenerse retenta in domo, se exige expresamente en la Glosa 1 a Partidas IV, 15, 1, pero, como observa Gacto, puesto que en otras glosas se establece que sólo se rechazaría a los hijos que tuviera la barragana que tuviera relaciones fuera del concubinato, concluye que, no era necesario la convivencia, siempre y cuando la concubina fuera fiel. Los hijos, pues, serían naturales, pese a la falta de convivencia de los padres, si bien se debería probar la fidelidad de la madre. GACTO, *La filiación no legítima en el derecho histórico español*, op. cit., p. 72.

⁴¹⁵ P. IV, 15, 2.- ...*Otrosi decimos que si alguno que hobiese muger de bendiciones feciese fijos en barragana veviendo su muger, que estos fijos atales non serien legítimos, Moguer después desto se le moriese la muger velada et se casase con la barragana: et esto es porque fueron fechos en adulterio.*

⁴¹⁶ La misma ley motiva la prohibición en aras de mantener la pureza de las personas con dignidad, toda vez que *non seria guisada cosa que la sangre de los nobles fuese embargada, nin ayuntada á tan viles mujeres*. P. IV, 14, 3.- *Quáles mugeres son las que non deben rescebir por barraganas los homes nobles et de grant linaje.- Ilustres persona son llamadas en latin las personas honradas et de grant guisa, et que son puestas en dignidades, asi como los reyes et los que dependen dellos, et los condes; et otrosi lo que dependen dellos, et los otros homes honrados semejantes destos: et estos atales como quier que segunt las leyes pueden rescebir barraganas, tales mugeres hi ha que non deben rescebir, asi como la sierva ó fija de sierva, nin otrosi la que fuese aforrada nin su fija, nin juglaresa nin su fija, nin tabernera, nin regatera nin sus fijas, nin alcahueta nin su fija, nin otra persona ninguna de aquellas que son llamadas viles por razon de sí mesmas ó por razon de aquellos de que decendieron; ca non serie guisada cosa que la sangre de los nobles homes fuese esparcida*

Los dos últimos grupos de hijos ilegítimos a los que se alude son los manceres y los incestuosos; los primeros son aquellos que *nascen de mugeres que viven en putería é porque dándose á todos non pueden saber cuyos fijos son los que nascen dellas* y los incestuosos, que según la P. VII, 18, 1, *son engendrados en grand pecado*, según la misma ley *no son dignos de ser llamados fijos*⁴¹⁷.

En cualquier caso, pese a la diversidad de denominaciones empleada en Partidas para referirse a los hijos ilegítimos, ellos no se traduce en una desigualdad de trato: todos ellos están equiparados en su condición jurídica, siendo inferior en todo caso a la de los hijos legítimos e incluso a la de los hijos naturales⁴¹⁸. Así, una consecuencia importante de la ilegitimidad es la ausencia de todo vínculo de parentesco con el padre y con el resto de familiares de éste y ello porque se considera el padre es *incertus*; esta carencia de parentesco originará que no les sea reconocida capacidad sucesoria en la herencia de la familia paterna, como se pone de manifiesto de forma reiterada en diversos fragmentos:

P. IV, 15, 3.- *...e demás non podrían heredar los bienes de los padres, nin delos abuelos, nin delos otros parientes q descendiere dellos: assi como dize en las leyes del titulo de las herencias, que fablan en esta razón.*

P. VI, 3, 4.- *Quien no puede ser estabecido por heredero.- ... nin puede establecer por heredero a ninguna persona que fue nascida de dañado coitu, que quiere tanto decir, como de vedado ayuntamiento, assi como de parienta o de mujer religiosa.*

P. VI, 13, 10.- *Quales fijos non son legitimos nin naturales e que non pueden heredar los bienes de sus padres.- Nascido seyendo*

nin ayuuntada á tan viles mugeres. Et si alguno de los sobredichos ficiese contra esto, si hobiese fijo de tal muger vil, segunt las leyes non serie llamado fijo natural, ante serie llamado espurio, que quiere tanto decir como fornecido: et demas tal fijo como este non debe haber parte en los bienes de su padre nin es el padre tenuto de criarle si non quisiere.

⁴¹⁷ P. VII, 18, 1.- *Yazer ome con su parienta o cuñada es pecado que pesa mucho a Dios, e que tienen los omes por muy mal, e llamanlo en latin incestus; que quiere tanto decir, como pecado que es fecho contra castidad; e cae en este pecado el que yaze a sabiendas con su parienta fasta el cuarto grado, o con cuñada, que fuesse mujer de su pariente fasta en esse mesmo grado.*

⁴¹⁸ P. IV, 15, 3.- *Daño muy grande viene a los fijos por non ser legitimos.- Primeramente, que non han las honras de los padres, nin de los abuelos. E otrosi quando fuesen escogidos para algunas dignidades, ó honras poder las y hien perder por esta razón...*

alguno de fornicio ó de incesto ó de adulterio; este atal non puede seer llamado fijo natural ni debe heredar ninguna cosa de los bienes de su padre...

P. IV, 21, 3.- De cómo los fijos de los clérigos que han órdenes sagradas, deben seer siervos de la eglesia.- ...si algun clérigo que fuese ordenado de órdenes sagradas casase con muger libre en aquella semejanza que los legos deben casar de derecho... et aun les nace á los fijos otro embargo del yerro que su padre fizo casando en esta manera, que non deben heredar los bienes dél, como quier que puedan heredar los de su madre.

No obstante lo anterior, en la regulación de Partidas se observa como regla general la participación de los hijos ilegítimos respecto a los bienes maternos, que heredarían junto con los legítimos, con la justificación de que las madres, al contrario de lo que sucedía con los padres, se considera que *son siempre ciertas de los fijos que nacen della, et por esta razon todo fijo debe heredar en los bienes de su madre en uno con los otros fijos legítimos que nacen della*⁴¹⁹. Sin embargo, priva de derechos sucesorios y excluye de la herencia materna a los hijos denominados incestuosos, a los *natus ex damnato coitu* y también a los hijos ilegítimos de las mujeres de *noble linaje ó de horado logar*⁴²⁰, que no podrían heredar ni al padre ni a la madre.

La privación de la capacidad para heredar a los padres se hace todavía más evidente en las disposiciones de Partidas que posibilitan la impugnación de las donaciones o legados que el padre realizara al hijo ilegítimo en el testamento, lo que permite afirmar que éste no podría

⁴¹⁹ P. VI, 13, 11.- *Quales fijos de aquellos que non son legítimos pueden heredar á sus madres.- Las madres son siempre ciertas de los fijos que nacen della, et por esta razon todo fijo debe heredar en los bienes de su madre en uno con los otros fijos legítimos que nacen della, quier sean legítimos ó non, fueras ende si fuese tal fijo como el que llaman en latin incestuoso, que quiere tanto decier como el que es engendrado de hombre et de muger que son parientes fasta el cuarto grado, ó si fuese otro que llaman en latin natus ex damnato coitu, que quiere tanto decir como el que nace de muger religiosa, que es ayuntamiento dañado por sentencia de ley...* Respecto a los sacrílegos, que también pueden heredar de la madre, vid. P. IV, 21, 3, que afirma que *E aun les nasce a los fijos —de clérigo— otro embargo, del yerro qel padre fizo casando en esta manera; ca non deven heredar los bienes del padre. Como quier que puedan heredar los de la madre.*

⁴²⁰ P. VI, 13, 11.- *...Eso mesmo serie si tal muger como esta fuese dueña de noble linaje ó de horado logar; ca si esta atal hobiese fijos de aquellos que son llamados espurios, non debe heredar los bienes della el espurio con el legitimo; et espurio es llamado el que nació de muger puta que se da á muchos.*

Gacto interpreta que esta ley únicamente se refiere a la sucesión intestada de la madre, pudiendo ésta favorecer a los hijos en su testamento, porque no se hace referencia a la nulidad de donaciones o legados que la madre pudiera disponer a favor de los hijos ilegítimos, nulidad que si se establece para las disposiciones que hubiera realizado el padre, en esta ley únicamente se refiere a la sucesión intestada de la madre. GACTO, “La filiación ilegítima en la Historia del Derecho español”, *op. cit.*, p. 937.

heredar ni siquiera la parte de libre disposición que tenía concedida legalmente el padre⁴²¹. Lo anterior se pone de manifiesto en dos fragmentos que permiten, no sólo a los hijos legítimos, sino también a los hermanos, ascendientes e incluso el Rey, impugnar cualquier disposición hecha a favor de los hijos ilegítimos:

P. VI, 13, 10.- *...a si á tal fijo como este diese el padre alguna cosa de lo suyo los otros fijos legitimos que fueren de aquel padre mismo pueden revocar la donación ó la manda quel dexase, fueras ende si el rey le confirmasse la donación e si fijos legitimos non hobiere puédenla reuocar los hermanos del padre deste fijo atal o su abuelo o su abuela. E si tales parientes no hobiesen que la revocassen o si los hobiere, fuesen tal negligentes que non quisiesen demandar fasta dos meses lo que fuesse dado a tal fijo como este estonces debe seer el rey.*

P. VI, 3, 4.- *Quién no pede seer establecido por heredero.- ...nin puede seer establecido por heredero ninguna persona que fuese nacida de dapnato coitu, que quier tanto decir como de vedado ayuntamiento, así como de parienta ó de muger religiosa.*

Parece claro y tajante, por tanto, que en el sistema legal de Partidas el hijo ilegítimo es privado de cualquier derecho sucesorio en la familia paterna y sólo quedaría con capacidad hereditaria respecto de su madre; mas confuso aparece, sin embargo, el derecho a ser alimentados por el padre, ya que algunos autores se han mostrado favorables a la tesis de que la carga de alimentar a los hijos debía alcanzar no sólo a los legítimos y a los naturales sino también a los hijos ilegítimos⁴²². La regulación de la obligación de crianza y subsistencia de los hijos se encuentra en el título decimonoveno de la Partida cuarta, ley quinta, que dispone *aquales fijos son tenudos los padres de criar: e quales non*, disponiendo lo siguiente:

P. IV, 19, 5.- *...Mas los que nascen de otras mujeres, así como de adulterio ó de incesto ó de otro fornicio, los parientes que*

⁴²¹ Sin embargo, Gutiérrez entiende que los hijos ilegítimos podían recibir por testamento del padre la quinta parte de los bienes que la legislación dejaba para su libre disposición porque, según el autor, si esa parte la podía legar a un extraño, más aún a alguien que el testador pensara que podía ser su hijo. Vid. GUTIERREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, I, *op. cit.*, p. 745.

⁴²² GUTIERREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, I, *op. cit.*, pp. 737 y ss.; ESCRICHE, voz “hijo ilegítimo”, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, III, *op. cit.*, pp. 48 y ss.; y GACTO, *La filiación no legítima en el derecho histórico español*, *op. cit.*, pp. 135 y ss.

suben por la lina derecha del padre, no son tenudos de los criar, si non quisieren; fueran ende, si lo ficieren por su medida, moviéndose naturalmente á criarlos, é á facerles alguna merced, assí como farian á otros estraños, porque non mueran. Mas los parientes que suben por línea derecha de parte de la madre, también ella como ellos son de los criar, si ouieren riqueza con que lo puedan facer... porque la madre siempre es cierta del fijo que nasce della es suyo, lo que non es el padre de los que nascen de tales mujeres.

La obligación de alimentos del padre aparece claramente establecida respecto de los hijos legítimos y también respecto de los naturales, equiparándolos en este derecho a los primeros. En cuanto al resto de hijos ilegítimos, la ausencia de cualquier referencia relativa al deber del padre de alimentarlos, ha originado una discusión doctrinal sobre si pesaba sobre él la obligación de prestar alimentos a esta categoría de hijos o, por el contrario, estaba exonerado de la misma. Quizás esta ley sea, como ha calificado textualmente Gutiérrez, *la más difícil de este título*, y tal vez, como afirma el autor, *nada es claro cuando se trata de los hijos ilegítimos*⁴²³ y también quizás sea cierto que relevar al padre de la obligación de alimentar a los hijos repugnaría a los derechos de paternidad y estaría en contra de la piedad y la naturaleza de las cosas⁴²⁴, pero no es menos cierto que todas las disposiciones de Partidas, a nuestro juicio, llevan a la conclusión de que ni el padre ni sus familiares tenían obligación alguna de alimentar a los hijos ilegítimos.

Se debe tener en cuenta que los hijos ilegítimos no naturales no tienen reconocida la paternidad debido a la incerteza que existía respecto a quien era su padre⁴²⁵; por tanto, resultaría arbitrario e injusto, cuando menos, imponer a una persona la obligación de sustento respecto de otra, sin que se pueda afirmar ni se pueda conocer si es el padre o no.

⁴²³ GUTIERREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, I, *op. cit.*, p. 737 y ss. ESCRICHE, voz “hijo ilegítimo”, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, III, *op. cit.*, pp. 48 y 61. Vid. también GACTO, *La filiación no legítima en el derecho histórico español*, *op. cit.*, pp. 137 y 138.

⁴²⁴ Señala Gutiérrez que “*existen por desgracia uniones incestuosas y adulterinas, y esto basta: ya que no como padre, como hombre, el que ha dado vida á otro, debe alimentale; si él desconoce este deber y la madre es pobre, y no hay persona que haya de reemplazarles en este oficio de piedad, ¿Cuál puede ser el destino de esta pobre criatura? La exposición ó el infanticidio: he aquí su término. La obligación de alimentar, mas que favor otorgado á los hijos, puede ser una pena para los padres y no debe nunca personárseles*”. GUTIERREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, I, *op. cit.*, p. 740.

⁴²⁵ La incerteza de la paternidad proviene de diversas causas: bien porque la madre mantuviera relaciones con diversos hombres —como en el caso en que la mujer hubiera cometido adulterio o cuando la madre era

Siendo el vínculo entre padre e hijo el que da origen al derecho recíproco de alimentos, parece claro que si este vínculo no puede establecerse —por los motivos que sean— tampoco podría nacer la obligación de sustento.

Prueba de lo anteriormente expuesto es el trato diferenciado que concede la ley a los familiares paternos y maternos, y que tiene su justificación lógica en la parte *in fine* de la misma: la madre tiene la certeza de que el hijo es suyo, certeza que no concurre en el padre. La justificación ofrecida, puede parecer lejana a consideraciones morales o humanitarias, pero, a nuestro juicio, resulta totalmente lógica en el ámbito jurídico: los familiares maternos deberán proporcionar alimentos al hijo por la seguridad de la existencia del vínculo de parentesco, si bien la ley permite que se exoneren de tal obligación en caso de que *no ouieren riqueza con que lo puedan facer*; sin embargo, por lo que se refiere a los familiares del padre, la ausencia de certeza del vínculo familiar traerá como consecuencia la inexistencia de una obligación de prestación alimenticia al hijo ilegítimo, que será tratado como un extraño⁴²⁶.

Significativo resulta, a nuestro entender, el título bajo el que se enmarca la ley quinta —*a quales fijos son tenudos los padres de criar e quales non*—, dejando claro así que existen hijos respecto de los cuales no existe una obligación de crianza y sustento por parte del padre: si los hijos legítimos tienen reconocido a su favor el derecho de alimentos y los hijos naturales están equiparados a éstos, quedarían el resto de hijos ilegítimos, respecto de los cuales parece claro que la ley no concede este derecho⁴²⁷. Además de lo anterior, también se debe recordar que en P. IV, 14, 3, tras establecer la equiparación entre los hijos nacidos de uniones prohibidas entre hombres ilustres y mujeres de baja condición social, se afirma que ese hijo no sería natural sino spurio, añadiendo que *quier tanto decir como fornecino, e demás tal fijo como este non debe partir en los bienes del padre nin es el padre tenudo de*

prostituta— bien porque se tratara de una relación oculta —como el caso de los hijos denominados incestuosos o sacrílegos—.

⁴²⁶ Se deja al arbitrio de los familiares paternos en P. IV, 19, 5 la posibilidad de alimentar a los hijos ilegítimos, si quieren, a fin de que no fallezcan, *assi como farian á otros estraños*

⁴²⁷ Si el sistema de Partidas hubiera querido que los hijos ilegítimos no naturales también tuvieran reconocido el derecho a la crianza y sustento por parte del padre, el título de la ley no podía haber sido el que se ha citado; el hecho de que el título distinga entre hijos que los padres tenían el deber de crianza y otros respecto

criarle si non quisiere, exonerando al padre de alimentar a éste hijo⁴²⁸. Y para concluir, traer a colación también la disposición contenida en la Novela 89, 15 de Justiniano, que tampoco reconocía a los hijos nacidos de uniones *nefandae*, *incestae* e *damnatae* el derecho a ser alimentados y que les negaba incluso la denominación de hijos; así, el derecho de Partidas, fiel seguidor del derecho romano, también debió seguir el pensamiento romano en esta materia y no reconocer a estos hijos alimentos por parte del padre.

Respecto a los hijos naturales, la regulación que establecieron los distintos fueros municipales que autorizaron con generalidad la barraganería –incluso de clérigos y hombres casados– conservando además los derechos de hijos y madres, seguramente ocasionó la necesidad de regular el concubinato, ordenando la materia definitivamente y estableciendo sus condiciones y efectos⁴²⁹. De esta forma, en Partidas se regula detalladamente la barraganería en las leyes primera, segunda y tercera del título decimocuarto, de la Partida cuarta, estableciendo en la ley segunda que el concubinato no podía tener lugar con hombres casados, ni entre parientes y prohibiendo, además, que el hombre tuviera varias concubinas, tal y como estableció Justiniano al regular el concubinato en el capítulo quinto de su Novela 18⁴³⁰.

La ordenación de la barraganería traerá como consecuencia la recuperación del concepto de hijo natural que se recoge del derecho romano postclásico y justiniano. Así, en P. IV, 15, 1 se conceptúa al hijo natural como *non legitimo*, integrando dos nociones diferentes bajo tal denominación: aquel que no *nasce de casamiento según ley*, *afsi como los que faze en las barraganas*⁴³¹. Resalta el énfasis que la ley pone con el empleo del término “faze”,

de los que no lo tenían permite entender que los que son calificados como fornecinos, espureos, manceres u notos, no tenían reconocido a su favor ese derecho.

⁴²⁸ Vid. P. IV, 14, 3, citado en nota 416.

⁴²⁹ GUTIERREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, I, *op. cit.*, p. 704.

⁴³⁰ P IV, 15, 2.- *Otrosi dezimos, que si alguno que oviesse muger a bendiciones, fiziese fijos en barragana biviendo la primera muger, que estos fijos atales non serian legitimos; maguer despues desto se muriesse la muger velada, e casasse con la barragana: e esto es porque fueron fechos en adulterio.* GUTIERREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, I, *op. cit.*, p. 711. Según el autor, el Código Alfonsino necesitó reglamentar el concubinato para impedir los abusos que se estaban cometiendo, señalando así las cualidades que debían concurrir en las mujeres concubinas, reprobando el concubinato con varias mujeres, el de los casados y el de los parientes.

⁴³¹ P. IV, 15, 1.- *Naturales e non legitimos, llamaron los sabios antiguos a los fijos que no nasce de casamiento segud ley afsi como los q faze en las barraganas.* Vid. también P. IV, 17, 2.- *Naturales son*

queriendo dar relevancia al momento de la concepción del hijo, excluyendo por tanto a los hijos en cuyos padres concurriera algún impedimento para contraer matrimonio en el momento de ser concebidos, reiterándose esta condición en P. VI, 13, 8, donde se establece que el hijo natural debía ser concebido en el tiempo que el *pare no oviese mujer legítima nin ella otrosí marido*⁴³². Se rechaza, pues, al hijo concebido de padres casados, aunque, posteriormente, en el momento del nacimiento, hubiera desaparecido el impedimento pudiendo entonces contraer matrimonio; en coherencia con lo anterior, la ley segunda, título 15, Partida IV, afirma que los hijos adulterinos permanecían ilegítimos aun cuando los padres posteriormente contrajeran matrimonio, *porque fueron fechos en adulterio*⁴³³.

Los hijos naturales, por tanto, serán aquellos que han sido concebidos en una unión entre hombre y mujer libres para contraer matrimonio que la partida llama barraganía o concubinato, siendo relevante a estos efectos el momento de la concepción y no del nacimiento. La conceptualización de un hijo como natural resulta trascendente en la regulación de Partidas, toda vez que esta categoría se presenta como privilegiada frente al resto de ilegítimos, ya que, pese a estar integrados en este grupo, tenían la posibilidad de convertirse en hijos legítimos, ostentando además algunos derechos sucesorios en relación con el padre.

Los procedimientos de legitimación regulados en Partidas son los que se han venido denominando por subsiguiente matrimonio, por privilegio real y por testamento o carta, si bien cabe advertir que la primera clase de legitimación se encuentra enmarcada dentro del título dedicado a los hijos legítimos –Partida cuarta, título decimotercero, ley primera— mientras que los otros procedimientos se encuentran insertados, sin embargo, en el título dedicado a los ilegítimos –Partida cuarta, título decimoquinto, leyes cuarta, sexta y

llamados los fijos que han los omes de las barraganas, segund dize en el titulo que fabla dellos. E estos fijos atales non son en poder del padre, assi como lo son los legitimos.

⁴³² P. VI, 13, 8.- *Sin testamento muriendo ome, que non dexasse fijos legitimos, su fijo natural que ouiesse avido de alguna muger de que non fuesse dubda que la el tenia por suya, e que fuesse el fijo engendrado en tiempo que el no ouiesse muger legitima, nin ella otro si marido...*

⁴³³ P. IV, 15, 2.- *...Otrosi dezimos, q si alguno q ouiesse muger abediciones, fiziesse fijos en barragana biuiendo su muger q estos fijos atales, non seria legitimos: maguer despues desto se muriesse la muger velada, e casasse con la barragana e esto es porque fueron fechos en adulterio.* Se emplea de nuevo el verbo *facere* para dar a entender que los hijos fueron concebidos en adulterio; en ese sentido se utiliza también en P. IV, 15, 2, cuando se hace referencia a los hijos *que faze en las barragana*.

séptima—. Seguramente esta distinción obedece al deseo del legislador or favorecer la conversión de los concubinatos en matrimonios, aunque este aconteciera con posterioridad al nacimiento del hijo⁴³⁴; así, pese a que los efectos de la legitimación sólo podían acontecer desde el matrimonio de los padres —y así se pone de manifiesto en la ley primera del título decimotercero de la Partida cuarta⁴³⁵— lo cierto es que, como afirma Gutiérrez, se establece la retroactividad del matrimonio al tiempo de la concepción del hijo como ficción jurídica para hacer posible este beneficio⁴³⁶.

Respecto a la legitimación denominada en la novela 74 de Justiniano *per rescriptum principis*, que es regulada en P. IV, 15, 4, se establece una doble jurisdicción según la condición de los padres, ya que se pedirá la legitimación de los hijos naturales a los *Emperadores é á los Reyes, en cuyo señorío viven*, pero la solicitud se deberá realizar al Papa que podrá *legitimar á todo home que sea libre, quier sea fijo de clérigo ó de lego; de guisa que pueden ser clérigos los que legitimase é subir á dignidades*. Continúa la ley que si se acepta la legitimación *é los legitiman, son dende adelante legítimos, é han todas las honras é los proes que han los fijos que nascen de casamiento derecho*⁴³⁷.

⁴³⁴ P. IV, 13, 1.- ...*Otrossi son legitimos los fijos, que ome ha en la muger q tiene por barragana si despues desso se casa conella. Ca maguer estos fijos atales non son legitimos quando nascen, tan gran fuerça ha el matrimonio, que luego que el padre, e la madre son casados se fazen porende los fijos legitimos. Esso mismo seria, si alguno oviesse fijo de su sierva, e despues desso se casasse con ella. Ca tan grand fuerça ha el matrimonio que luego ques fecho es la madre porende libre e los hijos legitimos...*

⁴³⁵ La citada ley tiene establece que *maguer estos fijos atales no son legitimos quado nasce, tan grad fuerça ha el matrimonio, que luego que el padre, e la madre son casados, se fazen por ede los fijos legitimos*, finalizando estableciendo que *esso mismo seria, si alguno ouiesse fijo de su sierva e despues desso se casasse conella. Ca tan grand fuerça ha el matrimonio, que luego ques fecho, es la madre porende libre, e los fijos legitimos*.

⁴³⁶ Así lo afirma Gregorio López en la glosa novena al afirmar *que licet matrimonium susequens trahatur retro quod legitimationem filiorum; non tamen trahitur retro quo dalia*. GUTIERREZ, Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español, I, op. cit., p. 728.

⁴³⁷ P. IV, 15, 4.- *En que manera pueden los Emperadores, et los Reyes et los Apostolicos, legitimar los fijos que non son legitimos.- Piden merced los omes a los Emperadores, e a los Reyes en cuyo Señorío biven, que les fagan sus fijos, que han de barraganas, legitimos. E si caben su ruego, e los legitiman, son dende adelante legitimos, e han todas las honrras, e los proes, que han los fijos que nascen de casamiento derecho. Otrosi el Papa puede legitimar a todo ome que sea libre, quier sea fijo de Clerigo, o de lego; de guisa que pueden ser Clerigos los que legitimare, e sobir e aver Dignidades. E maguer el Papa dispensasse con algunos destos tales que sean Clerigos, non se entiende por esso que dispensa con ellos, que ayan Dignidades; fueras si lo dixiesse señaladamente en la dispesación. E como quier que los legitime, por estas cosas sobredichas non se entiende que dispensa con ellos, para poder aver Obispados, nin Arçobispados; fueras ende si en la dispensacion lo dixiesse señaladamente. E maguer dispensasse con ellos, para aver Ordenes, e las otras cosas sobredichas, non puede dispensar con ellos, quanto en las cosas temporales, fueras ende si fuessen en su temporal jurisdicción. Esso mismo es, si el Emperador o el rey legitimasse algunos: ca maguer dispense con ellos quanto en la temporal jurisdicción, non lo puede fazer en las cosas spirituales, que puedan ser*

Como ocurría en la regulación justiniana, también ahora se concede a los hijos la posibilidad de solicitar su legitimación siempre que el padre les instituyera herederos en su testamento; en este caso, la disposición *mortis causa* servía como prueba suficiente de que el padre quería su legitimación⁴³⁸ y, por tanto, podían pedir *merced que le plega de confirmar é de otorgar la merced que el padre les quiso facer*⁴³⁹. Sin embargo, la ley sexta, del título decimoquinto de la Partida cuarta ordena expresamente que sólo se pudiera acceder a este tipo de legitimación si el padre *fijos legítimos non oviere*, debiendo el Rey confirmar que *non avia otros fijos legítimos*⁴⁴⁰. En el supuesto de que sobrevinieran con posterioridad a la legitimación hijos legítimos no afectaba nada a la condición de los hijos, que ya habían adquirido el *status* de legítimos con todas las *honras y los proes que han los fijos que nascen de casamiento derecho*.

Clerigos o beneficiados. Vid. también P. I, 16, 12.- ...*E legitimo... es quando lo legitima el Papa, o otro por su mandato...*

⁴³⁸ La ley séptima también permite que el padre pueda legitimar a los hijos naturales por medio de instrumento o carta haciendo algún home por su mano misma; ó mandándola facer á alguno de los escribanos públicos que sea confirmada con testimonio de tres omes buenos, en que diga que algún fijo que ha, nombrándolo señaladamente, que lo conosce por su fijo, es otra manera que se facen los hijos naturales legítimos. Esta ley extiende el beneficio de la legitimación a todos los hijos naturales, aunque el padre sólo hubiera mencionado a uno sólo: *por tal conoscencia como esta serán legítimos los otros hermanos, cuanto para heredar en los bienes del padre: maguer non fuesen nombrados la carta*.

