

# LA FILIACIÓN EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO ROMANO: UERITATI LOCUM SUPERFORE \*

Por

JUAN MANUEL BLANCH NOUGUÉS  
Catedrático de Derecho Romano  
Universidad San Pablo CEU

SUMARIO: I: 1. *Introducción*. 2. *La familia romana*. 3. *Modos de filiación*. 4. *Adopción y arrogación*. 5. *Tollere liberos y reconocimiento de hijos*. 6. *Acciones de filiación*. 7. *Legitimación*. 8. *Conclusiones*.- II. TEXTOS.

I

## 1. Introducción <sup>1</sup>

El estudio del derecho de familia en Roma es materia que puede provocar en la doctrina los más encendidos elogios (por ejemplo de la *libertas matrimonii*) como, por otra parte, los más enconados recelos (por ejemplo, de arcaica concepción de la *patria potestas*). Esto es debido a que por sus innumerables implicaciones no se presta fácilmente a juicios imparciales. Es innegable, no obstante, que la visión jurídica propia del derecho en vigor coincidiendo con los inicios del cristianismo, es decir, el derecho romano de la larga etapa imperial, de naturaleza inicialmente pagana y de fino manejo de técnica e intuición genial de cuestiones jurídicas y sus soluciones durante el Principado, constituye un ineludible escenario de referencia en el que involucrar y contrastar otros diversos aspectos de índole religiosa, cultural, etc. Tanto más cuanto que el tema elegido, la filiación, -como en general le acontece al entero derecho de familia- posee un fondo de calado no estrictamente iuspositivista sino impregnado de

---

\* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación de la Comunidad de Madrid 06/0065/2003 “*Derecho Administrativo Romano*” dirigido por el Prof. A. Fernández de Buján.

<sup>1</sup> Con algunos añadidos coincide el texto del presente trabajo con el de la ponencia “La reflexión jurídica romana en torno a la filiación” en el marco de las Jornadas de estudio “La filiación en los inicios de la reflexión cristiana”, Instituto Diocesano de Filología Clásica y Oriental San Justino, Madrid, 17 de noviembre de 2003.

valoraciones a las que el derecho no puede dejar de tomar en consideración. Se trata, pues, de una materia naturalmente abierta a un análisis que conviene abordar desde diversas perspectivas.

El punto de vista elegido exige ciertas reflexiones iniciales a modo de premisas. La primera a propósito del título, referido no tanto al derecho romano sino al pensamiento jurídico romano. En realidad no hay mucha distancia entre uno y otro planteamiento. El derecho romano es fundamentalmente doctrinal, esto es, obra de juristas (expertos en derecho). He aquí una de las claves del vigor de sus ideas hasta nuestros días: en él se descubre una mayoritaria carga de racionalidad que supera con mucho el peso de imperatividad de sus soluciones. Sin embargo, en cuanto a la filiación se refiere, no se puede obviar que su concepción se entronca con la de la familia y que ésta última se configura de acuerdo con convicciones sociales arraigadas en la conciencia secular de un pueblo (es decir, en los *mores maiorum* de la sociedad romana), cuya transformación sólo se realizó gradualmente, máxime en un pueblo tradicionalista como el romano, es decir, inclinado por genio a conservar antes que a derogar, a respetar con celo antes que liquidar sin miramientos ritos e instituciones, por ancestrales que fueran. Fue más frecuente la *desuetudo* o caída en desuso social la fórmula escogida por ellos para arrumar lo anacrónico<sup>2</sup>. Su espíritu conservador -que no conservadurista- no le impidió, sin embargo, innovar a lo largo de los siglos de su existencia de forma tal que, por ejemplo, en su evolución en materia de familia –en la que se advierte al final el influjo cristiano pero cuyo acceso es preparado y facilitado por la formación estoica de juristas y gobernantes- reconocemos el inicio de la propia concepción moderna de la familia.

Es conveniente resaltar este carácter dinámico que propugnamos del estudio de la familia romana si no queremos incurrir en falsos juicios o incorrectas apreciaciones, al destacar –por ejemplo- los rasgos atávicos de la *patria potestas*, que antes citábamos, y olvidar su atemperamiento en el curso del tiempo, incluso ya en época remota, por la propia sociedad. Errores de esta naturaleza no son infrecuentes en estudios modernos de alcance divulgativo (y a veces sensacionalista), aun realizados en tono científico. Lo grave es que encuentran rápido eco en un lector medio que parece predispuesto a asimilar acríticamente la distancia en términos de crueldad y primitivismo entre los antiguos y nosotros.

---

<sup>2</sup> Como cuando el jurista Gayo (s. II d. C.), respecto del antiguo derecho gentilicio que tanta importancia había tenido en la configuración de la familia en la época arcaica, afirma con rotundidad en su manual de derecho (*Institutiones*, 3.17): '*totum gentilicium ius in desuetudinem abiisse*' (= "el derecho gentilicio ha caído por completo en desuso").

Postura fácil pero igualmente equivocada sería, en el mismo sentido que la anteriormente apuntada, la que pretendiese plasmar una imagen contrapuesta –de blanco y negro- entre el cristianismo y Roma como resultado del sentimiento de animosidad que producen con respecto a ésta las cruentas persecuciones de cristianos por parte de emperadores romanos. No es inusual tampoco esta actitud ante Roma pero es prejudicial, es decir, tergiversadora, al desequilibrar arbitrariamente la balanza valorativa a favor del cristianismo (como realidad separada y opuesta a la cultura de su época). Esto último no implica una renuncia al legítimo ejercicio de la crítica. Es sólo una exhortación a que se realice en todo caso con rigor.

El estudio que me propongo realizar aquí se podría caracterizar como programático. Pretende, en efecto, abrir una vía de investigación ulterior, que aun ceñida aquí a la filiación aspira a extenderse a otros ámbitos del derecho de familia en Roma: se trata de las relaciones de familia contempladas como apariencia y como realidad, como ficción y como verdad. La búsqueda de la verdad en las cosas es una expresión que puede ser tergiversada por el sentido dogmático (dogmático en la peor acepción del término) que puede atribuírsele (no pocas veces de forma injustificada). En esta dirección, el análisis de las fuentes romanas, a través de los problemas en torno a la familia a los que hubieron de enfrentarse juristas y príncipes con fino sentido de la justicia (esto es, con técnica pero también con humanidad), puede seguir constituyendo hoy una valiosa experiencia con las que confrontar el modelo de familia de las religiones (en particular de la cristiana con la que convivió la sociedad romana). Una consecuencia de los fines que presenta este trabajo es la siguiente: el lector especializado no verá en él citada a la doctrina respectiva de modo exhaustivo sino tan sólo la que me ha parecido indispensable para los objetivos propuestos. Pido indulgencia por ello al lector benévolo.

No he querido renunciar a la traducción –personal- de todos los fragmentos y expresiones que en esta contribución aparecen. Por desgracia, el latín es cada vez más desconocido y temía que la lectura de este trabajo quedara reservada a una élite habituada a no cotejar traducciones. Debo decir, sin embargo, a este respecto que no todo está perdido. Hace dos años se celebró en Madrid (la primera vez que tenía lugar en España) y en mi Universidad el X Congreso Internacional de la Academia 'Latinitati Fouendae' de Roma, llevado a cabo durante una semana y cuyo idioma, no sólo oficial sino exclusivo, fue el mismo *mutatis mutandis* que Cicerón encumbró como orador<sup>3</sup>. El éxito y la resonancia que obtuvo en los medios de comunicación, así como las iniciativas

---

<sup>3</sup> Tuve el honor de colaborar en su organización y de participar en su sesión inaugural con una conferencia que llevaba por título '*Ius Romanum: fundamentum iuris hodierni et latinitatis nouae incitamentum*' y en la sesión de clausura con unas palabras de despedida.

que se han emprendido después, me permiten vislumbrar el futuro con ciertas expectativas positivas. La lengua latina mantiene el vigor y la altura que proporcionan su marchamo de clasicidad. Haría falta exhibirla a menudo a través de ejemplos vivos de uso. Se lograría así continuar de un modo natural con la rica tradición humanista de cultivo de las *litterae humaniores* y se mostraría además de manera fehaciente la necesidad de leer a los clásicos sin intermediarios y de razonar con ellos utilizando sus mismas palabras y giros sintácticos. En definitiva, de hacerse uno de ellos para entenderlos mejor y para comprendernos, de paso, mejor también a nosotros mismos.

## 2. La familia romana

La familia romana es patriarcal, es decir, se agrupa en torno a la figura de un jefe de familia (esto es lo que significa '*pater familias*' –*familias* es un genitivo arcaico- y no padre de familia o cabeza de familia) necesariamente varón, que debe coincidir con el ascendiente por línea masculina de dicho sexo. La naturaleza de mando que inviste la figura del *pf.* relega a un segundo plano la de la paternidad biológica hasta el punto de llevar a negarla a un célebre romanista de principios del siglo XX muy influyente – nos referimos al italiano Bonfante<sup>4</sup>-, a través de su famosa teoría sobre la soberanía del *pf.*, que hace aparecer a éste como titular de una potestad omnímoda al frente de la familia concebida como un micro-Estado.

Apoyos para su formulación no le faltan si nos referimos a los diferentes poderes que ciertamente parecen asemejar el jefe de familia a un *rex*. Al *pf.* se le atribuye la *dominica potestas* (o poder en concepto de dueño sobre las cosas que integran el patrimonio familiar, incluidos esclavos); la *manus* sobre la mujer que ha ingresado en la familia mediante una *conventio in manum* (procedimiento realizado a través de ciertas formas con el fin apuntado y no con el de constituir formas de celebración del matrimonio); la *patria potestas* sobre hijos y descendientes incorporados a la familia biológicamente o artificialmente (adopción o arrogación). Ésta a su vez aparece integrada por un haz de poderes: *ius vitae necisque* (derecho de vida y muerte –en cierto modo similar al *ius gladii* o derecho de espada, es decir de dar muerte a los súbditos-), *ius exponendi* (derecho de abandono de hijos recién nacidos), *ius noxae dedendi* (derecho de entrega a la víctima de un delito cometido por una persona sometida a su potestad), *ius vendendi* (o derecho de venta de hijos bajo su poder). Incluso la paternidad biológica parece basarse en la regla que atribuye la condición de padre a los nacidos de justas nupcias en determinadas condiciones por lo que el vínculo que se destaca es el político (agnaticio)

---

<sup>4</sup> Así se refleja a lo largo de su exposición del derecho de familia y sucesiones romano en su célebre *Corso di diritto romano*, Roma, 1925.

más que el de sangre (cognaticio). Sin embargo, una exasperación de estos indicios puede conducir a la conclusión errónea de no aceptar en la mentalidad romana la realidad física del engendramiento paterno <sup>5</sup>.

Texto fundamental para entender la concepción de la familia romana es el número 1 de Ulpiano <sup>6</sup>. Después de salvar la cuestión terminológica de si una declaración en masculino abarca también el femenino resolviéndola afirmativamente -los modernos deberíamos tomar nota para no incurrir en inútiles juegos verbales-, afirma Ulpiano que la familia de propio derecho es aquella que agrupa a varias personas bajo la potestad de alguien, bien por naturaleza (alusión clara a la realidad biológica) bien por estar sometidas conforme a derecho. Es destacable que la familia resultante coincide en buena medida con la familia moderna: el padre, la madre e hijos y descendientes. El *pater* –dice lit. el texto- “es aquel que tiene el dominio en su casa” (pero no en sentido patrimonial sino en el similar, de índole personal, de la expresión actual “ser dueño de uno”, es decir, independiente o autónomo), aunque no tenga descendencia.

El Texto 3 de Ulpiano (del libro primero de sus Instituciones) pone de relieve ese aspecto de independencia -es decir, de no existir poder sobre él- propio del *pf.* sin que tenga que ver nada con esta cuestión el cumplimiento de una determinada edad (la de la pubertad en Roma, muy discutida por cierto doctrinalmente y que acabó siendo de doce años para mujeres y 14 para varones): ‘*Patres familiarum sunt, qui sunt suae potestatis siue puberes siue impuberes*’. Esto último –la inoperancia de la edad en relación con la independencia- constituye una profunda diferencia con el tratamiento posterior de los mayores de edad. El concepto de minoría de edad es también romano pero hay que esperar a una lenta evolución del derecho romano para hallar al final una equiparación entre menor de edad (en Roma, menor de veinticinco años) e incapaz, derivada de la exigencia, sentida socialmente, de una institución de guardaduría que tratase al menor de 25 (no olvidemos, considerado capaz por el derecho romano desde los 12 ó los 14 años según el sexo) como sujeto falto de capacidad de obrar. Este planteamiento jurídico basado en la minoría de edad y no la en la dependencia de un poder familiar es el que llega hasta nuestros días.

