

**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS DEL DERECHO**

**“LA REGULACION DEL PARENTESCO EN EL
REINO DE CHILE”**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO
EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES**



AUTOR : SILVIA SOLAR NAVARRETE
PROFESOR GUIA : ANTONIO DOUGNAC RODRIGUEZ

Santiago, Octubre de 2000

INTRODUCCION

La posesión y el gobierno de los inmensos territorios descubiertos y bautizados con el nombre de Indias Occidentales, dio lugar al nacimiento de un derecho peculiar, el Indiano, que a pesar de emanar de la misma autoridad y fuentes legislativas, hubo de apartarse pronto del derecho castellano, que no pudo aplicarse en Indias como se intentó en un principio, por el hecho de haber quedado sometidos los nuevos territorios al Reino de Castilla, al haber sido la reina Isabel la patrocinadora de las empresas de Colón. El derecho aplicado en América, o sea el Indiano, sufre las mismas transformaciones que la Metrópoli en sus líneas de organización. Derecho natural o autóctono, inspirado en el respeto a la persona humana, a la autonomía de sus municipios, inspirado en el derecho cristiano de Castilla, fuertemente romanizado en Las Partidas, sufre la influencia y desviación centralista al advenimiento de los Borbones, e influyó poderosamente en la evolución posterior de las nacionalidades nacidas en los territorios que fueron colonias españolas con características definidas.

El presente trabajo trata de transportarnos hacia la América y el Chile de la época colonial, para recoger una pequeña parte de la inmensa riqueza normativa que rigió a Las Indias Occidentales en dicho periodo, y que reguló instituciones que aún hoy a inicios del siglo XXI tienen, afortunadamente, enorme trascendencia para nuestra sociedad, el matrimonio y las relaciones de parentesco.

Se inició el presente trabajo analizando lo que debemos entender por Derecho Indiano y el contexto social e histórico en que éste se desarrolló, para continuar con la institución del matrimonio y su regulación tanto civil como canónica, los elementos y requisitos para su validez como contrato civil y como sacramento, el estado matrimonial y el término del mismo a través del *Divorcio Quoad Vinculum* o sólo el término de la vida como en el *Divorcio Quoad Thorum et Mensam*.

El matrimonio es el origen de la familia y de la filiación legítima, abordamos en el capítulo destinado a la filiación legítima como la ilegítima, y dentro de esta última dimos especial

énfasis a la filiación natural, para concluir con un tipo de filiación especial que no se fundamenta en los vínculos de sangre sino en la ley, ella es la adopción.

El último capítulo se dedicó a la aplicación práctica de la normativa existente en el Reino de Chile sobre matrimonio y filiación, analizando alguna jurisprudencia emanada de los órganos que ejercían jurisdicción en aquel período.

Puede parecer a simple vista, que los temas abordados, sobre todo después de las modificaciones sufridas en materia de filiación, son lejanos a nuestros días, sin embargo, al introducirnos en las discusiones doctrinarias y religiosas de aquella época, veremos que éstas, en esencia, siguen siendo el fundamento de las diferencias en esta materia que a través de más de cuatro siglos se presentan al momento de legislar o discutir la legislación que los regula.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO: EL DERECHO INDIANO

1. Contexto Social e Histórico	1
1.1. La Hueste Indiana	2
1.2. Jerarquía Social en Indias	6
1.3. Repartimientos y Encomiendas	9
2. Concepto de Derecho Indiano	11
2.1. Derecho Indígena	11
2.2. Derecho Castellano	12
2.3. Derecho Indiano propiamente tal	12
2.3.1. Las Fuentes del Derecho Indiano	13
2.3.1.1. Los Fueros Municipales	13
2.3.1.2. Fuero Real	14
2.3.1.3. Las 7 Partidas	14
2.3.1.4. El Ordenamiento de Alcalá de Henares	15
2.3.1.5. Las Leyes de Toro	15
2.3.1.6. Nueva Recopilación de las leyes de Castilla	16
2.3.1.7. La Novísima Recopilación de las Leyes de España	16
2.3.2. Características del Derecho Indiano	17
2.3.2.1. Casuismo acentuado	17
2.3.2.2. Tendencia asimiladora y uniformadora	18
2.3.2.3. Gran minuciosidad reglamentaria	18
2.3.2.4. Predominio del Derecho Público sobre el Privado	18
2.3.2.5. Consideración de las circunstancias personales de los Súbditos	18
2.3.2.6. Falta de sistematización aparente	19
2.3.2.7. Profundo sentido ético y religioso	19
2.3.3. Proyectos de Recopilación del Derecho Indiano	20
2.3.3.1. Proyectos anteriores a 1680	20
2.3.3.2. La recopilación de las Leyes de Indias de 1680	21
2.3.3.3. Proyectos posteriores a 1680	23

CAPITULO SEGUNDO: EL MATRIMONIO EJE DEL PARENTESCO

1. Generalidades	24
1.1. La mujer española	24
1.2. La mujer indígena	25
1.3. Los negros	27
1.4. Los mestizos	27
1.5. Jerarquía en Indias	29
1.5.1. Algunas vías de acceso a la condición de blanco	30
1.5.2. Uniones dentro de la clase privilegiada	31
1.5.3. Tratamiento del indígena	31

1.5.4. Subsistencia de la marginación de los negros y castas	32
2. La Institución Matrimonial: El Matrimonio	32
2.1. Aptitud matrimonial: Elementos objetivos	33
2.1.1. Esponsales	33
2.1.2. Trámites previos	34
2.1.2.1. Información de soltura	34
2.1.2.2. Las moniciones o proclamas	34
2.1.2.2.1. Los matrimonios secretos	36
2.1.3. Impedimentos y dispensas en general	36
2.1.3.1. Impedimentos dirimentes	38
2.1.3.1.1. Edad	38
2.1.3.1.2. Ligamen	39
2.1.3.1.3. Parentesco	47
2.1.3.1.4. El error	49
2.1.3.1.5. Condición	49
2.1.3.1.6. Voto	50
2.1.3.1.7. Fuerza	50
2.1.3.1.8. Orden	50
2.1.3.1.9. Crimen	51
2.1.3.1.10. Disparidad de culto	51
2.1.3.1.11. Honestidad pública	53
2.1.3.1.12. Demencia	54
2.1.3.1.13. Clandestinidad	54
2.1.3.1.14. Impotencia	55
2.1.3.2. Impedimentos impedientes	55
2.1.3.2.1. Falta de amonestaciones	56
2.1.3.2.2. Epoca	56
2.2. Aptitud Matrimonial: Elementos subjetivos	56
2.2.1. Mutuo consentimiento de los contrayentes	56
2.2.1.1. Matrimonio entre españoles	57
2.2.1.2. Matrimonio de españoles e indios	57
2.2.1.3. Matrimonio de españoles y negros	57
2.2.1.4. Matrimonio entre indios	57
2.2.1.5. Matrimonio entre indios y negros	59
2.2.1.6. Matrimonio entre negros	60
2.2.1.7. Los hijos de familia y el consentimiento paterno	62
2.2.1.7.1. Legislación anterior a la Pragmática sobre matrimonios de hijos de familia	62
2.2.1.7.2. Pragmática sobre matrimonios de hijos de Familia	63
2.2.1.7.3. Los Funcionarios públicos	69
2.3. Estado Matrimonial	74
2.3.1. Unidad de domicilio conyugal	74
2.4. Divorcio	79

2.4.1. Divorcio Quoad Vinculum	81
2.4.2. Divorcio Quoad Thorum et Mensam	82

CAPITULO TERCERO: LA FILIACION EN EL DERECHO INDIANO

1. Filiación Legítima	86
1.1. Legitimación	87
1.1.1. Formas de legitimación	87
1.1.1.1. Por matrimonio subsiguiente de los padres	88
1.1.1.2. Por rescriptio del Príncipe	89
1.1.1.3. Por oblación a la curia	91
1.1.1.4. Por declaración en testamento	91
1.1.1.5. Por otro instrumento público	92
1.1.2. Efectos de la legitimación	93
1.2. Impugnación de Paternidad	94
2. Filiación Ilegítima	95
2.1. Clases de hijos ilegítimos	96
2.2. Reconocimiento de hijo natural	98
2.3. Impugnación del reconocimiento de hijo natural	100
3. Derechos y Obligaciones entre Padres e Hijos	100
3.1. Patria Potestad	100
3.1.1. Emancipación	102
3.1.1.1. Características	103
3.1.1.2. Efectos	104
3.2. Relaciones económicas paterno filiales	105
3.2.1. Los Bona Materna	106
3.2.2. Peculio Adventicio	106
3.2.3. Peculio Profecticio	107
3.2.4. Peculio Castrense	107
3.2.5. Peculio Cuasi Castrense	107
3.2.6. Bienes reservables	108
3.3. Obligación de proveer de Alimentos	109
4. Habilitación de Edad	111
5. Beneficio de la Restitutio in integrum	112
6. Filiación natural y sus diferencias con la filiación legítima	115
6.1. Derechos hereditarios	115
6.2. Patria Potestad	118
6.3. Derecho de alimentos	119
7. Efectos de la Filiación Espuria	121
8. La Adopción	123
8.1. Requisitos	125
8.1.1. Requisitos que deben concurrir en el Adoptante	125
8.1.2. Requisitos que deben concurrir en el Adoptado	126
8.2. Efectos de la Adopción	127

8.3. Adopción Especial	128
8.4. Arrogación	130

CAPITULO CUARTO: VIGENCIA Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE DERECHO INDIANO SOBRE PARENTESCO EN EL REYNO DE CHILE

1. La Administración de Justicia	133
2. Jurisprudencia de la Real Audiencia de Santiago de Chile en Materia de Familia	133

BIBLIOGRAFIA	181
--------------	-----

CAPITULO PRIMERO: EL DERECHO INDIANO.

1. CONTEXTO SOCIAL E HISTORICO.

Al tiempo del descubrimiento de América, no existía en la Península Ibérica una verdadera unidad nacional, antes por el contrario, existían distintos reinos y nacionalidades surgidos de la reconquista del país del poder musulmán.

El matrimonio de Isabel de Castilla con Fernando de Aragón, los Reyes Católicos, no unificó estos reinos, sino que cada uno de ellos conservó su organización peculiar, sus instituciones políticas, su derecho positivo, sus costumbres, su lengua; tenían eso sí principios comunes: una fe cristiana arraigada e indiscutida, un concepto integral del honor y de la lealtad al rey, así como un profundo sentimiento de la libertad pública y privada como no se conoció antes ni algún tiempo después.

El hecho de que fuese la reina de Castilla la que patrocinara las empresas descubridoras de Colón, tuvo por consecuencia que los territorios descubiertos quedaran incorporados a esa nación y sujetos al Derecho Castellano, quedando excluidos en su vigencia los demás derechos peninsulares. Cuando con posterioridad se realiza la unidad nacional española, la estructuración jurídica de América se había realizado ya según las normas inspiradoras del Derecho Castellano, y no influyeron, por tanto, los demás, o su influencia no se dejó ver, acaso también por el sentido absorbente y preponderante del Derecho de Castilla, fuertemente romanizado ya, sobre los restantes.

En las Indias en tanto, la mayor parte de las civilizaciones, por la dispersión de su población en un vasto territorio, el desconocimiento del carro y los animales de tiro, necesarios para facilitar las comunicaciones terrestres, se mantuvieron separadas entre sí, con escasa relación. Su desunión se explica también por la hostilidad muy notoria de los indios contra las innovaciones. “Por la época de los descubrimientos europeos no existía ni un hombre indígena, ni una cultura india general”¹.

¹ Konetzke, Richard. Historia Universal Siglo XXI . Volumen 22. América Latina: II La Epoca Colonial, Ciudad de México, Siglo Veintiuno Editores, SA .de CV. Ciudad de México, 1995. pág. 4

Hay que hacer notar que, si en los primeros momentos se pretendió sujetar los territorios conquistados al mismo, la realidad geográfica, etnográfica y económica de las Indias Occidentales, tan distinta a la de Castilla, dio lugar al nacimiento de un derecho que si tuvo por inspirador al Castellano y por origen la misma autoridad legislativa, se apartó pronto de aquel, quedando el mismo como supletorio. La influencia del Derecho Castellano se dejó sentir con mayor intensidad en la esfera del Derecho Privado.

Por otro lado, se debe tener presente que una de las circunstancias históricas más importantes que concurren en la formación del Derecho Indiano es la naturaleza esencialmente popular de la conquista y colonización de América.

El descubrimiento y subsiguiente conquista y colonización de América si bien fueron “patrocinadas” por la reina de Castilla, no puede decirse que fueron obra del Estado Español, de su ejército y marina, de sus recursos, de su administración, si bien no se halló ausente; su presencia fue más bien pasiva, de aprobación o autorización delegativa y rara vez remunerativa.

Las clases altas de Castilla, no quisieron abandonar posiciones sociales estables para lanzarse en frágiles carabelas a la conquista de tierras desconocidas y quiméricas riquezas. En cambio, los fijosdalgos, ansiosos de aventuras y riquezas, los capitanes ociosos y deseosos de conseguir gloria con nuevas empresas, los grandes comerciantes en busca de nuevos negocios de mercancías valiosas, y las clases menos dotadas fueron quienes llenos de fe y entusiasmo se lanzaron a las Indias, pese a todos los sacrificios que ello implicaba.

1.1. La Hueste Indiana.

La corona dejó a los particulares la organización, financiamiento y realización de la empresa descubridora en América. Felipe II en el capítulo 25 de las Ordenanzas de nuevos descubrimientos y poblaciones de 1573 declaraba que:

“ aunque según el celo y deseo que tenemos de que todo lo que está por descubrir de las Indias se descubriese para que se publicase el Santo Evangelio y los naturales viniesen al conocimiento de nuestra santa fe católica, tendríamos en poco todo lo que pudiese gastar de nuestra Real Hacienda para tan santo efecto, pero atento que la experiencia ha demostrado en

muchos descubrimientos y navegaciones que se han hecho por nuestra cuenta y con mucho menos cuidado y diligencia de los que lo van a hacer, procurando más de se aprovechar de la Hacienda Real que de que se consiga el efecto a que van, mandamos que ningún descubrimiento, nueva navegación y poblaciones haga a costa de nuestra Hacienda(...) (lo que reiteró Rec. Ind. 4, 1, 17).”

Las huestes eran asociaciones de un caudillo y un grupo de gentes de guerra que, voluntariamente y sin sueldo, se ponen bajo su mando para realizar una expedición de descubrimiento, conquista, poblamiento o rescate, con la esperanza de obtener mercedes de la Corona.

Su punto de partida siempre es una licencia real que se le otorga al caudillo, las bases de tales empresas normalmente quedaban registradas en documentos denominados “capitulaciones”, pero no siempre eran indispensables para la formación de una hueste, vgr. Pedro de Valdivia al dirigirse a Chile no hubo una capitulación, pero sí una licencia. La formación de la hueste se noticiaba al pueblo al son de tambores, indicándoles que podían inscribirse en la casa del caudillo.²

Así la hueste era una empresa que sufraga un particular o un grupo de particulares, banqueros, navieros, armadores, etc., con frecuencia los mismos expedicionarios contribuían con aportaciones económicas. El Estado autorizaba, fiscalizaba y percibía una parte de los beneficios a obtener.

El Derecho Indiano nace, pues, de una fuente jurídica contractual sui generis, *Las Capitulaciones*, que participan del carácter propio de un contrato privado, pero que por las circunstancias de ser el Estado una de las partes, tiene particularismos jurídicos especiales, principalmente normas que suponen delegación de funciones públicas, fuente de derechos en los territorios descubiertos.

² Dougnac, Antonio. Manual de Historia del Derecho Indiano. Universidad Nacional Autónoma de México. Editores Mc Grow-Hill. México 1998. Pág. 33 a 35.

Las recompensas y mercedes que se estipulan en las mismas, especialmente de posesiones territoriales, son una supervivencia de la política real de la vieja Edad Media, en la que los monarcas solían premiar a los nobles victoriosos en las guerras o prestadores de grandes servicios a la dinastía con feudos, ciudades y territorios.

Sin embargo, el Estado mantuvo tenazmente sus fines y sujetó a los empresarios a su política y autoridad. La instrucción de los indios, su evangelización, se halla como obligación ineludible consignado en todas las capitulaciones, así disponían que, junto a los oficiales reales, fuesen los clérigos. El tesoro real siguió, asimismo, desde los comienzos, una política fiscal tributaria bien definida.

Por regla general, las capitulaciones contenían, en primer lugar, la autorización o licencia para una empresa descubridora, informativa o colonizadora. Luego, los capítulos o estipulaciones que contenían las obligaciones a que se sujetaba la otra parte, el particular o empresario. Venían luego los premios o mercedes que del cumplimiento o éxito de la empresa se derivaban. Y finalmente, después de hacer constar el carácter condicional de los beneficios o mercedes estipulados, se contenía la parte penal, las sanciones a que por el incumplimiento de las cláusulas, obligaciones acordadas, serían de aplicar al suscribiente infractor por parte de la Corona.

A partir de 1526, las capitulaciones deben contener siempre los preceptos de derecho Público referentes al buen tratamiento de los indios, su educación o enseñanza y su formación religiosa.

En cuanto a la disciplina interna y la militar nada contenían las capitulaciones, ya que los miembros de cada expedición o empresa debían regirse por las leyes u ordenamientos vigentes en Castilla para los súbditos de la misma.

En cuanto a los fundamentos jurídicos y sociales de los descubrimientos, evidentemente el primer problema que se planteó, a partir de Colón, fue definir una política colonizadora que estuviere en armonía con los fines del Estado español y se adaptase a la realidad étnica, social y geográfica de los nuevos territorios, tan distintos a los que entonces se conocían.

Si las capitulaciones no regularon el régimen interno de las expediciones, sobre ellas se dictaron instrucciones a los jefes de las expediciones que regulan en forma detallada las mismas.

“Disponían generalmente la forma de hacer la navegación, las reglas sobre el comportamiento de los expedicionarios: Que no blasfemen, que no pequen, amancebándose fuera de la ley cristiana, no jueguen para que no hayan discordias, en los puertos donde salten; no tomen las cosas de los indios, etc. Que los capitanes hagan alardes, cuenten a los soldados y vean que todos lleven sus armas dispuestas; que cuiden de atraer a los indios a la fe y eviten con ellos discordias y guerras; que tomen posesión de las tierras donde llegaren en nombre de los reyes, ante escribano con la mayor solemnidad posible; que hagan relación de los puertos, golfos, etc.; también han de describir los ritos, frutos, aves, animales, minas, piedras preciosas y procuren someter a los indios al yugo de su majestad, quien les hará mercedes”³

Los expedicionarios llegaban a las Indias con el afán de conseguir ganancias y beneficios rápidamente, ocurría con frecuencia que apenas adquiridas unas tierras, las noticias de nuevas empresas lanzaban a los recién llegados a abandonar su sede para enrolarse a la aventura siguiente. Así en las instrucciones dictadas en 1501, como complemento general a las capitulaciones, se lee lo siguiente: “Que ninguna persona sea osada de ir a descubrir ni a lo descubierto sin licencia de su alteza”, y en la Real Cédula de 17 de noviembre de 1526: “Que los oidores, gobernadores y justicias prohiban que los vecinos casados en ellas las abandonen por el atractivo de nuevos descubrimientos, so pena de muerte y pérdida de bienes”.

La misión de los descubridores era: descubrir, observar, dar nombre a los lugares descubiertos, poblar, fijar a los naturales y a los castellanos, tomar posesión en nombre de su majestad y luego volver al punto de partida para rendir cumplida información o atenerse a las sanciones prescritas en las capitulaciones en caso de infracción.

Otras interesantes disposiciones contenidas en las capitulaciones, dicen relación con la política de población, reglamentada más minuciosamente que en la propia España. En las capitulaciones se establecía la obligación de poblar, según la categoría del descubridor; así por ejemplo el que capitulaba a título de Adelantado quedaba obligado dentro del tiempo que se le señalaba tener erigidas, fundadas, edificadas y pobladas, por lo menos tres ciudades, una provincia y tres sufragáneas y El Alcalde Mayor debía fundar y poblar por lo menos tres ciudades, una diocesana y dos sufragáneas.

³ Zavala, Silvio. Las Instituciones Jurídicas en la Conquista de América. México, 1967.

Como ya hemos señalado, en todas las capitulaciones se establece la obligación de atender las necesidades espirituales de la conquista “Y tendrán sus clérigos que administren los sacramentos de nuestra Santa Iglesia y demás cosas necesarias al servicio del culto divino.”

1.2. Jerarquía social en las Indias

Como consecuencia de ser anexadas las Indias a Castilla, se aplicó respecto de las mismas un exclusivismo en cuanto a su colonización; sólo los castellanos podían trasladarse a las mismas, poblarlas, ejercer allí las actividades agrícolas, industriales, comerciales, etc., los extranjeros estaban excluidos. Sin embargo, Carlos V, en 1525, concedió licencia para pasar a las Indias a todos los súbditos y naturales del Imperio, y como el mismo era tan extenso y las necesidades de comercio con las Indias cada vez mayores, no prevaleció el sistema restrictivo iniciado.

Respecto a los nacionales propiamente dichos, o sea los castellanos, ellos formaron el primer grado de la jerarquía social en las Indias, donde con el correr del tiempo se señalan dos tipos de organización social, una en lucha constante con los aborígenes, que forma un tipo de aristocracia colonial; otra, de fusión o convivencia con los indios, de características agrícolas o artesana, que puede decirse fue la verdadera creadora de América, y que la primera abrió paso a la segunda.

El municipio fue el órgano jurídico de estabilización y dio un carácter democrático a la colonización, sirviendo de freno a las aristocracias coloniales.