⁴³⁹ P. IV, 15, 6.- *Como el padre puede fazer su fijo natural legitimo, en su testamento.- De amiga aviendo algún ome á sus fijos naturales, si fijos legítimos non oviere, puédelos legitimar en su testamento en esta manera, diciendo así: quiero que fulano ó fulana, mis fijos, que ove de tal mujer, que sean mis herederos legítimos. Ca si después de la muerte del padre tomaren los fijos este testamento, é lo mostraren al Rey é le pidieren merced que le plega de confirmar é de otorgar la merced que el padre les quiso facer; el Rey sabiendo que aquel que fizo el testamento, non avia otros fijos legítimos, débelo otorgar. E dende adelante heredan los bienes del padre é auran honra de fijos legítimos*.

⁴⁴⁰ El requisito de ausencia de hijos legítimos es silenciado en la ley cuarta, pareciendo dar a entender que, en caso de que viviera el padre, si se podía solicitar la legitimación incluso en presencia de hijos legítimos. No obstante, a juicio de Gutiérrez, la solicitud del padre se haría imposible en presencia de hijos legítimos porque así se pone de manifiesto en la interpretación que Gregorio López ofrece en su glosa segunda a la P. III, 18, 36, en la que afirma que *cum existentibus filiis legitimis, non debet filius spurius legitimari* y en la glosa tercera de la P. VI, 9, 32 también afirma que *neque legitimatio filiorum spuriorum, neque naturalium potest fieri ex rescripto principis, legitimis et naturalibus stantibus*. GUTIERREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, I, op. cit., p. 729. A ello se debe añadir en nuestra opinión, que si tal requisito se consigna expresamente en la ley sexta para que los hijos *post mortem patris* puedan instar su legitimación, cabe pensar que sería exigible también en caso de petición por el propio padre antes de su fallecimiento; el hecho de que el requisito de ausencia de hijos legítimos se consigne de forma expresa en la ley sexta, a nuestro juicio, puede deberse a que, en este caso, el padre debía haber otorgado testamento e instituir herederos a los hijos naturales, por lo que la ley, con esa referencia expresa, estaría intentando salvaguardar los derechos hereditarios de los hijos legítimos a fin de no perjudicar los mismos.

No se establece ninguna mención en Partidas respecto al requisito exigido en derecho romano justiniano para poder acceder a este tipo de legitimación y que consistía en que el matrimonio con la concubina se hubiera hecho imposible; no obstante, parece que en la práctica, según afirma Gutiérrez, si venía exigiéndose que las nupcias no fueran posible puesto que no se concedía esta gracia si era posible contraer matrimonio con la madre⁴⁴¹.

Resta por mencionar un último procedimiento de legitimación por el que se permite al padre llevar al hijo natural, con su consentimiento, *á la Corte del Emperador ó del Rey, ó al concejo de la ciudad ó villa donde fuere ó en cuyo término morase* y, en público, le diera *á servivio deste concejo*⁴⁴², recuerda a la *legitimatio per oblationem curiae*, establecida en derecho postclásico y justiniano⁴⁴³:

Las consecuencias que tenía para el hijo natural haber accedido a la legitimación por alguno de los procedimientos antecitados, al igual que ocurría en derecho romano, consistía en el abandono de la naturalidad para adquirir el *status* de hijo legítimo, con todos los derechos que les eran inherentes a tal condición, como se ordena en P. IV, 15, 9:

P. IV, 15, 9.- *Que bien e que pro, nasce a los fijos por ser legittimos.- A los legitimos nasce de la legitimación que se les faze muy grand pro; ca despues que lo son por cualquier de las maneras sobredichas, fueras en las que faze el Papa, segund dize en la sexta ley antes desta, pueden ser herederos de todos los bienes de sus padres, si los padres fijos legitimos non ovieren, e si los ovieren, heredaran su parte como los otros fijos*

⁴⁴¹ GUTIERREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, I, op. cit., p. 729.

⁴⁴² P. IV, 15, 5.- *En que manera puede el padre legitimar su fijo, dandole a servicio de Corte de Señor.- Amiga teniendo alguno, que non fuesse sierva en lugar de muger, de que oviesse fijo natural; si tal fijo como este llevare su padre a la Corte del Emperador, o del Rey ó al concejo de la ciudad ó villa donde fuere ó en cuyo término morase o a otra ciudad o villa cualquier, maguer non more en ella, nin en su termino; o dixesse publicamente ante todos: este es mi fijo que es de tal muger e dolo a servicio deste Concejo; por estas palabras lo faze legitimo, solamente, que aquel fijo que da, assi lo otorgue, e non lo contradiga. E lo que dize de susso, que puede el padre legitimar tal fijo como este, assi como sobredicho es, entiendese que lo puede fazer, quier aya otros fijos de muger legitima, quier non; fueras ende, si la amiga de quien oviesse el fijo, fuesse sierva. Ca el fijo de la sierva non lo podrie legitimar de esta manera, aviendo otros fijos legitimos. Pero si los non oviesse, estonce poderlo y a fazer, aforrandola primeramente.*

⁴⁴³ Según Gacto, la adopción en Partidas de esta forma de legitimación “*aparece un tanto artificiosa*”, porque en este momento faltarían las razones de tipo económico y político que hicieron aconsejable la legitimación por ofrecimiento a la Curia en Roma, añadiendo que “*queda desprovista de significado si no se la encuadra en aquel momento histórico, con un sistema municipal que se desintegraba desde que su organización sirvió de molde a la recaudación de impuestos*”. GACTO, *La filiación no legítima en la historia del derecho español*, op. cit., pp. 126 y 127, n. 286.

que ovieren de mugeres legitimas; fuera ende, en la manera que dize en la ley ante desta... e aun les nasce otra pro de la legitimacion: ca pueden ser cabnidos a todas las honrras e a todos los fechos temporales; tambien como los otros fijos que nascen de las mugeres legitimas.

Los hijos naturales, aunque no hubieran sido legitimados, también aparecen en la regulación de Partidas como una categoría privilegiada dentro del grupo de los ilegítimos, porque se les reconoce dos derechos relevantes: el derecho de alimentos y la capacidad sucesoria recíproca en cuanto a ambos progenitores tanto en la sucesión *ab intestato* como por testamento. En efecto, en cuanto a los derechos de crianza y subsistencia, en P. IV, 19, 5 se establece la equiparación de estos derechos entre los hijos legítimos y los naturales, al entender que en éstos últimos también existe certeza de que el padre es el hombre que convive con la madre⁴⁴⁴, y, por ello, establece la obligación de los padres y de sus familiares de alimentar a los hijos nacidos de esta unión.

La capacidad sucesoria del hijo natural respecto de su padre se encuentra reconocida en P. VI, 13, 8, tanto para la sucesión *ab intestato* como para la testamentaria⁴⁴⁵:

⁴⁴⁴ Se establece en la ley una presunción de paternidad análoga a la que existe en el matrimonio, y ello porque se especifica que los hijos naturales son aquellos que *nascen de las mugeres que tienen los homes por amigas manifestamente como en lugar de mugeres*, siempre que no hubiera entre ellos *embargo de parentesco, ó de órden de religión ó de casamiento*. Vid. P. IV, 19, 5, citada en pp. 190 y 197.

⁴⁴⁵ La capacidad sucesoria en la herencia materna se encontraba reconocida incluso respecto de todos los hijos ilegítimos, por lo que no plantea problemas en cuanto al hijo natural; además, el reconocimiento del parentesco ilegítimo viene establecido también en P. VI, 13, 12 que permite la sucesión entre hermanos no legítimos: al hijo natural que muere sin realizar testamento y sin descendencia, le suceden sus hermanos maternos: P. VI, 13, 12.- *En que manera pueden heredar entre si los hermanos que son dichos naturales.- Fijo natural, que non es nacido de legitimo matrimonio, si muriere sin testamento, non aviendo fijos, nin nietos nin madre, estonce sus hermanos que le pertenecen de parte de su madre, deven aver todo lo suyo; o si otros hermanos oviere de parte de su padre tan solamente, non heredan ende ninguna cosa. E esto es, porque los hermanos que les pertenscen de parte de su madre, son ciertos, e los de parte del padre son en dubda. Mas si ese fijo natural que muriessse sin testamento, oviessse otros hermanos naturales, que le pertenesciessen de su padre tan solamente, e non oviessse de los otros que fuessen nascidos de su madre como el; estonce estos atales bien heredarian lo suyo, porque son los mas cercanos parientes. Fuera ende, si el que assi muriessse oviessse hermano natural e legitimo de parte de su padre. Ca estonce este ha mayor derecho en la herencia, que los otros naturales que son de parte del padre solamente. Otrosi dezimos, que los fijos naturales non han derecho de heredar los bienes de los legitimos, nin de los parientes otros que le pertenescen de parte de su padre; mas de los otros parientes que le pertenescen de parte de su madre, que muriesssen sin testamento, bien los puede heredar, seyendo ellos mas propinquos parientes*. Vid. en cuanto a la interpretación de esta ley, GACTO, *La filiación no legitima en el Derecho histórico español*, op. cit., p. 199.

P. VI, 13, 8.- *Sin testamento muriendo ome, que non dexasse fijos legitimos, su fijo natural que ouiesse auido de alguna mujer de que non fuesse dubda que la el tenia por suya, e que fuesse el fijo engendrado en tiempo que el no ouiesse mujer legítima, nin ella otrosi marido, tal fijo como este puede heredar las dos partes delas doze de todos los bienes de su padre, e el e su madre deue partir estas dos partes ygualmente. E si por auetura el padre no ouiesse pariente delos descédietes, nin delos ascédietes, estoce puedel dar mietra biuere, o dexar en su testamento todo lo suyo a tal fijo como este. Pero si ouiesse fijo legitimo, no le podría dar, nin dexar en su testameto a tal fijo natural, si no delas doze partes de la heresia, la vna. Mas si acaeciesse que el padre non ouiesse fijo legitimo, e ouiesse otro pariente delos ascendientes, assi como padre, o auuelo: estonce dexando a estos ascédientes su parte legitima, q es la tercera parte de los suyo: las otras dos partes puede dar en su vida, o dexar en su testamento al fijo natural sobredicho. E si por auentura el padre no se acordase de tal fijo como este, no dexandole ninguna cosa de lo suyo: estoce los herederos del, son tenudos de le dar lo que le fuere menester para su gouierno, e para su vestir, e calçar, segu aluedrio de omes buenso de manera que lo pueda sufrir sin grasu daño. Otrosi dezimos, que aquella misma manera q el fijo natural puede, e deue heredar a su padre en los bienes del, e aprouecharse dellos, assi como sobredicho es, que enessa misma manera puede heredar el padre en los bienes del fijo, e ayudar dellos.*

Siguiendo el sistema justinianeo establecido en la Novela 89, 12, 5⁴⁴⁶, en la sucesión *abintestato*, el hijo natural podría heredar en ausencia de hijos legítimos la sexta parte de la herencia —que debería repartir con su madre—; en la sucesión testamentaria sí se permite que el hijo natural pueda ser instituido heredero universal en el testamento, si bien cuando el padre no hubiera dejado ascendientes ni descendientes legítimos⁴⁴⁷. En presencia de

⁴⁴⁶ El único requisito que no se exige ahora es la inexistencia de mujer legítima que si se exigía en derecho romano: P. VI, 13, 9.- *Como non se embarga al fijo natural la su parte que deve aver por razón de la muger legitima que fue de su padre.- Las leyes antigüas otorgan, que al padre muriendo sin fijos legitimos, puede el fijo natural heredar los bienes, de las doze partes, las dos, non dexando el muger legitima. Ca si la dexasse, embargaría al fijo de guisa que non podría demandarlos. E porque non podimos fallar ninguna razon derecha, porque se moviereon los que fizieron las leyes, a toller atal fijo esta su parte, por esta razón de la uger legitima que dexasse su padre, porende tenemos por bien, e mandamos, que la haya, e que non se le embargue por esta razón. E a esto nos movimos, a mudar de la manera que la avia puesto la ley por dos razones. La una porque este fijo nascio en tiempo en que muger legitima del padre no rescibió enojo, nin tuerto por razón del. La otra, porque maguer a el tolliese esta parte non la ganaría ella, e averla y en los otros mas propinquos.*

⁴⁴⁷ Destaca que en el caso de la sucesión *ab intestato* la ley se refiere a la ausencia de hijos legítimos mientras que en el supuesto de sucesión testada lo que se requiere es la inexistencia de descendientes y de ascendientes

familiares legítimos, se distingue entre hijos y demás parientes: si el padre dejara hijos legítimos, entonces le podría dejar una doceava parte de la herencia en testamento⁴⁴⁸, pero si sólo dejara ascendientes, el padre debería respetar la legítima de éstos —un tercio de la herencia— y podría disponer en favor del hijo natural del resto, bien en el propio testamento bien a través de donaciones hechas en vida.

Destaca en materia de sucesión testada el último inciso de la ley referido a la preterición de los hijos naturales en el testamento paterno; resulta evidente que el padre puede, si es su deseo, no dejar nada al hijo natural, incluso en el caso de que no existieren descendientes o ascendientes legítimos; sin embargo, en este caso, la ley no permite el desamparo del hijo e, inspirado en motivos de humanidad, ordena que los herederos —expresión que comprende en general a todos los que hubieran heredado, ya fueren ascendientes, descendientes o incluso extraños— le deberán dar lo que fuera *menester para su gouierno e para su vestir, e calça*⁴⁴⁹.

e) Leyes de Toro, Nueva y Novísima Recopilación.

El sistema de las Leyes de Toro siguen fieles a la tradición de distinguir la filiación por el origen matrimonial o extramatrimonial, dividiendo a los hijos en legítimos e ilegítimos o, como son denominados en la ley IX, *bastardos*.

legítimos; se tiene, por tanto, una mayor rigurosidad en el caso en que el padre hubiera optado por realizar testamento que en el supuesto en que no lo hubiere otorgado. Ello se corrobora por el hecho de que la ley, al referirse a la sucesión intestada, exija para que el hijo natural heredara que el padre *non dexasse fijos legitimos*, mientras que en la sucesión testada, se requiere que *el padre no ouiese pariente delos descendientes ni delos ascedietes*, por lo que en este caso todos los nietos, bisnietos y sucesivos descendientes en línea recta impedirían al hijo natural heredar.

⁴⁴⁸ Sin embargo, silencia el supuesto en que no existieran hijos legítimos pero si otros descendientes, aunque, a nuestro juicio, el hijo natural podría recibir del padre la parte de libre disposición de los bienes que le permite la legislación de Partidas, esto es, una quinta parte de la herencia.

⁴⁴⁹ Lo cierto es que la cantidad que debe recibir el hijo natural por alimentos es más simbólica que real, ya que ésta queda al libre albedrío de los herederos —*segu aluedrio de omes buenos*— y, por tanto, el hijo natural no podría exigir ninguna cantidad concreta; no obstante, a nuestro juicio, este derecho sí supone un reconocimiento de la paternidad para esta categoría de hijos y, por tanto, de la obligación de sustento del padre y, en caso de fallecimiento de éste, de sus herederos legítimos, lo que diferencia en gran medida al hijo natural del resto de hijos ilegítimos.

Los hijos legítimos tienen reconocida la paternidad a través de la máxima recogida del derecho romano que establecía que *pater est quem iustae nuptiae demonstrant*⁴⁵⁰, por lo que el hijo concebido dentro del matrimonio se presumirá que lo es del marido, salvo prueba en contrario⁴⁵¹; cabe destacar a este respecto la falta de mención del impedimento físico del marido para procrear a los fines de destrucción de la presunción de paternidad, si bien, como advierte Gutiérrez⁴⁵², parece que se debía admitir la prueba en contrario bien por impedimento físico —cuando algún defecto del marido le impida procrear— o de otro tipo —ausencia del marido, adulterio, etc—, ya que, si bien en Partidas tampoco se recoge éste dato, al admitir éstas la impotencia del marido como causa para destruir la presunción, se podría entender que el impedimento físico era causa para impugnar la legitimidad del hijo. La Novísima Recopilación, sin embargo, si recoge la ausencia como causa de impugnación de la legitimidad del hijo.

En contraposición a los hijos legítimos se sitúa la categoría de los ilegítimos, si bien destaca en este sistema la ausencia de definición de lo que se debe entender por éste concepto⁴⁵³; la ley XIII se limita a declarar que el hijo será ilegítimo en caso de que, *por ausencia del marido o por el tiempo del casamiento* claramente se probase que *nascio en*

⁴⁵⁰ D. 2, 4, 5, citado en nota 22.

⁴⁵¹ Vid. Novísima Recopilación X, 5, 2.- *Ley 13 de Toro.- Requisitos para que el hijo se entienda naturalmente nacido y no abortivo.- Por evitar muchas dudas, que suelen ocurrir cerca de los hijos que mueren recién nacidos, sobre si son naturalmente nascidos, ó si son abortivos, ordenamos y mandamos, que el tal hijo se diga que naturalmente es nascido, y que no es abortivo, quando nació vivo todo, y que á los menos, despues de nascido, vivió veinte y quatro horas naturales, y fué bautizado antes que muriese; y si de otra manera nascido murió dentro del dicho término, ó no fué bautizado, mandamos, que tal hijo sea habido por abortivo, y que no pueda heredar á sus padres ni á sus madres, ni á sus ascendientes: pero si por ausencia del marido, ó por el tiempo del casamiento claramente se probase, que nació en tiempo que no podía vivir naturalmente, mandamos, que aunque concurran en el dicho hijo las qualidades susodichas, que no sea habido por parto natural ni legítimo.*

⁴⁵² GUTIERREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, I, op. cit., p. 496.

⁴⁵³ Las leyes XLVII, XLVIII y XLIX de Toro tratan de impedir los matrimonios clandestinos y las uniones ilegítimas que en cierto modo habían sido autorizadas e incluso favorecidas en otros cuerpos legales. Según Domingo de Morato “*las antiguas colecciones y en especial las municipales habían favorecido más o menos claramente tales uniones... De ahí la corrupción de las costumbres domésticas, la confusión e incertidumbre en el estado de los hijos, la dificultad de calificarlos para el efecto de deslindar derechos en la familia, y como último resultado la multitud de pleitos, que embargaban todos los días la atención de los Tribunales á la apertura de una sucesión, y acerca de los demás puntos en que las leyes consignan derechos, emanados de los vínculos de la sangre*”; por ello, prosigue el autor, “*en las tres leyes citadas se trató de cortar males de tanta transcendencia, ya concediendo favores y privilegios singulares a los hijos casados y velados, ya castigando con inusitado rigor á los que contrajesen matrimonio clandestino y á cuantas personas en ello interviniesen*”. DOMINGO DE MORATO, *Estudios de ampliación de la historia de los Códigos españoles y de sus Instituciones sociales, civiles y políticas*, op. cit., pp. 247 y 248.

*tiempo que no podía vivir naturalmente*⁴⁵⁴; expresión sumamente vaga que ha sido interpretada por Gutiérrez⁴⁵⁵, en el sentido de entender que el tiempo al que se refiere la ley XIII de Toro sería el consignado en P. IV, 23, 4⁴⁵⁶, teniendo por legítimo al hijo que naciera dentro de los seis meses y un día como mínimo tras la celebración del matrimonio o en los diez meses siguientes como máximo después de su disolución, siempre que los cónyuges hubiera vivido juntos⁴⁵⁷.

Dentro de la categoría de hijos ilegítimos, también las Leyes de Toro reservan una especial posición a los hijos naturales, si bien destaca la modificación del concepto de naturalidad presente en el sistema anterior de Partidas⁴⁵⁸. En efecto, según establece la ley XI, *se digan ser los fijos naturales, cuando al tiempo que nascieren o fueren concebidos, sus padres podían casar con sus madres justamente sin disprensación, y siempre y cuando el padre lo reconozca por su fijo*⁴⁵⁹:

Ley XI de Toro.- Calidades de los hijos para que se estimen naturales.- E porque no se pueda dubdar cuales son fijos naturales, ordenamos y mandamos que entonces se diga ser los fijos naturales, cuando al tiempo que nascieren o fueren concebidos, sus padres podían casarse con sus madres justamente sin dispensación, con tanto que al padre lo reconozca por su fijo, puesto que no haya tenido en su casa, ni sea una sola, ca concurriendo en el fijo las qualidades susodichas mandamos que sea fijo natural.

No será necesario para declarar al hijo natural, por tanto, que los padres estuvieran libres de impedimento en la concepción, sino que ahora podrá atenderse también al momento del nacimiento según fuera más favorable al hijo⁴⁶⁰, obteniendo el beneficio de la naturalidad

⁴⁵⁴ Novísima Recopilación X, 5, 2.

⁴⁵⁵ GUTIERREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, I, *op. cit.*, p. 497.

⁴⁵⁶ P. IV, 23, 4.- *...que la criatura que nasciese fasta en los siete mese que solo que tenga su nacimiento un dia del septeno mes, es complida e vividera. E debe ser teunuda por legitima del padre e de la madre que eran casados e vivian en uno a la sazón que la concibió.*

⁴⁵⁷ Vid. P. IV, 23, 4, citada en notas 397 y 456 y P. III, 14, 9, transcrita en n. 398.

⁴⁵⁸ Vid. P. IV, 19, 5, transcrita en n. 197 y P. VI, 13, 8, citada en n. 432 y 446.

⁴⁵⁹ Vid. Nov. Rec. X, 5, 1, que contiene la ley XI de Toro. Vid. la crítica y las diversas interpretaciones que la doctrina realizó de esta ley en GACTO, *La filiación no legítima en el derecho histórico español*, *op. cit.*, p. 74, n. 151.

⁴⁶⁰ En este sentido, GUTIERREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, I, *op. cit.*, pp. 711 y ss. Según el autor se puede elegir entre concepción y nacimiento para calificar al hijo como natural

los hijos cuyos padres, bien cuando fueron concebidos, bien cuando hubieran nacido, podían contraer matrimonio legítimo sin necesidad de dispensa⁴⁶¹.

La extensión del concepto naturalidad a todos los hijos que provenían de relaciones de hecho ocasionó, como afirma Gutiérrez⁴⁶², que cesara la presunción de paternidad y fuera necesario establecer el requisito del reconocimiento del padre⁴⁶³. Ahora bien, puesto que, tras la exigencia del reconocimiento del hijo, la ley continúa afirmando *puesto que no haya tenido la muger de quien lo tuvo en su casa ni que sea una sola la mujer con la que el padre mantenía relaciones al tiempo en que el hijo fue concebido o cuando éste nació*⁴⁶⁴, en opinión de Llamas y Molina, el reconocimiento sólo se exigiría en caso de que la barragana fuera deshonesto o meretriz, no siendo necesario en otro caso porque se aplicaría la presunción de paternidad de forma análoga al matrimonio⁴⁶⁵, dando por supuesto que el padre del hijo habido con la concubina sería del hombre con el que convivía.

En cualquier caso, el sistema de las leyes de Toro se aparta del derecho romano y de Partidas; sin embargo, a nuestro juicio, esta exigencia resulta lógica toda vez que el derecho romano requería para la calificación de hijo natural la concurrencia de diversas circunstancias que, por su rigurosidad, se llegó a concebir el concubinato como una relación

y por ello critica la ley porque *“hace de peor condición al hijo nacido de parientes, aunque sea en grado remoto, que al tenido en una mujer casada, el cual por si causalidad nace siendo ya viuda, puede ser declarado natural”*. En contra, ESCRICHE, voz *“hijo ilegítimo”*, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, III, *op. cit.*, pp. 52 y ss.

⁴⁶¹ Critica Gutiérrez el contenido de esta ley porque podía darse el caso de que la mujer al tiempo de la concepción estuviera casada y, aún así, el hijo no nacería con la condición de adulterino, sino de natural, si aquella hubiera enviudado al tiempo de nacer el hijo. También el concebido en concubinato, aunque después naciera durante el matrimonio de alguno de los padres, también sería natural. GUTIERREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, I, *op. cit.*, p. 712.

⁴⁶² GUTIERREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, I, *op. cit.*, p. 711.

⁴⁶³ Según el autor se puede elegir entre concepción y nacimiento para calificar al hijo como natural y por ello critica la ley porque *“hace de peor condición al hijo nacido de parientes, aunque sea en grado remoto, que al tenido en una mujer casada, el cual por si causalidad nace siendo ya viuda, puede ser declarado natural”*. Vid. GUTIERREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, I, *op. cit.*, p. 71. En contra, ESCRICHE, voz *“hijo ilegítimo”*, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, III, *op. cit.*, pp. 52 y ss.

⁴⁶⁴ Como afirma Gutiérrez, la ley de Toro es correctora de Partidas, porque en este último sistema era innecesario el acto de reconocimiento exigido ahora para los hijos nacidos del concubinato, porque se entiende que resulta una unión furtiva. GUTIERREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, I, *op. cit.*, p. 716.

⁴⁶⁵ Vid. LLAMAS Y MOLINA, *Comentario crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*, I, Madrid, 1853, I, pp. 125 y ss.

semejante al matrimonio, si bien inferior a éste. En efecto, al ser la concubina única, tener que convivir en la casa del padre con sus hijos —o bien que los hijos siguieran conviviendo con él si se separaba el padre o la madre fallecía—, se estableció la certeza respecto del padre de forma análoga a lo que sucedía en el matrimonio, careciendo de sentido el reconocimiento del hijo. Sin embargo, la extensión del concepto de naturalidad a casos donde ya no se podía conocer quien era el padre —prostitutas, mujeres casadas, concubinas con varias relaciones, etc— que se efectúa en las leyes de Toro, hacía decaer la presunción de paternidad respecto del hijo, haciendo además indispensable el acto de reconocimiento por parte del padre.

Lo anterior es corroborado en la Novísima Recopilación, que reproduce la ley XI de Toro, y establece que sólo los hijos naturales pueden ser beneficiados con la legitimación cuando nacieren o fueren concebidos, sus padres pudieran casarse sin necesidad de dispensas siempre que el padre lo reconociera. Si bien este cuerpo legal no considera necesario que el padre *haya tenido mujer de quien la vio en su casa, ni que sea una sola, con tal de que el padre la reconozca por su hijo*, considerándose indispensable que el padre reconozca al hijo, porque es de ese reconocimiento precisamente de donde nacerán todos sus derechos.

La ampliación del concepto de naturalidad originará también la desaparición de algunas categorías de hijos ilegítimos que existían en el sistema de Partidas, porque obtendrían ahora el beneficio de la naturalidad. Así, los hijos denominados manceres podrían ser naturales, ya que el hecho de que la madre fuera prostituta no obstaba para que ésta fuera libre de contraer matrimonio, por lo que, si el padre tampoco estaba casado, el hijo obtendría la cualificación de hijo natural. Igualmente, los denominados incestuosos también se integrarían en la categoría de hijos naturales en el caso de que los padres hubieran obtenido dispensa en el momento de nacer el hijo. De idéntico modo, los hijos denominados adulterinos serían calificados de naturales si nacían cuando los padres fueran libres —aunque hubieran sido concebidos en adulterio— o hubieran sido concebidos entre personas libres de impedimento —aunque nacieran tras el matrimonio de alguno de los padres—. En definitiva, la nueva concepción de hijo natural difumina la línea que separaba

a los hijos naturales del resto de ilegítimos, extendiendo la naturalidad a innumerables supuestos que en el sistema anterior estaban claramente excluidos de ella⁴⁶⁶.