Un pupilo, por tanto, sin ascendiente varón que ejerza la patria potestad sobre él, es –según el Texto 1- *pater familias*. Junto a esa familia, reducida a relativamente unos pocos miembros, Ulpiano describe la “familia de derecho común” que se halla formada por aquellos hermanos con sus respectivas familias que al morir el *pf.* se convirtieron

---

<sup>5</sup> Carla FAYER, *La Familia Romana*, Aspetti giuridici ed antiquari, Parte Prima, Roma, 1994, 18 nta. 15.

<sup>6</sup> Vid. “Textos” in fine subrayando algunas de las afirmaciones de interés que en ellos se realizan.

ellos a su vez en jefes de sus respectivas familias pero conservando entre sí el vínculo familiar agnaticio –cuya significación se aproxima a “colateral”- que emana de haber sido sometidos en otro tiempo a la potestad de una persona.

En este orden de ideas, la mujer independiente es cabeza pero también “fin de la familia” (*finis familiae*), ya que no posee la patria potestad ni, en consecuencia, puede ésta descender por línea femenina. En el Texto 2 de Gayo se aprecia esto último claramente: los hijos siguen la condición del *pater familias*.

Pero, como decíamos al principio, el derecho romano debe ser contemplado dinámicamente. Así, es posible apreciar cómo el parentesco agnaticio, basado en las relaciones que origina la *patria potestas* entre los miembros involucrados por ella, va dando paso al parentesco llamado cognaticio o de vínculos de sangre. El primero, propio del *ius civile*, va siendo corregido paulatinamente en el ámbito del derecho sucesorio por el derecho honorario (es decir, el que los magistrados con derecho a emitir edictos o *ius edicendi* llevaban a cabo para el desarrollo de su jurisdicción y que se consagró en época adrianea en un complejo más o menos sistematizado de edictos llamado *edictum perpetuum*). El derecho honorario plasmado en los edictos, a su vez, fuente del derecho romano de trascendental importancia, cumplió –al decir de Papiniano- una triple función con respecto al derecho civil: auxiliadora, supletoria y correctiva (*adiuvandi, supplendi corrigendi gratia*).

Ésta última, drástica, y por tanto menos frecuente que las otras dos –dado el mencionado carácter tradicionalista romano y el respeto al *ius civile*-, se descubre aplicada al derecho sucesorio admitiendo una categoría de llamamientos nueva (la de los parientes cognados o *cognati*). El derecho imperial (a través de los famosos senadoconsultos Tertuliano y Orfitiano del s. II d. C.) desarrolló esta tendencia admitiendo, en un giro de ciento ochenta grados del derecho sucesorio, que una madre pudiera heredar de sus hijos y éstos de su madre (aunque -como hemos visto- carecía de *patria potestas* sobre ellos). Justiniano, abriendo paso al derecho moderno, completó esta evolución considerando al parentesco de sangre único criterio válido para determinar la sucesión.

Perozzi, conocido romanista italiano de principios de siglo, en su influyente tratado de Instituciones de Derecho Romano<sup>7</sup>, destaca esta progresiva relevancia del parentesco de

---

<sup>7</sup> S. PEROZZI, *Istituzioni di Diritto Romano*, Volume I, Firenze, 1906, 215-217. Señala este autor las siguientes circunstancias relevantes: -Previsión de pena de naturaleza sacra para el hijo que golpeaba a su progenitor. -Tipificación como comportamiento punible del homicidio de los cognados próximos incluidos afines. -Deber (*officium*) de los hijos con respecto a los padres. -Derecho de alimentos recíproco entre progenitores e hijos (e incluso entre hermanos y hermanas). -Deber de no ejercitar una acción infamante –y con permiso del magistrado las demás acciones-

sangre (en materia penal, matrimonial, sucesoria,...) aun después de puntualizar que –a su juicio- los romanos no han entendido por familia otra diferente a la civil, es decir, basada en el parentesco agnaticio.

En el Texto 4 de Ulpiano (libro 9 de sus Comentarios a la obra del jurista Sabino) se lee: “Definimos que es hijo el que ha nacido del marido y de su mujer<sup>8</sup>”. Esta aseveración se realiza a propósito de la cuestión de la paternidad en relación con las circunstancias del caso concreto. El texto, muy conocido y utilizado además por el derecho canónico a partir de la Edad Media, expone críticamente la doctrina del insigne jurista Juliano del siglo II d. C., quien en primer lugar se refiere a la situación de un marido ausente durante un decenio y que se encuentra a su regreso al hogar con un niño de un año, respecto del cual –concluye- no hay duda de que no cabe considerarlo hijo suyo. Ulpiano –como no podía ser menos- coincide. A continuación, sin embargo, opina Juliano que no ha de admitirse que tras una convivencia asidua del marido con su mujer, se niegue aquél luego a reconocer al hijo como suyo. Ulpiano aquí hace salvedades apoyándose en Escévola<sup>9</sup>, que, a su vez, aduce como circunstancias excluyentes de la paternidad del marido la de enfermedad de éste (u otra de índole diversa) que le aparte de la cohabitación con su mujer por algún tiempo o que le impida procrear, aun en el caso de que se trate de un niño nacido en la casa y pudiendo atestiguarlo así los vecinos.

Lo que nos parece relevante en el texto –aparte de que forma parte de la tradición civil y canónica del derecho europeo que constantemente se ha referido a él-, es la atención prestada de modo preferente al hecho biológico, es decir, a la determinación de

---

por parte de los hijos contra sus progenitores. -Beneficio de competencia de los padres frente a los hijos (por el que a través de las demandas de éstos no pueden ser empobrecidos hasta el punto de poner en riesgo su subsistencia). -Acción a favor de los hijos para reclamar alimentos respecto a sus progenitores. -Derecho de los progenitores a reivindicar la libertad de su hijo, incluso contra la voluntad de éste en situaciones de apariencia posesoria de esclavitud de éste (y viceversa, e incluso a favor de otros parientes cognados). -Impedimento para contraer matrimonio hasta cierto grado (incluso entre esclavos). -Derecho a participar del consejo de familia convocada por el jefe de familia según las costumbres de los antepasados antes de proceder al castigo de algún miembro de la familia. -Legitimidad para acusar al homicida del pariente de sangre. -Exención para prestar testimonio o formar parte de un jurado en un proceso criminal contra un pariente de sangre. -Obligación de guardar luto por un pariente cognaticio durante el tiempo establecido legalmente. -Exención de restricciones legales con respecto a actos de liberalidad (donaciones, legados, no permitidas aquéllas a partir de un cierto límite entre extraños o reducidos éstos de la herencia por inoficiosidad con respecto al heredero)...

<sup>8</sup> ‘*Uxor*’ es “mujer casada”.

<sup>9</sup> Quinto Cervidio Escévola, relevante jurista de fines del s. II. d. C.

la posibilidad fáctica de engendramiento del hijo a partir del padre. Por eso y por el razonamiento práctico que contiene ha interesado tanto a juristas de épocas posteriores.

El texto deja entrever una concepción determinada del matrimonio y de la familia que se puede decir en buena medida moderna por cuanto apunta a uno de los fines fundamentales del matrimonio, el engendramiento de hijos, pero sin disociarlo del amor conyugal. A aquél alude la expresión, acuñada desde antiguo, '*uxorem ducere liberorum quaerendorum causa*' (= "contraer matrimonio -el varón- para tener hijos") presente de modo profuso en la literatura latina desde los tiempos de Ennio y Plauto (siglos III-II a.C.). La fórmula, expresiva de un fin concreto, permitía asimismo a los censores -magistratura romana del máximo prestigio a la que se le encomendaba entre otras cosas el control de la moralidad de los ciudadanos en su vida pública y privada- indagar acerca de la existencia o no del matrimonio con respecto a los sujetos en cuestión. Aulo Gelio (s. II d.C.) en su célebre obra *Noctes Atticae* (4.3.2) relata que un tal *Spurius Caruilius Ruga* fue el primer ciudadano que en Roma se divorció alegando que su mujer era estéril y que había prestado juramento a los censores de haber contraído matrimonio con la finalidad de tener hijos. Añade Gelio que *Spurius* amaba profundamente a su mujer.

Muy llamativa es la reflexión que realiza Valerio Máximo, refiriéndose a este caso célebre, en su conocida obra de anécdotas '*Facta et dicta memorabilia*', (= "Hechos y dichos memorables"), 2.1.4. En concreto, este autor alude al reproche social que obtuvo el citado personaje por este modo de obrar en su vida privada, habida cuenta de que la circunstancia sobre la que se apoyó el divorcio –aun formalmente atendible- parecía a la conciencia social de su época que no debía anteponerse a la fidelidad y amor conyugal ('...*quia ne cupiditatem quidem liberorum coniugali fidei praeponi debuisse arbitrabantur*'; = "ya que se juzgaba que ni siquiera el deseo de tener hijos se debía haber antepuesto a la fidelidad conyugal").

Como se aprecia en este último testimonio, la procreación, aun estimándose fin natural y básico del matrimonio, determinado y comprendido en la propia intención de los cónyuges al contraerlo, hasta el punto de no considerar verdadero matrimonio en caso de su exclusión por parte de los contrayentes, no se entiende al margen y ni siquiera por encima de la fidelidad conyugal nacida de un amor sincero.

### 3. Modos de filiación

El Texto 5 (de las Reglas de Modestino) establece los dos modos por los que alguien se hace *filius familias*: por naturaleza (*natura*) y por adopción. Basta, por cierto, echar un vistazo a los códigos civiles modernos para apreciar la extraordinaria vigencia jurídica de esta afirmación hoy en día (V. Texto 30). Lo llamativo de ella es, una vez más, que el modelo biológico (aludido por la referencia a la naturaleza) lo es con respecto al civil



citado en segundo lugar y que a su vez comprende dos especies: la *adrogatio* que es la adopción de un sujeto *sui iuris* (es decir, independiente, no sujeto a patria potestad) y la *adoptio* en sentido estricto, es decir, la adopción de un *alieni iuris* o persona sometida a otra que ejerce sobre ella la patria potestad.

Gelio (N.A. 5. 19.9) describe la fórmula empleada para la realización de la adrogatio: 'Velitis, iubeatis, uti L. Valerius L. Titio tam iure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familias eius natus esset, utique ei uitae necisque in eum potestas siet, uti patri endo filio est. Haec ita, uti dixi, ita uos, Quirites, rogo' (= ¡Tened a bien y admitid que Lucio Valerio por derecho y por ley se haga hijo de Lucio Ticio como si hubiera nacido de éste y de la misma madre de familia y correspóndale a éste el poder de vida y muerte como a un padre respecto de su hijo! ¡Sea como dije y os ruego, ciudadanos romanos!). En ella se aprecia con claridad la fuerza atractiva del modelo biológico consistente en haber nacido de un padre y una madre de familia, es decir, de matrimonio legítimo.

Este último en relación con la figura del padre y, por tanto, con la filiación se encuentra íntimamente unido. Vemos, por tanto, que matrimonio, procreación (pero no sin amor) y filiación constituyen pilares básicos de la concepción romana de la familia. Con ellos no es casualidad que la visión cristiana de la familia vaya a concordar.

#### 4. Adopción y arrogación

De la regla '*pater is est quem nuptiae demonstrant*' hablaremos más adelante. Tratemos ahora la adopción con sus dos figuras, pero sólo en cuanto tiene aquí interés. Gayo 1. 97 refleja el mismo espíritu que anima la aseveración antes citada de Modestino: '*Non solum tamen naturales liberi secundum ea quae diximus in potestate nostra sunt, uerum et hi, quos adoptamus*' (= "No sólo los hijos naturales, según lo que dijimos, recaen bajo nuestra potestad sino también los que adoptamos"). Rasgo común de una y otra especie (*adrogatio* - *adoptio*) es que se trata de actos por los que se incorporan a la familia (entendida ésta en sentido civil como familia agnaticia) individuos ajenos a ésta, que pasan a ser hijos de familia a todos los efectos y sin diferencia alguna con respecto a los biológicos.