La fusión de razas, que se produce desde el momento mismo del descubrimiento dio lugar a nuevos grados en la jerarquía social de las Indias, los mestizos y los criollos. Con respecto a la capacidad jurídica de unos y otros, ésta no fue objeto de dificultad alguna; siguiendo las normas de la Reina Católica, toda la legislación posterior no hace distinción, criollos y mestizos tienen plena capacidad jurídica, sin diferenciación con los españoles de la Península, pero esto como en todo lo referente a América la realidad y la legalidad no son coherentes; en la práctica criollos y mestizos siempre vivieron en situación de inferioridad y postergados de los cargos públicos, en especial bajo los Borbones. Esta situación encontró en Castilla a apasionados detractores; entre ellos Solórzano, quien como dice Lévene, fue uno de los escritores “que defendieron con amor a

los criollos, exaltando sus virtudes y capacidad y proclamaron la necesidad de reconocerlos iguales que los españoles”. Solórzano señala en su obra *La Política Indiana*, que fueron los preladados españoles quienes pretendieron excluirlos de los cargos y dignidades de sus órdenes. Así el Padre José de Acosta, decía de los criollos: “que maman en la leche de los vicios y lascivia de los indios”. Solórzano, por el contrario, afirma de ellos que “nacían bien templados y morigerados”, y agregaba” fuera de que así como entre cardos y espinas se dan rosas y de las bestias fieras muchas se amansan, así también no hay tierra por destemplada que sea y de malos climas que no haya dado y de muchas veces insignes y claros varones en virtudes, armas y letras”. Solórzano llegó a proponer que algunos cargos del Supremo Consejo de Indias fuesen provistos con naturales de ellas.

En cuanto a la condición jurídica de los indios, ésta generó en Castilla una ardorosa polémica, dentro de la cual podemos destacar dos posiciones: la de los moralistas y teólogos defensores de los indios, y la de los juristas y hombres de gobierno, guiados por razones económicas o intereses de la colonización quienes no vacilaron en querer sacrificar a los indios a aquellos, en detrimento del sentido de justicia de los anteriores. Entre los segundos Juan Ginés de Sepúlveda,. Quien estimaba que la conquista estaba justificada por la razón superior de que los indios eran bárbaros y siervos “per natura”, heredero de la filosofía del Renacimiento, se adscribía a las ideas de Platón y Aristóteles, según la cual los hombres bárbaros e incultos habían nacido para servir a los dotados de razón. Por consiguiente, concluía Sepúlveda los europeos debían subyugar a los hombres del Nuevo Mundo, pertenecientes a estadios culturales inferiores, añadía que los españoles constituían un pueblo elegido y superior, apto para tener en sus manos el destino del mundo. José de Acosta sostenía que los caribes eran salvajes y que debía sujetárseles por fuerza y luego predicarles; Bartolomé de Albornoz afirmaba que Moctezuma había sido un usurpador que tiranizaba a los indios, practicaba sacrificios humanos, etc., y que, por lo tanto, su derecho a mandar era inferior al de Cortés. En esta misma línea encontramos a Fray Toribio Motolimia y Juan de Matienzo, que justificaba la conquista del Perú por la tiranía de Atahualpa y otros.

Esta legitimación de las conquistas españolas, llevó a describir en forma sombría las costumbres indígenas indicando que vivían como bestias salvajes. “Practican una absurda

idolatría, sacrifican a sus dioses víctimas humanas y comen la carne de sus semejantes. Desconocen la honestidad y el pudor y son afectos ala embriaguez y la sodomía. Se discutía, incluso, que fueran seres racionales; se les caracterizaba como animales que hablaban”.⁴

Esta discriminación de los indios dio motivo a agitadas polémicas acerca de su naturaleza humana; clérigos como el Padre Antonio de Montesinos intentaron despertar la conciencia de los colonos, famoso es su sermón de Adviento de 1511 en Santo Domingo, donde pregunta a los colonos sobre los indios si estos no eran hombres si no tenían acaso almas racionales. Estas controversias llevaron al Papa Pablo II proclamar en una Bula del año 1537 que los indios eran hombres verdaderos y que podían disponer libremente de si mismos y de sus propiedades.

Entre los defensores de los indios, el más calificado es Francisco de Vitoria, quien sostuvo que los indios, por salvajes y bárbaros que fueran eran hombres, y que, por consiguiente antes de la llegada de los españoles eran legítimos señores de sus países y dominios.

Otro apasionado defensor de los indígenas, con una posición más extrema que Vitoria, fue el padre dominico Bartolomé de Las Casas quien llegó a sostener frente al propio Carlos V, que las conquistas españolas en el Nuevo Mundo eran invasiones violentas de crueles tiranos, condenadas no sólo por la ley de Dios, sino por todas las leyes humanas. El sacerdote dominico reclamó que se tuvieran por nulas todas las conquistas realizadas hasta entonces por los españoles en América y que se restituyeran los territorios ocupados a sus verdaderos señores, los anteriores soberanos indígenas.

Estas discusiones, si bien no llevaron a pensar al gobierno español, como habría querido Las Casas, en abandonar los territorio ocupados en las Indias, hicieron que el gobierno acentuara en las nuevas expediciones el carácter del amor pacífico y cristiano al prójimo; así las ordenanzas de 1573, sustituyen expresamente la palabra conquista por pacificación; y se realza el compromiso de tratar humanamente a los indígenas.

1.3. Repartimientos y Encomiendas

Utilizadas habitualmente como sinónimos, corresponden a situaciones históricas diferentes. Los repartimientos de indios son anteriores a la existencia de las encomiendas. Colón

⁴ Konetzke, Richard. Op. Cit. Pág. 30

efectuó el primer repartimiento de indios, por sugerencia de los propios caciques de La Española; dispuso que los indios comprendidos entre los catorce y los setenta años pagarían trimestralmente un tributo en especie, que podía consistir en oro, aromas, algodón, etc. Ni los indígenas ni los españoles se conformaron con esta medida y estos últimos establecieron por su cuenta la costumbre de repartir entre los colonos a los indios aptos para el trabajo. Colón debió ceder ante la violencia; pero en la Península no fue aceptada tal costumbre, siendo condenada abiertamente por la reina Isabel, quien ordenó que se pusieran en libertad a los indígenas y que, de acuerdo con los caciques, se les impusiera un moderado tributo, como vasallos libres.

La encomienda en cambio tiene una finalidad benéfica de instrucción y formación de los indios. Las Leyes de Burgos de 1512 señalaban: “los encomenderos, por cada cincuenta indios que tuvieran repartimiento, debían construir cuatro bohíos o casas de paja en los nuevos asentamientos y proporcionar cinco mil montones, tres mil de yuca y dos mil de ajos, más doscientos cincuenta pies de axi y media hanega de maíz y una docena de gallinas y un gallo”. Debían construir una iglesia, en la cual los indios rezaran en la mañana y al anochecer. El trabajo sólo podía durar cinco meses, y después tendrían cuarenta días de holganza.

Cisneros alentado por Las Casas, quería abolir las encomiendas, sin embargo sus medidas fueron un fracaso ante la realidad social y económica de la Española.

En la etapa continental de la conquista, los repartimientos y encomiendas fueron objeto de formal reglamentación. Aunque en las instrucciones del año 1523, enviadas a Cortés, se insistía en la prohibición de otorgar repartimientos y encomiendas; es nuevamente el carácter privado de la conquista y colonización el que se impone. Cortés debió que ceder a la voluntad de sus compañeros de expedición, voluntad sostenida muchas veces por la espada, efectuando repartimientos y encomiendas que se le exigían.

El Estado Español recorrió un largo camino de disposiciones contradictorias, unas destinadas a proteger a los indios, otras destinadas a satisfacer las necesidades y la fuerza de los españoles.

En este contexto surge la institución de los Corregimientos de Indios en la Nueva España, que intenta dar protección a los indios, pero subsistiendo la encomienda y moderando el tributo fiscal. Paralelamente el Supremo Consejo de Indias se dirigía al rey recordándole que los indios

eran libres, que no se debían encomendar y que se respetaran los derechos de los caciques sobre sus vasallos.

Con la llegada del régimen virreinal, se da un paso atrás ante la necesidad de exigir mayores tributos. Sin embargo, la Real Provisión de 1536 vuelve a la protección de los indios estableciendo que el tributo ha de ser moderado y conforme a lo que “justa y cómodamente puedan pagar”

La última etapa de la evolución la marcan las llamadas Leyes Nuevas de 1542, fuertemente influenciadas por las exhortaciones de Las Casas, que prohibieron las nuevas encomiendas, y respecto a las existentes, que a la muerte del encomendero, sean puestos éstos a disposición de la corona, quien muchas veces determinaba una pensión para la viuda y los herederos del encomendero, de los tributos que pagasen los indios y estos quedaban libres y fuera de la encomienda. Los españoles protestaron violentamente tras esta medida, hasta el punto que en el Perú, en la sangrienta sublevación perdió la vida el virrey Blasco Vela , como consecuencia de lo cual se suspendió la aplicación de las Leyes Nuevas. Aunque no se consiguió de manera general, fue decreciendo el sistema de las encomiendas. En 1601 se ratificó la prohibición de servicios personales, y la tasación de tributos de las encomiendas con algunas excepciones (Tucumán, Paraguay, Chile y Río de la Plata). La abolición general de las encomiendas tuvo lugar por decreto de 23 de noviembre de 1718, subsistiendo en algún lugar aislado, pero como institución había dejado prácticamente de existir.

Cuando se abolieron los repartimientos de indios, la obligación de trabajo fue sustituida por un régimen de libertad condicionada por el cual se ordenó a los virreyes y gobernadores que obligasen a los indios a presentarse y las plazas y lugares públicos que se señalasen para alquilarse por el trabajo de los particulares, conviniendo libremente su trabajo por un número de días o semanas, se creó así la “Mita” para armonizar en lo posible el sistema de libertad con la falta de mano de obra que se dejó sentir en todas partes.

Sin negar los abusos que en la obra colonizadora se cometieron por España, tres cosas se deben destacar en la misma: la magnitud inmensa de tal empresa, la elevación del fin y la novedad del hecho; era un fenómeno sin precedentes.

2. CONCEPTO DE DERECHO INDIANO.

Es el sistema jurídico que rige a las Indias durante la dominación española compuesto por el conjunto de disposiciones que, emanadas de la misma autoridad estatal española o de sus delegaciones, tuvieron por objeto regular las relaciones sociales de los habitantes de la Indias Occidentales.

Este sistema jurídico que rige en este amplio territorio (Continente Americano, parte de Asia y Oceanía) está integrado por tres elementos fundamentales:

2.1. Derecho Indígena

Es el derecho propio de los pueblos autóctonos y que existe a la llegada de los conquistadores. La corona permite la existencia del Derecho Indígena con algunas salvedades; antes de la llegada de los españoles, los pueblos indígenas tenían distintas normas y se encontraban en distintas etapas de avance cultural vgr.: Onas en contraste con pueblos de una avanzada cultura como los incas, mayas y aztecas, etc. La corona permitió la existencia del Derecho Indígena, pero aplicando el *Principio de la Personalidad*, por lo tanto, los indios pueden usar su propio derecho; así como los castellanos y criollos usaron el suyo. Las limitaciones existían porque el Derecho Indígena contenía normas que resultaban contrarias al Derecho Indiano, a las órdenes del rey o a la religión católica vgr. la poligamia. Sin embargo, se respetaron otras como por ejemplo las diferencias sociales, la ascendencia noble existente entre los indios el “Cacicado”. También se respeta el sistema de trabajos por turnos vgr. la Mita de los incas, el Guatequi de los aztecas

2.2. Derecho Castellano

Rige en América en forma supletoria, a falta de disposiciones dictadas especialmente para América, se aplica en el mismo orden de prelación que el establecido en las Leyes de Toro, orden que será repetido en la Nueva Recopilación y posteriormente en la Novísima Recopilación de las Leyes de Indias.

En un primer momento, luego del descubrimiento, se aplica el Derecho Castellano en forma automática, en virtud de los viejos principios de Derecho Común, que establecen que el

país conquistador aplica su derecho en las tierras conquistadas. Pero posteriormente, al darse cuenta de las enormes diferencias existentes entre América y España, muchas normas del Derecho Castellano no podían aplicarse íntegramente, surgiendo así las modificaciones al mismo. Este derecho va quedando preterido a un segundo o tercer lugar y al final terminó aplicándose a falta de normas del Derecho Indiano Propiamente Tal. Este Derecho Castellano se aplica fundamentalmente en Derecho Privado y durante mucho tiempo se aplicó en América sin ningún pase previo, pero desde 1614 se dispuso que la legislación castellana para ser aplicada en América, necesitaba ser aprobada por el Consejo de Indias.

2.3. Derecho Indiano propiamente tal

Que no es otra cosa que el conjunto de normas jurídicas dictadas para regir especialmente en América, con características definidas y diferenciadoras del Derecho Castellano y el Derecho Indígena.

El Derecho Indiano está contenido en las reales Cédulas, Provisiones, Instrucciones, Ordenanzas, etc. dictadas por los altos organismos del gobierno radicados en la Metrópoli, el Rey, el Real y Supremo Consejo de Indias, la Casa de Contratación de Sevilla y forman parte del mismo las costumbres propias de América; si bien en la legislación indiana se dio la intervención de órganos e instituciones distintas, ministerio, Virreyes, Audiencias, la potestad legislativa se entendía radicada en la corona. Todas las ordenanzas y disposiciones quedaban en definitiva sometidas a su confirmación real.

El Derecho Castellano quedó como supletorio de este derecho especialmente dictado para las Indias Occidentales, si bien, como ya se señaló en in comienzo las instituciones de derecho público: Audiencias, Virreyes, Gobernadores y Municipios, tomaron en sus decisiones como modelo orientador a las instituciones castellanias, bien pronto debieron apartarse de las mismas por no ser aplicables a América. Fue entonces que se decretó, que las disposiciones dictadas para América por las autoridades metropolitanas, el Rey, la Casa de Contratación de Sevilla y Supremo Consejo de Indias, tuviesen primacía y observancia, no pudiendo acudir a las fuentes del derecho castellano más que en el caso de no existir precepto aplicable en el Derecho Indiano.

Así en la recopilación de Leyes de Indias de 1680, se decía: “Ordenamos y mandamos que en todos los casos, negocios y pleitos en que no estuviere decidido ni declarado lo que se debe proveer por las leyes de esta recopilación, o por cédulas, provisiones u ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, y las que por nuestra orden se despacharen, se guarden las reglas de nuestro reino de Castilla conforme a la de Toro”

2.3.1. Las Fuentes del Derecho Indiano

2.3.1.1. Los Fueros Municipales

Son fuentes del derecho de carácter local, recogen normas jurídicas aplicables a un determinado municipio. En los fueros se encuentra siempre, manifestada de una forma expresa o tácita la idea de que las normas que ellos contienen son una especie de derecho pactado entre el rey o los señores y los vecinos de la ciudad.

Los fueros no reflejaban todo un sistema jurídico que tratase de recoger la totalidad del ordenamiento de una ciudad, sino que recogen más bien los privilegios y exenciones especiales de la respectiva ciudad. Es sólo con el proceso de romanización de España que los fueros de esa época tienden a presentar un contenido jurídico mucho más amplio.

Los fueros representan un intento de unificar el derecho dentro de la ciudad, sometiendo a unas mismas normas a todos sus habitantes sin distinción. Por su carácter local no pudieron tener vigencia en las Indias, aún cuando figuren en forma expresa en las Leyes del Ordenamiento de Alcalá y de Toro.

2.3.1.2. Fuero Real

El Fuero Real fue promulgado por Alfonso X, el Sabio, hacia 1265, en su empeño de sustituir el derecho local, representado por los Fueros Municipales, por un derecho territorial de aplicación a todo el territorio.

Con anterioridad Fernando III, el Santo, había promulgado el Fuero Juzgo, versión romanceada del Liber Iudiciorum, como derecho territorial; pero las ciudades defendieron

tenazmente sus fueros locales, y sólo a alguna como Córdoba, les fue aceptable el Fuero Juzgo, como fuero municipal.

El Fuero Real de Alfonso X es, en parte, refundición del Fuero de Soria y en parte del Liber Iudiciorum.

2.3.1.3. Las Siete Partidas

El Código de las Siete Partidas, promulgado también bajo el reinado de Alfonso X el Sabio, es la obra más importante del derecho histórico castellano y una de las que alcanzaron más difusión por su alta autoridad doctrinal en todos los países del occidente europeo. Es el código que expresa el punto culminante de la lucha entablada por sustituir el derecho local de los fueros municipales, por un derecho territorial fuertemente romanizado, justiniano.

Sobre la fecha y lugar en que fueron redactadas, así como sus posibles autores, se ha dicho mucho, sin llegar a ninguna certeza. Lo más probable parece que se redactaron en Murcia entre los años 1256 y 1263. Entre sus posibles autores se señalan al maestro Jacobo, a Fernando Martínez de Zamora y al maestro Roldán.

Por su estilo más bien erudito y confuso se ha pensado que las partidas fueron redactadas más bien con un fin doctrinal que para que rigieran como un conjunto de leyes. Esta opinión no nos parece correcta, las partidas tuvieron amplia aplicación y existen documentos que demuestran su alegación ante los tribunales con fecha anterior al Ordenamiento de Alcalá. Sin embargo por su carácter erudito fueron recibidas con reticencia por las clases populares y su vigencia real como cuerpo de leyes tardó muchos años en materializarse.

En cambio en América las partidas obtuvieron su vigencia fácilmente, ya que no tuvieron que luchar con las resistencias jurídicas históricas de la Península.

En cuanto a las fuentes consultadas por los autores de las partidas, aunque no se puede afirmar de un modo rotundo, fueron el corpus iuris civilis, los glosadores, las Decretales de Gregorio IX y los escritos de los decretalistas, los libri feudorum, los Roolos de Olerón, algún fuero municipal, obras del maestro Jacobo y otras obras filosóficas y religiosas de autores clásicos y medievales.

2.3.1.4. El Ordenamiento de Alcalá de Henares

Está integrado por varios acuerdos de las cortes de Alcalá de Henares del año 1348, contiene acuerdos de las mismas y de otras anteriores de Segovia y Ciudad Real; así como colecciones privadas. Su contenido tiene interés en el aspecto jurídico por recoger diversas relaciones de carácter señorial como las prestaciones – devysas- que pagaban los vasallos de las Behetrías a sus señores, estos vasallos eran hombres libres que se colocaban voluntariamente bajo la encomendación de una familia nobiliaria.

El Ordenamiento de Alcalá se refiere esencialmente a la administración de justicia y al régimen señorial, fija por primera vez el orden de prelación de las fuentes jurídicas aplicables en esta época y en el derecho de obligaciones por haber sentado el principio jurídico de que “de cualquier manera que un hombre quiera obligarse, queda obligado”, alejándose por tanto del derecho germánico, que no admitía el *consensus* y que rechazaba el formalismo del derecho romano aceptado por las partidas.

2.3.1.5. Las Leyes de Toro

La Ley de Toro (1505) por su parte, reproduce otra del Ordenamiento de Alcalá (1348), que establecía el siguiente orden de prelación de las fuentes del Derecho Castellano: 1º Ordenamiento de Alcalá; 2º Fueros Municipales; 3º Fuero Real, si se acreditaba su aplicación; y 4º Las Partidas. Este orden de aplicación fue sancionado posteriormente por la Nueva Recopilación de Castilla, promulgada en 1567 por Felipe II y por la Novísima Recopilación de las leyes de España, promulgada en 1805.

Se debe tener en cuenta en este orden de prelación, que no todas las disposiciones legales dictadas para Castilla debían ser consideradas vigentes en las Indias a título de derecho supletorio. La Ley 40 tit. 1 Lib. II de la Recopilación de 1680, dejó claramente establecido que no debía ejecutarse en Indias “ninguna pragmática de las que no se promulgaren en estos reinos, si por especial cédula nuestra, despachada por el Consejo de Indias, no se mandan guardar en aquellas provincias.”

Aunque de contenido poco amplio (sólo 83 leyes), jugó un papel muy importante en la formación de algunas instituciones jurídicas del pueblo castellano. En ella se fijaron los

requisitos para la presunción de viabilidad en el nacimiento, así como para definir la condición jurídica de los hijos naturales. También en la esfera del derecho de sucesión singularmente en lo que se refiere a las instituciones hereditarias de carácter vincular.

2.3.1.6. Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla.

Esta obra de contenido muy amplio, consta de doce libros, subdivididos en títulos y estos en leyes, con un total de más de cuatro mil, no puso fin al estado de cosas existente, de una forma satisfactoria, subsistiendo la necesidad de consultar otras fuentes anteriores del derecho castellano.

Por otra parte, el Consejo de Castilla, siguió aumentando su caudal legislativo a través de los denominados autos acordados, los que fueron recopilados en forma sistematizada en el siglo XVII.

2.3.1.7. La Novísima Recopilación de las Leyes de España

En 1805 fue promulgada la última de las recopilaciones, realizada por don Juan de la Reguera y Valdelomar, recopilación que mereció las más duras críticas de Martínez Marina. La aplicación de esta recopilación se hizo sumamente difícil, porque utilizando las leyes de la Nueva Recopilación y las disposiciones dictadas posteriormente con la pretensión de unificar el cuerpo legal, distribuyó las materias entre los textos y las notas, lo cual, lejos de aclarar el contenido jurídico vigente, lo que hizo fue complicar más su comprensión. Asimismo, adolece esta obra de numerosas omisiones.

Se ha señalado por algunos autores que la Novísima Recopilación no tuvo vigencia en Indias, pues a la época de su promulgación (1805), se comienzan a producir las guerras de Independencia, sin que cédula especial decretase su aplicación en América. Ots Capdequí discrepa de los autores anteriores indicando al respecto “se recogieron en ella numerosas leyes y pragmáticas que fueron dictadas entre 1567 y 1805, muchas de las cuales se habían venido aplicando años y años en los territorios coloniales. La naturaleza especial de ésta frente al

derecho Español, no permite, por lo tanto, que sea equiparada a las pragmáticas corrientes del que habla la Ley 40 tit. 1 Lib II de la Recopilación de 1680..”⁵

A pesar de todo, la Novísima recopilación alcanzó la sanción real en 1805 y rigió no sólo en España sino también en América, antes y después de la independencia. Su entrada en vigencia no disminuyó la autoridad doctrinal de las Partidas, las que mantuvieron su supremacía y fueron alegadas en la metrópoli y en las audiencias americanas.