Por lo que se refiere a la legitimación, las leyes de Toro beneficiaron al hijo cuyos padres habían contraído matrimonio, concediéndoles el *status* de hijo legítimo y equiparándolos en sus derechos a éste: concurrían a la sucesión del padre⁴⁶⁷:

Ley XII de Toro.- Si alguno fuere legitimado por rescripto, o privilegio nuestro, o de los Reyes que de Nos vinieren, aunque sea legitimado para heredar los bienes de sus padres o madres, u de sus abuelos y después su padre o madre o abuelos, huvieren algun hijo, o nieto descendiente legítimo, o de legitimo matrimonio nascido, o legitimado por subsiguiente matrimonio, el tal legitimado no pueda succeder con los tales hijos, o descendientes legitimos en los bienes de sus padres o madres, ni de sus ascendientes ab intestato ni ex testamento; salvo si sus padres o madres o abuelos en lo que cupiere en la quinta parte de sus bienes que podian mandar por su anima le quisieren alguna cosa mandar: que fasta en la dicha quinta parte, bien permitimos que sean capaces y no mas: pero en todas las otras cosas, ansi en suceder a los otros parientes como en honrras y preeminencias que han los hijos legitimos, mandamos que en ninguna cosa difieran de las hijos nascidos de legitimo matrimonio.

Puesto que la ley alude para reconocer la naturalidad del hijo al momento de la concepción o del nacimiento indistintamente, se ha discutido doctrinalmente la posibilidad de que los hijos adulterinos pudieran ser legitimados si los padres posteriormente podían casarse; a este respecto, la doctrina mayoritaria se ha pronunciado claramente en contra de esta posibilidad⁴⁶⁸, si bien, a nuestro juicio, no se entiende demasiado el rechazo de esta

⁴⁶⁶ La inspiración de esta ley en el *favor filii* al atender al momento de la concepción o del parto recuerda la regla establecida en derecho justiniano para fijar la condición de los hijos, ya que en ésta se tomaban en cuenta ambos momentos según fuera más beneficioso para el hijo. Este criterio es acogido por las leyes de Toro para establecer la condición de natural de los hijos. Vid. D. 1, 5, 5, 2 y 3, citados en p. 52; C. 5, 6, 3 y C. 5, 27, 11, transcritos en p. 99.

⁴⁶⁷ Se excluye de la sucesión paterna a los hijos naturales no legitimados y también a los legitimados *per rescriptum principis*.

⁴⁶⁸ Escriche se pronuncia en contra manteniendo que la ley, pese a otorgarles la naturalidad, no les concede el beneficio de la legitimación. Vid. ESCRICHE, voz “hijo ilegítimo”, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, III, *op. cit.*, p. 74. En el mismo sentido, GUTIERREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, I, *op. cit.*, p. 669. Vid. también GACTO, *La filiación no legitima en el Derecho histórico español*, *op. cit.*, p. 100, n. 209 y p. 101, n. 212.

posibilidad, ya que, si los hijos adulterinos podían obtener el beneficio de la naturalidad, este *status* les permitiría –aunque pueda parecer sorprendente— acceder a la legitimación por subsiguiente matrimonio de los padres.

La legitimación por concesión real tiene efectos limitados en cuanto a la adquisición de la capacidad sucesoria del hijo, toda vez que la ley XII de Toro prohíbe que los legitimados concurren con los legítimos en la herencia paterna, incluso en caso de que éstos últimos hubieran nacido con posterioridad a la legitimación. En efecto, esta ley contempla que, tras la legitimación por concesión regia, el padre tenga hijos legítimos, bien de forma natural, bien por matrimonio con la concubina; en este supuesto, la ley ordena que los hijos legitimados no puedan concurrir con los legítimos a la sucesión, excluyéndolos de la herencia paterna y permitiendo tan sólo que el padre les asigne el quinto de libre disposición. En definitiva, las leyes Taurinas permitieron que los hijos legitimados por rescripto regio fueran excluidos de la sucesión paterna no sólo cuando concurrían con hijos legítimos sino también con los que habían sido legitimados *per subsequens matrimonium*⁴⁶⁹.

Por lo que se refiere al derecho de alimentos, el sistema legal de las leyes de Toro resulta más benévolo que el establecido en el derecho romano y en Partidas⁴⁷⁰, en el que no se concedían alimentos a los hijos procedentes de uniones *incestae*, *nefandae* y *damnatae*. En la ley X de toro se establece que tendrán derecho a ser alimentados los hijos nacidos de adulterio o incesto⁴⁷¹:

La ley X de Toro.- Mandamos que en caso que el padre ó la madre sea obligado á dar alimentos á alguno de sus hijos ilegítimos en su vida ó al tiempo de su muerte, que por virtud de la tal obligación no le pueda mandar mas de la quinta parte de

⁴⁶⁹ Respecto a la polémica doctrinal suscitada en torno a la posibilidad de legitimar por rescripto cuando ya existían hijos legítimos, vid. GACTO, *La filiación no legitima en el Derecho histórico español*, op. cit., pp. 120 y 121.

⁴⁷⁰ Vid. P. VI, 3, 4 y IV, 19, 5, citadas respectivamente en pp. 190 y 197.

⁴⁷¹ Cabe destacar a éste respecto que en la Nov. Rec. XII, 28, 10, se declaran adulterinos los hijos de un casado que cree muerta a su mujer y tiene hijos con otra con la que contrajo un segundo matrimonio. Por eso, GUTIERREZ (*Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, I, op. cit., p. 709) entiende que “no hay mas remedio que considerar adulterino al hijo habido por hombre casado con mujer viuda o soltera o por hombre soltero o viudo o casado en mujer casado con otro. Vid. también Nov. Rec. X, 20, 6

sus bienes, de la que podía disponer por su ánima. Y por causa de los dichos alimentos no sea mas capaz el tal hijo, pueda en su vida ó en su muerte hacer lo que quisiere ó por bien tuviere. Pero si el tal hijo fuere natural y el padre no tuviere hijos ó descendientes legítimos, mandamos que el padre le pueda mandar justamente de sus bienes todo lo que quisiere, aunque tenga ascendientes legítimos.

El sistema de las leyes de Toro vincula la obligación de dar alimentos a la herencia del padre, reconociendo este derecho a los hijos naturales y al resto de los ilegítimos. En el caso de los hijos ilegítimos la cuota que el padre puede dejar por alimentos se limita a una quinta parte de la herencia, mientras en el supuesto de que el hijo fuera natural se permite al padre, siempre que no dejara descendencia legítima, que *le pueda mandar justamente de sus bienes todo lo que quisiere, aunque tenga ascendientes legítimos*⁴⁷². Según afirma Gacto, la finalidad que tenía el establecimiento del límite de la quinta parte del patrimonio era evitar los fraudes que se venían cometiendo respecto de los herederos legítimos con la excusa de proporcionar alimentos a los hijos ilegítimos⁴⁷³.

Por lo que respecta a los derechos sucesorios de los hijos ilegítimos, el sistema de las leyes de Toro también rompe con la tradición al establecer la regla general de la exclusión de la sucesión legítima y testamentaria de los hijos ilegítimos en la herencia materna cuando dejara hijos o descendientes legítimos, permitiendo sin embargo que recibieran un quinto de la herencia⁴⁷⁴. No obstante, en caso de inexistencia de hijos legítimos, aunque la madre tuviera ascendientes legítimos, ordena la ley que *el hijo o hijos o descendientes que tuviere*

⁴⁷² Respecto a los problemas de interpretación que suscita la ley de Toro en materia de alimentos, vid. GUTIERREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, I, op. cit., pp. 740 y ss.; LLAMAS Y MOLINA, *Comentario crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*, I, op. cit., pp. 190 y ss.; y GACTO, *La filiación no legítima en el Derecho histórico español*, op. cit., pp. 140 y ss.

⁴⁷³ GACTO, *La filiación no legítima en el Derecho histórico español*, op. cit., p. 140.

⁴⁷⁴ La ley IX de Toro sigue lo dispuesto en P. VI, 13, 8 cuando ordena que los hijos naturales sean herederos forzosos en la herencia materna, aunque establece que sólo pueden serlo si la madre carece de descendencia legítima. Las leyes de toro modificaron la situación de los hijos naturales respecto de la madre, porque si concurrían con legítimos, sólo podían heredar a una parte del patrimonio total siempre inferior al quinto de libre disposición.

*naturales, o espurios por su orden y grado le sean herederos legitimos ex testamento, et abintestato*⁴⁷⁵:

Ley IX de Toro.- Los hijos bastardos o ilegítimos de cualquier calida que sean, no pueden heredar a sus madres ex testamento ni ab intestato, en casos que tengan sus madres o hijo, o descendientes legitimos pero bien permitimos que les puedan en vida, o en muerte mandar fasta la quinta parte de sus bienes, de la qual podrían disponer por su anima, y no mas ni allende. Y en caso que no tenga la mujer hijos, o descendientes legitimos aunque tenga padre, o madre, o ascedientes legitimos, mandamos que el hijo o hijos o descendientes que tuviere naturales, o espurios por su orden y grado le sean herederos legitimos ex testamento, et abintestato: salvo si los tales hijos fueren de dañado y punible ayuntamiento de parte de la madre, que en tal caso mandamos que no puedan heredar a sus madres ex testamento ni ab intestato. Pero bien permitimos que les puedan dar en vida, o en muerte mandar fasta la quinta parte de sus bienes, y no mas de lo que podían disponer por su anima, y de la tal parte después que la huvieren puedan disponer en su vida, o al tiempo de su muerte los dichos hijos ilegítimos como quisieren. Y queremos y mandamos, que entonces se entienda y diga dañado y punible ayuntamiento quando la madre por tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural, salvo si fueren los hijos de Clerigos, o Freyles u de Monjas profesas, que en tal caso aunque por el tal ayuntamiento no incurra la madre en pena de muerte: mandamos que se guarde lo contenido en la ley que hizo el Señor Rey Don Juan el primero en la ciudad de Soria, que habla sobre la sucesión de los hijos de Clérigos.

Por lo tanto, sólo estaban equiparados a los hijos naturales como herederos forzosos —y siempre en ausencia de hijos ilegítimos— los que no hubiera nacido de *dañado y punible ayuntamiento de parte de la madre*, esto es, los incestuosos y adulterinos de mujer soltera, porque en éste último supuesto la ley les priva de capacidad sucesoria tanto *abintestato* como por testamento⁴⁷⁶. De esta última disposición están excluidos los hijos de *Clerigos*, o

⁴⁷⁵ A este respecto, Llamas y Molina afirma que primero heredarían los hijos naturales que serían preferidos al resto de espurios, ya que los primeros excluirían en la sucesión al resto de ilegítimos. Vid. LLAMAS Y MOLINA, *Comentario crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*, I, op. cit., pp. 160 y ss.

⁴⁷⁶ Resulta curioso la Ley novena, título vigesimotercero, libro octavo de la Novísima Recopilación en la que dice que *la experiencia ha manifestado que la inhabilitación que contienen algunas leyes y costumbres observadas por estatutos, y constituciones de hermandades y otros cuerpos erigidos con autoridad pública, de que los hijos ilegítimos no sean capaces de profesar algunas artes, ha sido y es contrario a la prosperidad y bien del Estado, careciendo por esta razón tales personas de los auxilios que puedan franquearle su*

Freyles u de Monjas profesas —los denominados sacrílegos— que no pueden suceder a la madre aunque ésta no hubiera sido condenada a muerte, efectuando una remisión a una ley de 1380 que dictó Juan I en Soria, que inhabilitaba a los hijos sacrílegos para suceder en los bienes de los padres; no obstante, según Gacto, la alusión resulta equívoca porque puede interpretarse tanto en el sentido de ratificación de la ley de Soria como en el de extensión de su alcance a la sucesión materna, que es la que se trata en el precepto⁴⁷⁷.

Respecto de la herencia paterna, la ley X de Toro transcrita anteriormente autoriza al padre a instituir heredero al hijo natural⁴⁷⁸, cuando no existan hijos legítimos, y ello aunque tenga ascendientes o parientes colaterales⁴⁷⁹. La ley X de Toro no trata la sucesión intestada, pero Gutiérrez entiende que se debe poner en relación con la ley VI que permite que el hijo natural excluya a los ascendientes⁴⁸⁰:

estudios y aplicación... Por estas consideraciones y con el deseo de utilizar un gran número de mis vasallos que, por dicho defecto, se hallan imposibilitados de ejercer las artes y oficios, y para que éstas reciban todos los auxilios necesarios a su fomento y prosperidad he tenido a bien declarar que para el ejercicio de cualesquiera artes u oficios no ha servir de impedimento la ilegitimidad que previenen las leyes, subsistiendo para los jueces y escribanos lo dispuesto en ellas.

⁴⁷⁷ No pueden suceder los hijos de *dañado y punible ayuntamiento* y la unión es cuando la madre por tal ayuntamiento hubiere pena de muerte natural salvo que fueren hijos de clérigos, frailes o monjas profesas porque en ese caso debe estar a los que mandó el Rey don Juan el Soria. Cortes de Soria de 1380, 8.- *Otrosy que nos pidieron por merçet que en algunas çibdades e villas e lugares delos nuestros rregnos han cartas e preuilejos quelos fijos delos clérigos, que ouieren ensus barraganas, que heredasen sus bienes o de otros quales quier sus parientes asy como si fuesen nascidos de legitimo matrimonio... e quelas tales cartas que son dadas contra Dios en contra Derecho: e pidieronnos por merçed que mandasemos quelas tales cartas e preuilegios quelos dichos fijos de los clérigos tienen enesta rrazon, que non gozasen dello. A esto respondemos que nos plaze, e tenemos por bien quelos tales fijos de clérigos que non ayan nin hereden los bienes de los dichos sus padres nin de otros parientes, nin ayan qual quier manda o denaçion o vendida queles sea fecha agora nin de aquí delante; e quales quier preuilejos o cartas que tengan ganadas o ganaren de aquí adelante en su ayuda e contra esto que nos ordenamos, mandamos que non valan nin se puedan dellos aprouechar nin ayudar, ca nos los rreuocamos e damos por ninguno.* Afirma el autor a este respecto que, teniendo en cuenta la regla general de incapacidad de los hijos ilegítimos para suceder a la madre únicamente si provienen de punible ayuntamiento, la posterior referencia a los hijos sacrílegos solo cabe entenderla en cuanto a la extensión a ellos del mismo régimen. Carece de sentido pensar que la norma se limita a reproducir la ley de Soria en su primitivo alcance, porque la legislación de Toro no contiene una regulación de la sucesión intestada de hijos ilegítimos en los bienes paternos que continúa rigiéndose por Partidas —ratificada en la ley X de Toro— y además porque el contexto del precepto contempla la situación de ilegítimo ante la madre. En definitiva, Gacto entiende que la ley de Soria prohíbe la sucesión del hijo clérigo exclusivamente en los bienes del padre, mientras la de Toro se refiere a la incapacidad para heredar los bienes maternos. GACTO, *“La filiación ilegítima en la Historia del Derecho español”*, op. cit., p. 939.

⁴⁷⁸ La alusión de la quinta parte del patrimonio del padre debe entenderse limitada, según Gacto a la obligación alimentaria. GACTO, *La filiación no legítima en el Derecho histórico español*, op. cit., p. 197.

⁴⁷⁹ Se deroga en este punto, por tanto, la legislación de Partidas establecida en VI, 13, 8.

⁴⁸⁰ GUTIERREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, III, op. cit., p. 318.

Ley VI de Toro.- *Los ascendientes legitimos, por su orden y linea derecha succedan ex testamento et ab intestato a sus descendientes, y le sean legitimos herederos como lo son los descendientes a ellos en todos sus bienes de cualquier calida que sean en caso que los dichos descendientes no tengan hijos o descendientes legitimos, o que hayan derecho de les heredar: pero bien permitimos que no embargante que tengan los dichos ascendientes que en la tercia parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes en su vida o hacer cualquier ultima voluntad por su alma, o en otra cosa qual quisiere: lo cual mandamos que se guarde...*

En efecto, se dice en la ley que los ascendientes legítimos suceden *abintestato* y por testamento siempre y cuando no dejara el causante descendientes legítimos. Ahora bien, a continuación se refiere la ley a otros descendientes que tienen derecho a heredar y que serán, en primer lugar, los hijos legitimados *per subsequens matrimonium* —que se equiparan a los legítimos— y *per rescriptum principis* —que sólo son excluidos en caso de que con posterioridad a la legitimación hubieren hijos legítimos— y los hijos naturales, pero siempre que hereden *ex testamento*, porque muriendo intestado si les obstarían los ascendientes legítimos⁴⁸¹.

f) El derecho de filiación en la etapa de codificación del derecho civil español.

La etapa de codificación del derecho civil es España, siguiendo a Baró Pazos⁴⁸², comienza en 1808, si bien alcanza el carácter de oficial en 1843 con la creación de la Comisión General de Codificación por Decreto de 19 de agosto de ese mismo año y culmina con la redacción del Código civil en 1888-1889⁴⁸³. Este largo proceso iniciado con el Estatuto de Bayona tendrá algunos momentos de especial relevancia donde se realizarán intentos de

⁴⁸¹ Pacheco pone de manifiesto la contradicción que contiene la ley por declarar a los ascendientes herederos legítimos y forzosos para a continuación disponer que el padre, si quiere, podría instituir heredero al hijo natural, que no es heredero legítimo pero que se prefiere en este caso a los ascendientes. Vid. PACHECO, *Comentario histórico, crítico y jurídico a las Leyes de Toro*, I, Madrid, 1862, pp. 87 y ss.

⁴⁸² BARO PAZOS, *La codificación del derecho civil en España, 1808-1889*, Santander, 1992, p. 17.

⁴⁸³ Baro Pazos realiza una periodificación del proceso codificador que tuvo lugar en España, distinguiendo cuatro grandes etapas: la de los prolegómenos de la Codificación, que comprende desde 1808 hasta 1843; la etapa denominada de la oficialización de la Codificación, que va de 1843 a 1854; la etapa intermedia, que se

codificación que indudablemente servirán de fundamento para que tenga lugar la finalmente la promulgación en 1888 del Código civil; sin embargo, un análisis exhaustivo de los proyectos de Código civil que quedaron como intentos de codificación excedería el propósito de este trabajo llevando a una desmesurada amplitud que, a nuestro juicio, carece de fundamento. Se ha optado, por tanto, por analizar los Proyectos y leyes que van a incidir de manera específica en el derecho de filiación que posteriormente quedará plasmado en el Código civil y, en este sentido, cobra especial relevancia el Proyecto de Código Civil de 1851 conocido como “Proyecto de García Goyena” o “Proyecto Isabelino” por servir de fuente principal para la redacción del código promulgado en 1888-1889, la Ley de Matrimonio Civil de 1870 y el Anteproyecto de 1882. Por lo tanto, el examen del derecho de filiación en estos tres sistemas no implica en absoluto desconocer la importancia que el resto de los intentos codificadores llevados a cabo desde 1808 tuvieron en el tránsito del viejo derecho del Antiguo Régimen hasta el nuevo derecho del Estado Liberal, que se encuentra fuera de toda duda, si bien, desde la perspectiva evolutiva que ahora se aborda, interesa realizar un examen concreto de los intentos de unificación más relevantes dentro del proceso general de codificación⁴⁸⁴.

a) Proyecto de Código Civil de 1851.

El Proyecto de Código Civil de 1851 constituye uno de grandes hitos en el proceso de codificación del derecho civil en España⁴⁸⁵, siendo considerado incluso por Peña y Bernardo de Quirós, no sólo como un simple intento frustrado de codificación, sino como

sitúa entre los años 1854 y 1875; y la de culminación de la labor codificadora, que abarcaría desde 1875 hasta 1889. BARO PAZOS, *La codificación del derecho civil en España, 1808-1889, op. cit.*, pp. 53 y ss.

⁴⁸⁴ Quizás quepa resaltar el Proyecto de 1821 por constituir el primer intento de codificación y por introducir en sus artículos 337 y 338 el reconocimiento de los hijos naturales en el momento del bautismo, a través de la partida correspondiente, o también con posterioridad mediante escritura pública. Vid. PAZOS, *La codificación del derecho civil en España, 1808-1889, op. cit.*, pp. 55 y ss. y, más específicamente sobre la materia, PESET REIG, “Análisis y concordancias del proyecto de Código civil de 1821”, en *Anuario de Derecho Civil*, XXVIII, pp. 29 y ss.

⁴⁸⁵ Vid. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974; CASTAN VAZQUEZ, “El proyecto de Código civil de 1851 y su influencia en las codificaciones iberoamericanas”, en *anales de la Academia de Jurisprudencia y Legislación*, número especial dedicado al centenario del código civil, Madrid, 1988, pp. 263 y ss. y LACRUZ BERDEJO, “Las Concordancias de García Goyena y su valor para la interpretación del Código civil”, en *Revista crítica de derecho Inmobiliario*, año L, marzo-abril, núm. 501, pp. 289 y ss.

el Código civil español en una etapa muy avanzada de su elaboración⁴⁸⁶. Una de las materias que se regularon con interés en el Proyecto fue la relativa a paternidad y filiación, en el que todavía permanece la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos y reservando una posición especial dentro de este último grupo a los hijos naturales.

Respecto a la filiación legítima, continúa su tradicional posición privilegiada de esta categoría de hijos ya que sólo ellos tienen reconocida la paternidad y, por tanto, serán los únicos considerados como herederos forzosos en la sucesión paterna⁴⁸⁷. Se mantiene la presunción de paternidad regulada en D. 2, 4, 5, declarando el artículo 101 del Proyecto legítimos a todos los hijos nacidos después de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos de la separación de los cónyuges, sin que se admita otra prueba en contrario que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que preceden al nacimiento⁴⁸⁸. Fuera de este supuesto, el resto de hijos se consideran ilegítimos, si bien el Proyecto tiene una consideración especial respecto de los hijos naturales que se conceptúan en el artículo 118 como aquellos hijos nacidos fuera del matrimonio pero que cuyos padres, al tiempo de su concepción, no hubieran tenido impedimento alguno para contraerlo, aunque fuera con dispensa⁴⁸⁹; únicamente estos hijos serán calificados como naturales, abandonando por tanto el polémico concepto introducido por las Leyes de Toro y quedando claramente fijada la línea que separa a los hijos naturales del resto de ilegítimos.

La principal ventaja de la calificación de un hijo como natural estaba en la posibilidad de que éste transformara su *status* en el de legítimo a través de un procedimiento consistente

⁴⁸⁶ PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888)*, Madrid, 2006, p. 19.

⁴⁸⁷ Art. 641.- *Son herederos forzosos: 1º. Los hijos y descendientes legítimos respecto de sus padres y ascendientes legítimos.*

⁴⁸⁸ Art. 101.- *Se presumen legítimos los hijos nacidos despues de ciento ochenta dias contados desde la celebración del matrimnio, y dentro de los trescientos siguientes a su disolución. Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su muger en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.* Vid. GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, op. cit., pp. 61 y ss.

⁴⁸⁹ Art. 118.- *Los hijos naturales se legitimarán únicamente por el subsiguiente matrimonio de sus padres. Se comprende solamente bajo el nombre de hijos naturales, los nacidos fuera de matrimonio de padres, que al tiempo de la concepción de aquellos, pudieron casarse, aunque fuera con dispensa; y deberá observarse lo dispuesto en el artículo 122.* Art. 122.- *Los padres de un hijo natural podrán reconocerle de comun acuerdo.*

en la legitimación del hijo y su reconocimiento⁴⁹⁰. Así, de las tres formas de legitimación reguladas históricamente, el Proyecto de García Goyena sólo contempla la legitimación *per subsequens matrimonium* de los padres, disponiendo el artículo 119 que para que la legitimación tuviera efecto los padres debían reconocer al hijo bien en el momento de la celebración del matrimonio o bien con anterioridad⁴⁹¹. Como señala Baró Pazos, el reconocimiento del hijo natural se reguló para evitar los frecuentes casos de atribución interesada de la paternidad⁴⁹² y así el Proyecto permite que el reconocimiento del hijo natural se realice en la partida de nacimiento, en escritura pública o por vía testamentaria⁴⁹³, negando efectos a cualquier documento privado y, además, impidiendo la posibilidad de que se investigue la paternidad y la maternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio⁴⁹⁴.

El reconocimiento se encuentra vetado para el resto de hijos ilegítimos, esto es, los procedentes de uniones adulterinas, incestuosas o sacrílegas, puesto que estos hijos no son conceptuados como naturales según la definición que consta en el artículo 118 y no pueden ser reconocidos de común acuerdo de los padres. Estos hijos sólo podrían ser reconocidos por uno solo de los padres, aunque admitiendo en este caso prueba en contrario y también su impugnación⁴⁹⁵. En estos casos, si resulta por sentencia que el hijo reconocido como

⁴⁹⁰ Art. 120.- *Los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio son iguales á los legítimos para todos los efectos legales.* Art. 170.- *Los hijos naturales reconocidos y los adoptivos menores de edad están bajo la patria potestad del padre ól madre que los reconoce ó adopta...* Art. 267.- *La tutela de los hijos naturales se rige por las mismas reglas que la de los hijos legítimos...* Vid. GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, op. cit., pp. 76 y ss.; pp. 105 y ss; y pp. 151 y ss.

⁴⁹¹ Art. 119.- *Para que la legitimación tenga efecto, los padres del hijo natural han de reconocerle necesariamente antes de la celebración del matrimonio, ó en el acto de celebrarlo.*

⁴⁹² BARO PAZOS, *La codificación del derecho civil en España, 1808-1889*, op. cit., p. 119.

⁴⁹³ Art. 123.- *El reconocimiento de un hijo natural ha de hacerse en la partida de su nacimiento, en escritura pública, ó en testamento. De otro modo no producirá efecto en derecho.*

⁴⁹⁴ Art. 127.- *Se prohíbe, en todo caso, la investigación de la paternidad y la maternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio.* Vid. GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, op. cit., pp. 80 y ss.

⁴⁹⁵ Art. 123.- *Para el reconocimiento por uno solo de los padres bastará que el que le reconoce haya sido libre para contraer matrimonio en cualquiera de los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento; la ley presume para este caso que el hijo es natural.* Art. 127.- *...Todo reconocimiento del padre ó de la madre, ó de los dos juntos, podrá ser impugnado por un tercer interesado, despues de muerto el que hijo el reconocimiento.* Vid. GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, op. cit., pp. 80 y ss.

natural procedía de uniones prohibidas, entonces el artículo 132 ordena la nulidad del reconocimiento llevado a cabo⁴⁹⁶.

Los derechos del hijo natural reconocido por los padres se regulan en el artículo 130 del Proyecto, concretándose en llevar los apellidos paternos o maternos, en el derecho a ser alimentado y en la concesión de ciertos derechos sucesorios, que variarán en función de la concurrencia con parientes legítimos. Así, como señala Baro Pazos, el Proyecto introduce novedades en los derechos hereditarios de los hijos naturales tanto sobre la herencia materna como la paterna⁴⁹⁷, reconociendo un derecho de sucesión recíproco y distinguiendo el supuesto de que el hijo natural hubiera sido reconocido sólo por uno de los padres o por ambos.