Los hijos adoptivos se hacían a la vez parientes agnados y cognados con respecto a sus hermanos y a los demás parientes agnados. Ulpiano (13 *Sab. D.* 38.16.2.3) declara lo siguiente con respecto a la inclusión del adoptado en la categoría de los agnados a efectos de la sucesión hereditaria: '*Parui autem refert, adgnatus hic natiuitate an adoptione sit quaesitus: nam qui adoptatur isdem fit adgnatus, quibus pater ipsius fuit, et legitimam eorum hereditatem habebit uel ipsi eius*'. (= "Poco importa que el agnado lo sea por nacimiento o por adopción, pues quien ha sido adoptado se hace agnado de aquellos que con respecto a él tuvieron su mismo padre y obtendrá la herencia legítima

de ellos o ellos la de él”). Y Paulo en 35 *ed. D.* 1.7.23 lo expresa con nitidez en un interesante texto: ‘*Qui in adoptionem datur, his quibus adgnascitur et cognatus fit, quibus uero non adgnascitur nec cognatus fit: adoptio enim non ius sanguinis, sed ius adgnationis adfert. Et ideo si filium adoptauero, uxor mea illi matris loco non est, neque enim adgnascitur ei, propter quod nec cognata eius fit: item nec mater mea auiae loco illi est, quoniam his, qui extra familiam meam sunt, non adgnascitur: sed filiae meae is quem adoptauit frater fit, quoniam in familia mea est filia: nuptiis tamen etiam eorum prohibitis*’ (= “El que se da en adopción se hace también cognado de aquellos de quienes se hace agnado, pero de quienes no se hace agnado tampoco se hace cognado, porque la adopción no lleva consigo el derecho de sangre, sino el derecho de agnación. En consecuencia, si yo hubiere adoptado a alguno como hijo, mi mujer no se halla en la posición de madre con respecto a él y no se hace agnada de él, por lo que tampoco se hace su cognada. Tampoco mi madre se halla con respecto a él en la posición de abuela, porque no se hace agnada con respecto a los que están fuera de mi familia; pero éste a quien adopté sí se hace hermano de mi hija, porque la hija está en mi familia: el matrimonio entre ellos está prohibido”).

La razón en la *adrogatio* (institución más antigua que la *adoptio* y que exigía la aprobación del pueblo reunido en asamblea -comicios curiados- presidida por un pontífice (*pontifex*) era a menudo la de dar al adrogante, de edad avanzada, un descendiente que pudiera, no sólo convertirse en su heredero, sino -muy importante- en continuador de los ritos religiosos familiares o *sacra* y en portador de su apellido o *nomen*. De ahí precisamente, es decir, de la trascendencia pública y privada del acto, que el pontífice procediese a un interrogatorio dirigido a ambos sujetos para indagar las razones de la realización de dicho acto.

Cicerón (*Dom.* 36) analizando críticamente la *adrogatio* de Clodio, muy entrado en años, llevada a cabo por Fonteyo, mucho más joven, no puede menos de expresar su reprobación por cuanto el derecho (legítimo y pontificio) no está, a su juicio, para cohonestar una situación que resulta antinatural. Así pues, alude el célebre orador en primer lugar a la edad; el segundo lugar, a la causa de arrogación que, según él, no debe significar una disminución en la dignidad familiar o en la religiosidad de los cultos sagrados (*sacra*). La *adrogatio* es para Cicerón una ‘*simulata adeptio filii*’ (“tener un hijo de modo ficticio”) que debe imitar lo más posible “el verdadero tener hijos” (*‘illa ueritas suscipiendorum liberorum’*).

Varios siglos más tarde, Ulpiano (26 *Sab. D.* 1.7.15.3 y 17) sigue expresando estas mismas ideas cuando habla de la necesidad de reconocer en la *adrogatio* una ‘*iusta causa*’ y que un ‘*minor*’ sea adoptado por un ‘*maior*’. Además, respecto de las personas sometidas a tutela aconseja el jurisconsulto extremar los cuidados en el análisis de su

situación para evitar maniobras fraudulentas de los tutores autorizando un acto de esta naturaleza. Así, sostiene Ulpiano, con criterio pleno de humanidad, que tan sólo se ha de admitir como justificada la *adrogatio* si el adrogante es pariente de sangre (unido por *naturalis cognatio*) o le mueve en su proceder una *sanctissima affectio* por el sujeto cuya arrogación se pretende (amén de otras condiciones que expresa el jurista y que a su juicio han de valorarse con rigor).

El fragmento decimosexto intercalado entre los dos antes comentados expresa en boca del jurista Javoleno esta idea de forma concisa: '*Adoptio enim in his personis locum habet, in quibus etiam natura potest habere*' (= "Tiene pues lugar la adopción entre las personas con respecto a las cuales cabe por naturaleza"). Se relaciona a su vez con la aún más lapidaria contenida en las Instituciones de Justiniano (1.11.4): '*adoptio naturam imitatur*' (= "la adopción imita la naturaleza"). Sobre ella han pesado sospechas de alteración justiniana (interpolaciones) que sin embargo no parecen del todo justificadas. En 1 *diff.* D. 1.7.40, el jurista Modestino (discípulo de Ulpiano) exige que la diferencia de edad sea de al menos dieciocho años.

En este mismo fragmento se alude a la facultad de adopción otorgable a individuos con incapacidad biológica para engendrar hijos o esterilidad (*spadones* o impotentes). Ulpiano 3 *Sab.* D. 28.2.6<sup>10</sup> distingue entre estos sujetos y los *castrati* a quienes no se admite que puedan adoptar; opinión ya expresada por el relevante jurista del siglo I d.C. Próculo y admitida por Juliano -siglo II d.C.- y sancionada siglos más tarde por Justiniano en sus Instituciones (1. 11.9). De nuevo el modelo biológico se impone en estas soluciones. Es verdad que el impotente no puede procrear pero al menos mantiene intactos sus signos de virilidad, al igual que le sucede al hermafrodita en quien estos atributos prevalecen.

---

<sup>10</sup> '*Sed est quaesitum, an is, qui generare facile non possit, postumum heredem facere possit. Et scribit Cassius et Javolenus posse: nam et uxorem ducere et adoptare postest. spadonem quoque posse postumum heredem scribere et Labeo et Cassius scribunt: quoniam nec aetas nec sterilitas ei rei impedimento est. 1. Sed si castratus sit, Iulianus Proculi opinionem secutus non putat postumum heredem posse instituere, quo iure utimur. 2 Hermaphroditus plane, si in eo uirilia praeualebunt, postumum heredem instituere poterit.*' (= "Se ha preguntado si el que no es fácil que pueda engendrar puede instituir heredero a un póstumo. Casio y Javoleno escriben que sí, porque se puede casar y adoptar un hijo. También escriben Labeón y Casio que el impotente puede instituir heredero a un póstumo, porque para esto no es obstáculo ni la edad ni la esterilidad. 1 Pero si es un castrado, opina Juliano, siguiendo el parecer de Próculo, que no puede instituir al póstumo, que es la solución jurídica vigente. 2 El hermafrodita podrá sin duda instituir heredero al póstumo si predominan en él los signos viriles").

La posibilidad de adrogar que se concede por primera vez con Diocleciano se basa en consideraciones piadosas ante una situación juzgada inhumana e incluso antinatural: la premoriencia de los hijos con respecto a su madre viuda (C. I. 8. 47. 5 a. 291). Justiniano eleva esta decisión casuística a rango normativo.

La distinción justiniana entre la denominada “adopción plena” (es decir, la integración completa del adoptado en la familia del adoptante) y “adopción menos plena” (en virtud de la cual el *pater naturalis* conservaba la patria potestad sobre el adoptado y éste, su vez, mantenía sus derechos sucesorios con respecto a la herencia de aquél) se basa en la realidad biológica del padre natural expresada en este segundo tipo por contraste con el primero.

## 5. *Tollere liberos* y reconocimiento de hijos

En cuanto al nacimiento y a la determinación del padre (filiación), se suele citar, en cuanto a las costumbres de los romanos a este respecto, una ceremonia realizada algunos días después del alumbramiento y posterior también a la primera purificación llevada a cabo después del parto y antes de la primera toma de alimento por parte del neonato. Éste era depositado en el suelo (operando aquí quizás un posible efecto fetichista de la Tierra como “Madre”) y luego, el padre lo levantaba (de ahí el nombre del acto: ‘*tollere – suscipere- liberos*’).

La doctrina ha discutido vivamente acerca de su naturaleza: ¿se trataba de un acto de reconocimiento de la paternidad por el cual se adquiría la patria potestad sobre el nuevo ser? ¿O más bien era un acto ritual de carácter religioso conservado en el lenguaje, no obstante, como simple sinónimo de “procrear” o “tener hijos”?

Que la ceremonia significase la adquisición de la patria potestad por parte del sujeto exigía que éste fuese *sui iuris*, o lo que es lo mismo, *pater familias*, porque de otro modo la patria potestad recaería sobre quien lo fuera (el ascendiente del marido, varón e independiente de potestad familiar alguna). En los textos se aprecian casos en los que, o bien es otro sujeto el que debe realizar el acto (en el Texto 6, la mujer; aunque en realidad nos parece que lo que dice el texto es que la mujer se compromete “a tener el hijo”, es decir, a no abortar; ver Texto 14) o bien no se juzga necesario (padre enajenado mental Texto 10). La expresión se contiene en Tácito (datable a juzgar por la obra – *Agricola*- a fines del siglo I d.C.) y en los diplomas militares, como reflejan los Textos 8 y 9 que parecen acoger la acepción genérica -no referida a un acto específico-.

El Texto 12 plantea la cuestión de una mujer embarazada que ha sido repudiada por su marido y que, estando su marido ausente y - hay que sobreentender- por venganza, ha declarado, para que se inscriba en un registro público, que su hijo es ilegítimo. Por consiguiente, fallecida la madre, no podría el hijo aceptar la herencia de ésta con la

preceptiva autorización paterna por no habersele reconocido al padre la patria potestad sobre él. Pero el derecho (es decir, la jurisprudencia) opta por la solución contraria: "para que prevalezca la verdad" ('*ueritati locum superfore*').

En el Texto 13 Quinto Cervidio Escévola (siglo II d.C.) alude a uno que repudia a su mujer embarazada y se casa con otra. El hijo, una vez nacido, es abandonado por su madre pero es acogido (*sublatus*) y criado por otro, respondiendo además al *nomen* de su padre. El testamento del verdadero padre, quien en todo momento desconocía la existencia de aquél, se invalida por el defecto en el que incurre de no hacer mención alguna a su hijo (preterición).

Nota llamativa de éstos dos últimos casos constituye la relevancia adquirida por la verdadera filiación con independencia de existir o no acto de reconocimiento del padre con respecto al hijo. Pero además, como llevamos viendo hasta aquí, la verdad biológica tiene peso en las decisiones jurídicas frente a las ficciones legales (que tienden a imitar a aquélla) y a las falsedades movidas por oscuros propósitos. El modelo de unión de un hombre y de una mujer y el engendramiento de hijos a partir de esa relación, presidida por el amor, es sobre el que se sustenta la conciencia social romana y el derecho, como base para el discernimiento de soluciones jurídicas. No hace falta acudir al cristianismo para detectarlo en el mundo romano, lo que no debe pasar desapercibido porque opera en un ámbito cultural más laxo y además condescendiente, por ejemplo, con fenómenos como la homosexualidad o el divorcio. Al contrario, si se me permite decirlo, lo hace más atractivo como reflexión racional del hombre en torno a problemas humanos con una concepción de la vida no muy diferente a la laica moderna, coincidiendo a pesar de esto con la cristiana en puntos esenciales por puro ejercicio de búsqueda de la verdad.

El *non tollere*, que -como se ve- puede deberse a diversas causas, no tiene necesariamente que ver con una falta de reconocimiento ni se equipara sin más a un abandono (*expositio*). Esto último parece que quedaba excluido por el hecho de alimentar a la criatura (que acontecía después de levantarla del suelo). Dionisio de Halicarnaso, historiador griego afincado en Roma en la época augustea, en su *Historia Antigua de Roma* (2.15) informa de una antigua disposición que atribuye a Rómulo que establecía la obligación de criar a todo hijo nacido y a las hijas primogénitas y de no matar a ningún niño menor de tres años salvo mutilado o monstruoso. Permitía, sin embargo, la exposición, si mostrado a cinco hombres -los vecinos más próximos- éstos la admitieran.

