

LA *RESTITUTIO NATALIUM* ROMANA, PRECEDENTE DE LAS DISPENSAS CANÓNICAS OBTENIDAS POR ALONSO ANTONIO DE SAN MARTÍN ENTRE 1658 Y 1675

RESUMEN

Alonso de San Martín, hijo ilegítimo de Felipe IV, procreado de madre soltera, fue promovido a órdenes sagradas entre 1658 y 1675, desde la tonsura al episcopado, e investido de diferentes beneficios eclesiásticos, con mayor relevancia como abad de Alcalá la Real (Jaén), y más tarde, en 1675, al obispado de Oviedo, aunque finalmente su hermanastro Carlos II lo promovió a la mitra de Cuenca, en 1681. En su calidad de hijo ilegítimo precisó de la dispensa canónica para recibir la ordenación. Inicialmente le fue otorgada por su obispo diocesano, pero más tarde tuvo que recurrir a la autoridad pontificia, que se la concedió reiteradamente hasta la consagración episcopal, mostrándose la relación de este privilegio papal con el instituto del Derecho romano conocido como la *restitutio natalium*, en cuanto precedente histórico-jurídico.

Palabras clave: Ilegitimidad, dispensa, episcopado, Derecho romano, Derecho canónico, siglo XVII, Alonso de San Martín.

ABSTRACT

Alonso of St Martin, illegitimate child of Philip IV, procreated of single mother, was promoted to sacred orders between 1658 and 1675, from the tonsure to the episcopate, and ungarment of different ecclesiastic benefits, with major relevancy as abbot of Alcala la Real (Jaen), and later, in 1675, to the bishopric of Oviedo, though finally his step-brother Carlos II promoted it to the miter of Cuenca, in 1681. In his illegitimate child's quality it was necessary the canonical dispensation to receive the arrangement. Initially he was given by his diocesan bishop, but later had to resort to papal authority which granted it repeatedly until the episcopal consecration, showing the relationship of this papal privilege with the Institute of Roman law known as *natalium restitutio* in as historical and legal precedent.

Keywords: illegitimacy, dispensation, episcopate, Roman law, Canon Law, 17th century, Alonso de San Martín.

En estas páginas realizamos un estudio sumario de un instituto del Derecho clásico romano, como precedente histórico-jurídico que explica la configuración de la dispensa canónica, a la que tuvo que acogerse reiteradamente un vástago ilegítimo del monarca español, nominado Alonso Antonio de San Martín, para poder acceder a las órdenes sagradas, en cuanto era un requisito *sine qua non*, exigido por el Derecho canónico, dadas las circunstancias personales del hijo de Felipe IV, y que se conoce como «dispensa de la irregularidad proveniente del defecto de nacimiento»¹.

El personaje que nos ocupa era hijo procreado de una unión carnal entre un casado y una soltera, el rey de España y Tomasa María de Aldana y Noroña, incapaces de contraer matrimonio en el momento de la concepción, durante la gestación y el parto, viniendo al mundo en el Casón del Buen Retiro (Madrid), el 12 de diciembre de 1642, porque seguía plenamente vigente el justo matrimonio del rey con su esposa legítima en aquel momento, Isabel de Borbón.

Así lo reconocen los testigos del proceso consistorial ovetense, tramitado para su nombramiento como prelado titular de la Mitra asturiana, comenzando por el contador Juan de Villalta, quien no duda en declarar ante el nuncio en Madrid: «es bixo de casado y de muxer soltera, i no puede decir como se llamaron sus padres en atención a la grandeza y estado del padre». Zuazo y Contreras reitera esas mismas palabras, aseverando «no puede decir sus nombres ni calidad por la gravedad de los suxetos», y finaliza un tercer testigo, apellidado Ramírez de Arellano, quien afirma: «es bixo de casado y soltera que por el respecto que debe tener a el padre no nombra quienes fueron»².

Por otro lado, el vástago ilegítimo no fue legitimado por el monarca, ni tampoco reconocido públicamente de manera explícita, a diferencia del comportamiento que mostró respecto de otro descendiente, engendrado previamente en similares circunstancias, el cual gozó de este privilegio, desde la primavera de 1642, año del nacimiento de San Martín, al venir reconocido por el padre biológico de modo público y solemne, lo que le permitió además de un relevante *status* personal y social, una importante carrera política, hasta llegar al cargo de primer ministro de la monarquía: Juan José de Austria.

1 Por lo que se refiere a las cualidades necesarias que debía tener el candidato a obispo, aparte de la edad superior a los treinta años cumplidos, exigía el Concilio de Trento haber nacido de legítimo matrimonio, Ses. XXII, cn. 2 de reformat.: «... *is non solum natalibus, aetate, moribus, vita et aliis, quae a sacris canonibus requiruntur, plene sit praeditus...*». Cf. *Conciliorum oecumenicorum decreta*, cur. J. Alberigo y otros, Bologna 1873, p. 738. Señalaba el abate André, y lo confirmaba Pastora y Nieto, en el siglo XIX, que «el Papa concede con mucha dificultad las dispensas de falta de nacimiento para los obispos, y no bastan las que se hayan obtenido para cualquier clase de dignidades». Cf. I. de la PASTORA y NIETO, *Diccionario...*, op. cit., t. III, p. 69, nº 3º.

2 ASV. *Processus Consistorialis. Ovetensis*. Sign. 74, fols. 376v y ss.

La orientación del descendiente regio hacia la carrera eclesiástica implicó que fuera ordenado como clérigo para recibir beneficios sin cura de almas, fundamentalmente en la colegiata de Antequera, pero más tarde se le proveyó de una dignidad en la catedral de Cuenca, intitulada arcedianato de Huete, de donde fue promovido como titular a la abadía de Alcalá en 1666, es decir, sin llegar a los 25 años, y en 1675 al episcopado, para regir la sede episcopal ovetense, aunque finalizó su periplo vital, desde 1681, como titular de la mitra conquense, falleciendo el 21 de julio de 1705.

A causa de dicho *iter* vital, los testigos llamados en el proceso consistorial, previo a la designación como obispo, deponen respecto de la dispensa expedida en Roma, por defecto de legitimidad, para recibir algunas órdenes sagradas³, especialmente las denominadas Mayores, siendo contestes los tres

3 Cf. P. CORRADI, *Praxis beneficiariae recentioribus constitutionibus apostolicis, rotalibus, decisionibus, sacrarum Congregationum declarationibus, decretis, atque responses, summorumque Pontificum gratis, ac Datariae, et cancellariae Apostolicae supplicationum, atque bullarum formulis, libri quinque*, Coloniae Agrippinae 1679, pp. 50: «*Super defectu natalium frequenter datur dispensatio, eo quod illegitimi iustus de causis sunt jure canonico irregulares, et inhabiles tam ad ordines quam ad beneficia ecclesiastica. Praecipua autem ratio est, quia isti plusquam alii, ut plurimum solent esse imitatores paternae incontinentiae, et male morigerati, eo quod a parentibus non ita solliciti, sicut legitime nati, instruuntur, ac propterea, cum claritas hominis non parum obscuretur ex origine vitiosa, ideo illegitime nati repelluntur a susceptione ordinum, nisi cum iis dispensentur: et tanto est eorum dispensatio difficilior, quanto eorum origo turpior. Propterea, notorio stylo docemur, quod in impetrandis his dispensationibus, necessario exprimenda est qualitas illegitimitatis, non enim sufficit narrare Oratorem pati defectum natalium; nisi illius provenientia explicetur, veluti: si ex soluto et conjugata, aut e contra. In legitimatione debet exprimi illa qualitas quae alterat naturam concubitus, vel illegitimitatis, licet non oporteat exprimi illam, quae aggravat vitium parentum, prout habet stylus Curiae... patiens defectum ex conjugata nobili, duce, marchione, vel alio domino temporali, et solute impetrat dispensationem narrando se natum ex conjugata et solute, et tacendo qualitatem nobilitatis, vel similem aggravantem valet dispensatio; nec est stylus curiae quod tales qualitates parentum aggravantes exprimantur... ad ordines et beneficia licet id sit de stylo explicandum, non tamen reddit difficilior dispensationem; cum ad illius concessionem solummodo consideretur, quod hi omnes aequae vitio alieno laborent; ac propterea aequae venia digni sunt». Ibid., p. 51: «*Episcopi hanc dispensandi facultatem ita restrictam habent, ut cum illegitimis possint tantummodo ad minores ordines et beneficium simplex... episcopus potest cum talibus dispensare, quomodocunque proveniat impedimentum, sive orator sit genitus ex soluto et soluta, seu ex conjugata et soluta, seu ex presbytero, aut religioso, et soluta. Hanc eandem dispensandi facultatem habent abbates et commendatarii habentes jurisdictionem quasi episcopalem, et alias Sacra Congregatio concilii declaravit abbatem commendatarium posse dispensare super illegitimitate, et quatuor minores ordines, si habet jurisdictionem quasi episcopalem in suo territorio separato... Ac insuper quod dispensatus ab uno episcopo ad ordines minores, et ad unum simplex beneficium, censetur dispensatus, ut illud obtinere possit in aliena dioecesi alterius episcopi... Ad Summum Pontificem spectat cum illegitimis ad omnes ordines ac beneficia et dignitates ecclesiasticas per totum mundum dispensare, ex eo quod legitime nihil aliud est, quam impedimenta juris canonici tollere. Videndum erit, quid circa hanc praxim servetur, et quomodo supplicatio super hujusmodi dispensatione concipiatur, illius igitur formula, talis esse potest, videlicet» (y reproduce un modelo de petición de dispensa de ilegitimidad y la respuesta del Pontífice, con el texto latino, que posteriormente analiza). Ibid., p. 53: «*In quacunque Summi Pontificis dispensatione, indulto, alitque gratis ad ordines et beneficia semper sit facienda mentio hujusmodi illegitimitatis... quod si is, cum quo fuit per Sedem Apostolicam dispensatus, ut non obstante defectu natalium, quem patitur, ad omnes ordines promoveri valeat et obtinere beneficium, etiam si curam habeat animarum, dispensationem aliam, tacito de praedicto defectu, postmodum obtineat a Sede praefata, ut duo, aut plura beneficia similem curam habentia possit recipere etc. Talis dispensatio, cum non sit verisimile, Sedem***

declarantes antes citados, pues el primero sostiene textualmente: «*se hizo relacion aunque privadamente a su Santidad de hixo de quien era, aunque no se expresaria en la dispensacion*», mientras el segundo reconoce «*se tiene por cierto que se hizo relacion a su Santidad de dicha ilexítimidad dandole noticias de como provenia y fue servido de dispensarle*»; el último declarante insiste en dos ocasiones sobre este extremo: «*save que a su Santidad, quando suplio este defecto (de legitimidad) le consto cuio hixo era, y tiene noticia que se a dado orden a el señor embaxador de España en Roma para que haga notorio a su Santidad lo contenido en esta pregunta*», añadiendo en otro lugar de sus manifestaciones, que «*aun su Santidad se sirvio dispensarle en algun tiempo para poder recibir el orden de presbitero*»⁴.

La aprobación de la propuesta por la congregación cardenalicia se subordinó a la fórmula «*dummodo Sanctissimo placuerit super defectu natalium dispensare*»⁵, a lo que accedió el Papa Clemente X, en el consistorio de 16 de diciembre de 1675, acogiendo la súplica oral presentada, en nombre de España, por el cardenal protector Luis Portocarrero⁶. Previamente, en la instrucción remitida desde Madrid al embajador romano y jesuita, cardenal Nithard, se le indica que no exprese el nombre del padre del candidato, y se limite a referir que es una muy alta magistratura del Reino.

ipsam cum illo patiente praedictum defectum voluisse, si hoc fuisset expressum, eidem in pluralitate beneficiorum hujusmodi dispensare, veluti per subreptionem obienta, nullius penitus sit momenti. Ibid., p. 54: «*Quo vero ad dispensationem circa pensionem, in ipsa supplicatione expressam, teneo, illam non esse necessariam, quinimmo superfluum, quamvis de stylo ita hujusmodi supplicatio fabricetur; quia licet illegitime natus non possit sine dispensatione obtinere beneficium, poterit tamen obtinere pensionem super fructibus alicujus beneficii, quatenus fuit prima Clericali tonsura initiatus, et ad illam dispensatus... cum sit dispensatus super clericatu, non indiget alia dispensatione super illegitimitate... ratio est quia pensio est quoddam jus temporale formatum et per se distinctum a dicto beneficio, quod exinde privatus et inhabilitatus ad beneficia non est, privatus.*»

⁴ No podemos olvidar que para no verse obligado a justificar la carta de naturaleza, que el cabildo ovetense le exigió para tomar posesión de la abadía de Tuñón, dignidad catedralicia, para la que le había nombrado su padre biológico, prefirió olvidarse de la misma, designando el monarca un sustituto. Por otro lado, cuando le fue concedida la beca del colegio mayor de san Ildefonso de Alcalá de Henares se le aceptó por notoriedad, sin prueba alguna. El expediente de limpieza de sangre no solamente se exigía en la mayoría de las catedrales españolas, sino para múltiples fines relevantes (cf. J. HERNÁNDEZ FRANCO, *Cultura y limpieza de sangre en la España moderna. Puritate sanguinis*, Murcia 1996), y los universitarios no dudaban en tener preparado dicho expediente por vía notarial, como vemos en AHPsA. Sección protocolos. Legajo 3878. Escribano Lorenzo de Ledesma, fols. 157r y ss.: «*Probanza de la limpieza de Pedro de Mercadillo, estudiante teologo en la Universidad de Salamanca. Año 1573.*»

⁵ ASV. Proc. Consist..., cit., fol. 391r.

⁶ Examinada la documentación conservada en el ASV, no solamente por lo que afectaba a los procesos consistoriales, sino por lo que concierne a las misivas entre España y la Santa Sede, especialmente de la Nunciatura, no ha sido posible localizar dichas peticiones de dispensa, de modo que ni en el archivo de la Embajada de España ni en el de la Nunciatura se han podido encontrar dichos documentos.

El cn. 85 del CIC de 1983 define la dispensa como «*legis mere ecclesiasticae in casu particulari relaxatio*»⁷, es decir, se suspende la eficacia de la ley meramente eclesiástica en un caso particular, lo cual no constituye, como recordaba Giacchi⁸, un derecho objetivo, sino solamente da lugar a derechos subjetivos, pertenecientes a los sujetos beneficiarios de la correspondiente dispensa. Obtenida esta, permite al destinatario proceder como si la norma, cuyos efectos vienen anulados, o al menos minorados, no afecte al supuesto particular previsto, respecto del cual se otorgó la dispensa⁹.

No estamos ante un acto legislativo, sino de carácter administrativo, que se produce en virtud de una regla general prevista en el ordenamiento canónico, en la cual se aceptan esas derogaciones, por lo que no cabe más que en aquellas materias que lo admiten¹⁰, entre las cuales hay que citar algunos impedimentos matrimoniales, o supuestos relativos a la ordenación sagrada e irregularidades clericales, o respecto de los votos, de los juramentos promisorios, etc.¹¹.

Tanto el Código pío-benedictino de 1917, como la vigente normativa de la Iglesia, recomiendan que las dispensas se concedan mediando una causa justa y razonable, que debe valorarse en función de la gravedad de la ley que viene afectada con su concesión, y que se refleja en el rescripto de su otorgamiento¹².

Resultado de la recepción del Derecho romano es el rescripto que contiene la dispensa, ya que se trata de una forma de disposición jurídica,

7 El cn. 80 del CIC de 1917 cambiaba un tanto la terminología, y con ello su alcance porque en lugar de referirse al caso particular, utilizaba la expresión «*in casu speciali*», de modo que podía ser de alcance general, y por lo mismo regulable por ley. El caso particular es un caso concreto, y afecta a una o varias personas, físicas o jurídicas, sin que tenga suficiente alcance de regulación legal.

8 O. GIACCHI, en NDI, vol. V, DIS – FIL, Torino 1938, p. 53, s. v. dispensa (Diritto canonico).

9 La dispensa no es un privilegio, ya que este último es permanente o perpetua relajación, y de la licencia, ya que sirve para actuar conforme a la ley. Vid. V. del GIUDICE, *Privilegio, dispensa ed epicheia nel Diritto canonico*, en Studi in onore di F. Innamorati, Perugia 1932, p. 261.

10 No son dispensables las leyes eclesiásticas procesales y penales, ni las leyes eclesiásticas que definen institutos jurídicos o elementos esenciales de los actos jurídicos. Vid. T. I. JIMÉNEZ URRESTI, en *Código de Derecho Canónico. Ed. bilingüe comentada*, Madrid 1988, pp. 69-71.

11 Como regla general, en el anterior CIC de 1917, la competencia para dispensar competía a la Santa Sede, aunque los ordinarios tenían de modo estable y con carácter general un poder de dispensar si era difícil el recurso a la Santa Sede o había peligro de grave daño, siempre que se tratase de supuestos en los que se concedía de modo habitual la dispensa. En las décadas anteriores al concilio Vaticano II se produjo un movimiento a favor de la concesión por el papa a los obispos diocesanos de facultades habituales para dispensar de leyes universales canónicas, y por la constitución conciliar *Christus Dominus*, nº 8b, el legislador supremo decidió que cada obispo diocesano tenga la facultad de dispensar de una ley general, a no ser que la autoridad suprema de la Iglesia se haya reservado especialmente para sí u otra autoridad esa competencia, y este planteamiento vino asumido en el cn. 87, &1 del actual CIC de 1983.

12 La interpretación de las disposiciones concedidas en una dispensa debe realizarse restrictivamente, y no cabe la analogía.

emanada por la autoridad, cuyo origen proviene de uno de los tipos adoptados por las constituciones imperiales del Imperio romano, a partir de Augusto, en la que entran en consideración dos elementos: la súplica del peticionario, donde se contienen por lo mismo las peticiones, y coherentemente la respuesta del titular del poder, que al proceder de un particular se contiene en el mismo documento, *rescriptum* en sentido estricto¹³, mientras que si la petición proviene de una autoridad o comunidad se extendía en carta aparte, *epistola*.

De ahí la importancia de la veracidad de los hechos alegados por el solicitante de la gracia imperial, con la indicación de la causa o causas que justificaban la elevación del libelo¹⁴, y servían al emperador para mover su

13 Cf. D. SAHAGÚN DE VILLASANTE, *Operum posthumorum, tomus primus. In quo insigniores libri primi Decretalium tituli. De rescriptis, consuetudine, officio delegati, officio legati, sacramentis, in integrum restitutione*, Parisiis, apud M. Sonnum, 1605, fol. 1r: «Ad titulum de rescriptis. Quid sit rescribere? Rescribere iuxta rectitudinem sermonis est scripto respondere, Cicero pro Murena in epistolis frequentissime, Machabaeorum lib. 1 c. 8, inde populi Romani moribus receptum erat Senatium eiusque patres scripto consulere, consultationique eos rescripto respondere, responsumque rescriptum appellabatur, ut ex Cicerone deprehenditur. Unde idem in imperatoribus eiusque consiliariis mos successit... ita etiam Pontificum responsa appellantur rescripta in hoc titulo, et in Sexto et Clementinis, et sicut inter Caesareos rescripta appellantur sacri affatus, imperiales constitutiones, sacrae formae, divinae, et sacrae iussiones in dictis legibus,... ita etiam inter Pontificis rescripta, dicuntur scripta, mandata apostolica, litterae apostolicae hoc titulo, et de praebendis et in aliis saepissime omnes in praesenti, Rebuffus in praxi beneficiorum capite de rescriptorum divisione cum aliis. Rescribere in proposita tituli specie accipi pro concedere, iubere et statuere. Secundo, rescripti nomine comprehendit omne rescriptum et iuri conforme, et contrarium, et praeter ius concessum. Tertio, comprehendit etiam rescriptum gratiae et iustitiae. Iustitiae dicitur quando ad lites rescribitur, in quo propter considerabile alterius partis praeiudicium secundum iuris formam rescribi, et iuris censura interpretari frequentissimum est. Gratiae autem, ad beneficia, ad privilegia, ad dispensationem pertinet, latissimeque interpretandum est... absque alterius laesione vel iactura, qua tamen stricte existente interpretandum est... Duplex diffinitio: altera ex lata significatione rescriptum esse quod Princeps etiam contra iuris traditiones scripserit... altera ex stricta iuris disputationem rescriptum esse quod secundum iuris observantiam Princeps rescripserit». Ibid., fol. 13v-14r: «Clausula si preces veritate nitantur subintelligitur in rescriptis Apostolicis, quibus si causae cognitio tollitur de falsitate suspecta sunt. Ibid., fol. 20r: Rescriptum gratiosum si subrepticium fuerit ipso iure nullum esse, in quo et iura et Doctores conveniunt, quo argumento consequitur idem statuendum esse in rescripto contencioso, vel ad lites atque ipso iure et hoc nullum esse...». Ibid., fol. 24v: «Pontificis rescripto obtemperare, vel iustam excusationem praebere necesse est». Ibid., fols. 35v-36r: «Non valet rescriptum ad beneficia impetratum tacita impetrantis dignitate, et ratio: pro ratione... in rescriptorum tractatu certum est supresa aliqua causa, qua expressa Pontifex negaret, aut saltem difficiliter concederet, rescriptum subrepticium esse...». Ibid., fol. 37r in rescripto ad beneficia necesse est». Ibid., fol. 44v: «Impetratio secundi beneficii nulla est non facta prioris mentione, et ratio: Nulla est secundi beneficii impetratio sine prioris mentione, ratio est quia non praesumitur Pontificem habenti aliud dare contra pluralitatis interdictum...». Trid. Sess. 24 c. 17, inde de beneficio etiam tenui, et de spe, et pensione mentionem facere necesse est...», tal como recuerda MANDOSIO, «ratio est quia potest exinde Pontifex moveri ad negandum, vel difficiliter concedendum».

14 Cf. A. ALCIATI, *Opera omnia, in quatuor tomos legitime digesta*, Francofurti 1617, col. 612: «Dispensatio in legitimatione tripliciter fit et requirit causae cognitionem et ita citationem eorum quorum interest exigat». No cabe dispensa sin causa, puesto que debe ser examinada y citados los que tienen interés en el asunto y pueden resultar perjudicados, recordando que toda legitimación, aunque de contenido más amplio, es una dispensa. La dispensa puede ser triple: *primo modo, quando filius non restituitur natalibus, sed simpliciter dispensatur; quod possit esse capax respectu certae partis* (de la herencia). *Secundo modo, dicitur dispensatio, quando legitimitur spurcius, cum cuius matre non potuit*

voluntad a la concesión, al mismo tiempo que la subordinación de su validez y eficacia a la exactitud de los datos presentados¹⁵.

Este procedimiento¹⁶ es el que siguieron desde Madrid los responsables de tramitar el nombramiento de Alonso de San Martín como prelado ovetense, porque la iniciativa nació de la reina gobernadora Mariana de Austria, regente por su hijo Carlos II, hermanastro del beneficiario, aunque la solicitud se presentó por parte del procurador, que presenta la petición en la curia romana, en su calidad de embajador ante la Santa Sede, y no directamente del afectado.

Mientras es un dato fehacientemente referido en diversas sedes archivísticas, que Alonso de San Martín había acudido precedentemente a Roma para la concesión de la dispensa de la edad requerida para el sacerdocio¹⁷, especialmente por defecto de nacimiento legítimo, al menos en

esse matrimonium, ubi enim non potuit esse veritas matrimonii, ibi nec imago fingi potest. Sed ista opinio non est vera, quia non fingitur legitimus, tanquam praecesserit matrimonium cum matre, sed tanquam natus illo iure naturali, quo omnes legitimi nascebantur, et fictio refertur ad dictum tempus, non autem ad nativitatem istius», por lo que se trata de una dispensa, para cuya concesión no se precisa la citación de afectados. «*Tertio modo dicitur dispensatio quaelibet legitimatio, quae requirat causam, ut quia extant legitimi*», pero si no perjudica la legítima de los hijos no hay necesidad de citarlos. Otros principios del humanista, relativos a la dispensa, *ibid.*, col. 169: «*dispensatio est odiosa et sapit quid monstrosum et contra naturam*»; *ibid.*, col. 212: «*dispensationes esse odiosas et juri communi contrarias*»; *ibid.*, col. 426: «*dispensatio non est, sed vera legitimatio, si filius ex nefario vel damnato coitu natus, praescripto Principis legitimetur*»; *ibid.*, col. 160: «*Dispensatio, restitutio, absolutio excommunicationis, testibus probatur*»; *ibid.*, col. 167: «*Dispensationem retrotractio in tertii praepjudicium non tenet*»; *ibid.*, col. 121: «*Dispensationes impetrare latine dicimus suffragium praestare*».

15 Son los vicios de *subreptio* y *obreptio*, de tanta importancia en el negocio. Cf. *Index locupletissimus in omnia Baldi de Ubaldis commentaria, ad libros Digestorum, Codicis, atque Institutionum, necnon in tractatis de pactis et constituto*, Lugduni 1585, s. v. *Dispensatio*: «*requirit verborum expressionem, dispensatio est stricti iuris et ideo est etiam stricte interpretanda*».

16 H. BUTIGELLAE, *papiensis, In primam partem C. commentaria, ac repetitiones*, Venetiis 1558, fol. 41v: «*Dispensatio: qui potest actum dispensare, si scienter inhabilem admittit, dispensare videtur*».

17 Vid. P. CORRADI, *Praxis beneficiariae recentioribus constitutionibus apostolicis, rotalibus, decisionibus, sacrarumque Congregationum declarationibus, decretis, atque responses, summorumque Pontificum gratis, ac Datariae, et cancellariae Apostolicae supplicationum, atque bullarum formulis, libri quinque*, Coloniae Agrippinae 1679, pp. 72 y ss.: «*Praxis dispensationis super defectu aetatis ad ordines et beneficia*. *Ibid.*, p. 73: «*Aetatis annum decimum quartum ad beneficia sufficit esse ceptum, non oportere esse expletum, sed tantummodo ceptum. Et quod est de simplici beneficio, intelligitur etiam de canonicatu collegiatae ecclesiae, pro quo sufficit etiam praedicta aetas quatuordecim annorum. Sicut potest Episcopus dispensare cum illegitimo ad beneficium simplex, sic etiam ad Canonicatum, et praebendam Collegiatae ecclesiae. Ad dignitatem vero, canonicatum, aut portionem, ex eodem Concilio Trid. Sess. 24 c. 12 non admittitur nisi qui eo Ordine sacro sit initiatus, quem illa Dignitas, praebenda aut portio requirit, aut in illa aetate, ut infra tempus a jure et a dicto concilio statutum, scilicet infra annum, initiari valeat, ut in Sess. 22 cap. 4 de reformat. Ad parochiales autem ecclesias, seu beneficia curata, necnon Dignitates quascunque, quibus subest cura animarum, debet promovendus attingere vigesimum quintum suae aetatis annum, ut in d. Conc. Trid. dict. Sess. 24 cap. 12, et eodem modo potest quilibet obtinere beneficia curata, et quaelibet alia sacerdotalia aptitudine, etiam si tantum habeat primam tonsuram, dummodo sit in supradicta aetate... Provisio facta non habenti aetatem in beneficio requisitam, est nulla, quia quicquid fir contra legem est nullum, nec iste defectus videtur posse suppleri per consuetas clausulas generales supplicationis aut literarum, ex quibus non inducitur dispensatio*».

otras tres ocasiones anteriores, tanto para la recepción de las órdenes sagradas denominadas mayores: subdiaconado, diaconado y presbiterado, ya que para las menores era competente el titular de la sede episcopal toledana¹⁸, así como para la investidura de la abadía jiennense de Alcalá la Real, por tener su titular una jurisdicción cuasi-episcopal, (aunque no se ha conservado ningún testimonio escrito de las peticiones y su resolución positiva), sin embargo dada la importancia del oficio inherente al título derivado del orden episcopal para regir una diócesis territorial, la dispensa pontificia era un trámite principal e ineludible, a fin de poder consagrarle válidamente, y tomar posesión del territorio que le era confiado en España.

Así lo expresaba el napolitano Marta¹⁹, a principios del siglo XVII, porque toda dispensa requería la verificación de los hechos descritos en la súplica, pero también que en los mismos figurase la expresión del alcance y de la gravedad de la situación que era motivo de la petición²⁰, añadiendo

Quod quidem procedere etiam si ad aetatem requisitam desit quantumvis parum et modicum tempus, ut unus dies, vel hora, quia in his quae a jure determinata et limitata sunt, non licet arbitrari, ac proinde gratia erit subreptitia; verum tamen est, quod Summus Pontifex facilius dispensat cum propinquo aetati requisitae, quam cum alio. Haec autem aetas est numeranda, non a die conceptionis, ut nonnulli falso asseruerunt, sed a die nativitatís ex utero, quia nativitatís primus effectus est, ut ab ipso ejus initio quis vere et proprie homo dicatur». Ibid., p. 76: «Dispensationem super defectu aetatis hujusmodi ad beneficium obtinendum, non dari a Summo Pontifice, nisi in ipsa provisione beneficii; visum tamen fuit interdum, illam ad partem et absque aliqua provisione concedi, sed tantummodo Citramontanis et quoandoque pro aliis personis, nec sine maximis favoribus. Ibid., pp. 86 y ss.: Praxis dispensationis de promovendo extra tempora». Ibid., pp. 97 y ss.: En esta materia se aplica la práctica relativa a las dimisorias para ordenarse en otra diócesis, y solo es competente el obispo de la diócesis, salvo licencia. Ibid., p. 119: «Nemo potest obtinere Dignitatem, aut Personatum, etiam sine cura, ut docet communis praxis, ab episcopo, cum haec sint de summo Pontifici reservatis... non posse episcopum dispensare, neque ad Dignitates, neque ad Canonicatus cum illegitimo». Ibid., p. 116: «Si illegitimus vellet ad plura, etiam qualificata beneficia, ac majores ordines, dispensari, recurret ad Papam, a quo passim conceduntur hujusmodi dispensationes».