En el supuesto de reconocimiento de padre y madre, los hijos naturales sólo tienen reconocidos derechos sucesorios cuando el padre o la madre no hubieren dejado descendientes legítimos, ya que en este caso sólo tendrán derecho a los alimentos⁴⁹⁸; se aparta en este punto el Proyecto del derecho romano que si permitía la concurrencia de los hijos naturales junto con los legítimos en la herencia materna, pero continúa la tradición de la legislación histórica del derecho español. Distinto es el supuesto de que el hijo natural concurriera con otros parientes legítimos, ya que entonces si tendría derecho a una cuarta parte o a la mitad de la herencia, según hubiera ascendientes o colaterales hasta el cuarto grado, respectivamente. Si concurriera el hijo natural con el cónyuge supérstite, entonces les corresponderían dos tercios de la herencia y si concurrieran con parientes colaterales y el viudo o viuda, sucederían en una tercera parte. Por último, a falta de todos los parientes anteriores, el hijo natural sucede al padre o a la madre como heredero universal de éstos⁴⁹⁹.

⁴⁹⁶ Art. 132.- *Si de una sentencia ejecutoriada resultare que el hijo reconocido como natural procede de unión adulterina, incestuosa no dispensable por la Iglesia ó sacrílega, será nulo el reconocimiento, y aquel no tendrá mas derechos que á los alimentos.*

⁴⁹⁷ BARO PAZOS, *La codificación del derecho civil en España, 1808-1889*, op. cit., p. 126.

⁴⁹⁸ Art. 775.- *Cuando el padre ó madre que le reconoció haya dejado hijos ó descendientes legítimos, no tendrán los naturales otro derecho que el de alimentos, consignado en el número 2 del artículo 130.*

⁴⁹⁹ Art. 776.- *Si han quedado solo ascendientes legítimos, sea cualquiera su número y grado, los hijos naturales reconocidos por el mismo padre y la misma madre, sean uno ó mas, heredarán la cuarta parte de los bienes, concurran ó no con viudo o viuda. Qudando solo colaterales dentro del cuarto grado, heredarán la mitad. Si además de colaterales dentro del cuarto grado quedan viudo ó viuda, heredarán el tercio. A falta de colaterales dentro del cuarto grado, heredarán por entero, si no quedan viudo ó viuda; y en otro caso los dos tercios.*

Los derechos sucesorios varían significativamente si el reconocimiento del hijo natural se hubiera llevado a cabo sólo por uno de los progenitores, ya que en este caso se veta el acceso a la herencia salvo que el padre o la madre no dejaran parientes colaterales dentro de cuarto grado ni cónyuge supérstite⁵⁰⁰. Y, además, en cualquier caso, según ordena el artículo 779, *el hijo natural nunca hereda a los hijos y parientes legítimos del padre o la madre que le reconoció ni ellos al natural*, estableciendo de este modo, como afirma García Goyena, la línea divisoria e insuperable entre parientes legítimos y naturales⁵⁰¹.

La capacidad sucesoria del resto de hijos ilegítimos es silenciada en el Proyecto isabelino, si bien cabe resaltar la benevolencia con la que son tratados, al reconocerles el derecho de alimentos que les había sido negado tradicionalmente desde el derecho romano hasta las Leyes de Toro⁵⁰².

b) Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870.

La Ley de Matrimonio Civil promulgada tras el intento de codificación de 1869⁵⁰³, pese a que su ámbito de aplicación se ciñe al matrimonio y, en principio, no debería haber afectado a la regulación de la filiación, lo cierto es que si incidió directamente en ésta materia al restar efectividad civil a los matrimonios celebrados por el rito canónico. En

⁵⁰⁰ Art. 777.- *El natural reconocido únicamente por el padre ó la madre, no los heredará sino á falta de colaterales dentro del cuarto grado civil, y de viudo ó viuda.* Para García Goyena “*en estos dos artículos se encierra una moralidad y delicadeza que no se descubre en el Código Francés ni en los demás que á su imitación autorizan el reconocimiento aislado ó parcial, pues favorecen igualmente al hijo natural en uno y otro caso*”, si bien continúa el autor apuntando que “*el natural de este artículo debe heredar habiendo colaterales fuera del cuarto grado, como el natural del artículo anterior habiéndolos dentro del cuarto*”. Vid. GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, op. cit., p. 408.

⁵⁰¹ Según García Goyena, “*se consulta al decoro y sosiego de las familias y al mismo tiempo se respetan la equidad y la justicia, negando á los parientes legítimos en la sucesión de los naturales los derechos de que estos se ven privados en la de aquellos*”. GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, op. cit., p. 408.

⁵⁰² Vid. Art. 132, citado en nota 496.

⁵⁰³ Vid. en cuanto a la Ley de Matrimonio civil, entre otros autores, FUENMAYOR, “*El matrimonio como contrato civil*”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, LXXII, 1976, pp. 94 y ss.; ROLDAN VALLEJO, *La Ley de Matrimonio civil de 1870*, Granada, 1980; IBAN, “*Matrimonio civil y matrimonio*

efecto, la Ley de Matrimonio civil se presenta como el resultado de aplicar una política secularizadora con arreglo al principio constitucional de libertad de cultos, a una institución de hondo arraigo en la sociedad española el matrimonio⁵⁰⁴ y, en coherencia con el ámbito al que se ciñe la ley —el matrimonio— es la regulación de la filiación se centra en la legítima, dejando subsistente la legislación anterior en cuanto a la ilegítima.

En efecto, en su artículo 56 la Ley reconoció a favor de los hijos legítimos la presunción de paternidad del marido⁵⁰⁵, no permitiendo su destrucción por confesión de la madre o convicción de adulterio, sino tan sólo de *imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubieran precedido al nacimiento del hijo*⁵⁰⁶; por lo tanto, la Ley establece una presunción de ilegitimidad en dos casos: si nace antes de los ciento ochenta días o después de los trescientos. Pero también en este caso se admite prueba en contrario existiendo algunas causas que impiden que prospere la impugnación de la paternidad: en primer lugar si el padre conocía el embarazo antes del matrimonio y contrajo matrimonio para reparar la honra de la mujer; en segundo lugar, si reconoció al hijo en la partida de nacimiento, porque entonces sería ir en contra de sus propios actos; y, en tercer lugar, si el padre procedió al reconocimiento del hijo de alguna manera, luego no podrá retractarse del mismo, ya que no se permite que el padre pueda despojar al hijo de su condición una vez que ya se la otorgó. Se añade además que lo ha reconocido tácitamente si deja transcurrir dos meses sin decir nada a contar desde que tuvo noticia del nacimiento⁵⁰⁷.

canónico en la legislación española (1870-1978)”, en Anuario de Derecho Civil, XXXII, 1979, pp. 115 y ss.; MARTIN DE AGAR, *El matrimonio canónico en el derecho civil español*, Pamplona, 1985, pp. 61 y ss.

⁵⁰⁴ BARO PAZOS, *La codificación del derecho civil en España, 1808-1889*, op. cit., p. 186.

⁵⁰⁵ Art. 56.- *Se presumirán hijos legítimos los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, y antes de los trescientos siguientes a su disolución o a la separación de los cónyuges.*

⁵⁰⁶ Art. 56.- *...Contra esta presunción no se admitirá otra prueba que la de imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubieran precedido al nacimiento del hijo.* Art. 57.- *Se presumirá legítimo, aunque la madre hubiere declarado contra su legitimidad o hubiere sido condenada como adúltera.*

⁵⁰⁷ Art. 58.- *Se presumirá ilegítimo el hijo nacido en los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, a no ser que concurriere alguna de las circunstancias siguientes: 1. Haber sabido el marido antes de casarse el embarazo de su mujer. 2. Haber consentido, estando presente, que se pusiera su apellido en la partida de nacimiento del hijo que su mujer hubiere dado a luz. 3. Haberlo reconocido como suyo expresa o tácitamente. Se entenderá que lo ha reconocido como suyo, si ha dejado transcurrir dos meses, a contar desde que tuvo noticia del nacimiento, sin hacer la reclamación.* Art. 59.- *El marido o sus herederos podrán desconocer la legitimidad del hijo que la mujer de aquel hubiere dado a luz después de transcurridos*

No obstante, el artículo que tuvo mayor repercusión en materia de filiación fué el artículo 2 de la ley, ya que no concedía efectos civiles *en relación a las personas y bienes de cónyuges y descendientes* al matrimonio que no se celebrara con arreglo a sus disposiciones; con ello, se priva de la cualificación de legítimos a los hijos nacidos en el seno de un matrimonio canónico. En el mismo sentido, el párrafo 10 del capítulo 1 del preámbulo ya había dejado claro que se podía “*negar la ley civil al matrimonio exclusivamente canónico la protección que el Estado otorga a las uniones en que ha impreso el sello de su legitimidad. Podrá en su consecuencia no reconocer en los que lo celebren, ni en sus descendientes los derechos meramente civiles que proceden del estado matrimonial, porque en la esfera civil ha de encerrarse necesariamente su acción...*”. De conformidad con tal disposición, la Real Orden de 11 de enero de 1872 estableció que los hijos habidos de matrimonio exclusivamente canónico deberían inscribirse bajo la denominación de hijos naturales.

No obstante lo anterior, y debido a la excesiva repercusión social que tuvo la citada disposición, se procedió a autorizar, por decreto de 22 de enero de 1875, a que los hijos de matrimonio canónico fueran inscritos en el Registro Civil como hijos legítimos⁵⁰⁸ y a conceder, por decreto de 9 de febrero de 1875, efectos civiles al matrimonio canónico. Se deroga, pues, la ley de matrimonio civil, por lo que, a partir de entonces, los hijos de matrimonio canónico serían inscritos en el Registro Civil como hijos legítimos⁵⁰⁹.

Por último, destacar también que la ley de Matrimonio civil de 1870, al exigir que en la inscripción del nacimiento figurara la clase de filiación en su artículo 48.7, ello suponía dar relevancia a la distinción entre los distintos tipos de filiación que podían existir, perjudicando evidentemente a la ilegítima.

trescientos días de la disolución del matrimonio o de la separación legal efectiva de los cónyuges; pero el hijo y su madre podrán también justificar en tal caso la paternidad del marido.

⁵⁰⁸ Según los artículos 1, 3 y 6, los padres debían solicitar la rectificación de la cualificación de sus hijos en el Registro y la conversión en legítimos.

c) Anteproyecto de Código civil.

El antecedente más importante del Código civil se encuentra en el denominado por Peña Bernaldo de Quirós “*Anteproyecto de Código civil*”⁵¹⁰, que no modifica la regulación que contenía el Proyecto de 1851 de García Goyena aunque si clarificará algunos puntos importantes en materia de filiación que habían quedado algo confusos en el Proyecto citado. Así, el Anteproyecto distinguirá tres categorías de hijos: los hijos legítimos, los legitimados y los ilegítimos, haciendo especial referencia dentro de este último grupo a los hijos naturales reconocidos, que se separan de los demás hijos ilegítimos.

Siguiendo el Proyecto de 1851, los hijos legítimos son conceptuados de forma presunta como los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio de los padres y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o su separación⁵¹¹, no admitiendo más prueba en contra que la imposibilidad física del marido para haber mantenido relaciones con la mujer en los ciento veinte días de los trescientos previos al nacimiento del hijo⁵¹². El resto de hijos que no cumplieran con la presunción de paternidad establecida en el artículo 87 se consideran ilegítimos, salvo que el marido, antes de contraer matrimonio, hubiera conocido el embarazo de la mujer; que hubiera consentido en su presencia que en la partida de nacimiento del hijo se hubieran puesto sus apellidos; o que lo hubiera reconocido como hijo suyo expresa o tácitamente⁵¹³.

⁵⁰⁹ BARO PAZOS, *La codificación del derecho civil en España, 1808-1889*, op. cit., p. 190.

⁵¹⁰ Según Peña Bernaldo de Quirós, la denominación de Proyecto no resulta inexacta, sobre todo en lo referente a la parte del Anteproyecto que coincide con el presentado oficialmente a las Cortes como Proyecto de Código civil el día 24 de abril de 1882; sin embargo, el autor prefiere denominarlo Anteproyecto porque, según él, no se trata de un trabajo oficialmente ultimado, sino de trabajos preliminares del Código que sirvieron finalmente para llegar a formular el texto del Proyecto. PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, op. cit., p. 5, n. 1.

⁵¹¹ Art. 87.- *Se presumirán hijos legítimos los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o la separación de los cónyuges...*

⁵¹² Art. 87.- *...Contra esta presunción no se admitirá otra prueba que la de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros cientos veinte días de los trescientos que hubieren precedido al nacimiento del hijo.* Art. 88.- *El hijo se presumirá legítimo, aunque la madre hubiese declarado contra su legitimidad, o hubiese sido condenada como adúltera.*

⁵¹³ Art. 89.- *Se presumirá ilegítimo el hijo nacido en los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, a no ser que concurriera alguna de estas circunstancias: 1ª. Haber sabido el marido, antes de casarse el embarazo de su mujer. 2ª. Haber consentido, estando presente, que se pusiera su apellido en la partida de nacimiento del hijo que su mujer hubiese dado a luz. Y 3ª. Haberlo reconocido como suyo expresa o tácitamente.*

El concepto de hijo natural en el Anteproyecto no variará del ofrecido en el Proyecto de 1851, esto es, serán los nacidos fuera del matrimonio de los padres que al tiempo de la concepción hubieran podido casarse con o sin dispensa⁵¹⁴. A este respecto, el artículo 98 deja claramente establecido que sólo los hijos conceptuados como naturales podrán ser legitimados⁵¹⁵, regulando el Anteproyecto la ya tradicional legitimación *per subsequens matrimonium* y recuperando, aunque con efectos más limitados para el hijo, la legitimación por concesión Real⁵¹⁶. En efecto, la legitimación por el matrimonio posterior de los padres ocasiona que el hijo disfrute de los mismos derechos que los hijos legítimos a partir de la fecha del matrimonio de aquellos, si bien además del matrimonio se requiere el reconocimiento del hijo por parte de los padres⁵¹⁷.

La recuperación de la legitimación por concesión Real se realiza en el Anteproyecto siguiendo la regulación del derecho histórico, exigiendo la solicitud de los padres, no pudiendo llevarse a cabo en presencia de hijos legítimos, legitimados por subsiguiente matrimonio o descendientes de éstos y que el consentimiento del cónyuge en caso de que el solicitante se encontrara casado⁵¹⁸. Se permite también, como ocurría en derecho romano, que sea el propio hijo el que pueda solicitar la legitimación, siempre que no existan hijos legítimos o legitimados o descendientes de éstos y cuando el padre o madre hubieran muerto, siempre que éstos hubieran manifestado en su testamento o en instrumento público

⁵¹⁴ Art. 98.- ...Son hijos naturales los nacidos fuera de matrimonio de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieran casarse sin dispensa o con ella.

⁵¹⁵ Art. 98.- Sólo podrán ser legitimados los hijos naturales... Art. 107.- La legitimación podrá ser impugnada por los que se crean perjudicados en sus derechos, cuando se otorgue a favor de los que no tengan la condición legal de hijos naturales...

⁵¹⁶ Art. 99.- La legitimación tendrá lugar: 1º. Por el subsiguiente matrimonio de los padres. Y 2º. Por concesión Real.

⁵¹⁷ Art. 100.- Sólo se considerarán legitimados por subsiguiente matrimonio los hijos que hayan sido reconocidos por los padres o después de celebrarlo. Art. 101.- Los legitimados por subsiguiente matrimonio disfrutarán de los mismos derechos que los hijos legítimos. Art. 102.- La legitimación surtirá sus efectos en todo caso desde la fecha del matrimonio. Art. 103.- La legitimación de los hijos que hubieren fallecido antes de celebrarse el matrimonio aprovechará a sus descendientes.

⁵¹⁸ Art. 104.- Para la legitimación por concesión Real deberán concurrir los requisitos siguientes: 1º. Que se pida por los padres, o por uno de éstos. 2º. Que el padre o madre que la pida no tenga hijos legítimos, ni legitimados por subsiguiente matrimonio, ni descendientes de ellos. Y 3º. Que, si el que la pide es casado, obtenga el consentimiento del otro cónyuge.

su voluntad de legitimarlo⁵¹⁹. No obstante, como se ha tenido ocasión de mencionar, el alcance de este procedimiento de legitimación tiene un alcance bastante más limitado que el de *per subsequens matrimonium* de los padres, ya que da derecho al hijo a llevar el apellido del padre o madre que lo han solicitado, a recibir alimentos y al reconocimiento de los mismos derechos hereditarios —tanto en la herencia testamentaria como *abintestato*— que los hijos naturales reconocidos, que serán analizados a continuación⁵²⁰.

Por lo que se refiere a los hijos ilegítimos, el Anteproyecto realiza una especial referencia a los hijos naturales que hubieran sido reconocidos por el padre y la madre o por alguno de ellos⁵²¹ en el acta de nacimiento, en testamento o en otro documento público y requerirá el consentimiento del hijo en caso de que éste sea mayor de edad, pudiendo ser impugnado en caso de que el hijo no tuviera la condición de natural⁵²². Destaca la posibilidad que el Anteproyecto ofrece de obligar al padre a reconocer al hijo natural siempre que conste la paternidad en algún escrito indubitado del padre o en caso de posesión de estado del hijo natural, justificada por actos directos del padre o su familia; también se puede obligar a la madre en las mismas circunstancias y, además, cuando se pruebe el parto y la identidad del hijo⁵²³.

⁵¹⁹ Art. 105.- *También podrá obtener la legitimación por concesión Real el hijo cuyo padre o madre, ya muertos, hayan manifestado en su testamento o en instrumento público su voluntad de legitimarlo, con tal que, respecto del que se halle en este caso, concorra la condición establecida en el número segundo del artículo anterior.*

⁵²⁰ Art. 106.- *La legitimación por concesión Real da derecho al legitimado: 1º. A llevar el apellido del padre o de la madre que la hubiere solicitado. 2º. A recibir alimentos de los mismos. Y 3º. A la porción hereditaria que se establece en este Código.* Art. 830.- *La porción hereditaria de los legitimados por concesión Real será la misma establecida por la ley en favor de los hijos naturales reconocidos.*

⁵²¹ En este caso de reconocimiento por uno sólo de los padres, el artículo 109 zanja la polémica que surgió en las Leyes de Toro respecto de la posibilidad de reconocimiento de un hijo adulterino, al exigir que *el que lo reconozca hubiere tenido capacidad legal para contraer matrimonio al tiempo de la concepción.*

⁵²² Art. 108.- *El hijo natural puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno de ellos.* Art. 110.- *El reconocimiento de un hijo natural deberá hacerse en el acta de nacimiento, en testamento o en otro documento público.* Art. 111.- *Cuando el padre o la madre hicieren el reconocimiento separadamente, no podrán revelar el nombre de la persona con quien hubieren tenido el hijo, ni expresar ninguna circunstancia por donde pueda ser reconocida....* Art. 112.- *El hijo mayor de edad no podrá ser reconocido sin su consentimiento...*

⁵²³ Art. 114.- *El padre está obligado a reconocer al hijo natural en los casos siguientes: 1º. Cuando exista escrito indubitado del padre en que expresamente reconozca su paternidad. Y 2º. Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre demandado, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia. En los casos de violación, estupro o rapto, se estará a lo dispuesto en el Código Penal en cuanto al reconocimiento de la prole.* Art. 115.- *La madre estará obligada a reconocer al hijo natural: 1º.- Cuando el hijo se halle, respecto de la madre, en cualquiera de los casos expresados en el artículo anterior. Y 2º. Cuando se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.*

Los derechos del hijo natural reconocido son los mismos que los del legitimado *per rescriptum principis*, esto es, tiene derecho a llevar el apellido del que lo reconoció, a ser alimentado y a la capacidad sucesoria limitada en la herencia materna o paterna⁵²⁴. En cuanto a éste último punto, el Anteproyecto reitera como únicos herederos forzosos de los ascendientes a sus hijos y descendientes legítimos, tal y como ya se había realizado en el artículo 641 del Proyecto de García Goyena⁵²⁵; no obstante, también regula los derechos sucesorios de los hijos naturales tanto en la herencia testamentaria como *abintestato* de los padres. En cuanto a la sucesión testada, la capacidad sucesoria de los hijos naturales reconocidos legalmente dependerá de la concurrencia de éstos con descendientes, ascendientes u otros parientes legítimos. Así, cuando los hijos naturales concurren con descendientes legítimos, tendrán derecho a la mitad de la cuota que corresponda a cada legitimario no mejorado, siempre que no exceda del tercio de libre disposición⁵²⁶; sin embargo, se aumenta su participación a la mitad del tercio de libre disposición cuando el hijo natural concurre con ascendientes legítimos⁵²⁷ y a la tercera parte de la herencia cuando tampoco existieren estos ascendientes⁵²⁸.

Por lo que se refiere a la sucesión *abintestato*, el artículo 948 declara herederos universales de la herencia de los padres a los hijos naturales reconocidos legalmente únicamente en el supuesto de que el causante no deje descendientes ni ascendientes legítimos, ya que en presencia de éstos últimos, sólo les quedaría la cuota concedida en la herencia testamentaria

⁵²⁴ Art. 113.- *El hijo reconocido tiene derecho: 1º A llevar el apellido del que le reconoce. 2º. A recibir alimentos del mismo. Y 3º. A percibir en su caso la porción hereditaria que se determina en este Código.*

⁵²⁵ Art. 792.- *Son herederos forzosos: 1º. Los hijos y descendientes legítimos respecto de sus padres y ascendientes legítimos...* Al regular la sucesión *abintestato*, el artículo 941 preceptúa que *los hijos legítimos y sus descendientes sucederán a los padres y demás ascendientes sin distinción de sexo ni edad, y aunque procedan de distintos matrimonios.*

⁵²⁶ Art. 826.- *Cuando el testador deje hijos o descendientes legítimos, e hijos naturales legalmente reconocidos, tendrá cada uno de éstos derecho a la mitad de la cuota que corresponda a cada uno de los legítimos no mejorados, siempre que quepa dentro del tercio de libre disposición, del cual habrá de sacarse, deduciendo antes los gastos de funeral. Los hijos legítimos podrán satisfacer la cuota que corresponda a los naturales, en dinero o en otros bienes de la herencia a justa regulación.*

⁵²⁷ Art. 827.- *Cuando el testador no haya dejado hijos o descendientes, pero sí ascendientes legítimos, los hijos naturales reconocidos tendrán derecho a la mitad de la parte de herencia de libre disposición.*

⁵²⁸ Art. 828.- *Cuando el testador no hubiere dejado descendientes ni ascendientes legítimos, los hijos naturales reconocidos tendrán derecho a la tercera parte de la herencia.*

y que se ha señalado anteriormente⁵²⁹. No obstante, la capacidad sucesoria del hijo natural queda reducida al ámbito de la herencia de los padres, ya que el Anteproyecto priva de forma clara de derechos hereditarios recíprocos respecto de los parientes legítimos de los padres, considerándolos por tanto extraños a su familia⁵³⁰.

La regulación de los derechos del resto de hijos ilegítimos en el Anteproyecto resulta coherente con el pensamiento social de la época y, a nuestro juicio, jurídicamente impecable. En efecto, el Anteproyecto declara que los hijos ilegítimos no naturales son considerados extraños para el padre, la madre y sus familiares, sólo se les reconoce el derecho a exigir los alimentos necesarios para subsistir⁵³¹; ahora bien, puesto que tal declaración podría traer inseguridad jurídica, como se puso de manifiesto extensamente al analizar el derecho de alimentos en la regulación de Partidas, toda vez que se trataría de reconocer un derecho de alimentos para unos hijos que legalmente no tienen padre conocido, el Anteproyecto, limita el derecho del hijo ilegítimo a exigir alimentos a cuatro casos concretos: cuando la paternidad o maternidad se infiera de una sentencia firme dictada en proceso criminal o civil; que provenga de un matrimonio declarado nulo; cuando resulte de un documento indubitado del padre o madre en el que expresamente reconozcan la filiación y, en caso de la madre, cuando se pruebe el parto e identidad del hijo⁵³². Se puede afirmar que en estos cuatro casos, existiría certeza respecto de la maternidad o paternidad, eliminando, por tanto, cualquier atisbo de inseguridad jurídica de la regulación. Fuera de los cuatro casos expresamente enumerados, los hijos ilegítimos –por muy

⁵²⁹ Art. 948.- *A falta de descendientes y ascendientes legítimos, sucederán al difunto en el todo de la herencia los hijos naturales legalmente reconocidos, y los legitimados por concesión Real; Art. 951.- En el caso de quedar descendientes o ascendientes legítimos, los naturales sólo percibirán de la herencia la porción que se les concede en los artículos 826 y 827.*

⁵³⁰ Art. 952.- *El hijo natural nunca heredará a los hijos y parientes legítimos del padre o madre que lo reconoció ni ellos al hijo natural.*

⁵³¹ Art. 118.- *Los hijos ilegítimos, en quienes no concurra la condición legal de naturales, sólo tendrán derecho a exigir de sus padres los alimentos necesarios. En todo lo demás serán considerados como extraños para los padres y para la familia de éstos. Art. 831.- Los hijos ilegítimos que no tengan la cualidad de naturales, sólo tendrán derecho a los alimentos...*

⁵³² Art. 119.- *El derecho a los alimentos de que habla el artículo anterior sólo podrá ejercitarse: 1º. Si la paternidad o maternidad se infiere de una sentencia firme dictada en proceso criminal o civil. 2º. Si la paternidad o maternidad proviene de un matrimonio declarado nulo. 3º. Si la paternidad o maternidad resulta de un documento indubitado del padre o de la madre, en que expresamente reconozca la filiación. Y 4º. Respecto de la madre, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo. Art. 120.- Fuera de los casos expresados en el artículo anterior, no se admitirá en juicio demanda alguna*

reprochable que fuera moralmente— quedarían despojados de cualquier derecho respecto de sus padres o madres, incluso el de exigir alimentos.

CAPITULO TERCERO

REGIMEN JURIDICO DE LA FILIACION EN EL CODIGO CIVIL ESPAÑOL

en quienes no concurra la condición legal de naturales.

La primera inflexión en materia de filiación se produce con la Constitución de 1931⁵³³ de la Segunda República, que consagraba en su artículo 43 la equiparación de los hijos nacidos fuera de matrimonio a los que nacían dentro de él respecto a sus padres, prohibiendo que en el Registro Civil constara alusión alguna a la legitimidad o ilegitimidad del hijo ni al estado civil de los padres. Sin embargo, la declaración constitucional se entendió tan sólo con un valor programático que no tuvo alcance material al no haber sido desarrollada por legislación ordinaria⁵³⁴.

El Fuero de los Españoles y las Leyes Fundamentales del Régimen tan sólo establecían declaraciones de tipo general, como el artículo 3 del primer texto legal citado que disponía que “*la ley ampara por igual el derecho de todos los españoles, sin preferencia de clases ni acepción de personas*”, que, sin embargo, según Castán, hubieran permitido una reforma del régimen del Código civil, “*al menos en sus aristas más hirientes*”⁵³⁵. El desarrollo legislativo que se produjo con la nueva Ley del Registro de 8 de junio de 1957 impulsó la modificación de la regulación contenida en la Ley de Matrimonio Civil de 1870, ya que en su artículo 52 dispuso que “*fuera de la familia no podrá hacerse distinción de españoles por la clase de filiación*”, tratando de resolver el problema de la publicidad registral de las diferentes categorías de hijos, no permitiendo que las certificaciones de nacimiento tuvieran constancia del origen filial.

En este apartado se ofrecerá una breve referencia a la regulación consignada finalmente en el Código Civil español en materia de filiación, debiendo diferenciar a este respecto las normas que estuvieron vigentes hasta 1978 y la modificación que supuso en este ámbito la promulgación de la Constitución española, que constituirá un verdadero punto de inflexión

⁵³³ La constitución de 1969 no contenía ningún reconocimiento de la igualdad de los hijos ante la ley.