Aparte de esta restricción hubo que esperar para su derogación a una constitución de los emperadores Valentiniano, Valente y Graciano del año 374 d.C. (C. 8.51[52].2), es decir, perteneciente a la etapa de influjo del cristianismo en la legislación imperial romana. En verdad, el derecho clásico, aun no cristiano, había empezado a reaccionar

frente a los abusos respecto del correcto ejercicio de la patria potestad, ciertamente amplia, de los jefes de familia. El emperador Trajano obliga a un *pater familias* a emancipar a su hijo al que había maltratado (D. 37.12.5) y Adriano castiga con la deportación a un padre que había matado a su hijo aprovechando una ocasión propicia (durante una cacería: D. 48.9.5). La frase conclusiva de este último texto –‘*nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere*’ (=pues la patria potestad debe fundarse en el amor piadoso y no en la crueldad)- no dejan de impresionar al lector moderno por su profundidad humana, apartada del rigor patriarcalista de épocas anteriores. En el caso que hubo de resolver Adriano, una dolorosa tragedia familiar, el hijo había cometido adulterio con su madrastra <sup>11</sup> y, por eso el padre –lógicamente casado con aquélla por segunda o ulterior vez- quería castigarlo severamente o más bien vengarse de él. Lo consiguió, es decir, logró dar muerte a su hijo pero como apoyándose –dice el texto- “más bien en el trato jurídico correspondiente a un ladrón que en su derecho de padre” (*latronis magis quam patris iure*).

En fin, las constituciones de Constantino (C. 9.17.1) y de Valentiniano y Valente (C. 9.15.1) constituyen los términos *ad quem* de la derogación del *ius uitae necisque* del *pater familias* por el derecho romano, plenamente impregnado ya de ideas cristianas. Sin embargo, en el siglo III d.C. el jurista Paulo afirma algo que probablemente era sentido ya mucho antes (D. 25.4.4): dice que no sólo parece que mata aquel que ahoga al feto sino el que lo arroja y el que le niega alimentos y el que lo abandona en lugares públicos por causa de misericordia de la que él mismo carece (Texto 27).

Como advertíamos al comienzo este trabajo, no es metodológicamente correcto tratar de forma estática el derecho de familia ni la concepción social de ésta en Roma. Lo que se puede decir de ésta y que extraemos de la exposición hasta aquí realizada es que, desde sus comienzos, la familia se basa en el matrimonio y que los descendientes (*fili familias*) lo son por ser engendrados de esa relación o por el derecho (adopción) sobre el patrón matrimonial y de generación biológica propuesto como modelo.

## 6. Acciones de filiación

Es precisamente la situación de matrimonio legítimo la que permite al padre adquirir la patria potestad sobre los hijos nacidos de esa relación en virtud de la regla ‘*pater est quem nuptiae demonstrant*’ (“padre es el que demuestran las nupcias”, o sea, es padre quien ha contraído legítimas nupcias con la madre). La regla completa, tal y como la enuncia Paulo en D. 2.4.5 dice así: ‘*quia semper certa est, etiam si uulgo conceperit*:

---

<sup>11</sup> Parece que de modo continuado por el tiempo verbal –imperfecto de subjuntivo- que utiliza el texto (*‘adulterabat’*) refiriéndose al hijo.

*pater uero is est, quem nuptiae demonstrant* (“Porque siempre es cierta –scil. la madre-, aunque hubiere concebido del vulgo; pero padre es el que demuestran las nupcias”). En la obra postclásica denominada *Tituli ex corpore Ulpiani*, aunque conocida corrientemente con el nombre de “Reglas de Ulpiano” 4. 2 se lee: ‘*Qui matre quidem certa, patre autem incerto nati sunt, spurii appellantur*’ (= “Quienes han nacido de madre cierta pero de padre incierto se denominan espurios”).

La regla opera como presunción a favor de la paternidad del marido, aunque -como algún autor ha señalado <sup>12</sup>- su función no tiene un mero alcance procesal de orden probatorio, sino de derecho material: no es que el padre “se presume” sino que el padre “es”.

Para que la regla sea operativa, no obstante, su verdad no debe oponerse a la de la naturaleza. De ahí los plazos de tiempo exigidos (*tempus legitimum* o *iustum* en terminología jurisprudencial): que el nacimiento se produzca al menos después de 180 días tras la celebración de matrimonio (al séptimo mes, declara el Texto 22 de Ulpiano para ser más exactos) o dentro de los diez meses de su disolución. Basta echar un vistazo a los artículos 116 y 117 de nuestro Código Civil y 311 y ss. del Código Civil francés <sup>13</sup> para percibir la vigencia de esta concepción basada en el anhelo racional del derecho de adaptarse a la realidad, eso sí de modo flexible. Esto último se aprecia en los Textos 21-25 *in fine*, que reflejan la prudencia jurídica romana a este propósito. Apoyados en los cálculos de Hipócrates y de Pitágoras, se considera “feto perfecto” (*partus perfectum*) el nacido al séptimo mes, es decir, después de los seis meses. El nacido en el día 182º en D.38.16.3.11-12 <sup>14</sup>, donde se cita la opinión autorizada de Hipócrates, se estima nacido en tiempo legítimo. Desconcierta no obstante la *ratio* pitagórica expresada en las Sentencias de Paulo (una obra postclásica atribuida por su autor al renombrado jurista clásico) porque alude al séptimo mes cumplido (*plenus*) lo que llevaría a pensar no en 181 días (con nacimiento al día siguiente) sino en 210 <sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> F. LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano. II La c. d. presunzione di paternità*, Nicola Zanichelli ed., Bologna, 1964, 54-55, conectando este fragmento con D. 1.6.6 (v. Texto 4).

<sup>13</sup> V. Textos 30 y 31 *in fine*. Podríamos asimismo consultar sin esfuerzo otros diversos Códigos basados en la tradición del derecho común europeo.

<sup>14</sup> Texto 22.

<sup>15</sup> V. sobre esta cuestión, F. LANFRANCHI, op. cit., 71 y ss.

Si la causa de disolución del matrimonio era el divorcio, el senadoconsulto Planciano (de fecha incierta pero en todo caso del s. I d. C.)<sup>16</sup> sobre reconocimiento de hijos ('*de liberis agnoscendis*') exigía de la mujer que se creyese encinta la notificación al ex marido (*denuntiatio*) de su estado dentro de los treinta días desde el divorcio<sup>17</sup>. Si no llevaba a cabo este aviso, la presunción de paternidad no surtía efecto y el marido no podía ser obligado por esta vía a reconocer al recién nacido. Algún autor ha supuesto que el origen de la presunción se encuentra precisamente aquí, pero su utilidad es imaginable en supuestos que por fuerza se plantearon mucho antes, de imposibilidad de expreso reconocimiento paterno: enajenación mental del padre (Texto 10) o nacimiento de un póstumo (Texto 23)<sup>18</sup>. De ahí que, incluso si en época antigua se pudiera pensar en un acto de reconocimiento paterno como *conditio sine qua non* de adquisición de la patria potestad, su propia rigidez acarrearía consecuencias insostenibles, por lo que en época histórica lo más probable es que se diluyera perdiendo como institución el vigor jurídico de antaño. Esto resolvería la cuestión planteada a propósito de la naturaleza y efectos jurídicos del '*tollere liberos*'.

Una vez efectuada en plazo la denuncia por parte de la mujer, el marido tenía dos alternativas: o enviar guardas a la mujer para su custodia o declarar, en respuesta a la denuncia de la mujer, que el embarazo no provenía de él. El hecho de enviar guardas no prejuzgaba la condición de padre del marido del mismo modo que, si la mujer omitía las actuaciones prescritas por el senadoconsulto, su conducta negligente no perjudicaba al feto<sup>19</sup>. Si el marido no realizaba ninguna de estas dos cosas se exponía a ser obligado a reconocer al feto (ése era su castigo o *poena* que el senadoconsulto preveía *h. t.* 1.4). Si la mujer no actuaba siguiendo las prescripciones legales y el hecho se debiera a un retraso, era oída con examen previo de causa (*h. t.* 1.8). Pero si se trataba de incumplimiento total por su parte, su obrar permitía al marido no reconocer al feto, pero a los solos efectos de prestación de alimentos no a los de negar al hijo la condición de *suus* (legítimo; *h. t.* 1.13).

En verdad, antes del remedio previsto por este senadoconsulto de época imperial, se recurría a una vía más tortuosa, que subsiste ahora, a saber, la del '*praeiudicium an filius sit*' o "cuestión prejudicial sobre si es hijo o no" por el que se buscaba obtener la

---

<sup>16</sup> V. Texto 26.

<sup>17</sup> Un segundo senadoconsulto (de Adriano, citado en D 25.3.3.1) amplió la regulación al supuesto de un matrimonio no disuelto (*constante matrimonio*).

<sup>18</sup> En este sentido, PEROZZI, op. cit., 287.

<sup>19</sup> Como a menudo ocurre es la opinión de Juliano la que respalda este tipo de decisiones humanas a favor del feto (D. 25.3.1.8).



declaración judicial de paternidad. Éste podía defenderse, en caso de no querer reconocer como hijo al sujeto que decía serlo, con argumentaciones de la naturaleza apuntada arriba en el célebre Texto 4 de Ulpiano en el que se citaba doctrina de Juliano<sup>20</sup>.

El *praeiudicium* se dirige a la cuestión fundamental: si entre dos personas dadas hay relación de padre a hijo. La declaración judicial sobre la condición de hijo crea derecho (*h. t. 3*: “...*placet enim eius rei iudicem ius facere...*”), afirmación que constituye por cierto uno de los filones de la famosa regla ‘*res iudicata pro ueritate accipitur*’ (“la cosa juzgada se toma como verdad”)<sup>21</sup>. La acción del senadoconsulto tenía, por contra, un efecto más limitado y por eso era de tramitación más ágil. Así podía suceder que alguien fuese obligado a prestar alimentos por este procedimiento sin que eso implicase además un reconocimiento paterno de la criatura esperada. “Debe recordarse –dice Ulpiano en *h. t. 5.7 in fine*- que si los jueces declaran el deber de prestar alimentos a cargo del padre, no por esto se prejuzga la verdad, pues no se declara la condición de hijo sino que debe ser alimentado”<sup>22</sup>. De nuevo la preocupación por la verdad.

Este efecto limitado del no reconocimiento paterno no obsta, como decimos, a la evidente comodidad para la madre que desea del marido obtener una pensión por alimentos, finalidad práctica del senadoconsulto. El remedio procesal que el citado senadoconsulto ponía en manos de la mujer era especialmente beneficioso para ella en varios sentidos: primero, porque a través de este recurso la mujer no se veía en la necesidad de demostrar la paternidad de su anterior marido sino que era a éste a quien correspondía probar lo contrario (es decir, se producía lo que en derecho se conoce como “inversión de la carga de la prueba”)<sup>23</sup>. En segundo lugar, porque la tramitación de este remedio se concebía de un modo muy ágil para asegurar de inmediato los alimentos tanto a la mujer como al nuevo ser.

El entero Título 3 de D. 25 (*‘De agnoscendis et alendis liberis uel parentibus uel patronis uel libertis’* =Del reconocimiento y alimentos de descendientes, ascendientes, patronos y libertos) se impregna de humanidad en el trato debido entre parientes y la ayuda que deben prestarse, que no desciende de una benevolencia meramente

---

<sup>20</sup> En *h. t. 1.14* se expone el caso de Juliano del padre ausente por largo tiempo que, a su vuelta, se encuentra a su mujer embarazada.

<sup>21</sup> Cfr. D. 50.17.207 y D. 1.5.25.

<sup>22</sup> *H. t. 5.9*: “*Memnisse autem oportet, etsi pronuntiauerint ali oportere, attamen eam rem praediudicium non facere ueritati: nec enim hoc pronuntiatum filium esse, sed ali debere:...*”.

<sup>23</sup> Así F. LANFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano*, I, L’*“agere ex Senatusconsultis de partu agnoscendo”*, Nicola Zanichelli ed., Bologna, 1953, 45.

filantrópica sino de la equidad y del vínculo de sangre afectivo (“...*cum ex aequitate haeres descendat caritateque sanguinis...*” *h. t. 5.2* in fine:= “Ya que esto procede de la equidad y –lit.- del amor de la sangre”). Es una *naturalis ratio* (*h. t. 5.16*) o *pietatis ratio* (*h. t. 5.16*) la que impone tales deberes piadosos. Da igual que los hijos de la madre no sean legítimos (*h. t. 4*) a efectos de que se deban prestar alimentos entre sí (con interpretación muy amplia del término “alimentos” *h.t. 5.12*)<sup>24</sup> o que el hijo sea más independiente por ser militar (*h. t. 5.16*) o que sea incapaz de obrar por ser impúber el hijo emancipado, pero sea pudiente y su padre necesitado (*h. t. 5.13*).