2.3.2. Características del Derecho Indiano

Como bien señala Ricardo Lévene, que la potestad legislativa, lo mismo en las Indias que en la Península, correspondía al monarca, en nombre del cual los demás organismos, según la doctrina sentada por Antonio de León Pinelo, en todas las ordenanzas y estatutos que para las Indias se hicieran, se necesitaba la confirmación real, con una diferencia, que las normas dictadas por los virreyes y audiencias debían ejecutarse de inmediato, mientras que las propuestas por los gobernadores y otros de menor categoría, no se podían ejecutar, sin la previa aprobación del virrey o audiencia del distrito, y debían ser enviadas al rey para su confirmación.

Como características más sobresalientes del Derecho Indiano, podemos señalar las siguientes:

2.3.2.1. Casuismo acentuado y, en consecuencia, una profusión legislativa extraordinaria.

No se intentaron amplias construcciones jurídicas que fijasen en su plenitud los contornos de una institución o de una rama especial del derecho. Se legisló por el contrario, sobre problemas muy concretos y se trató de generalizar la solución adoptada en cada caso.

2.3.2.2. Tendencia asimiladora y uniformadora.

La Casa de Austria respeta todavía las autarquías regionales o locales, si bien que al principio pretende aplicar a las Indias las normas jurídicas castellanas, pero cediendo ante la responsabilidad, hallamos las diferencias propias de cada lugar o territorio, pero en el período siguiente se acentúa, especialmente en el aspecto económico y administrativo esta tendencia

⁵ Ots Capdequí, José María. Manual de Historia del Derecho Español en Las Indias. Instituto de Historia del Derecho

uniformadora. Pero también hubo casos peculiares y preceptos demasiados realistas que sancionan las prácticas consuetudinarias de cada lugar vgr.: el tributo, la mita.

2.3.2.3. Gran minuciosidad reglamentista.

A medida que se extiende el sistema autoritario de los monarcas y el burocratismo, va desapareciendo la libertad de los primeros tiempos y llega a su mayor extremo con los Borbones, centralistas, uniformistas, con la creación de las intendencias; todo se reglamenta y determina con detalles que las autoridades coloniales acaban de complicar. Estos monarcas pretenden gobernar un imperio diez veces mayor que el romano, sin que en el mismo, hasta el más apartado rincón, nada se haga o se mueva sin su consentimiento y autorización.

2.3.2.4. Predominio del Derecho Público sobre el privado.

La Corona intenta crear una estructura político-administrativa nueva en Indias, aprovechando las diferencias que existían en comparación a Castilla, en donde los derechos adquiridos de los súbditos y las costumbres fuertemente arraigadas limitaban la libertad de acción de la Corona, no ocurría ello en Indias, donde las condiciones eran las adecuadas para construir instituciones, si bien de igual denominación que en la península, con marcadas diferencias en relación a ellas.

2.3.2.5. Consideración de las circunstancias personales de los súbditos

En las Indias estas diferencias son muy marcadas por la enorme variedad de grupos étnicos y culturales que coexistían. Se concebía a la sociedad como un cuerpo, con diversas funciones para cada estamento de la sociedad. Se consideran no sólo las diferencias étnicas, socio culturales sino también las distintas ocupaciones de cada súbdito.

2.3.2.6. Falta de sistematización aparente.

A pesar de los intentos de sistematización contenidos en las recopilaciones, muchas normas eran contradictorias unas de otras, sumado esto al casuismo y particularismo le dan una

aparente falta de sistematización, sin embargo, detrás de sus normas hay directrices fundamentales basadas en principios de derecho común y en los principios religiosos de la fe católica.⁶

2.3.2.7. Profundo sentido ético y religioso.

Durante el reinado de Isabel I, y el de sus sucesores, en especial Felipe II, se desarrolló una política cristiana y católica, uno de los móviles de la colonización fue la conversión, dando a toda la legislación de Indias un sentido de defensa de la religión y protección de los aborígenes; ello puede comprobarse en el testamento de Isabel la Católica y en toda la legislación de Indias, especialmente en la Recopilación de 1680; precisamente esto dio lugar a un contraste o pugna entre la realidad, muchas veces diseñada por los intereses y las ambiciones particulares y los altos principios del Estado.

Este divorcio entre el hecho y el derecho dio paso a la conocida fórmula “Se acata, pero no se cumple”, que se practicaba al recibirse una real cédula cuya ejecución se estimaba inadecuada, colocándola el virrey o el gobernador sobre su cabeza en señal de acatamiento a la autoridad real, al tiempo que se declaraba en suspenso su ejecución. Posteriormente se enviaba al rey un memorial o exposición de los motivos por los cuales se suspendía la aplicación para que decidiese lo que estimase oportuno.

Es necesario concluir estas características indicando la importancia que la costumbre tuvo en la formación de algunas instituciones del derecho Indiano.

Ricardo Lévene ha dicho a este respecto que instituciones y costumbres que no están consignadas en la recopilación de 1680- que sólo inserta las que estaban en vigor- fueron autorizadas por leyes anteriores, derogadas después; pero las instituciones y costumbres subsistieron vigorosamente, a veces, no obstante las disposiciones en contrario de las nuevas leyes.

De ahí que no puede confiarse el conocimiento de la legislación Indiana al simple estudio de la recopilación de 1680, porque a espaldas de la misma se formó un verdadero cuerpo de derecho consuetudinario positivo.

⁶ Dougnac, Antonio. Op. Cit. Pág. 5 a 9.

Por su parte, el derecho histórico castellano admitió la fuerza de la costumbre, así por ejemplo Hevia Bolaños, recogiendo la doctrina de las Partidas, estima que tenía fuerza de ley “la costumbre legítimamente usada y prescripta por diez años entre presentes y por veinte entre ausentes, determinada, a lo menos, por dos actos en el curso de ese tiempo... aunque sea contra el mismo derecho y para corregirle”

Se respetaron además, las costumbres de lo indios, siempre que no fueren contrarias a los principios básicos del pueblo español y no constituyeran un peligro para la seguridad y soberanía del estado.

2.3.3. Proyectos de Recopilación del Derecho Indiano.

Se deben distinguir dos períodos, los proyectos de recopilación anteriores al año 1680 y los proyectos posteriores a la Recopilación de las Leyes de Indias promulgada en dicho año.

2.3.3.1. Proyectos anteriores a 1680

Existen proyectos de carácter territorial, que buscan recoger el derecho existente dentro de un virreinato; y proyectos de carácter continental, que se elaboraron con el intento de reunir el derecho vigente en todo el continente.

Entre los primeros encontramos:

- “Repertorio de la cédulas, provisiones i ordenanzas reales”, iniciado por el Licenciado Maldonado, Fiscal de la Audiencia de la Nueva España por Real Cédula de 1556.
- “Cedulario de Puga”, del Fiscal de la misma Audiencia don Vasco de Puga, impreso en México en el año 1563.

Mayor interés nos presentan las recopilaciones de carácter continental, entre estas se deben citar:

- Proyecto elaborado por don Juan de Ovando, presidente del Real y Supremo Consejo de Indias, jurista y hombre de gobierno destacado en la corte de Felipe II. Este proyecto denominado por Marcos Jiménez de la espada como el “*Código Ovandino*” trataba los siguientes temas; libro I, gobernación espiritual de las Indias; libro II, gobierno temporal; libro III, cosas de la justicia; libro IV, república de los españoles; libro V, de los indios; libro

VI, hacienda real; libro VII, navegación y contratación. Este proyecto no llegó a obtener sanción oficial y en el año 1571, se puso en vigencia sólo el título del libro segundo relativo al Consejo de Indias.

- “Provisiones, Cédulas, Capítulos de Ordenanzas” conocidas como “Ordenanzas de Encinas” que recoge las provisiones, cédulas, capítulos de ordenanzas, cartas libradas y despachadas en diferentes tiempos hasta el año 1596. Este proyecto no satisfizo el intento de recopilar las normas citadas en forma adecuada y ordenada; sin embargo, resultan muy útiles al momento de estudiar el derecho en él contenido ya que contiene los textos íntegros de muchas disposiciones legales que en la Recopilación de 1680 se incluyen en forma parcial.
- “Proyecto elaborado por Rodrigo de Aguiar y Acuña con la ayuda de León Pinelo”. De esta obra que se dividió en dos partes y estas en ocho libros se publicaron unos Sumarios en 1628. Esta obra al igual que Las Partidas y la Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla, se prescinde de las disposiciones que se consideran derogadas y se extracta el texto de las que se consideran vigentes. A la muerte de Aguiar en 1629 le sucede en la obra Antonio de León Pinelo

2.3.3.2. La Recopilación de las Leyes de las Indias de 1680

Al parecer el proyecto de Aguiar continuado por León Pinelo sirvió de base a esta recopilación; no está clara en ésta la participación que tuvo el autor de La Política Indiana don Juan de Solórzano, la que a juicio de León Pinelo se redujo a la censura y aprobación de la obra, encargándosele también la labor de resolver las dudas que el propio León le planteó. Sin embargo, se sabe que en 1646 Solórzano tenía terminado un Proyecto de Recopilación, proyecto al cual el propio Solórzano alude en su Política Indiana, publicada en 1648. Esta cuestión aún no ha sido determinada por los investigadores de la materia.

La Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias, promulgada en 1680 consta de nueve libros divididos en 218 títulos y 6377 leyes. Al frente de cada ley se indican sus fuentes; los textos de las distintas leyes tratan de resumir diversas disposiciones reales que se consideran vigentes sobre las respectivas materias.

No siempre fueron fieles las citas de las leyes ni acertados los resúmenes de los preceptos legales, advirtiéndose numerosas contradicciones entre la ley y su contenido, lo que a juicio de algunos historiadores, hizo necesario el intento de una edición crítica de este cuerpo legal.

La primera edición de la recopilación data de 1681, nuevas ediciones, sin variaciones con la primera se realizaron en 1756, 1774 y 1791,. En el año 1841 se publicó una edición con notas relativas a la legislación promulgada con posterioridad a 1680 y en 1846 Aguirre y Montalbán publicaron una recopilación compendiada de las leyes de Indias, con notas no contenidas en la edición de 1841.

Teóricamente, la Recopilación de las leyes de Indias es un gran código; pero la realidad, el choque de intereses y ambiciones, el espíritu individualista, la incultura de la sociedad colonial, la diferencia y mezcla de razas diversas, contribuyeron a destruir muchas de las disposiciones en ella contenidas. Esta inobservancia favoreció a los pueblos coloniales cuando se trataba de absurdas prescripciones relativas al comercio, régimen rentístico, publicación y difusión de libros (los que no se podían imprimir en Indias sin ser aprobados por el Consejo); pero resultó funesta en cuanto vició la organización jurídica y corrompió la administración y gobierno de los indios.

A juicio del historiador Gaylord Bourne, citado por Ricardo Lévene “la Recopilación de Indias es un código que a pesar de notables insuficiencias en punto a finanzas, y a pesar de graves desacuerdos con las ideas modernas, por su amplio espíritu humanitario y de protección a favor de los súbditos americanos del rey, encierra un valor mucho más grande que todo lo que se ha hecho en las colonias inglesas o francesas en el mismo orden... Las leyes de Indias de los monarcas españoles forman un monumento de protección y benevolencia que puede ser equiparado con ventaja a las leyes de cualquier país europeo relativo a la condición de las clases trabajadoras”⁷

⁷ Lévene, Ricardo en Ots Capdequí, José María. OP. Cit. Tomo I. Pág. 121.

2.3.3.3. Proyectos posteriores a 1680.

La Recopilación de 1680, tanto por el derecho que ella recoge (anterior a Carlos II) como por las grandes reformas en el gobierno y administración de las Indias que se produce con los Borbones, se hizo antigua e insuficiente, haciéndose necesaria una nueva recopilación. Artífice de las reformas a la Recopilación de 1680 es don Manuel Josef de Ayala, Archivero del Despacho de la Audiencia de Panamá y más tarde del Consejo Supremo de Indias; no obstante su extraordinario trabajo, la reforma proyectada, quedó sin realización y la recopilación de 1680 a pesar de sus defectos y carencias continuó vigente durante toda la época colonial.

Entre las obras de este gran recopilador encontramos:

- El Diccionario de Gobierno y Legislación de las Indias y España.
- Cuarenta y dos tomos de Cédulas Reales.
- Consultas y pareceres a S.M. en asuntos de gobierno de Indias, recopiladas a manera de abecedario.
- Ejemplar de la Recopilación de las Leyes de Indias, con notas marginales en las cuales se rectifican errores de citas, se marcan las reformas que deben introducirse, etc.
- Cuarenta Tomos de Miscelánea que son un conjunto de noticias referentes a las materias más diversas.

CAPITULO SEGUNDO: EL MATRIMONIO EJE DEL PARENTESCO.

1. GENERALIDADES.

Debido a que las huestes españolas de la primera época no traían mujeres o sólo un reducido número, la poligamia resulta desenfrenada entre las aborígenes. Muchas veces la posesión es violenta, efímera y en algunos casos encontramos estabilidad momentánea. En ciertas ocasiones - si no era por sus padres - ellas mismas se entregaban a los españoles a quienes acompañaban en campamentos y exploraciones, sin abandonarlos por ningún motivo. Acostumbradas a un régimen familiar poligámico, la relación con los españoles les parece normal. El conquistador goza de la libertad propia de una zona de frontera.

“Acomodados a las pautas familiares aborígenes hallan en las indias las mismas ventajas que los naturales: satisfacción sensual en cuanto hembras, provecho económico en cuanto agentes laborales y prestigio político en cuanto las mismas les permiten asumir el comportamiento poligámico que se espera de ellos en calidad de Jefes”⁸. Pese a ufanarse de poseerlas, frente a los funcionarios reales y frailes deben presentarlas como criadas o mozas de servicio.

1.1. La mujer española.

Existen testimonios que afirman que las españolas eran escasas en un primer momento como las misivas del Cabildo de Panamá al Rey y las Elegías de varones ilustres de Indias del poeta Juan de Castellano y Fernández de Oviedo.

Entre las doncellas que comienzan a llegar de familias distinguidas podemos nombrar a la Virreina esposa del Almirante Diego Colón (La Española, 1509) y la esposa del Gobernador Pedrarias Dávila (Tierra Firme, 1514).

Con la llegada de las mujeres españolas se normalizan las incipientes sociedades, estas traen consigo las artes domésticas y se llega a la estabilidad, en la medida que los españoles van contrayendo matrimonio con ellas.

⁸ Rípodas, Daisy. El Matrimonio en Indias. Realidad Social y Regulación Jurídica. Buenos Aires. 1977. Pág 5

Y por cierto que los encomenderos se iban casando con presteza, acuciados tanto por las Reales disposiciones al respecto como - y tal vez en mayor medida - por la esperanza que las encomiendas llegaran a concederse a perpetuidad.

Es común que los matrimonios busquen un acomodo económico y social.

Se busca la limpieza de sangre. Se evitan matrimonios entre españoles y aborígenes. La pureza de sangre y el hecho de no trabajar en oficios manuales habilita en América para integrara la clase social distinguida. Además los españoles casados con Indias no tienen ningún cargo oficial importante ni integran los Cabildos.

Fuera de esta motivación social, existe una de carácter cultural, la distancia entre españoles e indias hacía que ellos prefirieran incluso buscar prostitutas españolas.

En cuanto a las mujeres españolas, sólo existen algunos casos aislados en que mujeres españolas se casaban con aborígenes, como el caso de una de las hijas de Vasco Porcayo de Figueroa, el más rico terrateniente de Cuba, casada con el hijo de un cacique.

1.2. La mujer indígena

Durante el siglo XV comienzan a quebrarse en la Península los matrimonios mixtos con moras o judías conversas. La colonización de Canarias favoreció la política de matrimonios mixtos en Indias.

Sin embargo en India, prima una postura contraria a los matrimonios mixtos, no tanto por la limpieza de sangre -que legalmente existía - sino más bien por causas socioculturales .

La Corona marcó dos motivos que aconsejaban el matrimonio entre españoles e indias y viceversa:

- El religioso-cultural, representado por la enseñanza recíproca en las cosas indiferentes y unilateral en las cosas de fe.
- Político por la posibilidad de tener acceso a los cacicazgos.

A pesar de esto la postura de la Corona no puede considerarse como una auténtica “política fomentadora del cruce indohispano”, la Corona sólo respeta las uniones mixtas, algunos autores consideran negativamente dicha actitud por no haberse propuesto como meta la españolización de los indios a través de la fusión de las razas.

Mientras se emitían opiniones en torno a los matrimonios interraciales, algunos españoles del Nuevo Mundo se casaban con indias *in facie ecclesiae*. En el siglo XV, los matrimonios mixtos (incluidos los de negros con españoles), sólo representaban el 15% del total de las uniones.

“Se casan, pues, con cacicas o hijas de caciques y principales que puedan proporcionarles predicamento entre los aborígenes y convertirlos en señores de tierras y de indios cuyo trabajo usufructúen”⁹. Abundan los amancebamientos ya que las indias prefieren esto a la violencia que experimentarían al casarse con indio una vez que han fornicado con español o porque desean que sus hijos eludan el tributo o sean más “lindos” por ser mestizos.

“En la época inicial los amancebamientos suelen tener de hecho casi el lugar de los matrimonios legítimos y algunos se encuadran de derecho en la figura jurídica de la barraganía. Institución de larga data en la Península -reconocida en Las Partidas-, consistía en una convivencia estable entre un hombre y una mujer libres de vínculo matrimonial, situación que por su unicidad -no se podía tener dos barraganas a la vez- y por la libertad requerida a las partes, se acercaba bastante al matrimonio sin incluir la indisolubilidad”¹⁰

La gran frecuencia de uniones entre españoles e indias es producto de la inoperancia de las resoluciones dictadas por la Corona, tales como:

- Que españoles e indios residieran en poblaciones separadas.
- Prohibía que los encomenderos tuvieran en sus casas indias de sus repartimientos.
- Prohibía que los encomenderos o sus familiares se demorasen en los pueblos de indios de su encomienda.
- Que ningún español estando de camino permaneciera más de dos días en los pueblos de indios o llevara india en su compañía.

1.3. Los Negros

Para la situación de los negros a lo largo de la Colonización la única solución razonable es la de matrimonios interraciales. Se condenan las relaciones de españoles y negras, porque

⁹ Ibid. Pág 10

¹⁰ Ibid. Pág.12

aparte de ser una raza servil, por razones éticas: porque las uniones no terminan en casamiento se las estima desquiciadoras del orden moral.

La ausencia de matrimonios canónicos no es presupuesto absoluto, a veces existen matrimonios mixtos, preferentemente con aquellas mulatas en que la sangre blanca ha resultado dominante. Las uniones conyugales o concubinarias entre negros e indias fueron mayores, ambos obtenían beneficios; sus hijos siendo zambos, quedarán exentos de cargas tributarias y serán libres.

1.4. Los Mestizos

La condición de los mestizos es asociada con la ilegitimidad. Las leyes discriminatorias operaron a veces desde una petición de principio: debidas en un comienzo a su mala reputación deterioran su imagen hasta el punto de hacer que se estime conveniente convertirlos en objeto de nuevas restricciones legales.

Si eres mestizo eres sospechoso por eso se mantiene cautela frente al servicio militar que prestan en indias.

Asimismo, en la esfera civil, como una forma de aislarlos de los naturales se les impone una serie de prohibiciones:

- Tener indios en repartimientos sin real Licencia.
- Disponer de indios para llevar cargas si no poseen la calidad de vecinos.
- Residir en lugares de indios o andar en su compañía.
- Llegar a ser caciques o protectores de indios.
- Llevar armas sin permiso virreinal.
- Desempeñar oficio real o público sin Licencia Real.
- Pertenecer a órdenes religiosas sin permiso virreinal.

Tales restricciones solo se modificaron en beneficio de los que fueran oriundos del correspondiente pueblo de indios, de los sucesores legítimos del cacicazgo o los que llenaran los requisitos exigidos para la profesión. Este descrédito incide en sus matrimonios, sólo se pueden

casar con mestizos. Sin embargo las mujeres mestizas son requeridas por caciques y sí pueden casarse con españoles. La ilegitimidad se olvida con una buena dote, se unen con mercaderes, mayordomos, categorías inferiores a sus padres españoles, pero si tienen mucho dinero pueden casarse con iguales.

Además, se considera viable que los hijos naturales mestizos sucedan a sus padres en las encomiendas cuando no hay descendientes legítimos.

Los mestizos se encuentran exentos de tributos y pueden ser miembros de un gremio, no así los mulatos y zambos que están al margen de todos estos beneficios y sólo pueden casarse entre ellos.

Las uniones mixtas siguen siendo más comunes entre españoles de baja esfera. Fomentadas por un Gobernador de Chile en la década del 80 entre hijas de caciques y españoles de la milicia. Las razones de españoles de honra para casarse con aborígenes o mujeres de color son las mismas de la centuria anterior. (socioeconómicas y morales) “pues no había desigualdad para estar amancebados y esclavos del demonio...”

Las españolas excepcionalmente se casan con indios o negros; se dan uniones concubinarias forzadas con mujeres cautivadas en malones araucanos y a raíz de la destrucción de las siete ciudades sureñas en 1598. El menoscabo a los mestizos continúa.

Dentro del ámbito civil:

- Se cierra el acceso al cargo de regidores de cabildos y de corregidores de indios.
- La maestría de ciertos gremios.
- En algunos lugares deben pagar tributos.
- Si delinquen son castigados con azotes en público y trabajos forzados.

En el ámbito eclesiástico:

- Les está vedado el ingreso a los seminarios.
- Son marginados de algunos colegios y universidades.

El concepto de mestizo no suele ser biológico sino socioeconómico y cultural, de modo que los de clara ascendencia y holgada situación económica o fuertemente españolizados quedan al margen de las prohibiciones.