⁵³⁴ CASTAN, *Derecho civil español, común y foral*, V, vol. 2, *Derecho de Familia*, Madrid, 1995, p. 65. Tan sólo se desarrolló por Decreto de 3 de febrero de 1932 la materia relativa al Registro Civil, pero fué derogado por la ley de 2 de septiembre de 1941, volviendo a estar vigente entonces la ley de Matrimonio civil de 1870.

⁵³⁵ CASTAN, *Derecho civil español, común y foral*, V, vol. 2, *op. cit.*, p. 65.

que obligó a realizar una reforma integral del derecho de filiación para adecuar la legislación civil a los principios consagrados en la Constitución, en especial, el de igualdad de los hijos ante la ley.

A) El derecho de filiación con anterioridad a la Constitución de 1978.

El Código civil español, en su redacción originaria, se refería a la paternidad y filiación en los artículos 108 a 141 –título quinto del Libro primero— donde, siguiendo fielmente los precedentes existentes en la tradición jurídica española, se optó por mantener la distinción entre filiación legítima, legitimada e ilegítima, haciendo una especial referencia dentro de esta última, a la filiación natural.

La ordenación referida a la filiación legítima no representa ninguna novedad respecto de los precedentes históricos, basándose en la procreación de los hijos tras la celebración del matrimonio de sus padres y en la atribución de la paternidad del marido, regulada en el artículo 108, que presumía la cualidad de hijos legítimos a los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos a su disolución o separación⁵³⁶. La solidez y rigidez de la presunción de paternidad se podía observar en que el artículo citado únicamente permitía su destrucción ante *la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento del hijo*⁵³⁷.

⁵³⁶ Art. 108.- *Se presumirán hijos legítimos los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio, y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación de los cónyuges.* Art. 109.- *El hijo se presumirá legítimo, aunque la madre hubiese declarado contra su legitimidad o hubiese sido condenada por adúltera.* Art. 110.- *Se presumirá legítimo el hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, si concurriere alguna de estas circunstancias: a) haber sabido el marido, antes de casarse, el embarazo de su mujer; b) haber consentido, estando presente, que se pusiera su apellido en la partida de nacimiento del hijo que su mujer hubiese dado a luz; y c) haberlo reconocido como suyo expresa o tácitamente.*

⁵³⁷ Art. 108.- *...Contra esta presunción no se admitirá otra prueba que la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento del hijo.* Vid. respecto a la destrucción de la presunción de paternidad, ALEMANY VERDAGUER, *Estudios sobre la filiación ilegítima en el derecho español*, Barcelona, 1974, pp. 57 y ss.

La filiación ilegítima se basaba en el hecho de que el nacimiento del hijo se produjera en el seno de una relación extramatrimonial, si bien subsiste la categoría de los hijos naturales, que eran los nacidos de padres que, al tiempo de la concepción podían contraer matrimonio *sin dispensa o con ella*, según disponía el artículo 119.2 del Código Civil⁵³⁸. El resto de hijos ilegítimos eran definidos en el Código Civil como aquellos en *quienes no concurre la condición legal de naturales*, definiéndose así por exclusión respecto de los hijos naturales; en definitiva, serían los nacidos de padres que no podían contraer matrimonio por estar prohibida su relación en el Código Civil⁵³⁹.

La distinción entre filiación legítima, ilegítima y natural tenía relevancia puesto que sólo los hijos legítimos gozaban de *status familiae*, ostentando los hijos naturales un *status filii*⁵⁴⁰, y siendo los más perjudicados los hijos ilegítimos no naturales, ya que éstos no eran titulares de ningún *status* en la familia⁵⁴¹. Los hijos naturales podían ser reconocidos por el padre y madre conjuntamente o sólo por uno de ellos, según establecía el artículo 129⁵⁴². El artículo 130 establecía una presunción de naturalidad porque disponía que *en el caso de hacerse el reconocimiento por uno solo de los padres, se presumirá que el hijo es natural si el que lo reconoció tenía capacidad para contraer matrimonio al tiempo de la concepción*⁵⁴³, aunque la condición de natural podía ser impugnada por los interesados según en el artículo 138⁵⁴⁴. Esta presunción de naturalidad favorecía a los ilegítimos no naturales toda vez que de esta forma se podía ocultar su realidad de hijo adulterino, porque

⁵³⁸ Artículo 119.2.- *Son hijos naturales los nacidos, fuera de matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieran casarse sin dispensa o con ella.*

⁵³⁹ ALEMANY VERDAGUER, *Estudios sobre la filiación ilegítima en el derecho español*, op. cit., pp. 97 y ss.

⁵⁴⁰ DE LA CAMARA ALVAREZ, *Reflexiones sobre la filiación ilegítima en derecho español*, Madrid, 1975, p. 222.

⁵⁴¹ Se planteó la posibilidad de la validez en cuanto a la adopción de los hijos adulterinos e incestuosos y hubo opiniones a favor de otorgar validez a tal acto y opiniones en contra. A favor se muestra ARCE Y FLOREZ VALDES, “*La adopción de los propios hijos ilegítimos*”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Febero 1973, pp. 8 y ss. y en contra DE LA CAMARA ALVAREZ, *Reflexiones sobre la filiación ilegítima en derecho español*, op. cit., p. 235, n. 302.

⁵⁴² Respecto al reconocimiento, vid., ALEMANY VERDAGUER, *Estudios sobre la filiación ilegítima en el derecho español*, op. cit., pp. 76 y ss.

⁵⁴³ Según la sentencia del T.S. de 18 de enero de 1968 se entencia por reconocimiento la declaración realizada por una persona en la cual se hace constar el lazo de filiación que une a esa persona con el hijo natural a que se refiere y que produce como efecto conferir al mismo el estado de filiación de que hasta ese momento carecía.

se podía llevar a cabo un reconocimiento unilateral por parte del progenitor no casado sin tener que revelar la identidad del otro progenitor⁵⁴⁵. Sin embargo, al estar permitida la impugnación de la naturalidad, se creó un estado de provisionalidad en el hijo que llevó a que doctrinalmente se distinguiera entre los hijos naturales verdaderos y los presuntos⁵⁴⁶.

Aparte del reconocimiento de los padres, también regulaba el Código Civil el procedimiento para su legitimación de los hijos naturales⁵⁴⁷, con la que éstos adquirirían la condición de hijos legítimos a todos los efectos; a este respecto, se mantuvieron en el artículo 120, la legitimación por el subsiguiente matrimonio de los padres y por concesión del Jefe del Estado⁵⁴⁸. Respecto a la primera, el artículo 121 requería el matrimonio de los padres y también el reconocimiento de los hijos antes o después de la celebración; desde la fecha del matrimonio de los padres, preceptuaba el artículo 122 que *los legitimados por subsiguiente matrimonio disfrutarán de los mismos derechos que los hijos legítimos*.

La legitimación por concesión Real se regulaba en el artículo 125 del Código Civil y fue desarrollada en el Reglamento de 1901⁵⁴⁹; se considera subsidiaria de la legitimación por subsiguiente matrimonio, porque es requisito que los padres no puedan contraer matrimonio y además que el padre o la madre que lo pida no tenga hijos legítimos ni legitimados por subsiguiente matrimonio ni descendientes de ellos⁵⁵⁰.

Los hijos naturales no legitimados pero reconocidos legalmente tenían derecho a llevar el apellido del padre que lo hubiera reconocido, a percibir alimentos de éste y a recibir una porción hereditaria que, como venía siendo tradicional, variaba en función de los parientes con quienes concurrían. La regulación del Código civil no presenta ninguna novedad

⁵⁴⁴ El artículo 132 del Código Civil, prohibía, cuando el reconocimiento lo hubiera efectuado sólo uno de los progenitores, que se revelara la identidad del otro ni expresar circunstancia alguna por la que pudiera ser reconocido.

⁵⁴⁵ CASTAN, *Derecho civil español, común y foral*, V, vol. 2, *op. cit.*, p. 64.

⁵⁴⁶ DE LA CAMARA, *Reflexiones sobre la filiación ilegítima en derecho español*, *op. cit.*, pp. 70 a 75.

⁵⁴⁷ Según el artículo 119 *sólo podrán ser legitimados los hijos naturales*.

⁵⁴⁸ El derecho canónico también preveía la legitimación por dispensa Pontificia y así, según el can on 120 se ordenaba que la dispensa de la irregularidad de los hijos naturales, para ordenarse, producía implícitamente la legitimación.

⁵⁴⁹ Vid. PIÑAR, “*Legitimación por concesión real*”, en *Anuario de Derecho Civil*, X, 1957, pp. 393 y ss.

⁵⁵⁰ Vid. respecto a esta forma de legitimación, ALEMANY VERDAGUER, *Estudios sobre la filiación ilegítima en el derecho español*, *op. cit.*, pp. 109 y ss.

respecto del Anteproyecto y así, en el supuesto de que dejara hijos o descendientes legítimos, el hijo natural tenía derecho a una cuota que suponga la mitad de la del heredero legítimo no mejorado⁵⁵¹ y no debía exceder del tercio de libre disposición, porque la cuota del hijo natural debía imputarse a ese tercio⁵⁵²; además, según disponía el artículo 847, las donaciones que el hijo natural hubiera recibido en vida de su padre o de su madre, se imputarían en la legítima y si llegaban a exceder del tercio de libre disposición, se reducirían hasta ese límite. En el supuesto de que el testador no dejara descendientes legítimos pero si ascendientes, la cuota del hijo natural pasaría a ser de una cuarta parte de la herencia y para el caso de que no existieran descendientes ni ascendientes, el hijo natural podría percibir una tercera parte de la herencia⁵⁵³.

Los derechos de los hijos ilegítimos se regulaban en los artículos 139 y 845 del Código civil, que, fiel a la tradición histórica se reducían a la percepción de alimentos, que podrían exigir incluso a los herederos del padre hasta que el hijo ilegítimo alcanzara la mayoría de edad o cesara en su incapacidad.

B) El derecho de filiación tras la promulgación de la Constitución española.

La regulación que existía en materia de filiación con anterioridad a la Constitución de 1978 había sido fiel a la tradición histórica, diferenciando entre filiación legítima e ilegítima y haciendo especial referencia dentro de ésta última categoría a los hijos denominados naturales⁵⁵⁴; incluso en la época inmediatamente anterior a la promulgación de la

⁵⁵¹ La legítima de los hijos se concretaba en dos terceras partes de la herencia del padre o madre, aunque una de ellas podía ser aplicada para mejora de hijos y descendientes legítimos.

⁵⁵² Artículo 840.- *Cuando el testador deje hijos o descendientes legítimos e hijos naturales legalmente reconocidos, tendrá cada uno de éstos derecho a la mitad de la cuota que corresponda a cada uno de los legítimos no mejorados, siempre que quepa dentro del tercio de libre disposición, del cual habrá de sacarse, deduciendo antes los gastos de entierro y funeral. Los hijos legítimos podrán satisfacer la cuota que corresponda a los naturales, en dinero o en otros bienes de la herencia a justa regulación.*

⁵⁵³ También se reconocía capacidad sucesoria de los padres respecto de sus hijos naturales, según el artículo 807, que califica de forzosos a los padres respecto de sus hijos naturales, siempre y cuando el hijo carezca de descendientes, que percibirían, según el artículo 842, la tercera parte del haber hereditario. Vid. a este respecto, ALEMANY VERDAGUER, *Estudios sobre la filiación ilegítima en el derecho español*, op. cit., p. 146.

⁵⁵⁴ Se produjo una extensa literatura jurídica en materia de filiación, entre los que cabe citar, BORRACHERO, “*Reconocimiento sucesivo de hijos naturales*”, en *Revista de Derecho Privado*, 1953, pp.

Constitución, la doctrina incluso se mostraba favorable sin reservas en orden a mantener esta distinción bajo el pretexto de preservar la familia legalmente constituida⁵⁵⁵. No obstante, la consagración constitucional de los principios de igualdad y de protección de los hijos ocasionó el choque frontal con la regulación de la filiación vigente en el Código Civil. En efecto, el artículo 14 propugnaba el principio de igualdad de todos los españoles sin que pueda existir discriminación por razón de nacimiento⁵⁵⁶ y el artículo 39 aseguraba la protección integral de los hijos, iguales ante la ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil, posibilitando la investigación de la paternidad y estableciendo idénticos deberes de los padres hacia los hijos, habidos dentro o fuera de su matrimonio⁵⁵⁷. Estos principios que a partir de entonces debían informar todo el sistema jurídico español ocasionaron que el Código Civil quedara trasnochado en materia de filiación, planteando incluso el problema de la vigencia de los artículos que chocaban directamente con los principios constitucionales, máxime si se tenía en cuenta la disposición derogatoria tercera de la Constitución y también el procedimiento de protección

289 y ss.; ALBALADEJO, *El reconocimiento de la filiación natural*, Barcelona, 1954; DE LA ESPERANZA MARTINEZ, “Notas sobre la filiación ilegítima no natural”, en *Revista de Derecho Privado*, 1957, pp. 363 y ss.; DIEZ PICAZO, “De nuevo sobre reclamación de filiación natural”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1962, pp. 227 y ss.; BELTRAN DE HEREDIA, “Reconocimiento de hijo natural en testamento”, en *Revista de Derecho Privado*, 1965, pp. 184 y ss.; DIEZ DEL CORRAL, “El reconocimiento incidental de la paternidad natural”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1968, pp. 561 y ss.; ARCE Y FLORES VALDES, “La regulación legal española sobre la filiación ilegítima a la luz de la Declaración Universal de los Derechos del Niño”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1970, pp. 342 y ss.; VAZQUEZ RICHART, *Situación y porvenir legal de los hijos ilegítimos y adoptados*, Madrid, 1971; GOMEZ DE LIAÑO, *Los hijos ilegítimos y adoptivos. Su problemática actual*, Madrid, 1972; ARCE Y FLORES VALDES, “La adopción de los propios hijos ilegítimos”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Febrero 1973, pp. 6 y ss.; VALDES, *La procreación irregular y el Derecho*, Madrid, 1972, pp. 110 y ss.; MARTINEZ CALCERRADA, “La filiación extramatrimonial”, en *Revista de Derecho Privado*, marzo 1974, pp. 213 y ss.

⁵⁵⁵ De la Cámara preguntándose si las nuevas ideas que estaban imperando en el resto de Europa en cuanto a la equiparación de derechos en la filiación, se pregunta si debían recibirse estas nuevas ideas, respondiendo tajantemente “a mi juicio y por lo que se refiere a esta cuestión concreta, no. Entiendo que la separación entre la familia legítima y el hijo que no lo es, aunque se trate de un hijo natural propiamente dicho, debe ser mantenida”, añadiendo que “la familia legítima debe conservar la facultad de ignorar un parentesco espúreo”, que además, en opinión del autor, “nunca deberá fundar una relación directa entre el hijo y los parientes del padre, ni puede justificar ninguna pretensión de naturaleza patrimonial (sucesoria o alimenticia) del primero contra los segundos”. Vid. DE LA CAMARA ALVAREZ, *Reflexiones sobre la filiación ilegítima en derecho español*, op. cit., p. 225.

⁵⁵⁶ Artículo 14.- Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

⁵⁵⁷ Artículo 39, 2.- Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil. La Ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3.- Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

de los derechos fundamentales establecido en el artículo 53.2⁵⁵⁸. Sin embargo, pese a esta declaración, continuó vigente en el Código Civil la distinción entre los hijos que a partir de entonces adolecían de una inconstitucional sobrevenida, al discriminar a los hijos por razón de su nacimiento⁵⁵⁹.

No obstante lo anterior, habría que esperar hasta el año 1981 para que se modificara en profundidad el derecho de filiación regulado en el título quinto del libro primero del Código Civil, adecuándose a los principios consagrados en la constitución de equiparación entre las distintas clases de filiación existente. Con la promulgación de la ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, se procede, como se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos, a equiparar en derechos y oportunidades a todos los hijos de un mismo progenitor, nacidos dentro o fuera del matrimonio, estuvieran o no sus padres casados entre sí y pudiera o no el uno casarse con el otro.

En líneas generales, esta ley suprimirá la distinción entre filiación legítima e ilegítima⁵⁶⁰, equipará al padre y a la madre en el ejercicio de la patria potestad y permitirá la

⁵⁵⁸ Vid. en cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en materia de filiación de esta época, SERRANO GARCIA, “*La aplicación retroactiva de las recientes leyes de reforma de los Derechos civiles españoles y la filiación ilegítima (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 julio de 1985)*”, en Revista Jurídica de Navarra, 1987 (3), pp. 79 y ss., en especial, pp. 91 y ss.

⁵⁵⁹ Vid. en torno al régimen de la filiación, entre otros, CASTAN, *Derecho civil español, común y foral*, V, vol. 2, *op. cit.*, p. 64 y ss.; DIEZ PICAZO Y GULLON, *Sistema de Derecho Civil*, IV, Madrid, 1978; ESPIN, *Derecho civil español*, IV, Madrid, 1972; LACRUZ Y SANCHO, *Derecho de Familia*, II, Barcelona, 1975; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, IV-2º, Barcelona, 1970; SERNA MEROÑO, “*La reforma de la filiación*”, en *anales de Derecho*, número 6, 1984, pp. 135 y ss.; *IDEM*, *La reforma de la filiación*, Madrid, 1985.

⁵⁶⁰ No obstante la nueva clasificación de los hijos, subsisten algunos retazos de la filiación adulterina e incestuosa y también de la conversión de los hijos extramatrimoniales en matrimoniales cuando los padres hubieran contraído matrimonio con posterioridad a su nacimiento, recordando la legitimación *per subsequens matrimonium* de las anteriores regulaciones. Respecto a la filiación adulterina, el artículo 837, al regular el usufructo viudal, se refiere al supuesto de concurrencia del viudo con los hijos “*sólo de su consorte concebidos constante el matrimonio de ambos*”; la filiación incestuosa se refleja en el artículo 125, que regula la determinación de la filiación, disponiendo que “*cuando los progenitores del menor o incapaz fueren hermanos o consanguíneos en línea recta, legalmente determinada la filiación respecto de uno, sólo podrá quedar determinada legalmente respecto del otro, previa autorización judicial que se otorgará, con audiencia del Ministerio Fiscal, cuando convenga al menor o incapaz*”; por último, la modificación de la condición del hijo extramatrimonial en matrimonial por el subsiguiente matrimonio de los padres se encuentra regulada en el artículo 119, que dispone que “*la filiación adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores cuando éste tenga lugar con posterioridad al nacimiento del hijo siempre que el hecho de la filiación quede determinado legalmente...*”.

investigación de la paternidad. Así, el artículo 108 distingue la filiación por naturaleza y por adopción, subdividiendo la primera entre matrimonial y no matrimonial, según que el padre y la madre estuvieran casados entre sí o no. El reconocimiento más importante se realiza a continuación cuando declara que *“la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este código”*⁵⁶¹.

El Código Civil, en su artículo 108.2, distingue, dentro de la filiación natural, esto es, la que se produce por generación, entre filiación matrimonial y no matrimonial, según que los padres se encuentren unidos por matrimonio o no. A este respecto, como afirma Castán, se trataba de eliminar la discriminación terminológica que se comete al denominar ilegítimos a cierta clase de hijos, término ofensivo para nuestra sensibilidad actual⁵⁶². No obstante, la terminología empleada en la Ley 11/81 ha sido criticada por la doctrina civilista, toda vez que se puede encontrar todavía un matiz negativo en los hijos denominados no matrimoniales⁵⁶³.

Respecto a la filiación matrimonial, se sigue recogiendo la presunción de paternidad del marido en el artículo 116, que considera hijos del marido a los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges⁵⁶⁴. Continúa conceptuándose como presunción *iuris tantum*, al permitir el artículo 117 al marido impugnar la misma mediante declaración auténtica en contrario formalizada de los seis meses siguientes al reconocimiento del

⁵⁶¹ Art. 108.- La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. La expresión "plena" contenida en el párrafo 2º y referida a la adopción, ha sido suprimida por la L.O. 1/1.996, del 15 de enero (B.O.E. del 17 de enero), de Protección Jurídica del Menor.

⁵⁶² CASTAN, *Derecho civil español, común y foral*, V, vol. 2, *op. cit.*, pp. 22 y 23.

⁵⁶³ DIEZ PICAZO Y GULLON, *Sistema de Derecho Civil Actual*, IV, *op. cit.*, pp. 314 y ss.; GOMEZ DE LIAÑO, *Los hijos ilegítimos y adoptivos. Su problemática actual*, *op. cit.*, p. 79. Algunos autores ya abogaron por suprimir cualquier clasificación de los hijos por razón de su origen. Vid. en este sentido, VAZQUEZ RICHART, *Situación y porvenir legal de los hijos ilegítimos y adoptados*, *op. cit.*, p. 215 y MARTINEZ CALCERRADA, *La discriminación de la filiación extramatrimonial*, *op. cit.*, p. 552.

⁵⁶⁴ Artículo 116.- Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges.

parto⁵⁶⁵. A este respecto, se exceptúan los casos en que hubiere reconocido la paternidad expresa o tácitamente o hubiese conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio, salvo que, en este último supuesto, la declaración auténtica se hubiera formalizado, con el consentimiento de ambos, antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo.

Se debe advertir que no es necesario que el vínculo exista en el momento de la concepción, siendo suficiente que concurra en el nacimiento del hijo⁵⁶⁶. Incluso se puede mantener que, si tras el nacimiento, los padres celebran el matrimonio, el hijo pasará a ser reconocido como hijo matrimonial, si bien sin efectos retroactivos⁵⁶⁷.

No se aplica la presunción de paternidad a la filiación no matrimonial, que se determina con base en los cuatro supuestos contemplados en el artículo 120, siendo el más habitual el del reconocimiento⁵⁶⁸. Los diferentes modos de determinación de la filiación matrimonial y no matrimonial, sin embargo, no suponen discriminación toda vez, que como se ha afirmado doctrinalmente, en una y otra filiación los modos de determinación se reducen a dos: uno de ellos, la sentencia firme, sería común a ambas clases de filiación y tan sólo se distinguirían en cuanto a la presunción de paternidad, que sólo se aplicaría a la filiación matrimonial, siendo el reconocimiento el medio idóneo para la extramatrimonial⁵⁶⁹.

La nueva clasificación de la filiación, distinguiendo entre matrimonial y no matrimonial, no se corresponde, como había sucedido históricamente, con una discriminación o diferencia

⁵⁶⁵ Artículo 117.- *Nacido el hijo dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, podrá el marido destruir la presunción mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto. Se exceptúan los casos en que hubiere reconocido la paternidad expresa o tácitamente o hubiese conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio, salvo que, en este último supuesto, la declaración auténtica se hubiera formalizado, con el consentimiento de ambos, antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo.*

⁵⁶⁶ ROCA (Coord.), *Derecho de Familia*, Valencia, 1997, p. 285.

⁵⁶⁷ Vid. artículo 119, citado en n. 560.

⁵⁶⁸ Artículo 120.- *La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente: 1º. Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público. 2º. Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil. 3º. Por sentencia firme. 4º. Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil.*

⁵⁶⁹ CASTAN, *Derecho civil español, común y foral*, V, vol. 2, *op. cit.*, p. 163.

de trato en los derechos o posición jurídica de los hijos. En efecto, no se producirá discriminación alguna en cuanto al contenido de las relaciones paterno-filiales, que será idéntico en ambas categorías de filiación, surtiendo, como declara el artículo 108.2, “plenos efectos conforme a las disposiciones de éste Código”; ambos tendrán derecho, según los artículos 109 y 110, a llevar los apellidos de los padres⁵⁷⁰; al cuidado y atención de los padres y a recibir alimentos⁵⁷¹ y ostentarán idénticos derechos sucesorios⁵⁷². Además, el artículo 160 permite la relación entre padres e hijos menores, aún en el caso de que se encuentren privados de la patria potestad sobre ellos⁵⁷³.

El derecho de alimentos a favor de los hijos se encuentra regulado en los artículos 142 y ss., conceptuándose como todo aquello que resulte indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, que comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable⁵⁷⁴.

El principio de igualdad y no discriminación vuelve a hacerse patente en materia sucesoria, al declarar el artículo 931 que los hijos y demás descendientes sucederán a sus padres y demás ascendientes sin distinción de filiación⁵⁷⁵. Así, declaran herederos forzosos, sin distinción alguna, a los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes y a los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes. A este respecto, constituye la

⁵⁷⁰ Artículo 109.- *La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la Ley. El hijo, al alcanzar la mayor edad, podrá solicitar que se altere el orden de sus apellidos. También artículos 57 y ss de la Ley de Registro Civil y 205 y ss. de su Reglamento.*

⁵⁷¹ Artículo 110.- *El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos.*

⁵⁷² Para la sucesión *ab intestato*, vid. artículos 807 y ss. y para la testamentaria, los artículos 931 y ss.

⁵⁷³ Artículo 160.- *El padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro de manera plena o conforme a lo dispuesto en resolución judicial.*

⁵⁷⁴ Artículo 142.- *Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo. Artículo 143.- Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente: 2º. Los ascendientes y descendientes.*

⁵⁷⁵ Artículo 930.- *La sucesión corresponde en primer lugar a la línea recta descendente. Artículo 931.- Los hijos y sus descendientes suceden a sus padres y demás ascendientes sin distinción de sexo, edad o filiación.*

legítima de hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario de padre y madre⁵⁷⁶.

En definitiva, con la ley de 1981 se romperá, por tanto, con la tradición histórica española que siempre había regulado de forma discriminatoria el status de los hijos dependiendo de la condición y del vínculo existente entre los padres, haciendo realidad el principio de igualdad que había consagrado la constitución española.

⁵⁷⁶ Artículo 807.- *Son herederos forzosos: 1º. Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes. Artículo 808.- Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. La tercera parte restante será de libre disposición.*

CONCLUSIONES

I. En derecho romano clásico se constata discriminación entre las dos grandes categorías de filiación –legítimos e ilegítimos–, teniendo reconocidos los primeros el *status familiae*, que llevarían aparejados todos los derechos en relación con la familia paterna; los hijos ilegítimos, sin embargo, no generaban ningún vínculo con la familia paterna y, por tanto, eran considerados extraños a ella. No obstante, las fuentes clásicas muestran que el reconocimiento de la paternidad no siempre trajo consecuencias favorables para el *iustus filius*, presentándose situaciones discriminatorias en cuanto a la adquisición del *status civitatis*. Por lo tanto, mientras que la condición jurídica de los hijos ilegítimos se presenta unificada en derecho clásico, la de los hijos *ex iustis nuptiis* será diferente en función de la ciudadanía que tenía el padre, llegando incluso a ser peor que la de los hijos ilegítimos.

II. La capacidad sucesoria de los hijos en la herencia intestada de los padres sólo se reconoce a los legítimos, excluyendo a los *spurii*. La evolución y desarrollo en este punto vendría por el reconocimiento de derechos sucesorios entre madres e hijos, aunque las facultades concedidas en el edicto del pretor fueron más ilusorias que reales al preceder a los hijos todos los parientes agnados de la madre. Sí será relevante la reforma llevada a cabo por el *senatusconsultum Orphitianum* ya que traerá como consecuencia que la *vocatio ab intestato* de los hijos se efectúe con preferencia a cualquier otro heredero civil y que también que éstos pudieran solicitar la *bonorum possessio* de los bienes hereditarios dentro del grupo de los *legitimi*. La reforma del citado senadoconsulto, sin embargo, benefició sobre todo a los hijos ilegítimos, ya que la adquisición de los *bona materna* por parte de los hijos sometidos a la potestad del padre se haría en favor de éste, quedando, por tanto, significativamente mermado el beneficio material obtenido en virtud de la reforma *ex Orphitianum*. Quizás por ello las fuentes presentan algunos recursos jurídicos empleados por las madres para reservar *ex testamento* bienes a favor de los hijos *in potestate* y evitar la incorporación al patrimonio paterno y la disponibilidad de los bienes por parte de los hijos.