18 «Dispensatio ad dignitates et personatus non extenditur ad Cathedralium... Illegitimus qui beneficia, personatus et dignitates cum cura et absque ea tenere potest, etiam si per electionem assumatur, ad cathedralem nullatenus est admittendus. Cap. XIII: Dispensatio illegitimi non comprehendit praebendas cathedrales. Illegitimus per episcopum dispensatus, ad praebendas catedrales non ascendit, propter praeventiam et maiorem, quam illius canonici super alios civitatis et dioecesis clericos habere dicuntur, et pars corporis utriusque existunt. Cap. XVII. Illegitimus dispensatus non potest acceptare beneficium, quod vellet retinere, dimittendo primum».

19 G. A. MARTA, *Compilatio totius iuris controversi ex omnibus decisionibus universi orbis, quae hucusque extant impressae... ad instar Digestorum Imperialium nova methodo composita, et iccirco Digesta novissima iuris controversi appellata*, Venetiis 1620, t. VI, p. 79.

20 Vid. J. BUTRIGARI, *Super Codice hanc subtilissimam lectionem*, Parisiis 1516, fol. 40r: «Rescriptum an vitietur si non sit apposita clausula si preces veritate nitantur. Rescriptum falsum quomodo differt a rescripto obreptitio...». Ibid., fol. 38r: «sub conditione conceditur rescriptum, si veritate nitantur preces, ergo si sunt false rescriptum non tenet cum deficiat conditio, aliquando conditio respicit rem et tunc procedit contrarium: quandoque respicit effectum rei et tunc solum effectum impedit... rescriptum subrepticium vel falsum non teneat. Differentia inter rescriptum obrepticium et falsum rescriptum: quia falsum dicitur illud quod nunquam fuit concessum a principe: sed falso fuit fabricatum. Obrepticium dicitur illud quod fuit concessum a principe sed fuit per mendacium impetratum, sive ergo fuit subrepticium sive falsum non debet valere. Este jurista trata de la forma del rescripto, ibi., fol. 38rv, especificando los requisitos formales exigidos para su validez. Ibid., fol. 40r: Al preguntarse «Rescripta

el jurista citado que a pesar de haber obtenido el afectado alguna dispensa por defecto de nacimiento, para ocupar prebendas y dignidades catedralicias, no obstante era precisa una dispensa específica²¹: «Cap. XVIII. *Dispensatio nunquam comprehendit episcopalis dignitatem. Super defectu natalium ad ecclesiasticas dignitates dispensatus, ad episcopalem nullatenus pervenire potest, quia nulla constitutione haec dignitas comprehenditur, quae dignitatis est culmen et dispensationes ipsae restringendae sunt. Idem si dispensatum, ut ad omnia spiritualia assumatur, nisi enim de dignitate episcopali specialis mentio in dispensatione facta sit, promoveri non debet*»²².

quanto tempore durent», no duda en sostener: «rescripta non finiuntur tempore, scilicet perbennia debent esse». Cf. P. Ph. CORNEI, perusini, In primam Codicis partem, commentarius elegans, Lugduni, apud haeredes Jac. Iuntae, 1553, fol. 288r: «Regula generalis, ut rescriptum non possit appellari subreptitium, modus est, quod in fine dicatur, quod superior concessit motu proprio vel ex certa scientia». En el mismo sentido, para obtener el rescripto: C. RITTERSHUSIO, Jus justinianum, hoc est, Justiniani et aliorum quorundam imperatorum augustorum Novellarum mixtarum expositio methodica, Argentorati 1669, p. 242. Este autor, después de tratar de los tipos de hijos, y de la legitimación por subsiguiente matrimonio, estudia la legitimación por rescripto: «Secundus modus ita contingit ut vel pater, qui ex concubina liberos naturales suscepit, imperatori preces offerat, et desideria sua exponat libello supplice: vel etiam ut ipsi liberi naturales id faciant, prolato simul testamento patris sui, qui heredes ipsos instituerit. His desiderii sive precibus annuens princeps, vel subscribit eidem chartae, seu membranae, vel seorsim dat libellum seu rescriptum legitimationis. Est autem hoc jus legitimandi unum ex Regalibus. Sicut enim potest princeps homines libertinae conditionis restituere natalibus, in quibus initio omnes homines fuerunt cum nondum jus civile a naturali separatum ac descriptum esset, l. 2 ff. De natal. Restit. et l. imperialis 23 § 1 C. de nuptiis, quo tempore et servitus incognita erat et manumissio et libertinitas: in qua restitutione natalium sive ingenuitatis interveniebat etiam jus aureorum annulorum, quibus a principe restituendi donabantur, quasi cujusdam praeparationis et praepurgationis loco: Ad eundem modum etiam liberos naturales potest princeps facere suos parentibus ac legitimis et justos, eosque restituere antiquis natalibus, in quibus erant omnes homines, antequam descriptae essent leges. Tunc enim omnes liberi ejusdem erant conditionis, non autem alii naturales, et alii legitimi». Para que el príncipe legítimamente requiriera dos cosas: que no haya hijos legítimos o justos, y que los legitimandos hayan sido procreados de mujer libre, lo que no podía tener lugar en San Martín.

21 En el mismo sentido se pronuncia Corrado, al exponer la práctica de la curia romana: Cf. P. CORRADO, op. cit., pp. 30-34. La dispensa para recibir dignidades, no implica la pontifical, de modo que el episcopado requiere una dispensa especial, a diferencia de lo que sostuvieron los Salmanticenses y jurisperitos, según los cuales el dispensado para el presbiterado podía consagrarse ya obispo en contra de la dataría. Ibid., p. 31: «*Nec in hujusmodi supplicationibus peti etiam consuevit dispensari ad Episcopatum, nisi raro, cum ut plurimum ad talem dignitatem dispensetur regulariter unico contexto, tempore provisionis Ecclesiae Episcopalis... pro majoribus dignitatibus, intelligitur de majoribus post Episcopalem*». Se entiende por «dignitas» la «*praeminentia cum jurisdictione, et cum administratione rerum ecclesiasticarum*», aunque en la práctica de algunas catedrales y colegiatas carezcan de estas facultades: «*et sub nomine dignitatis post Pontificalem veniunt Abbas, Praepositus, Prior, Decanus, Archidiaconus... cappellanus magnus*».

22 G. A. MARTA, op. cit., p. 82: Cap. 48; «*Papa scienter illegitimum promovens, dispensare dicitur. Cum Papa scienter illegitime natum ad episcopatum promovet, dispensare dicitur: Haec dispensario expressam spurietatis, et nefarii coitus mentionem non requirit, cui aequipollet, si de viro coniugato natum, et muliere soluta, dictum sit. Romanae Curia stylo nomina, cognomina, et parentum circumstantiae, nisi de filio Comitum, Ducum, aut Principum agatur, non exprimentur. Quando de Papae scientia ex serie et facti narratione apparet, clausula ex certa scientia, opus non est, neque derogatione, si de nullius praeiudicio agatur*».

Se trata de una gracia pontificia, y no de una concesión basada en el principio de la justicia²³, aunque el valor de la misma queda supeditada a la expedición del documento papal que lo recoja, tal como sostuvo el doctoral civitatense Juan Gutiérrez²⁴.

La súplica elevada para la promoción al episcopado, redactada en la Villa y Corte, presenta tres partes claramente diferenciadas: en primer lugar, la situación personal del pretendiente a obispo, derivada del nacimiento extramatrimonial; en segundo lugar, la delimitación de su elevación al episcopado, circunscribiendo de modo claro y preciso la sede que se le iba a encomendar; en tercer lugar, la importante motivación para obtener la dispensa, en la que se precisan dos aspectos: el alcance de la ilegitimidad, a causa del coito entre un casado y una soltera, de modo que no era adulterio en el plano civil, pero sí en el canónico; y la condición social y política del padre natural, cuya figura regia no se identifica nominativamente en el escrito, pero al que se describe como «una muy alta jerarquía del Reino».

La resolución pontificia, a partir de la propuesta favorable que elevaron los cardenales integrantes de la congregación romana, se expresa con el término habitual de la concesión, mediante el *fiat* o *expediatur*, y la inicial del nombre propio del Papa que otorgó dicha gracia, como hemos visto más arriba al tratar de su ascenso al episcopado²⁵, quedando de este modo

23 B. PONCE DE LEÓN, *De sacramento matrimonii tractatus, cum appendice de matrimonio catholici cum haeretico*, Lugduni 1640, p. 458 y ss. *Liber octavus. De dispensationibus*. La dispensa es «*actum, quo quis ab obligatione legis eximitur*», y podemos definirla como «*relaxatio iuris communis cum causae cognitione, facta ab eo, qui ius vel potestatem habet*». Ibid., p. 464: «*In Ecclesia certum est esse potestatem ad dispensandum in votis, iuramentis et legibus ecclesiasticis, sicut in Principe saeculari est potestas ad dispensandum in suis legibus, ut constat ex usu perpetuo Ecclesiae, Et de potestate ad dispensandum in iure Ecclesiastico ratio est, cum constat esse potestatem condendi easdem leges; eius autem est relaxare, cuius est condere*». Ibid., p. 467: «*Pontificem dispensare posse in legibus a se conditis, et in toto iure canonico et in legibus concilii generalis... Potest autem Princeps dispensare in legibus latis ab habente aequalem auctoritatem in eadem sede*». Vid. A. CORDUBAE de LARA, hispalense, *In l. si quis a liberis ff. De liberis agnoscendis commentarii*, Hispali 1575, fol. 20r, n° 9: «*Restitutio iustitiae quid conferat declaratur, et quid restitutio gratiae & sed utrum*. Este jurista, que hace un análisis desde la perspectiva del poder secular, afirma que lo que concede el Príncipe por su indulgencia, es *restitutio gratiae*, mientras lo que se concede por el derecho, es *restitutio iustitiae*.

24 J. GUTIÉRREZ, *Practicarum quaestionum civilium, super prima parte Legum Novae Collectionis Regiae Hispaniae*, liber III, IV et V, Antuerpiae, apud P. et Io. Belleros, 1618, lib. IV, pp. 17-18: «*Papa quando concedit gratiam dispensationis, sub tacita conditione concedere videtur, quatenus literae inde expediuntur, et mens sua, atque intentio talis praesumitur, ne gratia suffragetur nisi fuerit expedita... ipsae dispensationes a Papa concessae non suffragentur, nisi literis expeditis: ex quo... In dispensationibus super defectu natalium et similibus, in quibus non videtur esse de mente Papae expressa, vel tacita, quod dictae litterae necessario expediuntur ad hoc, ut in foro conscientiae relevant dispensatum, sed tantum ut non suffragentur absque expeditione*. El canonista placentino deja claro que ese aspecto corresponde al ámbito contencioso, pero no al de la conciencia.

25 Como recordaba Bártolo de Saxoferrato, la concesión para un supuesto no cabe extenderlo a otro diferente: BARTOLI (a Saxoferrato), *Gemma legalis sive compendium aureum propositionum, sententiarum, regularumque omnium memorabilium...*, t. XI, Venetiis, apud Iuntas, 1615, fol. s. n. s.

eliminado un obstáculo, insalvable en la legislación, para su promoción, en la que se mantuvo el resto de sus días, y a cuya reiteración no fue preciso acudir, con ocasión de su traslado a la sede conuense, ya que no cambiaba de grado en el sacramento del orden, y simplemente se le asignaba una nueva grey diocesana.

Baldo de Ubaldis²⁶ señala que: «*Ius canonicum debet servari in ordinibus, non in successionibus*», dado el carácter secular de esta materia, a pesar de que en ocasiones vino valorada como *mixti fori*, a causa del contenido de sus disposiciones. Tampoco deja de señalar el comentarista del *Ius Commune*, que «*Juris canonici dispensatio aequiparatur dispensationi Papae*»²⁷, teniendo presente que «*Ius canonicum non potest dispensare quo ad successiones, quae sunt de iure civili*»²⁸.

v. «*Dispensatio super defectu personae quando facta praesumatur... Et dispensatio facta circa unum defectum non porrigitur ad alium*».

26 *Index locupletissimus in omnia Baldi de Ubaldis commentaria, ad libros Digestorum, Codicis, atque Institutionum, necnon in tractatis de pactis et constituto*, Lugduni 1585, p. 189, nº 12.

27 B. PONCE DE LEÓN, *De sacramento matrimonii tractatus, cum appendice de matrimonio catholici cum haeretico*, Lugduni 1640, pp. 624-633: «*De potestate Romani Pontificis ad legitimandum: Romanum Ponticem legitimari posse: Ius legitimandi esse penes Romanum Pontificem, qua legitimatione fiunt legitimi habiles ad spiritualia. Nam cum leges ecclesiasticae, quae inhabiles reddunt illegitimos ad Ecclesiastica munera, Pontificum auctoritate introductae sint, ad eosdem etiam ea legitimatio pertinet. Ad temporalia autem legitimare in terris Romano Pontifici subiectis in temporalibus planum est pertinere ad eundem, non secus atque ad alios supremos Principes*». *Ibid.*, pp. 633 y ss.: «*Imperatores et Principes saeculares supremos legitimare posse sibi subditos*», o lo que es lo mismo «*Imperatorem et Principes saeculares supremos posse suis subditis legitimationis beneficium impendere, cum communi doctorum sententia. At per eam legitimationem nullum ius ad spiritualia conferunt. Reddere quidem habiles possunt ad temporalia, successiones ex testamento, et ab intestato, honores, dignitates, et officia civilis Reipublicae, et ad notabilitatem parentum; attamen non possunt reddere habiles ad ordines, et ad beneficia ecclesiastica, quae spiritualia sunt, ut docet Emmanuel de Sa. Alios Principes inferiores Papa et Imperatore, supremos tamen, posse etiam natalibus illegitimos restituere... Verum... limitatam esse eorum iurisdictionem, ut illis non liceat spurios legitimare, nisi tantum Papae et Imperatori*». Lo que rechaza expresamente Ponce de León, porque si son señores supremos en su territorio, no sujetos al Emperador ni al Papa, pueden concederlo a los hijos ilegítimos solamente en cosas temporales. *Ibid.*, p. 637: «*In persona eius, qui restituitur, considerandum est, ut ex illis parentibus procreatus sit, inter quos matrimonium esse posset, vel si parentes non contraxerint, si tamen voluerint, et parati fuerint contrahere, sed facere non potuerint, vel morte praematura mulieris, vel quia mulier se occultabat, vel ab aliis occulta est, vel inhoneste postea se gessit... ipse enim Iustinianus de his coniunctionibus generaliter ita cavet se eas reicere, ut nolis ex his natos patribus etiam naturales vocari, et pronuntiet omni beneficio et clementia, tum patres, tum liberos hac appellatione esse indignos... Atque hinc effectum est, ut non pauci docuerint huiusmodi filiorum non legitimationem, sed dispensationem esse, sic Baldus et Fachinaeus, citando a otros juristas relevantes. Hoc intelligendum esse, quando Princeps iuxta legem a se propositam ageret. At de plenitudine potestatis, non dubito, quin habilitatio spurii vere legitimatio sit, et non dispensatio, docet Covarruvias et Fachinaeus cum aliis, cuius ea manifestissima ratio est. Quia haec omnia ex humano iure constant. Aufferri ergo possunt, et immutari a Principe. Potest enim et vult, si quidem facta mentione defectus legitimum facit. Quod autem matrimonium inter eius parentes esse non potuerit, parum refert. Nec enim ille sit legitimus ex coniugio, vel fictione coniugii, sed ex indulgentia Principis; et quamvis Imperator dicat eos indignos esse Principis clementia, non tamen ideo negat eos a Principe legitimari posse*».

28 *Index locupletissimus in omnia Baldi de Ubaldis commentaria*, op. cit., p. 193.

Explicaba Corrado²⁹ que la dispensa, en sentido amplio, no es otra cosa que «*justa distributio rei communis in singulos, juxta cujusque necessitatem ac dignitatem*». Sin embargo, en la materia que nos ocupa, «*verbum dispensare, accipitur pro eximere, seu solvere a vinculo legis; et ob id dispensatio haec a doctoribus definitur, quod sit juris communis relaxatio, facta cum causa justa et rationabili ab eo, qui jus habet dispensandi. Unde si non praecessit causae cognitio, non potest dici dispensatio, arguendo a definitione vocabuli*»³⁰.

La dispensa³¹ implica una relajación del derecho común, porque de derecho se trata de algo ilícito, que mediante la dispensa se convierte en lícito, y este es el efecto propio de la misma, debido a que con su otorgamiento lo imposible se convierte en posible «*quia dispensatus restituitur in integrum*»³², *et redditur aptus et legitimus ad ea, super quibus fuit dispensatus; sicut erat*

29 P. CORRADI, *Praxis dispensationum apostolicarum pro utroque foro, ex solidissimo Romanae Curiae stylo hactenus inconcussa servato, Sacrorum Canonum, conciliorum, aliarumque constitutionum Apostolicarum sanctionibus: Congregationis Sac. Concilii Tridentini... Praxis Officii S. Poenitentiarie Urbis, cum ceteris eiusdem rescriptis... Ordinationibus quoque, regulis et constitutionibus Cancellariae Apostolicae S. D. N. Alexandri papae VII, Coloniae Agrippinae 1678, p. 1.*

30 «*Secundum Hostiensem, dispensatio est rigor juris, per eum ad quem spectat, misericors, canonicè facta relaxatio... Baldus ait dispensationem esse rigoris mitigationem, vel poenalitatis moderationem, per habentem auctoritatem, factam, suadente publica utilitate, vel alia rationabili aequitate, quam lex civilis indulgentiam appellavit*».

31 Observa F. DUARENI, *Omnia quae quidem hactenus edita fuerunt opera*, Francofurti 1592, p. 106: «*Dispensare, curare, procurare eadem sunt*».

32 Cf. A. VILLAGUT, *Consultationes decisivae*, Venetiis 1601, fol. 333v: «*Restituere nihil aliud sit, quam iterate aliquem statuere in possessionem, vel dominium rei suae: Nam restituere dicitur in pristino statu statuere: quapropter in restitutione facienda semper debet attendi aequalitas iustitiae, secundum compositionem rei ad rem; quod pertinet ad iustitiam commutativam*». Como observa E. HENRYSONIS, *Adversus A. Goveanum De iurisdictione libri II*, Parisiis, apud Ae. Robinot, 1555, fols. 78v-79r: los actos pretorios de la restitutio, son *magis imperii quam iurisdictionis, vi potestatis suae, causa semper cognita*. Vid. BARTOLI (a Saxoferrato), *Gemma legalis sive compendium aureum propositionum, sententiarum, regularumque omnium memorabilium...*, t. XI, Venetiis, apud Laurent, 1615, «*Restitutio, verbum adaptatur ad id, quod nunquam quis habuit... Et est restitutio in pristinum statum repositio, in l. quod si minor & restitutio autem 1 ff. De minoribus*». B. A. RODRÍGUEZ de FONSECA, *Digesto teórico-práctico o Recopilación de los Derechos común, real y canónico, por los libros y títulos del Digesto. Traducción literal al castellano de todas las leyes y párrafos del Digesto, expresión de sus concordantes y discordantes con las del Código, Derecho Real de España e Indias, y Capítulos Canónicos, por el orden de su antigüedad y la exposición de todas ellas, hasta las nuevamente recopiladas en el año 1773, con sus derogaciones, correcciones y ampliaciones*, Madrid, por J. Ibarra, impresor de S. M., 1775-1791. Sign. 16880-16897, t. II, Madrid, 1776, pp. 167 y ss.: «D. 4, 1 y ss.: Restitución *in integrum*. Este título se funda en equidad y utilidad pública, porque enseña conforme a ellos que sean resarcidos enteramente del perjuicio que les resultó a sus intereses, los que se perjudicaron en ellos, o fueron perjudicados por justo error, falta de inteligencia por su menor edad, dolo malo, o alguna otra causa de las demás que se tienen por justas y legítimas para que se conceda la restitución, como la mutación de estado por la capitis disminución mínima, ausencia necesaria, etc. Las causas, cuándo y en qué terminos vienen descritos en la Nueva Recopilación 4, 5, 5 y 6». Vid. F. DUARENI, *Omnia quae quidem hactenus edita fuerunt opera*, Francofurti 1592, p. 111: «*Restitutio, cur auxilium dicatur. Rescriptum quid; restitutio an plenior sit indulgentia; an detur contra manumissionem: restitutio uberius est, quam appellatio; restituere quid sit*». F. ARETINI de ACCOLTIS, *Commentaria in primam et secundam Codicis partem, cum additionibus B. de Vadis*, Lugduni 1553, fol. 114r: «*Rescriptum principis gratiosum debet sic interpretari, ut minus laedat ius commune, quod fieri potest, dummodo possit aliquid operari*». Ibid., fol. 8r: «*rescriptum contra*

ante incursum impedimentum», de donde deriva que si el supuesto de actuación fuera lícito y posible, no se hablaría de proceder con dispensa, sino de conducta apoyada en la justicia.

Resulta de gran importancia la diferencia entre dispensa y legitimación, porque la primera a veces resulta «*arida et odiosa*»³³, con alcance restrictivo a no ser que sea otorgada no por una regla general objetiva sino por motivos subjetivos del peticionario y en virtud de una causa favorable³⁴, tal como recuerda Gilkenio³⁵, aunque es posible que pueda asumir un significado amplio, de modo que el resultado favorable de la misma se produce en ocasiones a través de la segunda³⁶, que es más amplia y de mayores efectos, porque quita

publicam utilitatem concessum, minime valet. Rescriptum non potest concedere vel concessum non valet in praeiudicium iuris quaesiti tertio: Ibid., fol. 14r.

33 Cf. F. DECIUS, *Consiliorum sive responsorum*, t. II, Augustae Taurinorum 1579, fol. 190r, n° 7: «*Dispensatio odiosa, licet legitimatio favorabilis sit... cum ista dispensatio facta sit propter spem bonorum morum, et eius bonae indolis, cum adhuc in septem annorum aetate non existeret, et quia creditur virtutum favore redimere, quod in eo ortus odiosus ademit, ista non videntur in infante posse verificari, quia infans quidquid videt, ignorat... et ideo cum ista causa falsa sit, vitatur dispensatio facta a summo pontifice... quod subrepto in expressione falsae causae vitat dispensationem et... nam talis dispensatio, quod spurius succedat cum filiis legitimis et naturalibus est contra ius divinum, cum scriptum sit, quod non erit haeres filius ancillae cum filio liberae... quo casu etiam Papa non potest contra ius divinum dispensare sine causa...*».

34 Cf. F. ACCOLTI, *Commentaria in secunda Decretalium*, Venetiis, per Paganinum de Paganinis Brixiensem, 1511, fol. 10r: «*Dispensatio concessa ad petitionem partis non inclusa in corpore iuris est odiosa, nisi dispensatio concedatur ex causa favorabili*». No es lo mismo el hijo ilegítimo de adulterio que el nacido de incesto, de modo que ha de especificarse la situación concreta en la petición de dispensa. Con un criterio personal, vid. Io. de ROJAS, op. cit., p. 84. *Legitimatio est quaedam iuris dispensatio, quae regulariter restringenda est*.

35 P. GILKENII, *Commentariorum in praecipuos universi Codicis titulos*, t. I, Francofurti 1606, p. 71: *Dispensatio tanquam stricti iuris extensionem non recipit*. Ibid., pp. 67-30: «*regulariter extensionem prohibent esse, si tamen eadem aut urgentior ratio interveniat, aliud probandum erit... Si imperator concesserit alicui non capaci ius testandi... possit suam voluntatem revocare aut mutare*».

36 Cf. *Comunes opiniones sive receptae iuris utriusque sententiae, in quibus varia prudentum responsa, et quaestiones quae hactenus in plures tomos digesta legebantur, hoc in volumen unicum congesta habentur. His accedit parium, sive similibus quae passim in iure reperiuntur Enchiridion. Ad haec Antonii Gabrielii Communes conclusiones, nunc primum in lucem editas adiecitimus*, Lugduni, apud heredes Ia. Iunctae, 1571, t. II, *Communes opiniones... Conclusionum seu regularum*, lib. VI, *de legitimatione*, pp. 1557 y ss.: «*Conclusio VI. Legitimatio filiorum illegitimatorum non potest extantibus legitimis et naturalibus: Firmant communiter doctores quod non potest fieri legitimatio filiorum illegitimatorum, si extant filii legitimi et naturales... Primo amplius, ut nec Imperator possit legitimare filium illegitimum stantibus filiis legitimis et naturalibus. Contrarium Bartolus, dum dicit ita legitimari posse per Principem illegitimum, ut succedat in feudo vel solus, vel cum aliis, etiam cum filiis legitimis et naturalibus. Prima opinio procedit quando simpliciter Imperator concedit legitimationem, secunda vero opinio procedat, quando Imperator procedit de plenitudine potestatis et cum clausula non obstantibus, quibus cavetur, ut spurii legitimari non possint sine consensu parentum, filiorum et legitimatorum heredum*. Ibid., pp. 1558-1560: *Conclusio VII. Legitimatio illegitimi requirit mentionem filiorum legitimatorum et naturalium*. Ibid., p. 1560: *Conclusio VIII. Argumentum. Legitimatio non dicitur, sed dispensatio, quando filius particulariter habilitatur. Magis communiter tenent Doctores, ut non sit legitimatio, sed dispensatio si filius illegitimus non habilitatur universaliter, sed particulatim quo ad quaedam, ita Paulus de Castro, Alejandro, Jasón, Corneo, Antonio de Butrio, Bartolomé de Cepolla, Curtius senensis, Gozadinus, Ruinus, Cassaneus, Socinus*. Este autor recuerda que algunos juristas, incluso de los antes citados, defienden la

además el impedimento o defecto que era el obstáculo existente³⁷, como por ejemplo se puede comprobar cuando al ilegítimo se le dispensa *super defectu natalium* para acceder al orden sagrado concreto que motiva las preces, permaneciendo como tal en el resto de consecuencias³⁸.

opinión contraria en otros lugares. Nº 3: *Tenendi primam opinionem, quae videtur magis communis, intellige, quando habitatio illegitimi restringitur per habentem facultatem legitimandi in ampliori forma, qui noluit prout poterat generaliter legitimare, secus vero quando habitatio est restricta, quia legitimans non habebat maiorem facultatem: ut dicit Decius. Secundo intellige (la opinión minoritaria), quando est restricte habitatus, secus vero, quando generaliter persona est habitata, licet sit restricta successio.*

37 B. PONCE DE LEÓN, *De sacramento matrimonii tractatus*, op. cit., p. 623: «*Confirmatur etiam origo (primeramente por subsecuente matrimonio de los padres) rescripto et indulgentia Principis, quae legitimatio, quamvis etiam absolute dispensatio solet appellari; differt tamen a relaxatione, sive dispensatione, qua in aliqua ad aliquem specialem casum suppletur defectus natalium, quod illa simpliciter legitimatio dicitur, haec autem posterior dispensatio quaedam tantum... Antonius Gabriel doctrinam banc duobus modis limitat. Primus, ut etiam legitimatio dicatur, cum quis ad aliquem specialem casum habilis sit, si princeps nihil amplius praestare poterat. Itaque solum proprie dispensatio erit quando fit ab eo, qui cum potestatem habeat legitimandi in ampliori forma, noluit amplius concedere: secus vero quando legitimatio restringitur, eo quod legitimans ampliorem facultatem non habebat, sive utatur verb. Dispensandi sive legitimandi, potius enim attendendum est ad id quod fit, quam ad id quod verba sonant. Legitimatio est, quoties persona sit generaliter habilis, et legitimatio non restringitur sive restringatur effectus, qui ex illa sequitur, sive non; dispensatio, autem, quando ipsa substantia legitimacionis restringitur. Cum dispensatio sit stricti iuris, non plus valet quam sonant verba stricte sumpta, neque habet privilegia quae legitimatis competunt. Legitimatio autem ample est intelligenda, unde in legitimacione, qua restringitur aliquis peculiaris effectus, gaudet legitimatus omnibus privilegiis, quibus gaudere solent legitimati a Principe, illis exceptis, quae restringuntur. Neque omnibus concessum est habiles reddere et natalibus restituere, neque omnes restitui possunt, neque ex quacunque causa aut quavis forma». Ibid., pp. 623-624: «*Qui possint legitimare: supremos principes. Esse actum mediae iurisdictionis inter contentiosam et voluntariam. Illud constitutissimi iuris esse debet, eam potestatem residere penes supremos Principes, sive ecclesiasticos, sive saeculares non agnoscentes superiores in temporalibus, et respublicas liberas: cum enim haec differentia legitimi et illegitimi tan quoad spiritualia quam temporalia, legibus tantum humanis introducta sit, planum est ad eos pertinere legitimandi potestatem, ad quos spectat leges condere et inhabiles introducere. Possunt itaque supremi Principes, ut docet communis certaque sententia... Quare, licet inferiores Principes possint habiles reddere ad Ecclesiastica aliqua munera, ut ad ordines et beneficia ecclesiastica simplicia, attamen legitimare non possunt. Ex his colligitur, legitimare esse actum iurisdictionis... sed cum veteres distinxerint iurisdictionem in contentiosam et voluntariam. Voluntaria, quae exercetur in volentes, in his quae extra iudicium contentiosum sunt, aliquando causa cognita, ut adoptio, manumissio, emancipatio, et alia. Contentiosa vero, quae in iudiciis civilibus, quia exercetur in invitos et contententes. Non vero quicumque contentiosa convenit, etiam voluntaria convenit. Quia in voluntaria magna res versatur causa status, quae maiores iudices requirit. Quaestionem ergo habet ad quam istarum iurisdictionem legitimatio pertineat. Communis sententia ad voluntariam revocat. Mibi placet mediam quandam iurisdictionem esse constituendam cum Donello. Quae scilicet exercetur in invitos quidem sine causae tamen cognitione, ut datio tutoris, invitis enim dantur tutores... et dantur etiam invititi, quia tutela publicum munus est, quod sine iusta excusatione detrectari non potest... et curatores dantur invititi, licet non invititi... dantur tamen sine iudicio, contentioso scilicet, iudicii enim nomine contentiosa et voluntaria comprehenduntur. Ad hanc ergo mediam iurisdictionem pertinere credo legitimacionem. Quia aliquando potest esse invititi aliis, sicut de tutore dictum est. Mediam illam iurisdictionem agnoscit Donellus.**

38 La legitimación es más amplia y favorable, ya que hace desaparecer toda la mancha que afecta a una persona, como si se le restituyera plenamente para todos los efectos, por ejemplo en la condición de ingenuo, que solo puede otorgarla el que tiene plena potestad y concederla al beneficiario para que en adelante y sin restricción alguna pueda ejercitar todos los derechos que corresponden al que desde su nacimiento fue legítimo.