Una segunda parte del senadoconsulto primeramente citado se refería a la suposición de parto, pero el título tercero del libro 25 del Digesto de Justiniano que lo analiza guarda sin embargo silencio respecto de este supuesto. En cambio, Ulp. 24 *ed. D. 25.4.1.10* informa de un edicto pretorio (perfectamente conservado por cierto), previsto para el caso de fallecimiento del marido, en el que se establecen cautelas en interés de los herederos del marido para evitar fraudes con respecto a los partos.

Por otra parte, un célebre rescripto de los *diui Fratres* (los emperadores Marco Aurelio Antonino y Lucio Vero, siglo II d.C.) permitió al marido exigir un régimen de garantías que diera transparencia y certeza al nacimiento previsible de un hijo suyo. El senadoconsulto Planciano no tenía aplicación aquí: La argumentación de Ulpiano a propósito de la consideración del feto como *mulieris portio uel uiscerum* (porción de mujer o de sus vísceras) no debe conducir a pensar en una concepción impersonal del feto por parte de Ulpiano, como se ha pretendido largamente y se puede leer en la mayor parte de las obras doctrinales que hacen referencia a este tema<sup>25</sup>. Por el contrario, la afirmación cobra sentido en el estricto contexto en que se realiza: el de la posibilidad de que la mujer aborte e impida así al marido ser padre de la criatura que aquélla alberga en su vientre. El rescripto en cuestión, a diferencia del senadoconsulto Planciano, obraba en interés del marido no de la mujer. Así, nos parece evidente que en tanto no naciera el feto y pasara a ser independiente de la madre (en este sentido hay que entender –a nuestro juicio- la referencia al concebido como parte de las entrañas maternas), las pretensiones del marido sobre el hijo no podían hacerse efectivas, estableciendo, eso sí, el rescripto en su favor las medidas cautelares que podía exigir para evitar la pérdida del hijo (aunque advirtiendo también al marido de la ilicitud de una actuación temeraria por su parte).

---

<sup>24</sup> Aunque no tan amplia como para comprender también las deudas del otro (*h. t. 5.16*).

<sup>25</sup> Tergiversa completamente Waldstein el sentido de mis palabras, por lo que le devuelvo su acusación de ‘*inciuilis interpretatio*’.

## 7. Legitimación

Como advierte Volterra <sup>26</sup>, la voz '*legitimatio*' sólo aparece en época medieval. En el Texto 28, perteneciente al jurista clásico Marciano, aparece la expresión '*legitime concepti*' ("concebidos legítimamente"). El caso que presenta el fragmento es interesante: se trata de una relación matrimonial ilegítima de una sobrina con su tío materno, desconocedora aquélla de la irregularidad jurídica de su unión, duradera en el tiempo (cuarenta años), prolífica (se alude en tono elogioso y ponderativo al número, aunque sin precisarlo con exactitud) y propiciada -o auspiciada- además por la abuela de ella. En efecto, -como dice el texto- '*omnia concurrunt in unum*' ("todo apunta a una misma cosa"), es decir, todas las circunstancias del caso se orientan en un único sentido, a saber, la estabilidad de la unión que, a su vez, conduce al reconocimiento (que el derecho imperial concede confirmando los hechos) del *status* o condición de legitimidad de la prole ("como si se hubiesen concebido legítimamente").

Como vemos, se trata de un ejemplo de intervención imperial en materia de filiación respecto de casos como el presente que reclaman una solución que –en virtud de sus peculiares circunstancias – no se estima que deba provenir en buena justicia de una aplicación estricta del derecho. Ahí radica la equidad de la solución y por ello el jurista la aprueba en su obra doctrinal. Los hijos, en el caso presente, serían considerados en el derecho clásico '*uulgo concepti*' o '*spuri*' por haber nacido de una relación ilegítima. Resulta entonces evidente que la importancia de la decisión imperial consiste en el efecto equiparador de los hijos surgidos de esa unión con respecto a los hijos legítimos, dejando a un lado la relación cuya ilegitimidad no se pone en duda. En el Bajo Imperio comienza a distinguirse entre los hijos que se denominan '*naturales*', es decir, nacidos de una unión estable no matrimonial (concubinato <sup>27</sup>) y los espurios o *vulgo concepti*, fruto de una relación inestable o esporádica. Los hijos legítimos se designan en la época clásica como *iusti* (en época posterior se afianza el término de *legitimi*). Es clara la contraposición entre "naturales" (de hecho, es decir, al margen de la consideración del derecho) y "legítimos" (de derecho). Esta distinción es importante porque hizo ver de modo diferente la situación en que se hallaban los naturales, fruto de un amor sincero y respeto recíproco en el marco de una relación de compromiso serio de vida en común

---

<sup>26</sup> *Novissimo Digesto Italiano (NNDI)*, v. *Legittimazione dei figli*, IX, Utet, Torino, 1957, 724.

<sup>27</sup> Unión estable no legítima, es decir, y por tanto, no reconocida por el derecho, de un hombre libre con una concubina. A la unión estable de esclavos o del señor con su esclava se le denominaba '*contubernium*'. En ésta última, los hijos eran considerados "naturales" ya en el derecho clásico.

(*'more uxorio'*). Emperadores del Bajo Imperio a partir de Constantino se esfuerzan de modo decidido, por influjo del cristianismo, en abrir vías para la legitimación de los hijos naturales siguiendo la estela trazada de modo casuístico por sus predecesores.

Estas vías de legitimación fueron tres y se enuncian por la doctrina de la siguiente manera:

-*'Per subsequens matrimonium'* ("por posterior matrimonio"), es decir, mediante la exigencia a la pareja de contraer matrimonio regular para legitimar a sus hijos habidos en concubinato)<sup>28</sup>.

-*'Per oblationem curiae'* ("por ofrecimiento a la curia"): los hijos, a cambio de la legitimación, se hacían miembros de la curia o senado de la ciudad o municipio (decuriones) –en otro tiempo funciones ansiadas por su gran prestigio por las aristocracias locales- y responsables de las contribuciones de los ciudadanos o municipales. Para ello necesitaban de un patrimonio suficiente. En realidad era lo único que importaba. Tuvo poca repercusión.

-*'Per rescriptum principis'* ("por rescripto del príncipe"): a partir de época de Justiniano para los casos en que fuera inaplicable la legitimación por posterior matrimonio.

## 8. Conclusiones

Como se ha advertido a lo largo de este trabajo, la concepción de la familia romana resulta de enorme interés hoy. En el seno de una cultura que evoluciona de modo

---

<sup>28</sup> El Código Teodosiano (s. V d. C) trata este tipo de legitimación en el Título 6º del Libro cuarto (*'De naturalibus filiis et matribus eorum'*, = "Los hijos naturales y sus madres") y el Código de Justiniano (s. VI d. C.) en el Título 17.º del Libro quinto (*'De naturalibus liberis et matribus eorum et ex quibus casibus iusti efficiuntur'*, = "Los descendientes libres y sus madres y por qué causas se hacen legítimos"). El Emperador Zenón (C. 5.27.5 a. 477) cita a Constantino (al que dedica este elogio: *'qui ueneranda Christianorum fide Romanum muniuit imperium'*, = "quien fortaleció el imperio romano con la veneranda fe de los cristianos") a propósito de su decisión de considerar como legítimos de modo transitorio a los hijos de un concubinato con mujer ingenua (nacida libre), tenidos ya antes ya después de contraído el matrimonio. Después de diversas constituciones imperiales de emperadores anteriores, Justiniano confirma esta vía a través, entre otras, de la Novela 12.4 (V. Texto 29, que instaura por cierto la llamada "interpretación auténtica" o interpretación que de una ley realiza el propio legislador: *'tamquam legis patres'* = "como padres de la ley"), exigiendo tan sólo la celebración del matrimonio, o lo que es lo mismo, bastando con la redacción del *instrumentum dotale* o documentos de la dote (es decir, la regulación escrita del régimen económico matrimonial).

decidido desde la rígida estructuración patriarcal (siempre, incluso en la época más remota, sometida a límites y controles) hacia un modelo de unión estable de un hombre y de una mujer, destaca la figura del padre por la patria potestad que ejerce sobre sus hijos, cada vez más basada en el amor que en el poder otorgado por costumbres ancestrales. La presencia de la madre se hace progresivamente más patente en la relación con su marido y con sus hijos desde los más diversos puntos de vista (reconocimiento, alimentos, derechos sucesorios,...). Los hijos constituyen uno de los principales fines del matrimonio, destinatarios y oferentes de la *pietas* debida entre todos los miembros de la familia, pero, en cuanto a fines matrimoniales se trata, en el marco de una relación basada en el amor y la fidelidad conyugal de sus padres.

El derecho –es decir, la doctrina jurisprudencial y luego las decisiones imperiales-, movido por profundas convicciones emanadas del asombro de la sociedad ante la fuerza del amor sincero entre un hombre y una mujer, sin olvidar el engendramiento de hijos como función esencial para su perpetuación, orienta sus soluciones sirviéndose de este modelo. La adopción y arrogación lo siguen muy de cerca. La verdad de la filiación, frente a las maniobras fraudulentas de unos y otros producto de la miseria humana, constituye el inexorable norte del que no desvía su paso firme el derecho romano a través de un incesante laboreo casuístico inspirado por una *aequitas* común. De ésta emana precisamente la sensibilidad social y jurídica ante los problemas que plantean las relaciones formalmente irregulares pero presididas por el amor y el compromiso serio de convivencia y de fundar una familia: legitimidad de los hijos, expectativas hereditarias de éstos, etc.

El modelo de familia romano que se ha descrito es un ideal (a menudo desdibujado en la práctica, como sucede hoy por otra parte) con el que el cristianismo se encuentra de manera no discordante (al menos por lo que respecta al amor como fundamento del matrimonio y a la búsqueda de la verdad en la filiación). Los puntos en común son, en efecto, evidentes. Hubo un proceso de convergencia natural entre las concepciones romana y cristiana que permitió que esta última pudiera finalmente introducirse sin violencia. En la relación paterno filial la caridad cristiana, en fin, operó una labor transformadora en la última etapa del derecho romano liquidando los últimos restos, más formales que reales, de rigidez patriarcal.

## FRAGMENTA

1.  
Digesto de Justiniano 50.16.195 (Ulpianus libro quadragensimo sexto ad edictum):  
Pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur. 'Familiae' appellatio qualiter accipiatur, uideamus. et quidem uarie accepta est: nam et in res et in personas d<e>ducitur. in res, ut puta in lege duodecim tabularum his uerbis 'adgnatus proximus familiam habeto'. ad personas autem refertur familiae significatio ita, cum de patrono et liberto loquitur lex: 'ex ea familia', inquit, 'in eam familiam': et hic de singularibus personis legem loqui constat. Familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum aut communi uniuersae 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 uicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps. pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamuis filium non habeat: non enim solam personam eius, sed et ius demonstramus: denique et pupillum patrem familias appellamus. et cum pater familias moritur.