A mediados del siglo de las luces, se vislumbra un cambio de actitud. Solórzano sostiene “la de tener sangre de blancos mezclada con la de indios o negros no ha de ser óbice para que mestizos y mulatos sean admitidos a las honras y oficios de Indias siempre que provengan de legítimo matrimonio”¹¹

En la alta esfera de la sociedad comienzan a producirse casos de amancebamientos, oidores y altos funcionarios con prohibición de casarse en sus distritos, se amanceban con jóvenes de familia, o con jóvenes menos distinguidas y con problemas económicos. Algunos incluso, se casan contra la prohibición existente, aún a riesgo de perder el empleo.

Si tales amancebamientos trascienden al dominio público, el escándalo raya a la altura de la espectacularidad del galán y adquiere contornos de comedia de capa y espada, cuando no de farsa, al culminar en raptos, enamoradas vestidas de hombres y galanes de mujer.

1.5. Jerarquía en Indias (S XVIII)

Junto con el método clasificatorio de Linneo, se comienzan a confeccionar tablas exhaustivas de las condiciones posibles, con la correspondiente nomenclatura indiana.

Las tablas de mestizaje son de una extrema precisión ya que conociendo la calidad de los ascendientes de un individuo se puede calcular con exactitud matemática los porcentajes de las distintas sangres que corren por sus venas.

“Recuerda Humboldt que en la Nueva España de comienzos del 800 hay un gran interés de vanidad y aprecio público en evaluar exactamente las fracciones de sangre que han cabido a cada cual en las diversas castas”¹².

El color de la piel es uno de los elementos más invocados, se llega a hablar de “color humilde” refiriéndose a un mestizo o mulato. Existían diversas formas de comportamiento que hacían evidente la distinción.

El color de la piel, el pelo, el oficio (pescador, platero, maestro de escuela), la forma de vestirse, los datos provenientes de los libros parroquiales, servían para determinar la calidad de la ascendencia de un individuo. Se dio el caso que muchos libros parroquiales fueron adulterados, por lo que se adoptaron rigurosas medidas para efectuar las inscripciones: para inscribir un recién

¹¹Ibid. Pág. 23

nacido se debe especificar claramente, la calidad de sus padres. Y se advierte que ni párrocos ni vicarios generales, ni obispos puedan traspasar las partidas de un libro a otro sin la verificación de la Justicia real Ordinaria.

1.5.1. Algunas vías de acceso a la condición de blanco:

a) De Derecho: Esta vía está representada por las Reales Cédulas denominadas de “Gracias al sacar”. Contra una prestación pecuniaria, el Rey extiende una cédula cuyo destinatario es declarado blanco para todos los efectos legales.

b) De Hecho: Que puede llegar a ser legal; el efectivo blanqueador de los híbridos es el mestizaje, dentro del matrimonio y fuera de él, el medio más eficaz para que la tez oscura se vaya aclarando y así conseguir que sus descendientes lleven a cabo el ambicionado “cruce de la línea de color”, e incorporación a un estrato social superior. Con esta actitud las personas deprimidas por el sistema de castas evidencian su aceptación del mismo:

- Aspiran a valer más en cuanto blancos o individuos de grupos superiores y no como integrantes de su propia clase.

- Quieren trepar una escala y no que ésta sea aplanada en su beneficio.

“Cuando entran en juego propósitos matrimoniales, la averiguación de los antecedentes familiares del contrayente de cuya limpieza de sangre se desconfía pasan por averiguar todo lo antes mencionado”¹³ .

1.5.2. Uniones dentro de la clase privilegiada.

¹² Ibid. Pág 28

Priman las razones económicas antes que los deseos individuales. Los padres de las criollas prefieren que éstas se casen con españoles, aún contra su voluntad. Los jóvenes de ambos sexos que comienzan a desautorizar a sus padres casándose con personas de clases inferiores, deben asumir las consecuencias: los hombres son enviados a España, Malvinas o recluidos en el cuartel y las mujeres son recluidas en los conventos. “Sustraerme a mis hijas es cosa nula: me deben estar más sujetas aún que el criado respecto a su amo, por razón de la patria potestad que me compete y me da la facultad para enajenarlas o venderlas en caso de necesidad, por la especie de dominio que ejerzo sobre ellas como cosa nacida y proveniente de mi mismo”¹⁴

La mentalidad afortunadamente comienza a cambiar, Moxo y Francolí asegura en 1807 que “en ninguna deliberación debe presidir con tanto imperio el amor como en la elección del esposo”, un fraile en Buenos Aires agrega “Los padres no deciden precisamente las mentes de los hijos”

Las ideas que vienen de España respecto a las relaciones filiales llegan a canalizarse por vías como el periodismo y el teatro; “El sí de las niñas” estrenada en Río de la Plata es un ejemplo de opinión adversa a los matrimonios forzados.

1.5.3. Tratamiento del indígena

La tendencia de integración del indígena se vincula con las corrientes filantrópicas iluministas en tanto ensalzadoras de los débiles y postergados, y se carga de sentido político como instrumento potencial de eventuales reivindicaciones criollas.

1.5.4. Subsistencia de la marginación de los negros e individuos de castas

El mundo de los españoles se halla separado del de los individuos de castas con excepción de los servicios domésticos prestados por estos.

¹³ Ibid. Pág 35

¹⁴ Palcos, Rivadavia, Ejecutor del pensamiento de Mayo. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación. La Plata. 1960. Tomo I . Pág 30-36.

En el ámbito social como cabildos, colegios, universidades existen divisiones. La repugnancia por los casamientos con negros es común en toda América, sin embargo existe una garantía para que los mulatos se blanqueen:

De Hecho: Al cabo de tres a cinco generaciones, como consecuencia de la mezcla racial.

De Derecho: Según disposición Real pueden ejercer cargos honoríficos en atención a sus méritos.

Sin embargo la Corona no aspiraba a elevar a los individuos de color como clase social y menos a equipararlos a los blancos.

2. LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL: EL MATRIMONIO

Voz formada de *matris munium*, porque es a la madre a quien cabe la mas pesada carga de esta sociedad.

También se denomina *conjugium* porque es un yugo común del marido y la mujer.

Otra denominación que se le da es la de *connubium* y *nuptiae* por el velo con que se cubría a la mujer al entregarla al marido.

El matrimonio puede considerarse como contrato y como sacramento:

Contrato: Es la unión conyugal del hombre y la mujer, entre personas hábiles, que las obliga a vivir perpetuamente en la misma y única sociedad.

El matrimonio dice Santo Tomás “*in quantum est officium nature, statuitur jure naturali; in quantum est officium communitatis statuitur jure civili; in quantum est sacramentum statuitur jure divino*”.¹⁵

Sacramento: Defínese como “*Signum sensibile gratiae collatae viro est mulieri, legitimo consensu copulatis, ad perpetuam vitae consuetudinem et ad problem pie sancteque educandam*”¹⁶

¹⁵ Donoso, Justo. Instituciones de Derecho Canónico Americano. 1862. T II, pág 150

¹⁶ Ibid, Pág 151

2.1. Aptitud Matrimonial: Elementos objetivos.

2.1.1. Esponsales

Constituyen una preparación voluntaria para el matrimonio, suelen precederlo sin ser necesarios para su validez.

Se pueden definir como *una promesa y aceptación mutua del futuro matrimonio*. Es una promesa de palabra aunque a veces van desde la bendición sacerdotal, hasta ser protocolizado frente a un escribano. Se pueden disolver por causas previstas por el Derecho Canónico; sin embargo, si la promesa no se cumple, luego de una demanda, la parte perjudicada es compensada por el Juez Eclesiástico, el que puede incluso llegar a obligar a la parte renuente.

Se busca por todos los medios rodear al contrato esponsalicio de solemnidades tales como que sea celebrado ante escribano público y en presencia de un testigo, so pena de nulidad.

Esta promesa se vio envuelta en una serie de artimañas. "solía estimarse que los verdaderos esponsales eran rescindibles por uno de los esponentes en caso de notoria desigualdad entre las familias, y esto aunque la doncella se hubiera entregado en vista de la promesa". varios concilios se refieren a este respecto como el II Concilio Platense que se "inclina en términos generales, a un tratamiento blando para los esponentes indecisos o arrepentidos y que no se use para obligarlos del remedio de censuras o de otras penas gravemente afflictivas"¹⁷

Un caso típicamente indígena era el del prometido (indígena), quien entraba como servidor por un lapso determinado antes del casamiento. Cuando los padres se arrepentían, se presentaba la duda de si debían o no pagársele sus servicios. Fray Manuel Pérez dice al respecto que se les debe pagar ya que los indios no tienen "más arras ni más donas que su trabajo personal".

2.1.2. Trámites previos

¹⁷ Rípodas; Daisy. Op. Cit. Pág 66

Antes de que se celebre el matrimonio se debe instruir por el representante eclesiástico a quien corresponda el llamado expediente matrimonial. Se procura averiguar mediante el mismo si los novios van a casarse de su libre voluntad y si existen impedimentos para esa unión.

La inquisición relativa a los impedimentos se lleva a cabo a través de:

- a) La Información de Soltura: consiste en un examen de las personas pertinentes acerca de la condición de los novios, las que se cotejan con las averiguaciones del Tridentino, con el objeto de establecer si existe un matrimonio carnal o espiritual que ligue a alguno de los novios o cualquier otro impedimento.
- b) Proclamas: consiste en hacer público determinado matrimonio, permitiendo que quienes conozcan eventuales impedimentos se presenten a denunciarlos ante el párroco.

2.1.2.1. Información de Soltura.

Además de los problemas de distancias que dificultaban dichas informaciones, muchas veces se presentaban testigos ebrios y falsos, mayoritariamente en los casos de matrimonios de indígenas y gentes de castas.

2.1.2.2. Las Moniciones o Proclamas.

Las moniciones o proclamas que deben preceder al matrimonio, fueron prescritas, por primera vez, en el Concilio IV de Letrán, bajo Inocencio III, pero cayeron en desuso siendo renovadas dándoles nueva forma el Concilio de Trento. Dispone el Concilio en esta materia que las moniciones deben publicarse:

- 1.- *a proprio contrahentium parrocho*, esto es, por el párroco ante el cual debe contraerse el matrimonio, pero si los contrayentes son de distintas parroquias, la publicación debe hacerse en ambas, como lo dispone el Ritual Romano.
- 2.- *diebus festivis*, esto es, en los días festivos de precepto y no en los de devoción.
- 3.- *diebus continuis*, es decir, sin interrumpir la publicación ya empezada, omitiéndola en alguno de los días respectivos.
- 4.- *in ecclesiae*, en el lugar sagrado donde celebra el párroco con asistencia del pueblo, ya sea en la iglesia parroquial o en otra ubicada dentro de los límites del pueblo.

5.- *inter missarum solemnia*, se deben efectuar ya sea acabado el ofertorio, o al principiar o concluir la misa.

6.- *Publice*, expresando en alta voz, de modo que todos entiendan, los nombres de los contrayentes, y los de sus padres, origen, domicilio, y otras circunstancias, con arreglo a la costumbre o estatutos de la respectiva diócesis.¹⁸

La ley de la proclamación obliga gravemente, por lo tanto, el matrimonio celebrado con omisión de las mismas, aunque válido, sería gravemente ilícito, salvo si interviene legítima dispensa. Si se omiten las proclamas, sin justa causa y después de contraído el matrimonio, se descubre un impedimento dirimente, el Derecho Canónico presume que, teniendo conocimiento de él, obraron de mala fe y declara ilegítimos los hijos nacidos de tal matrimonio.

El Concilio de Trento reserva al obispo la facultad de dispensar las proclamas con justa causa.

Los fieles tienen la obligación de revelar el impedimento dirimente o impediende de que fueren sabedores, aunque sólo lo sepan de oídas, con tal que las personas sean fidedignas. Están excusados de tal obligación, no sólo el que ha tomado conocimiento bajo secreto de confesión, sino también el que ha tomado conocimiento por habersele pedido consejo por su profesión vgr. teólogo, médico, abogado, etc., no se excusa el llamado secreto de conversación o de confianza, aunque se haya hecho bajo juramento, porque tiene más fuerza el precepto de la iglesia.

Existe cierta cautela respecto a los naturales, debido a que en muchos pueblos indígenas no se celebraba misa todos los días se debe optar por leer las proclamas los días no festivos y buscar lugares donde se concentren las personas, y también intercalarlas entre días, con tal de que se tarde más y se puedan presentar eventuales denuncias. “Se llega a mandar que las tres amonestaciones de los días de precepto se complementen con otras tres leídas entre semanas, al tiempo del catecismo”.

La costumbre de que las proclamas, en el caso del casamiento de los indígenas se leyeran en público fueron prohibidas porque algunos se arrepentían de casarse por no tener que pasar por la vergüenza de las proclamas.

¹⁸ Donoso, Justo. Op. Cit.. Pág 175-176.

Los indígenas nunca entendieron muy bien el sistema de las proclamas. Algunos no se atrevían a revelar los impedimentos, por lo que se intentaron diversas vías para conmovellos: “Y los que supieren que alguno se quiere casar teniendo cualquier impedimento de estos que os diré, lo diga al Padre, porque si lo supiera y no lo manifestare pecará gravemente y será condenado para siempre” ”Y si callare será castigado como merece” vgr. Para los curacas el castigo consistía en diez días de servicio a la iglesia, para las mujeres en diez días de asistencia a la doctrina de los niños, y para los indios comunes en treinta azotes.

Dispensa de Amonestaciones.

Se dio en algunos casos, las razones para solicitarla eran porque se necesitaba rapidez en el matrimonio o para darle a este mayor privacidad.

2.1.2.2.1 Matrimonios secretos.

Estos matrimonios, amén de la ausencia de amonestaciones, se caracterizan por celebrarse ocultamente en presencia del párroco u otro sacerdote y dos testigos de confianza, y por ser registrados en un libro especial que se custodia en la secretaría de cámara de cada Obispado.

Algunos motivos para solicitar estos matrimonios son:

- Diferencias de categoría social.
- Extremada disparidad de edades.
- Consanguinidad estrecha.
- Algunos funcionarios que tienen vedado casarse en determinadas circunstancias.
- Hijos de familia.

2.1.3. Impedimentos y Dispensas en general

Impedimentos: especies y origen.

Dos especies de impedimentos:

Impedimentos dirimentes, que anulan el matrimonio.

Impedimentos impedientes, que lo hacen ilícito sin llegar a invalidarlo.

Los impedimentos se dividen en:

De Derecho Natural (forma de derecho divino conocida por la razón humana) son:

Impedimento de edad, puesto que de ella depende la posibilidad de la procreación fin principal del matrimonio.

De Derecho Positivo (forma de derecho conocida a través de la Biblia)

Impedimento de consanguinidad en línea recta y de ligamen.

Otros impedimentos son de derecho eclesiástico:

Formas de parentesco

Disparidad de cultos

Clandestinidad

Falta de Amonestaciones.

Existe una discrepancia radicada en la potestad que algunos teólogos y canonistas asignan al Estado para la institución de Impedimentos, con lo que se agregaría el Derecho Civil.

Durante el Concilio de Trento muchos teólogos insistieron en la diferencia entre sacramento y contrato refiriéndose al matrimonio, y señalaban el triple carácter de éste: natural, civil y cristiano.

En España durante el siglo XVIII, las concesiones que los teólogos hacen al estado no trascienden el plano teórico. Así como reconocen impedimentos civiles, recalcan la exclusiva potestad de la Iglesia ejercida sobre la jurisdicción matrimonial.

La doctrina de que el Estado comparte con la Iglesia la potestad de instituir impedimentos dirimientes llega a las aulas universitarias indianas.

Las nuevas vías no son transitadas por todos; algunos siguen afirmando la exclusiva potestad de la Iglesia sobre el contrato matrimonial.

“Sólo queda a lo largo de toda la Colonia una ínsula dentro de la cual se acepta unánimemente la facultad exclusiva de los príncipes seculares para poner impedimentos: se trata de la jurisdicción que poseen los Señores paganos - heredada luego por los Príncipes cristianos - sobre el matrimonio de sus súbditos infieles”¹⁹.

Dispensas Generales y Privilegios.

Un investigador contemporáneo, luego de un largo período de indefinición de estos vocablos, los define :

¹⁹ Rípodas, Daisy. Op. Cit.. Pág 92

Privilegios: Leyes particulares que señalan nuevas pautas de conducta, no necesariamente contrarias pero sí, distintas de las leyes generales.

Dispensas: Relajaciones de determinadas leyes, y por lo tanto, opuestas a las mismas.

Privilegios y Dispensas vienen a llenar una urgente necesidad de la incipiente cristiandad indiana, al reducir el rigor de ciertas leyes en favor de los aborígenes y de otros neófitos, facilitan su asimilación por éstos y hacen, en consecuencia, posible el sacramento del matrimonio entre ellos.

Algunas concesiones en el ámbito matrimonial se hacían casi imprescindibles para facilitar la conversión de los adultos pues, hallándose todos casados, muchos de ellos con parientes y otros (muchos) casados a la vez o en forma sucesiva, con varias mujeres, resultaba aconsejable que solucionaran previamente el problema representado por la determinación de aquella a la que habrían de permanecer unidos para evitar que recibieran el bautismo en pecado mortal.

2.1.3.1. Impedimentos Dirimentes

2.1.3.1.1. Edad.

La edad, el derecho natural sólo exige para contraer matrimonio tener uso de razón; por derecho eclesiástico en cambio, requiérese la pubertad, esto es doce años en la mujer y catorce en el varón. Sin embargo, tanto la ley canónica como la civil ponen la excepción *nisi malitia suppleat aetatem*. La malicia suple la edad cuando concurren, simultáneamente, la aptitud para la generación y suficiente discreción para apreciar las obligaciones del matrimonio y la perpetuidad del vínculo.²⁰

La infracción de esta norma se dio entre los españoles e indígenas, generalmente por razones económicas.

Los encomenderos de indias solían casar a sus naturales a corta edad con el objeto de procurarse mayores ingresos ya que los indios casados pagaban mayor tasa de impuestos que los solteros o bien comenzaban a pagar impuestos desde el momento del matrimonio cualquiera

²⁰ Donoso, Justo. Op. Cit. Pág 171-172.

fuese su edad. Otra razón era el deseo de ser bien servidos pues al casarlos tempranamente disminuía la posibilidad de que se fueran casados a otras tierras.

Se buscaron soluciones para evitar estos matrimonios, hasta que en 1618 Felipe II aprueba las Ordenanzas de Alfaro, en las que, tratando de atacar el mal en su raíz, se establece que los indios del Tucumán, Río de la Plata y Paraguay no han de tributar, así sean casados, hasta tener dieciocho años.

En torno a este problema emergieron en Indias, dos corrientes:

- a.- La de los que creen conveniente casar a los indios cuanto antes para evitar amancebamientos.
- b.- La de los que dicen que junto con la edad mínima requerida, los naturales no suelen alcanzar la suficiente discreción como para tomar estado, y que de esto se originan repudios, adulterios y mala crianza de los hijos.

En algunos casos como en los de los indios Guaraníes del Paraguay se aumentó en tres años la edad mínima requerida en derecho.

2.1.3.1.1. Ligamen.

Existe un enorme arraigo del régimen poligámico entre los indígenas. Entre los naturales en el ámbito sociopolítico, la pluralidad de mujeres constituía un signo de poder y la forma más apta para asegurar el crecimiento de la población.

En el ámbito moral, existen una serie de tabúes sexuales, como el de que los hombres deben alejarse de las mujeres cuando están embarazadas, buscando de este modo satisfacción mediante la pluralidad de mujeres.

La mujer por otro lado tiene un valor económico, soluciona problemas domésticos, alimenticios y como puede procrear muchos hijos, es un buen seguro para la vejez. Además, al ver que los mismos españoles no practicaban la monogamia, los indios, arraigaban la poligamia.

Sin embargo, también es cierto que muchos de los indígenas no estaban del todo conformes con este sistema, debido a los celos y rencillas que se producían entre las distintas mujeres, cuando el hombre no estaba presente.

Los indígenas a pesar de acceder al sacramento del matrimonio, fue difícil que lo cumplieran en toda su dimensión.

Admisión de la existencia del matrimonio indígena; el **Privilegio Paulino**.

“Las uniones conyugales de los indígenas americanos eran verdaderos y legítimos matrimonios si su celebración no iba contra los principios, al menos los primarios, del derecho natural y si se habían respetado las normas, usos o costumbres legítimamente establecidas en la región”.²¹

Existían costumbres matrimoniales que iban en contra de algunos principios del derecho natural, lo cual hacía inevitable que previamente a la administración del bautismo el sacerdote examinara si el matrimonio contraído era válido según el derecho natural y el local o no.

Particular importancia tiene la práctica del repudio o divorcio y de la poligamia simultánea entre indios.

La canonística indiana partiendo del reconocimiento de un matrimonio legítimo entre los indios, acudirá en un primer momento a los textos de Quanto Te y Gaudemus para encontrar una solución satisfactoria.

a) El Privilegio Paulino.

Recurrir al Privilegio Paulino era perfectamente factible cuando sólo se convertía uno de los cónyuges infieles: la Iglesia le permitía al cónyuge fiel, cumplidos una serie de requisitos y condiciones, separarse y disolver el matrimonio natural mediante la celebración de otro nuevo.

Inocencio III reafirmará los tres supuestos en los que a la parte cristiana se le permite contraer nuevas nupcias.

“Los textos medievales de Quanto Te y Gaudemus podía ayudar a resolver algunos problemas matrimoniales indígenas únicamente cuando la parte infiel no quería convivir con la parte fiel, o loo quería hacer de forma pecaminosa. Pero no sucedía así en relación con el repudio y la poligamia: el texto de Gaudemus reprobaba ambas prácticas y establecía que el infiel bautizado, si había repudiado a su legítima esposa, no podía contraer un nuevo matrimonio con distinta persona, salvo en el supuesto del Privilegio Paulino. Y en el caso del polígamo, el texto

²¹ Aznar, Federico. El Matrimonio en Indias: Recepción de las Decretales X 4.19, 7-8 . en Revista de Estudios Histórico Jurídicos XI-1986, Universidad Católica de Valparaíso. Pág 15-17

establecía que se volviera con la primera mujer con la que se había intercambiado el consentimiento matrimonial, según la interpretación más corriente de los autores”.²²

La doctrina y praxis del Privilegio se aplicará a la situación indiana, pero muy pronto, dada la extensión del problema y la complejidad de las situaciones, se mostrará incapaz de lograr soluciones satisfactorias.