Se trataría en este supuesto de la *restitutio natalium* que aparece en Roma durante el Principado³⁹, merced a la gracia que concedía el emperador a determinadas personas cuya condición personal era la propia de libertos.

Para entender esta figura es preciso tener presente que el Derecho romano atribuyó la titularidad jurídica a las personas conforme a un triple *status* (*libertatis, civitatis* y *familiae*), de modo que adquiriendo la condición de libre, era imprescindible gozar de una posición respecto del ordenamiento ciudadano: o era ciudadano de Roma o tenía la ciudadanía de otra comunidad política reconocida, pero entre los primeros había una clara diferenciación entre los que nunca fueron esclavos, es decir, los ingenuos⁴⁰, y los que

39 Su regulación en el título específico que se contiene en las Pandectas justinianas viene sintetizada por B. A. RODRÍGUEZ de FONSECA, *Digesto teórico-práctico o Recopilación de los Derechos común, real y canónico, por los libros y títulos del Digesto. Traducción literal al castellano de todas las leyes y párrafos del Digesto, expresión de sus concordantes y discordantes con las del Código, Derecho Real de España e Indias, y Capítulos Canónicos, por el orden de su antigüedad y la exposición de todas ellas, hasta las nuevamente recopiladas en el año 1773, con sus derogaciones, correcciones y ampliaciones*, Madrid, por J. Ibarra, impresor de S. M., 1775-1791. Sign. 16880-16897, t. 14, Madrid 1790, pp. 372 – 374: «D. 40, 11. El que obtuvo el orden equestre es reputado por ingenuo en muchas cosas, y en otras no; pero el que obtuvo privilegio del Príncipe para que se le tuviese por ingenuo, como si en tiempo alguno hubiera sido siervo, es tenido en todas las cosas por ingenuo. La ley primera indica que el siervo no se hizo ingenuo, porque el privilegio de restitución que le concedió el Príncipe se fundamentó en una narración falsa. En la ley segunda se indica lo que significa restituir a su nacimiento: «Se restituyen al primitivo estado que tuvieron todos los hombres desde el principio, no al en que ellos nacieron cuando nacen siervos, y por esto en todo lo que corresponde a derecho son tenidos como si hubieran nacido ingenuos, y sus patronos no son llamados a su sucesión». Dice que este privilegio no lo concede el Príncipe sin el consentimiento de los patronos: «por lo cual los emperadores no restituyen fácilmente al primitivo estado a cualquiera sin el consentimiento del patrono». En la ley tercera se reconoce que a los que el Príncipe concede el privilegio, no se duda que son tenidos por ingenuos: «Preguntas si usará del derecho de ingenuidad aquel a quien el Emperador restituyó a su primitivo estado. Pero de esto no se duda, ni se dudó; porque es claro que es restituido absolutamente al estado de ingenuo el que usase de este beneficio del Príncipe. En la ley cuarta se recuerda que el liberto no puede ser restituido a su primitivo estado contra la voluntad del hijo del patrono, porque lo mismo es que se perjudique al patrono o a sus hijos. Por consiguiente, no debe obtener el privilegio sin consentimiento de los hijos. En la ley 5, Modestino recuerda que el emperador concede la restitución al liberto a su primitivo estado, consintiéndolo su patrono, porque por dicho privilegio el patrono pierde su derecho de patronato, y en el parágrafo 1, el liberto es reputado por ingenuo, como si en ningún tiempo hubiera sido siervo: «El liberto que fue restituido a su primitivo estado, es tenido como si hubiera nacido ingenuo, y en el tiempo intermedio no hubiera sido siervo».

40 Este término tenía varios significados. Cf. J. G. HEINECCIUS, *In A. Vinnii Commentariorum in quatuor libros Institutionum Imperialium notae*, Francofurti ad Moenum 1732, fol. 7r: Lib. I tit. 4, pr: «At neque ex Livii, neque ex Festi loco adparet, ingenuos olim oppositos fuisse spuris. Cincius apud Festum tantum observat, patricios olim dictos etiam ingenuos... apud Livium autem Decius ait, patricium esse qui patrem ciere possit, id vero et plebejos ingenuos posse, adeoque et patricios nihil esse nihil ingenuos, nec jure obniti plebeiis, sacerdotia ambientibus». Vid. A.SCHOTANO, *Examen iuridicum, quo omnes materiae tituli que iuris civilis in Digestis, Codice nec non in Novellis propositi, explicantur*, Amstelodami 1643, pp. 47-48: «Quomodo distinguuntur homines liberi: Sunt vel ingenui vel libertini. Ingenui sunt, qui ex matre, quocunque graviditatis tempore libera, sive pater fuerit servus sive liber, sunt nati, Inst. hoc titulo pr. Quomodo distinguuntur ingenui? Sunt vel veri, qui nati sunt liberi, vel quasi, qui jura ingenuitatis, veluti jus aureorum annulorum, restitutionem natalium ex beneficio principis sunt consecuti».

adquirieron la libertad después del nacimiento, esto es, los libertos⁴¹, aunque con las reformas justinianas se indica por los autores que en lugar de tres situaciones jurídicas personales de los libertos quedan dos, con derecho de patronato o sin esa sujeción⁴².

El *ius patronatus* estaba plenamente reconocido en Derecho clásico y comprendía los siguientes deberes⁴³, respecto del patrono que los manumitió: En primer lugar, el *obsequium*, lo que se traducía especialmente en el plano procesal y penal, ya que el liberto no podía demandar al patrono sin permiso

41 Un testimonio de las cartas de libertad, denominadas en castellano antiguo «cartas de horro», tal como viene en Partidas, vid., AHPsA. Sección protocolos. Legajo 3877. Escribano Pedro Calderón (años 1568-1569), fol. 129r. Como observa U. HUBERL, *Praelectionum juris civilis, tomi tres, secundum Institutiones et Digesta Justiniani*, 2ª ed., Franekeruae 1701, t. I, p. 22: «*Libertus a libertino nihil differt, quam quod ille ad patronum sit relativus, hic ingenuo opponatur, quod se primum docuisse Valla. Olim libertini vocabantur, e manumissis procreati: Suetonius in Claudio*». No es el momento para exponer los modos de salir de la esclavitud, ni tampoco el efecto que produce, según fuera manumisión solemne o no, ya que excede del objetivo del estudio. Sirvan como datos a modo de síntesis: La situación jurídica de los libertos era de restricción de titularidad jurídica y limitaciones en su capacidad de obrar respecto de los ingenuos. En el ámbito del derecho público estaban excluidos del *ius honorum*, porque no tenían acceso a las magistraturas, ni a las dignidades religiosas, pero tampoco al senado, al *ordo equester*, al decurionato en las provincias, y en los municipios no podían ocupar cargos y tampoco recibir honores. Carecían de facultad para formar parte de las legiones y tenían un derecho restringido en el *ius suffragii*, porque se les incluía en una de las cuatro tribus urbanas, que eran las más pobladas, hasta el extremo que Augusto les mantuvo la adscripción, pero les privó del voto. En el ámbito del derecho privado hubo discusión si podrían contraer matrimonios legítimos con mujeres ingenuas, aunque un sector doctrinal entiende que desde los orígenes de Roma hasta la época de Augusto, que abolió la prohibición, existiría esa incapacidad de justas nupcias, y desde el Principado se mantuvo para los matrimonios entre libertos y los pertenecientes al rango senatorial, aunque no faltan autores que niegan aquella limitación primigenia y sólo admiten la segunda. Tuvieron una diferencia con los ingenuos a la hora de liberarse de la tutela mediante el *ius liberorum*, porque las ingenuas necesitaban tres hijos, mientras la libertas cuatro. Vid. por todos, A. VINNIO, *In quatuor libros Institutionum imperialium commentarius academicus et forensis*, ed. nova in usum Hispanae iuventutis adornata, t. I, Valentiae 1786, pp. 37-43; J. SALA, *Institutiones romano-hispanae, ad usum tironum hispanorum ordinatae*, t. I, ed. 5, Matriti 1830, pp. 61-71; J. HEINECCIO, *Recitaciones del Derecho civil romano*. Trad. al cast., anot. y adic. considerab., por L. de Collantes y Bustamante, 7 ed., t. I, Valencia 1879, pp. 114-121; R. de COUDER, *Compendio de lecciones escritas de Derecho Romano*, vert. al español de la 5 ed. francesa y adic. con notas ref. a las concord. y diferen. entre la legislación y jurisprudencia española, la romana y la francesa por A. Lope Orriols, precedido de un epítome histórico por D. de Larratea, Madrid 1883, pp. 60-84.

42 Iac. BUTRIGARII, *Super Codice banc subtilissimam lecturam*, Parisiis 1516, fol. 6r: *Libertorum tria olim erant genera, sed bodie, de iure anulorum. aurerum, duo*. Salvo los manumitidos a través de fideicomiso, que no estaban obligados a los *dona*, y los conocidos como *liberti orcini* o libertos manumitidos por testamento, cuyo manumisor que les otorgó la libertad y ciudadanía fallecía en el mismo momento en el que ellos adquirían el *status* jurídico, a los que se asimilaban los esclavos liberados *ex senatusconsulto Silianiano*, por haber denunciado al asesino del amo, los demás estaban obligados por el derecho de patronato, cuyo contenido fue muy discutido en la doctrina, porque según algunos implicaba la *patria potestas* del patrono, y llegaba al *ius vitae et necis*, que se atenuaría progresivamente hasta convertirse en una relación de naturaleza exclusivamente patrimonial; según otros autores, históricamente fue a la inversa, porque al principio casi no habría sujeción alguna y progresivamente se fue consolidando hasta la época clásica.

43 Vid. por todos, Vid. H. DONELLI, *Commentariorum iuris civilis, libri vigintiocto*, Sc. Genlilis rec., Francofurti 1626, pp. 48-56: De los libertos y manumisiones, explicando el contenido del derecho de patronato.

del pretor, ni intentar acciones famosas u oponerle la *exceptio doli* o la *exceptio quod metus causa*; además, el patrono gozaba del *beneficium competentiae* en sus juicios con el liberto; cualquier *iniuria* hecha por el liberto al patrono era calificada de *atrox*; la muerte del patrono se calificaba de *parricidium*. En segundo lugar, comprendía los *bona*, es decir, el patrono sucedía *ab intestato* al liberto, faltando *heredes sui*; el patrono y el liberto gozaban, el uno frente al otro, del derecho de alimentos. En tercer lugar, ese derecho de patronato abarcaba los *dona* y *munera*, a saber: una serie de prestaciones o servicios que inicialmente eran un deber moral, pero luego se exigían por medio de acciones, cuando en el momento de la manumisión el liberto asumía esas obligaciones por medio de la *stipulatio operarum*, o a través de un juramento, la *promissio iurata liberti*, ya que en ambos casos constituyeron un deber jurídico⁴⁴.

Originariamente no contempló el Derecho civil romano ningún medio específico para que un liberto pasara a ser ingenuo, y quizás el único remedio sería intentar un proceso ante el magistrado jurisdiccional, en el cual el liberto reclamase la declaración de ingenuidad frente al patrono, de modo que la sentencia acabaría reconociéndole y proclamándole como ingenuo, y llevaría consigo la extinción de los derechos derivados del patronato⁴⁵.

Fueron los emperadores quienes iniciaron un nuevo esquema para conseguir el mismo resultado, aunque al llegar Justiniano⁴⁶ transformó la

44 Cf. J. IGLESIAS SANTOS, *Derecho romano*, 16ª ed., Madrid 2007, pp. 81-83.

45 Este recurso procesal para obtener la ingenuidad fue utilizado con cierto abuso, por lo que se dictaron algunos senadoconsultos que trataron de restringir su utilización.

46 *Authenticorum seu Novellarum constitutionum Iustiniani principis, pars altera, quae reliquas quinque collationes, ut vocant, complectitur*, Lugduni, apud G. Rovillum, 1571, p. 307, collatio VI, título 7, Nov. 78: «*De iure aureorum annulorum omnibus libertis generaliter concesso, cap. 1: Propterea sancimus, si quis manumittens servum aut ancillam suam, cives denunciaverit Romanos (neque enim aliter licet) sciat ex hac lege, quia qui libertatem acceperit, habebit subsequens mox et aureorum annulorum et regenerationis ius (in marg. Restitutionis natalium sic Nov. 18, c. XI. 7) et non iam ex necessitate hoc a principibus postulabit: neque indigebit omnino ulla scrupulositate: sed libertatis virtute haec omnia subsequetur: hac nostra lege ex praesenti die inchoante...*». Cf. A. de UBALDIS, de Perusio, *Lectura authenticorum*, Lugduni 1523, fol. 24r. «*Ut liberti de cetero aureo non egeant anulo. PERFECTIS. Recitat imperator quasdam leges antiquas dicentes quod liberti quidam vocabantur deditii et quidam latini, quae etiam nomina imperator substulit et correxit ut patet in recitatione senaconsultus Rubiani et Arriani et disponit quod una sit libertas scilicet civium Romanorum volens quod incontinenti servus manumittitur per haec verba esto liber et civis romanus. Fit liber et non egeat ut impetret a principe ius aureorum annulorum quia incontinenti per manumissionem est restitutio natalibus. Hoc dicit. ILLUD. Libertus licet liber efficiatur ex manumissione civis romanus tamen in manumittentes iuspatronatus habet nisi ei remisit et debet libertus patrono reverentiam exhibere et iniuriam non inferre ne possit in servitutem revocari. Nam ex ingratitude revocatur sicut donatio. Hoc dicit.* Ch. HEGENDORFF, *Compendiariae et accuratae titulorum Codicis d. Iustiniani exegeses*, Coloniae 1556, pp. 97-98: «*De iure aureorum... Ius aureorum annulorum donare, apud antiquos erat, id ferme quod equitem facere dicimus. Porro, natalibus restitui, est in hoc titulo, quando libertus patronatus observatione liberatur, iam de utroque nimirum tam de iure aureorum annulorum quam natalium restitutione, in hoc titulo disseritur.*». Vid. J. BRUNNEMANNI, *Commentarius in Codicem justinianum, opus theoritico-practicum*,

eficacia de algunas formas de las manumisiones, y no fue necesario en adelante realizar la petición imperial para la concesión del anillo de los caballeros.

Los libertos dispusieron desde época clásica en Roma de un doble instituto⁴⁷ para acercarse, e incluso equipararse, a los ingenuos: el *ius annulorum aureorum* y la *restitutio natalium*⁴⁸.

t. I, Lugduni apud J. Thenet, 1715, pp. 544-545: «*De iure aureorum... 1. Restituti a natalibus a Principe per omnia fiunt ingenui. 2. Usus aureorum annulorum cuinam concessus? 3. Dispensatio in uno non infert dispensationem in alio. 4. An bodie manumissus statim fiat ingenuus et cujusnam respectu? Qui natalibus restituntur a Principe scilicet solo non vero civitate... Sed aureorum annulorum usus dabatur etiam ditioribus, tanquam imago ingenuitatis, non vero ingenuitas. Erat enim quasi quaedam dispensatio, qua non obstante libertinitate libertis dabatur ius aureorum annulorum. 3. Unde collige, dispensationem in uno non inferre dispensationem in alio, quia dispensatio non facile extenditur...; Thomas Sanchez libr. 8 de matrimonio disp. 1 num. 3 ubi omnes doctores ita sentire scribit. Sed bodie, qui manumittitur, statim fit ingenuus, scilicet aliorum respectu, non vero patroni, cui jus suum patronatus semper illaesum*», con remisión a otros autores.

⁴⁷ El Derecho romano recogió ambos institutos en las fuentes jurídicas del período clásico y posclásico, pero también incorporó algunas de disposiciones novedosas en la Compilación de Justiniano. En el Digesto, lib. 40, tit. 10: *De iure aureorum annulorum*; seis leyes; en la misma parte del Corpus Iuris Civilis, lib. 40, tit. 11: *De natalibus restituendis*: cinco leyes; en el Código *repetitae praelectionis* o *revisus*, lib. 6, tit. 8: *De iure aureorum annulorum et de natalibus restituendis*: dos leyes. Finalmente, la Novela 79, caps. 1 y 2: *Ut liberti de cetero aureo non indigeant annulo: et ut pristinis restituantur natalibus*: cinco leyes.. Cf. A. X. PÉREZ Y LÓPEZ, *Teatro de la legislación universal de España e Indias por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopiladas*, t. XVI, Madrid 1797, pp. 284-285. Cf. G. COUSIN, *Brevis et accurata iuris utriusque descriptio. In quo non solum Iuris Pontificii et Caesaris structura proponitur, sed et singularum personarum officia tribus libris ex titulorum serie designantur*, Parisiis, apud Cl. Rigaud, 1609, p. 58.

⁴⁸ F. HOTMAN, *Epitomatorum in Pandectas libri XII*, en *Operum*, t. I.1, Lugduni 1599, cols. 17-18: «*Naturalium nomine continentur etiam, qui passim, non iusti, aut spurii, aut vulgo quaesiti appellantur, id est, qui vel nullum habet patrem certum, vel eum habent qui iure civili pro iusto non habetur, veluti qui ex nuptiis sine patris consensu contractis nati sunt, aut ex ea quae in hostium erat potestate, aut quae ex adulterio, stupro, vel incesto concepit. Ibid., cols. 16-17: Libertis triplex beneficium paratum fuit: ius Quiritium, ius annulorum aureorum, et ius natalium (los patronos en el primer caso). Ius annulorum aureorum donabantur, quibus non modo ingeniorum ius magna ex parte, sed etiam equestris dignitas tribuebatur; cuius dignitatis insigne fuisse aureum annulum, satis constat, cum liberti ferre uterentur... Horum autem condicio haec erat, ut quasi ingenui viverent, quasi liberti morerentur: hoc est, ut si in testamento patronos praetermississent, adversus eorum tabulas honorum possessio bis deferretur... atqui et vestis albae nitore et aurei anuli honore, et patroni nomine ac tribu mensaque honoratur. Ius natalium fuit cum Princeps omne patronatus ius extinguerebat, et libertum iis natalibus restituebat, quibus naturae iure, ante ius gentium descriptum, omnes homines utebantur: cui et servitus et libertas fuit incognita. Qua de causa plane pro ingenuis habebantur, nec patronum agnoscebant, nec ei operas, vel obsequium vel honorem debebant. Itaque plerumque patroni consensu id fiebat, vel eius filii... At novo Iustiniani instituto libertis omnibus ultro tria beneficia illa delata sunt, salvo tamen patronatus iure. Novelas 74 y 78. Cf. L. MENCKENII, *Tractatio synoptica Pandectarum theoretico-practica, juri communi usuique moderno imperii, et praecipue saxonico accommodata, ex iure iustiniano, canonico, recessuum imperii et saxonico, tam constituto quam recepto, collecta, ita ut vice supplementi Lauterbachiani esse queat, facilitatis ajuvanda gratia in docendo, apreprendendo, repetendoque iure Digestorum in tabulas redacta et axiomatibus applicatis illustrata*, Lipsiae 1713, p. 492: D. 40, 11. «*De natalibus restituendis. Natalium restitutionem, qua, consentiente patrono, libertus iis natalibus restituitur, in quibus ab initio omnes homines fuerunt. Haec a Principe impetrata a Nov. 78 c. 1. 2 plenissimam ingenuitatem tribuit, et jus patroni penitus extinguit dum restitutus maculam servitutis nunquam sustinuisse. Unde reverentiae debitum et succedendi jus quoque perit... De iure aureorum. Dationem juris gestandi aureos annulos,**

Se trata del derecho a anillo de los caballeros, que era de oro, y de la restitución del nacimiento como titular jurídico, que no había tenido lugar a causa del defecto producido por la situación de esclavitud, ya que en las uniones ilegítimas el hijo sigue la condición de la madre en el momento del parto⁴⁹, por lo que el nacido de esclava seguía la condición de esclavo.

El primero de los privilegios citados consistía en solicitar singularmente al emperador el llevar el anillo de oro, que era exclusivo de los senadores y miembros del *ordo equester*⁵⁰, a fin de distinguirse de la masa ciudadana o plebe, tal como refiere Plinio⁵¹. Con este procedimiento, el liberto se insertaba

liberti enim ferreis utebantur annulis, patronis consentientibus factam tribuit enim ea jura ingenuitatis salvo jure patronatus, tam quoad testandam reverentiam, quam quoad dandam successionem.

49 G. von WIDMONT, *Commentarius ad Digesta, et ius universum, vetus, novum et novissimum tum imperiale tum pontificium in suas partes divisus, quibus accessit lucubrario et pars septima* auctore L. Al Verlohner. Pars VI. Collegiorum in Pandectas, Ingolstadii 1720, pp. 406-408: D. 40, 10: «De jure aureorum annulorum. Servi manumissi ex libertinitate non veram, sed quasi ingenuitatem fuerunt consecuti, si jus gestandi aureos annulos obtinuerint. Imperator Justinianus non tantum sustulit differentiam inter libertinos, sed eos etiam in romanorum civium, imo et ingenuorum numerum cum jure gestandi aureos annulos retulit». Ibid., pp. 408-409: D. 40, 11: «De natalibus restituendis. 1. Restitutio natalium a Principe et patrono consentiente obtenta tribuit alicui plenam ingenuitatem etiam effectibus juris patronatus extinctis. 2. Refertur differentia inter banc restitutionem et jus aureorum annulorum. 3. Postea fuit tam jus aureorum annulorum, quam natalium restitutio ex solo manumissionis actu ab ipso jure obtenga salvo tamen patronatus jure. Libertus obtento aureorum annulorum jure ingens fuerit consecutus privilegium, illud tamen, si a Principe sit restitutus natalibus, erat pinguius, cum tunc fuerit comparatus illis, quales ab initio jure naturali spectato fuerunt omnes, hoc tamen non facile concedebatur a Principe, nisi Patrono consentiente et merito, cum talis restitutio ejus praedictum propter jus patronatus tam quoad obsequium et honorem, quam etiam accusationem ingrati amissum respexerit. Modestinus ait, quod libertinus natalibus restitutus perinde pro ingenuo habeatur, acsi medio tempore servitutis maculam non sustinisset, consequenter natalium restitutio omnem debebat servitutis notam, non autem impetratum jus aureorum annulorum ob permanentia adhuc patronatus jura. Haec quidem tam diu processerunt, donec manumissorum et libertorum conditio inter se aequiparata, et ab imperatore Justiniano constitutum fuerit, ut quisquis tunc esset manumissus aut deinceps manumitteretur, hoc ipso tanquam civis romanus factus necessario jus aureorum annulorum, et regenerationis haberet, nec amplius impetratione juris aureorum annulorum, vel restitutione natalium indigeret, sed utrumque beneficium a lege concessum fuit jure tamen patronatus illaeso..., cum ingenuus sit ille, qui quam primum natus est, liber est, libertinus, qui ex justa servitute manumissus fuit, deinde videtur inferri posse, quod idem homo servus captivitate factus, et denuo manumissus fuerit antiquitus ingenuus et libertinus: quod probatur, nam ingenuus est ille, qui statim ut natus est, liber est, et libertinus est, qui ex justa servitute manumissus est, atqui utraque definitio potest homini captivitate servo facto, et denuo manumisso accommodari, ergo etc. Respondo ad maior: distinguendo, ingenuus est ille qui statim ut natus est, liber est, si nunquam redigatur in servitutum concedo, si vero redigatur in servitutum, et denuo manumittatur, sic nego maior: nam eo ipso, cum quis semel servus factus fuerit, ingenuitatem amisit, adeo ut post manumissionem non ingenuus, sed libertinus dictus fuerit.

50 Cf. BALDI UBALDI, perusini, *In sextum Codicis librum commentariam, Alexandri Imolensis, Andreae Bartatae, Celsi, Philippique Decii adnotationibus illustrata, Venetiis, apud Iuntas, 1615, fol. 26rv: «Ius aureorum annulorum non est vera restitutio natalium: sed habet similitudinem eius. Imago non prerepresentat proprium esse rei, sed similitudinem. Qui producit instrumenta legitimationis, ex hoc probat se illegitime natum, quia omnis dispensatio praesupponit veritatem in contrarium esse, quod est notatu dignum... Ius originis non potest mutari, nisi per fictionem.*

51 Plinio, *Naturalis Historia*, libro 33, cap. 1. Así lo refiere con toda nitidez Dioniso Godofredo, en sus notas a las fuentes: *Codicis Iustiniani D. N. Sacratissimi principis PP. Augusti Repetitae praelectionis libri XII. Notis Dionysii Gotbofredi*, p. 483: C. Iust. 6, 8: *De iure aureorum aureorum et de natalibus...*

en dicho grupo social, y en la condición de hombre libre, pero pervivía el derecho de patronato⁵².

El origen de los anillos de oro, característicos del *ordo equester* en los dos últimos siglos de la República romana, frente a los de hierro que usaban los libertos, proviene, según los historiadores romanos, del hecho realizado por el general cartaginés Aníbal⁵³.

Natalibus restitutus sit ingenuus. Qui ius anulorum aureorum impetrabat non fiebat ingenuus, deterioris sint conditionis hi quam illi... borum honor augetur, conditio non mutatur. Hodie iuris utriusque sublata videtur differentia, saltem videtur confusio, dum utrumque libertinis omnibus a lege tribuitur Nov. 78. Cf. U. HUBERI, Praelectionum juris romani. Pars III. Quae est ad libros unum et triginta posteriores Pandectarum, Franequerae 1701, p. 504: «D. 40, 10 y 11. Tit. X. De iure aureorum, docet, ingenuitatem consequi libertinos, quibus princeps aurei annuli gestandi jus dedit, at salvo jure patronatus. Justinianus aureorum annulorum jus omnibus indistincte libertinis concessit. Nov. 78 De natalibus restituendis docet, eos qui natalibus a Principe restituuntur, jus plenissimum ingenuitatis adipisci, ut nec obsequium patrono debeant, nec ut ingrati accusari queant, secus ac is, qui aureis annulis donatum., sed princeps neminem facile restituebat, nisi consentiente patrono eiusque filio.»

52 M. WESENBECK, *Commentaria in Pandectas Iuris civilis et Codicis iustiniani libros*, Coloniae Agrtipinae 1640, p. 610: «*Sciendum est, manumissus non modo libertatem ac ius civitatis, sed quandoque ingenuitatem, ac nobilitatem consequi. Nobilitatem, hoc est, equestrem dignitatem consequuntur hi, qui ius aureorum annulorum a Principe impetrarunt. Nam cum hoc gestare nulli, quam equestris ordinis hominibus, fas olim esset: merito concessa annulorum aureorum usurpatione, ipsam quoque ordinis dignitatem Princeps concessisse videbatur... Ius anulorum aureorum minus olim fuit natalium restitutione. Tribuebat enim tantum imaginem libertatis ad vitam, non merum ius ingenuitatis, quia salvum manebat patrono ius successionis. Natalium autem restitutio ingenuitatem restituebat. Haec quondam obtinuerunt: caeterum Justinianus Novell. 78, quod olim privilegii loco dabatur, id generali constitutione omnibus libertis quemadmodum et ius Quiritium. De Natalibus restituendis: Ingenuitatem consequitur manumissus, qui ex ingenua natum se docet, aut qui a Principe natalibus restituitur, in quibus omnes homines initio fuerunt: videlicet ingenuitatis, non in quibus ipse servus nascebatur, in quam ingenuitatem omnes manumissos restituisset tandem, remittente praesertim ius suum manumisso. Justinianus videtur, scilicet ut potius ingenuis quam libertinis republica repletur. Pro restitutione natalium nostris est legitimitas, quae fit per subsequens matrimonium, aut oblationem olim curiae factam, moribus solius Principis indulto. Legitimationem moribus fieri, solius Principis indulto». Cf. B. A. RODRÍGUEZ DE FONSECA, op. cit., t. 14, Madrid 1790, pp. 370-372: D. 40, 10. *De iure aureorum annulorum*. Concuerta con el tit. 8 lib. 6 Cod. Aquellos a quienes se les concedía la dignidad equestre, cuya insignia era un anillo de oro, aunque fuesen libertos, gozaban privilegios de ingenuos; y sin perjuicio del derecho de patronato de sus patronos, obtenían privilegios de nobles, y podían contraer matrimonio con las que lo eran. Por Derecho de las Auténticas los libertos gozan también privilegios de ingenuos. Por este privilegio no se privaba a los patronos del derecho de patronato. La dignidad equestre obtenida por el liberto, sin el consentimiento de su patrono no es válida, porque aunque no le priva respecto el derecho de sucesión, le perjudica en otras cosas. Las mujeres podían obtener los privilegios del anillo de oro y derechos de ingenuidad, pudiendo ser restituidas en su defecto de nacimiento, y poder casarse con nobles. Muy clara es la exposición de Jo. FABRI, *Breviarium super VI, VII, VIII et IX Codicis*, Lugduni 1537, fol. 7r: «*De iure anulorum... Natales antiquos. Id est, naturalis libertas. Potuit consentire patrono. Quoad Aureorum. Vivebant ut ingenui, quo ad honores: et moriebantur ut libertini, quo ad contra tabulas.*»*

53 Este general cartaginés, después de la batalla de Cannas, envió a Cartago modios, (medida de capacidad para sólidos equivalentes a 6 kg. y 503 mg, y en correspondencia moderna a ocho litros y 753 ml (D. 5, 1, 38 y 50, 16, 22). Vid. A. BAUDRILLART, en *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines*, Daremberg-Saglio, t. III-2ª parte, Graz 1969, pp. 1957-1958, s. v. *modius*; F. GUTIÉRREZ ALVIZ, *Diccionario de Derecho romano*, 2ª ed., Madrid 1948, p. 412, s. v. *modius*), llenos de anillos de oro, para mostrar la multitud de caballeros romanos que habían muerto en aquel combate. Tito Livio, *Ab urbe condita*, lib. 23; Valerio Máximo, *Facta et dicta memorabilia libri IX*, lib. 7, c. 2 n. 13. Solo los caballeros

El segundo privilegio, recordado bajo el emperador Marco Aurelio como un instituto que estaba vigente desde hacía mucho tiempo, era un beneficio concedido directamente por el *Princeps*⁵⁴, mediante el cual los libertos pasaban a ingenuos⁵⁵, en tal consideración que era como si nunca hubieran vivido en esclavitud, cesando toda relación de patronato: D. 40, 11, 2 y 3, aunque se precisaría el consentimiento del patrono, conforme a D. 40, 11, 5, con la finalidad de no causar perjuicio a terceros interesados, como podían ser los titulares de posibles derechos hereditarios⁵⁶.

romanos llevaban antiguamente los anillos de oro, y los emperadores daban esta insignia a los que deseaban admitir al orden ecuestre.