III. En derecho postclásico y justiniano se mantiene la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, aunque existe una tendencia favorable al reconocimiento de la legitimidad utilizando el *favor filii* en la aplicación de las *regulae iuris* para la fijación del *status* de los hijos. Desparecen en esta época las desigualdades presentes en la categoría de hijos legítimos por la equiparación que se produce en la condición ciudadana de los habitantes del Imperio, si bien surgirán ahora discriminaciones en el grupo de los *spurii* a consecuencia de la aparición de una nueva categoría —los *fili naturales*— a los que, en general, se reconocerá una posición privilegiada.

IV. Los hijos legítimos continuarán siendo perjudicados en la sucesión de los *bona materna* en la legislación postclásica, toda vez que, al estar sometidos a la patria potestad paterna, sus padres ostentaban los derechos sobre los bienes heredados por ellos. El régimen de titularidad del hijo sobre la herencia de la madre se regulará en una constitución de Constantino recogida en *CTh.* 8, 18, 1, que se verá reforzada posteriormente por otras constituciones de Constantino, Graciano y Valentiniano III, si bien se deberá esperar al derecho justiniano para encontrar la reforma definitiva que reconocerá al hijo el derecho de propiedad pleno sobre los bienes, disponiendo en *C.* 6, 60, 1 que *dominio videlicet earum ad liberos pertinente*.

V. En derecho justiniano, continúa la separación tajante entre hijos legítimos e ilegítimos, apartando, no obstante, dentro de esta última categoría a los denominados *liberi naturales* o hijos nacidos de padres unidos en concubinato. Destaca el contundente rechazo de la legislación justiniana hacia el resto de hijos ilegítimos —no naturales—, negándoles cualquier derecho en relación con la familia paterna, incluso el de alimentos. Sin embargo, pese a lo anterior, en el año 535 se produce una innovación sin precedentes por una disposición transitoria contenida en la Novela 12, 3, y que fue dictada con la finalidad de que se disolvieran los matrimonios *incestae*, *nefandae* o *damnatae*; aunque de soslayo y con una vocación efímera, se reconoció la capacidad sucesoria en la herencia paterna a los hijos nacidos de uniones prohibidas, siempre y cuando el padre repudiara a la mujer en un plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de la disposición. Representa por tanto una innovación revolucionaria respecto del derecho precedente a la que se pone fin dos años

después con la Novela 74 en el que se reitera la dureza legislativa respecto a los hijos *ex incestae, nefandae et damnatae*, tratándolos como extraños a la familia paterna.

VI. La legislación justiniana presenta una especial consideración hacia los *liberi naturales*, constituyendo la innovación más relevante se presenta en el ámbito sucesorio al reconocerles Justiniano plena capacidad sucesoria respecto del padre, que podía instituirles herederos en su testamento, en ausencia de descendientes y ascendientes legítimos. Sin embargo, en la sucesión *ab intestato*, se observa una discriminación en el reconocimiento de derechos en la legislación novelar, ya que sólo reconoce como herederos del padre —y con limitaciones— a los hijos nacidos de la mujer con la que hubiera tenido una relación análoga al matrimonio, porque se entiende que se podrían asimilar a los nacidos *ex iustis nuptiis* o a los naturales que hubieran sido legitimados. De ahí que se pueda diferenciar dentro de la categoría de hijos naturales entre los hijos legitimados y los que no hubieran accedido al *status de iustus filius*, y, dentro de éstos últimos, también se percibe un trato más benévolo hacia los nacidos en concubinato de mujer única conviviente con el padre o bien, estando separada o habiendo fallecido, hubieran quedado los hijos en compañía del padre.

VII. La regulación del derecho de filiación en derecho histórico español supondrá una continuidad de la tendencia presente en derecho romano en cuanto al reconocimiento de las dos grandes categorías de hijos, legítimos e ilegítimos, y la separación del grupo de los denominados hijos naturales. Se presenta como innovación el sistema de las Leyes de Toro que modifican el concepto de naturalidad, concediendo este beneficio no sólo a los hijos que hubieran sido concebidos, sino también a los que hubieran nacido en concubinato. Se aparta así este cuerpo legal del derecho romano y de los sistemas precedentes, mucho más exigentes y rigurosos en la concesión de la naturalidad. La extensión del concepto de hijo natural ocasionará la desaparición de algunas categorías de hijos ilegítimos que existían en Partidas, como los manceres, incestuosos y adulterino y hará necesario la introducción de un requisito hasta ahora no exigido: el reconocimiento del hijo.

VIII. La discriminación de los hijos por razón de su nacimiento pervive durante toda la época de la Codificación española, estando presente en el Código civil español hasta el año 1981. La promulgación de la Constitución española, que consagraba los principios de igualdad y no discriminación y de protección a los hijos, supondrá el punto de inflexión en materia de filiación, poniendo de manifiesto la contradicción existente con la regulación del Código civil. No obstante, habría que esperar todavía tres años para que se modificara la legislación civil en materia de filiación con la ley 11/1981, de 13 de mayo, que reconocerá la equiparación en la condición jurídica de todos los hijos, nacidos dentro o fuera del matrimonio y pudieran o no casarse entre sí.

BIBLIOGRAFIA

ALARCON PALACIO, “*Régimen patrimonial del matrimonio desde Roma hasta la Novísima Recopilación*”, en *Revista de Derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, nº 24, 2005, pp. 2 y ss.

ALBALADEJO, *El reconocimiento de la filiación natural*, Barcelona, 1954.

ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, en *Annali della Università di Palermo*, XX, 1949, pp. 94 y ss.

- “*Appunti sul senatoconsulto Claudiano*”, en *Il Circolo Giuridico*, XXII, 1951, pp.86 y ss.

ALBERTARIO, “*Sul diritto agli alimenti*”, en *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1923, pp. 251 y ss.

- “*Sulla dotis datio ante nuptias*”, en *RIL*, LVIII, 1925, pp. 245 y ss.
- “*Conceptus pro iam nato habetur (Linee di una ricerca storico-dommatica)*”, en *Studi di diritto romano: persone e famiglia*, Milano, 1932, pp. 3 y ss. (versiones anteriores: *BIDR*, XXXIII, 1.923, pp. 1 y ss. y *Arch. Giur.*, IC, 1928, pp. 151 y ss.).
- “*Elementi postgaiani nelle Istituzioni di Gaio*”, en *Studi di diritto romano*, V, *Storia, metodología, esegesi*, Milano, 1937, pp. 452 y ss.

ALBURQUERQUE, “*Deber legal u obligación moral originaria: Generalidades introductorias sobre la prestación de alimentos en Derecho Romano (I)*”, *RGDR*, <http://www.iustel.com>, 3, Diciembre 2004.

- “*Aproximación a la perspectiva jurisprudencial sobre el contenido de la prestación de alimentos derivada de una relación de parentesco*”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 9, 2005, pp. 13 y ss.
- “*Alimentos entre parientes (II): Alimenta et Victus. Puntualizaciones breves sobre la transacción y la prestación en el marco de los posibles procedimientos (expedientes) de Jurisdicción voluntaria*” en *RGDR*, www.iustel.com, 4, Junio 2005.
- “*Notas, conjeturas e indicios previos a la regulación de Antonino Pio y Marco Aurelio*”, en *RGDR*, www.iustel.com, 6, Junio 2006.
- “*Aspectos de la prestación de alimentos en derecho romano: Especial referencia a la reciprocidad entre padre e hijo, ascendientes y descendientes*”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 15, 2007.
- “*Datos sobre la prestación de alimentos en derecho romano: ascendientes y descendientes*”, en *RGDR*, www.iustel.com, 8, Junio 2007.
- “*De la justicia y la reciprocidad en situaciones de necesidad y dependencia: el reconocimiento y la inclusión jurídico-social de la madre en el cumplimiento de la obligación de alimentos respecto a los hijos*”, en *RGDR*, www.iustel.com, 11, 2008.

ALEMANY VERDAGUER, *Estudios sobre la filiación ilegítima en el derecho español*, Barcelona, 1974.

ALVARADO, “*La filiación en Derecho Romano*”, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad de Carabobo (Venezuela), núm. 5, 2009, pp. 65 y ss.

AMBROSINO, “*Da Giavoleno a Gaio in tema di postliminium*”, *SDHI*, V, 1939, pp.202 y ss.

- “*In iure cessio hereditatis. Spunto per la valutazione dell’hereditas*”, *SDHI*, X, 1944, pp., 80 y ss

AMIRANTE, *Captivitas e postliminium*, Napoli, 1950.

- “*Ancora sulla captivitas ed il postliminio*”, en *Studi De Francisci*, I, Milano, 1956, pp. 519 y ss.
- “*Gai 1. 135: appunti per la storia del dogma della pendenza*”, EN *BIDR* LXIV, 1961, pp. 109 y ss.

ARANGIO-RUIZ, “*Frammenti di Gaio*”, en *Papiri greci e latini*, XI, 1182, Firenze, 1935, pp. 1 y ss.

-*La società in diritto romano*, Napoli, 1950.

- “*La genti e la città*”, en *Scritti Giur. Per il centenario della casa ed. Jovene*, 1954, pp. 109 y ss.
- “*Osservazioni sul sistema della successione legittima nel diritto dei papiri*”, en *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1974, pp. 486 y ss.

ARCE Y FLORES VALDES, “*La regulación legal española sobre la filiación ilegítima a la luz de la Declaración Universal de los Derechos del Niño*”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1970, pp. 342 y ss.

- “*La adopción de los propios hijos ilegítimos*”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Febrero 1973, pp. 6 y ss.

ARCHI, L’ “*Epitome Gai*”, *Studio sul tardo Diritto Romano in Occidente*, Milano, 1.937.

- “*Contributo alla critica del “Corpus iuris”*. CI 6, 23, 24 e I. 2, 20, 34, in tema di “*heredis institutio*”, *IURA*, V, 1954, pp. 171 ss.

AREVALO CABALLERO, “*Notas sobre la configuración de las uniones de hecho en Roma*”, en *Feminismo/s*, nº 8, Diciembre 2006, pp. 77 y ss.

ARIAS BONET, “*El matrimonio en el Derecho romano*”, en *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, XIII, 1962, pp. 7 y ss.

ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho Romano*, II, *Obligaciones-Familia-Sucesiones*, Madrid, 1981.

ASTOLFI, *La Lex Iulia et Papia*, Padova, 1966.

- *I “libri tres iuris civilis” di Sabino*, Padova, 1983.
- *Il matrimonio nel diritto romano preclásico*, Padova, 2000.

BALESTRI FUMIGALLI, “*Spes vitae*”, en *SDHI*, XLIX, 1983, pp. 344 y ss.

BALOGH, "Der Urheber und das alter der Fiktion des Cornelischen Gesetzes", *Studi Bonfante*, IV, Milano, 1930, pp. 625 y ss.

BARO PAZOS, *La codificación del derecho civil en España, 1808-1889*, Santander, 1992.

BARTOSEK, "Captivus", en *BIDR*, LVII, 1953, pp. 98 y ss.

BELTRAN DE HEREDIA, "Reconocimiento de hijo natural en testamento", en *Revista de Derecho Privado*, 1965, pp. 184 y ss.

BERGER, voz "Mater familias", *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, XLIII, 2, 1953, p. 578.

BESELER, "Postliminium und Cornelia", en *ZSS*, XLV, 1925, pp. 192 y ss.

- "Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen", *ZSS*, LXVI, 1948, pp. 375 y ss.

BETANCOURT-GOMEZ RUIZ, "D. 23, 3, 57: 'si legitimi concepti fuissent'", en *El derecho de familia y los derechos reales en la romanística española (1940-2000)*, Huelva, 2001, pp. 67 y ss.

BETTI, "Falsa impostazione della quaestione storica", en *SDHI*, CXXVI, 1950, pp. 126 y ss.

- *Ancora in difesa della congettura del Bonfante sulla famiglia romana arcaica*, en *SDHI*, XVIII, 1952, pp. 241 y ss.

- "Wesen des altrömischen Familienverbands", en *ZSS*, LXXI, 1954, pp. 1 y ss.

BIANCHINI, *Studi sulla "societas"*, Milano, 1967.

BIONDI, "Vicende postclassiche del SC. Claudiano", en *IURA*, III, 1952, pp. 142 y ss.

- *Il Diritto romano cristiano*, Milano, 1954.

BÖHM, "Zur lex Minicia (Gaius, Inst. I, 77-78)", en *ZSS*, LXXXIV, 1967, pp. 363 y ss.

- "Zur 'denuntiatio' des Römischen Rechts", en *SDHI*, XLII, 1976, pp. 447 y ss.

BONA, "Postliminium in pace", en *SDHI*, XXI, 1955, pp. 249 y ss.

BONFANTE, "Teorie vecchie e nuove sulle formazioni social primitive", en *RISG*, LV, 1915, pp. 18 y ss. (= *Scritti Giurici varii*, I, Torino, 1916, pp. 20 y ss.).

- "Nota sulla reforma giustiniana del concubinato", en *Studi Perozzi*, Palermo, 1925, pp. 283 y ss. (= en *Scritti giuridici vari*, IV, Roma, 1926, pp. 563 y ss.).

- *Corso di diritto romano*, I, *Diritto di Famiglia*, Roma, 1925 (reimpr. Milano, 1963).

- *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1997.

BONINI, "Criteri per l'affidamento Della prole dei divorziati in diritto romano", *Arch. Giur.*, CLXXXI, 1971, pp. 24 y ss.

- *Criteri per l'affidamento Della prole dei divorziati in diritto romano, Contributti di diritto Giustiniano (1966-76), Bologna, 1990.*
- *"Interpretazioni della pratica ed interpretazioni autentiche nel Codice e nelle Novelle giustiniane", en Ricerche di diritto giustiniano, Milano, 1968, pp. 169 y ss.*

BORRACHERO, *"Reconocimiento sucesivo de hijos naturales"*, en *Revista de Derecho Privado*, 1953, pp. 289 y ss.

BOSSOWSKI, *"Die Nov. 118 Justinians und deren Vorgeschichte"*, en *Festschrift für P. Koschaker*, II, Weimar, 1939, pp. 279 y ss.

BOZZA, *"Manus e matrimonio"*, en *Annali Macerata*, XV, 1941, pp. 111 y ss.

BRASIELO, *La repressione penale in diritto romano, Napoli, 1937.*

BRETONE, *La nozione romana di usufrutto. II. Da Diocleciano a Giustiniano, Napoli, 1967.*

BRINI, *"Il presunto concepito come futuro soggetto di suoi diritti nel diritto romano"*, en *Memorie della Reale Accademia di Bologna*, V-VI, 1920-1923, pp. 195 y ss.

- *Matrimonio e divorzio nel diritto romano, I, II y III, Bologna, 1886-88-89.*

BUCCI, *"Nuove e vecchie ipotesi in tema di matrimonio romano"*, en *Apollinaris*, XLV, 1972, pp. 533 y ss.

BUCKLAND, *The roman law of slavery, Cambridge, 1908.*

CALABRUS, *Las relaciones paterno-filiales en la legislación visigoda, Granada, 1991*

CAMACHO DE LOS RIOS, *"Exheredatio. Aproximación a un proceso de recepción"*, en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, I, Vigo, 1998, pp. 189 y ss.

CAMACHO EVANGELISTA, *"Famiglia agnaticia, familia cognaticia y adopción (s. III d.C)"*, en *TEMIS*, XXI, 1967, pp. 157 y ss.

CAPOGROSSI, *"Ancora sui poteri del paterfamilias"*, en *BIDR*, LXXIII, 1970, pp. 357 y ss.

CARNELUTTI, *"Rapporto giuridico naturale"*, en *Rivista di diritto commerciale*, XXXIV, 1936, pp. 164 y ss.

CASAVOLA, *"Potere imperiale e stato della persona tra Adriano e Antonino Pio"*, en *LABEO*, XIV, 1968, pp. 251ss.

CASELLI, *"Concubina pro uxore"*, en *Rivista Storia del Diritto Italiano*, XXXVII-XXXVIII, 1964-1965, pp. 163 y ss.

- *"Il concubinato e la legislazione augustea"*, en *Scritti giuridici*, 1923, pp. 143

CASTAN, *Derecho civil español, común y foral*, V, vol. 2, Derecho de Familia, Madrid, 1995.

CASTAN VAZQUEZ, “*El proyecto de Código civil de 1851 y su influencia en las codificaciones iberoamericanas*”, en *Anales de la Academia de Jurisprudencia y Legislación*, número especial dedicado al centenario del código civil, Madrid, 1988, pp. 263 y ss.

CASTAÑEDA Y ALCOVER, *Estudios sobre la Historia del derecho valenciano y en particular sobre la organización familiar*, Madrid, 1908.

CASTELLO, “*La condizione del concepito da libero e schiava e da libera e schiavo*”, en *Studi Solazzi*, Napoli, 1899-1948, pp. 238 y ss.

- “*Il concubinato e la legislazione augustea*”, en *Scritti Giuridici*, Milano, 1923, pp. 143 y ss.
- “*Lo strumento dotale come prova del matrimonio*”, *SDHI*, IV, 1938, pp. 208 y ss.
- *In tema di matrimonio e concubinato nel mondo antico*, Milano, 1940.
- “*Sulla condizione del figlio concepito legittimamente e illegittimamente nel diritto romano*” en *RIDA*, IV, 1950, pp. 267 y ss. (= *Mélanges de Visscher*, III, Bruxelles, 1950, pp. 267 y ss.).
- *L’acquisto della cittadinanza i suoi rilesi familiari nel diritto romano*, Milano, 1951.
- “*Il cosiddetto ius migrandi dei latini a Roma. Ricerche in tema di concessione e accertamento degli status civitatis et familiae dal 338 al 95 a.C.*”, en *BIDR*, LXI, 1958, pp. 209 y ss.
- “*Nota su I. 1, 9 “de patria potestate, I. 1, 10, “de nuptiis” e D. 23, 2, 1”*”, en *Diritto e società nel mondo romano*, 1988, pp. 159 y ss.

COLI, *Capitis deminutio*, Firenze, 1922.

- “*Regnum*”, en *SDHI*, XVII, 1951, pp. 15 y ss.

COLLINET, “*Les nouveaux fragments de Gaius*”, en *Reviu Historique de Droit Français et Etranger*, XXV, 1934, pp. 102 y ss.

CORBETT, *Matrimonium iuris gentium*, en *LQR*, XLIV, 1928, pp. 305 y ss.

- *The roman Law of marriage*, Oxford, 1930.

CORCOLES, “*El pago por la nutrición del menor en Lex Wisigothorum, 4, 4, 3*”, en *El Derecho de Familia: de Roma al Derecho actual*, Huelva, 2004, pp. 81 y ss.

COSTA, “*Il concubinato in Roma*”, en *BIDR*, XI, 1900, pp. 323 y ss.

- *Storia del diritto romano dalle origini alle compilazione giustinianee*, Torino, 1925.

CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris, 1928

D'ORS, “*Societas*” y “*consortium*”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos de la Universidad de Cataluña*, II, 1977, pp. 33 y ss.

DALLA, *Praemium emancipatoris*, Milano, 1983.

DANIELLI, “*Manus e conventio in manum*”, en *Studi Urbaniti*, XIX, 1950-1951, pp. 169 y ss.

- “*Sul concubinato in diritto giustiniano*”, *Studi Arangio-Ruiz*, III, 1953, pp. 175 y ss.

DAUBE, “*Consortium*” in *Roman and Hebrew Law*”, en *The Juridical Review*, LII, 1950, pp. 71 y ss.

DAZA, “*Nuptiae et matrimonium*”, en *Estudios Alvarez Suarez*, Madrid, 1978, pp. 57 y ss.

DE DOMINICIS, “*La latinitas Iuniana e la legge Elia Sentia*”, en *Scritti Romanistici*, I, Padova, 1970, pp. 181 y ss.

DE FRANCESCO, “*Il diritto agli alimenti tra genitori e figli un'ipotesi ricostruttiva*”, *LABEO*, XLVII, 2001, pp. 28 y ss.

DE FRANCISCI, “*Il P. lips. inv. n. 136 e un'opinione del Mitteis*”, en *Foro Italiano*, XXXVIII, 1913, pp. 230 y ss.

- “*Primordia civitatis Romae*”, *SDHI*, 1959, pp. 126 y ss.
- “*Dal regnum alla respublica*”, *SDHI*, X, 1944, pp. 153 y ss.

DE LA CAMARA ALVAREZ, *Reflexiones sobre la filiación ilegítima en derecho español*, Madrid, 1975.

DE LA ESPERANZA MARTINEZ, “*Notas sobre la filiación ilegítima no natural*”, en *Revista de Derecho Privado*, 1957, pp. 363 y ss.

DE MARTINO, *Storia della costituzione*, I, Napoli, 1958.

DE VISSCHER, “*La cittadinanza romana*”, en *Annali Catania*, III, 1949, pp. 1 y ss.

- “*Conubium et civitas*”, en *IURA*, II, 1951, pp. 140 y ss.
- “*Droit de capture et postliminium in pace*”, en *RIDA*, VI, 1956, pp. 197 y ss.

DE ZULUETA, “*The new fragments of Gaius*”, en *JRS*, XXIV, 1934, pp. 168 y ss.

DENOYEZ, “*Le "paterfamilias" et l'évolution de sa position*”, en *Syntelesia Arangio-Ruiz*, Napoli, 1964, pp. 441 y ss.

DERNBURG, *Diritto di famiglia e diritto dell'eredità*, Trad. italiana por Cicala, Torino, 1905.

DESSERTAUX, *Études sur la formation historique de la Capitis deminutio*, París, 1919-26

DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio romano*, Palermo, s/f.

DIEZ DEL CORRAL, “El reconocimiento incidental de la paternidad natural”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1968, pp. 561 y ss.

DIEZ PICAZO, “De nuevo sobre reclamación de filiación natural”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1962, pp. 227 y ss.

DIEZ PICAZO Y GULLON, *Sistema de Derecho Civil*, IV, Madrid, 1978.

DILIBERTO, voz “*successione legitima (diritto romano)*”, en *Enc. Dir.*, XLIII, pp. 1.297 y ss.

DIXON, *The roman mother*, London-Sidney, 1998.

DOMINGO DE MORATO, *Estudios de ampliación de la historia de los Códigos españoles y de sus Instituciones sociales, civiles y políticas*, Valladolid, 1884.

DONATUTI “*La schiavitù per condanna*”, en *BIDR*, XLII, 1934, pp. 221 y ss.
- *Lo statulibero*, Milano, 1940.

DUPONT, “*Les successions dans les constitutuions de Constantin*”, en *IURA*, XV, 1964, pp. 78 y ss.

EISELE, “*Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen*”, en *ZSS*, X, 1.889, pp. 298 y ss.

ELLUL, *Etude su l’evolution et la nature juridique du mancipium*, Burdeos, 1936.

ESCRICHE, voz “*hijo ilegítimo*”, en *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, III, Madrid, 1875.

ESPIN, *Derecho civil español*, IV, Madrid, 1972.

FADDA, *Diritto delle persone e della famiglia*, Napoli, 1910

FERNANDEZ BAQUERO, “*Aspectos sobre el matrimonio en el Derecho Romano arcaico*”, en *El Derecho de Familia: de Roma al Derecho actual*, Huelva, 2004, pp. 193 y ss.

FERNANDEZ BAQUERO, “*Relaciones extramatrimoniales en época romana*”, en *Actas de las Primeras Jornadas Andaluzas de Derecho Romano*, Jaén, 1997, pp. 195 y ss.

FERNANDEZ BARREIRO, “El “*ius gentium*” como expresión de identidad de la cultura romano-helenística”, en *Derecho común y derechos nacionales en la cultura jurídica europea*, La Coruña, 1991, pp. 22 y ss.

FERNANDEZ DE BUJAN, “*Reflexiones a propósito de la realidad social, la tradición jurídica y la moral cristiana en el matrimonio romano*”, en *Anuario de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 10, 2006, pp. 33 y ss.

FERRINI, *Diritto delle pandette*, Milano, 1908,

FIORI, “*Materfamilias*”, *BIDR*, XCVI-XCVII, 1993-1994, pp. 455 y ss.

FRANCIOSI, “*Matrimonio, conubium e classi social nel V sec. a.C.*”, en *Società e diritto nell’epoca decemvirale*, 1988, pp. 147 y ss.

FREZZA, “*Il consortium ercto non cito*”, en *Rivista Filologica e Classica*, XII, 1934, pp. 27 y ss.

FUENMAYOR, “*El matrimonio como contrato civil*”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, LXXII, 1976, pp. 94 y ss.

FUENTESECA, “*Maternum patrimonium (Revisión de CTh. 8, 18, 1 y 8, 18, 2)*”, en *Atti dell’Accademia Romanistica Costantiniana*, IX, 1993, pp. 331 y ss.

GACTO, “*La filiación ilegítima en la Historia del Derecho español*”, en *AHDE*, XLI, 1971, pp. 899 y ss.

- *La filiación no legítima en el derecho histórico español*, Sevilla, 1969.

GALLO, “*Osservazioni sulla signoria del paterfamilias in epoca arcaica*”, en *Studi de Francisci*, II, Milano, 1956, pp. 195 y ss.

GARCIA GARRIDO, “*Conventio in manum y matrimonio*”, *AHDE*, XXVI, 1956, pp. 781 ss.

GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974.

GARCIA SANCHEZ, “*Algunas consideraciones sobre el “tempus lugendi”*”, en *RIDA*, XXIII, 1976, pp. 141 y ss.

GAUDEMET, “*Iustum matrimonium*”, en *RIDA*, III, 1950, pp. 309 y ss.(= en *Mélanges De Visscher*, I, Bruxelles, 1949, pp. 310 y ss.

- “*Observations sur la manus*”, *RIDA*, II, 1953, pp. 323 y ss.

- “*La transmission des constitutions relatives au droit succesoral au Bas-Empire et dan les royaumes barbares*”, en *RIDA*, VII, 1960, pp. 434 y ss.

- *Les communautés familiales*, Paris, 1963.

- “*L’étranger dans le monde romain*”, en *Studii Classice*, VII, 1965, pp. 37 y ss

- “*Union libre et mariage dans la Rome imperiale*”, en *IURA*, XL, 1989, pp. 20 y ss.
- GENESTAL, *Histoire de la légitimation, des enfants naturels en droit canonique*, Paris, 1905.
- GENNARO, “*Ancora sul “consortium”*”, en *LABEO*, XXXVII, 1991, pp. 269 y ss.
- GIDE, “*De la condition de l’enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine*”, en *NRHD*, 3ª serie, IV, 1880, pp. 414 y ss.
- GIOFFREDI, *Manuel elementaire de droit romain*, Paris, 1929.
- “*Sul ius postliminii*”, *SDHI*, XVI, 1950, pp. 27 y ss.
 - *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955.
 - *Pendenza e sospensione dalle fonti romane alla dommatica moderna*, en *SDHI*, XXII, 1956, pp. 139 y ss.
 - “*Osservazione sul problema del diritto soggettivo nel diritto romano*”, en *BIDR*, LXX, 1967, p. 230.
- GIRARD, *Manuel elementaire de droit romain*, Paris, 1929.
- GOMEZ-IGLESIAS, “*Recensión a Roleda (“El matrimonio en Derecho romano”)*”, en *SDHI*, XXXVI, 1970, pp. 472 y ss.
- “*Nasciturus. El status jurídico del concebido*”, en *Seminarios de la Universidad Complutense de Madrid*, IX-X, pp. 287 y ss.
- GOMEZ DE LA SERNA, *Curso Histórico-exegético de derecho romano comparado con el español*, II, Madrid, 1856.
- GOMEZ DE LIAÑO, *Los hijos ilegítimos y adoptivos. Su problemática actual*, Madrid, 1972.
- GOUTELLE, *De la lutte entre l’agnation et la cognation à propos du Senatus-Consulte Tertullien*, Paris, 1933.
- GROSSO, “*Giustiniano e i classici (HEINZ SCHINDLER, Justinians Haltung zur classic. Versucheiner Darste)*”, en *INDEX*, I, 1.970, pp. 207 y ss.
- GUARINO, “*Sul ius singulari postliminii*”, *ZSS*, LXI, 1941, pp. 58 y ss.;
- *Diritto Privato Romano*, Napoli, 1970.
- GUTIERREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, I, Madrid, 1881.
- HACKL, “*Die Feststellung der vaterschaft und der vaeterlichen Gewat*”, en *ZSS*, CIII, 1973, pp. 105 y ss.