## TEXTOS

### Familia:

Texto número 1: El tenor de una declaración en género masculino comprende por lo general los dos sexos. 1 Cabe preguntarse cómo se entiende la palabra « familia »; y se entiende en distintos sentidos, pues puede referirse a cosas y a personas. A cosas, como, por ejemplo, en la Ley de las XII Tablas cuando dice “que el agnado próximo tenga para sí la familia”. A las personas se refiere cuando la ley habla del patrono y del liberto, al decir “de esa familia” o “a esa familia”, y consta que aquí la ley habla de personas singulares. 2 El término de familia se refiere también a un grupo de personas unidas por un derecho propio de ellas o por el derecho común referido a todo el parentesco. Por derecho propio llamamos familia a una pluralidad de personas que están bajo una misma potestad, sujetas a ella por naturaleza o por derecho, como el jefe de familia, la madre de familia, el hijo y la hija de familia y los sucesivos, como nietos y nietas, etc.. Se llama jefe de familia al que tiene dominio en la casa, y se llama así propiamente aunque no tenga hijo, pues el término no se refiere a sus sola persona, sino a su posición jurídica: también podemos llamar jefe de familia al que es pupilo. Cuando se muere el jefe de familia, los que le estaban sometidos empiezan a constituir distintas familias, y todos empiezan a ser jefes de familia. Lo mismo ocurre con el que es emancipado, pues también éste, al hacerse independiente, tiene su propia familia. Llamamos familia por derecho común a la de todos los agnados, porque, aunque al morir el jefe de familia todos tienen sus propias familias, sin embargo, todos los que estaban sometidos a la misma potestad se pueden llamar propiamente de su familia, pues proceden de la misma casa y linaje. 3 También solemos llamar “familias” a las de servidumbres (conjuntos de esclavos), como mostramos con respecto al título de hurtos donde el pretor habla de la “familia (o servidumbre) de los

appellamus. et cum pater familias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere: singuli enim patrum familiarum nomen subeunt. idemque eueniet 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. Seruitutum quoque solemus appellare familias, ut in edicto praetoris ostendimus sub titulo de furtis, ubi praetor loquitur de familia publicanorum. sed ibi non omnes serui, sed corpus quoddam seruorum demonstratur huius rei causa paratum, hoc est uectigalis causa. alia autem parte edicti omnes serui continentur: ut de hominibus coactis et ui bonorum raptorum, item redhibitoria, si deterior res reddatur emptoris opera aut familiae eius, et interdicto unde ui familiae appellatio omnes seruos comprehendit. sed et filii continentur. Item appellatur familia plurium personarum, quae ab eiusdem ultimi genitoris sanguine proficiscuntur sicuti dicimus familiam Iuliam, quasi a fonte quodam memoriae. Mulier autem familiae suae et caput et finis est.

publicanos". Pero no se refiere a todos los esclavos, sino a un conjunto de esclavos destinados a ese fin, es decir, a la recaudación de contribuciones. En alguna otra parte del edicto la expresión abarca a todos los esclavos, como la acción de cuadrilla o de daños violentos y robos, así como la acción redhibitoria, cuando la cosa <comprada> se devuelve deteriorada por acto del comprador o de "su familia <de esclavos>"; y en el interdicto "de donde con violencia" la palabra "familia" comprende todos los esclavos, pero también los hijos. 4 Asimismo llamamos familia a la de varias personas que proceden del linaje de un primer progenitor, como cuando hablamos de la "familia Julia", (esto es) como personas (nacidas de una misma) fuente. 5 La mujer (independiente) es cabeza y fin de su familia.

2.

Digesto de Justiniano 50.16.196 (Gaius libro

Texto número dos: En la denominación de familia se contiene también el propio jefe de familia. Es manifiesto que los hijos de las mujeres no son de la familia de éstas, ya que quienes nacen siguen la

sexto decimo ad edictum prouinciale): familia del padre.

Familiae appellatione et ipse princeps familiae continetur. Feminarum liberos in familia earum non esse palam est, quia qui nascuntur, patris familiam sequuntur.

3.

D. 1.6.4 (Ulpianus libro primo institutionum):

Nam ciuium Romanorum quidam sunt patres familiarum, alii filii familiarum, quaedam matres familiarum, quaedam filiae familiarum. patres familiarum sunt, qui sunt suae potestatis siue puberes siue impuberes: simili modo matres familiarum: filii familiarum et filiae, quae sunt in aliena potestate. nam qui ex me et uxore mea nascitur, in mea potestate est: item qui ex filio meo et uxore eius nascitur, id est nepos meus et neptis, aequae in mea sunt potestate, et pronepos et proneptis et deinceps ceteri.

Texto número 3: Pues de los ciudadanos romanos unos son jefes de familia, otros hijos de familia, unas son madres de familia, otras hijas de familia. Son jefes de familia los independientes, tanto púberes como impúberes. De modo semejante las madres de familia. Hijos e hijas de familia son los que están sometidos. Ya que el que nace de mí y de mi mujer, está bajo mi potestad. Asimismo, el que nace de mi hijo y de su mujer, es decir, mi nieto y mi nieta, están igualmente bajo mi potestad, y el biznieto y la biznieta, y así todos los demás.

4.

D. 1.6.6 (Ulp. libro nono ad Sabinum): Filium eum definimus, qui ex uiro et uxore eius nascitur. sed si fingamus afuisse maritum uerbi gratia per decennium, reuersum anniculum inuenisse in domo sua, placet nobis Iuliani sententia hunc non esse mariti filium. non tamen ferendum Iulianus ait eum, qui cum uxore sua adsidue moratus nolit

Texto número 4 (= T. número 15): Definimos que es hijo aquel que nace del marido y de su mujer. Pero suponiendo que el marido estuvo ausente, por ejemplo, diez años y que a su vuelta encontró en su casa a un niño de un año, nos convence la opinión de Juliano a saber, que éste no es hijo del marido. No obstante, dice Juliano que no ha de consentirse que aquel que convivió asiduamente con su mujer no quiera reconocer al hijo como si no fuera suyo. Pero me parece -como lo aprueba también Escévola- que, si consta que el marido no ha cohabitado por algún tiempo con su mujer por razón de enfermedad o por



filium adgnosceret quasi non suum. sed mihi uidetur, quod et Scaeuola probat, si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interueniente uel alia causa, uel si ea ualeitudine pater familias fuit ut generare non possit, hunc, qui in domo natus est, licet uicinis scientibus, filium non esse.

otra causa, o que si el jefe de familia tuvo tal enfermedad que no pudiera engendrar, éste que nació en su casa, aunque lo sepan los vecinos de él, no es hijo suyo.

5.

D. 1.7.1 (Modestinus libro secundo regularum): Filios familias non solum natura, uerum et adoptiones faciunt. Quod adoptionis nomen est quidem generale, in duas autem species diuiditur, quarum altera adoptio similiter dicitur, altera adrogatio. adoptantur filii familias, adrogantur qui sui iuris sunt.

Texto número 5: No sólo la naturaleza hace hijos de familia, sino también las adopciones. El término "adopción" es ciertamente el genérico y se divide en dos clases, una de las cuales se llama igualmente "adopción" y otra "arrogación". Son adoptados los que son hijos de familia; son arrogados los independientes.

#### **Tollere liberos:**

6.

Plautus (Truculentus vv. 399-400) : si quod peperissem id <non> necarem ac tollerem, bona sua me habiturum omnia [esse].

Texto número 6: Que yo habría de tener todo su patrimonio si lo que yo (es decir, la madre) diera a luz no lo matara y lo levantara (¿"lo tuviera"?, ¿"lo reconociera"?).

7.

Tacitus (De vita Iulii Agricolae 6.12): ...nam filium ante sublatum breui amisit.

Texto número 7: ... pues perdió poco después el hijo que había tenido antes (¿que había reconocido?).

8.

Diplomata: Nomina speculatorum qui in praetorio meo militaverunt ...subieci quibus fortiter et pie militia functis ius tribuo conubi dumtaxat cum singulis et primis uxoribus, ut etiam si peregrini iuris feminas matrimonio suo iunxerint, proinde liberos tollant, ac si duobus civibus Romanis natos.

Texto número 8: Referí los nombres de los soldados de guardia personal (*speculatores*) que sirvieron en mi pretorio, a quienes, habiendo prestado sus servicios con firmeza y lealtad, les concedo el derecho a contraer matrimonio legítimo con las primeras mujeres a las que se unan, de forma que si lo hacen con mujeres sometidas a derecho extranjero, tengan (¿reconozcan?) sus hijos como si hubieran nacido de dos ciudadanos romanos.

9.

Gaius 1.57: Unde <et> ueteranis quibusdam concedi solet principalibus constitutionibus conubium cum his Latinis peregrinisue, quas primas post missionem uxores duxerint; et qui ex eo matrimonio nascuntur, et ciues Romani et in potestatem parentum fiunt.

Texto número 9: De aquí también suele concederse a algunos veteranos, a través de constituciones imperiales, el conubio con las primeras mujeres latinas o peregrinas con las que se casen después de su licenciamiento y quienes nacen de ese matrimonio se hacen ciudadanos romanos sometidos a la potestad de sus padres.

10.

D.1.6.8 (Ulp. libro uicensimo sexto ad Sabinum): Patre furioso liberi nihilominus in patris sui potestate sunt: idem et in omnibus est parentibus, qui habent liberos in potestate. nam cum ius potestatis moribus sit receptum nec possit desinere 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, quos ante

Texto número 10: Los descendientes de un padre con enajenación mental siguen no obstante bajo su potestad. Lo mismo ocurre con todos los ascendientes que tienen descendientes bajo su potestad. Como el derecho de potestad fue introducido por la costumbre y no puede uno dejar de tener bajo su potestad a los que están en ella, salvo que los descendientes hubieran salido de la misma por las causas acostumbradas, no puede haber duda de que aquéllos permanecen bajo su potestad. Por lo cual, no sólo tendrá bajo potestad a los hijos que engendró antes de la enajenación mental, sino también a los concebidos antes de ésta y nacidos durante la enajenación mental. Pero si su mujer

furorem genuit, uerum et si qui ante furorem concepti in furore editi sunt. sed et si in furore agente eo uxor concipiat, uidendum an in potestate eius nascatur filius: nam furiosus licet uxorem ducere non possit, retinere tamen matrimonium potest: quod cum 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 furebat 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 uoluntatis reliquiis in furiosis manentibus: nam cum consistat matrimonium altero furente, consistet et utroque. Adeo autem retinet ius potestatis pater furiosus, ut et adquiratur illi commodum eius, quod filius adquisiuit.

concibe durante la enajenación mental de él, hay que ver si el hijo nace bajo la potestad de aquél, puesto que aunque el enajenado mental no pueda casarse, puede sin embargo, retener su matrimonio. Así las cosas, tendrá el hijo bajo su potestad. Por consiguiente, también si la mujer se enajena mentalmente, el que concibió antes nacerá bajo potestad del padre. También el concebido durante la enajenación mental de ella, si el padre no era enajenado mental, nacerá sin duda bajo la potestad, porque se retiene el matrimonio. Pero incluso si ambos, marido y mujer, se enajenan mentalmente y ella concibe, la criatura nace bajo la potestad de su padre, como si en los enajenados mentales quedaran restos de voluntad, ya que si subsiste el matrimonio con uno de ellos enajenado, subsistirá también si se enajenan ambos. De tal modo retiene el padre enajenado el derecho de potestad, que adquiere también para sí el provecho que su hijo obtenga.

11.

D.25.4.1.1 (Ulp. Ulpianus libro uicesimo quarto ad edictum). Temporibus diuorum fratrum cum hoc incidisset, ut maritus quidem praegnatem mulierem diceret, uxor negaret, consulti Valerio Prisciano praetori urbano rescripserunt in haec uerba: 'Nouam rem desiderare Rutilius Seuerus uidetur, ut uxori, quae ab eo diuerterat et se non esse praegnatem profiteatur, custodem apponat, et ideo nemo mirabitur, si nos quoque nouum consilium et remedium suggeramus. igitur s<i> perstat in eadem postulatione,