54 La diferencia con la restitución por el defecto de nacimiento, cf. AZONIS, *Summa super Codicem, Instituta, Extraordinaria*, Augustae Taurinorum 1966, p. 218: «*De iure aureorum annulorum et natalium restituentis. Hodie omnes liberti pro ingenuis reputantur hoc est quod dicitur quod habent ius regenerationis quia renati videntur ingenui hoc respectu ceterorum scilicet hominum vel rerum, puta matrimoniorum vel dignitatum. Patrono autem nihil omnino in iure patronatus praeiudicatur. De restitutione natalium: Restituitur autem quis natalibus per solum principem, et patrono consentiente non invito... loquor autem de natalibus in quibus initio omnes homines fuerunt, non in quibus ipse nascitur cum servus natus est... et ita demum perficit ei privilegium si principi veritatem de nativitate sua affirmaverit, nam si ex ingenua dixit se natum nihil ei perficit... Est autem maximus effectus privilegii huius quia quantum ad omnia omnino reputatur pro ingenuo etiam respectu patroni. Nam nec ei debet reverentiam nec in servitute potest ab eo revocari nec potest petere bonorum possessionem contra tabulas in bonis eius.*»

55 Cf. BARTOLI, *In Institutiones et Authenticas commentaria. Eiusdem tractatus XXXIX*, op. et st. Iac. Concenatii, Basileae 1562, Super Authenticas collat. VI, tit. VI: Ut liberti de caetero, p. 191: 2. *Manumissus efficitur ingenuus, et consequitur ius aureorum annulorum. Concesso aliquo, ea omnia concessa videntur, quae illud ad plenum faciunt. Perfectis. Si dominus servum quandoque manumittit, civem romanum denunciat, et ius annulorum aureorum et regenerationis ex ipsa manumissione manumissus consequitur, patrono iure manumissionis per omnia reservato, nisi ab eo fuerit remissum, tunc tamen ius patronatus in hoc sibi reservatur, ut ei reverentia habeatur, et ex certis ingratitudinis causis, licet in servitute revocare... Ille qui manumittitur efficitur ingenuus, ideo quia ius annulorum aureorum et regenerationis consequitur ex ipsa libertatis datione... ius patronatus non perditur, nisi expresse remittatur, tunc enim solum reverentia et ius revocandi in servitute certis ex causis patrono reservantur.* BARTOLI, *In duodecim libros Codicis commentaria*, Basileae 1562, p. 525, Ley II: *Ius annulorum aureorum non facit imaginarie natalium restitutionem, sed vere.* BARTOLI A SAXOFERRATO, *Commentaria, t. VIII. In secundam Codicis partem*, Venetiis apud Iuntas, 1615, fol. 168v: fol. 7v. BARTOLI A SAXOFERRATO, *Commentaria, t. V. In primam Digesti Novi partem*, Venetiis, apud Iuntas, 1615, fol. 70r, no comenta el título *de natalibus restituendis*, pero en el título X, *de iure aureorum anulorum*, matiza: «*Divus Commodus. Nota ad illud an comites, qui possunt ex rescripto Principis legitimare, possint spurium legitimare, non vocatis his, quorum interest.*» Io. FABRI, *burdigalensis, Renovatae, Annotationes Codicis breviariarum nuncupatae, adiectis duobus itidem renovatis vetustis non minus utilibus tractatibus: quorum prior est De quaestionibus et torturis: posterior vero De insignibus et armis*, Lugduni, apud F. Fabrum, 1594, p. 245: «*Ad legem Natales antiquos. Id est, naturalis libertas. Ait Potuit: consentire patrono. Ad l. aureorum 2: ait quod vivunt. Vivebant ut ingenui quo ad honores et moriebantur ut libertini, quo ad contra tabulas. Additio, nota singularis: quod scholaris habetur pro cive quoad commoda: alias secus glosa et doctores.*»

56 A. FABRI, *Rationalia in Pandectas*, t. I, Lugduni 1659, p. 61: Comentando D. 1, 7, 46, en la expresión *libertinum manere*, afirma que «*ratio dubitandi. Quisquis est in potestate, sive adoptione, sive iustis nuptiis quaesitus, is est ingenuus. Non enim potest nasci ex iustis nuptiis nisi qui nascitur ex utroque parente libero, neque adrogari qui non est ingenuus. Ergo et qui beneficio principis pro iusto filio habetur (el defecto de nacimiento se puede suplir por el Príncipe, quia est viva lex, et supra leges omnes). Ratio decidendi. Fuit hic ex iusta servitute manumissus, ergo libertinus. Nam nec*

La diferencia entre uno y otro remedio consistía en que el primero de los citados no hacía desaparecer el derecho de patronato: D. 40, 10, 2; C. I. 6, 8, 2⁵⁷, mientras que el beneficio de la restitución del nacimiento disolvía todos

a principe potest natalibus restitui nisi consentiente patrono, l. pen et ult. De natalibus restituendis. Cf. F. CONNANI, parisiensis, *Commentariorum Iuris Civilis libri X, argumentis tum ante singulorum librorum capita, tum cuiusque legis numero atque ordine in margine annotatis, per D. F. Homanum exornati*, Basileae 1557, 185-191: *De iure aureorum annulorum et natalibus restituendis. Plus est enim ingenuum esse, quam donatum aureis annulis. Illud ab ipso nos ortu fuisse liberos ostendit, hoc delet quidem servitutis maculam, et eluit quantum potest, sic tamen, ut litura semper extet. Proprius accedit ad naturam restitutio natalium, quae omnia secum affert commoda naturalis ingenuitatis. Diocletianus et Maximianus... Aureorum usus annullorum beneficio principali tributis libertinitatis, chupad vivunt, imaginem, non statum ingenuitatis praestat. Natalibus autem antiquis restituti liberti, ingenui nostro constituuntur beneficio. Sed si ius annullorum accepit libertus, puto eum reverentiam patrono exhibere debere, quamvis omnia ingenuitatis munia habeas. Aliud est, si natalibus sit restitutus. Nam princeps ingenuum facit. Itaque honor hic aureorum annulorum non eximit libertum e culco, Itaque datur ab Imperatoribus nonnunquam libertis ius eorum, quos scilicet maiori honore volunt afficere: quod libertinis hominibus vetitum erat auri quicumque gestare... clementia principis primae suae conditioni quandoque restituebat. Nam id solum principem potuisse, ut de iure annullorum diximus, certum est. Dioc. et Max. Natales antiquos et ius ingenuitatis non ordo praestare decorionum, sed a nobis peti potuit, Nam ut relegatum aut deportatum solus princeps restituit, ita et eum qui servitutis nota affectus est. A principe natalibus suis restitutum, eum qui se ingenuum natum principi affirmaverat, si ex ancilla natus est, nihil videri impetrasse.. Profecto qui falsis et mendacibus verbis beneficium principis obtinuit, dignus est qui eo careat. Sed hoc responsum Ulpiani retuli, ut ostenderem, restituendorum natalium morem ab iis coepisse, qui ingenui nati, postea serviliter vixerant. Quod etiam ex Modestino constat, qui scribit: Libertinus, qui natalibus... sustinisset. Unde etiam videtur esse natus hic loquendi modus, ut natalibus restituantur, id est, ad eam conditionem reducantur, qua erant suo natali die. Post ea tamen usurpatum est hoc etiam in iis qui servi nati erant: nec in iis immutatus loquendi modus, habita ratione ad primam hominum nativitatem, quae liberam cuique arbitrato suo vivendi licentiam, modo iniuria abesset, afferebat Martianus: Interdum et si servi... Illis enim utique natalibus restituitur, in quibus in initio omnes homines fuerunt, non in quibus ipse nascitur, cum servis natus est. Ex hoc enim quantum ad totum ius attinet, perinde habetur atque si ingenuus natus esset: nec patronus eius potest ad successionem venire. Ideoque Imperatores non facile solent quemquam natalibus restituere, nisi consentiente patrono. Non enim vere est ingenuus, qui obsequi patrono, eique partem bonorum relinquere cogitur. Itaque restitui quisquam natalibus salvo patroni iure non potest, quod haec sibi repugnent, ingenuum esse, et patronum habere: quin ipsa memoria patroni beneficio principis extinguitur. Sed cum dicta Martianus imperatores non facile quemquam natalibus restituere, nisi patronus assentiat: videtur significare quandoque solere fieri. Quod non puto, nisi cum aliquo suo illustri facto, et in republicam merito videtur dignus libertus, qui hoc beneficii consequatur, atque ea conditione, ut ius patronatus aestimetur et solvatur domino. Nam ut ait Modestinus: Patrono... Ius autem patroni beneficio impetrato adimitur, Quin etiam, ut subjicit Paulus: nec filio... Quam Iustinianus qui novella sua constitutione, ut liberti de caetero aureo non indigeant annulo, quanquam sanxisset, ut quicumque manumitterentur, et civitatem romanam et ius aureorum annulorum haberent, ac si novo ortu per manumissionem essent generati: ius tamen patronis vult saluum manere». Así lo expresa J. DOMAT, *Legum delectus ex libris Digestorum et Codicis, ad usum Scholae et fori, accesserunt singulis legibus suae summae earum sententiam brevi complexae*, en *Les lois civiles dans leur ordre naturel, Le droit public, et Legum delectus*, nouv. éd., t. III, Paris 1777, p. 168: D. 40, 11: *De natalibus restituendis*. «Ce titre pourroit convenir aux Legitimés part Lettres du Prince. Ley 1: *Imperatores non facile solent quemquam natalibus restituere, nisi consentiente patrono... In marg.: Beneficia principum sic conceduntur ne aliis noceant*».*

⁵⁷ Una síntesis de los dos privilegios y su eficacia, también en la Recepción, vid. PAULI CASTRENSIS, *In secundam Codicis partem commentaria, cum multis tum D. F. Curtii, tum etiam aliorum quorundam praestantis. virorum adnotationibus illustrata*, Venetiis 1594, fol. 15r: *«Si aliqui clerici vel religiosi fuerint exempti ab iurisdictione archiepiscopi, nihilominus remanet reverentia, quam debent habere ad ipsum; immo in introitu eius debent ei honorem, quem alii faciunt... quando princeps concedit*

los derechos que pudiera tener el patrono y borraba cualquier marca de la esclavitud⁵⁸.

Justiniano, en el siglo VI d. C., igualó la condición de ingenuos y libertos, a través de la Novela 78, caps. 1 y 2⁵⁹, por lo que se refería a los derechos públicos y privados, concediendo a estos últimos el derecho del anillo de los caballeros, aparte de la *restitutio natalium*⁶⁰, pero mantuvo el derecho de

restitutionem in natalibus etiam reverentia tollitur, lo que no ocurre con la exención episcopal, ya que las dos conductas no puede remitirlas el prelado, de modo que el *honor et reverentia* permanecen, lo que no se aplica si el patrono por un delito pierde el derecho de patronato, ya que entonces desaparecen ambas obligaciones. Ibid., fols. 16v-17r: «*De iure anulorum aureorum. Lex prima, differentia inter ius annulorum aureorum et restituere natalibus, et a quibus ista concedantur. Remitte. Olim libertus non poterat portare annulos aureos, hoc non competebat, nisi ingenuis hominibus, et civibus romanis, nec poterant portare togam, ut discernentur ab ingenuis... Sed interdum impetrabant ab Imperatore, ut possent annulos aureos portare, ut in isto titulo, et etiam togas, ut in de iure fisci l. sed si accepto, pero hoc tamen non efficiebantur ingenui, nec mutabant statum, sed obumbrabant, ut quantum ad hunc actum haberentur pro ingenuis et sic erat quaedam dispensatio, ut non obstante defectu libertinitatis possent uti annulis. In aliis ergo habebantur pro libertis, quia dispensatio poterat fieri, quo ad quoddam et quo ad alia non. Si autem restituebantur natalibus mutabant statum et efficiebantur ingenui, sicut si fuissent nati liberi in omnibus, et per omnia, quia ista restitutio erat quo ad omnia, cum quis non possit esse in duplici statu... et quaedam erat reintegratio utilis, et non erat fictus ingenuus, sed verus, quia princeps in his, quae consistunt in iure, non inducit fictionem, sed veritatem... Et sic legitimatus est vere legitimus, ac si fuisset legitime natus... Ibid., fol. 17r: Non potest aliqua communitas per privilegium vel statutum legitimize spurium, sicut nec restituere famam, nec alia quae princeps sibi reservat, sed est quaestio an saltem possit circa spurium dispensare, ut non obstante defectu natalium, quem non potest tollere, possit patri succedere. Fuit quaestio disputata... quod non, Baldus tenet hoc in spurio nato ex incestuoso vel adulterino coitu, ne detur materia delinquendi: sed in aliis tenet contrarium, quia sicut lex facit spurium habilem ad succedendum matri, si non est illustris, ita potest statutum facere habilem ad succedendum patri, quia successiones sunt de iure civili positivo. Hodie autem in liberto non est necessaria impetratio anulorum aureorum, nec restitutio natalium: quia statim, quod sunt manumissi, efficiuntur cives romani et ingenui per l. imperialem, in Authentica ut liberti de caetero posita hic, quae incipit sed hodie, sed non obstante hac ingenuitate propter quam possunt potiri oneribus et dignitatibus nihilominus ius patronatus reservate patronis, ut etiam propter offensam possint eos deducere in servitutem, nisi ius patronatus remiserint, quia tunc non nisi ex ceitis causis. Et sic licet olim essent tria genera personarum, scilicet servi, liberti et ingenui, hodie non sunt nisi duo, servi et ingenui.*

58 A. ALCIATI, *Opera omnia, in quatuor tomos legitime digesta*, Francofurti 1617, col. 826: «*Si filius naturalis erat, deinde enim pater legitimum fecerit, Natalium restitutio ex communi doctorum sententia retrotrahitur*». Vid. P. BONFANTE, *Corso di Diritto romano, vol. I. Diritto di famiglia*, Milano 1963, pp. 233-245; M. MARRONE, *Istituzioni di Diritto romano*, Palermo 1989, pp. 274-277; D. DALLA – R. LAMBERTINI, *Istituzioni di Diritto romano*, 3ª ed., Torino 2006, pp. 70-71.

59 H. AGYLAEI, *Ad ea quae in Novellis Iustiniani constitutionibus ius civili attingunt, liber singularis*, Coloniae 1558, fol. s. n. rv: «*Const. 78. Paucis bis versibus circumscribitur. In marg. Abrogatur titulus C. de iure aureorum annulorum, vide autem eundem titulum Digestorum... Si quis libertam ancillamve suam... qui ante id tempus ipsi ex iis nati liberi erunt, omissa aureorum annulorum nataliumque restitutionis petitione, ingenui tamen sunt...*».

60 A. PEREZI, *Praelectiones in duodecim libros Codicis Justiniani imp.*, t. I, Coloniae Allobrogum 1740, p. 444: «*C. Iust. 6, 8. De iure aureorum annulorum et de natalibus restituendis. 1. Quid natalium restituito, et de consensu patroni. 2. Quo differebat a iure aureorum annulorum. 3. Quibus hoc jus communicatum. 4. Manumissus eo ipso hoc jus aureorum annulorum habet. 1. Ab obsequiis et proinde a iudicio ingrati exempti sunt libertini, natalibus a Principe restituti, ley 1 hoc titulo, quia per omnia et omnibus ingenui sunt, ley 2 & 1, nec juri patronatus amplius obnoxii. Ideoque Princeps non facile solet quemquam natalibus restituere, nisi consentiente patrono. Neque enim invito alicui jus quaesitum est eripiendum; nisi quis se ex ingenua natum ostenderit; tunc enim non inspicitur patroni voluntas,*

patronato⁶¹, cuyo contenido tuvo siempre un carácter y función estrictamente patrimonial⁶².

Vigel enumera en la Edad Moderna las dieciséis causas por las cuales se pierde el derecho de patronato, cuya procedencia fundamental del Derecho justiniano resulta evidente⁶³, haciendo constar las excepciones que podían

quod verus illi patronus non sit, qui ingenuus est. 2. Itaque natalium restitutio omnem debebat servitutis notam; non item jus aureorum annulorum, quod quidem efficiebat libertos velut ingenuos, sed non omnino; quia salva adhuc patrono relinquebantur jura successionum, et salvo jure patronatus ingenui fiebant, ita ut recte dicant imperatores eos libertinitatis imaginem, quoad vivunt, habere; non item statum ingenuitatis, cum moriantur, quasi liberti, vel servi. Jus aureorum annulorum erat licentia gestandi aureos annulos, quod non nisi ingenuis, utpote nobilibus et senatoribus permittebatur, ut ita distinguerentur a plebe. Deinde libertis aliisque personis concessum, quibus non dabatur aditus ad ea munera, vel ad dignitates, quae non nisi Equestris Ordinis hominibus patebant. Erat enim hic Ordo seminarium Senatus, et proximus dignitate. Et haec ita obtinuerunt, donec manumissorum et libertorum aequata fuit conditio, et a Justiniano constitutum, ut quisquis tunc esset manumissus, aut deinceps manumitteretur, tanquam hoc ipso factus civis Romanus, necessario jus aureorum annulorum et generationis haberet, censereturque, ut libertus non amplius indigeat aureo annulo, et un pristinis restituatur natalibus. Sicque beneficio legis restitutio natalium et jus aureorum annulorum concessum liquet libertis, cum olim non posset dari, nisi a solo Imperatore: Cujacius lib. 7 Obs. Cap. 14. Cicero 5 in Verrem: Imperatores nostri superatis hostibus et Republica optime gesta, strenues annulis aureis in concione donarunt.

61 J. CRUCEUS PICARDUS, *Annotationes ad Institutiones, Pandectas, et Codicem Flavii Iustiniani sacratissimi Principis, ex variis probatissimorum auctorum scriptis concinnatae*, Lugduni apud Io. Tornaesium et G. Gazeium, 1558, p. 419: «De iure aureorum annulorum, tit. X: Olim libertis in signum ingenuitatis dabatur a Principe aureus annulus: nam et si a dominis servitute erant liberati, nulla tamen iura ingenuitatis concedebantur. Itaque multi, ut suam conditionem redderent meliorem, impetrabant ius aureorum annulorum a Principe, quo illis plena ingenuitas, videlicet in contrahendis matrimoniis cum ingenuis et consequendis honoribus, dabatur. Adimitur ius patrono in libertum variis ex causis: in totum, si libertus a Principe, patrono consentiente, natalibus, id est, ingenuitati et libertati naturali, in qua primum et ante constitutas Respublicas omnes homines fuerunt, restituitur. Nam sic restitutus adeo eximitur potestate patroni, ut nec reverentiam illi debeat, nec potest ingratus ab eo revocari in servitutum. Maculam servitutis non sustinisset. Translate dicitur maculam servitutis». Cf. A. CORVINI a Belderer, *Iurisprudentiae romanae summarium, seu Codicis Iustiniani methodica enarratio*, Amstelodami 1655, p. 363: «De iure aureorum annulorum et de natalibus restituendis. Explicatis tribus juris patronatus partibus (opera, bona et successio, obsequium), videndum an hoc jus, liberto ad ingenuitatem promotum, tollatur. Ad ingenuitatem libertus duobus modis pervenit. Uno si jus aureorum annulorum impetret: Altero si natalibus restituatur. Ius aureorum annulorum libertus qui impetravit, pro ingenuo habetur, neque patrono ullum officium (excepta reverentia) operamve debet: quamdiu puta vivit. Nam, ut ait Ulpianus, quasi ingenuus vivit, tanquam libertus moritur, id est, adversus ejus tabulas patronus praeteritus bonorum possessionem obtinet. Erat annulus aureus insigne ordinis equestris, non tamen qui jus aureorum annulorum impetraverant erant equites, cum et illud foeminae impetrarent. Imo nec omnes equites aureum annulum gestare poterant, sed tantum ii qui quingenta sestertium in censu habebant. Natalibus, qui a Principe (is enim solus, non ordo Decurionum, hoc facit) restituitur, perinde habetur ac si ingenuus natus esset, nec patronus ejus ad successionem potest venire. Illis enim utique natalibus restituuntur, in quibus initio omnes homines fuerunt, unde et natales antiqui dicuntur. Non in quibus natus est cum servus esset. Nec jus aureorum annulorum impetrat libertus, nec eum natalibus restituit Princeps, nisi patronus, consentiat. Iure novissimo, ex constitutione Iustiniani, ad libertatem perducti statim vi solius manumissionis, id est, sine speciali Principis permissu, jus aureorum annulorum habent, et natalibus intelliguntur restituti, salvo tamen jure patronatus».

62 Vid. E. VOLTERRA, *Istituzioni di Diritto privato romano*, Roma 1972, pp. 85-88..

63 cf. N. VIGELII, *Digestorum pars secunda: De iure quod in personis habemus, cum suis causis et actionibus*, Basileae 1584, cols. 2227-2238.

surgir en su aplicación, y entre las que figuran la *restitutio natalium* y la manumisión⁶⁴.

El Derecho canónico previó la inhabilidad de los hijos ilegítimos para acceder al estado clerical, a no ser que el candidato obtuviera la dispensa del obispo, y todavía menos capacidad tendría en caso de pretender una dignidad eclesiástica, como el episcopado.

Este instituto se conoce con el nombre de irregularidad⁶⁵, y es la inhabilidad o impedimento canónico, por razón del cual alguien resulta inhábil para acceder a la primera tonsura o estado clerical y para recibir las órdenes sagradas o para ejercer las que ya ha recibido⁶⁶.

64 «*De amittendo iure patronatus, cap. II. I. Causae ex quibus amittitur ius patronatus et libertus efficitur ingenuus. Prima causa: Si patronus iureiurando adegit libertum, ne uxorem ducat: vel libertam, ne nubat, liberose tollat: ius patronatus in eo amittit... Secunda causa: si mercedem vel precium operarum a liberto patronus stipulatus est, vel operas eius locat, aut mercedem pro iis capit: ius patronatus perdit. Eius autem exceptio prima est: Nisi libertus sponte mercedem operarum patrono praestet, vel operas eius locari postulet. III Causa: Si patronus, qui ex causa fideicommissi ancillam sibi legatam manumisit, tutor in eodem testamento datus, a tutela se excusavit... IIII Causa: Si patronus ius patronatus liberto remisit... V. Causa: Si libertus, conniventibus patronis, cum ancillis vel colonis Imperatoris consortium elegerit... VI. Causa: Si consentiente patrono liberta nupserit... VII. Causa: Si patronus liberto non praestiterit alimenta... VIII. Causa: si patronus iudicio publico sit damnatus... IX. Causa: si libertus sit deportatus, vel in metallum damnatus: Haec causa ipso quidem iure subsistit, verum eius exceptio haec est: Nisi libertus sit restitutus, et poena liberatus. X. Causa: Si libertus adrogatus sit... XI. Causa: Si libertus ingenuus sit pronunciat... XII. Causa: Si patronus libertum adrogaverit. XIII. Causa: Pactis privatis libertus non efficitur ingenuus... XIII. Causa: Si libertus ius aureorum annulorum impetrauit, ut ingenuus habetur... Ibid., cols. 2236-2237: XV. Causa: Si libertus natalibus sit restitutus, ingenuus habetur. Quae causa ingenuitatis approbatur l. 2 ff. De natalibus restituendis, hisce verbis: Interdum etsi servi nati sint... nec patronus eius potest ad successionem venire. Ideoque Imperatores non facile solent quenquam natalibus restituere, nisi consentiente patrono... Huius causae prima exceptio haec est: Nisi patronus restitutioni non consenserit... Hoc mutatum ac sublatum est Novella Constitutio 78. Secunda exceptio est: Nisi filius patroni non consenserit. Haec exceptio approbatur l. nec filio 4 ff. Eodem titulo his verbis: nec filio patroni... Tertia exceptio est: Nisi foemina natalibus sit restituta. Quae exceptio reprobatur l. etiam 4 ff. De iure aureorum annulorum... Quarta exceptio est: Nisi in precibus mentitus est, qui est restitutus. Haec exceptio approbatur; l. 2 ff. De natalibus restituendis, his verbis: A principe natalibus suis..., Ulpianus scribit. Quinta exceptio est: Nisi restitutus ex ancilla natus sit, non ex libera matre. Haec exceptio reprobatur l. 2 ff. Eodem titulo. Sexta exceptio est: Nisi non a principe, sed a decurionum ordine sit restitutus, quae exceptio approbatur l. 1 C. eodem titulo his verbis: natales antiquos... XVI. Causa ingenuitatis est manumissio. Manumissi enim hodie ipso iure efficiuntur ingenui, licet nec aureorum annulorum ius a principe impetrauerint, nec natalibus sint restituti: iure tamen patronatus salvo manente.»*

65 Según Escriche, «irregularidad es el impedimento canónico para recibir las órdenes o ejercitarlas por razón de ciertos defectos naturales o delitos». J. ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, 2ª ed., corr. y aum., t. II, Madrid 1839, p. 558, s. v. irregularidad.

66 La irregularidad puede ser total o parcial, de modo que en el primer supuesto el que cae en ella está privado de recibir cualquier orden y ejercitar la que haya recibido, como es la que proviene del homicidio o de la bigamia. La parcial sólo priva de algún ejercicio de las órdenes, o sólo de ascender a una orden superior, como ocurría con el diácono que carecía del ojo izquierdo era inhábil para el sacerdocio, aunque tenía capacidad para el ministerio del diaconado, o el sacerdote que perdía el dedo pulgar a efectos de la celebración de la misa, pero en cambio estaba capacitado para oír confesiones sacramentales, si obtenía la aprobación episcopal. X 3, 6, 2. *Cap. Presbyterum, De clerico aegrotante*. Vid. por todos, A. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, t. V, Venetiis 1726, pp. 314-316.

La irregularidad podía surgir por un delito o por un defecto. La segunda se contrae sin culpa, «*cum sit a jure imposita ob solam indecentiam, quam aliquis defectus affert sacro altari et ministerio*». Por el contrario la que nace del delito requiere un acto externo consumado, y necesariamente debe estar regulada por el derecho de modo expreso⁶⁷.

Entre los supuestos de irregularidad *ex defectu*, junto a las que provienen *ex defectu animae, ex defectu corporis, ex defectu lenitatis, ex defectu sacramenti, ex defectu libertatis, ex defectu legitimae aetatis*, y *ex defectu bonae famae*⁶⁸, se encuentra la que proviene *ex defectu natalium*, que es la que nos ocupa⁶⁹.

Como anota la glosa al cap. fin. *De filiis presbiterorum* in VI⁷⁰, esta irregularidad fue introducida como desprecio del delito del padre, por la mancha que afecta invariablemente al hijo en la común estima, y por el temor de ver al hijo imitando la conducta paterna: *in detestationem paterni sceleris, ob turpitudinis notam, quam filius ex tali nativitate iuxta communem hominum existimationem contrahere censetur, y quia timetur, ne filius paternae incontinentiae imitator existat*⁷¹.

En este concepto incurren en la condición de inhábiles, según Ferraris, todos los hijos ilegítimos, bien sean los hijos naturales, es decir, nacidos de soltera y concubina; los mánceres, es decir, los nacidos de prostitutas; los *notbi*, que son procreados de un casado y una soltera, y los *spurii, id est nati ex copula a Jure civili damnata, ut ex incestu, stupro, raptu et sacrilegio*⁷².

Los ilegítimos que se legitiman por subsecuente matrimonio no son irregulares⁷³, de modo que los efectos de la legitimación permiten fingir que se retrotraen al momento de la concepción del sujeto⁷⁴.

67 En caso de duda, de hecho o de derecho, sobre la existencia de una irregularidad, debe interpretarse en sentido favorable al sujeto y no existiría irregularidad, salvo en caso de homicidio. Entre las irregularidades derivadas del delito estaban la de los herejes y apóstatas; los que iteraron el bautismo o lo administraron varias veces a la misma persona; los clérigos que temerariamente violaron las censuras etc. Cf. L. FERRARIS, *Prompta bibliotheca canonica, juridica, moralis, theologica nec non ascetica, polemica, rubricistica, historica*, ed. 4, t. III, Bononiae-Venetis 1763, pp. 178-181, s. v. irregularitas.

68 Por defecto de entendimiento, por defecto corporal, por falta de edad, por defecto de libertad, por falta de reputación, por la bigamia, por lenidad, además de por defecto de nacimiento.

69 Los hijos expósitos vienen en derecho considerados ilegítimos, ya que se juzgan tales los que no pueden mostrar a sus generantes: X 5, 11, 1, que es el cap. 1, *De infantibus expositis*.

70 In VI 1, 11,2.

71 Vid. M. V. SALZANO, *Lezioni di Diritto canonico pubblico e privato, considerato in sè stesso, e secondo l'attuale polizia del regno delle Due Sicilie*, vol. III, Napoli 1839, pp. 110-119.

72 X 4, 17, 3, cap. *Per venerabilem, Qui filii sint legitimi*; X 1, 17, 1 y 18, caps. 1º e final. *De filiis presbyterorum*; X 1, 6, 20, cap. *Innotuit, de electione*. En el Conc. Trident., ses. 22 *de reform.*, cap. 29, y ses. 23, cap. 5.