HARTEL, “Der “Favor libertatis” im Imperium Romanum und sein Gesellschaftlicher Zusammenhang Nach den Digestorum”, en *INDEX*, V, 1974-1975, pp. 281 y ss.

HERRERA CAMPOS-MARTOS CALABRUS, *Aproximación histórica a las solemnidades del testamento público*, Almería, 1998.

HUMBERT, *Le remariage à Rome. Etude d'histoire juridique et sociale*, Milano, 1972.

IBAN, “Matrimonio civil y matrimonio canónico en la legislación española (1870- 1978)”, en *Anuario de Derecho Civil*, XXXII, 1979, pp. 115 y ss.

IGLESIAS, “Todavía sobre el “matrimonium iustum” en la antigua Roma”, en *Studi d'Avack*, Milano, 1976.

IMPALLOMENI, “In tema di vitalità e forma umana come requisiti essenziali alla personalità”, *IURA*, XXII, 1971, p. 106.

- “Recensione a Lambertini, (I caratteri della Novella 118 di Giustiniano)”, en *BIDR*, LXXXII, 1979.

ISNARDI, *Principio e termine della personalità dell'individuo*, Torino, 1896.

JANEAU, *De l'adrogation des liberi naturales à la lègitimation par rescript du prince*, Paris, 1947.

KARABELIAS, *Rapports juridiques entre concubins dans le droit romain tardif*, en *Atti dell'Academia Rom. Costantiniana*, VIII, 1990, pp. 439 y ss.

KASER, “Der inhalt der patria potestas”, en *ZSS*, LVIII, 1938, pp. 62 y ss.

- “Ruhende und verdrängende Hausgewalt”, *ZSS.*, LIX, 1939, pp. 33 y ss.
- “Zur altrömischen Hausgewalt”, en *ZSS*, LXVII, 1950, pp. 485 y ss.
- “La famiglia romana arcaica, Univ. Trieste”, en *Ist. Storia del Dir. Conferenze romanistiche*, 1950, pp. 39 y ss.
- “Recen. a Lanfranchi (“Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione en diritto romano, II. La c.d. presunzione di paternità”) en *ZSS*, XCV, 1965, pp. 381 y ss.
- *Derecho privado romano*, (traducción española Santa Cruz Teijeiro), Barcelona, 1968.

KELLY, *Dauber noster*, Edimburg, 1974.

KNIEP, *Gai Institutionem commentarius primus*, Lena, 1911.

KOCH, “Pater semper incertus”, en *Rechtshistorische Journal*, IX, 1990, pp. 107 y ss.

KORNHARD, “Postliminium in Republikanischer Zeit”, en *SDHI*, XIX, 1953, pp.1 y ss.

KRELLER, “Juristenarbeit am Postliminium”, en *ZSS*, LXIX, 1952, pp. 172 y ss.

- KUNKEL, , voz “*Matrimonium*”, *P.W.*, XIV, 2, 1930, pp. 2259 y ss.
- “*Ein unbeachtetes Zeugnis über das römische “Consortium”*”, en *Annali della Facoltà di Droit di Istanbul*, IV-V, 1955, pp. 56 y ss.
- LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930.
- LA ROSA, “*Accettazione ed acquisto dell’eredità materna attraverso il Teodosiano*”, en *Annali Catania*, IV, 1950, pp. 372 y ss.
- LACRUZ BERDEJO, “*Las Concordancias de Garcia Goyena y su valor para la interpretación del Código civil*”, en *Revista crítica de derecho Inmobiliario*, año L, marzo-abril, núm. 501, pp. 289 y ss.
- LACRUZ Y SANCHO, *Derecho de Familia*, II, Barcelona, 1975.
- LAFRANCHI, “*Ius exponedndi e obbligo alimentare nel Diritto romano-classico*”, en *SDHI*, IV, 1940, pp. 5 y ss.
- LAMBERTI, *Studi sui “postumi” nell’esperienza giuridica romana*, I, Napoli, 1996.
- LAMBERTINI, *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, Milano, 1977.
- LANFRANCHI, “*Premese terminologiche a ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano*”, en *Studi Cagliari*, XXX, 1946, pp.24 y ss.,
- *Il diritto nei retori romani*, Milano, 1938.
 - “*Ius exponedndi e obbligo alimentare nel Diritto romano-classico*”, en *SDHI*, IV, 1940, pp. 5 y ss.
- LATORRE SEGURA, “*Uxor praegnas relicta*”, *LABEO*, I, 1955, pp. 195 y ss.
- LAVAGGI, “*Bonorum possessio intestate liberti*”, en *Studi Cagliari*, XXX, 1943-1946, pp. 133 y ss.
- “*La sucesione della liberta e il SC. Orfiziano*”, en *SDHI*, XII, 1946, pp. 175 y ss.
 - “*Modifiche legislative postclassiche al Senatoconsulto Tertulliano*”, *Scritti Jovene*, Napoli, 1954, pp. 794 y ss.
 - Voz “*Alimenti*”, en *Enc. Dir.*, II, 1958, pp. 18 y ss.
- LEFEBVRE, “*Pater is est quem nuptiae demostrant*”: *Jalons pour una historie de la presumptiam de paternité*”, en *Revue Historique de Droit Français et etranger*, LXIX, 1991, pp. 331 y ss.
- LEMOSSE, “*L’enfant sans famille en Droit Romain*”, en *Recueils Soc. Jean Bodin*, XXXV, Bruxelles, 1975, pp. 257 y ss.
- LENEL, “*Zur Geschichte der “heredis institutio*”, en *LABEO*, XII, 1966, pp. 358 y ss.

LEPOINTE, “*Le groupement "familiae", unite juridique dans l'ancien droit romain*”, en *RHD*, XXXII, 1954, pp. 459 y ss.

LEVY, *Der Hergang der römischen Ehescheidung*, Weimar, 1925.

- “*Neue Bruchstücke ausden Institutionem des Gaius*”, en *ZSS*, LIV, 1934, pp. 287 y ss.
- “*Le “consortium” artificiel du Nouveau Gaius*”, en *Nouvelles études*, Paris, 1947. pp. 51 y ss.
- *West Roman Vulgar Law. The Law of Property*, Philadelphia, 1951.

LEVY-BRUHL, “*Le “consortium” artificiel du Nouveau Gaius*”, en *Nouvelles études*, Paris, 1947. pp. 51 y ss.

- “*Si pater filium ter venum duit filius a patre liber esto*”, en *Nouvelles Etudes*, pp. 80 y ss.

LITEWSKI, “*La legitimación des enfants naturels dans le droit du bas-empire Romain. A propos d'un ouvrage recent*”, en *RIDA*, LXIX, 1991, pp. 499 y ss.

LLAMAS Y MOLINA, *Comentario crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*, I, Madrid, 1853.

LOMBARDI, *Sul concetto di ius gentium*, Roma, 1947.

LONGO, “*Sul diritto agli alimenti*”, en *Annali Univ. Macerata*, 1948, XVII, pp. 215 y ss.; (= *Ricerche Romanistiche*, Milano 1966 pp. 339 y ss).

- *Diritto Romano*, III, *Diritto di famiglia*, Roma, 1953.
- “*Postille critiche in tema di cautivitas*”, en *IURA*, VIII, 1957, pp. 29 y ss.
- “*Per l'interpretazione del Fr. 24, D. I, 5*”, en *IURA*, XVIII, 1967, pp. 20 y ss.
- “*Ancora sul matrimonio romano*”, en *SDHI*, XLIII, 1977, pp. 459 y ss.
- “*Riflessioni critiche in tema di matrimonio*”, en *Scritti Guarino*, V, 1984, pp. 2.357 y ss.

LOPEZ PEDREIRA, “*Limitaciones a la libertas nuptialis en la Legislación Augustea*”, en *El Derecho de Familia: de Roma al Derecho actual*, Huelva, 2004, pp. 391 y ss.

LOPEZ ROSA, “*Familia y matrimonio. A propósito de la organización social y política en la Roma antigua*”, en *Libro Homenaje in memoriam a Carlos Díaz Rementaría*, Huelva, 1998.

LOPEZ-RENDON, *Fundamento de la regla “sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi” en el Ius civile*, Oviedo, 1991.

LOZANO CORBI, “*El matrimonio en el Derecho Romano*”, en *Anuario del Centro de la UNED de Calatayud*, nº 2, 1, 1994, pp. 89 y ss.

LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiale e giustinianee*, Milano, 1990.

LURASCHI, “*Sulla data e sui destinatari della “Lex Minicia de Liberis”*”, en *SDHI*, XLII, 1976, pp. 431 y ss.

LUZZATO, “*Rilievi critici in tema di organizzazione preciviche*”, en *Studi Cicu*, I, Milano, 1952, pp. 457 y ss.

MAFFI, *Richerche sull postliminio*, Napoli, 1992.

MANENTI, *Della inapponibilità di condizioni ai negozi giuridici ed in specie delle condizioni apposte al matrimonio*, Siena, 1889.

MARTIN DE AGAR, *El matrimonio canónico en el derecho civil español*, Pamplona, 1985.

MARTINEZ CALCERRADA, “*La filiación extramatrimonial*”, en *Revista de Derecho Privado*, marzo 1974, pp. 213 y ss.

- *La discriminación de la filiación extramatrimonial*, Madrid, 1977.

MASCHI, *Disertiones: ricerche intorno alla divisibilità del consortium nel diritto romano antico*, Milano, 1935.

- “*La solennità della heredis institutio*”, *Aegyptus*, XII, 1937, pp. 197 y ss.
- *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937.
- “*Ancora sulla solennità della “heredis institutio”*”, *Scritti Giuffrè*, I, Milano, 1967, pp. 643 y ss.

MASSAROTTO, “*In merito ai decreti di Antonino Pio sull’affidamento della prole alla madre*”, en *BIDR*, LXXX, 1977, pp. 354 y ss.

MAYNZ, *Cours de Droit Romain*, III, Bruxelles-Paris, 1891.

MEINHART, “*Ulp. D. 38, 17, 1, 6. Ein Zeugnis für “humana interpretatio”*”, en *TR*, 33, 1965, pp. 230 y ss.

- “*Die Datierung des S.C. Tertullianum, mi einem Beitrag zur Gaius forschung*”, en *ZSS*, LXXXIII, 1966, pp. 100 y ss.
- *Die senatusconsulta Tertullianum un Orfitianum in ihrer Bedeutung für das Klassische römische Erbrecht*, Graz, 1967.

MEREA, “*O poder paternal na legislação visigótica*”, en *Estudos de direito visigótico*, Coimbra, 1948, pp. 1 y ss., p.19.

MEYER, *Der. Röm. Konkubinat*, Leipzig, 1895 (reimp. Aalen, 1966).

MILAZZO, “*Società e diritto nell’epoca decemvirale*”, en *IURA*, XXXV, 1984, pp. 230 ss.

MIQUEL, “*Preterición y argumento histórico*” (comunicación presentada en las IX Jornadas Jurídicas de la Universidad de Lérida, 1994 recogida en el volumen de PERALTA ESCUER. Derecho y argumentación Histórica, Lérida, 1999.

MITTEIS, “*Lateinische Emanzipationsurkunde aus dem dritten Jhd. N. C.*”, en *Festschrift B. Lauhn*, 1912.

MODRZEJEWSKI, “*Aut nascuntur aut fiunt*”: les schemas antiques des sources des sources de l’esclavage”, en *BIDR*, LXXIX, 1979, pp. 1 y ss.

MOMMSEN, “*Bürgerlicher und peregrinischer Freiheitschutz*”, en *Gesammelte Schriften*, III, Berlin, 1907, pp. 1 y ss.

MONIER, *Les nouveaux fragments des Institutes de Gaius et leur importance pour la connaissance du droit romain*, Paris, 1933.

MONTAÑANA, *La situación jurídica de los hijos de los cautivos de guerra*, Valencia, 1996.

MORABITO, “*Esclavage et enseignement du droit: les institutes de Gaius*”, en *INDEX XV*, 1987, pp. 51 y ss.

MUÑOZ ROMERO, *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas*, I, Madrid, 1847.

MURGA, “*Una nueva versión del contubernio Claudiano en el Codex Teodosiano*”, en *RIDA*, XXVIII, 1981, pp. 175 y 176.

NIZIOLEK, *Legal effects of concubinage in reference to concubines offspring in the light of Imperial Legislation of the period of the Dominate*, Cracovia, 1980.

NOAILLES, “*Les rites nuptiaux gentiles et la confarreatio*”, *RHD*, XV, 1936, pp. 414 y ss.

ORESTANO, “*La struttura giuridica del matrimonio romano*”, en *BIDR*, LVII, 1940, pp. 205 y ss.

- *La struttura giuridica del matrimonio romano*, Milano, 1951. V
- Voz “*Alimenti*” (*Diritto romano*), en *NNDI*, I, Torino, 1957, pp. 482 y ss.

ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Dotis dictio*, Bolonia, 1975.

- *De los delitos y las sanciones en la ley de las XII Tablas*, Málaga, 1998.
- *Terminología, definiciones y ritos de las nupcias romanas: la trascendencia de su simbología en el matrimonio moderno*, Madrid, 2006.

ORTUÑO PEREZ, *La institución de heredero en el derecho sucesorio de Cataluña y sus antecedentes romanos*, Madrid, 1999.

OSABA, “*El s.c. Claudiano en la Lex Visigothorum*”, en *Actas del III Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, León, 1998, pp. 259 y ss.

- “*Reflexiones en torno a las leyes visigodas*”, en *Monteagudo*, 3, nº 8, 2003, pp. 57 y ss.

PACHECO, *Comentario histórico, crítico y jurídico a las Leyes de Toro*, I, Madrid, 1862.

PAMPALONI, “*Studi sull’istituzione di erede nel diritto romano e moderno*”, en *Studi Senesi*, Siena, 1888, pp. 39 y ss.

PANERO ORIA, “*Algunas consideraciones en torno al concubinato*”, en *El Derecho de familia: de Roma al derecho actual*, Huelva, 2004, pp. 527 y ss.

PARRA MARTIN, “*Mujer y concubinato en la sociedad romana*”, en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, 23, 2005, pp. 239 y ss.

PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888)*, Madrid, 2006.

PEROZZI, “*Parentela e gruppo parentale*”, en *BIDR*, XXXI, 1921 (= *Scritti giuridici*, III, Napoli, 1948, 3 ss.).

- “*Problemi di origini. Confarreatio e coemptio matrimonii causa*”, en *Scritti giuridici*, III, Milano, 1948, pp. 528 ss.
- *Institutioni di diritto romano*, II, Roma, 1928.

PESCANI, “*Difesa minima di Gaio*” en *Gaio nel suo tempo, Atti del Simposio romanistico*, Napoli, 1966, pp. 93 y ss.

PESET REIG, “*Análisis y concordancias del proyecto de Código civil de 1821*”, en *Anuario de Derecho Civil*, XXVIII, pp. 29 y ss.

PIÑAR, “*Legitimación por concesión real*”, en *Anuario de Derecho Civil*, X, 1957, pp. 393 y ss.

PRIETO BANCES, *Obra escrita*, I, Oviedo, 1976.

PRIETO, *Historia de las ideas y de las formas políticas, I, Edad Antigua*, Madrid, 1990.

PUGLIESE, “*Aperçu historique de la famille romaine*”, en *Annali della Facolta de Droit Istambul*, III, 1954, 11 y ss.

- “*Precedenti romani della moderna legislazione sui minori*”, en *Atti dei Convegni Lincei*, LIX, Roma, 1979, pp. 111 y ss.

-

PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, IV vol. 2º, Barcelona, 1970.

QUADRATO, “*I senatoconsulti Tertulliano e Orfiziano*”, en *LABEO*, XV, 1969, pp. 362 y ss.

- RABEL, “*Die Erbrechtstheorie Bonfantès*”, ZSS, L, 1930, pp. 295 y ss.
- RABELLO, “*L’acquisto della “patria potestas”*”, en BIDR, LXXIX, 1976, pp. 193 y ss.
 - *Effetti personali delle “patria potestas”*, I, Delle origini al periodo degli Antonini, Milano, 1979.
- RADO, “*Le Senatus Consultum Claudianum*”, Annali della Facoltà di Droit Istambul, III, 1954, pp. 44 y ss.
- RASI, “*Tempus lugendi*”, Scritti Ferrini, I, Milano, 1947, pp. 395 y ss.
- RATTI, “*Studi sulla captivitas (II) Patria potestà-tutela-matrimonio*”, en BIDR, XXXV, 1927, pp. 165 y ss.
 - *Studi sulla captivitas*, Napoli, 1980.
- ROBERTI, “*Il diritto agli alimenti nel diritto romano e nelle fonti patristiche*”, en Miscelanea Vermeerch, Roma, 1935, pp. 25 y ss.
- ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma, 1970.
 - “*Matrimonio inexistente e nulo en derecho romano*”, en Studi Donatuti, III, Milano, 1973, pp. 1.131 y ss.
- ROCA (Coord.), *Derecho de Familia*, Valencia, 1997.
- ROLDAN VALLEJO, *La Ley de Matrimonio civil de 1870*, Granada, 1980.
- ROMANO, *Matrimonium iustum*, Napoli, 1996.
- ROUSELLE, “*Concubinate et adultère*”, en Rivista internazionale di storia economia esocietà antica, III, 1984, pp. 75 y ss.
- SACHERS, “*Das Recht auf Unterhalt in der römischen Familie der klass. Zeit*”, en Festschrift Fritz Schulz F., I, Weimar, 1951, pp. 310 y ss.
- SAMPER, “*De bonis libertorum. Sobre la concurrencia sucesoria del patrono con los hijos del liberto*”, en ADHE, 1971, pp. 149 y ss.
- SANFILIPPO, “*Di una interpretazione giurisprudenziale dei senatoconsulti Orfiziano e Tertulliano*”, en Festschrift Schulz, I, Weimar, 1951, pp. 364 y ss.
- SANTA CRUZ, “*Recesión a D’ORS (“Postliminium in pace”)*”, en Revista de la Facultad de Derecho de Madrid, 1942, pp. 688 y ss.
- SANTORO, “*Un’osservazione su Dionisio d’Alicarnasso VI. 1. 2 e D. 1. 5. 24*”, en IURA, IX, 1958, pp. 113 y ss.

SARGENTI, “*Il diritto privato nella legislazione di Costantino. Problemi e prospettive nella letteratura dell’ultimo trentennio*”, en *Atti del I Convengno internazionale dell’Accademia romanistica costantiniana*, Perugia, 1975, pp. 249 y ss.

- “*Matrimonio classico e società pagana (spunti per una ricerca)*”, en *SDHI*, LI, 1985, pp. 367 y ss.

SCADUTO, *Il divorzio e il cristianesimo in occidente. Studio storico*, Firenze, 1882

SCHILLER, “*Alimenta in the sententiae Hadriani*”, en *Studi Grosso*, IV, Torino 1971, pp. 404 y ss.

SCHULZ, *I principii del diritto romano*, trad. italiana por Arangio-Ruiz, Firenze, 1946.

SCHWEGLER, *Römische Geschichte*, II, Tübingen, 1856.

SERNA MERONÓ, “*La reforma de la filiación*”, en *Anales de Derecho*, número 6, 1984, pp. 135 y ss.

- *La reforma de la filiación*, Madrid, 1985.

SERRANO GARCIA, “*La aplicación retroactiva de las recientes leyes de reforma de los Derechos civiles españoles y la filiación ilegítima (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 julio de 1985)*”, en *Revista Jurídica de Navarra*, 1987 (3), pp. 79 y ss.

SERTORIO, *La prigionia di guerra e il diritto di postliminio*, Roma, 1971.

SHUPFER, *La famiglia secondo il diritto romano*, I, Padova, 1876.

SÖHM-MITTEIS-WENGER, *Institutionem des Römischen Rechts*, München, 1923.

SOLAZZI, “*Condictio emancipationis*”, en *Arch. Giur.*, LXXXVI, 1921, pp. 68 y ss.

- “*Manumissio ex mancipatione*”, en *Atheneum*, V, 1927, pp. 101 y ss.
- “*Consortium Omnis Vitae*”, en *Annali Macerata*, V, 1929, pp. 27 y ss.
- “*Glosse a Gaio*”, en *SDHI*, VI, 1940, pp. 320 y ss. (= en *Studi Riccobono*, I, Palermo, 1936, pp. 73 y ss. y en *Vol. per il centenario delle Pandette*, Padova, 1942, pp. 295 y ss.
- “*Il concubinato con l’oscuro loco nata*”, en *SDHI*, XIII-XIV, 1947-1948, pp.269 y ss.
- “*La prestazione degli alimenti*”, en *Scritti di diritto romano*, III, Napoli 1960, pp. 127 y ss.
- “*Il concetto del ius postliminii*”, en *Scritti di Diritto Romano*, IV, Napoli, 1963, pp. 565 y ss.
- “*Societas e communio*”, *Atti della Reale Accademia di Napoli*, LVII, 1935, pp. 76 y ss.

TEGGIARI, “*Concubinae*”, en *Papers British School Rome*, XLIX, 1981, pp. 59 y ss.

TELLEGEN, “*Was there a “consortium” in Pliny’s Letter VIII 18?*”, en *RIDA*, XXVII, 1980, pp. 295 y ss.

TOMULESCU, “*Justinien et le concubinat*”, en *Studi Scherillo*, I, 1972, pp. 299 y ss.

TONDO, “*Il consorzio domestico nella Roma antica*”, en *Atti e Memoriae*, XL, 1975, pp. 133 y ss.

TORRENT, “*Sucesión testamentaria*”, en *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, I, Vigo, 1998, pp. 49 y ss.

- *Miscelanea. I. Consortium erecto non cito*, en *AHDE*, XXXIV, 1964, 479 y ss.

VACCA, “*Recens. a Archi, (L’Epitome Gai)*”, *INDEX*, XXI, 1993, pp. 391 y ss.

VALDES, *La procreación irregular y el Derecho*, Madrid, 1972.

VALENTI, “*Matrimonio y forma en el Derecho Romano*”, en *Estudios Iglesias*, III, 1988, pp. 1.665 y ss.

VAN DE WIEL, “*La legitimatio par mariage subsequent de Constantin a Justinien. Sa reception sporadique dans le droit byzantine*”, en *RIDA*, XXV, 1978, pp. 336 y ss.

VAZQUEZ RICHART, *Situación y porvenir legal de los hijos ilegítimos y adoptados*, Madrid, 1971

VISMARA, “*Appunti intorno alla heredis institutio*”, *Studi Besta*, III, pp. 301 y ss.

- *Heredem instituere*, Milano, 1940.

- “*Fragmenta Gaudenziana*”, *Ius Romanum Medii Aevi (Collegio Antiqui Iuris Studis Provehendis)*, I-2, Milano, 1968.

-

VOCI, “*Qualche osservazione sulla famiglia romana arcaica*”, en *SDHI*, XIX, 1953, pp. 307 y ss.

- *Diritto ereditario romano*, I, *Introduzione. Parte generale*, Milano, 1967.

- “*Il diritto ereditario romano nell’età del tardo Impero*”, en *IURA*, XXIX, 1978, pp. 58 y ss.

- *Storia della patria potestas da Costantino a Giustiniano*, en *SDHI*, LI, 1985, pp. 1 y ss.

- *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1996.

VOGEL, “*Über die bedigte Erbeinsetzung von sui heredes nach ius civile*”, en *ZSS*, LXVIII, 1951, pp. 490 y ss.

VOLTERRA, “*Osservazioni sull’obbligo del lutto nell’editto pretorio*”, en *RISG*, LXX, 1933, pp. 171 y ss.

- *La conception du mariage d’après les juristes romains*, Padova, 1940.

- “L’acquisto della cittadinanza per matrimonio del peregrino”, en *Studi Redenti*, II, 1951, pp. 403 y ss.
- “Sulla condizione dei figli dei peregrini cui veniva concessa la cittadinanza romana”, en *Studi Cicu*, II, 1951, pp. 643 y ss.
- “La nozione giuridica del *conubium*”, en *Studi Albertario*, II, Milano, 1952, pp. 347 y ss.
- “La conception du mariage à Rome”, en *RIDA*, II, 1955, pp. 365 y ss.
- “Sulla D. I, 5, 24”, en *Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae, Varsaviae-Vratislaviae*, 1956, pp. 541 y ss.
- *Il matrimonio romano*, Roma, 1961.
- “Intorno a D. 23, 2, 57”, en *Mélanges Meylan*, I, 1963, pp. 367 y ss. (=en *Scritti*, II, pp. 509 y ss.).
- “Il senatoconsulto Orfiziano e la sua applicazione in documenti egiziani del III secolo d.C.”, en *Atti del XI Congresso Internazionale di papirologia*, Milano, 1966, pp. 551 y ss.
- Voz “Famiglia”, en *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967. pp. 723 y ss.
- “Recensione a WATSON (*The law of persons in the later Roman Republic*)”, *IURA*, XIX, 1968, pp. 166 y ss.
- “*Iniustum matrimoniun*”, en *Studi Scherillo*, Milano, 1972, pp. 441 y ss.
- “*Precisazioni in tema di matrimonio classico*”, en *BIDR*, XVII, 1975, 245 y ss.
- voz “*Matrimonio (diritto romano)*”, en *Enc. Dir.*, XXV, 1975, pp. 726 y ss.

WATSON, *The law of persons in the later Rom. Republic*, Oxford, 1967.

WEAVER, “*Gaius I. 84 and the S. C. Claudianum*”, *Cuadernos Philosophie*, XIV, 1964, pp. 137 y ss.

- “*The status of children in mixed marriages*”, en *The Family in Ancient Rome*, Londres, 1986, pp. 145 y ss.

WEISS, “*Zur Rechtstellung der unehelichen Kinder in der Kaiserzeit*”, en *ZSS*, XLIX, 1929, pp. 260 y ss.

WESTRUP, *Family Property and Patria Potestas*, London, 1936.

WIELING, “*Die Gesetzgebung Constantins zur Erwerbsfähigkeit der konkubinenkinder*”, en *Atti dell’Academia Rom. Costantiniana*, VIII, 1990, pp. 455 y ss.

WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, III, trad. italiana por Fadda y Bensa, Torino, 1925.

WOLFF, “*The background of the postclassical legislation on illegitimacy*”, en *Seminar*, III, 1945, pp. 21 y ss.

WOLFF, *The lex Cornelia de Captivis and The roman law of succession*, en *BIDR*, XLVI, 1939, pp. 344 y ss.