La legislación Canónica Indiana.

Los presupuestos de los que parte la legislación canónica indiana para la aplicación del privilegio son los siguientes: que exista un verdadero matrimonio legítimo entre los indios que no se disuelve por la conversión del marido o de la mujer, porque el bautismo quita los pecados y no deshace el matrimonio, pero que por no ser “sacramento de fe” aunque esté consumado se puede anular en tres ocasiones:

- Bautizado uno el otro no quiere bautizarse ni morar con él.
- Quiere morar con él, pero blasfema e injuria el nombre de Cristo.
- Cuando quiere provocar a la parte convertida a pecar.

En estas situaciones el bautizado podrá contraer un nuevo matrimonio, o entrar en religión o hacerse clérigo; se advierte sin embargo, que bautizado uno de los cónyuges si el otro que no quiso convertirse se bautiza antes que el bautizado se haya casado con otra persona, estará obligado a recibir al cónyuge recién bautizado y no se podrá casar con otra persona en tanto ella viviere, porque el matrimonio no se anula por el bautismo sino por el casamiento que se hizo cuando la parte infiel no se quiso convertir ni cohabitar. Presupuestos que, como vemos, son plenamente medievales.²³

Los Concilios provinciales y sínodos indianos del siglo XVI aplican el Privilegio Paulino al matrimonio legítimo de los indios, cuando se convierte uno de los cónyuges y permanece el otro en la infidelidad, distinguiendo estas situaciones posibles:

- i) convivencia matrimonial imposible.
- ii) convivencia pacífica.

La Bula Altitud de Paulo III.

²²Aznar, Federico. Op. Cit. Pág 21

²³ Ibid. Pág 22

Paulo III en su Bula *Altitudo* de 1537, partiendo de la existencia de un matrimonio indígena de derecho natural, establece que los indios se unan *in facie ecclesiae* con su primera mujer y añade una pauta selectiva subsidiaria en cuanto autoriza la disolución del matrimonio de derecho natural entre infieles:

- i) El indio recuerdan quien fuera la primera de las mujeres con la que había intercambiado un legítimo consentimiento matrimonial. Dado que el matrimonio así contraído en la infidelidad era legítimo, si no podía aplicarse el Privilegio Paulino, el indígena convertido tenía que volver con su primera mujer.
- ii) Aquellos que no recuerden cual fue la primera mujer, podrán retener la que quieran.

El primer supuesto no plantea duda alguna: en el caso de los indígenas que, habiendo repudiado a su primera mujer o habiendo contraído matrimonio con varias, se habían vuelto a casar, si recuerdan cual fue su primera esposa, deben abandonar su actual estado y volver con la primera si quieren hacer vida matrimonial

La aplicación de esta Bula presentó dos problemas:

- 1.- Que el indio mintiera sobre cual había sido su primera mujer.
- 2.- Que embusteramente afirmara no recordarlo

En ambos casos el propósito era quedarse con la mujer que más le agradaba. Como el indígena buscaba testigos falsos que lo apoyaran, se buscaron muchas formas para tratar de solucionar estos problemas, entre ellas:

- 1.- Que comparecieran a declarar todas sus mujeres e hijos.
- 2.- La presencia de indios “licenciados” expertos en ritos matrimoniales paganos y en lo relativo a parentesco.

Sin embargo, todo estaba envuelto en mentiras y fraudes. “De allí la resolución de dar por nulo - como se hacía más de una vez - un matrimonio que para el derecho canónico era mero amancebamiento y casar al indio desmemoriado con la que decía ser su primera mujer” .²⁴

El Concilio Limense modifica la legislación canónica indiana en esta materia, con criterio más amplio. El II Concilio Limense distinguía tres posibles situaciones:

²⁴ Rípodas, Daisy. Op. Cit. Pág 126

- La norma general establecida es que el indio polígamo debe volver con su primera esposa, que se supone, es la legítima.
- Si no recuerda con cual de ellas contrajo matrimonio en primer lugar, puede elegir entre ellas a la que él prefiera.
- Finalmente, si con ninguna de ellas contrajo matrimonio según sus propios ritos y ceremonias, queda en libertad para contraer matrimonio con la que él prefiera. Notemos que este último supuesto no estaba incluido en la Bula de Paulo III y ya es un adelanto a la futura concesión de Pío V.

El Sínodo de Santa Fe de Bogotá, celebrado en 1576 no menciona la Bula de Pío V y aplica la de Paulo III, estableciendo la siguiente aplicación:

Si sabe cual fue la primera esposa con ella se ha de casar si se convirtió con él, y si se quedó infiel con ella se harán las diligencias dichas (requerirla para que se convierta). Si no se acuerda cual fue la primera esposa, ni se pudo probar, podrá elegir la que quisiere (dentro de las que ya tuvo), de aquellas entre las cuales sabe está la primera. Y si no se acuerda de nada, elegirá de todas, la que le pareciere, conforma a la Bula de Paulo III, que concede esta libertad.

Otras soluciones que se intentaron utilizar frente a la poligamia indígena, aunque con menos aplicación que el Privilegio Paulino, fueron El Breve de Pío V y el Privilegio de Gregorio XII.

Pío V, mediante la Constitución *Romani Pontificis* en 1571, vino a disipar dudas sobre interpretaciones de la Bula Altitude y a romper con la canonística medieval, suprime dos requisitos básicos de la canonística medieval:

- El requerimiento a la esposa legítima.
- Permiso para no buscar a la primera mujer

Podemos decir que con la constitución de Pío V se inicia definitivamente una nueva praxis e interpretación de la disolución del matrimonio legítimo de los infieles que supera el principio establecido en la Gaudemus de respeto a la primera y legítima esposa del infiel que se convierte al cristianismo.²⁵

²⁵ Aznar, Federico. OP. Cit. Pág 38

Gregorio XIII con el Breve *Populis ac nationibus*, de 1585, prácticamente pone fin al proceso indiano durante el siglo XVI en la aplicación de las decretales *Quanto te* y *Gaudemus* para la resolución de algunos problemas matrimoniales.

Gregorio XIII señaló que en determinadas circunstancias, se podían suprimir las interpelaciones al cónyuge infiel y no tener en cuenta la conversión o no de su primer cónyuge infiel: el matrimonio legítimo contraído en la infidelidad, se disolvía mediante la celebración de un posterior matrimonio, sin necesidad de las interpelaciones paulinas y sin depender su validez de la actuación del primer cónyuge infiel. se había superado la interpretación canónica medieval de la disolución del matrimonio legítimo de los infieles por motivos de fe.²⁶

b) El Delito de Bigamia.

“ El contraer otro-u otros-matrimonio canónico mediando el impedimento de ligamen por hallarse vivo su consorte, lleva a los fieles a incurrir en el crimen de bigamia”.²⁷

a.- Doble matrimonio entre indios

Los indios acostumbraban a casarse varias veces estando viva la primera mujer. Como precaución se recomendaba:

- Hacer examen entre los demás indios.
- No omitir las tres amonestaciones públicas.
- Formar catálogos con los nombres de los que se van casando
- Que los párrocos se aseguren de la identidad de los indios

Si se encontraba a un indio incurriendo en este delito se castigaba:

- Apartando al cónyuge de su nuevo consorte.
- Con prisión, azotes en público, marca de una Q en la frente con hierro al rojo, pérdida de la mitad de los bienes (en el caso de hombres y mujeres).

²⁶ Ibid. Pág 41

²⁷ Rípodas, Daisy. Op. Cit. Pág 155

b.- Doble matrimonio entre españoles

Debido a que muchos españoles practicaban la bigamia en Indias, se exigió a los procedentes de los Reinos de España, la presentación de informaciones de libertad hechas en su propia parroquia o especiales licencias eclesiásticas.

Las sanciones son emitidas por el Santo Oficio:

- Que aparezcan en público, en los autos de fe o en otras oportunidades, encorazados con insignias de casados dos veces.
- Sanciones pecuniarias y penas de azotes.
- Destierro, según la persona y la dimensión de la falta.

Tribunal competente para conocer los casos de bigamia de españoles, mestizos e individuos de casta:

Hasta mediados del siglo XVIII las Justicias Reales de Indias no tuvieron prácticamente jurisdicción en esta materia. “El obispo de Tucumán se lamentaba de que no pudiendo obrar personalmente contra los bígamos y soliendo demorarse y hasta perderse las providencias de la Inquisición limeña, los reos quedaban a menudo impunes” .²⁸

En 1766 el Rey determina que la Inquisición Indiana vuelva a tener privativamente el conocimiento y castigo de los casos de doble matrimonio, y dada la extensión del Nuevo Mundo, que sean los Jueces Reales quienes en los lugares alejados de las sedes inquisitoriales, hagan las averiguaciones pertinentes, prendan a los reos, y los mantengan mientras dan cuenta al Tribunal o al Comisario correspondiente.

Carlos II por la Real Cédula de 1788 deja los casos de bigamia bajo la jurisdicción de la Justicia Real y reconociendo que este delito abarca aspectos doctrinales determina que cuando las actuaciones de los Jueces Reales resulte en el reo falsa creencia, estos lo deberán entregar al Santo Oficio, el cual luego de aplicar las sanciones penitenciarias lo remitirá a los Jueces Reales para que ejecuten las penas aflictivas. Y aunque en el proceso no aparezcan indios de mala creencia y por lo tanto, la Justicia Real no deba dar cuenta al Santo Oficio, éste puede, de todos

²⁸ Ibid. Pág 164

modos hacer averiguaciones por si mismo y, de estimarlo necesario, oficiar al Juez Real a fin de que le remita al reo.

No obstante la disposición recién referida, los Fiscales del Consejo de Indias señalan que en lo religioso “nada tiene que hacer el Santo Oficio pues los españoles de Indias no caen en la bigamia por errores de fe, sino por codicia o concupiscencia”

La bigamia conlleva en lo social, la tacha para el bígamo y su descendencia, de reos de fe, frente a la opinión pública. En lo político religioso, resulta difícil perseguir los matrimonios celebrados con impedimento de ligamen y se plantea la conveniencia de dar jurisdicción en esta materia a las Justicias Reales y Tribunales Eclesiásticos.

La intención de Carlos III al dictar la Real Cédula de 1788, se explica en el siguiente párrafo: “La Inquisición Indiana se ve privada de entender originariamente en las causas de bigamia ya que, así sea ella la que tenga noticia del delito, debe dar cuenta del mismo al Juez Real quien, iniciando las actuaciones, debe, a su vez, remitirle al reo en las condiciones que quedan explicadas”. Lo que se busca no es un conocimiento privativo en los casos de bigamia por parte de la Justicia Real, sino impedir que sea privativo de los tribunales Inquisitoriales, es decir, que se mantenga frente al límite de la sacramentalidad.

2.1.3.1.3. Parentesco

Tipos de parentesco:

- a) Natural o de consanguinidad: es el vínculo que une a las personas que descienden de una misma raíz o tronco, por medio de generación carnal.
- b) Espiritual: es el que se contrae por el bautismo y la confirmación
- c) Afinidad: Vínculo que surge entre una de las dos personas que se han conocido a través de acto carnal consumado, lícito o ilícito, con los parientes consanguíneos de la otra.
- d) Legal: resulta de la adopción.

a) Parentesco natural o por consanguinidad: Constituye impedimento dirimente de parentesco según el Derecho Canónico, la consanguinidad en toda la línea recta, ésta irrita el matrimonio *usque in infinitum*, según muchos teólogos, por Derecho Natural sólo lo irrita, en el primer grado, y según otros, en todos: lo cierto es que jamás se ha dispensado en esta línea.²⁹

En la línea transversal, hasta el Concilio Lateranense IV, lo irritaba hasta el séptimo grado, pero en este concilio decretó Inocencio III que no se extendiese más allá del cuarto grado inclusive.

b) Parentesco Espiritual: Este parentesco dirime el matrimonio entre:

- i) El bautizante y bautizado, y el padre y madre del mismo.
- ii) Los padrinos y el bautizado, y el padre y la madre del mismo.
- iii) El confirmante y el padrino de confirmación por una parte, y el confirmado y padre o madre de este por la otra.

Este impedimento es sólo de Derecho Canónico.

c) Parentesco por Afinidad: Este impedimento, antes del Concilio Lateranense IV, se extendía al séptimo grado, Inocencio II en este concilio lo redujo al cuarto grado. El Concilio de Trento lo redujo hasta el segundo grado.

d) Parentesco Legal: Este parentesco nace de la adopción y se llama legal, porque tuvo su origen en la ley civil, aprobada por el Derecho Canónico. Según la Ley 7, Título 7, Partida 4 existe impedimento dirimente para contraer matrimonio entre:

- i) El adoptante y el adoptado perpetuamente.
- ii) El adoptado y los hijos naturales del adoptante, mientras dura la adopción, esto es, mientras la persona adoptada no es emancipada.

²⁹ Donoso, Justo. Op. Cit. Pág 161

iii) El adoptante y la mujer del adoptado, y entre éste y la mujer de aquel, siendo este impedimento perpetuo.

e) Parentesco en grados prohibidos entre indios.

La Iglesia dicta una legislación específica en esta materia, debido a que los indios se siguen casando con parientes:

a) Parentesco de consanguinidad y afinidad en 3° Y 4° grado entre los que van a contraer matrimonio; la *Dispensa de Paulo III*.

La Bula Altitud de 1537 otorga una dispensa en favor de los indios: “Les concedemos que a los indios que están emparentados aún en tercer grado de consanguinidad o afinidad no se le excluya de contraer matrimonio hasta tanto que a esta Santa Sede le pareciere disponer otra cosa”.

En suma, cuando los novios indígenas distan tres grados del tronco común, al menos por una de las ramas, están hábiles para casarse; así pueden unirse primos segundos entre sí (3° grado de parentesco según el Derecho Canónico), o tíos con sobrinas segundas (3° grado de parentesco por una rama y 2° grado de parentesco por la otra) sin previa licencia especial.

b) Parentesco de consanguinidad y afinidad en 1° y 2° grado entre los casados que se convierten.

La Iglesia tuvo que adecuarse a la realidad indiana. A mediados del siglo XVI se llega a algunas soluciones. El Padre Focher sostiene, apoyado en algunos casos en el capítulo *Gaudemus*, que, exceptuando los matrimonios entre padres e hijos, debe permitirse a los indios neoconvertidos, perseverar en los demás matrimonios contraídos entre parientes si son tenidos entre ellos por legítimos. Este permiso llega a incluir los matrimonios entre hermanos.

c) Facultad de dispensar en grados más próximos que el 3° en matrimonios contraídos y por contraer.

Esta facultad la tuvieron los franciscanos, los dominicos y agustinos; y, durante algún tiempo los jesuitas.

- d) En cuanto al parentesco espiritual en India tuvo que ser prácticamente eliminado como impedimento, porque los indios no lo lograban entender.

2.1.3.1.4. El Error.

El error sobre la persona, dirime el matrimonio, por derecho natural, porque falta el consentimiento esencial al valor del contrato matrimonial. vgr.: cuando creyéndose contraer matrimonio con Juana se contrae con María. Pero no dirime el error que versa sobre las cualidades o fortuna de la persona . vgr.: si se cree que la persona es rica, noble o virtuosa, sin siendo tal. Salvo si este error recae en una cualidad de la persona y es el objeto primario, sin el cual el otro contrayente no se casaría, pues entonces falta el consentimiento y el matrimonio es nulo.

2.1.3.1.5. Condición.

La condición de esclavitud ignorada por el cónyuge antes de contraer matrimonio, dirime el matrimonio. No lo dirime si se tenía conocimiento de ella o ambos eran esclavos.

2.1.3.1.6. Voto.

El voto solemne de castidad, emitido en la profesión hecha en religión aprobada por la Iglesia, dirime asimismo el matrimonio. En cambio el voto simple de castidad, o de entrar en orden religiosa, o de no casarse, si bien impide que se contraiga el matrimonio sin pecado mortal, no dirime el matrimonio.

2.1.3.1.7. Fuerza.

Por fuerza no sólo se entiende la fuerza física o absoluta coacción que destruye completamente toda libertad, sino también el miedo que obliga a una persona a prestar su consentimiento contra su voluntad, para evitar un mal.

Requisitos para que la fuerza constituya un impedimento dirimente del matrimonio:

- i) Que sea grave, es tal cuando el mal que se teme es grave y hay probabilidad que se infiera.

- ii) Que el miedo venga *a causa libera extrínseca*, esto es de una persona cualquiera, no basta que emane de una causa intrínseca, vgr. miedo al infierno.
- iii) Que la amenaza de inferir un daño sea injusta, esto es hecha sin derecho y justa causa, o por quien no tiene autoridad para ello, vgr. si el padre sorprendiera a la hija yaciendo con un joven, valdría el matrimonio que éste contrajera movido por la fuerza de la amenaza que aquel le hiciera de demandarlo ante el juez, más no valdría si le conminara con la muerte, pues no teniendo derecho para ello, la fuerza sería injusta.
- iv) Que el miedo se infiera con miras de arrancar el consentimiento para el matrimonio.

2.1.3.1.8. Orden.

Los órdenes menores como ya señalamos, no dirimen el matrimonio. En cuanto a los clérigos ordenados *in sacris*, aunque siempre se les prescribió la perfecta continencia, no fue sino hasta el siglo doce en que Inocencio II en el Concilio Lateranense II, lo estableció como impedimento dirimente.

2.1.3.1.9. Crimen.

Se refiere al impedimento dirimente que nace o del adulterio solo, o del conyugicidio solo, o del adulterio con conyugicidio.

Adulterio Solo: para que sea impedimento dirimente se requiere:

- i) Que el adulterio sea verdadero y formal de ambas partes, por lo tanto no habría impedimento si el matrimonio fue inválido o si se cree vivo al cónyuge muerto, o si una de las partes ignora que la otra es casada
- ii) Que sea consumado, *copula perfecta ad generationem apta*.
- iii) Que antes o después intervenga promesa de matrimonio, aceptada por la otra parte.

Que la promesa y el adulterio se verifiquen ambos durante la vida del cónyuge.

Conyugicidio solo: Para constituir impedimento dirimente requiere:

- i) Mutua conspiración o maquinación, no basta que el cónyuge quite la vida a su consorte, si la persona con quien intenta casarse ignora esta acción o no consiente en ella.

- ii) Que efectivamente se verifique la muerte del cónyuge, las prescripciones canónicas deben interpretarse restrictivamente.
- iii) Que se maquine la muerte con expresa intención, al menos de una de las partes, de contraer matrimonio.

Adulterio unido al conyugicidio: En este caso no se requiere que exista conspiración o maquinación ni que tampoco promesa de matrimonio. Requiere eso sí, que la muerte se ejecute con intención de contraer matrimonio, aunque esta intención no sea conocida de la otra parte.

2.1.3.1.10. Disparidad de culto.

Por disparidad de culto se entiende la diferencia de religión entre dos personas, de las cuales una es cristiana y la otra infiel o no bautizada. No constituyó un impedimento en los inicios de la iglesia, pues se vieron numerosos ejemplos de esta clase de matrimonios. Vgr. entre Santa Mónica y San Patricio, Santa Clotilde y Clodoveo. Sin embargo, la disparidad de culto es desde el siglo XII un impedimento dirimente introducido en la Iglesia por costumbre generalizada.

Dadas las peculiaridades de Indias, se ofrecen a la Iglesia dos problemas relacionados con este impedimento: por una parte velar porque no se case un infiel con un fiel, porque el matrimonio resultaría inválido; y, por otra, decidir cómo ha de resolverse la situación de dos infieles unidos en matrimonio de derecho natural cuando uno de ellos se convierte, caso que tiene el mismo problema que el primero si no se tuviera por nulo el matrimonio de fiel con infiel.

a) Matrimonio de fiel con infiel.

El II Concilio Limense encarga a los sacerdotes que indaguen con cautela, porque los indios suelen ocultar de mala fe la ausencia de bautismo. En el caso de los negros se creyó que sería conveniente bautizar a todos los indios procedentes de Cabo Verde. En este caso: “Si de dos negros casados uno es infiel, después de bautizado éste, el párroco debe procurar que presten nuevo consentimiento a la mayor brevedad, aunque en rigor pueden dejar de casarse porque no existía entre ellos vínculo alguno; si los dos negros casados, o uno de ellos, debe bautizarse

sub conditione conviene que renueven el consentimiento, pero de ningún modo puede desistir del matrimonio antes contraído. Si uno y otro cónyuge son infieles, el matrimonio de su gentilidad no debe ser renovado ni es necesaria una nueva celebración después de recibido el bautismo”.³⁰

b) Conversión de un solo cónyuge.

Cuando sólo uno de los cónyuges se convertía existían dos posibilidades:

- Que se diera una convivencia pacífica con el cónyuge infiel, en cuyo caso permanecía firme el matrimonio.
- Que siendo imposible la convivencia se llegara en virtud del Privilegio Paulino a la disolución del matrimonio de derecho natural existente.

El Privilegio Paulino autoriza la disolución del matrimonio si el infiel no quiere en caso alguno cohabitar con el bautizado, o si quiere cohabitar, lo hace con injuria de Dios o incitando al fiel a que cometa pecado mortal.

Convivencia Pacífica: Existen varias corrientes, las que a pesar de la convivencia pacífica del matrimonio de derecho natural formado por un fiel y un infiel, están por la separación de éste; y los que sí respetan este matrimonio, siempre que no se injurie el nombre de Dios. El Concilio Limense acepta lisa y llanamente esta última posición.