73 X 4, 17, 6, cap. *Tanta*, en la Decretal *qui filii sint legitimi*.

74 C. Iust. 5, 27, 5, l. *Divi Constantini*; C. Iust. 5, 27, 10, l. *cum quis*, y C. Iust. 5, 27, 11, l. *nuper*.

Los ilegítimos pueden ser promovidos a las órdenes sagradas, al igual que pueden ingresar en una orden religiosa, pero no pueden acceder a las prelaturas, a tenor de la decretal: «*Filii presbyterorum, uti ceteri ex fornicatione nati ad Sacros Ordines non promoveantur, nisi aut Monachi fiant, vel in Congregatione Canonica regulariter viventes. Praelationem vero nullatenus habeant*»⁷⁵.

Esto implica que la irregularidad es un impedimento canónico impediente, no dirimente, que fue introducido principalmente por la reverencia y dignidad del ministerio divino, como afirmó el jesuita Francisco Suárez⁷⁶, «*ut viri ad ministerium sacrum rite et convenienter obeundum inepti a susceptione et exercitio ordinum arceantur*»⁷⁷.

Toda verdadera y propiamente dicha irregularidad puede eliminarse, al menos, mediante la dispensa⁷⁸. La facultad de dispensar corresponde en el supremo y pleno grado al Romano Pontífice, en los casos que se ha reservado

⁷⁵ X 1, 17, 1, cap. 1 de la Decretal *De filiis presbyterorum*. La versión medieval de este precepto en español es la siguiente : «Dize que los fijos de los prestes e de barraganas non reciban ordenes si non fueren monges e en lugares reglares, mas por ninguna manera non ayen prelation. Esto mismo establece de los siervos si non fueren forros de su sennor». J. M. MANS PUIGARNAU y otros, *Decretales de Gregorio IX : versión medieval española*, vol. I, Barcelona 1939, p. 163. Señala Gmeiner, que esta irregularidad por defecto de nacimiento «*saltem quoad hodiernam ejus extensiones tempore Gratiani fuit incognita* », puesto que Graciano supone que los hijos ilegítimos son irregulares no tanto por el nacimiento cuanto por sus malas costumbres e incontinencia, afectando exclusivamente a los hijos de los presbíteros, y de ahí se extendió a todos los ilegítimos, por la dignidad de las órdenes sagradas y por el temor a la incontinencia, como imitadores de sus padres. X. GMEINER, *Institutiones juris ecclesiastici...*, op. cit., t. I, Venetiis 1783, p. 34.

⁷⁶ F. SUAREZ, *De censuris in communi, excommunicatione, suspensione et interdicto, itemque de irregularitate disputationes complectens*, en *Opera omnia hactenus edita*, Venetiis, apud S. Coleti, 1749, disp. 40, n. 2.

⁷⁷ El fin principal y directo de la irregularidad consiste en la exclusión de la recepción de las órdenes sagradas, comenzando por la primera tonsura, pero no impide con la dispensa que se produzca la adquisición de un grado en la jerarquía de jurisdicción o de un beneficio eclesiástico. La eliminación o cese de esta situación depende de la causa que la produce, porque si se trata del defecto de edad se elimina con el transcurso del tiempo o por un defecto del cuerpo con una operación quirúrgica. La irregularidad difiere de la excomunión, que directamente priva de la comunión de los fieles, de la suspensión que retira directamente el ejercicio de las órdenes recibidas, del interdicto que priva de los oficios divinos, de la degradación que priva no solamente del uso de las órdenes recibidas sino incluso de las mismas órdenes y poder de orden. El origen histórico de las irregularidades por defecto no se encuentra tanto en el Antiguo Testamento, respecto de los sacerdotes hebreos, a las que se refiere Lev. 21 y 22, sino del Nuevo Testamento, dado que el apóstol San Pablo rechaza de la recepción de las órdenes a los bigamos, en su I ad Timot. 3, 2 y ss; 5, 22. Aunque algunas irregularidades surgieron de la razón natural y fueron acordadas por la autoridad de los Apóstoles, sin embargo la terminología y la ampliación de los casos fue obra de la legislación eclesiástica, especialmente a partir del siglo XII, ya que el vocablo aparece por primera vez en una glosa de Inocencio III.

⁷⁸ Escriche define la dispensa como «privilegio o esención graciosa de lo ordenado por las leyes, concedida a favor de alguna persona por consideraciones particulares». También designa: «el instrumento o escrito que contiene esta esención ó privilegio», existiendo dispensa de edad para administrar bienes, o para ejercer algún oficio, dispensa de parentesco para contraer matrimonio, y otras varias. J. ESCRICHE, op. cit., p. 646, s. v. *dispensa*.

especialmente, a no ser que la Sede Apostólica haya concedido, por derecho ordinario o delegado, esa facultad a otros sujetos⁷⁹.

La dispensa de la irregularidad solía concederla el Papa en el foro externo y para los casos públicos a través de un breve de la secretaría correspondiente, o mediante un rescripto de la congregación inquisitorial, si interviniera un supuesto de herejía, o por la congregación del concilio o de obispos y regulares, etc., aunque para el foro interno y respecto de los casos ocultos se tramitaba por la penitenciaría⁸⁰.

La irregularidad *ex defectu natalium* puede eliminarse por una de estas tres vías⁸¹:

79 Covarrubias, al tratar de la legitimación, no deja de señalar que *-dispensatio ad consequentia seu annexa, sine quibus consistere potest, non extenditur ex communi sententia: tamen quando accessorium non indiget dispensatione (quia non est vitio infectum, sed tantum id vitium habet a principali) remoto illo defectu a principali per dispensationem, consequens et accessorium liberum erit ab omni macula... sublata macula, quam pater ex conceptione sortitur, filius natus est liber a paterno vitio, et sic erit legitimus*. D. COVARRUBIAS, op. cit., secundae partis, cap. VIII, p. 261. Sobre la irregularidad en la doctrina anterior al CIC de 1917, sus causas y remisión, vid. por todos, P. B. GOLMAYO, *Instituciones del Derecho canónico*, 3ª ed., t. I, Madrid 1870, pp. 388-404.

80 La dispensa había que solicitarla a la Sede Apostólica en forma legítima, y posteriormente a la concesión de la gracia se preveía formalmente el trámite obligado de su ejecución. Los obispos, por concesión del derecho común, podían dispensar a sus súbditos sobre la irregularidad *ex defectu natalium* para la primera tonsura y órdenes menores, así como para los beneficios menos relevantes, a los que no estaba añadida la cura de almas. Esta facultad episcopal, conforme a la disposición del Concilio Tridentino ses. XXIV, cap. 6 *de reformatione*, como ordinaria por derecho común y no en fuerza del oficio asignado, viene concedida por especial comisión o delegación del Pontífice, y consecuentemente como parte de la potestad ordinaria de los prelados pasa también a los vicarios capitulares, pudiendo delegarse a otros. Señala Wernz que en el derecho primitivo de la Iglesia, aquel fiel que gozaba de la buena fama por sus buenas obras, aunque hubiera sido procreado como ilegítimo, ni en la Iglesia oriental ni en la occidental se le excluía del estado clerical y de recibir las órdenes. Hasta el siglo XI se mantuvo esta disciplina eclesiástica, en cuyo momento se cambió el régimen jurídico para que al menos los hijos nacidos de incesto, y principalmente los procreados de uniones sacrílegas o fruto de la incontinencia de los sacerdotes latinos de la Edad Media fueran rechazados de las órdenes sagradas como pena del delito paterno, coincidiendo con el desprecio social que las leyes seculares daban a los hijos ilegítimos de los laicos. En el concilio Pictaviense, celebrado el año 1078, los padres conciliares dispusieron que no sólo los hijos ilegítimos de los presbíteros, sino todos los nacidos de la fornicación fueran excluidos del acceso a las órdenes sagradas o tonsura, a no ser que se hicieran monjes o vivieran en una congregación canónica. Esta norma pasó a las Decretales de Gregorio IX y se convirtió en derecho común de la Iglesia y fundamento de esta materia. El precepto fue extendido antes del papa Bonifacio VIII a la posibilidad de recibir las órdenes menores, y más tarde se añadieron sanciones más severas con Clemente VII y el Concilio de Trento, en razón de la defensa de la dignidad del estado clerical, al mismo tiempo que como repulsa del delito paterno y evitar algunos sujetos que podrían imitar la incontinencia paterna, además de honrar al matrimonio cristiano, cuya prole legítima, santamente educada, tendría las condiciones precisas para acceder al sacerdocio del Nuevo Testamento, asumiendo su dignidad y prerrogativa.

81 Vid. C. RITTERSHUSIO, *Jus Justinianum, hoc est, Justiniani et aliorum quorundam imperatores auggusti Novellarum mixtarum expositio methodica*, 3ª ed., Argentorati 1669, p. 396: *«Sunt liberi legitimitati per aliquem eorum modorum, quibus naturales efficiuntur sui et legitimi, ut sunt subsequens matrimonium, rescriptum principis, quod etiam dispensatio vocatur, item indulgentia, denique oblatio curiae, nominatio filii etc.* En Derecho romano y su Recepción medieval estaba vigente la doctrina expuesta por Io. ANTIQUI, glosator, *Summa in Novellas Justiniani imperatoris, cum additionibus Accursii. Accesserunt Fran. Balduini, Protheoria, scholia et commentarii in aliquod*

- a) Por la profesión solemne válida en una orden religiosa, ya que automáticamente, por derecho común, queda habilitado para recibir el orden sagrado y ejercerlo, de tal modo que queda inmune de dicha irregularidad perpetuamente, incluso si abandona la orden en la que profesó, aunque no le habilita para el acceso a las prelaturas⁸².
- b) Por legitimación, que suprime totalmente dicha irregularidad. La legitimación es plenísima si se hace a través de la sanación en la raíz, con la cual los hijos naturales, por disposición del derecho, se transforman en legítimos⁸³. La legitimación es más plena, y con los

celebriores Novellas, Francofurti, apud E. Emmelium, 1615, Novela 89, collatio VII, pp. 144-147: «Quinque sunt genera filiorum: Primum est naturalium simul et legitimorum filiorum. Secundum eorum, qui prius fuerunt naturales, nunc sunt facti legitimi. Tertium eorum qui remanserunt in naturalitate. Quartum spuriorum. Quintum, est legitimorum tantum, ut adoptivorum. De primo dic, quos sunt in potestate patris et succedit ex testamento et ab intestato, dummodo fuerit matrimonium factum secundum observationem legis. De secundo dic, quod olim non erant naturales: sed omnes legitimi, sicut nec servi, sed omnes liberi, sed concupiscentia et bellum rem ad alium ordinem convertunt. Lex enim simili morbo parem invenit medicinam, ut servi ad libertatem, alias ingenuitatem, per manumissionem, et naturales ad legitimationem perveniant. Sunt autem modi, per quos naturales legitimi efficiuntur. Quinque: Primo per oblationem curiae: quod dices idem et de eius successione. Secundo, efficitur naturalis legitimus, si matrem pater acceperit in uxorem. Tertio modo per rescriptum principis, quod fit, quando filios non habet legitimos. Quarto, fiunt si pater in testamento hoc dicat, quod velit eos esse legitimos et successores: quo casu debent filii offerre testamentum principi, et probare et petere a principe. Et hoc casu partim a patre, partim a principe. Quinto, ut si pater taceat esse naturales, sed solummodo filios in testamento appellet, vel in actis, vel in alia scriptura, ubi tamen subscripserint tres testes. Non autem est modus aliquis per adoptionem, quia naturales adoptari non possunt».

82 Cf. B. A. CARTAGENA, *Enchiridion juris utriusque: seu definitiones, distinctiones, quaestiones clare et breviter definitae Iuris Canonici et Civilis: synopsi bifaria, et in priore quidem omnes Decretalium... In posteriore Omnes Institutionum Imperialium, Matriti*, apud J. Ibarra, 1782, pp. 33-34: libro I, tit. 17: «An illegitimi possint ordinari? Non, nisi monachi fiant, vel in congregatione canonica vivant sub quadam regula, vel sit cum illis dispensatum ad ordines suscipiendum. Quare non alias? Quia idem incontinentiae vitium parentum timetur in iis juxta illud: Saepe solet similis filius esse patri. Ibid., p. 34: Qui possunt dispensare? Episcopus potest dispensare ad minores ordines, ad majores tantum Papa dispensat. An illegitimi possunt obtinere beneficia? Minime, nisi ad haec quoque dispensatum sit. Qui possunt dispensare? Episcopus ad simplicia beneficia sacros ordines non requirentia potest dispensare; ad majores dignitates tantum Papa». B. PONCE DE LEÓN, *De sacramento matrimonii tractatus*, op. cit., p. 642: «Denique olim alius erat legitimandi modus, scilicet adoptio.. Sed sublatus a Iustiniano est. Item si pater liberos suos naturales vocat in testamento, sive instrumento publico privatam habentes subscriptionem trium testium, non adiciendo tamen, quod naturales sint. Omitto etiam extingui illegitimitatem per ingressum in religionem, quia illa tantum est dispensatio quaedam, et in ordine ad determinatos effectus».

83 Cf. M. de CIFUENTES, *Glosa sobre las Leyes de Toro. Quaderno de las leyes y nuevas decisiones, hechas y ordenadas en la ciudad de toro sobre las dudas de derecho que continuamente solian y suelen ocurrir en estos reynos: en que avia mucha diversidad de opiniones entre los letrados destos reynos*, Medina del Campo, por M. y F. Del Canto, 1555, fol. 15r: ley XII, nº 8: «Princeps an possit legitimare proprium filium. Abbas tenet quod sic. Quod intellige in principe non recognoscente superiorem, alias secus, ut per Baldum. Et idem dicatis in comite Palatino. Item talis princeps non recognoscentem superiorem potest legitimare. Nº 9: Papa potest legitimare in terris subiectis principi seculari quo ad spiritualia. Quo ad temporalia et successiones, sive bona temporalia, tunc aut in terris subiectis ecclesie, sine dubio potest legitimare... in terris subiectis principe seculari non potest legitimare. Intellige praeterquam si bona sunt sita in terris ecclesie, licet persona sit in terris secularibus, quia quantum ad illa bona Papa poterit legitimare. Nº 10. Princeps non potest legitimare quo ad successionem in terris subiectis ecclesie,

mismos efectos para los hijos naturales, si tiene lugar el matrimonio subsiguiente de los generantes⁸⁴, pero no se extiende a la dignidad cardenalicia y a los beneficios que por razón de la fundación exigen un verdadero nacimiento de legítimo matrimonio. La legitimación es plena si tiene lugar por rescripto papal⁸⁵, y se concede no sólo a los hijos naturales, sino también a los espúreos, a los adúlteros y cualesquiera nacidos ilegítimamente, de tal modo que les hace hábiles para recibir las órdenes sagradas y para los oficios eclesiásticos, a no ser que por derecho, o por estatuto, o por fundación se requiera especialmente que el candidato deba nacer de legítimo matrimonio. Se trata, en este tercer supuesto, de una legitimación que en algunos efectos es de inferior categoría que las dos precedentes, aunque es legitimación plena⁸⁶.

praeterquam ad successionem bonorum existentium in territorio principis, quia quantum ad illa bona poterit legitimare personam subiectam ecclesiae. Ibid., fol. 15v: n° 17: Quibus modis possit legitimari: uno modo per rescriptum principis. Alio modo per oblationem curie. Alio modo per subsequens matrimonium. Alio modo secundum formam textus in Authentica Item si quis liberos C. de natura. Liberis et in l. VII tit. 15 Part. III. Item vide alios sex modos legitimandi per Prepositum in dicto capite per venerabilem, in Equod autem. N° 18. Legitimus gaudet nobilitate parentum. Et idem disponit textus in lege 9 in fine, tit. 15, Part. III.

84 D. MUXELLANI, *Consilia seu responsa*, Venetiis, apud A. Salicatum, 1574, fol. 24v-25v: Consilium X: «*Legitimatio videtur aequipollere restitutioni in integrum*, aunque desde otro punto de vista, *Legitimatio videtur aequipollere potestati iure postliminii*». J. de MATIENZO, *Commentaria, in librum quintum recollectionis legum Hispaniae*, Mantuae Carpetanae, exc. F. Sanctius, 1580, pp. 214-246: comentando las leyes 6-13 del libro 5, título 8 de la Nueva Recopilación de Felipe II, afirma «*Legitimus per rescriptum principis non est proprie legitimus*», a diferencia del legitimado por subsiguiente matrimonio que es «*vere legitimus, quoad effectus*». El legitimado se compara con el *ius postliminii*, ya que se tiene como si nunca hubiere sido ilegítimo

85 J. GUILLÉN A CERVANTES, *Prima pars commentariorum in leges Tauri*, Mantuae Carpetanae, exc. G. Drovy, 1594, fols. 205r y ss.: Ley duodecima. Si alguno fuere legitimado por rescripto... n° 17: «*Homines ex legum effectu, videntur regenerari, illegitime enim natus fit legitimus. Consensus legitimati non requiritur, si legitimatio contingit per subsequens matrimonium*. Ibid., n° 40. *Legitimatio ex rescripto principis, quae debeant principi enarrari ut dispensatio illegitimitatis valeat*. Ibid., fols. 217v-218r, n° 95. *Legitimatio est actus iurisdictionis voluntariae, quae exercetur in non subditos, et postea contrarium probatur* n. 96. Ibid., n° 103. *Pontifex potest facere, quod factum habeatur ac si factum non esset*. Ibid., n° 123, fol. 222v: *Filii illegitimi etiam religiosi, absque dispensatione promovendi non possunt ad beneficia... illegitimi promoveri nequeunt ad dignitates, personatus, seu beneficia curam animarum habentia, absque Pontificis dispensatione, et glossa ibi asserit, quod non potest promoveri etiam si sit Religiosus*. Ibid., fol. 219r: «*Pontificis potestas adeo magna est, in his quae pendent a iure positivo, ut possit factum quodlibet revocare, ac ita reddere, ac si factum non esset, et effectus qui resultarunt ex eo facto sic etiam annullare, ut perinde sint, ac habeantur ac si nunquam in rerum natura fuissent*»

86 A. LE GAUFFRE, *Synopsis Decretalium seu ad singulos antiquarum decretalium titulos methodica omnium utriusque iuris mutationum distinctio*, ed. Nov., Lutetiae Parisiorum, apud G. Clovzier, 1655, pp. 516-518: «*Duo modi legitimos faciendi eos qui illegitimi nati sunt. Primus est per subsequens matrimonium, cum matrem uxorem ducit qui vitio pater erat, eam scilicet quam solutus solutam ante compressit, et ducere rite potest. Nec enim, exempli causa, adulterinis filiis atque adeo multo minus incestuosus ille unquam modus prodest... Secundus est per rescriptum subsidiarius modus, cum eorum qui aliter legitimari non possunt legitimatio vel a Summo Pontifice petitur, vel a Principe saeculari. Legitimatio (inquit) ad differentiam nuda dispensationis super defectu natalium, quae legitimum non reddit, sed ad aliquem tantum actum illegitimo veniam seu gratiam iuris facit, ut secundum communem*

- c) Por la dispensa del defecto de nacimiento de cualquier tipo, que concede exclusivamente el Romano Pontífice, y habilita para acceder a las órdenes mayores y a las dignidades y oficios curados. Es el principio dimanante del Decreto de Graciano⁸⁷.

Esta dispensa fue expresamente otorgada al hijo natural de Felipe IV para el acceso a la consagración episcopal y nombramiento como titular de la sede ovetense. En la súplica de la misma⁸⁸, para no expresar el nombre del padre biológico, se indica al embajador romano que refiera la paternidad de una persona muy relevante de la Monarquía, lo cual permitía entender la identificación del ascendiente.

Sólo en este caso se puede hablar de la recepción de la *restitutio natalium*, ya que se le equipara plenamente con el resto de fieles, aunque para este ámbito normativo del Derecho canónico y del fuero eclesiástico⁸⁹.

interpretum sententiam distinguunt Covarruuias. Et ea quidem a summo Pontifice ad spirituales tantum actus velut ad ordines sacros et beneficia, nisi quibus in locis tam summi Principis quam summi Pontificis potestatem habet, puta in terris Ecclesiae seu patrimonio Sancti Petri, vel quibus aliis locis casualiter, hoc est, ex accidenti, etiam quoad honores, haereditates, et alia id genus temporalia eum adire necesse est. A saeculari autem principe e converso ad saeculares duntaxat seu temporales actus secundum receptam glossam. Legitimatío per oblationem curiae, olim fuisse... pater in publico instrumento, vel in privato tribus testibus munito, vel in testamento vel apud acta filium nominasset pro legitimo haberetur... Ibid., pp. 475-476: De natis ex libero ventre: Quoad dignitates, familia, originem et caetera id genus attinet, patrem liberi sequantur intervenientibus nuptibus, matrem autem tantum demum cum vulgo quaesiti sunt.

87 Vid. por todos, C. S. BERARDI, *Commentaria in jus ecclesiasticum universum*, t. III, Venetiis 1789, pp. 227-261, especialmente p. 256, en la que se remite a los cánones del Decreto y normas de las Decretales de Gregorio IX; P. MURILLO VELARDE, *Cursus juris canonici hispani et indici*, ed. 3, t. I, Matriti 1791, p. 98.

88 Sobre las peticiones elevadas al poder político, cf. A.SCHOTANO, *Examen iuridicum, quo omnes materiae tituliue iuris civilis in Digestis, Codice nec non in Novellis propositi, explicantur*, Amstelodami 1643, p. 33: *De precibus imperatoris offerendis, tit. 19 Cod. Lib. 1: Quae sunt preces imperatoris offerendae? Libelli, quibus supplicantes desideria sua Imperatori proponunt. De quibus licet supplicare? De omnibus, nisi tertii jus laedant, fisco sint damnosa vel juri expresse contraria, petenti non proficiant.* Consecuencia de los ruegos elevados, venían las concesiones: Ibid., p. 36: *De diversis rescriptis et pragmaticis sanctionibus, tit. 23 C. lib. 1. Quomodo distinguuntur rescripta principis. Varie sunt. 1. Vel annotationes et subscriptiones ad libellos supplicantium breves, vel epistolae prolixiores, vel pragmaticae sanctiones, quibus tractatu et consilio adhibito ad proposita respondet Princeps, maxime cum provincia, civitas aut quaelibet universitas supplicavit. 2. Vel generalia, vel personalia. 3. Vel temporalia vel perpetua. 4. Vel iustitiae vel gratiae. Quae sunt iustitiae? Quibus de jure causae secundum jus commune respondetur, vel iudex datur ad cognitionem aut decisionem litis. Quae sunt gratiae? Quibus alicui quid indulgetur, vel remittitur, aut alia gratia fit. Ideoque non facile in causam horum inquiritur, si alicui administratio vel dignitas concedatur. Est enim sacrilegium principalibus obviare beneficiis.* Ibid., p. 37: *Debetne aliqua clausula inseri rescriptis? Jure civili est addenda: si preces veritate nitantur, verum id nec Jure Canonico nec consuetudine obtinet, sed semper subintelligitur.* Ibid., p. 38: *Rescriptum referendum est ad ea, quae libello sunt proposita, ut quod una persona aequum est, simul aequum videatur in altera.*

89 Los obispos, por derecho común y con su potestad ordinaria, o su vicario general con poder especial, son competentes para conceder la dispensa en cuanto a las órdenes menores y beneficios no curados o simples, por ejemplo, canonicatos de una iglesia colegiada, a no ser que no le esté permitido

Si se solicita la dispensa sobre el defecto del nacimiento a la Sede Apostólica, la clase de ilegitimidad, p. e. nacida de fornicación, de adulterio, de incesto, de sacrilegio, debe indicarse específicamente en la súplica, porque en otro caso la concesión de la dispensa por el vicio subrepticio es nula e inválida. De otro lado, hay que interpretar rigurosamente las cláusulas de la dispensa concedida, porque al ser una actividad excepcional dentro del ordenamiento, se debe valorar restrictivamente⁹⁰.

Para la concesión de la dispensa, así como de la legitimación, era necesaria una causa, sobre cuya materia diserta ampliamente Corrado⁹¹, describiendo las

hacerlo. Sólo puede dispensar a los que son súbditos de su diócesis, y para señalar esta competencia habrá que atender al domicilio del ordenando. Si el defecto de nacimiento es oculto, no cabe solicitar la dispensa al obispo en lo que afecta a las órdenes mayores, a tenor de lo dispuesto en el Concilio de Trento, ses. XXIV, cap. 6 *de reformatione*, porque es una irregularidad que nace de un delito oculto de los generantes.

90 Vid. I. de la PASTORA y NIETO, *Diccionario de Derecho Canónico, trad. del que ha escrito en francés el abate Andrés...*, t. III, Madrid 1848, pp. 173-185, s. v. irregularidad.

91 *«Dicitur cum causa, quia illa semper requiritur in dispensatione; nam si non adsit, certum est, peccare Praelatum ita dispensando; et data facultas dispensandi, intelligitur, si adsit legitima et rationabilis causa, ac propterea etiam princeps dispensando sine causa, maxime ubi adsunt scandalum et damnum tertii, non dicitur prudens et fidelis dispensatio: non prudens, quia sine ratione dispensat; neque fidelis, quia minus convenienter utitur sua potestate. Decreto insuper Concilii Tridentini sessione 6 c. 2 cavetur, quod dispensationes concedantur ex veris et rationabilibus causis, et sessione 24 c. 6 in fine, ne Papa dispense in secundo gradu, nisi inter magnos Principes, et ex publica causa, et sessione 25 cap. 13 ibi. Cum iis ex causa visum fuerit dispensare. Imo in quibuscunque dispensationibus, in quibus quaevis causa allegatur, illa debet esse publica. Nunquam causa subintelligitur, nisi exprimitur; ac propterea illa non expressa, redditur nulla dispensatio; unde sic dispensatio, non erit tutus quoad Deum. Imo peccaret toties, quoties uteretur dicta dispensatione, sicut peccaret, si contraveniret legi, super qua obtinuit dispensationem, quia cum dispensatio praedicta sit nulla, nihil ei prodest nec eum excusat quoad Deum. Secus tamen esset in foro exteriori, in quo huiusmodi dispensatio excusat; quia taliter dispensatus non poterit excusari, vel puniri, si contraveniat legi, virtute dictae dispensationis, quae alias nulla est. Cum vero causa in qualibet re sit in primis consideranda, id potissimum locum sibi vendicare dignoscitur in rescriptis dispensationum; circa quas operatur, ut faciat recedere a regulis juris, dummodo illa per tria requisita reddatur justa et honesta; scilicet, quod secundum aequitatem, sit licita, conveniens honestati et expediens secundum utilitatem. Et licet secundum varios effectus, possit ipsa causa diversimode capi, juxta tamen propositam materiam sufficit illam dupliciter considerare, finalem, scilicet, et impulsivam. Finalem dicimus, quae est ipsius Principis dispositionis inductiva; ipsa vero causa impulsiva est quoddam motivum ad magis adjuvandum animum concedentis ad concedendum, et tunc talis dicitur, quando ipse Princeps gratiam quidem concederet, non tamen ita de facili. Notandum est quod in materia dispensationis, non solum falsitas causae finalis, verum etiam impulsivae reddit gratiam ipso jure nullam, etiamsi sine dolo facta esset. Est igitur causa huiusmodi adeo necessaria, ut sine illa vix aut raro dispenseretur. Propterea videndum erit quatenus sint justae causae de stylo Romanae Curiae receptae, et ad praxim deductae; quibus summus Pontifex frequenter et in dies uti consuevit; nam licet eae quamplurimae sint, quae non ita facile numerari possent, ac propterea dispensantis arbitrio committantur; nihilominus, quae in ipsa notoria praxi receptae sunt, enumerantur. Prima igitur causa est personae, cujus merita satis juvant ad impetrandam dispensationem... Et circa sublimes et litteratas personas... Secunda causa est necessitatis, cum videlicet Ecclesia indiget ministro et nullus alter reperitur idoneus. Tertia causa est loci, cujus ratione aliquid conceditur, quod alias non concederetur. Quarta causa est temporis. Quinta causa est utilitas Ecclesiae. Verum utilitas et necessitas in materia dispensationis aliquando aequiparantur. Sexta causa est aetatis, cujus ratione facilius dispensatur. Septima causa est scandalum, quod justam causam praebet ad dispensandum. Octava causa est majus bonum. Nona causa est futurum bonum. Decima causa est eventus rei, veluti, cum facilius dispensatur in*

circunstancias concretas que pueden alegarse, porque se trata de un requisito que llega al CIC vigente, como hemos referido más arriba. Entre los mismos se encuentran: los méritos de la persona, la necesidad de ministros, la situación del lugar, el tiempo, la edad del peticionario, el escándalo, el mayor bien, un bien futuro, los hechos ya acaecidos, la discreción, etc.⁹².

Si resulta enigmático el origen del instituto de la dispensa, menos problemática es la finalidad para la cual se creó, porque aparece como parte de la justicia distributiva, a fin de conseguir que la norma, de validez general en toda la comunidad⁹³, tenga presente las circunstancias concretas de su aplicación, y respetando los términos de la justicia, pueda contradecirse en un caso concreto su tenor literal, por lo cual debía intervenir en su concesión la autoridad competente⁹⁴.

Existen cuatro especies de dispensa: debida, prohibida, concedida y permitida⁹⁵, pero también se habla de dispensa voluntaria, razonable pero no necesaria y razonable y necesaria⁹⁶, sin olvidar otras clasificaciones que

jam factis, quam in faciendis. Undecima causa est discretio. Duodecima causa est pietas. Tertiadecima causa est misericordia, quia dispensatio ex misericordia introducta est. Quartadecima causa est Religio, quae justam causam dispensandi inducit.

92 No existe una data concreta que permita hacer cronología del instituto, aunque algunos autores la remontan a nuestros primeros padres Adán y Eva, por la misericordia divina tras el primer pecado, o a Noé e hijos porque vinieron salvados del diluvio universal, o a los patriarcas Abrahán y Jacob, entre otros relatos bíblicos. Cf. P. CORRADUS, op. cit., pp. 2-3.