Texto número 11: Habiendo ocurrido en tiempo de los divinos Hermanos (los Emperadores Marco Aurelio Antonino y Lucio Vero), que un marido decía que su mujer estaba embarazada y que la mujer lo negaba, consultados sobre el particular respondieron por escrito al pretor urbano Valerio Prisciano en estos términos: "Parece que Rutilio Severo desea una cosa nueva, que a la mujer, que de él se había divorciado y que asegura que no estar embarazada, se le ponga guarda; y por esto nadie se admirará si también nosotros damos nuevo consejo y remedio. Así pues, si persiste en la misma petición, es lo más conveniente que se elija la casa de una mujer muy honesta, a la cual vaya Domicia; y que allí la inspeccionen tres comadronas probadas tanto por sus conocimientos como por su integridad, que por ti

commodissimum est eligi honestissimae feminae domum, in qua Domitia ueniat, et ibi tres obstetrices probatae et artis et fidei, quae a te adsumptae fuerint, eam inspiciant. et si quidem uel omnes uel duae renuntiauerint praegnatem uideri, tunc persuadendum mulieri erit, ut perinde custodem admittat atque si ipsa hoc desiderasset: quod si enixa non fuerit, sciat maritus ad inuidiam existimationemque suam pertinere, ut non immerito possit uideri captasse hoc ad aliquam mulieris iniuriam. si autem uel omnes uel plures non esse grauidam renuntiauerint, nulla causa custodiendi erit'. Ex hoc rescripto euidentissime apparet senatus consulta de liberis agnoscendis locum non habuisse, si mulier dissimularet se praegnatem uel etiam negaret, nec immerito: partus enim antequam edatur, mulieris portio est uel uiscerum. post editum plane partum a muliere iam potest maritus iure suo filium per interdictum desiderare aut exhiberi si<bi> aut ducere permitti. extra ordinem igitur princeps in causa necessaria subuenit. Secundum quod rescriptum euocari mulier ad praetorem poterit et apud eum interrogari, an se putet praegnatem, cogendaque erit respondere. Quid ergo, si non responderit aut non ueniat ad praetorem? numquid senatus consulti poenam adhibemus, scilicet ut liceat marito non agnoscere? sed finge non esse eo contentum maritum, qui se patrem potius optet quam carere filio uelit. cogenda igitur erit remediis praetoris et in ius uenire et, si uenit, respondere: pignoraque eius

hayan sido escogidas; y si verdaderamente o todas o dos manifestaran que parece embarazada, entonces se habrá de persuadir a la mujer para que admita la guarda lo mismo que si ella lo hubiese pedido. Pero si no diese a luz, sepa el marido que esto tiene que ver con su mala voluntad y con su estimación, de modo que no sin motivo pueda considerarse que ha ideado esto para causar algún tipo de injuria a la mujer; pero si o todas o varias manifiestan que no está embarazada, no habrá causa alguna para custodiarla". 1. Aparece evidéntísimamente de este rescripto que los senadoconsultos sobre reconocimiento de hijos no tuvieron aplicación si la mujer disimulase que estaba embarazada o aun si lo negase; y no sin razón, porque el feto, antes de que se dé a luz, es parte de la mujer o de sus entrañas; pero, después de haber sido dado a luz el feto por la mujer, ya puede el marido pretender por derecho propio a través de interdicto o que se le exhiba el hijo o que se le permita llevárselo. Así pues, el príncipe auxilia en caso necesario por vía extraordinaria. 2. Según este rescripto, la mujer podrá ser llamada ante el pretor y ser interrogada ante él si se cree embarazada, y estará obligada a responder. 3. Pero, ¿qué hay si no responde o si no comparece ante el pretor? ¿Aplicaremos acaso la pena del senadoconsulto para que le sea lícito al marido no reconocer el hijo? Pero imagina que con esto no se satisface al marido, que más desea ser padre que carecer de hijo. Habrá, pues, de ser obligada con los recursos del pretor a acudir ante el magistrado y a responder una vez presente. Se le habrán de tomar y vender prendas, si no obedece o incluso se le impondrán multas. 4. ¿Qué hay pues si, interrogada, dice estar embarazada? Se seguirá el orden expuesto por los senadoconsultos; pero si lo niega, entonces, conforme a este rescripto, el pretor deberá designar las comadronas. 5. Y es de notar que no se permite al marido o a la mujer nombrar comadrona sino que todas han de ser nombradas por el pretor. 6. Además debe el pretor elegir la casa de una matrona honesta a la que vaya la mujer para que pueda ser inspeccionada.

capienda et distrahenda, si contemnat, uel multis coercenda. Quid ergo, si interrogata dixerit se praegnatem? ordo senatus consultis expositus sequetur. quod si negauerit, tunc secundum hoc rescriptum praetor debet obstetrices adhibere. Et notandum, quod non permittitur marito uel mulieri obstetricem adhibere, sed omnes a praetore adhibendae sunt. Item praetor domum honestae matronae eligere debet, in qua mulier ueniat, ut possit inspici.(...)

12.  
D.22.3.29 (Scaeuola libro nono digestorum): Imperatores Antoninus et Uerus Augusti Claudio Apolinari rescripserunt in haec uerba: 'Probationes, quae de filiis dantur, non in sola adfirmatione testium consistunt, sed et epistulae, quae uxoribus missae allegarentur, si de fide eorum constat, nonnullam uicem instrumentorum optinere decretum est'. Mulier grauida repudiata, filium enixa, absente marito ut spurium in actis professam est. quaesitum est an is in potestate patris sit et matre intestata mortua iussu eius hereditatem matris adire possit nec obsit professio a matre irata facta. respondit, ueritati locum superfore.

Texto número 12: Los emperadores Antonino y Vero, Augustos, respondieron por rescripto a Claudio Apolinar en estos términos: "Está decretado que las pruebas que se dan respecto a los hijos no consisten en la sola afirmación de los testigos sino que también las cartas que se alegaren como enviadas a las mujeres, si consta su autenticidad, tienen alguna fuerza de instrumentos <probatorios>". 1. Repudiada una mujer embarazada, habiendo dado a luz a un hijo y estando ausente su marido, lo declaró en las actas como espurio. Se preguntó si estaría él bajo la potestad de su padre y podría, muerta intestada su madre, aceptar con autorización de él la herencia de la madre sin que lo impidiera la declaración hecha por su madre ofendida. Respondió que habría de prevalecer la verdad.

13.

D. 40.4.29 (Scaeuola libro uicensimo tertio digestorum): Uxorem praegnatem repudiauerat et aliam duxerat: prior enixa filium exposuit: hic sublatus ab alio educatus est nomine patris uocitatus usque: ad uitae tempus patris tam ab eo quam a matre, an uiuorum numero esset, ignorabatur: mortuo patre testamentoque eius, quo filius neque exheredatus neque heres institutus sit, recitato filius et a matre et ab auia paterna adgnitus hereditatem patris ab intestato quasi legitimus possidet. quaesitum est, hi qui testamento libertatem acceperunt utrum liberi an serui sint. respondit filium quidem nihil praeiudicii passum fuisse, si pater eum ignorauit, et ideo, cum in potestate et ignorantis patris esset, testamentum non ualere. serui autem manumissi si per quinquennium in libertate morati sunt, semel datam libertatem infirmari contrarium studium fauore libertatis est.

Texto número 13: Uno había repudiado a su mujer embarazada y tomado otra. La primera, habiendo dado a luz, abandonó al hijo. Recogido éste, fue educado por otro, llamándosele por el nombre de su padre. Hasta el término de la vida del padre se ignoró, tanto por éste como por la madre, si estaba vivo. Muerto el padre y leído su testamento en el que ni había sido desheredado ni instituido heredero el hijo, habiendo sido reconocido el hijo tanto por la madre como por la abuela paterna, posee ab intestato la herencia del padre en condición de legítimo. Se preguntó si serían libres los esclavos que por el testamento recibieron la libertad. Respondió que de ningún modo le afectaba al hijo negativamente el hecho de que su padre no supiera de él y que, en consecuencia, habiendo estado bajo la potestad de su padre, aun ignorándolo éste, no era válido el testamento. Pero, si los esclavos manumitidos permanecieron en libertad durante un quinquenio, el que se invalidase la libertad una vez dada sería ir en contra del <exigible> favor a la libertad.

14.

D. 23.4.27 (Papinianus libro primo definitionum): Si liberis sublatis reuersa post iurgium per dissimulationem mulier ueluti uenali concordio ne dotata sit conueniat, conuentio secundum ordinem rei gestae moribus improbanda est.

Texto número 14. Si, tenidos los hijos, una mujer que ha vuelto después de la separación convenga fingidamente estar sin dote, como por precio de la reconciliación, el convenio –según se desprende de lo que se ha llevado a cabo- se ha de desaprobare por las costumbres.

15.

D. 1.6.6 (Ulp. libro nono ad Sabinum): Filium eum definimus, qui ex uiro et uxore eius nascitur. sed si fingamus afuisse maritum uerbi gratia per decennium, reuersum anniculum inuenisse in domo sua, placet nobis Iuliani sententia hunc non esse mariti filium. non tamen ferendum Iulianus ait eum, qui cum uxore sua adsidue moratus nolit filium adgnosceri quasi non suum. sed mihi uidetur, quod et Scaeuola probat, si constat maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interueniente uel alia causa, uel si ea ualeitudine pater familias fuit ut generare non possit, hunc, qui in domo natus est, licet uicinis scientibus, filium non esse.

**Pruebas y reglas de paternidad:**

Texto número 15 (=Texto número 4): Definimos que es hijo aquel que nace del marido y de su mujer. Pero suponiendo que el marido estuvo ausente, por ejemplo, diez años y que a su vuelta encontró en su casa a un niño de un año, nos convence la opinión de Juliano a saber, que éste no es hijo del marido. No obstante, dice Juliano que no ha de consentirse que aquel que convivió asiduamente con su mujer no quiera reconocer al hijo como si no fuera suyo. Pero me parece -como lo aprueba también Escévola- que, si consta que el marido no ha cohabitado por algún tiempo con su mujer por razón de enfermedad o por otra causa, o que si el jefe de familia tuvo tal enfermedad que no pudiera engendrar, éste que nació en su casa, aunque lo sepan los vecinos de él, no es hijo suyo.

16.

D.22.3.29 (vid. supra)

Texto número 16: ver supra.

17.

D. 2.4.5 (Paulus libro quarto ad edictum): quia semper certa est, etiam si uolgo conceperit: pater uero is est, quem nuptiae demonstrant.

Texto número 17: Porque siempre es cierta, aunque hubiere concebido del vulgo; pero padre es el que demuestran las nupcias.

18.

Ulp. IV.2: Qui matre quidem certa, patre autem incerto nati sunt, spurii appellantur.

Texto número 18: Quienes han nacido de madre cierta pero de padre incierto se denominan espurios.

19.

D.1.5.19 (Celsus libro uicensimo nono digestorum): Cum legitimae nuptiae factae sint, patrem liberi sequuntur: uolgo quaesitus matrem sequitur.

Texto número 19: Cuando se hayan celebrado legítimas nupcias, los hijos siguen al padre; el concebido del vulgo sigue a la madre.

20.

Gaius 1.56: <lustas autem nuptias contraxisse liberosque iis procreatos in potestate habere ciues Romani ita intelleguntur,> si ciues Romanas uxores duxerint uel etiam Latinas peregrinasue, cum quibus conubium habeant: cum enim conubium id efficiat, ut liberi patris condicionem sequantur, euenit, ut non <solum> ciues Romani fiant, sed et in potestate patris sint.

Texto número 20: Se considera que los ciudadanos romanos han contraído justas nupcias y que tienen bajo su potestad a los hijos procreados por ellos cuando se han casado con ciudadanas romanas o incluso latinas o peregrinas con las que tengan conubio. Pues, resultando del conubio que los hijos siguen la condición de su padre, sucede que no sólo se hacen ciudadanos romanos sino que se colocan bajo la potestad de su padre.

**Tiempo:**

21.

D. 1.5.12 (Paulus libro nono decimo responsorum): Septimo mense nasci perfectum partum iam receptum est propter auctoritatem doctissimi uiri Hippocratis: et

Texto número 21: Está ya recibido por razón de la autoridad del doctísimo varón Hipócrates que es feto perfecto el que nace al séptimo mes y por eso se ha de creer que el que nació de justas nupcias al séptimo mes es hijo legítimo.



ideo credendum est eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse.

22.

D. 38.16.3.11-12 (Ulp. quarto decimo ad Sabinum): 11 Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem. 12 De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit et diuus Pius pontificibus rescripsit iusto tempore uideri natum, nec uideri in seruitutem conceptum, cum mater ipsius ante centesimum octogesium secundum diem esset manumissa.

Texto número 22: 11. El nacido después de diez meses de la muerte no será admitido a la herencia legítima. 12. Pero, respecto al que nació a los 182 días, escribió Hipócrates y respondió por rescripto a los pontífices el divino Pío que se considera que nació en tiempo legítimo y que, por el hecho de que su madre hubiese sido manumitada antes de los 182 días, no se considera que fue concebido en esclavitud.

23.

D. 28.2.29 pr. (Scaeuola libro sexto quaestionum): Gallus sic posse institui postumos nepotes induxit: 'Si filius meus uiuio me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos siue quae neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus nata erit, heredes sunt'.

Texto número 23: <El jurista Aquilio> Galo fue quien introdujo que los nietos póstumos pudieran ser instituidos de la siguiente manera: "Si mi hijo muriese estando yo vivo, entonces, si de él hubiera nacido un nieto o una nieta después de mi muerte en los diez meses inmediatos a cuando muriese mi hijo, el nacido o la nacida sean herederos".

24.

Sententiae Pauli 4.9.5: Septimo mense natus matri prodest: ratio enim Pythagoraei numeri hoc videtur admittere, ut aut septimo pleno aut decimo mense partus maturior uideatur.

Texto número 24: El nacido al séptimo mes beneficia a la madre: en efecto, el criterio adoptado por el número pitagórico parece admitir el hecho de que se considere como feto muy maduro el nacido al séptimo mes completo o al décimo mes.

25.