Convivencia imposible: El I Concilio Limense aplica el Privilegio Paulino estatuyendo un plazo de seis días para que dentro de él, el cónyuge convertido advierta al infiel por tres veces que cambie de proceder y para que de no ser así el fiel pueda pasar a nuevas nupcias. Los concilios siguientes aumentaron el plazo a seis meses. Otros concilios como el Mexicano y el Dominicano autorizaron a los bautizados a pasar sin más a nuevas nupcias.

c) Ausencia del cónyuge infiel: Dispensa de Gregorio XIII.

³⁰ Rípodas, Daisy. Op. Cit. Pág 199

El breve de Gregorio XIII *Populis ac nationibus*, gestionado al parecer por los jesuitas y datado el 25 de Enero de 1585, vendría a dar la razón al docto religioso agustino. Concede, en efecto, a los obispos, los párrocos y a los misioneros de la Compañía de Jesús, la facultad de dispensar a los esclavos africanos (a los que de hecho se equiparan a los indios, no sólo de hacer interpelaciones cuando se ignora el paradero del cónyuge ausente, o hay graves dificultades en las comunicaciones, sino también de esperar la respuesta a las interpelaciones que se hicieran durante más tiempo que el señalado en ellas.

2.1.3.1.11. Honestidad Pública o justicia de pública honestidad.

Es una especie de parentesco que nace de los esponsales y del matrimonio rato (matrimonio no consumado), este parentesco se contrae entre el varón y los parientes por consanguinidad de la mujer, y entre ésta y los parientes por consanguinidad del varón. La honestidad pública es un impedimento dirimente por derecho canónico, no natural.

Antes del Concilio de Trento, este impedimento se extendía en el caso de los esponsales, hasta el cuarto grado inclusive, el concilio lo redujo al primer grado, sin embargo, no lo modificó tratándose del matrimonio rato, en este caso sigue extendiéndose hasta el cuarto grado.

Cabe hacer notar dos características del impedimento dirimente que nace de los esponsales:

- i) Que permanece aún después de disueltos los esponsales.
- ii) Nace no sólo de los esponsales solemnes sino también de los privados y ocultos.

2.1.3.1.12. Demencia.

Los furiosos, dementes o fatuos, completamente privados del uso de la razón, son incapaces de contraer matrimonio por derecho natural. Los que recobran por intervalos el uso de ella, pueden casarse válidamente, durante los intervalos lúcidos.

2.1.3.1.13. Clandestinidad. Impedimento Dirimente o Impediente

Los matrimonios celebrados sin la presencia del párroco y testigos, si bien no inválidos, fueron prohibidos por la Iglesia, mucho antes del Concilio de Trento, pero fue éste el que

resolvió declararlos nulos y establecer el respectivo impedimento dirimente, tanto en razón de contrato como de sacramento.

a) Antes del Concilio de Trento.

“Los indios que en aparente armonía con la Iglesia, querían salvar su opción a la poligamia sin recurrir al expediente de ir desdiciéndose sucesivamente acerca de la identidad de su primera mujer, hallaban por su parte una tabla de salvación en los matrimonios clandestinos que, de ser necesario, negaban sueltamente para volverse a casar, en estos matrimonios no existía intervención eclesiástica”.³¹

El I Concilio Limense, adelantándose parcialmente al de Trento, declara írritas, hasta que el Papa fuera consultado, a semejantes uniones entre indios y sanciona a los contrayentes con excomunión y multas.

b) Después del Concilio de Trento.

Este concilio como ya se señaló, transforma la clandestinidad en impedimento dirimente. Sin embargo, siguen siendo válidos los matrimonios clandestinos contraídos en determinadas condiciones:

- Se admite que los católicos se casen ante cualquier sacerdote, o sólo entre ellos en todos aquellos casos en que no haya párroco y se espera que no ha de haberlo en un tiempo prudencial.
- Algunos indios, aunque cristianos, no contaban habitualmente con la presencia de curas que pudiesen casarlos y explicarle lo dispuesto por el Concilio de Trento.

En otro orden, el Concilio lleva a que ciertos eclesiásticos se hagan un examen de conciencia, por dar el sacramento del matrimonio sin ser párroco.

Tratándose de matrimonio de un funcionario militar, debe estar presente el párroco castrense para que éste sea válido.

2.1.3.1.14. Impotencia.

³¹ Ibid. Pág 208

La impotencia como impedimento es *inhabilitas ad actum conjugalem perfectum seu generationi aptum*. Puede ser de varias especies: *antecedente*, que precede al matrimonio; *consiguiente*, que sobreviene al ya contraído; *perpetua*, que no puede curarse por medios lícitos, o sin una operación que no entrañe peligro de muerte; *temporal* que es curable por medios naturales y sin peligro de muerte; *absoluta*, que tiene lugar respecto de todas las personas de otro sexo; y *respectiva*, que sólo inhabilita respecto a una persona en particular.

La impotencia que dirime el matrimonio es la impotencia antecedente y perpetua, sea absoluta o respectiva.

2.1.3.2. Impedimentos Impedientes

2.1.3.2.1. Falta de Amonestaciones.

El Concilio de Trento renueva la práctica de las proclamas. En el caso de que se realicen matrimonios sin proclamas y esté presente el párroco, es porque los novios lo lograron por sorpresa, engaño o aún por la fuerza.

Estos matrimonios toman el nombre de matrimonios “sorpresa” y reputados “cuasilandestinos”.

La celebración de estos matrimonios es castigada de diversas formas:

- Penas pecuniarias
- Excomunión para los novios y para los presentes e implicados.
- Destierro y reclusión.

Estas sanciones variaban según la ubicación y la jurisdicción.

2.1.3.2.2. Epoca.

La Iglesia y el Concilio de Trento proscriben las nupcias solemnes o velaciones desde el primer domingo de Adviento hasta el día de Epifanía, y desde el miércoles de ceniza hasta la octava de Pascua inclusive. En estos lapsos se podían celebrar matrimonios pero no dar la solemne bendición nupcial.

En el caso de los indios esta disposición causó problemas por la dispersión en que vivían los aborígenes y la escasez de sacerdotes, estos se quedaban sin velaciones cuando se casaban en

tiempo prohibido. Además, como no distinguían la diferencia entre el sacramento del matrimonio y las bendiciones con que se le solemnizaba, no creían estar casados hasta recibirlas y les parecía posible deshacer la unión en el ínterin. Debido a esto se aconsejó que las velaciones estuvieran abiertas para los indios, durante todo el año.

2.2 Aptitud Matrimonial: Elementos Subjetivos.

2.2.1. Mutuo consentimiento de los contrayentes.

El mutuo consentimiento de los contrayentes es requisito esencial para la validez del matrimonio, este consentimiento debe ser:

- a) Interno
- b) Mutuo y simultáneo
- c) Debe exteriorizarse por palabras o signos equivalentes
- d) Debe manifestarse *in facie Ecclesiae* y estar exento de error y aún de todo miedo grave.
- e) Debe ser absoluto y no condicionado.

2.2.1.1. Matrimonio entre españoles.

Es tan normal como en la Península, para evitar que la novia sea víctima de coacción se le guarda en un lugar seguro.

Por otro lado existe una presión sobre los encomenderos para que se casen, el matrimonio se transforma en requisito para la conservación u obtención de beneficios. Las exigencias matrimoniales también abarcan a las mujeres encomenderas que hayan heredado repartimiento, se les sugiere que se casen con un hombre que preste servicios militares.

2.2.1.2. Matrimonio de españoles e indios.

Desde temprana época la Corona acepta los matrimonios entre conquistadores y conquistados. En estos eventuales matrimonios se tendió en un comienzo a proteger a la parte más débil.

2.2.1.3. Matrimonio entre españoles y negros.

La posibilidad de los matrimonios interraciales es ampliamente admitida por la Corona, al establecer con minucia las galas permitidas a cualquier negra o mulata libre “casada con español”

2.2.1.4. Matrimonios entre indios.

A principios del siglo XVI el Estado se preocupa de que aquellos indios lo bastante discretos como para comprender las responsabilidades que asumen se casen *in facie ecclesiae*, registrando las leyes de Burgos esta preocupación.

Este tipo de matrimonio debía cuidarse de españoles e indígenas. En el caso de los españoles existe una persistencia de actitudes coactivas de los encomenderos para quienes el matrimonio de sus indias con indios de otros repartimientos significaba el deterioro presente de su servicio doméstico y la pérdida futura de la prole de la nueva pareja en cuanto a tributos y servicios personales.

Los encomenderos coartan la libertad matrimonial de sus indios: unen a sus indias a la fuerza con indios o esclavos negros de su propia casa. También llegan a encerrarlas, azotarlas o lisa y llanamente anulan sus matrimonios para que se queden en su repartimiento.

En el caso de los indios, los padres y señores intervenían en el matrimonio de sus hijos para cuidar el linaje, el clan, etc.

Regulación Real.

Existía una amplia regulación por parte de las autoridades eclesiásticas, secundadas por las civiles, en lo concerniente a los matrimonios, estableciendo una serie de normas tendientes a evitar la coacción ya sea para contraerlo o no.

Se estableció por ejemplo la voluntariedad del servicio doméstico con la consiguiente posibilidad de prestarlo para ir a casarse a los lugares de origen; se limitó el número de indias

que sirvan en cada familia, se estableció, asimismo, la residencia de las indias en pueblos propios y no en casa de los encomenderos. Las sanciones para los infractores eran muy rigurosas.

Algunas veces los encomenderos mantenían a marido y mujer separados, porque pertenecían a casas distintas, quedando la pareja escindida.

Las Ordenanzas de 1598 cortan este abuso ordenando que la mujer siga al marido; y en 1603 ordena que los encomenderos que no dejen casar libremente a sus indios sean castigados con fuertes multas, con la pérdida del indio sobre el que se haya ejercido presión para casarlo.

Años después Francisco de Alfaro acrecienta estas penas:

- Con la pérdida total de los indios de su repartimiento, si son encomenderos.
- Con la prohibición de servirse de indio si no lo son.
- Que los indios a pesar de estar casados no paguen tributo sino hasta los 18 años.

También sancionó la Corona a:

- Los señores indígenas que acaparan doncellas.
- Los padres que venden a sus hijas.
- Los que casan a los jóvenes sin su voluntad.

La Corona los sanciona con azotes, declaración de inhabilidad para el desempeño de los oficios públicos, etc. “Castiga a los padres traficantes; con la pérdida del cacicazgo, reducción a clase de indios del común y destierro para los caciques acaparadores o, cuando menos, dominantes”

Regulación Eclesiástica.

La Iglesia también quiere preservar el libre consentimiento de los indios a través de la prédica y los Concilios.

El II Concilio Limense mandaba a los españoles pena de excomunión cuando incitan o estorben el matrimonio de sus criados. Tampoco escapan a la regulación los malos curas doctrineros y los caciques que fuercen o impidan matrimonios de sus iguales.

Siempre velando por la libertad de elección y atendiendo a modalidades regionales el III y IV Concilios Mexicanos se preocupan porque los naturales no compren a sus mujeres; y el III Limense, porque los indios que así lo desean tengan la facultad para casarse fuera de su Ayllu.

En las misiones Guaraníes se acostumbraba que, antes de correr las amonestaciones, el párroco interroga en secreto a cada uno de los novios sobre si se iban a casar voluntariamente o violentados por sus padres, caciques o alguna otra persona.

Debido a la introversión de los indígenas, se llega a aceptar la validez del matrimonio en que los contrayentes hayan permanecido en silencio y respondido sus padres, siendo el único caso para el que en problemas sustantivos de aplicación de leyes eclesiásticas, no se dicta una norma particular.

2.2.1.5. Matrimonio entre indios y negros.

En lo socioracial se estaba contra estos enlaces porque llevaban a mezclar la sangre limpia de los indios con la negra estigmatizada por la condición servil propia o ancestral. En lo político eran rechazados porque la prole que de ellos emanaba solía ser resentida y díscola; y, en lo económico porque la prole, dejando de ser indígena, ya no tributaba.

La Corona que se preocupa por estos matrimonios tomó precauciones que no fueron exitosas, porque irremediamente los indios compartían con los negros.

En 1572 se dicta una Real Cédula, fundamental en lo económico: “declara que los hijos de indios con negros, libres o esclavos, han de pagar tributo aunque arguyan no ser indios”

Hubo propuestas muy rigurosas (como la de que los hijos de indios con negros, nacieran esclavos) que no fueron adoptadas por la Corona. Se decía que estos matrimonios traían graves perjuicios económicos.

El Gobernador de Paraguay sugirió al Rey:

- Que los hijos de indios con esclavas, negras o de castas, sean libres a fin de que tributen.
- Que los indios para casarse deban obtener licencia del Gobernador o Intendente, en lugar del cura respectivo.

Ambos remedios resultan muy de su época por distintos motivos:

- Por poner regaladamente en manos de funcionarios reales lo que hasta entonces se hallaba en las de los eclesiásticos
- Por considerar decisiva la instancia económica hasta el punto de proponer, en nombre de ella que sean libres quienes, según el Derecho Real, debieran ser esclavos.

Otra medida utilizada por la Corona para regular estos matrimonios es la Pragmática de Matrimonios de Hijos de Familia del año 1776.

El que la Corona no adoptara una postura más drástica en materia de matrimonios entre indios y negros o individuos de castas, se debió a la actitud firme de la Iglesia en materia de libertad matrimonial.

2.2.1.6. Matrimonio entre negros.

Todos quieren en Indias fomentar el matrimonio entre negros, buscando incrementar la población servil y además, la creencia de el amor a la mujer y los hijos ha de volverlos reacios a fugas, homicidios e insurrecciones. Sin embargo, Estado e Iglesia preservan la libertad de elección conyugal de los negros esclavos, partiendo del principio de que, mientras el matrimonio es de derecho natural, la esclavitud es sólo de derecho humano.

Regulación Real.

La Corona por Real Cédula de 1526 fundamenta su actitud aplicando a los esclavos de Indias una Ley de la Partidas que establece que “pueden los siervos casar en uno: y maguer lo contradigan sus señores valdrá el casamiento”. A partir de entonces se preocupa mediante sucesivas disposiciones, por desvanecer la opinión de que los negros, por el mero hecho de casarse con permiso de sus amos quedan libres.

Hubo varias interpretaciones con respecto a este tema, algunos buscaban una cierta facilidad en la liberación servil. La Corona trata de disipar ciertos errores acerca del carácter liberador del casamiento de los esclavos y “se vincula con el deseo de que sus amos no les impidieran contraer matrimonio o los forzaran a contraerlo con determinadas personas.”³²

Sin embargo, se suponía que era casi imposible que los esclavos se negaran a casar con alguna de las negras que se les ofrecieran, y que las cláusulas restrictivas, protectoras de la libre voluntad resultaban más bien retóricas.

Debido a la existencia de matrimonios entre esclavos de distintas haciendas, se crea el nuevo Código Negro, confeccionado por el ministro Porlier y que entró en vigencia en 1789, este código estatuye: “seguirá la mujer al marido, comprándola el dueño de éste a justa tasación de

³² Ibid. Pág 253

peritos... y, si el dueño del marido no se conviene en la compra, tendrá la misma acción el que fuere de la mujer”³³

El Código Negro trata de perjudiciales los matrimonios entre siervos y libres, ya que sus hijos nacen siervos.

Regulación Eclesiástica.

Los Concilios americanos del siglo XVI insisten en la libertad de elección de los esclavos y declaran excomulgados a los españoles que obstaculizan sus matrimonios o los fuerzan a ellos; y aprueban textos como el III Concilio Limense donde se exige que los fieles denuncien a las personas que estorben dichos matrimonios.

Más adelante los sínodos del siglo XVII y XVIII tratan de intervenir en el abuso de los amos: “para evitar uniones forzadas, disponen que, como trámite previo, se tome personalmente el consentimiento de los novios, en especial de la mujer; para alentar uniones obstaculizadas, mandan bajo penas graves que los esclavos no sean vendidos por separado o castigados por el sólo hecho de haberse casado” .

2.2.1.7. Los hijos de familia y el consentimiento paterno.

2.2.1.7.1. Legislación civil y canónica anterior a la Pragmática sobre matrimonios de hijos de familia.

La subordinación de los hijos de familia a la voluntad de los padres en materia matrimonial se va superando en el ámbito eclesiástico por obra de algunos Papas y de Concilios particulares. En el Concilio de Trento triunfa la libertad de los hijos, pero debido a un pedido de los embajadores de Francia, quienes solicitan que “junto con los matrimonios clandestinos, se declarasen írritos los matrimonios de hijos de familia sin consentimiento de los padres, con la

³³ R.C. de 31 -5-1789 sobre la educación, trato y ocupaciones de los esclavos, cap. 7 en Cedulaario de la Real Audiencia de

salvedad que si pasando cierto límite de edad, estos no los hubieran casado, pudieran los hijos hacerlo por si mismos” .³⁴

Se tomó en cuenta este pedido y se redactó un artículo en que se fijaba la edad límite en los 18 años cumplidos para los hijos varones y en 16 para las mujeres, elevados en enmienda posterior a 20 y 18, si bien con la excepción de los casos en que los hijos menores, ante una negativa paterna juzgada injusta por su Prelado, se casaran con licencia de éste.

Luego de un tiempo se termina por quitar del texto lo referente a la anulación de los matrimonios sin consentimiento paterno, con lo que sólo quedan irritados los clandestinos, efectuados con libre consentimiento de los contrayentes, fueron matrimonios legales y verdaderos, mientras la Iglesia Católica no los hizo írritos, bajo cuyo fundamento se deben justamente condenar, como los condena con excomunión el Santo Concilio, los que niegan que fueron verdaderos y ratos, así como los que falsamente aseguran que son írritos los matrimonios contraídos por hijos de familia sin el consentimiento de sus padres y que estos pueden hacerlos ratos o írritos; no obstante la Iglesia los ha detestado y prohibido en todo tiempo con motivos muy justos.

Lo anterior se resume en que la clandestinidad de impedimento impediendo que era, se ha transformado en impedimento dirimente.

Surgen por una parte los defensores de la autoridad paterna como Roberto Belarmino, y por la otra, los de la libertad filial como Tomás Sánchez.

El Concilio de Trento en su redacción final no fue claro, se interpretaba que la Iglesia siempre había detestado y prohibido los matrimonios de hijos de familia sin consentimiento paterno. Lo que si estaba fuera de dudas era que la Iglesia había mirado siempre con buenos ojos el que los padres que tuviesen justas causas se opusieran al matrimonio de sus hijos. Benedicto XIV, en la Encíclica *Satis Vobis* mandaba que no se dispensaran las amonestaciones a aquellos a cuyas bodas se oponían justamente los padres.

El Concilio iba aún más lejos:

Buenos Aires t 1, pág 303.

³⁴ Ibid. Pág 260

- Por una parte prohibía a los párrocos la celebración de matrimonios contra la voluntad de los padres sin avisar previamente a los obispos a fin de que se averiguara si la oposición era racional o no.
- Y por otra establecía que los provisos no debían admitir en los tribunales eclesiásticos instancias sobre esponsales notablemente desiguales, de cuyo cumplimiento deberían más bien disuadir a los hijos de familia, cuando estos desacreditan a sus padres.

A comienzos del siglo XVI, los padres son autorizados por las Leyes de Toro a desheredar a los hijos e hijas que contrajeran matrimonios clandestinos, celebrados con frecuencia sin el consentimiento de los padres. Esta ley fue cuestionada y en este mismo terreno de controversias surge la Pragmática.

2.2.1.7.2 La Pragmática sobre matrimonios de hijos de familia y su extensión a Indias.

La Pragmática promulgada el 23 de Marzo de 1776, se propone evitar los frecuentes matrimonios desiguales contraídos por los hijos de familia sin el consentimiento de los padres.

Manda con ese fin que: “Todos los hijos e hijas de familia para celebrar el contrato de esponsales, si son menores de 25 años, pidan y obtengan el consentimiento de su padre, y, en su defecto, de su madre y, a falta de ambos, sucesivamente, el de sus abuelos, parientes más cercanos, mayores de edad, tutores o curadores; y si son mayores de 25 años, cumplan con pedir el consejo de las mismas personas”

La pena en uno y otro caso, es la de quedar los infractores y sus descendientes privados de su calidad de herederos forzosos de los bienes, libres o vinculados, de aquellos ascendientes a cuya obediencia hayan faltado.

Los padres deben dar consentimiento a sus hijos a no ser que tengan una causa racional para oponerse.

Adecuación por el Consejo de Indias.

La Pragmática es comunicada a América en 1778 con reformas que apuntan a las circunstancias sociales y geográficas específicas de Indias:

- Los negros e individuos de castas quedan exentos legalmente de lo prescrito en la pragmática ya que sería muy difícil obtener el permiso paterno, sin embargo, los que sirvan como

oficiales de milicias o sean soldados distinguidos, deben regirse por ella, con esto queda patente que es un asunto más bien social que racial.

- Los indios nobles tienen las mismas exigencias que los españoles de clase distinguida, y los indios tributarios de padres desconocidos, deben obtener el consentimiento de sus doctrineros.
- Un caso especial debido a los obstáculos geográficos, se presenta para los españoles de Indias y los naturales cuyos padres vivan en algún otro lugar de Europa o América, ellos deben buscar consentimiento de un juez que se les designe.

Adecuación por las Audiencias Indianas.

Esta adecuación elaborada en 1780 y 1781, habla en pro de la igualdad de españoles e indios, no así de la del negro, ya que se hace racional el disenso del padre indígena. Los curas deberán advertir a los novios y a los padres de los novios indios que deseen casarse con negros, los perjuicios que dichas uniones acarrearán.

Legislación complementaria, incluida la Nueva Pragmática.

Durante 1783, se inician una serie de medidas para vigorizar la autoridad paterna: “para la celebración del matrimonio, los hijos de familia mayores de 25 años deben pedir y obtener el consejo paterno y, si les es denegado, la declaración de irracionalidad de la negativa paterna”.

“Habiéndose declarado racional el disenso del padre, la madre no puede instituir heredero al hijo que igualmente se casa”.