93 Cf. BARTOLI (a Saxoferrato), *In duodecim libros Codicis commentaria*, Basileae 1562, p. 525: «C. 6, tit. 8: *Natales. Civitas non potest restituere natalibus.*»

94 Corrado se expresa en estos términos: «*Dispensatio ad quid fuit inventa: Ut esset pars justitiae distributivae; quia cum legislator faciat legem communem, omnes comprehendentem, et eventans multae causae, propter quas naturalis ratio, et illa extrinseca veritas facti non animadversa, nec considerata a legislatore, suadet factum illud non debere comprehendi sub illa generali determinatione; lex voluit esse unum, qui secundum terminos justitiae dispensaret adversus tenorem legis, et hic est Princeps, qui est viva ratio, et lex animata; unde omnis dispensatio reducitur ad causam juris, alias enim dicitur dissipatio.*»

95 F. INCARNATO, op. cit., p. 275: «*Dispensatio est rigoris iuris, per eum, ad quem spectat, misericors, et canonice facta relaxatio. Est triplex: debita, prohibita et permissa.* Según Corrado hay cuatro especies: *alia dicitur debita, alia prohibita, alia concessa, alia permissa. Debita dicitur illa, ubi multorum strages jacet et de scandalo timetur; dicitur debita ratione temporis, personae, pietatis vel necessitatis Ecclesiae, vel utilitatis, aut eventus rei. Prohibita est illa, quae minime fieri potest, absque manifesta juris dissipatione, vel quando justa causa dispensandi non adest, et hoc habet locum etiam in Papa dispensante sine rationabili causa. Concessa dispensatio per se patet, cum sit illa, quae ubicunque a jure conceditur, sitque quaedam commensuratio communis ad singula; et est de jure concessa ob impossibilitatem providendi de omnibus particularibus. Permissa dispensatio est illa, quae etiam arbitraria appellatur, nempe ubi in jure fit prohibitio, cujus moderatio relinquitur arbitrio superioris, vel etiam quando aliquid permittitur, ut pejus evitetur, sicut est, quando aliquid prohibitum toleratur ex Principis dissimulatione, quae potius tolerantia vocari debet adversus legem scriptam, quia idem Princeps sciendo et patiando illud non observari, videtur dispensare, ne videatur velle animas illaqueare contravenientium. Haec dissimulatio, seu tolerantia Principis in actu jure prohibito, regulariter inducit dispensationem ad ipsius actus validitatem.* Cf. P. CORRADO, op. cit., pp. 3-4.

96 «*Voluntaria, quam solus Princeps concedere potest justa existente causa. Rationabilis non necessaria est illa, quae fit ob meritum praerogativam, quae etiam soli Principi competit veluti in*

realizan los canonistas a partir de criterios diferentes, como la que distingue entre la de la ley, del hombre y mixta, que tiene lugar si la ley concede que el hombre dispense, o la que separa dispensa de justicia o debida, de gracia, o proveniente del simple privilegio y mera liberalidad de la autoridad, y mixta, que participa de ambas características. También es relevante separar la dispensa colativa, que piensa en el futuro, respecto de la restitutiva, «*quae fit ut ex retro, quando nimirum quis restituitur antiquis natalibus, quia per eam efficitur vere legitimus*»⁹⁷.

Por la importancia de su contenido se distingue entre grande, mayor y máxima⁹⁸; por su alcance, puede ser general o particular⁹⁹; por la publicidad, es expresa o tácita; por su contenido, propia o impropia¹⁰⁰, pero también se clasifica en «*sempierna, ad minores*¹⁰¹: *c. si quis haereticae 3 q. 1; plena, ad sacerdotium: c. convenientibus 1 q. 2; plenior, ad Episcopatum: c. nos consuetudinem 12 dist.*, y *plenissima, ad Primatum, omnes ordines et dignitates c. ipsa pietas 23 q. 4*».

Las dispensas sobre defecto de nacimiento era frecuentes en la Iglesia, porque los ilegítimos eran irregulares en Derecho canónico por múltiples causas, e inhábiles tanto para los órdenes como para los beneficios eclesiásticos¹⁰². El motivo principal de esa situación era un criterio discutible, pero arraigado en la conciencia popular, y asentado en la normativa canónica¹⁰³, según el cual

duplicibus beneficiis conferendis. Rationabilis et necessaria est illa, quae etiam Episcopo competit in duplicibus». P. CORRADO, op. cit., pp. 4-5.

97 «*Praeterea dispensatio, alia excusabilis, alia laudabilis, alia fidelis. Excusabilis est, quando urget necessitas, quia ipsam legem non habet, et propterea tunc legis rigor infringitur, ubi enim necessitas urget, dispensatio dicitur excusabilis; ubi vero utilitas provocat, dispensatio dicitur laudabilis, quia nulla lex, quantumvis generalis, censetur excludere casum urgentis necessitatis, quae facit licitum, quod alias esset illicitum. Laudabilis est illa, ubi communis provocat utilitas, quae a jure aequiparatur necessitati. Fidelis est illa, quando in ea concurrat aliquid praemissorum*».

98 «*Triplex alio modo dicitur dispensatio, scilicet magna, major et maxima: magna, ut illius vigore possunt illegitimi promoveri ad ordines, etiam sacros, et alteris ministerium, et obtinere beneficia ecclesiastica, etiam curata, nec non regulares praelaturas. Major, ut in paterna Ecclesia et beneficio succedant, aliquo tamen medio. Maxima, ut nullo medio ad Episcopatum succedant*».

99 «*Alia dispensatio est generalis et alia particularis. Generalis, quando aliquis generaliter dispensatur ad beneficia et successiones. Particularis, quando dispensatur ad certa beneficia vel certos ordines*».

100 «*Alia dispensatio est propria, quae est vera juris communis relaxatio, alia impropria, quae potius dicitur quaedam licentia, seu facultas*».

101 F. INCARNATO, *Scrutinium sacerdotale sive modus examinandi, tam in visitatione episcopi, quam in susceptione Ordinum. In duas partes divisum*, Lugduni, apud H. Huguetan, 1658, p. 279: «*Non possunt episcopi dispensare cum illegitime natis, nisi ad minores ordines, et ad beneficium sine cura*».

102 Vid. P. B. GOLMAYO, *Institutiones del Derecho canónico*, 4ª ed., t. I, Madrid 1874, pp. 388-404, especialmente 397-398; F. GÓMEZ-SALAZAR, *Institutiones de Derecho canónico*, 3ª ed. corr. y aum., t. II, León 1891, pp. 572-584, especialmente 579-580; J. P. MORALES y ALONSO, *Institutiones de Derecho canónico*, t. I, Madrid 1895, pp. 747-777, especialmente 768-770; J. DONOSO, *Institutiones de Derecho canónico*, nuev. ed., t. II, París-México 1897, pp. 328-356, especialmente 339-341.

103 G. PALAEOTUS, op. cit., fols. 138r-140r: 1. «*Cur ius canonicum difficiliter illegitimos ad dignitates admittat, quam ius civile. Error de Alciato. 5. In rescripto Pontificio intelligitur clausula, si*

de ordinario los ilegítimos, más que el resto de hijos, son imitadores de la incontinencia paterna y nada moderados, a causa de no haber recibido de sus padres la formación idónea, en contraste con los legítimos, que han recibido una educación adecuada por la solicitud de sus padres¹⁰⁴, «*ac propterea, cum*

legitime natus est. 6. Quando Episcopus cum spuris dispenset, quando Pontifex 7. Spurius ex dispensatione Pontificis potest creari Cardin. et Pontif... Mibi autem id mirum magis est, Alciato virum adeo Iuris scientia praestantem, ita hac in re lapsus esse, ut existimarit, spurios ad quascunque dignitates Iure Pontificio, excepta Episcopali posse vocari: Alciato, Parerg. 10, cap. 8. Aut enim de ijs sensit, qui iam natalibus restituti sunt, et dubium non est, eis quemcunque vel amplissimum honoris gradum tunc posse deferri, nedum minores, ut ita dicam, Pontifices crear., aut vero de ijs locutus est, quibus illa nondum spuriorum labes exempta est, sed vere Notbi adhuc permanent: et tunc nihil vulgatus est, quam illos nullo munere aut ordine dignos haberi, nisi antea legibus soluti sint, conforme a diversas normas del Derecho canónico, quod quandoque ipsi sponte quidem possunt obtinere, quandoque non nisi a summo Pontifice queunt impetrare, non nunquam et episcopis super his veniam dare permissum est; 4. Ecce etenim, si illegitimus quispiam, religionem incipiat profiteri, monasticumque cultum sequi, dicitur is statim vitam suam omnem penitus innovasse, talisque eo ipso effectus, ut iam sacris quibuscunque ordinibus recte possit initiari: Aboletur siquidem omnis illico macula, si qua ante forte fuerat concepta... exemplo fere natalium restitutionis, quod tamen in ea re tantum intelligendum est, ut quos sacros ordines libere possit adipisci, at quod ad dignitates spectat, aut graviora quaedam munera, is qui spurius natus est, licet dein Monasterium ingressus fuerit, haec tamen tam in propria quam aliena ecclesia exercere haud sponte potest, ita ut nec Abbas in ulla monachorum familia etiam eligi ab his queat, sabsque summa Pontificis indulgentia. Quos si quis nulli se religioni addixerit, sed Notbus adhuc vere vivat, is ab omni quidem sacerdotii spe, suapte ut ita dicam, natura exclusus videtur, cum receptum vix sit, ut simplex tantum Ius patronatus possit obtinere. Hincque fit, ut si alicui certum decerni sacerdotium rescripto Pontificio mandetur, id ita semper intelligi solet, si ex iustis ortus sit natalibus, quoniam ad haec alias ii admitti recta non solent, sed tantum postulari, sic quoque nec pensionis ecclesiasticae capaces censeri quoddam tradidere, nisi eis stipendii loco ea sit constituta. Licet tamen summo Pontifice quandoque et Episcopis, secundum varia causarum genera, horum illos numerum compotes reddere, veluti cum quis ad simplex tantum sacerdotium, aut minores ordines cupit promoveri, hoc enim ei et ab Episcopo concedi potest, nisi paucis casibus Pontifici reservatis, quos iuris interpretes adnotarunt... Cum vero sacerdotium aliquod gravius, quod secum animarum curandarum onus ducit, aut sacrosanctos ordines, aut ecclesiasticas quasdam dignitates sibi deferri petunt, in ijs, solum Summum Pontificem adiri necesse est, nisi fortasse quosdam casus proponas, in quibus ex iusta et necessaria causa, etiam Episcopis, super ijs quandoque indulgere datur, traditum enim est, quaecunque beneficia, quae duplicia doctores appellant, usque ad Episcopatus titulum, ab ijs posse, cum summa aliqua ratio postulat, in illegitimum conferri: Quos si de aliquibus in Episcopos promovendis agas, tunc constat eos qui illegitime nati sunt, a Summo tantum Pontifice legibus solvi posse, ut ad eam dignitatem obtinendam idonei iudicentur, eo quod hic summus sit honoris gradus, qui merito ab eo tantum debuit proficisci. Certi etiam solere ipsum Pontificem illegitimis tacite ad haec munera plerunque (ut aiunt) dispensare, cum scilicet sciens illorum natales, eos tamen simpliciter ad huiusmodi evexerit dignitatum culmina. Quis enim non dicat eo ipso, omnia illis a Principe concessa, quae illos antea a tali munere obeundo rejiciebant? In eo tamen erit animadvertendum, quod si vel talem dignitatem, vel ampliores etiam aliquos gradus, alicui adipiscendi praebebat facultatem, necesse erit haec omnia illius Diplomate specialiter exprimi, veluti si ad purpurei cardinis apicem eum voluerit posse vocari, aut Pontificem creari, cum enim haec materia stricte interpretanda sit, non sufficeret se quacunque dignitate generaliter mentionem fecisse, nisi haec ipsa munera, quae caeteris insigniora videntur, particulari aliquo nomine significarentur: 7. Tunc igitur tantum recte Episcopi, Cardinales, Pontifices etiam eligentur, tam etsi ex illegitimo nati sunt quocunque matrimonio, ut multis exemplis in Decretis relatum est, unde nec multum abest, cum vidimus et nos, quendam huiusmodi genere totius Ecclesiae gubernacula tenentem, nec desunt adhuc aliqui talibus editi natalibus, qui in sacrum Episcoporum collegium et Cardinalium etiam quandoque adleguntur. An illegitimi pensiones ecclesiasticas, aut ius patronatus possint obtinere.

104 Gómez Bayo muestra la facilidad de otorgamiento de la dispensa a favor de los graduados y miembros de la nobleza: G. BAYO, *Praxis ecclesiastica et saecularis*, Lugduni 1670, p. 96: «De las

*claritas hominis non parum obscuretur ex origine vitiosa; ideo illegitime nati repelluntur a susceptione ordinum, nisi cum iis dispensetur: et tanto est eorum dispensatio difficilior, quanto eorum origo turpior.*¹⁰⁵.

En la dispensa, para órdenes sagradas y beneficios a favor de los hijos ilegítimos, siempre se tenía que hacer referencia a su singular ilegitimidad, y una vez obtenida la gracia podía incluso servir para que recibiere otros beneficios, siempre que no contuviera una cláusula restrictiva, al igual que ocurría para las órdenes, aunque en el rescripto estaban diferenciadas la dispensa para beneficios y la de órdenes, así como entre los diferentes grados de la ordenación¹⁰⁶.

Era una doctrina común entre los canonistas, según la cual tanto para las órdenes mayores como para los beneficios con cura de almas, así como para las dignidades, personados y canonicatos de las iglesias catedrales, exclusivamente dispensa el Papa, o la persona a quien hubiera otorgado esta facultad, por especial privilegio¹⁰⁷.

dispensas para ilegítimos por dataria para ordenes y beneficios. Con ilegítimos se dispensa si son graduados o nobles, numero 1: Dispensase con ilegítimos, como tengan alguna calidad, como sería ser graduados, y gente de buena parte y honrada, para poder ser clérigos y tener beneficios simples, curados, raciones en catedrales, dignidades y canonicatos, y para esto si es hijo de presbitero es menester embiar una patente del ordinario en que haga fe al Papa, como el que pide la dispensa, es persona de buena vida, fama y costumbres y digno de que su Santidad dispense con el en el defecto que padece de legitimidad, y si es hijo de soltero y soltera quando nacio no es menester ninguna patente del ordinario: porque sin ella se le concedera la gracia, cuesta su expedicion veynte ducados de camara, poco mas o menos.

105 P. CORRADI, op. cit., p. 50. Con estas premisas, se exigía a los peticionarios de la dispensa que expresaran de modo explícito la calidad de su ilegitimidad, y no bastaba que el orador relatara el objetivo de la súplica por defecto de nacimiento, identificando que provenía, de soltero y casada, o a la inversa, como ocurría con Alonso de San Martín, aunque no era preciso describir las circunstancias agravantes del coito de los generantes, como se practicaba según estilo de la curia romana y se refleja en múltiples Decisiones rotales en materia de impedimentos matrimoniales, en las que se indica que el afectado por el defecto proveniente de la unión de noble casado, duque, marqués u otro título nobiliario, con una soltera, pide la dispensa *«narrando se natum ex conjugato et soluta, et tacendo qualitatem nobilitatis, vel similem aggravantem»*, y a pesar de ello *«valet dispensatio»*, porque *«nec est stylus curiae quod tales qualitates parentum aggravantes exprimantur»*, tal como hemos comprobado en la solicitud de la reina gobernadora para obtener el beneficio de Alonso de San Martín.

106 P. CORRADI, op. cit., pp. 53-54. P. LEURENIUS, S. I., *Vicarius episcopalis, sive tractatus quaternarius per quaestiones et responsa canonica deductus*, Coloniae Agrippinae, in officina J. W. Friessem, 1707. Quaestio 44, pp. 15-16. *Illegitimus dispensatus ad sacerdotium citra novam dispensationem obtinere nequit dignitatem curatam. Illegitimus dispensatus ad Dignitates adhuc obtinere nequit curatas*

107 El motivo es que la irregularidad proveniente del defecto originado con el nacimiento ilegítimo es de derecho positivo, humano o eclesiástico, por lo cual tan solo el Sumo Pontífice o su delegado puede dispensarlo., El obispo, por su parte, dispensa a los ilegítimos para las órdenes menores, y para el beneficio simple, así como para los canonicatos de una iglesia colegiata, que no requieren el orden sagrado, ya que en caso de exigir el orden en el beneficiario sería incompetente. De otro lado, el hijo ilegítimo dispensado para las órdenes menores, no viene automáticamente dispensado para el beneficio simple, porque ambas cosas son separables, como hemos indicado, y la ejecución de las órdenes puede tener lugar sin otorgar un beneficio al ordenando. Por el contrario, dispensado para las órdenes sagradas se entiende que también puede obtener un beneficio simple, a fin de que no

Dada la falta de derivación necesaria en los hijos de la culpa de sus padres, al cometer el crimen del que provienen, la Iglesia concedió con mucha facilidad la dispensa a los que demostraban con su conducta que pretendían reparar el vicio de su nacimiento. Como ya hizo notar Van Espen¹⁰⁸, esta irregularidad no comprendía, en los orígenes de su formulación jurídica, más que a los hijos ilegítimos de los clérigos, aunque posteriormente pasó a todos los ilegítimos en general, tal como se recoge en la decretal X 1, 17, 1¹⁰⁹.

Los bastardos, como San Martín, eran inhábiles para acceder a los beneficios eclesiásticos, salvo dispensa¹¹⁰, y esta deficiencia fue causa de que se les excluyera de las órdenes. Se les exige que tengan¹¹¹ virtudes conocidas, para ser ordenados como clérigos y poder otorgársele los beneficios eclesiásticos, lo que implicaría que por derecho común eran inhábiles y no gozaban de ese derecho sin previa dispensa.

Asimismo, se prohíbe expresamente¹¹² otorgarles beneficios que tengan cura de alma, para lo que se exige la dispensa pontificia, y por ello en una decretal se afirma «que el bastardo puede obtener beneficios simples con

haya menosprecio del estado clerical, si bien la concesión de un determinado beneficio por dispensa, sin matización alguna, no implica la capacidad para asumir simultáneamente varios beneficios, y el dispensado *simpliciter* para un beneficio no está habilitado para un beneficio curado, dignidad o personado, ya que la dispensa, como odiosa, se interpretará en sentido escrito, y consecuentemente la dispensa *simpliciter* vale solo para un beneficio simple.

108 Z. B. van ESPEN, *Jus ecclesiasticum universum bodiernae disciplinae accommodatum*, t. I, Matriti 1791, pars 2, tít. 10, cap. 3, nn. 8-9, pp. 407-408: «*Primum actum fuit de excludendis filiis presbyterorum. Tandem generaliter irregularitas extensa ad omnes illegitimos*».

109 *Ut filii praesbyterorum et caeteri ex fornicatione nati ad sacros ordines non promoveantur*. Esta norma está tomada del Concilio de Poitiers, que se celebró el año 1078, y fue preparada por otro precedente de Bourges, fechado en 1031, siendo una normativa muy arraigada en Francia, de donde pasó al resto de iglesias locales de Occidente, aunque no era conocida la irregularidad en la Iglesia griega. El Papa Urbano II confirmó esta disciplina en el concilio de Clermont, celebrado el año 1095, cn. 9, e Inocencio II reiteró el precepto en el de Letrán, que tuvo lugar el año 1139, cn. 10. Dichos cánones conciliares hablan exclusivamente de órdenes mayores, pero la prohibición se extendió rápidamente a todas las demás, sin exceptuar la tonsura, tal como ocurría en tiempos del Papa Bonifacio VIII: In VI 1, 11, 1.

110 Los hijos espúreos, nacidos *ex damnato coitu*, que son engendrados por padres que ni en el momento de la concepción ni en el del nacimiento podrían casarse, no se legitiman por subsiguiente matrimonio, pero en cambio pueden ser legitimados mediante *rescriptum Principis*, especialmente porque el Papa tiene potestad de legitimar a cualesquiera hijos ilegítimos respecto de las órdenes sagradas, honores, dignidades y beneficios eclesiásticos en todo el orbe, y en cuanto a la sucesión hereditaria, honores y dignidades seculares solamente a favor de sus súbditos en el territorio del cual el Papa tenía poder temporal. Ferraris afirma que el Papa puede legitimar a cualesquier hijos ilegítimos respecto de la sucesión hereditaria y bienes temporales, incluso en territorio extraño a su poder jurisdiccional, aunque esto normalmente no lo lleva a cabo, pero excepcionalmente cabe un caso extraordinario y el que exista una causa urgente. Los príncipes supremos, que no tienen superior en su potestad temporal, pueden legitimar a sus súbditos laicos nacidos ilegítimamente, aunque su eficacia se reduce a los efectos políticos y seculares, pero en modo alguno a efectos eclesiásticos, que compete exclusivamente al Papa y sus delegados.

111 X 1, 17, 14.

112 X 1, 17, 18.

dispensa del obispo»¹¹³, de modo que, *a sensu contrario*, no podría obtenerlos sin dispensa¹¹⁴.

Como recuerda San Agustín¹¹⁵, de donde pasa al Decreto de Graciano¹¹⁶: *si parentum vitia non sectentur et Deum recte colant, honesti et salvi erunt*; la dispensa se concede fácilmente, cuando el bastardo no tiene contra sí más que el defecto de nacimiento. En consecuencia, el Papa puede dispensar a los bastardos para obtener un beneficio espiritual, como es un curato o un canonicato¹¹⁷.

113 In VI 1, 11, 1.

114 Los bastardos se liberan de la irregularidad por nacimiento e inhabilidad para acceder a las órdenes y beneficios eclesiásticos de tres maneras: o por medio de la dispensa, o por legitimación, o por la profesión religiosa. Sobre la situación de los bastardos procreados por los clérigos tanto en el Derecho de las Decretales como en la reforma de Trento, vid., Abate ANDRÉS, op. cit., pp. 134-136, s. v. bastardo. Beneficio.

115 San AGUSTÍN, *De bono coniugali*, cap. 16.18.

116 D. 56 c. 3: «*Undecumque homines nascuntur, si parentum vitia non sectantur, honesti et salvi erunt. Semen enim hominis ex qualicumque homine Dei creatura est, et eo male utentibus male erit, non ipsum aliquando mahum erit. Sicut autem boni filii adulterorum nulla est defensio adulterorum, sic mali filii coniugatorum nullum crimen est nuptiarum*». Ibid., c. 5, redactado a partir de una homilía de San Juan Crisóstomo comentando el Evangelio de San Mateo: «*Nunquam de vitiiis erubescamus parentum, sed unum illud queramus semperque amplectamur, virtutem videlicet... si fornicatorem ipsum ad meliora conversum nequaquam vita conmaculat prior, multo magis ex meretrice natus et adultera, si propria virtute decoretur, parentum suorum non decoloratur obprobriis. &1. Non est omnino, non est nec de virtute nec de vicio parentum aut laudandus aliquis aut culpandus, nemo inde vere aut obscurus, aut clarus est, imo etiam ut considerantius aliquid dicamus ac expressius, nescio, quomodo ille magis respendet, qui ex parentibus a virtutibus prorsus alienis, ipse tamen fuerit Dei virtute mirabilis*».

117 En cuanto a la legitimación del hijo natural, nacido de concubinato, (Se entiende por legitimación la acción y efecto de legitimar a una persona, por lo que aplicado a la materia que nos ocupa es el acto por el cual un hijo bastardo adquiría el estado y derechos de legítimo, con lo cual se hace capaz de suceder y disfrutar de ciertos derechos de los que estaba privado por el nacimiento ilegítimo, a causa de la irregularidad contenida en el *defectus natalium*), en el Derecho canónico se arbitraron dos vías: el matrimonio subsiguiente y la carta del Papa. Respecto del primero de los modos, se contiene en la X 4, 17, 6 («*Naturales legitimantur per subsequens parentum coniugium, spurii vero non. Hoc dicit inbaerendo verbis literae, et est capitulum famosum, et quotidie allegatur in utroque foro*»), de donde provienen dos grandes máximas: 1ª. El matrimonio subsiguiente legitima por derecho a los hijos nacidos antes de él, de modo que los hace enteramente semejantes a los habidos durante el matrimonio legítimo. 2ª. No produce estos efectos ese matrimonio ulterior de los generantes, si tuvieron estos hijos en un tiempo en el que no eran libres el padre y la madre para celebrarlo, o al menos uno de ellos, bien estuviesen casados, o tuviesen un impedimento que no les permitía celebrar el matrimonio. «*Si autem vir vivente uxore sua aliam cognoverit, et ex ea prolem susceperit, licet post mortem uxoris eandem duxerit, nihilominus spurius erit filius, et ab hereditate repellendus... quoniam matrimonium legitimum inter se contrahere non potuerunt*». Ibid., cap. II, dispone: «*Separato matrimonio in facie ecclesiae contracto, filii, geniti vel concepti ante sententiam, sunt legitimi*», y en el cap. 14 del mismo libro y título: «*si coniugatus, vivente prima, in facie ecclesiae contrahit cum secunda hoc ignorante, legitima erit eorum proles*», es decir, ambas normas, señalan que la ignorancia del impedimento y la buena fe de uno de los cónyuges casados hace a los hijos legítimos, aunque se disuelva el matrimonio por sentencia judicial. El cap. *Quod nobis*, en el mismo título, dispone que los hijos nacidos de un matrimonio clandestino son también legítimos, cuando ha llegado a ser público y lo ha aprobado la Iglesia, conforme al cap. *Tanta*. En el cap. *Gaudeamus* se establece que cuando se han casado los infieles en un grado prohibido por la Iglesia, no se declara nulo el matrimonio, y por consiguiente son legítimos los hijos nacidos antes y después del bautismo. El cap. *Transmissae* dispone que si los esposos niegan que un

El segundo procedimiento para eliminar la irregularidad era por rescripto del Sumo Pontífice¹¹⁸, a propósito del cual Inocencio III dispuso que el Papa podría, en ciertos casos, habilitar a los hijos bastardos para suceder, en virtud de un poder indirecto que tendría en lo temporal, pero no de modo absoluto, sino en ciertas ocasiones¹¹⁹.

La prole calificada como espuria puede venir legitimada mediante un rescripto¹²⁰, al igual que se puede aplicar este instituto a favor de los hijos

hijo ha nacido de su matrimonio, se esté a lo que ellos digan, y el Papa Alejandro III estableció en el cap. *Lator causam*, que si con motivo de una sucesión se disputase si son legítimos los hijos, la cuestión se remita al juez eclesiástico, aunque en la práctica suele ventilarse ante el juez civil.

118 Vid. A. VILLAGUT, *Consultationes decisivae*, Venetiis, apud D. Zenarium, 1601, fol. 471r: «Papa non intendit disponere contra ius per suum rescriptum, nisi dicta non obstante... aliquando enim narratur factum, in quo requiritur dispensatio super iure illi contrario, et tamen ista narratio facti inducit certam scientiam circa necessariam dispensationem iuris, et illa sufficit... ubi narratur factum, non praesumitur Papa male informatus, nec per surreptionem inclinatus, quia ubi non est error, ibi est certa scientia... et ideo cum constet non deceptum in facto, merito sequitur super facto effectus iuris, et dicitur fieri dispositio ex certa scientia. Quando privilegium vel beneficium Principis ex post facto incipit effici iniquum, non est ei standum, quia non censetur esse de voluntate Principis, quod ei stetur cum praeiudicio alicuius... Per rescriptum Principis non legitimatur filius, nisi quando deficient naturalis, et legitimi, quoniam intentione Principis non praesumitur esse ut illis fiat aliqua iniuria nisi appareat de ipsius contraria intentione, quia fuit facta expressa mentione, quod habeat legitimos et naturalis, et hoc non obstante legitimavit. Si autem non fieret expressa mentio, non praesumitur in dubio voluisse illis praeiudicare, si hoc est, quando habebat legitimos tempore legitimationis, quod legitimatio non valente tanquam obreptitia in praeiudicium legitimorum. Idem debet esse, si ex post facto incipiat habere». Ibid., fol. 473r: «Principis rescriptum non praesumitur concessum in praeiudicium iuris tertio acquisiti, nisi expresse hoc ibi dicatur, cum ipsum sit interpretandum fuisse concessum a Principe sine praeiudicio et iniuria tertii...». Ibid., fol. 476r: «restitutio in integrum, et quaelibet alia gratia Principis debet in dubio intelligi sine alterius praeiudicio, quia Princeps nunquam praesumitur velle tollere ius alteri quaesitum, etiamsi rescribat in materia, in qua per solam voluntatem possit ius alteri auferre, sicut et hic in materia beneficii», para cuya demostración aporta múltiples opiniones de legistas y canonistas.

119 X 4, 17, 13. No hay duda que el Pontífice puede legitimar a los bastardos con respecto a lo espiritual, y en esta materia hay una diferencia notoria entre legitimar y dispensar del defecto de nacimiento, porque en el primer caso se trataría de una liberación total de las limitaciones, mientras que en el segundo sería parcial, además de permitir la delegación de facultades en el obispo para realizar dicha dispensa en algunos casos, mientras que el Papa nunca podría delegar la capacidad de legitimar. En el Derecho canónico, la legitimación no puede aplicarse a los nacidos de relaciones incestuosas o adúlteras, si bien el orden público, los deberes de paternidad y maternidad, y el favor debido a la inocencia del niño, parecían exigir la legitimación del hijo natural, que por ser procreado de padres libres merecían ese recurso (La legitimación carece de efectos retroactivos, y solo produce su efecto desde que existe el matrimonio que la produjo, por lo que no puede suceder a los parientes que fallecieron en el intervalo desde su concepción hasta que sus padres contrajeron el matrimonio. Cf. Abate ANDRÉ, op. cit., t. III, Madrid 1848, pp. 226-228, s. v. legitimación), a diferencia de los nacidos de adulterio e incesto, en cuyos supuestos la defensa de las buenas costumbres y la reprobación de esas conductas sexuales se oponen a su aplicación, sin perjuicio del reconocimiento paterno y materno para darles alimentos y sostenerlos hasta que puedan defenderse por ellos mismos.