Gellius Noctes Atticae 3.16.12-13: 12 Praeterea ego de partu humano, praeterquam quae scripta in libris legi, hoc quoque usu uenisse Romae 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 decemuirum in decem mensibus gigni hominem, non in undecimo scripsissent; sed diuum Hadrianum causa cognita decreuisse in undecimo quoque mense partum edi posse; idque ipsum eius rei decretum nos legimus. In eo decreto Hadrianus id statuere se dicit requisitis ueterum philosophorum et medicorum sententiis. 12 Hodie quoque in satura forte M. Varronis legimus, quae inscribitur Testamentum, uerba haec: 'Si quis mihi filius unus pluresue in decem mensibus gignantur, ii, si erunt \(\nu\omicron\iota\ \lambda\prime\rho\alpha\omega\), exheredes sunto; quod si quis undecimo mense κατ\prime\ \epsilon\ \text{Αριστοτ}\prime\lambda\eta\nu\ natus est, Attio

Texto número 25: Aparte de cuanto he encontrado en los libros a propósito del parto humano, descubrí el siguiente caso que ha sucedido en Roma: una mujer de costumbres buenas y honestas y de pudor sin tacha dio a luz al undécimo mes después de la muerte del marido y, a causa de este lapso de tiempo, fue acusada de haber concebido después de la muerte del marido, puesto que los decenviros habían escrito que en diez meses y no en once se engendra a un ser humano. Pero el divino Adriano, habiendo discutido la causa, estableció que era posible un parto al undécimo mes; y yo mismo he leído el decreto relativo a este asunto. En este decreto, Adriano dice haber tomado esta decisión después de haber consultado los escritos de los antiguos filósofos y el parecer de los médicos. Hoy incluso he leído por casualidad, en una sátira de Marco Varrón que se titula "Testamento", las siguientes palabras: "Si uno o más hijos me nacen al décimo mes, en caso de que sean "asnos para la música" (necios), los desheredaré; si alguno ha nacido al décimo mes, "al modo de Aristóteles", me dará igual Atio que Ticio [Fulano que Mengano]". Con este dicho antiguo, al igual que corrientemente se había solido decir de cosas que no diferían en nada entre sí, lo que quiere decir Varrón es: "lo mismo Atio que Ticio", o sea que son tan iguales y de idéntica posición jurídica los que han nacido al décimo mes como los que lo han hecho al undécimo.

κατ' Ἀριστοτῆλιν natus est, Attio idem, quod Tettio, ius esto apud me.' Per hoc uetus prouerbium Varro significat, sicuti uulgo dici solitum erat de rebus nihil inter sese distantibus: 'idem Atti, quod Tetti', ita pari eodemque iure esse in decem mensibus natos et in undecim.

#### Acciones de filiación:

26.

D. 25.3.1 (Ulpianus libro trigesimo quarto ad edictum): Senatus consultum, quod factum est de liberis agnoscendis, duas species complectitur, unam eorum qui agnoscunt, aliam eorum quae falsum partum subiciunt. Permittit igitur mulieri parentiue in cuius potestate est uel ei cui mandatum ab eis est, si <se> putet praegnantem, denuntiare intra dies triginta post diuertium connumerandos ipsi marito uel parenti in cuius potestate est, aut domum denuntiare, si nullius eorum c<om>piam habeat. Domum accipere debemus hospitium, si in ciuitate maneat: quod si non sit, sed in uilla uel in municipio, illic ubi larem matrimonio collocarent: Denuntiare autem hoc tantum esse mulierem ex eo praegnantem. non ergo hoc denuntiat, ut mittat custodes maritus: sufficit enim mulieri hoc notum facere, quod sit praegnas. mariti est iam aut mittere custodes aut ei denuntiare, quod non sit ex se praegnas: hoc autem uel ipsi marito uel alii nomine eius facere permittitur. Poena autem mariti ea est, ut, nisi aut custodes praemiserit aut contra

Texto número 26: El senadoconsulto que se hizo sobre el reconocimiento de los hijos comprende dos casos, uno, relativo a los que reconocen y otro referente a los que suponen un parto falso. 1. En consecuencia, permite a la mujer, o al ascendiente bajo cuya potestad está, o aquel a quien por ellos se le mandó, si se creyera embarazada, que notifique, dentro de los treinta días siguientes al divorcio, al mismo marido o al ascendiente bajo cuya potestad está o que lo notifique en su casa, si no tuviera posibilidad de hacérselo saber a ninguno de éstos. 2. Por casa debemos entender su habitación, si residiera en la ciudad, pero si no estuviera en ella, sino en una casa de campo o en un municipio, el lugar en donde durante el matrimonio hubiesen establecido su hogar. 3. Pero debe notificar solamente esto, que la mujer está embarazada de él. No hace, por tanto, la notificación para que el marido envíe guardas, porque le basta a la mujer hacer saber que está embarazada y al marido corresponde entonces enviar guardas o notificarle a ella que no está embarazada de él. Esto se permite que lo haga el propio marido u otro en su nombre. 4. Ahora bien, el castigo del marido consiste en que si no hubiere enviado guardas o no hubiere manifestado en contra que ella no estaba embarazada de él, el marido resulta obligado a reconocer el parto; y si no lo reconociera, es castigado con pena extraordinaria. Así pues, deberá responder o deberá responderse en su nombre que no está embarazada de él. Y si así se hubiere hecho, no tendrá necesidad de reconocerlo de otra forma que si verdaderamente fuera su hijo. 5. Hay que advertir que la notificación no comienza por

custodes praemiserit aut contra denuntiauerit non esse ex se praegnatem, cogatur maritus partum agnoscere: et, si non agnouerit, extra ordinem coercetur. debebit igitur respondere non esse ex se praegnatem aut nomine eius responderi: quod si factum fuerit, non alias necesse habebit agnoscere, nisi uere filius fuerit. Illud notandum est, quod denuntiatio a marito non incipit, sed a muliere: Sed si maritus ultro custodes offerat et ea non admittat, uel si non denuntiauerit mulier, aut si denuntiauerit quidem, custodes autem arbitrio iudicis non admiserit, liberum est marito parentiue eius partum non agnoscere. (...).

el marido sino por la mujer. 6. Pero si el marido ofreciese voluntariamente guardas y ella no los admitiera, o si la mujer no hubiere hecho la notificación, o si verdaderamente la hubiera hecho pero no hubiere admitido guardas a arbitrio del juez, tiene libertad el marido o su ascendiente para no reconocer el feto.

27.

D. 25.4.4 (Paulus libro secundo sententiarum): Necare uidetur non tantum is qui partum p<rae>focat, sed et is qui abicit et qui alimonia denegat et is qui publicis locis misericordiae causa exponit, quam ipse non habet.

Texto número 27: No sólo parece que mata aquel que ahoga al feto sino el que lo arroja y el que le niega alimentos y el que lo abandona en lugares públicos por causa de misericordia de la que él mismo carece.

#### **Legitimación imperial:**

28.

D. 23.2.57 (Marcianus libro secundo institutionum): Qui in prouincia officium aliquid gerit, prohibetur etiam consentire filio suo uxorem ducenti. In libro secundo de adulteriis Papiniani Marcianus notat: Diuus

Texto número 28: Al que desempeñare algún cargo en una provincia también se le prohíbe que dé su consentimiento a su hijo para que tome mujer. 1. En el libro segundo de Papiniano sobre los adulterios anota Marciano: los divinos Marco y Lucio, Emperadores, respondieron por rescripto a Flavia Tértula por medio de su liberto agrimensor en estos términos: "Nos inclinamos a tu favor por la larga

Marcus et Lucius imperatores Flaviae Tertullae per mensorem libertum ita rescripserunt: 'Mouemur et temporis diuturnitate, quo ignara iuris in matrimonio auunculi tui fuisti, et quod ab auia tua collocata es, et numero liberorum uestrorum: idcircoque cum haec omnia in unum concurrunt, confirmamus statum liberorum uestrorum in eo matrimonio quaesitorum, quod ante annos quadraginta contractum est, perinde atque si legitime concepti fuissent'.

duración del tiempo que ignorando el derecho permaneciste en matrimonio con tu tío materno, por el hecho de que fuiste casada por tu abuela y por el número de vuestros hijos. En consecuencia, como todo apunta a una misma cosa, confirmamos el estado de vuestros hijos habidos en este matrimonio que se contrajo hace cuarenta años como si hubiesen sido concebidos legítimamente".

29.

Iustiniani Nov. 12.4: Dubitatum itaque in quibusdam gentibus etiam aliquid de legitimis filiis ex nostra constitutione factis, existimavimus recte se habere nos tamquam legis patres et adicere ei et solvere dubitationem. Etenim cum tali intellectu ab initio legem posuimus. Nam etsi legitimorum quisquam sit pater, et abeunte eius uxore ex hominibus aut etiam legitime transigente, habuerit quandam consuetudinem ad aliam mulierem, quam licebat etiam legitime ducere uxorem et fuerint ei filii ante dotalia documenta, si tamen ea fecit, aut etiam postea, vel etiam soli maneant ante dotalia filii, secundis autem non procreatis aut etiam postquam nati sunt morientibus, existimaverunt quidam, non posse secundos esse legitimos quoniam praeesistant ex priori coniuge alii legitimi et proprii filii. Quod nullam rectam et

Texto número 29: Habiéndose dudado entre ciertas gentes también sobre alguna cosa respecto a los hijos hechos legítimos por nuestra constitución, hemos estimado que era conveniente que nosotros, como padres de la ley, le añadiéramos alguna cosa y resolviéramos la duda. Porque con este sentido publicamos en un principio la ley. Pues aunque uno fuera padre de hijos legítimos y falleciendo su mujer, o aun disolviéndose legítimamente el matrimonio, hubiere tenido cierto trato con otra mujer que también le era lícito tomarla legítimamente por mujer y él hubiera tenido hijos antes de otorgar los documentos dotales, si es que los otorgó, o aún después, o también si sólo quedaran los hijos habidos antes de los instrumentos dotales, no habiéndose procreado después otros, o aún habiendo fallecido después que nacieron, estimaron algunos que no podían ser legítimos los segundos, porque existen otros hijos legítimos y propios habidos de la anterior mujer. Lo que no tiene ninguna recta y consecuente concordancia. Porque si a tales hijos, los declaramos nosotros legítimos y propios, habiéndonos contentado con la otorgación de los documentos dotales, siendo los primeros también legítimos, muere también legítimo el padre para todos, así para los que lo son de la primera como para los de la segunda mujer, aunque hayan sido procreados antes de otorgarse los

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 etiam pater moritur, et iis, quis 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 suam sobolem, ut tamen non offendat in aliquo leges, quae mensura certa successionis omnes filios vocat. Venient igitur etiam ab intestato et ex testamento (sicut et pater et lex permittit) proprii existentes atque legitimi, alterutrisque succedent. Quid 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 ?

documentos dotales y con posterioridad a ellos no haya nacido ninguno después de otorgado el documento de la dote, o habiendo nacido muerto, y la ley le concediera licencia para testar respecto a su prole del modo que quiera, con tal, sin embargo, que no contaría en algo las leyes que según cierta medida llaman a todos los hijos a la sucesión. Vendrán, pues, tanto ab intestato como por testamento (conforme a lo dispuesto por el padre y por la ley), siendo de derecho propio y legítimos y se sucederán unos a otros. Porque ¿qué otra cosa determinamos, cuando la denominación de legítimos y de suyos basta para mostrar a los que están bajo potestad y para darles, aun contra testamento, lo que las leyes conceden y todo lo que corresponde a tal denominación?

### **Derecho positivo actual:**

30.

### Código Civil español:

#### **Artículo 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.

#### **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.

#### **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.

### **Artículo 118**

Aun faltando la presunción de paternidad del marido por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos.

31.

#### Código Civil francés:

Art. 311 La loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour, inclusivement, avant la date de la naissance.

La conception est présumée avoir eu lieu à un moment quelconque de cette période, suivant ce qui est demandé dans l'intérêt de l'enfant.

La preuve contraire est recevable pour combattre ces présomptions.

Art. 312 L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari.

Néanmoins, celui-ci pourra désavouer l'enfant en justice, s'il justifie de faits propres à démontrer qu'il ne peut pas en être le père.

Art. 313. En cas de jugement ou même de demande, soit de divorce, soit de séparation de corps, la présomption de paternité ne



s'applique pas à l'enfant né plus de trois cents jours après l'ordonnance autorisant les époux à résider séparément, et moins de cent quatre-vingt jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation.

La présomption de paternité retrouve, néanmoins, de plein droit, sa force si l'enfant, à l'égard des époux, a la possession d'état d'enfant légitime.