Las sanciones pecuniarias no solían amedrentar a los hijos que, muchas veces se casaban en la conformidad de sufrirlas, con lo que se frustraba la intención de la Pragmática. Carlos II implantó una política muy restrictiva en estos casos.

La voluntad de introducir cambios de cierta entidad en la legislación de Carlos III se manifiesta a través de la Nueva Pragmática, sanción promulgada para Indias en 1803.

Es cierto que por un lado se acentúa el rigor, pues incluye a negros y castas al abarcar a todos los hijos de familia menores de 25 años e hijas menores de 23 años, a cualquier clase del estado que pertenezcan, autoriza a los padres a negarles la licencia para casarse sin dar cuenta de

los motivos de su disenso, y deja abierta a los novios la sola vía del recurso a la Audiencia respectiva, pero por otro lado se hace gala de mayor amplitud, ya que permite que los hijos mayores de 25 años y las hijas mayores de 23 años (edades que disminuyen según sea quien debe prestar el asenso o disenso), dispongan de sus personas, al autorizarlos a casarse a su arbitrio sin necesidad de pedir ni obtener consentimiento ni consejo de sus mayores.

En 1805 por Real Cédula se abre la puerta a las prohibiciones absolutas en cuanto a matrimonios de personas mayores de edad, de sangre limpia, con gentes de castas, al permitir el recurso ante los Virreyes o Audiencias correspondientes, las cuales previas las informaciones acostumbradas, concederán o negarán la licencia sin la cual no es posible contraer matrimonio.

Los militares también están incluidos en la Pragmática: siendo oficiales, deben solicitar el asenso o consejo de sus padres o de quienes hagan sus veces, aunque estos se hallen en Europa; en el caso de los soldados, cabos, etc., la licencia de los padres ausentes será suplida por la del jefe local respectivo la primera instancia corresponde a la jurisdicción ordinaria.

Régimen de esponsales conexo.

Carlos III declara en 1788 que en los Tribunales Eclesiásticos no deben admitirse demandas de esponsales celebrados sin consentimiento paterno, de suerte que la oposición de los padres, reputada en la época como un impedimento impediendo, se convierte en impedimento dirimente de los esponsales, por considerarse que no hay obligación de contraer un matrimonio ilícito.

Hubo reglamentos más rigurosos como el del Obispo de Cuba: “donde disponía que no se admitieran en el tribunal eclesiástico demandas de esponsales intentadas por hijos de familia o contra ellos sin que constara, ya el consentimiento o consejo de quienes debieran prestarlo, ya la declaración de irracionalidad del disenso paterno dada por el tribunal civil pertinente, con lo cual la intervención de las autoridades eclesiásticas para pronunciarse sobre la validez de la promesa esponsalicia se reemplazaba por la de las civiles para pronunciarse sobre la calidad del disenso paterno respecto del matrimonio”.³⁵

³⁵ Consulta del Consejo de Indias de 27-2-1783. Rípodas, Daisy. Op. Cit., pág 278

Sin embargo, los hijos de familia indianos siguen contrayendo esponsales al margen de la anuencia paterna, no obstante hallarse prohibido por la Pragmática de 1776.

Sólo en las postrimerías coloniales se llega en Indias a la uniformidad metropolitana cuando, por la Nueva Pragmática Sanción de 1803, se establece que en ningún tribunal eclesiástico o secular se han de admitir demandas de esponsales celebrados por personas que no están habilitadas para contraer matrimonio por sí mismas, o sea, que no hayan alcanzado las edades mínimas, variables según el sexo y las personas de quienes se dependa, fijadas por la misma Pragmática para casarse sin necesidad de consentimiento paterno, condición a la que se añade el requisito de que dichos esponsales se hayan estipulado por medio de escritura pública.

Existen algunos comentaristas los que, a través de su propia interpretación o de futuras resoluciones regias, tratan de hacer más detalladas y rigurosas las primitivas disposiciones, como también hay otros que consideran que sería conveniente suprimir buena parte de la legislación de la Pragmática.

Algunos como J. Ugartiria en el año 1789, deja a la Corona el cuidado de determinar frente a que tipos de desigualdad sea lícito el disenso paterno; sugiere que debe ser el Rey quien de a conocer un grupo de causas de racionalidad del mismo con el fin de aclarar cuales son los matrimonios que, según la Pragmática, ofenden el honor de las familias o perjudican al Estado, grupo de causas que han de servir de norma a los padres para resistirse al matrimonio de sus hijos y a los tribunales para decidir sobre la racionalidad del disenso paterno.

Otros como Francisco Antonio Elizondo (1783), no considera indignas las uniones entre nobles y plebeyos, mientras el que se case no sea el primogénito, y mientras el hombre que se case con la mujer noble, tenga un oficio respetable. El Anónimo Oriental por el contrario prohíbe tajantemente las uniones desiguales.

Surge otro comentarista, don José Lebrón y Cuervo (1789) quien propone que se nombre en lo civil un abogado fiscal defensor para las causas de resistencia, con el objeto de que procure una mejor averiguación de hechos que las partes suelen ocultar en favor o en contra del matrimonio y asista a la determinación de dichas causas.

Paulatinamente las sanciones fijadas por la Pragmática van decreciendo; Azamor, se muestra adverso a la desheredación estatuida por la Pragmática y esgrime contra ella un argumento de hecho y otro de derecho:

- En el primero sostiene que, ajustándose semejante pena a las leyes romanas no responde al espíritu de la Iglesia y no puede ser aplicada para sancionar al hijo que se case contra la voluntad paterna.
- En el segundo recuerda que, de desheredar al hijo que se casa en esas condiciones, se siguen iguales o mayores males que de no desheredarlo.

Hay también opiniones vertidas con respecto a los esponsales como la de Amorós quien es el más riguroso dice que, los esponsales contraídos contra la voluntad de los padres son nulos.

Villalba, bastante más abierto dice que los hijos pueden ventilar ante los tribunales eclesiásticos la validez de contratos esponsalicios respecto de los cuales el disenso paterno haya sido declarado racional por la justicia civil: ya que la ley no se ha adelantado a declarar nulos los esponsales de los hijos de familia celebrados sin el asenso paterno y lo refuerza con que, si se empieza por decidir si hay o no lugar para una demanda de esponsales y el caso se resuelve negativamente, como ya no habrá boda, no será necesario pronunciarse sobre la calidad del disenso paterno.

Los comentaristas de una primera época (década de 1770 y 1780), se muestran favorables a la nueva legislación matrimonial y los de una segunda época (década de 1790), se muestran contrarios

Sentido Regalista de la Pragmática.

La Pragmática, en un comienzo se presenta como un intento de la Corona de reglar los efectos civiles de los matrimonios entre personas de condición desigual pero acaba por prescribir requisitos indispensables para la recepción del sacramento que no coinciden con los estatuidos por la Iglesia; desde las penas pecuniarias para los que se casaran sin el consentimiento paterno (1776), siendo hasta aquí un problema civil, se llega a la prohibición absoluta de casarse sin dicho asenso, ya con cualquier persona calificada de desigual, o con individuos de castas, lo que incide sobre el libre consentimiento de los contrayentes y hace que la regulación se introduzca en el ámbito canónico.

La Pragmática sanción de 1776 constituye una pieza clave de la política regalista de Carlos III y aún de Carlos IV. Este propósito regalista, lo notamos en la preferencia de jueces civiles en vez de eclesiásticos en las demandas de esponsales.

Otro síntoma regalista registrado en 1788 está representado por el paso de los casos de bigamia a la Justicia Real.

Aplicación de la Pragmática: los juicios de disenso.

Los juicios de disenso generalmente se producen por desigualdad racial o social; también hay disensos por motivos religiosos y también por desigualdad de oficios. La Pragmática opera como revulsivo de estos conflictos, los procedimientos que implanta para permitir que los padres se opongan a los matrimonios que afecten al honor familiar por su notable desigualdad y que los hijos defiendan sus derechos ante la infundada negativa de los padres constituyen una formidable maquinaria jurídica que atrapa y amplifica, a través de los juicios de disenso los prejuicios de clases.

2.2.7.3. Los Funcionarios Públicos.

La prohibición impuesta por la Corona de que ciertos funcionarios se casen en determinadas condiciones, no afecta ni la validez ni la licitud de los matrimonios celebrados en contravención de ella. Sin embargo, en el ámbito puramente civil, si resulta posible castigar a los infractores ya que se reconoce al Príncipe la potestad de imponer interdicciones tendientes al bien público siempre que no estén reñidas con el Derecho Canónico.

Veremos estudios sobre el tema encabezados por Solórzano y revisaremos el Tratado Analítico sobre la Real Cédula del año 1575.

El punto de vista común a los tratadistas indianos parte de la existencia de un libre contrato entre el Rey y sus ministros, por el que se determina que el empleo es dado con una condición que, de no cumplirse, ocasiona la rescisión de lo estipulado: “El Rey no dice que no se case sino que, casándose, no quiere servirse de él en ese ministerio”, sintetiza un tratadista, colocándose desde la perspectiva del monarca; se supone que “El Juez quiere servir al Rey y no

casarse en la Provincia y que, casándose, él se aparta de su servicio, sabiendo el rey que aquel juez quiere estar allí”, resumen otros tratadistas, desde la perspectiva de los funcionarios.

Con el correr del tiempo y los avances del regalismo, termina por no discutirse la justicia de estas prohibiciones.

Derecho positivo sobre la materia.

El origen de dichas interdicciones puede remontarse ya sea a las Partidas, donde se prohíbe a los Adelantados casarse dentro de sus distritos para evitar que, aprovechando su autoridad tomen a una mujer por la fuerza; también lo encontramos en las disposiciones dictadas en la primera mitad del siglo XVI por Carlos V y su madre y que ordena a los miembros del Consejo de Castilla y los oidores de las Audiencias, que no casen a sus hijos o hijas (salvo que lo hagan con licencia del rey) con personas que tuvieren pleitos en los tribunales que ellos integran, para no embarazar la recta administración de justicia.

Otro ejemplo son Las Leyes Nuevas de Carlos V, en que prohíbe a los miembros del Consejo de Indias el aceptar regalos o el dar recomendaciones para Indias y a sus familiares y criados intervenir como procuradores solicitantes en pleitos de Indias so pena de diez años de destierro.

Casos particulares y las noticias que personajes eclesiásticos y funcionarios civiles le hacían llegar al Rey hicieron que se pasara a una prohibición general en la real Cédula de 1575.

Llegan a oídos del monarca Felipe II, los problemas que se suscitan al estar los funcionarios públicos más preocupados de casar a sus hijos que de otra cosa.

La Real Cédula de 10 de febrero de 1575, prohíbe de manera general a los Virreyes, Presidentes y miembros de las Audiencias (oidores, alcaldes del crimen, fiscales) contraer nupcias en sus distritos mientras dure su cargo y sin licencia real particular, tanto ellos mismos como sus hijas e hijos, so pena de perder sus plazas; además se refiere a la conveniencia de que los magistrados se hallen libres de deudos para el buen uso de sus oficios. Así se sientan las bases de una política restrictiva en materia de matrimonios de funcionarios, que durará tanto como el régimen colonial.

Modificaciones cuantitativas:

- Felipe II extiende la prohibición a las personas de los gobernadores, corregidores y alcaldes mayores provistos por el Rey.
- Felipe IV (1646) involucra a los tenientes letrados de gobernadores, corregidores y alcaldes mayores.
- Carlos III (1773) comprende a los Protectores de Indios.
- Carlos IV (1804) declara a los asesores generales de los Virreyes y a sus hijos incluidos en la interdicción.

Felipe II amplía cualitativamente la prohibición englobando no sólo al funcionario que se casare sino a cualquiera que “tratare o concertare de casarse por palabra o promesa o escrito...”.³⁶

Otra de las restricciones para los funcionarios es que no pueden casarse con miembros de una misma audiencia, oidores o con hijas de oidores del distrito.

Desde Felipe III se insinúa la conveniencia de penas pecuniarias. Esta medida no fue incluida en la Recopilación, tal vez porque no llegó a ser sancionada o porque tuvo corta vigencia.

Según Solórzano, en Indias se repiten constantemente estas prohibiciones y se puede fundamentar por las muchas cédulas, instrucciones y ordenanzas que se hallan despachadas en todos los tiempos.

En cuanto al sentido de esta legislación restrictiva, se señalan varios motivos:

- motivo político: el deseo de evitar los vínculos de parentesco que se anudarían y resultarían perturbadores de la buena administración de justicia. Personajes importantes como el Marqués de Montesclaros aseguraba que “las gentes cedían en matrimonio a los magistrados sus hijas y haciendas con el propósito de ganarse su voluntad...”³⁷
- motivo ético-religioso: “salvaguardar el libre consentimiento matrimonial al quitar la ocasión de que los magistrados se sirvan del poder y el prestigio inherentes a sus cargos para forzar a sus súbditos a bodas no apetecidas”

³⁶ *ibid*, pág 326

³⁷ *Ibid*, pág 331

■ motivo moral: “el de la deshonra familiar acarreada por tratos matrimoniales cuyo cumplimiento se dilata a la espera de la licencia real o no llega a tener lugar por falta de la misma” Tal deshonra es juzgada desde Chile por el Obispo Villarroel, razón bastante para el rigor de la Real Cédula de 1562 que prohíbe a los funcionarios indianos la concertación de matrimonios”

A fines del siglo XVIII una postura también política pero opuesta se dejó escuchar: eran buenas las uniones de los funcionarios porque así se amaría más la tierra, y se afianzarían los dominios bajo el suave vasallaje de su majestad.³⁸

Aplicación de las leyes prohibitivas.

En la primera mitad del siglo XVII, en momentos en que parece interesar más ajustarse al espíritu que a la letra de la legislación, se consienten o disimulan varios matrimonios de oidores con viudas de sus colegas, y por lo tanto, no oriundas de sus distritos, y otras uniones por el estilo.³⁹

La política de los reyes es bastante vacilante al respecto. Los magistrados y funcionarios buscaron formas para evadir dicha prohibición: no faltaban ministros que celebraban esponsales con personas de sus distritos que luego se ausentaban con el fin de contraer tiempo después el matrimonio, y luego aparecía llegando de fuera, con lo que se pensaba que era de otro distrito.

En esta etapa se dieron muchos matrimonios de tipo prohibitivo, por lo que hubo de hacerse muchas excepciones, comenzando así un régimen de licencias, cuyo inicio se basa en el texto de la Real Cédula de 1575, que prohíbe a determinados magistrados casarse sin contar con la licencia Real. Se inician así pedidos de los funcionarios tanto para sus propios matrimonios como para los de sus hijos, acompañados de servicios pecuniarios.

Ya desde el reinado de Felipe II, hay señales de múltiples matrimonios entre funcionarios reales o sus hijos y familias de encomenderos o comerciantes de sus jurisdicciones, debido al amplio otorgamiento de licencias que no obedecen a una política definida sobre tal materia.

En tiempos de Carlos II se observa una política moderada en esta materia, continuando el uso de servicios pecuniarios que fluctúan entre dos y cuatro mil escudos (mayores cuando se trata

³⁸ cartas de Matienzo al Rey, Plata 14-10-1576 y 4-1-1579. Ibid, pág 335

³⁹ Ibid, pág 336

de matrimonios de los propios funcionarios que cuando se trata del de sus hijos). Estas sumas son divididas por mitades entre la Corona y la Cámara de Indias.

Felipe V, continúa con este régimen; no obstante ello se aprecia cierta tendencia a denegar tales permisos, por los perjuicios que dichas licencias pudieren acarrear al bien público.

Durante Fernando VI se siguen otorgando licencias contra tales servicios, encontrando incluso en esta época un caso en que una franquicia matrimonial se otorga vía disposición legal de carácter general, se trata de una declaración de 1749 con aplicación en todas las Indias, que dispone que el cargo de Protector de Naturales no es obstáculo para que quien lo desempeñe se case con personas del distrito. La circunstancia de que tal disposición se dictara con posterioridad a un envío de dinero a la Corte por el interesado, permite suponer que tal norma no es sino una licencia encubierta, más aún cuando en el siguiente reinado se incluye tal cargo entre las prohibiciones matrimoniales.

En conjunto, la política de los Austrias y los Borbones en esta materia es confusa, no sólo porque las prohibiciones generales se obvían mediante frecuentes licencias, sino también por la existencia de prohibiciones especialmente duras que datan de épocas en que las referidas licencias se concedían con facilidad.

En cuanto a los funcionarios de la Real Hacienda, por Real Cédula de 18 de febrero de 1582 se les prohíbe casarse en las hijas, hermanas y deudos dentro del 4º grado de sus compañeros, sin previa licencia real, so pena de privación del empleo y de no poder tener otro en Indias. Luego en la Real Cédula de 1592, se les cuenta entre los funcionarios que tienen prohibición de contraer y aún de tratar matrimonio dentro de sus distritos. El propósito de estas medidas, según cree Figueroa de la Cerda es que no nazca entre ellos vínculo alguno y se confabulen contra los bienes del rey; en cambio existiendo enemistad entre ellos, más fielmente se están acerca de su administración.

Al igual que los funcionarios de justicia, los funcionarios de hacienda suelen pedir licencias para contraer matrimonio con personas de que les está prohibido, solicitudes que a veces fueron denegadas, otras autorizadas graciosamente y a veces previo servicio pecuniario.

En relación a las normas prohibitivas que pesan en esta materia sobre los militares, estas se establecen en aras del buen desempeño de su cometido, apuntan en salvaguarda de su honor, a

que se emparenten con familias de una calidad y hacienda proporcionadas a su propia jerarquía, y procuran además que los militares dilaten su matrimonio, hasta alcanzar el grado de capitanes, para no frenar su natural intrepidez por los lazos hogareños.

Para las Indias revisten importancia en esta materia, las medidas que datan de la época de los Borbones. Las Ordenanzas Militares de 1728, disponían que ningún oficial podía casarse sin licencia Real, y ningún soldado de infantería, caballería o dragones, sin licencia escrita de sus jefes, so pena, respectivamente de la pérdida del empleo o de la pérdida de antigüedad, sumada a la obligación de servir de por vida; estas ordenanzas fueron puestas en conocimiento de Obispos americanos a fin de que se abstuvieran de celebrar tales matrimonios si no se les exhibía la correspondiente licencia.

Carlos III dicta una nueva Ordenanza en 1760, en que no sólo reitera que los oficiales necesitan de Real Permiso y los soldados del de sus respectivos jefes; sino también gradúa detalladamente las condiciones en que dicha autorización puede concederse y las penas a que se exponen de acuerdo a su jerarquía, sancionando más fuertemente a los oficiales, los que son depuestos del empleo y desaforados. Esta nueva ordenanza es de onerosa observancia para los oficiales, pues deben gestionar el Permiso Real en la Metrópoli porque la Corona no delega en los gobernantes indianos la facultad de concederlas, salvo en períodos bélicos de incomunicación y siempre con carácter de excepción provisional.

En la década del 80, Carlos III dispone que no se admitan demandas de esponsales contra oficiales y soldados sin que antes se haya hecho constar respectivamente la correspondiente licencia del rey o de los jefes del demandado.

Cabe observar que la abundancia y reiteración de las normas referentes a los matrimonios de los militares, unidos al hecho de que las penas suelen ir aumentando con el tiempo, parecen un indicio de que las normas prohibitivas en la materia eran transgredidas o al menos soslayadas en Indias con bastante frecuencia.

Por último, en el caso de estudiantes de universidades, seminarios y otras casas de enseñanza; bajo el reinado de Carlos III se reserva al rey la directa concesión de licencias matrimoniales en los colegios militares y seminarios de nobles y la delega en dignatarios eclesiásticos o en funcionarios reales según se trate de seminarios o de universidades y demás

casas de enseñanza, a fin de evitar que los jóvenes manchen el honor familiar y desincentiven a los padres a educar a sus hijos. Una Real Cédula de mediados de 1792, hace extensiva estas prohibiciones a Indias.

2.3. Estado Matrimonial

2.3.1. Unidad de Domicilio Conyugal

Las normas civiles y eclesiásticas apuntan a que los cónyuges hagan la vida maridable a que se comprometieron y a evitar la bigamia y el concubinato.

Debido a la lejanía de las Indias y lo difícil de la travesía marítima, el criterio de las autoridades civiles parte del supuesto sostenido por los teólogos respecto a que en la obligación de seguir al marido que tiene la mujer no se halla comprendida la de afrontar los peligros de tal viaje; o sea que en esos casos el domicilio conyugal queda fijado en el nuevo o viejo mundo, según sea el lugar donde esté por producirse o se haya producido la separación.

La nutrida corriente migratoria a las Indias fue causa de abusos y quebrantamiento de las normas en esta materia, lo que motivó una gran cantidad de disposiciones reales en las cuales se buscaba, de todas formas el sostenimiento en la práctica de la unidad domiciliaria de la sociedad conyugal, impidiendo que ningún hombre casado pudiera pasar a Indias, ni menos vivir en ellas, dejando abandonada en España a su mujer.

Síntesis de lo anterior es el título 3 del Libro 7 de la Recopilación de 1680 que decía: “De los casados y desposados en España e Indias que están ausentes de sus mujeres y esposas”

La primera actitud del legislador indiano, fue la de corregir los abusos en esta materia, ordenando que dentro de un plazo preciso fueran ellos conminados para que recogieran y llevaran consigo a sus mujeres.

“Consecuencia de esta política es que ningún español casado podía pasar a Indias sin ir acompañado de su mujer o tener consentimiento o prestar fianza. Esta situación se hizo extensiva también al traslado de casados dentro del territorio indiano.”⁴⁰

⁴⁰ Barragán, Guillermo. Obra legislativa de Alfonso X El Sabio. Pág. 75

La Ley ij del referido título tercero de la Recopilación de 1680 indicaba: “Que no se den licencias ni prorrogaciones de tiempo a los casados en estos Reynos, sino fuere en casos muy raros”.