120 Sobre el rescripto en Derecho canónico, vid. por todos, A. van HOVE, *De rescriptis*, Mechlinae 1936.

naturales¹²¹, si bien en el rescripto de un príncipe cabe legitimar todo tipo de hijos espurios, incluso los nacidos de coito condenado¹²².

La doctrina discute respecto de su alcance¹²³, puesto que en el último modo citado, los hijos adquieren todos los derechos de los legítimos, salvo el acceso al cardenalato, mientras que los que gozan del rescripto quedan habilitados exclusivamente en cuanto a los efectos que no causan perjuicio a

121 Esmein, al tratar de los efectos del matrimonio, distingue uno doble en cuanto a los hijos: hace hijos legítimos y legitima los hijos naturales que nacieron antes del matrimonio de la relación sexual de los cónyuges. En este punto diferencia los hijos naturales propiamente dichos, nacidos de la concubina retenta in domo, con un hombre no casado, y los espurios, procreados por una mujer soltera y el hombre igualmente libre, sin que cohabitasen públicamente ambos, claramente diferentes de los adúlteros o incestuosos, que son fruto del trato carnal entre personas, al menos una, es casada o consanguíneas de la otra. Respecto de estos ilegítimos, inicialmente la Iglesia se remitió al Derecho romano justiniano, como muestran Gofrado y el Hostiense, pero por otro lado se asignó a los hijos adúlteros e incestuosos el derecho de alimentos, que había negado el Derecho romano, dudando inicialmente de los derechos sucesorios que pudieran corresponderles., como expresa el abad Panormitano, refiriendo la opinión negativa de Gofrado y la positiva, a la que se adhiere, del Hostiense. En cuanto a la legitimación de los hijos ilegítimos, los canonistas admitieron inicialmente los modos previstos por el *Corpus Iuris Civilis*, si bien con el paso del tiempo desapareció la legitimación *per oblationem curiae*. No obstante, respecto de los otros modos, Esmein analiza la legitimación por subsiguiente matrimonio, ya que fue el que se enriqueció con nuevas reglas del Derecho Canónico, transformando y precisando la normativa romana, como fue su aplicación a los espurios con una filiación cierta, así como a los hijos naturales en sentido estricto, es decir, a los nacidos de soltero y soltera fuera del matrimonio, siempre que fuera posible el vínculo conyugal de los padres en el momento del nacimiento del hijo., y eliminando dos requisitos del Derecho romano: las *tabulae dotales* y que la concubina había sido persona libre, no solo en el momento del nacimiento del hijo. El matrimonio putativo legitimaba a los hijos naturales. A. ESMEIN, op. cit., t. II, París 1935, pp. 29-47. Vid. C. S. BERARDI, *Commentaria in jus ecclesiasticum universum*, t. III, Venetiis 1789, pp. 170-176; V. PICHLER, S. I., op. cit., pp. 417-418.

122 J. LOPEZ de PALACIOS RUBIOS, *Glossemata legum Tauri, quas vulgus de Toro appellat*, en *Opera varia*, Antuerpiae 1615, p. 554, comentando la ley 12 de Toro: *Legitimatus per rescriptum principis remanet infamis, sicut bastardus non legitimatus. Unde legitimatio tantum valet, quantum sonat, unde si legitimetur ut succedat patri vel matri, non succedet avis, nisi de his facta fuerit mentio in legitimatione. Sicut Romanus Pontifex dispensat et legitimat illegitimos quo ad spirituale, sic rex quoad temporalia* Partida 4 tit. 25 ley 4 et Foro legum lib. 3 título de las herencias ley final, *traditur plenissime in capite per venerabilem qui filii sunt legitimi et in Authentica quibus modis... Est autem legitimatio donum principis, per quod deducitur quis de non esse ad esse. Solus Princeps legitimat, et ei convenit per excellentiam in terris suis, in temporalibus; in spiritualibus solus Papa. Item ad solum principem spectat veniam aetatis concedere. Item restituere spurium natalibus. Multa alia soli principi conveniunt. Haec et similia facit princeps de plenitudine potestatis: est autem plenitudo potestatis, arbitrii plenitudo nulli necessitati subiecta, nullisque iuris publici regulis vel clausulis limitata. Legitimatio fit pluribus modis: uno modo per papam vel principem, per suum rescriptum. Secundo, per confessionem patris vel matris, dicentium contractum esse matrimonium inter eos, quo casu poena fornicationis vitatur. Tertio per subsequens matrimonium, Quarto per ingressum religionis.*

123 J. de ROJAS, *Opus tripartitum: De successioneibus, De haereticis, et singularia in fidei favorem, etc.*, Salmanticae, ex officina I. a Terranova et Neyla, 1581. *Epitome Successionum ex testamento et ab intestato iure communi et regio*, nº 1. *Principis rescripto legitimatus, successionis ex testamento et ab intestato efficitur capax*, pp. 138-139. Nº 2. *Principis legitimatione primis natalibus spurius restituitur: principis rescripto primis natalibus filius spurius restituitur, cum inspecto iure naturali tantum nulla differentia inter spurios et legitimos sit. Natura omnibus communis est.*

los legítimos, y no pueden acceder al feudo, mayorazgo y supuestos similares, a no ser que expresamente se indique en la gracia¹²⁴.

El rescripto de legitimación debe provenir del príncipe supremo que no reconoce otro superior, o mediante delegación en otro de ese derecho para legitimar, equiparándosele cualquier otra autoridad política que ejerza un poder similar en su territorio. Por ello, este modo de legitimar, bien provenga del rey, bien de un príncipe, o de otro titular supremo temporal, solamente puede afectar a sus súbditos, y en los límites de su potestad, así como extenderse exclusivamente en cuanto a los efectos profanos, nunca en cuanto a los eclesiásticos, como reconoce X 4, 17, 13¹²⁵, si bien puede comprender a los hijos espurios y a los provenientes de una relación carnal condenada¹²⁶.

124 Señala Murillo Velarde que la legitimación otorgada por el Príncipe cesa habiéndose nacido hijos legítimos y se revoca en cuanto a la sucesión paterna, lo cual se observa en España, conforme a la ley 12 de Toro, y Nueva Recopilación 5, 8, 10, ya que es legitimado expresamente para que suceda en la herencia de sus ascendientes; habiendo nacido hijos legítimos, cesa tal legitimación en cuanto a este efecto, manteniéndose en los demás. Más aún, cesa la legitimación por rescripto, si después de otorgada, los hijos naturales vienen legitimados por subsiguiente matrimonio. P. MURILLO VELARDE, op. cit., p. 107.

125 *-In terris ecclesiae Papa potest libere illegitimos legitimare, in terris vero alienis non, nisi ex causis multum arduis, vel nisi in spiritualibus; tunc tamen indirecte et per quandam consequentiam intelligitur legitimare etiam quoad temporalia. Hoc tamen ultimum non est sine scrupulis. Hod dicit secundum intellectum, qui placet Panormitano et est capuz difficile et multum famosum.*

126 Reiffenstuel enseña que la legitimación es un acto gracioso, a través del cual el ilegítimo se hace legítimo, en virtud de lo dispuesto por el que tiene facultad para ello. El Papa es el que exclusivamente puede hacer la legitimación a estos ilegítimos de nacimiento para las Órdenes, honores, dignidades y beneficios eclesiásticos, y esto es doctrina común y cierta a partir del Derecho de las Decretales, porque las incapacidades provienen del derecho positivo eclesiástico, y en esta materia es competente con exclusividad, lo que no es óbice para que el obispo y el cabildo, en sede vacante, puedan habilitar para los órdenes menores y beneficios simples, a través no de la legitimación sino de la dispensa concedida en esta materia y para ese supuesto, de donde dimana que esta dispensa no abarca el resto de efectos de la legitimación. Es doctrina común que el Papa podía también legitimar en cuanto a los efectos políticos, sucesión mortis causa, honores y dignidades temporales respecto de aquellas personas que habitaban su territorio temporal y estaban sujetos por ello inmediatamente a su jurisdicción, puesto que en dicho territorio no reconocía un poder superior en materia temporal, pudiendo suspender la aplicación de unas normas o relajar su alcance. En cuanto a los hijos ilegítimos que no están sometidos inmediatamente a su jurisdicción, no puede ordinaria y directamente legitimarlos en cuanto a los efectos temporales y políticos, lo cual es una doctrina *«verissima et receptissima»*, contra el criterio de Barbosa, la Rota, el Hostiense y otros. El motivo se debe a que el Pontífice en lo dispuesto por el *Ius Civile*, en cuanto no afecta al pecado, ni contraviene el buen gobierno de la Iglesia, o de los bienes espirituales, no puede quitar o derogar ni dispensar de la norma, salvo caso extraordinario y de común necesidad u otra causa urgente. Aunque de derecho, y a no ser que se indique otra cosa en el rescripto de legitimación, mediante el Rescripto del Príncipe solamente se legitiman los hijos naturales, y no los nacidos de coito condenado, sin embargo el Príncipe supremo, Emperador o Papa, si quieren, pueden incluso legitimar a los nacidos del coito condenado, y delegar en los condes palatinos y legados, respectivamente, para ejercer esta facultad, aunque los condes palatinos que reciben este poder no podrán legitimar a los hijos ilegítimos de los nobles, salvo que en el rescripto imperial así se exprese, indicando que cabe legitimar la prole de los barones, condes, etc. La legitimación por rescripto del príncipe, si es otorgada por el Papa, hace a cualquier legitimado hábil para las Órdenes, dignidades, oficios y beneficios eclesiásticos, junto a los efectos políticos si el legitimado pertenece al territorio en el cual el Papa ejerce poder temporal, y en otro caso no cabe esto último. Concedida la legitimación por el príncipe secular o por el conde palatino, los legitimados se vuelven hábiles para recibir la legítima y

El fundamento de esta limitación se encuentra en la calificación jurídica de la legitimación, puesto que es un acto de jurisdicción voluntaria, y no puede ejercerse más que respecto de los súbditos, como demuestra Diego de Covarrubias¹²⁷, y se contiene en la expresión latina: *Non tamen nisi sibi subditos et respectu rerum sibi subditarum*¹²⁸.

Para que el rescripto sea válido, debe efectuarse una previa súplica del padre o del hijo ilegítimo, en la que se solicite la legitimación, y en la que se exprese: 1. La causa en base a la cual se debe conceder esa gracia. 2. Si hay hijos legítimos, y 3. Si el que va a ser legitimado es espurio o natural. En el supuesto de que se trate de hijo natural, si puede ser legitimado mediante matrimonio, sin deshonra del padre; si se trata de un hijo *spurius*, si ha nacido de incesto con la madre, procreado de hija o hermana, o de sacrilegio, en cuyo

las herencias, aunque no con la misma amplitud que en la legitimación por subsiguiente matrimonio. No podrán acceder a las dignidades y oficios seculares, salvo que por costumbre u otro estatuto particular especial del lugar venga atribuido, como serían los cargos de asesores en la Cámara imperial, consiliarios del Príncipe, doctores o recibir ciertas Órdenes, como los Generales de algunas religiones en la Iglesia. Los legitimados por subsiguiente matrimonio quedan equiparados plenamente a los legítimos, y para que se produzca la total equiparación a favor de los legitimados per rescriptum principis es necesario: 1. Que los legítimos consientan, aunque normalmente basta el consentimiento tácito o silencio. 2. Que no existan hijos legítimos, para que no se les cause perjuicio. En cualquier caso, en caso de duda, si el Emperador legitima por rescripto a los ilegítimos, y hay hijos legítimos, como tiene poder para ello, se interpretará el rescripto en modo que cause el mínimo perjuicio al derecho de tercero y al interés público. En caso de legitimación por subsiguiente matrimonio, los ilegítimos vienen legitimados incluso a pesar de la oposición de los legítimos, y la legitimación por rescripto tiene carácter extraordinario, y se aplicará cuando no es posible la primera o no hay facilidad para ello. No hay que olvidar que la legitimación requiere la súplica paterna, y si ya ha fallecido, la del hijo ilegítimo, probando que en el testamento del padre el testador había manifestado este deseo, aunque en la práctica basta, por costumbre, que el ilegítimo eleve la instancia, y los efectos de la conceción del príncipe secular no se extiende a los efectos eclesiásticos, como son las Órdenes, oficios y beneficios eclesiásticos, al carecer de potestad en cosas espirituales y no poder dispensar de las leyes eclesiásticas. A. REIFFENSTUEL, op. cit., pp. 121-122.

127 D. de COVARRUBIAS, *In quartum librum Decretalium epitome*, 2ª parte, cap. VI, & 9. *De dispensatione*, en *Opera omnia*, t. I, Lugduni 1574, pp. 197-198.

128 De modo semejante a estos titulares ya referidos, el Papa, dentro del territorio en el que ejerce su poder temporal, puede legitimar a las personas que le están sometidas, también en cuanto a los efectos temporales, pero está habilitado en cuanto a los efectos eclesiásticos para legitimar en toda la Iglesia, a causa de la potestad universal de la que goza. No obstante, la doctrina canonista clásica entiende que en cuanto a los efectos seculares solamente podrá hacerlo, fuera de su territorio de dominio temporal, en caso de grave necesidad espiritual de un reino o provincia, como sería si esto lo reclama urgentemente la fe o la religión. Indirectamente, sin embargo, el Papa puede legitimar en cualquier parte del mundo, o declarando válido el matrimonio, de cuyo valor se dudaba, o si es ciertamente nulo por razón de un impedimento. Si el Papa quita el impedimento o deroga la ley eclesiástica el matrimonio resulta válido, y los hijos que nacen del mismo son absolutamente legítimos, en cuanto a todos los efectos, y no solamente eclesiásticos, a saber: para órdenes, beneficios y dignidades, sino también herencias, feudos, mayorazgos y otros efectos seculares, sin que obste el hecho de que el generante haya muerto ya, y que la legitimación vaya en perjuicio de tercero, aunque esta materia es discutida entre los canonistas, ya que el Dr. Navarro y Molina defienden la opinión contraria, mientras está a favor, por ejemplo, Tomás Sánchez, a la que se adhiere Murillo Velarde. Vid. P. MURILLO VELARDE, op. cit., pp. 106-107.

caso si nació de un sacerdote, monje, religioso o de ambos, o si fue procreado de un adulterio¹²⁹.

Canisio realiza un amplio discurso sobre la posibilidad de la legitimación, diferenciando si interviene el Papa o el príncipe secular¹³⁰, porque el primero indudablemente puede realizarlo siempre para efecto de cosas espirituales y eclesiásticas, así como para cosas temporales de los sometidos a su jurisdicción secular en los Estados pontificios, y sería más dudoso que lo hiciera para asuntos profanos a favor de personas no sometidas a su poder temporal¹³¹, en

129 La legitimación por el príncipe no puede lograrse más que con consentimiento del padre, e incluso debe constar al menos que el hijo que va a ser legitimado no se opone a ella o que la ratifica, además de aportar el consentimiento de los demás hijos legítimos, si existen, ya que el príncipe no debe legitimar con perjuicio de tercero, por lo cual no es preciso el consentimiento de los parientes consanguíneos, que serían llamados en la sucesión intestada, al carecer de un auténtico derecho, y gozar tan solo de la esperanza de obtener aquellos bienes. Dicha gracia afecta al derecho de sucesión, aunque puede afectar a otros efectos, que deben reflejarse en el escrito de concesión, conforme a la súplica y poder del concedente. En España no sirve esta legitimación para obtener la nobleza y para tener exención de los impuestos, conforme a la norma de la Nueva Recopilación 6, 2, 12: «No se estienden a hidalguía, ni exención de pechos y tributos». En la controvertida cuestión de si los hijos ilegítimos adulterinos pueden ser legitimados por subsiguiente matrimonio, Canisio se inclina por la negativa, a pesar de que hubiera fallecido la esposa del adúltero, porque el hijo siempre quedaría espurio, aplicando el mismo esquema para la adúltera, siempre que ambos generantes fueran conscientes de la existencia del vínculo matrimonial, ya que en otro caso sería posible, y siempre atendiendo, para la posibilidad del matrimonio, al momento de la concepción.

130 Después de afirmar que toda causa matrimonial debe ser resuelta en la jurisdicción eclesiástica, afirma (H. CANISIUS, op. cit., p. 342): «*Causa matrimonialis coram iudice ecclesiastico cognoscenda et dirimenda est*», (ibid., p. 357), en el comentario al cap. *Tanta* 6, determina: «*Filium adulterinum, hoc est, qui a viro vivente uxore sua ex alia muliere susceptus est, non legitimari uxore mortua per matrimonium cum adultera, sed manere spurium, id est, illegitimum. Idem est ex parte mulieris, si ea superstitie marito suo filium ex alio suscepit, quod nec hic filius per matrimonium cum adultero legitimetur. Quod tamen ita accipiendum est, quando filius utroque parente sciente ex adulterio susceptus est, non si alter tantummodo scivit, alter ignoret. Nam huius bona fides efficit, ut filius ille illegitimus fiat, subsecuto inter eosdem matrimonio. In adulterinis filiis utroque parente sciente conceptis banc rationem reddunt doctores, quod inter eos matrimonium tepore conceptionis consistere non potuerit*». Ibid., p. 360: «*magna difficultas, quod matrimonium inter parentes potuerit consistere temporis nativitatis filii, an praecise exigatur tempus conceptionis*». Este criterio del parto es defendido por Covarrubias: «*Igitur sufficit ad hanc legitimationem consequendam, partum aliquo tempore fuisse in utero solutae mulieris*». Ibid., p. 362 y ss.: «*in cap. Per venerabilem 13 ext. Qui filii sint legitimi. Hoc capitulo agitur de legitimatione liberorum, quae fit auctoritate Summi Pontificis, vel alterius Principis superiorem non recognoscentis. Quae et in usu frequentissima est. Iure igitur et Summus Pontifex defectum natalium, per legitimationem supplere potest. Dixi, dummodo in temporalibus ipsi subiecti sint. Nam in non subditos temporaliter hanc legitimationem exercere non potest, cum legitimatio superiori suo reservata sit in signum subiectionis, ac proinde ab altero impetrari non potest. Unde idem recte producitur ad quemvis alium Principem, superiorem non agnoscentem, ut neque is alium subditum legitimare possit, ob eandem rationem*».

131 Supuesto de hecho: un noble galo se separa de su legítima mujer y toma otra, con la que tiene varios hijos, y pide al Papa que los legitime para que al morir no sean rechazados de la herencia, «*non enim patri succedunt liberi adulterini Auth. Ex complexu Cod. De incest. et inut. nup.*»), aportando diversos argumentos sobre esta materia. Canisio juzga normal que se legitime para lo espiritual y no para lo temporal, y el citado noble además se separó de su mujer por propia iniciativa, sin recurrir a la autoridad eclesiástica. Ibid., p. 366 y ss.: «*Constat summum Pontificem habere ius legitimandi quoscunque illegitimos, non solum quoad ordines ecclesiasticos (quod extra omnem controversiam est),*

cuya materia no deja de establecer las diferencias entre legitimación y simple dispensa, ya que el primer instituto jurídico tiene mayor contenido y alcance.

Como hijo adulterino, Alonso Antonio de San Martín era incapaz de legitimarse por el subsiguiente matrimonio de sus padres, tal como dispuso el Derecho romano¹³², ya que de forma expresa y sin solución de continuidad exige para la legitimación por subsiguiente matrimonio la circunstancia de que los padres hayan carecido de impedimento dirimente al tiempo de su ilícita relación sexual.

También el Derecho canónico estableció que el concebido de adulterio, aunque después se casaran sus padres, por haber muerto la mujer del adúltero o el marido de la adúltera, queda en la clase de espúreo, y no pasa a la de legitimado¹³³. Este planteamiento fue recibido en las Partidas, Part. 4, 15, 2: «Otrosí decimos, que si alguno que hobiese mujer a bendiciones ficiese hijos en barragana viviendo su mujer, que estos hijos atales non serien legítimos, maguer despues desto se muriese la mujer velada et casase él con la barragana: et eso es, porque fueron fechos en adulterio»¹³⁴.

sed etiam quoad successionem haereditariam, dummodo hoc casu in temporalibus ipsi subiecti sint. Non est dubium Summum Principem posse supplere defectum natalium... utpote qui solo humano iure non divino aut naturali introductus fuit. Et consequenter eum tollere vel supplere potest idem Summus Princeps. Qui scilicet ut verus iuris conditor neque sibi neque successoribus suis eam potest legem imponere, a qua utriusque licitum non sit recedere.

132 Inst. Iust. 1, 10, 13; C. Iust. 5, 27, 10 y 11; Nov. 12, cap. 4; Nov. 89, cap. 8, y Nov. 117, cap. 2. Vid. F. HOTOMANUS, *De castis incestivae nuptiis. Disputationes. De graduum cognationis et adfinitatis enumeratione, ex iure civili, pontificio et feudali. II. De gradibus adfinitatis, ex iisdem institutos. III. De sponsalibus, eorumque forma, ritu et iure. IV. De nuptiarum ritu et iure matrimoniorum ex iure civili, ex synodorum et pontificum R. decretis, sed maxime ex lege Dei et praeceptis christianorum. V. De spuris, notis, vulgo quaesitis: eorumque iuribus et legitimatione et e re nata, De concubinis*, Lugduni 1594, p. 285: *Spurius generale nomen est, quod iis omnibus convenit, qui sine patre iusto nati sunt. Cuius adpellationis originem haud scio an satis commode iurisconsulti ad Graecam notationem retulerint*. Ibid., p. 289: *Spuriorum autem divisio est multiplex. Nam alii ex concubinato nascuntur, alii ex scortatione, alii ex stupro, alii ex adulterio, alii ex incestu, vel hoc modo planius; ex concubina, ex meretrice, ex virgine, vel vidua honestae existimationis, ex adultera, ex cognata, ex serva non concubina, aut ex peregrina*. Ibid., pp. 313 y ss. *De legitimatione et quatuor tractatae quaestiones. Prius quid sit legitimatio considerandum est. Quod enim vulgo natalium restitutio definitur ex Novella 74 ex parte quidem verum est, sed non ex toto. Natalium enim restitutio, ius omne quod quis integris natalibus adipisci potest, attribuit, l. 2 de natalibus restituendis. Legitimatio tantum abest, ut ius agnationis integrum alicui praestet, ut soli patri legitimum faciat: ab aliis vero omnibus trium generum agnatis, prorsus eum alienum relinquat*, novela 89 & 4.

133 Así lo declaró expresamente el papa Alejandro III: «*Si autem vir, vivente uxore sua, aliam cognoverit, et ex ea prolem susceperit, licet post mortem uxoris eamdem duxerit, nihilominus spurius erit filius... , quoniam matrimonium legitimum inter se contrahere non potuerunt*». Vid. P. FARINACII, *Repertorium de contractibus cum fragmentis. Opus omnibus in foro versantibus perutile et necessarium*, Lugduni 1642, fols. 160r-164v: *De legitimatione spuriorum*.

134 Algunos autores entendieron que para que el hijo se legitimase por subsiguiente matrimonio no era necesario que los padres hubieran tenido aptitud para casarse al tiempo de la concepción, sino que bastaba que la tuvieran al tiempo del parto. Pothier, en su *Tratado de sucesiones*, cap. 1, sec. 2, par. 5, niega esta posibilidad, y los autores que la defienden se apoyan en una ley del Código justinianeo *de naturalibus liberis*, en cuya norma el emperador bizantino, para zanjar las disputas sobre el estado de

Cabe preguntarse si la regla general de imposibilidad de legitimación de los hijos procreados en adulterio, tiene alguna excepción¹³⁵, especialmente si se trata de un acto derivado de la gracia del poder político¹³⁶. En Roma no fue posible, tal como recoge la Novela 89, capítulos 9 y 15, porque exige que los hijos sean naturales, es decir, nacidos de concubina con quien el generante hubiera podido casarse al tiempo de su concepción. También el Derecho patrio en la Partida III, tít. 18, ley 9 y Partida 4, tít. 15, ley 4, sólo considera capaces de este beneficio a los hijos que nacen de barraganas¹³⁷.

Las Decretales disponen¹³⁸ taxativamente: *«Tanta est vis matrimonii, ut qui ante sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur. Si autem vir, vivente uxore sua, aliam cognoverit et ex ea prolem susceperit,*

los hijos nacidos del concubinato, ordena que se atienda a la condición de los padres en el momento del parto y no en el de la concepción, a no ser que sea más favorable este último: *Et generaliter definimus et quod super huiusmodi casibus variabatur, definitione certa concludimus, ut semper in huiusmodi quaestionibus, in quibus de statu liberorum est dubitatio, non conceptionis, sed partur tempus inspiciatur; e hoc favore facimus liberorum, ut editionis tempus statuamus esse inspectandum: exceptis his tantummodo casibus, in quibus conceptionem magis approbari infantium conditionis utilitas exoptulat.* En el Derecho histórico español hay que atenerse a lo dispuesto en Part. 4, 13, 11, que solo admite la legitimación por subsiguiente matrimonio en los hijos concebidos de soltero y soltera, y a la Part. 4, 15, 2, que la niega de modo tajante y sin distinción para los hijos procreados de casado y soltera, sin que sea concluyente la ley 11 de Toro.

135 Ha sido discutida la legitimación si una de las partes generantes ignoraba que la otra estaba casada en el momento del coito. Algunos autores dicen que la buena fe del procreante, que no creía cometer adulterio, haría que sus hijos se legitimasen por el matrimonio que posteriormente contrajera el padre con la madre, y como tal es sostenida esta opinión por parte de la doctrina. No han faltado, sin embargo, defensores del criterio contrario, negando la legitimación a una hija que habían procreado antes del matrimonio, aunque uno de los adúlteros ignorase, al tiempo de su relación sexual, que el otro estaba casado. Cabría la legitimación si la mujer de quien un varón ha tenido un hijo estaba casada, pero creía con fundamento que su marido no existía por haber recibido pruebas suficientes de su fallecimiento, conforme a la doctrina de Pothier, ya que en semejante hipótesis no hay adulterio, al faltar la mala fe.

136 J. GUTIÉRREZ, *Canonicarum quaestionum...*, op. cit., pp. 216-217: Disputa el doctoral civitense acerca de si la legitimación por el Papa de los hijos ilegítimos, habidos antes del matrimonio de los padres, incluye los honores seculares y se extiende a los efectos pretéritos, analizando diversos aspectos de la legitimación. *«An filius ex coitu damnato, et nefario natus sit, si rescripto Principis legitimetur absolute, et per omnia legitimus efficiatur, ac sit, utrum sit dispensatio, an autem vera legitimatio? Andreas Fachin. censet affirmativam sententiam veriore esse, scilicet, esse veram legitimationem, non autem dispensationem.* Sobre la legitimación de los hijos espurios se pronuncia Jo. de ROJAS, op. cit., pp. 138-139: N° 1. *Principis rescripto legitimatus, successionis ex testamento et ab intestato efficitur capax: N° 2. Principis legitimacione primis natalibus spurius restituitur: principis rescripto primis natalibus filius spurius restituitur, cum inspecto iure naturali tantum nulla differentia inter spurios et legitimos sit: l. bos accusare omnibus ff. De accusation. Natura omnibus communis est.*

137 Este enfoque legal es mantenido por el Fuero Real en lib. 3, 6, 17, aunque Gregorio López, al comentar las Partidas, en su glosa primera a la ley novena, y octava a la ley cuarta, antes citadas, manifiesta que el Rey puede legitimar no solamente a los hijos nacidos de barragana, sino también a los adulterinos, a los incestuosos y a los sacrílegos, y en el mismo enfoque se pronunció, como hemos indicado, Diego de Covarrubias, junto a otros autores.

138 X 4, 17, 6.

licit post mortem uxoris eamdem duxerit, nihilominus spurius erit filius et ab haereditate repellendus».

De este principio salieron dos grandes máximas: el matrimonio subsiguiente legitima por derecho a los hijos nacidos antes de su celebración y los asimila plenamente a los habidos constante matrimonio y, en segundo lugar, que no produce esos efectos el matrimonio subsiguiente, si se tuvieron hijos durante el tiempo en que había una unión conyugal por parte de cualquiera de los generantes.

No obstante, el papa Inocencio III negó la legitimación a un hijo de un señor de Francia, y sin embargo indicó que podría en ciertos casos habilitar a los hijos bastardos para suceder, por un poder indirecto que decía podía tener el Papa algunas veces sobre lo temporal¹³⁹.