WOLOOKIEWICK, “*Attorno al significato della nozione di “mater familias”*”, en *Studi Sanfilippo*, III, Milano, 1983, pp. 735 y ss.

WYCISK, “*Alimenta et victus dans le droit romain classique*”, en *RH*, L, 1972, pp. 205 y ss.

YARON, “*Si pater filium teer venum duit*”, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XXXVI, 1968, pp. 57 y ss.

ZEUMER, *Historia de la legislación visigoda*, trad. española por CLAVERIA, Barcelona, 1944.

ZILETTI, “*In tema di “servitus poenae” (note di diritto penale tardoclassico)*”, en *SDHI*, XXXIV, 1968, pp. 32 y ss.

ZOZ, “*In tema di obbligazioni alimentari*”, en *BIDR*, LXXIII, 1970, 323 y ss.

INDICE DE FUENTES

FUENTES DE DERECHO ROMANO

FUENTES JURIDICAS

A) CORPUS IURIS CIVILIS

a) **Instituta**

1, 3, 4	p. 49.
1, 4, pr.	p. 49; p. 98.
1, 9, 1	p. 17, n. 17.
1, 10, 1	p. 42, n. 80.
1, 10, 12	p. 41, n. 79; p. 43; p. 45.
1, 10, 13	p. 135, n. 284; p. 142, n. 299.
1, 12, 5	p. 82, n. 159.
1, 12, 9	p. 31, n. 61.
1, 16, 3	p. 31, n. 60.
2, 13, <i>pr.</i>	p. 89, n. 175.
2, 13, 5	p. 110, n. 219.
3, 1, 2	p. 67, n. 135.
3, 1, 15	p. 106, n. 209.
3, 3, <i>pr.</i>	p. 76; p. 77, n. 151.
3, 3, 1	p. 77, n. 151; p. 78, n. 152.
3, 3, 2	p. 77, n. 151.
3, 3, 3	p. 77, n. 151.
3, 3, 4	p. 77, n. 151; p. 105, n. 207.
3, 3, 5	p. 77, n. 151; p. 105, n. 207.
3, 3, 6	p. 77, n. 151.
3, 3, 7	p. 77, n. 151.
3, 4, <i>pr.</i>	p. 79; p. 87.

3, 5, 3	p. 72, n. 147.
3, 5, 4	p. 72.
3, 6, 10	p. 74, n. 149.
3, 9, <i>pr.</i>	p. 71, n. 144.
3, 9, 1	p. 71, n. 144.
3, 9, 2	p. 71, n. 144.
3, 12 (13), 1	p. 29, n. 54; p. 42, n. 81; p. 42, n. 82; p. 51, n. 101; p. 55; p. 97; p. 98, n. 109.

b) Digesta

1, 1, 1	p. 17, n. 17.
1, 1, 7, 1	p. 71, n. 144.
1, 5, 5, 2	p. 52; p. 53; p. 98; p. 205, n. 466.
1, 5, 9	p. 56, n. 110.
1, 5, 12	p. 26, n. 45.
1, 5, 18	p. 32; p. 53; p. 54; p. 55; p. 96, n. 194.
1, 5, 19	p. 25, n. 43; p. 28, n. 50; p. 43; p. 62, n. 125.
1, 5, 22	p. 96; p. 97.
1, 5, 23	p. 41.
1, 5, 24	p. 43; p. 43, n. 87; p. 62.
1, 6, 6	p. 26, n. 44; p. 27, n. 48.
1, 6, 8	p. 30.
1, 7, 14	p. 31, n. 61.
2, 4, 3	p. 43, n. 85.
2, 4, 5	p. 19, n. 22; p. 19, n. 24; p. 26, n. 44; p. 43, n. 85; p. 201, n. 450.
2, 4, 6	p. 19, n. 26.
3, 2, 1, <i>pr.</i>	p. 27, n. 46.
3, 2, 9, <i>pr.</i>	p. 27, n. 46; p. 27, n. 47.
3, 2, 11, <i>pr.</i>	p. 27, n. 47.
4, 5, 3, 1	p. 31, n. 60.

22, 3, 29, 1	p. 27, n. 46; p. 27, n. 47; .p. 27, n. 48; p. 28, n. 49.
23, 2, 1	p. 17, n. 17.
23, 2, 16, 2	p. 31, n. 59.
23, 2, 36	p. 118, n. 232.
23, 2, 38, pr.	p. 118, n. 235.
23, 2, 43, 10	p. 117, n. 230.
23, 2, 43, 11	p. 118, n. 232.
23, 2, 43, 12	p. 118, n. 232.
23, 2, 44, pr.	p. 117, n. 230.
23, 2, 56	p. 120, n. 245.
23, 2, 57	p. 118, n. 235.
23, 2, 66	p. 118, n. 232.
23, 2, 67, pr.	p. 118, n. 234.
24, 1, 3, 1	p. 118, n. 232.
24, 1, 28, 2	p. 17, n. 17.
24, 3, 22, 7	p. 17, n. 17.
25, 3, 5, pr.-	p. 59.
25, 3, 5, 1	p. 59; p. 60; p. 61; p. 63.
25, 3, 5, 3	p. 59.
25, 3, 5, 4	p. 62.
25, 3, 5, 5	p. 63.
25, 3, 5, 7	p. 61.
25, 3, 5, 8	p. 60
25, 3, 5, 10	p. 61
25, 3, 5, 14	p. 63.
25, 7, 1, 1	p. 117, n. 230.
25, 7, 1, 3	p. 120, n. 245.
25, 7, 1, 4	p. 120, n. 244.
25, 7, 3, pr.	p. 117, n. 229; p. 119, n. 241.
25, 7, 4	p. 119, n. 239.
25, 7, 5	p. 119, n. 235.

27, 3, 1, 4	p. 58, n. 118; p. 64.
27, 10, 4	p. 19, n. 26.
28, 2, 11	p. 16, n. 15.
28, 2, 28, pr.	p. 90, n. 177.
28, 2, 29, pr.	p. 26, n. 45.
28, 2, 29, 10	p. 90, n. 177.
28, 2, 30	p. 89, n. 175; p. 90, n. 177.
28, 2, 31	p. 90, n. 177.
28, 3, 1	p. 90, n. 177.
29, 2, 6, pr.	p. 86, n. 164.
34, 1, 6	p. 61; p. 62.
34, 1, 21	p. 62.
34, 9, 13	p. 118, n. 232.
34, 9, 16, 1	p. 117, n. 230.
35, 1, 92 (90)	p. 93.
37, 15, 1, pr.	p. 19, n. 26.
38, 6, 1, 1	p. 71, n. 143.
38, 6, 4	p. 71, n. 143.
38, 7, 2, 4	p. 71, n. 143; p. 87.
38, 8, 1, pr.	p. 71, n. 145.
38, 8, 1, 1	p. 71, n. 145.
38, 8, 1, 2	p. 74.
38, 8, 1, 3	p. 71, n. 143.
38, 8, 1, 8	p. 73; p. 74.
38, 8, 1, 9	p. 73; p. 74; p. 87.
38, 8, 1, 10	p. 71, n. 143.
38, 8, 2	p. 73.
38, 8, 4	p. 72; p. 73.
38, 8, 8	p. 73.
38, 8, 10	p. 73, n. 148.
38, 10, 10, 2	p. 14, n. 9.

38, 11, 1	p. 71, n. 143.
38, 16, 1, 4	p. 67, n. 135.
38, 16, 3, 11	p. 26, n. 45; p. 68, n. 138.
38, 16, 3, 12	p. 26, n. 45.
38, 17, 1, pr.	p. 83.
38, 17, 1, 1	p. 80; p. 83.
38, 17, 1, 2	p. 76; p. 85.
38, 17, 1, 3	p. 84.
38, 17, 1, 4	p. 83.
38, 17, 1, 6	p. 85.
38, 17, 1, 8	p. 83.
38, 17, 2, 1	p. 76.
38, 17, 2, 14	p. 78.
38, 17, 2, 15	p. 78.
38, 17, 2, 16	p. 78.
38, 17, 2, 18	p. 78.
38, 17, 4	p. 85.
38, 17, 6, pr.	p. 85.
38, 17, 6, 1	p. 87, n. 169.
38, 17, 9	p. 85.
40, 7, 6, pr.	p. 96; p. 97.
43, 30 (29), 3, 6	p. 19, n. 25.
47, 10, 15, 15	p. 19, n. 25.
48, 5, 11, 9	p. 27, n. 47; p. 28, n. 48; p. 28, n. 49.
48, 5, 34, pr.	p. 117, n. 229; p. 120, n. 242.
48, 19, 3	p. 54, n. 104.
48, 19, 28, 6	p. 54; p. 55.
49, 15, 12, 1	p. 81.
49, 15, 19, pr.	p. 81, n. 158.
49, 15, 22, 2	p. 82.
50, 1, 37, 2	p. 25, n. 43.

50, 16, 46, 1	p. 19, n. 25.
50, 16, 120	p. 88, n. 174.
50, 16, 195, 1	p. 15, n. 11.
50, 16, 195, 2	p. 15, n. 12; p. 16, n. 12; p. 66, n. 133.

c) Codex

2, 12, 15	p. 27, n. 46.
3, 4, 19, 14	p. 25, n. 43.
3, 29, 5.	p. 26, n. 43.
5, 6, 3	p. 98; p. 99; p. 205, n. 46.
5, 25, 1	p. 64; p. 166, n. 339.
5, 25, 4	p. 60
5, 26, 1	p. 120, n. 243.
5, 27, 1	p. 122, n. 254.
5, 27, 2	p. 123, n. 255; p. 147.
5, 27, 3	p. 136; p. 136, n. 286.
5, 27, 4	p. 137, n. 288; p. 141 .
5, 27, 5, pr.	p. 121, n. 250; p. 127; p. 127, n. 273.
5, 27, 6	p. 121, n. 251; p. 123, n. 256; p. 124, n. 262; p. 128, n. 274.
5, 27, 7	p. 121, n. 252; p. 124, n. 263; p. 128, n. 274.
5, 27, 8	p. 122, n. 253; p. 126, n. 270; p. 148; p. 151.
5, 27, 9, pr.	p. 138, n. 291.
5, 27, 9, 3	p. 123, n. 258; p. 138.
5, 27, 10	p. 128, n. 275; p. 129.
5, 27, 11	p. 99; p. 128.
5, 27, 12	p. 148.
5, 49, 1	p. 19, n. 25.
6, 55, 9	p. 106, n. 209.
6, 56	p. 77, n. 152.
6, 57, 5	p. 105.

6, 60, 1	p. 109.
6, 15, 3	p. 73.
6, 55, 6	p. 42, n. 81.
6, 56, 7	p. 105, n. 207.
6, 55, 12	p. 105, n. 207.
6, 57	p. 77, n. 152.
6, 61, 8, 4	p. 103.
7, 24	p. 29, n. 54; p. 42, n. 81; p. 97.
7, 24, 1, pr.	p. 97.
8, 46 (47), 5	p. 59, n. 120.
8, 52, 2	p. 105, n. 207.
9, 32, 4	p. 17, n. 17.
9, 47, 4	p. 96; p. 97; p. 96, n. 196.

d) *Novellae*

12, <i>Praefatio</i>	p. 112, n. 222.
12, 2	p. 113.
12, 3	p. 112; p. 114.
12, 3, 1	p. 113; p. 113, n. 223; p. 115; p. 115, n. 224.
12, 4	p. 133; p. 154, n. 313.
18, 5	p. 123, n. 259; p. 151; p. 153.
18, 11	p. 130; p. 140, n. 293.
19, <i>Praefacio</i>	p. 133.
22, 47	p. 105, n. 207.
38, 1	p. 140, n. 295.
38, 2	p. 140, n. 295.
39, 2	p. 26, n. 45; p. 27, n. 46; p. 69, n. 139.
74, praefatio, 1	p. 142, n. 300.
74, praefatio, 2	p. 145.
74, 2, pr.	p. 143.

74, 2, 1	p. 142, n. 299; p. 143.
74, 5, pr.	p. 100.
74, 5, 1	p. 101.
74, 6	p. 115 ; p. 125, n. 267.
78, 3	p. 131.
78, 4	p. 132.
78, 5	p. 94, n. 189.
89, 1, pr.	p. 125; p. 125, n. 268; p. 125, n. 266; p. 126;.
89, 2, 1	p. 139.
89, 2, 3	p. 139, n. 293.
89, 4	p. 138, n. 292.
89, 6	p. 140; p. 140, n. 294.
89, 8, 1	p. 99; p. 100.
89, 9, 1	p. 143, n. 301.
89, 9, pr.	p. 144, n. 302.
89, 10	p. 143.
89, 11, pr.	p. 144, n. 303.
89, 12, pr.	p. 123, n. 257; p. 146.
89, 12, 4	p. 154, n. 313.
89, 12, 6	p. 146; p. 148, n. 310; p. 154, n. 312.
89, 15, pr.	p. 111; p. 121, n. 249.
89, 1, 1	p. 125; p. 126.
89, 8, pr.	p. 126, n. 269.
117	p. 110, n. 217.
117, 7	p. 102; p. 102, n. 202.
118	p. 109; p. 110; p. 110, n. 217; p. 110, n. 220.

B) TEXTOS JURIDICOS NO JUSTINIANEOS

a) *Codex Theodosianus*

4, 6, 3	p. 123, n. 261.
5, 9, 1	p. 165, n. 337; p. 166, n. 341.
5, 1, 1	p. 104, n. 206.
5, 1, 4	p. 106.
5, 1, 7, pr.	p. 105, n. 206.
8, 18, 1	p. 107; p. 108.
8, 18, 3	p. 108, n. 216.
8, 18, 6	p. 109, n. 216.
8, 18, 10	p. 109, n. 216.

b) *Fragmenta Vaticana*

320	p. 27, n. 46.
-----	---------------

c) *Gai, Institutiones*

I, 30	p. 37, n. 72.
I, 56	p. 33, n. 64; p. 34, n. 65.
I, 58	p. 41, n. 80.
I, 59	p. 41, n. 80.
I, 60	p. 41, n. 80.
I, 61	p. 41, n. 80.
I, 62	p. 41, n. 80.
I, 63	p. 41, n. 80.
I, 64	p. 41, n. 79; p. 43, n. 86; p. 45.
I, 66	p. 35; p. 36, n.70.
I, 67	p. 39, n. 78; p. 45, n. 88; p. 91, n. 180.
I, 68	p. 39.
I, 69	p. 40
I, 71	p. 40
I, 75	p. 47.

I, 76	p. 33, n. 65; p. 46, n.91.
I, 77	p. 25, n. 42; p. 36.
I, 78	p. 22, n. 30; p. 43; p. 47.
I, 79	p. 47.
I, 80	p. 28, n. 50; 36; p. 36, n. 70; p. 43; p. 43, n. 86; p. 48, n. 94.
I, 81	p. 48, n. 95.
I, 82	p. 49; n. 96;.
I, 83	p. 50, n. 98.
I, 84	p. 29, n. 54. p. 42, n. 81; p. 51; p. 55.
I, 85	p. 56, n. 110; p. 56.
I, 86	p. 51.
I, 87	p. 45
I, 88	p. 46, n. 89; p. 46.
I, 89	p. 21; p. 25, n. 42; p. 28, n. 51; p. 53; p. 157, n. 317;.
I, 90	p. 32.
I, 91	p. 29; p. 50; p. 54, n. 107; p. 97.
I, 92	p. 25, n. 42.
I, 93	p. 35.
I, 97	p. 14, n. 4.
I, 127	p. 16, n. 15.
I, 129	p. 82
I, 132	p. 31, n. 60.
I, 135	p. 31; p. 32, n. 62.
I, 156	p. 14, n. 9.
I, 160	p. 50.
I, 162	p. 31, n. 60.
I, 166	p. 31, n. 60.
II, 123	p. 89, n. 175; p. 90, n. 177.
II, 142	p. 91.
II, 143	p. 91, n. 182.
II, 156	p. 67, n. 135.

II, 229	p. 89, n. 176.
III, 2	p. 67, n. 135; p. 67.
III, 5	p. 69.
III, 9	p. 70, n. 141.
III, 10	p. 14, n. 9.
III, 14	p. 70, n. 141.
III, 18	p. 68, n. 136.
III, 20	p. 69.
III, 23	p. 70, n. 141.
III, 24	p. 70.
III, 30	p. 71

d) *Lex XII Tabularum*

XII Tab. V, 4	p. 66.
---------------	--------

e) *Paulo, Sententiae*

I, 12, 5	p. 54, n. 104.
II, 20, 1	p. 119, n. 239; p. 120, n. 243.
II, 24, 1	p. 98, n. 200.
IV, 5	p. 92, n. 184.
IV, 9, 1, 1	p. 77, n. 151.
IV, 9, 1, 2	p. 77, n. 151.
IV, 9, 1, 3	p. 77, n. 151.
IV, 9, 1, 4	p. 77, n. 151.
IV, 9, 1, 5	p. 77, n. 151.
IV, 9, 1, 6	p. 77, n. 151.
IV, 9, 1, 7	p. 77, n. 151.
IV, 9, 1, 8	p. 77, n. 151.

IV, 9, 1, 9	p. 77, n. 151.
IV, 9, 1, 10	p. 77, n. 151.
IV, 9, 5	p. 26, n. 45.
IV, 9, 10	p. 77, n. 152.
IV, 10, 1	p. 86, n. 163.
IV, 10, 2	p. 51; p. 83, n. 160.

f) *Ulpiano, Regulae, Tituli ex corpore Ulpiani*

V, 2	p. 42, n. 84.
V, 8	p. 43; p. 28, n. 50.
V, 10	p. 21, n. 28; p. 28, n. 51; p. 49.
X, 4	p. 81.
XI, 11	p. 50; p. 51; p. 42, n. 81.
XXVI, 1	p. 67, n. 134.
XXVI, 7	p. 79; p. 87, n. 170.
XXVI, 8	p. 77, n. 151.
XXII, 14	p. 89, n. 175.

g) *Epítome Gai*

I, 4, 9	p. 158, n. 320; p. 21, n. 28; p. 25, n. 43; p. 28, n. 51; p. 49, n. 97.
---------	---

FUENTES LITERARIAS

AULO GELIO

Noctes Atticae

III, 16, 2	p. 26, n. 45.
III, 16, 12	p. 68, n. 139.

III, 16, 23 p. 68, n. 138.

CICERON

De natura deorum

II, 27, 69 p. 26, n. 45.

De officiis

I, 17, 54 p. 14, n. 3; p. 17, n. 17.

De oratore

I, 38, 175 p. 89, n. 175.

I, 57, 241 p. 89, n. 175.

Pro Cluentio

XV, 45 p. 92, n. 184.

In Verrem

I, 42, 107 p. 92, n. 184.

CENSORINO

De die natali

VII, 2 p. 26, n. 45.

IX, 11 p. 26, n. 45.

DIONISIO DE HALICARNASO

Antiquitates Romanae

II, 25, 1 p. 17, n. 17.

II, 27 p. 17, n. 17.

VI, 1, 2 p. 56, n. 110.

MACROBIO

Somnium Scipionis

I, 6, 14 p. 26, n. 45.

PLAUTO

Asinaria

III, 1, 505 p. 19, n. 26.

PLINIO, el Viejo

Naturalis Historia

VII, 4 p. 26, n. 45.

VII, 5, 38 p. 26, n. 45.

VII, 5, 39 p. 26, n. 45.

VII, 5, 40 p. 26, n. 45.

VII, 40 p. 68, n. 138.

PLUTARCO

Numa

XII, 2 p. 26, n. 46.

Paulus Aemilius

V, 4 p. 16, n. 14.

XXVIII, 12 p. 16, n. 14;

QUINTILIANO

Declamaciones

247 p. 17, n. 17; p. 201, n. 453.

SUETONIO

Vitellius

VI p. 93.

TACITO

Annales

III, 34 p. 17, n. 17.

XII, 5 p. 17, n. 17.

Dialogus de oratoribus

XXVIII p. 19, n. 25.

TERENCIO

Heuatontimorumenos

III, 1, 300 p. 19, n. 26.

TITO LIVIO

Ad urbe condita

I, 9, 14 p. 17, n. 17.

XLI, 8, 9, 10 y 12 p. 66, n. 133.

VALERIO MAXIMO

Factorvm et Dictorvm Memorabilivm Libri Novem

IV, 4, 8 p. 16, n. 14.

VII, 7, 2 p. 92, n. 184.

VII, 7, 4 p. 92, n. 184.

VII, 7, 5 p. 92, n. 184.

FUENTES DE DERECHO HISTORICO ESPAÑOL

A) *Lex Romana Visigothorum*

II, 25, 1 p. 158.

II, 25, 2 p. 158.

III, 2, 1	p. 160, n. 325
III, 2, 2	p. 161
III, 2, 3	p. 159
III, 3, 1	p. 161, n. 326
III, 4, 1	p. 161, n. 326
III, 4, 2	p. 161, n. 326
III, 4, 12	p. 160, n. 326
III, 4, 13	p. 159, n. 324
III, 5, 2	p. 162
III, 5, 4	p. 161, n. 326
III, 6, 2	p. 161
IV, 2, 13	p. 164
IV, 3	p. 162, n. 329.
IV, 4, 3.	p. 165
IV, 5, 4	p. 160
IV, 8, 3	p. 157; p. 157, n. 318.
IV, 9	p. 157
XIV, 1, 1	p. 157

B) Fueros municipales

Código de las Costumbres de Tortosa

6, 5, 4	p. 172, n. 366
6, 8, 5	p. 167, n. 348; p. 168, n. 352; p. 172, n. 366; p. 172, n. 367

Compilación privada de Derecho Aragonés

32	p. 173, n. 372
----	----------------

Fori Antiqui Valentiae

IX, 1, 5	p. 168, n. 351.
IX, 1, 7	p. 168, n. 351.

IX, 1, 9 p. 167, n. 348; p. 168, n. 351.

Fuero de Alcalá de Henares

277 p. 169, n. 357; p. 174, n. 375.

Fuero de Alfambra

72 p. 172, n. 368.

Fuero de Ayala

88 p. 168, n. 353

Fuero de Brihuega

311 p. 169, n. 357

Fuero General de Navarra

IV, 3, 9 p. 174, n. 377

IV, 3, 13 p. 174, n. 377

V, 3, 16 p. 174, n. 379

Fuero de Jaca

A 1 p. 173, n. 370

Fuero de Ledesma

136 p. 167, n. 350; p. 170

Fuero de Molina de Aragón

XI, 76 p. 169, n. 357; p. 174, n. 376.

Fuero de Salamanca

209 p 170.

Fuero de Sepúlveda

61 p. 171

Fuero de Soria

304 p. 172, n. 365.

317 p. 168, n. 354

362 p. 175, n. 382

Fuero de Teruel

6 p. 173, n. 372

Fuero de Vizcaya

20, 11 p. 172, n. 365

Fuero de Zamora

38 p. 170, n. 360

C) Fuero Real

III, 5, 10 p. 179

III, 6, 1 p. 178.

III, 6, 2 p. 177

III, 6, 17 p. 177

IV, 8, 1 p. 176, n. 383

IV, 8, 2 p. 176, n. 383

III, 8, 3 p. 179.

IV, 8, 3 p. 176, n. 383

IV, 22, 7 p. 177

D) Partidas

I, 16, 12 p. 196, n. 437

III, 14, 9 p. 182, n. 398

III, 18, 36 p. 196, n. 440

IV, 13, proemio p. 180, n. 392

IV, 13, 1 434	p. 180, n. 392; p. 181, n. 394; p. 181, n. 395; p. 182, n. 396; p. 195, n.
IV, 13, 2	p. 183
IV, 13, 3	p. 181, n. 394; p. 181, n. 395
IV, 13, 10	p. 188; p. 190
IV, 13, 11	p. 189, n. 419; p. 189, n. 420
IV, 14, 3	p. 187, n. 416
IV, 15, proemio	p. 184, n. 405
IV, 15, 1,	P. 185; p. 185, n. 407; p. 187, n. 414; p. 193, n. 430
IV, 15, 2	p. 187, n. 415; p. 193, n. 430; p. 194, n. 433
IV, 15, 3	p. 187, n. 416; p. 188; p. 188, n. 418
IV, 15, 4	p. 188; p. 195, n. 437
IV, 15, 5	p. 197, n. 442
IV, 15, 6	p. 196, n. 439
IV, 17, proemio	p. 181, n. 393
IV, 17, 2	p. 184, n. 410; p. 193, n. 430
IV, 19, proemio	p. 183, n. 399
IV, 19, 2	p. 183, n. 400; p. 183, n. 402; p. 184, n. 403
IV, 19, 3	p. 184, n. 404
IV, 19, 5	p. 190; p. 197
IV, 19, 6	p. 183, n. 401
IV, 21, 3	p. 189
IV, 23, 4	p. 182, n. 397; p. 202, n. 456
VI, 3, 4	p. 190
VI, 9, 32	p. 196, n. 440
VI, 13, 8	p. 194, n. 432; p. 199 ; p. 199, n. 446
VI, 13, 12	p. 198, n. 445
VII, 17, 1	p. 186, n. 411; p. 186, n. 413
VIII, 18, 1	p. 188, n. 417

E) Leyes de Toro

VI	p. 210
XI	p. 202
IX	p. 208
X	p. 206
XIII	p. 201, n. 451

F) Novísima Recopilación

X, 5, 2	p. 201, n. 451
---------	----------------

G) Proyecto de Código Civil de 1851

101	p. 212, n. 488
118	p. 212, n. 489
119	p. 213, n. 491
120	p. 213, n. 490
122	p. 212, n. 489
123	p. 213, n. 493 y 495
127	p. 213, n. 494
132	p. 214, n. 496
170	p. 212, n. 490
267	p. 212, n. 490
641	p. 212, n. 487
775	p. 214, n. 498
776	p. 214, n. 499
777	p. 215, n. 500

H) Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870

56	p. 216, n. 505 y 506
57	p. 216, n. 506
58	p. 216, n. 507
59	p. 216, n. 507

I) Anteproyecto de Código civil

87	p. 218, n. 511 y 512
88	p. 218, n. 512
89	p. 218, n. 513
98	p. 219, n. 514 y 515
99	p. 219, n. 516
100	p. 219, n. 517
104	p. 219, n. 518
105	p. 220, n. 519
106	p. 220, n. 520
108	p. 220, n. 522
110	p. 220, n. 522
111	p. 220, n. 522
112	p. 220, n. 522
113	p. 221, n. 524
114	p. 220, n. 523
115	p. 220, n. 523
118	p. 222, n. 531
119	p. 222, n. 532
120	p. 222, n. 532
792	p. 221, n. 525
826	p. 221, n. 526
827	p. 221, n. 527
828	p. 221, n. 528
831	p. 222, n. 531
948	p. 221, n. 529
952	p. 222, n. 530

CONSTITUCION ESPAÑOLA 1978

14	p. 229, n.556
----	---------------

39.2	p. 229, n.557
53. 2	p. 229; p. 229, n.558.

CODIGO CIVIL 1889

108	p. 227, n.536; p. 227, n.537; p. 233, n.561.
109	p. 227, n.536; p. 235, n.571.
110	p. 227, n.536; p. 235, n.571
116	p. 233, n.564.
117	p. 234, n.565.
119.2	p. 228; p. 228, n.538; p. 232, n.560; p. 234, n.567.
120	p. 234, n.568.
121	p. 229
122	p. 229.
125	p. 229.
132	p. 229, n.544.
139	p. 230.
142	p. 235, n.573
143	p. 235, n.574
160	p. 235, n.573
807	p. 235, n.575
845	p. 230.
930	p. 235, n.573