139 Con respecto a lo espiritual, nadie duda que el Papa puede legitimar a los bastardos, y Gibert diferencia esta legitimación de la dispensa del defecto de nacimiento, porque esta última es parcial y la primera es total, además de que la dispensa se puede otorgar por el obispo, mientras que la otra solo la otorga el Papa. Aunque el matrimonio subsiguiente borra enteramente la mancha de la ilegitimidad originada por el nacimiento, sin embargo el papa Sixto V declaró en una bula que semejante legitimación no bastaría para acceder al cardenalato. En el antiguo derecho francés fue posible la legitimación de los hijos bastardos por medio de una carta del rey, y en España la Real cédula de 21 de diciembre de 1800 incorporó, entre las gracias que se podían obtener del poder regio, a las legitimaciones de los hijos ilegítimos habidos de personas casadas, de clérigos y de caballeros profesos de las Órdenes militares, a tenor del art. 25 de dicha norma. No obstante, en el Real decreto de 5 de agosto de 1818, que aprobó las nuevas tarifas de los privilegios concedidos por el rey, omitió en su art. 21 la legitimación de los hijos de clérigos y de casados, manteniendo exclusivamente la de los hijos de caballeros profesos de las Órdenes militares. Finalmente, la ley de 14 de abril de 1838 aprobada en Cortes, otorga autoridad al rey para resolver las instancias sobre legitimaciones de los hijos naturales, tal como vienen definidos en la Nov. Recop. 10, 5, 1, que es el trasunto de la ley 11 de Toro, en la cual se afirma que hijos naturales son aquellos cuyos padres podían casarse al tiempo de la concepción o del parto sin necesidad de dispensa, por lo cual hay que concluir que el rey español del siglo XIX carecía de facultades para legitimar a los hijos concebidos en adulterio aunque nacieran en un momento en el que los padres pudieran contraer entre sí un legítimo matrimonio, ya que la aptitud de casarse es necesaria en ambos momentos, siempre que el padre los reconozca como suyos. En el supuesto de legitimación por concesión regia, a tenor del Fuero Real. III, 6, 17 o de la Partida 4, 15, 4, ha entendido la doctrina, a pesar del precedente romano, que se podía extender a los hijos adulterinos, así como a los sacrílegos e incestuosos, ni a ningún otro espúreo, porque si el soberano tiene potestad de abrogar las leyes civiles, consecuentemente tiene la de relajarlas, conceder dispensa de las mismas y modificar su aplicación, además de afirmar que en el orden de la naturaleza todos los hijos nacen iguales y que la distinción entre legítimos e ilegítimos es fruto de la norma positiva, de modo que no hay argumento alguno para que el soberano esté impedido de derogar esta distinción cuando lo estime conveniente, en cuyo enfoque se debe situar la Real cédula de 21 de diciembre de 1800. Para que la carta regia de legitimación, concedida a un espúreo, sea válida y no pueda calificarse de subrepticia es preciso que la calidad del hijo se exprese en la súplica, aunque no es necesario indicar que es incestuoso o adulterino, porque en criterio de los juristas del *Ius Commune*, el término genérico incluye a la especie, de modo que aquel vocablo incluye estos: *cogitatum in generale refertur ad specialia*, aunque no han faltado autores que se pronunciaron en sentido contrario. Cf. A. REIFFENSTUEL, *Jus Canonium universum, clara methodo iuxta titulos quinque librorum Decretalium*, t. IV, Venetiis 1726, pp. 116-122; L. ENGEL, *Collegium universi juris canonici, adjectae sunt annotationes C. Barthel*, Mantuae carpetanorum 1777, pp. 382-384. Pastora y Nieto sostuvo que la legitimación no se extendía a los hijos nacidos de una relación incestuosa o adulterina, porque el orden público, los deberes de paternidad y maternidad, y el favor debido a la inocencia del niño no parecen exigirlo, y

El Derecho romano exigía para la legitimación por rescripto, a tenor de la Nov. 74 cap. 2 y de la Nov. 88, cap. 9¹⁴⁰, que el padre careciese de hijos legítimos, porque no sería justo que los procreados extramatrimonialmente fueran incorporados en una familia, confundiendo con los de la unión legítima. Este requisito fue exigido por el Fuero Real III, 6, 5, ya que sólo al hombre que no tuviere hijos de bendición se le permite adoptar a un extraño y legitimar al hijo que hubiese procreado de una barragana, y es lo que sostuvo Gregorio López al comentar en sus glosas las Partidas¹⁴¹: si hay hijos legítimos no puede ser legitimado por rescripto el espúreo ni tampoco el natural, a pesar de lo cual algunos autores entienden que el rey podía conceder la legitimación, incluso en caso de existir hijos legítimos, y que sería válida la concesión, con tal que en la súplica se haya hecho presente la existencia de estos hijos, aunque si se silenció esta circunstancia, se tendrá por nula y de ningún efecto la gracia, como resultado de la obrepción o subrepción¹⁴².

desde otro ángulo el interés de las costumbres junto a la reprobación que merecen el adulterio y el incesto se oponen a su admisión. I. de la PASTORA y NIETO, *Diccionario de Derecho canónico*, trad. del que ha escrito en francés el abate Andrés... arreglado a la jurisprudencia eclesiástica española antigua y moderna..., t. III, Madrid 1848, pp. 226-228, s. v. legitimación.

140 Cf. C. RITTERSHUSIO, *Jus Justinianum, hoc est, Justiniani et aliorum quorundam imperatores augusti Novellarum mixtarum expositio methodica*, 3ª ed., Argentorati 1669, pp. 240-241, cap. 12: «*De liberorum differentia et legitimatione. Sed liberorum alii sunt legitimi, alii naturales, alii denique legitimi. Quidam sic dividunt, ut alios appellent legitimos et naturales simul, alios legitimos tantum, alios naturales tantum, alios legitimatos. Sed cum legitimos dicimus, non excludimus naturam, sed a potiori sumimus denominationem... Legitimitati liberi sunt, qui cum essent initio tantum naturae cogniti, sive naturales, et extra patriam potestatem constituti; postea per aliquem ex modis a lege inventis patriae potestati sunt subjecti. Sunt quidem etiam plures aliae species liberorum: ut adulterini, incestuosi, item ex nefario et damnato coitu suscepti, item manseres (in libris Mosaicis sic appellantur), spurii quos Seneca publicos pueros vocat, et de quibus Martialis: Cui populus pater est, non habet ille patrem. Sed his omissis (remite a Gabriel Paleotto) hic tantum de modis legitimandi liberos explicemus.* Ibid., p. 242: «*Sicut enim potest princeps homines libertinae conditionis restituere natalibus, in quibus initio omnes homines fuerunt cum nondum jus civile a naturali separatum ac descriptum esse., quo tempore et servitus incognita erat et manumissio et libertinitas: in qua restitutione natalium sive ingenuitatis interveniabat etiam jus aureorum annulorum, quibus a principe restituendi donabantur, quasi cujusdam praeparationis et praepurgationis loco: ad eundem modum etiam liberos naturales potest princeps facere suos parentibus ac legitimis et justos eosque restituere antiquis natalibus, in quibus erant omnes homines, antequam descriptae essent leges. Tunc enim omnes liberi ejusdem erant conditionis, non autem alii naturales et alii legitimi. Sed de hoc secundo modo observandum est. Duo debere concurrere (vulgo requisita vocant legitimationis per rescriptum): primum, ut nulli extent liberi legitimi sive justis. Secundo, ut liberi naturales, de quibus per rescriptum legitimandis agitur, sint ex muliere libera procreati.*

141 Part. 3, 18, 36, glosa 2 y Part. 6, 9, 32, glosa 3.

142 R. de VERGAS, *Interpretatio capit. Tanta qui filii sint legitimi*, Salmanticae, exc. P. Lassus, 1602, p. 8: «*Filiorum illegitimorum quatuor species referruntur: alii sunt naturales, alii vero spurii. Naturales dicuntur illi qui nati sunt ex concubina domi retenta, cum qua sola ipse vir consuetudinem habebat, et cum qua matrimonium legitime contrahere poterat. Quinque requiruntur ad hoc: primum, quod sint ex concubina nati. Secundum, quod sit domi retenta. Tertium quod sit unica. Quartum, quod in schemate concubinae in mensa et lecto habeatur. Quintum, quod cum ea possit contrahi matrimonium. Ex iure canonico necessaria non sunt quia ad hoc, ut filii naturales dicantur sufficit, ut sint nati ex eis parentibus qui absque dispensatione apostolica contrahere poterant matrimonium expletis illis iuris civilis solemnitatibus. Spurii dicuntur caeteri omnes qui nascuntur ex illis, qui absque dispensatione*

En tercer lugar, conforme al Derecho romano era necesario para la validez de la legitimación por rescripto que el padre se hallase con imposibilidad física, moral o legal de casarse con la madre de sus hijos naturales, bien porque hubiera fallecido, bien porque se hizo indigna de la condición de esposa, o bien porque después del nacimiento de los hijos sobrevinieron algún impedimento dirimente entre los padres, tal como dispone la Novela 89, cap. 9¹⁴³.

El padre es quien debe pedir la legitimación al rey, conforme a lo dispuesto en Partida 4, 15, 4, bien por sí mismo, bien por medio de un procurador, aunque no podrá solicitarla sin consentimiento expreso o tácito del hijo, ya que ningún hijo ilegítimo podría ser legitimado contra su voluntad, a tenor de la Nov. 89, cap. 11¹⁴⁴.

Murillo Velarde¹⁴⁵ afirma que *solus supremus princeps superiorem non recognoscens potest legitimare, vel jus legitimandi committere*. El rey en su territorio puede legitimar a sus súbditos, pero no a los extraños, y solo en cuanto a los efectos profanos, no en cuanto a los eclesiásticos, por falta de competencia, puesto que la legitimación es un acto de jurisdicción voluntaria, que no puede ejercerse más que respecto de los propios súbditos.

Este canonista sostiene que *per rescriptum¹⁴⁶ Principis no solum filii naturales, sicut per subsequenter matrimonium; sed etiam spurii, et nati ex coitu damnatio legitimari possunt. Magnum tamen versatur discrimen inter hos legitimatos. Nam per subsequenter matrimonium legitimatus omnia jura legitimatorum, praeter posse ad Cardinalatum assumi, acquirit: legitimatus per rescriptum solum habilitatur quoad ea, quae nullo modo in praejudicium legitimorum cedunt: nec ipse succedit in feudum, majoratum, et similia,*

matrimonium contrahere non poterant, quales sunt adulterini, incestuosi, sacrilegi nefarii et alii quod late prosequuntur. Trata también de la legitimación de los hijos naturales, y en p. 21: de los legitimados *per rescriptum principis*, con las consecuencias de dicho acto.

143 En Derecho histórico español no existió este requisito, aunque la doctrina interpretó que no se podía acudir a la legitimación por rescripto siempre que fuera posible ejecutarla por subsiguiente matrimonio, de modo que si existiera esta posibilidad no produciría efecto alguno la gracia regia, salvo que el rey la otorgase con pleno conocimiento de que el padre podía legitimar al hijo casándose con la madre, tal como defendió Gregorio López, glosa octava de la ley 4, tít. 15, Partida 4, y sostuvieron los comentaristas de la ley 12 de Toro, Tello Fernández y el doctor Llamas y Molina. Vid. C. S. BERARDI, *Commentaria in jus ecclesiasticum universum*, t. III, Venetiis 1789, pp. 170-176.

144 También lo defienden los autores, especialmente Gregorio López, en la glosa 2 de la Part. 3, 18, 9, y en la Part. 4, 15, 4, glosa 1, así como el doctor Llamas y Molina, en su comentario a la ley 12 de Toro. Si el hijo fuera impúber, se presume que consiente, puesto que la legitimación se tiene por ventajosa para su persona, aunque llegando a la pubertad podría reclamar contra ella, y si guardaba silencio se interpreta como ratificación.

145 P. MURILLO VELARDE, *Cursus juris canonici, hispani, et indici*, in quo iuxta ordinem titularum Decretalium non solum Canonicae Decisiones afferuntur, sed insuper additur, quod in nostro Hispaniae regno, et Indiarum provinciis lege, consuetudine, privilegio, vel praxi statutum, et admissum est, ed. 3, t. II, complectens lib. IV et V *Decretalium*, Matrili 1791, pp. 103-107.

146 Vid. A. X. PÉREZ Y LÓPEZ, *Teatro de la legislación universal de España e Indias...*, op. cit., t. XXVI, Madrid 1798, pp. 275-289, s. v. rescriptos.

*nisi hoc in rescripto, saltem in genere, exprimatur. Ac prohibende legitimatio a Principe concessa, natis filiis legitimis cessat, et revocatur quoad paternam successionem*¹⁴⁷.

La legitimación surte su eficacia desde que se expide la gracia del monarca, tal como establece la Part. 4, 15, 4: «si cabe su ruego (de los padres que piden la legitimación de sus hijos) et los legitiman, son dende en adelante legítimos», es decir, no tiene efectos retroactivos: «de ahí para adelante», a no ser que se disponga otra cosa en el rescripto.

147 Recuerda este autor lo dispuesto en la ley 12 de Toro y en la norma de la Nueva Recopilación 5, 8, 10, así como en este mismo cuerpo normativo 6, 2, 12: «no se estienden a hidalguia, ni exempcion de pechos, y tributos». El hijo legitimado por el rey adquiriría todos los derechos de hijo legítimo, transformándose en heredero forzoso de sus padres por testamento o *ab intestato*, coparticipando con los hijos legítimos, y tenía todos los honores y preeminencias de los hijos habidos de justo matrimonio: Part. 4, 15, 4 y 9, y Part. 3, 18, 9. La ley 12 de Toro, que pasó a Nov. Recop. 10, 20, 7, dispone que a pesar de la legitimación para heredar los bienes de su padre o madre o de sus abuelos, si después el padre o la madre o los abuelos tuvieren hijos o nietos legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio, no podrá suceder con ellos por testamento o *ab intestato* en los bienes de dichos ascendientes, y solo sería capaz de suceder en lo que quisieran dejarle de la quinta parte de sus bienes. No obstante, la doctrina entiende que el hijo legitimado por el rey entraría a participar en la herencia de sus ascendientes junto a los legítimos, si el rey le habilita expresamente en su privilegio «para suceder con los hijos legítimos sin diferencia, tanto en el caso de que hayan nacido antes de la legitimación como en el de que nazcan después», ya que el monarca puede en la plenitud de su soberanía disminuir la legítima de los legítimos. A pesar de ello, si el rey se limita a legitimarle sin añadir nada, se presume que no quiere perjudicar a los legítimos nacidos o por nacer, aunque tenga noticia de su existencia, y que así no le concede la facultad de heredar a no ser en defecto de los legítimos o para limpiar la mancha del nacimiento o para otros efectos, y por este motivo en la gracia regia se podía leer habitualmente la cláusula de «sin perjuicio de los legítimos», tal como refieren Acevedo y Llamas en sus comentarios a la ley 12 de Toro. En conclusión, los hijos legitimados por el Rey tienen derecho y deber ser admitidos a la sucesión de sus padres por testamento y *ab intestato*, si hubiesen sido legitimados para este fin y estuviesen solos; pero si concurren con hijos legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio, cualquiera que sea el tiempo en que nacieron, no podrán perjudicarles en sus legítimas. En defecto de hijos y descendientes legítimos, deber ser preferido el legitimado por el monarca a los ascendientes en la sucesión de sus padres, tanto testamentaria como intestadamente, supuesto que haya sido legitimado para heredar. Finalmente, el hijo legitimado por el Rey no puede suceder, salvo con las limitaciones que hemos señalado, y en el quinto que le quisieren dejar, pero es igual a los hijos legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio en la nobleza y demás honores civiles, así como en el derecho de suceder por testamento y *ab intestato* a los demás parientes, tal como regula la ley 12 de Toro: «en todas las otras cosas, ansi en succeder a los otros parientes, como en honras e preeminencias que han los hijos legítimos, mandamos que en ninguna cosa difieran de los hijos nacidos de legítimo matrimonio», aunque esta cláusula se interpreta a favor de la nobleza y preeminencias de todo hijo, si bien en la Nov. Recop. Lib. 10, tít. 5, leyes 5 y 6, se derogó estos efectos para el hijo espúreo y quedó exclusivamente a favor del hijo natural legitimado. Vid. por todos, A. X. PÉREZ y LÓPEZ, *Teatro de la legislación universal de España e Indias, por orden cronológico de sus cuerpos, y decisiones no recopiladas*, t. X, Madrid 1796, págs. 4-27, s. v. hijos; J. ESCRICHE, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. Nueva ed. ref. y cons. aum. por los doctores L. Galindo y J. Vicente y Caravantes, t. III, Madrid 1875, págs. 46-90, s. v. Hijos y sus especies

Además, en la ley 10¹⁴⁸, nota 42 de las glosas de Gregorio López a las Partidas¹⁴⁹, este comentarista afirma textualmente: «Añádase que es tambien conveniente continuar en el rescripto de la legitimación la cláusula: *restitutio de primis natalibus*. Pero la presente ley demuestra no ser necesaria dicha cláusula para la validez de la legitimación, por estar ya esencialmente contenida en dicho acto, el cual no es de suyo otra cosa que la restitución o reposición al tiempo del nacimiento Novella 74, cap. 3 collat. 6».

Podemos resumir el análisis precedente, señalando con Gudelin¹⁵⁰ que en Derecho romano encontramos el precedente de la dispensa sobre el defecto de nacimiento a través del instituto de la *restitutio natalium*, al que se acogían excepcionalmente algunos libertos para que, mediando solicitud, el emperador en Derecho clásico les otorgara la condición de ingenuos, incluyendo la extinción del derecho del patronato, ya que borraba toda mancha de su etapa de esclavitud¹⁵¹, a diferencia del privilegio consistente en la concesión del anillo de oro de los caballeros, ya que no extinguía el vínculo con el patrono, y seguía vigente el derecho de patronato, con lo cual se mantenía un residuo derivado de la anterior situación personal¹⁵².

148 «... Otrosí otorgamos a Remondo el sobredicho, que pueda ser recebido en toda honrra, que fijo legitimo deva, e pueda aver: e non le empezca en ninguna manera, porque non fue nacido de muger legitima, nin vala porende menos».

149 *Las Siete Partidas*..., op. cit., t. II, p. 366, nota 42.

150 P. GUDELINI, *Commentariorum de jure novissimo libri sex*, Francofurti 1618, pp. 10-12.

151 *«In libertinis, hoc est, qui ex servitute manumissi sunt, remanet ad huc vestigium et macula quaedam pristinae servitutis, apparens partim ex operis cum eas indixerit patronus, aliisque rebus, de quibus tempore manumissionis convenit, ei praestandis: partim ex obsequiis seu officiis reverentiae, pietatis, et grati, obnixique animi ei, quamvis non petierit, exhibendis: In quibus si defecerit deliqueritque libertus, potest ad pristinum servitutis jugum revocari. Insuper cogitur libertus, ut etiam moriens beneficium manumissionis sibi impensum agnoscat, partem bonorum suorum patrono relinquere, olim dimidiam, nunc tertiam. In his namque omnibus consistit Jus patronatus. Patronus est manumissor sic dictus quasi pater: pater esse videtur qui libertatem, sicut qui vitam donavit: Atque etiam Jus patronatus simile in multis juri parentis, nisi quod filiorum quam libertorum conditio melior et honestior: unde Jus patronatus medium quid dici potest inter dominicam potestatem et patriam. Jus istud patronatus tribuerunt leges liberis manumissoris aliisque nonnullis aequitatis ratione: quorum etsi nemo exstet, atque adeo is qui manumissus est nullus fit libertus, tamen manet in eo conditionis libertinae vilitas, quae prohibeat libertinum matrimonio jungi cum personis senatorii ordinis, et honores reipublicae consequi. Quin etiam in ea conditione existens ad eos adspiraverat, puniebatur. Unde gravis quaestio saepe oboriebatur, utrum esset aliquis ingenuus, an libertinus? Et qui libertini erant, nitebantur jura ingenuorum a Principe precibus impetrare: quod fiebat duobus modis. Nam hoc beneficium impertiebatur Princeps, vel praestando jus quod dicebatur aureorum annulorum vel natalibus restituendo.»*

152 *«Annulus aureus erat insigne equestris ordinis et nobilitatis, quem dando alicui libertino princeps eum ex vili ista conditione eximere censebatur, atque inde appellatum jus aureorum annulorum. Vis autem hujus impertrationis haec erat, ut non tam statum ingenuitatis quam imaginem ejus praestaret, et solum ut posset is qui hanc gratiam acceperat, sine periculo se publicis officiis ingenuorum ingerere, et familiis nobilibus se per matrimonium conjungere. Etenim per omnia saluum manebat jus patroni, nisi quatenus ei remitteret; ac poterat nihilominus jure aureorum annulorum donatus, ob ingratitudinem erga patronum, in servitutum revocari. Plenior erat gratia restitutionis natalium: cujus nomen forte ex eo fluxit, quod qui ortu suo ingenui se postea servituti addixerant, vel delicto suo in eam inciderant, a Principe ei conditioni in qua nati fuerant restituebantur. Tractum deinde ad eos quoque, qui servi nati erant, quod restituerentur natalibus, non quidem iis in quibus nati fuerant, verum in quibus initio*

No obstante, ambos eran privilegios otorgados por el titular del máximo poder político en el Principado, y no se otorgaban sino después de elevarle la petición, presentando los motivos de la misma y examinada la causa en cada uno de los supuestos concretos que se planteaban¹⁵³.

El Derecho canónico se sirvió de este instituto para articular la dispensa *super defectu natalium*¹⁵⁴, junto a otros múltiples supuestos de inhabilidad para acceder a las instituciones de la Iglesia, desde el matrimonio a las órdenes sagradas, especialmente ante la necesidad de constatar el origen de los aspirantes a formar parte del estado clerical¹⁵⁵.

Los motivos y fundamentos que justificaron ese especial cuidado en la legitimidad del nacimiento fueron varios:

omnes homines ante ortum jus gentium fuerunt. Quae restitutio faciebat, ut perinde quis haberetur quantum ad totum jus pertinet, ac si ingenuus natus esset: unde amittebatur in eo etiam jus patroni, etiam debitum reverentiae et accusatio ingrati.

153 *Utrumque beneficium concedebatur a Principe causa cognita, et auditis manumissoribus atque aliis, quorum intererat. At Justinianus Novella sua constitutione largitus est, ut quisquis tunc esset manumissus, vel deinceps manumitteretur, hoc ipso jus aureorum annulorum et regenerationis haberet, censereturque ingenuus. Verbo regenerationis apte usus est, quoniam qui ingenuitatem manumissione adipiscuntur, quasi novo ortu rursus generantur. Illud praestitit haec constitutio, ut non fit amplius eo nomine opus rescripto principis, sed ut, quod singulos impetrare prius oportebat, id nunc omnibus esset commune; exemplo sumto ab Antonino et Theodosio, quorum ille omnibus ingenuis subditis peregrinis jus Romanae Civitatis, hic jus liberorum, id est, jus immunitatis omnibus subditis legitimum numerum liberorum habentibus (ut recte interpretatus est Duarenus) generaliter dedit, quod ante pro beneficio aliquibus dari solebat. Simili modo Justinianus omnibus libertinis jus Romanae Civitatis concesserat, differentia latinorum et deditiorum sublata. At notandum est commune quidem factum esse a Justiniano jus aureorum annulorum, sed sicut olim a singulis impetrabatur; nimirum sic ut integrum maneret patrono jus suum, ac posset etiam in servitatem repeti manumissus, si erga eum foret ingratus. Ex quo intelligitur impetrationem quidem juris aureorum annulorum redditam esse hac constitutione supervacuam, cum frustra a Principe impetretur, quod jure communi concessum est. Verum non idem esse de impetratione restitutionis natalium, circa quam nihil hic mutatum est, et quia adhuc opus est illi, qui ingenuitatem tam plene consequi velit, ut ne quidem patrono obstringatur. Moribus nostris cum nulli servi sint, certum est omnes nativitate ingenuos hic esse, praeterquam ubi sunt adscripti, quibus si contingerit eos manumitti, potest jus hujus Novellae applicari.*

154 V. CAROCIO, *Tractatus locati et conducti in quo exacte de pensionibus, fructibus, caducitatibus, remissionibus, salariis et similibus, nova, quotidiana et practicabilis materia pertractatur*, 5ª ed., Venetiis, apud Sessas, 1617, hojas de guarda del ejemplar conservado en la BUS, y que pertenecen a un tratado *de rescriptis*, del que no consta su autor, e intitulado: *De dispensatione super defectu natalium*.

155 *Videamus de dispensatione super defectu natalium ut vocant pragmatici Curiae Romanae. In marg.: Natus de meretrice non debet in ecclesia recipi. Certum est dominum prohibuisse de scorto natus recipiatur, et ne in ecclesia ministraret. Sic quod in illis, qui paterna vitia non sequuntur, possunt suffragari virtutes, quae inducent summum Pontificem ad dispensandum, si morum honestas eos commendabiles reddat. Nam undecunque nascantur homines, si parentum vitia non sectentur, honesti et salvi erunt: et nunquam de vitii erubescamus parentum, sed illud unum quaeramus. Semper amplectamur virtutem, non est omnino nec de virtute, nec de vitio parentum aut laudandus aliquis, aut culpandus. In marg.: De vitii parentum non est quis vituperandus. Nemo vero inde aut obscurus, aut clarus est: imo etiam ut consideratius aliquid dicamus, aut expressius, nescio quomodo magis ille resplendet, qui ex parentibus natus a virtutibus prorsus alienus, quam ipse qui fuit Dei virtute mirabilis. Sunt verba Ioan. Chrysost.*

Prima est dignitas et excellentia status clericalis et sacramentorum quae turpibus et infamibus committi non debet.

Secunda ratio est in detestationem criminis paterni, quod plerunque detestatur in filiis, ut puniantur temporaliter.

Tertia est ratio incontinentiae paternae. Solent enim filii vitia parentum saepius sequi... Et quia iure praesumitur is incontinens, cuius pater fuit... et sicut incontinentia uxoris labefactat virum... sic et multo fortius incontinentia patris maculabit filium. Sex item rationes affert Praepositus in c. presbyterorum 56 distin. Igitur aliqua ratione cessante: non cessabit utique prohibitio.

De estos razonamientos se deduce que los bastardos no pueden formar parte del clero¹⁵⁶, a no ser que se les conceda la dispensa canónica, la cual se otorga por el obispo, tanto para la primera tonsura y órdenes menores, como para los beneficios simples, tal como debió ocurrir con Alonso de San Martín, y sin la cual no valdría el acto jurídico¹⁵⁷.

El obispo no era competente para dispensar de un beneficio que tuviera cura de almas, como ocurría con la abadía de Alcalá la Real, ni tampoco para una dignidad, como era el arcedianato de Huete en la catedral de Cuenca, por lo cual, aunque para los canonicatos tuviera capacidad, no estaba habilitado para ambos extremos, y en ambos supuestos el hijo de Felipe IV tuvo que recurrir a la Santa Sede, refiriendo los datos personales de su ilegitimidad para que fuera válido el rescripto que contenía la correspondiente dispensa, además de concedérsela caso por caso¹⁵⁸, haciendo constar en la nueva petición que se le había otorgado otra con anterioridad¹⁵⁹.

156 «Ex his itaque reperio multas a iure postea factas prohibitiones: prima quo ad ordines. Bastardi ad ordines prohibiti: quia postquam dominus prohibuit illis ingredi ecclesiam, per quandam consequentiam, ordines quoque denegavit eis, nec non primam tonsuram.»

157 «Tamen poterit naturalis ex episcopi dispensatione primam tonsuram et ordines minores sumere ac beneficium simplex obtinere sed non maiores ordines sine Papae dispensatione. Caeterum requiritur, quod episcopus ante collationem beneficii vel tonsurae dispense cum hoc illegitimo, alias non valebit actus, nec conferendo videtur dispensare, quod secus esset in Papa, nisi episcopus hoc sciverit.»

158 «Episcopus tamen non potest dispensare ad curatum vel ad dignitatem, nec quidem ut hic praebendam in ecclesia cathedrali obtineat... Ad curatum vel praebendam ecclesiae cathedralis episcopus cum illegitimo non dispensat. 11. Ego autem annuerem primae sententiae... et obtinere beneficium, cui cura non imminet animarum, dummodo sit tale, super quo per ipsum Episcopum valeat dispensari: ergo episcopus nec in omnibus quidem simplicibus valet dispensare, videlicet in canonicatibus. Si illegitimus fuerit ad sacros ordines promotus sine dispensatione, et demum celebraverit, non tamen efficitur irregularis: quia hoc non est iure cautum, licet peccet celebrando. 14. Unde in bulla, quam hic illegitimus impetrabit, oportet quod faciat mentionem de defectu natalium, et quod eo non obstante assumpsit maiores ordines: sed de irregularitate quam non incurrit, non est opus facere mentionem. Secunda prohibitio generalior est, ne beneficium vel beneficia habeant in ecclesia, tanquam beneficiarii... unde si illegitimus impetraverit beneficium non valet impetratio, nisi facta mentione defectus natalium. Illegitimus beneficia habere prohibetur. 16. Sive beneficia conferantur eisdem in titulum, sive in commendam. Prohibentur etiam ad dignitates ecclesiasticas et personatus sine dispensatione Apostolica promoveri. Ad dignitates vero temporales aliis deficientibus recipi poterunt.»

159 «Undecimo si quod habeat beneficium, illud est exprimendum. Duodecimo in secunda dispensatione debet facere mentionem primae sed non tenetur in impetratione beneficii facere mentionem dispensationis super pluralitate.»

Como último requisito, la petición debe mostrar explícitamente al Sumo Pontífice el tipo de ilegitimidad en la que se encuentra el suplicante, porque en otro caso era nula¹⁶⁰, por lo cual se limitaría a explicitar que era hijo de casado con soltera, en cuya situación era muy frecuente la concesión, dado el significado que en el ámbito civil tenía la noción de adulterio¹⁶¹.

Beatriz García Fueyo

Universidad de Burgos

160 «Nº 60. *In marg. Requisita in dispensatione illegitimatorum ut exprimantur. Ultimo debent ista narrari in dispositione, nec sufficeret in non obstante hoc inserere, vel in executibus.* Nº 61: *Adhaec qualitates spurietatis veniunt in dispensatione exprimendae, alioquin legitimatio vel dispensatio nulla est.* Nº 62. *Si tamen in prima legitimatio et dispensatione qualitates omnes quis expresserit, et postea factus habilis impetret beneficium, sufficit dicere se pati defectum natalium, licet qualitates alias non expresserit: nam haec ultima impetratio non est nisi executio primae dispensationis: quamobrem ad illam se referre debet.* Nº 63: *Si legitimus dispensatus ad beneficium curatum unum impetraverit, non facta mentione dispensationis ad plura, valebit impetratio».*

161 Esta investigación forma parte del estudio realizado por la autora para obtener el doctorado en Derecho por la Universidad de Burgos, que ha sido dirigido por el Prof. Dr. D. Alfonso Murillo Villar. Dicha tesis doctoral mereció la calificación de Sobresaliente *cum laude*, por unanimidad del tribunal. El trabajo fue financiado por parte de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León, y del Fondo Social Europeo. Se ha publicado la parte biográfica del personaje que era objeto de reflexión científica, en una monografía que lleva por título, *Alonso Antonio de San Martín, obispo de Oviedo y Cuenca e hijo de Felipe IV*, Oviedo. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 2012, (512 pp. + CD en el que se incorporan las 1665 notas, apéndices e ilustraciones), con prólogo del Excmo. Sr. Dr. D. Gonzalo Anes, Director de la Real Academia de la Historia.