“Ningún Virrey, Presidente, Audiencia, Gobernador ó Justicia dé, ni pueda dar licencia, ni prorrogación á los casados en estos Reynos para poder estar, ni residir en los de las Indias, y si se ofreciere algún caso tan raro, preciso e inexcusable y forzoso que nos pudiera mover á dispensar por algún tiempo, constándoles primero de la necesidad que obliga por información cierta y verdadera, que haga plenísima probanza, puedan dispensar los Virreyes y Audiencias con la limitación de tiempo que el caso permitiere, sobre que les encargamos las conciencias.”

La Ley iij del título ya referido de la Recopilación de 1680

Existen diversas normas que tienden a salvaguardar la unidad del domicilio conyugal, como por ejemplo la resolución que manda que los polizones que siendo casados en la Península, hayan venido a Indias sean eximidos de quedarse a poblar la zona del Caribe, como los demás polizones, y sean compelidos a volver al lado de sus mujeres. Otra disposición en el mismo sentido se refiere a los españoles casados con indias a quienes se les permite pasar con sus mujeres a la Metrópoli, siempre que ellas lo quieran.

Para ubicar a los ausentes se recurre a las noticias que pudieran recibir las Audiencias de los sacerdotes; por Real Cédula de 1544 se encarga a los Obispos indianos que se informen de que personas hay en su diócesis que tengan sus mujeres en España y avisen de ello al respectivo Presidente y oidores de las Audiencias. Los prelados a su vez incluían tal situación en el Edicto General, entre los pecados públicos que los fieles debían denunciar ante el Ordinario, so pena de excomunión. Se recurre, además, a los informes de los jueces de campaña, ya sea por conocimiento personal o de los resultados del pregón de bandos en los que se amenazaba con pena de destierro o prisión tanto a los ausentes como a quienes no los denunciaban y por último se recurre para ubicar a los ausentes a los informes de las propias mujeres abandonadas.

El Rey en 1544 en cédulas dirigidas a varios magistrados indianos, ordena que los casados ausentes de sus mujeres sean obligados por las Audiencias a embarcarse en el primer navío que zarpe para la Península o, en su defecto, se comprometan bajo las fianzas y penas del caso, a hacer ir a sus cónyuges en el plazo de dos años. Sin embargo, esta Real Cédula es

frecuentemente burlada en Indias, incrementándose las sanciones para lograr el fin de la unidad conyugal, es así como se ordena apresar a los que no hayan traído a sus mujeres dentro del plazo en que se habían obligado, a ejecutar las penas pecuniarias sobre sus propios bienes, no sobre los de sus fiadores, etc.

No obstante lo anterior, desde el siglo XVI se conceden licencias a mercaderes y otros habitantes de la Península, para ausentarse a las Indias por dos o tres años, no sin requerirles desde inicios del siglo XVIII, el permiso de sus mujeres.

Situación similar se presenta en el caso de habitantes de las Indias que requieren trasladarse a España, a quienes se les exigen fianzas de volver dentro del plazo fijado por las autoridades locales, seguridad de que sus familias tendrán de que vivir, y aún el consentimiento explícito de sus propias mujeres.

Muchas denuncias contra los ausentes, eran efectuadas por quienes buscaban su propio beneficio, como el alejar a un acreedor hasta el lugar donde reside su mujer. Otras veces era utilizado con fines políticos, como cuando se trataba de alguien que resultaba molesto a las autoridades, como aconteció en Buenos Aires cuando un tal abogado Saravia salió escoltado por orden del gobierno para Chile, bajo pretexto de que fuese a hacer vida maridable con su mujer, pero la causa legítima fueron algunos escritos presentados con cierta libertad.

Cierto funcionario de la Corona, a comienzos del ochocientos, caricaturizó de esta forma tal situación “El español casado- asegura- no puede emprender viaje alguno sin consentimiento expreso de su mujer, y sin antes haber proveído a la subsistencia de ésta por todo el tiempo que haya de permanecer ausente. Si no está de vuelta en la época fijada por el permiso, las autoridades locales, a la primera reclamación de la mujer, ordenan el regreso del marido aunque se encuentre en Chile o en California y aunque no haya terminado aún sus negociaciones; su mujer ha hablado y es menester que él vuelva”

La legislación eclesiástica sobre la materia, coincide con la legislación real y en algunos casos determina que para un mejor cumplimiento de lo estatuido se lleve un libro especial donde se anoten los que, siendo casados, hayan llegado sin sus mujeres. Los Ordinarios y Confesores, ordenan en sus Edictos Generales, bajo pena de excomuni3n que los fieles denuncien a los que tienen sus mujeres en Espa3a o en lugares remotos de Indias, sin haber intentado reunirse con

ellas. Se exceptúan aquellos que tengan causas suficientes, entendiéndose por tales: enfermedades que impide trasladarse, la de estar con consentimiento de sus mujeres “buscando dineros para pasar la vida después con más comodidad”, y aún careciendo de consentimiento expreso la de “estar pobres trabajando en buscar su remedio en estas partes donde con más facilidad se halla”, también sirve de causa suficiente la de tener deudas en España y si vuelven allí el ser encarcelados por ellas y por último la de haberse apartado de su mujer porque ésta cometió adulterio.

En cuanto a la unidad de domicilio conyugal de los matrimonios indígenas, muchos miembros del clero y funcionarios reales intentan preservarlo aún de los propios cónyuges, ejemplo de ello lo constituye el I Concilio Mexicano que procura el castigo y vuelta al hogar de numerosos indios que “con título de mercaderes y tratantes, andan vagabundos por muchos pueblos y provincias, tianguis y minas, fuera de sus casas, dejando a sus mujeres e hijos desamparados por muchos días y años” y el III Sínodo Limense al preceptuar que las indias que se apartan de sus maridos con el pretexto de ser oriundas de otro lugar, sean restituidas a éstos y previa información, sancionadas con una pena ejemplarizadora a juicio del Vicario correspondiente.

La unidad del domicilio conyugal indígena tuvo que ser protegida de los españoles, con las prestaciones laborales que exigían a los indígenas y de los propios caciques, frente a esto las autoridades civiles y eclesiásticas bajo penas pecuniarias y espirituales ordenaron tanto a españoles como a caciques que se moderaran los periodos o se circunscribieran a ciertos lugares las mitas, que se disminuyan los trajines, por otro lado que los encomenderos no utilicen en sus casas para servicio doméstico a indias casadas, aún cuando ellas manifiesten estar de su voluntad y a sueldo.

Esta unidad crea conflictos entre la autoridad civil y la eclesiástica, como la disposición del Sínodo de Santiago de Chile de 1626 que decreta pena de excomunión y de 100 pesos oro, por cada indio que de Cuyo se extrajera para Chile. La Corona aprobó las constituciones sinodales, con excepción de la relativa a los huarpes que se extraían para el servicio de la ciudad de Santiago.

En el siglo XVI y XVII en la Gobernación de Tucumán se produce una grave ausencia de indios casados los que son extraídos por los comerciantes que partían para Chile y Charcas, la mayoría de los cuales se quedaba en el Alto Perú, retenidos por los dueños de chacras quienes les ofrecían indias para que se casasen o amancebasen y los ocultaban de la justicia si ésta intentaba hacerlos regresar, cuando no eran los propios indios los que ya no deseaban volver por afición a sus nuevas mujeres o por haberse enterado de que las legítimas les habían sido infieles.

Muchas veces la unidad del domicilio conyugal de los indios se complica porque los encomenderos se escudan en el hecho de que los cónyuges no pertenecen al mismo repartimiento o son condiciones distintas (vgr. Indios de pueblos y yanaconas), manteniendo a los indios en las encomiendas aún después de casados. El Gobernador de Buenos Aires en sus Ordenanzas de 1598 dispone que el marido debía llevarse a la mujer cuando ambos eran de distintos repartimientos. En otros lugares, la unidad del domicilio conyugal se logra por la incorporación del marido al pueblo, repartimiento o encomienda de la mujer, según costumbre introducida en algunos lugares de Indias como Tucumán y Santo Domingo.

Respecto de los esclavos, se hacen aún más necesarias las normas tendientes a proteger la unidad del domicilio conyugal, puesto que los dueños tienen mayores poderes sobre sus negros. Ateniéndose a las Partidas, la Corona determinó que la venta de los cónyuges esclavos se haga de tal forma que estos puedan seguir cohabitando y, al cabo de pocas décadas, se preocupa porque no sean separados por llevar sus amos a uno solo en sus viajes entre España e Indias. La Real Instrucción de 1789 sobre el trato de los esclavos dispone como regla general que si se casan esclavos de amos que residan en distintos lugares alejados, el dueño del marido debe comprar a la mujer, o en su defecto el de la mujer al marido.

A fines del siglo XVI en los III Concilios Mexicano y Limense, la Iglesia manda que los esclavos no sean llevados o vendidos por sus dueños a lugares tan distantes, que resulte probable no puedan usar del matrimonio por largo tiempo o acaso nunca más. Muchos sínodos repiten tal disposición y sus consecuencias prácticas, como el de Concepción de 1744 al señalar que si los cónyuges pertenecen a distintos amos y se ausenta del lugar uno de ellos, el mismo ha de estar obligado a vender al consorte de su propiedad o comprar al otro.

Las autoridades eclesiásticas trataron no sólo de que no se separase a las parejas de esclavos, sino que se les dejase hacer vida maridable, en este sentido el III Concilio Limense ordena a los fieles que manifiesten, so pena de excomunión, que personas no dejan hacer vida maridable a los negros y mulatos casados de su servicio; estas disposiciones no fueron letra muerta pues desde Nueva España hasta el Río de la Plata se conservan testimonios que muestran a autoridades civiles y religiosas actuando de oficio y a esclavos invocándola.

Por último, en los matrimonios entre esclavos y libres, ante la venta del cónyuge esclavo el II Concilio Platense estima que puede efectuarse sin limitaciones ya que, siendo la mujer libre, puede seguir al marido adonde sea, con tal que en el caso que sea muy pobre, los antiguos amos del marido le costeen el viaje.

2.4. Divorcio

La indisolubilidad del matrimonio es un dogma católico, no obstante lo cual existen tres casos de excepción, aceptados por los canonistas, en que se disuelve el matrimonio; estos tres casos son:

1) Si convirtiéndose a la fe católica uno de los cónyuges infieles, el otro no quiere absolutamente continuar viviendo con él o al menos no quiere habitar con él, sin ofensa de la religión, o sin inducirle a algún grave pecado.

Es necesario para que tenga lugar la disolución del vínculo matrimonial, que preceda la interpelación jurídica, que debe hacerse al cónyuge infiel sobre si quiere convertirse a la fe, o si al menos quiere continuar viviendo con el convertido, sin injuria de la religión y sin procurar apartarle del ejercicio de ella, ni inducirle a otra grave ofensa a Dios.

Según el II Concilio Limense la interpelación debe hacerse ante notario y testigos, reiterándola hasta siete veces durante el término de seis meses.

2) El matrimonio rato, antes de consumarse; se disuelve por la solemne profesión en religión de uno de los cónyuges; según se deduce de la constante tradición de la Iglesia y de la decisión expresa del Tridentino “*Si quis dixerit matrimonium ratum non consummatum per solemnen religionis professionem alterius conjugum non dirimi, Anathema sit*”

Con el objeto de que los cónyuges decidan si han de entrar en una orden religiosa, se les conceden dos meses después de celebrado el matrimonio y solo una vez transcurrido este tiempo, pueden obligarse recíprocamente a la consumación de aquel.

El matrimonio rato se disuelve no por el ingreso, sino por la solemne profesión en religión por lo que el otro cónyuge deberá esperar que se cumpla el termino del noviciado y cumplido éste exigir que el otro cónyuge tome sus votos solemnes o vuelva con él. De lo anterior se deduce que el matrimonio rato no se disuelve por la recepción de orden sacro ni por el voto simple de castidad.

- 3) Disolución del matrimonio rato, por dispensa del Sumo pontífice aunque discutida tal facultad por los teólogos y canonistas, es una facultad generalmente aceptada.

Entiéndese por Divorcio unas veces la disolución del vínculo matrimonial, o sea el divorcio *quoad vinculum*, otras la sola separación del lecho nupcial; y otras, en fin la separación en cuanto al lecho y la habitación, *quoad thorum et cohabitationem*.

La Siete partidas admiten el divorcio, pero como separación de lecho y de techo no como disolución de vínculo matrimonial, pues en la Partida 4 señala: “Pero con todo esto, bien se podría departir si alguno de ellos ficiese pecado de adulterio o entrase en orden con otorgamiento del otro, después de que se hubiesen ayuntado carnalmente. Y como quiera que se departen para no vivir en uno, por alguna de estas maneras, no se departe por eso el matrimonio”

2.4.1. Divorcio Quoad Vinculum

La primera forma de divorcio no sólo tiene lugar en los tres casos recién referidos, sino también cuando el matrimonio se declara nulo por haberse contraído con algún impedimento dirimente. Es menester que se declare previamente la nulidad por sentencia del juez eclesiástico competente, pronunciada en un juicio tramitado en conformidad a las normas canónicas.

En Indias este tipo de divorcio presenta ciertas características particulares en relación al matrimonio de derecho natural de los indígenas contraído con impedimento de ligamen y se aplica el Privilegio Paulino, que permite al polígamo escoger a otra que no sea su primera mujer legítima, con la consiguiente disolución del matrimonio contraído en su gentilidad.

Fuera de este caso y de la disolución del matrimonio rato por profesión en religión de uno de los cónyuges, los demás casos de divorcio *quoad vinculum* que se dan en Indias, se

fundamentan en la presencia de impedimentos dirimentes al momento de la celebración del matrimonio, se trata por tanto, de una declaración de nulidad.

Muchas veces los indios invocan causales falsas para obtener la nulidad y pasar a nuevas nupcias, vgr. Simulan que existen entre ellos parentescos prohibidos en lo carnal o espiritual, fingen que uno de ellos no está bautizado para alegar el impedimento de disparidad de cultos, aducen haberse casado sin tener la edad requerida, presentando testigos muchas veces falsos, como medio para acreditar las causales o declaran que sus testigos han muerto.

Algunos españoles del Paraguay utilizan estos falsos impedimentos, para procurar la nulidad de los matrimonios contraídos por sus indias yanaconas con indios ajenos, para no perderlas.

Cuando efectivamente existen impedimentos dirimentes, en su mayoría no son denunciados por los interesados y requieren un tratamiento especial, hay quienes señalan que es conveniente que una vez publicada la sentencia de divorcio, se procure que el hombre y la mujer contraigan en el más breve plazo un matrimonio válido para evitar reincidencia en la unión anterior; otros sostienen que por las distancias y la pobreza de los indios, si estos conocen haberse casado con impedimento dirimente y se encuentran en lugares donde no hay juez o ministro eclesiástico, pueden separarse de su propia voluntad.

Los negros se encuentran en igual situación que los indios respecto de la disolución de los matrimonios contraídos en su gentilidad. Además, en algunos casos particulares, se declaran nulos los matrimonios celebrados *in facie ecclesiae*, por probar los contrayentes que han sido obligados a contraerlos.

En cuanto a los españoles, las normas sustantivas del Viejo Mundo no se modifican en el nuevo, si al parecer las costumbres de los españoles, proliferando las causas de divorcio o declaraciones de nulidad invocando impedimentos dirimentes reales y las más de las veces inexistentes, probados con testigos pagados.

Un viajero francés a comienzos del siglo XVIII observa con asombro la facilidad con que en Lima las gentes se descasan y se vuelven a casar, asombro que permite sospechar que el panorama en Europa, o al menos en España era muy distinto.

2.4.2. Divorcio Quoad Thorum et Mensam

Sólo trae consigo la separación de cuerpos de los cónyuges, es el divorcio más común, por disposición de la Iglesia debe ser el juez eclesiástico quien, previa instrucción de causa, ha de decretarlo.

Las causales más invocadas son la de sevicia y adulterio, esta última a juicio de algunos tratadistas, debe ser cuidadosamente manejada cuando se trata de indios no muy dados a la monogamia y fidelidad; debe preguntarse si el cónyuge que solicita el divorcio le ha sido fiel al otro hasta ese momento y si una vez divorciado ha de seguir guardándole fidelidad, para así resolver lo más adecuado.

Esta separación puede efectuarse por mutuo consentimiento, entrando ambos cónyuges en religión; o si entra uno, emitiendo el otro, voto perpetuo de continencia, con tal que por su edad y costumbres sea exento de sospecha.

Hay otras causas por las cuales se produce el divorcio, aún contra la voluntad de uno de los cónyuges:

- a) El adulterio espiritual o lapso en herejía, por cuya causa el inocente puede separarse, aún por propia autoridad, pero si el otro se convierte, está obligado a volver a cohabitar con él; obligación que no subsiste si se divorció con autoridad de la Iglesia.
- b) El peligro de la salud espiritual o provocación al pecado mortal, cuando uno de los cónyuges provoca e insta al otro a cometer graves delitos; de manera que no puede este continuar cohabitando con él sin manifiesto peligro del alma.
- c) La sevicia de uno de los cónyuges, si es tal que la mujer no puede habitar con el marido sin probable peligro de la vida, o de grave daño corporal; o si por el contrario este es acechado por aquella para quitarle la vida.
- d) La enfermedad contagiosa, si a juicio de los médicos o peritos, induce cierto o al menos probable peligro de infección, la sola cohabitación.
- e) El adulterio, bajo el cual se comprende todo acto consumado de lujuria, de cualquiera especie. El adulterio es causa de divorcio perpetuo, según el derecho divino y humano; de manera que si bien el cónyuge inocente puede perdonar el adulterio y aún obligar al cónyuge culpable a cohabitar con él, no está obligado a recibirle, aunque transcurrido largo tiempo,

haya dado pruebas positivas de arrepentimiento. Según el Derecho Canónico, sin embargo, cesa la acción para pedir el divorcio en los siguientes casos:

- Si el inocente remite la injuria del adulterio, con palabras o hechos, vgr. Admitiéndole al lecho.
- Si ambos son reos del mismo delito “*nisi constaret ipsum cum altera adulterium commisisse*”.
- Si el adulterio fue solo material, es decir, sin culpa del adúltero vgr. La mujer fue obligada por la fuerza, o porque intervino fraude, disfrazándose otra persona con el traje de la mujer o del marido, de manera que haya habido error invencible.
- Si el marido prostituye a la mujer o la induce al adulterio, o al menos lo consiente: “*cum adulterium ei non possit objicere qui eam adulterandam tradidit*”

En Indias, las separaciones de hecho suelen presentarse bajo la forma de “casados ausentes” que son los que viviendo en el mismo paraje dejan de hacer vida maridable por su propio arbitrio y reemplazan el divorcio canónico por uno de hecho. Esta situación se incluye, para tratar de remediarla, entre aquellas que los fieles tienen obligación de denunciar al Ordinario, bajo pena de excomunión.

Una situación intermedia entre las separaciones de hecho y las de derecho, era la de aquellos cónyuges que iniciaban los juicios de divorcio que no proseguían, ya que el único fin era tener una excusa para vivir separados. Para cortar abusos, tanto el II como el IV Concilios Mexicanos, establecen que cuando se inicie el pleito, la mujer sea puesta en depósito en una casa honrada, y que, si en juicio no es continuado por el cónyuge que lo ha iniciado, el Fiscal ordene que ambos vuelvan a cohabitar.

Los jueces eclesiásticos encargados de conocer de estas causas son los religiosos de las Indias, dejándose a los Obispos conocer de ellas, todas las veces que las distancias lo permitan. En las demás causas de divorcio, que no son iniciadas ante el Obispo, tienen en materia de apelaciones un procedimiento sui generis, común para todas las causas de fuero eclesiástico, instaurado en 1573 y puesto en vigencia en Indias en 1606, por el “*Breve Exposcit Debitum*” de Gregorio XIII, en éste, en consideración a las enormes distancias y costo de los viajes, se dejan de lado ciertos principios de derecho canónico que establecen que las apelaciones sean giadatim

(de inferior a superior), y que del Obispo se pueda apelar directamente al Sumo Pontífice, se autorizan dos apelaciones, al metropolitano y a un obispo sufragáneo o a dos obispos sufragáneos, según que el pleito se haya empezado a ventilar, respectivamente, ante los jueces de una diócesis o de una arquidiócesis, de tal forma que tengan lugar dentro de los límites de la propia arquidiócesis.

Es así como en la Península los juicios de divorcio deben llegar a Roma en última instancia, en Indias las apelaciones pueden no pasar de los dos Ordinarios más cercanos al lugar donde se haya incoado el pleito, a menos que se inicie en un obispado, caso en el cual la primera apelación es ante el metropolitano.

Varias de las formas procesales de alcance universal introducidas en 1741 en los pleitos de matrimonio por la bula *Dei Miseratione* de Benedicto XIV, podrían encajar sin esfuerzo en las modalidades establecidas por Gregorio XIII para los pleitos eclesiásticos indianos en general, manda que de ser posible las causas de nulidad sólo se sometan a los obispos, por lo regular a los más vecinos, y establece como condición indispensable para la declaración de nulidad la existencia de dos sentencias iguales y conformes, de las cuales ni las partes ni el Defensor de los Matrimonios crean necesario apelar. Este Defensor de los Matrimonios, se instituye en cada diócesis con el fin de que asistiendo a los juicios de nulidad, defienda la validez del matrimonio de palabra y por escrito, y de que interponga una primera apelación y las sucesivas (hasta tres) que estime convenientes.

CAPITULO TERCERO: LA FILIACION EN EL DERECHO INDIANO.

La normativa del Derecho Indiano propiamente tal sobre filiación es escasa, aplicándose en Indias las normas contenidas en Las Partidas, modificadas por las Leyes de Toro, siendo éstas las que fijaron también en el Derecho Histórico Castellano la doctrina jurídica sobre la filiación.

1. Filiación Legítima

Las Partidas al regular el matrimonio, recoge la doctrina sobre los llamados tres bienes del matrimonio: “Pero muy grande y muchos bienes nacen del casamiento, según es dicho en el prólogo de esta cuarta Partida. Y aún sin aquellos, señaladamente se levantan ende tres cosas: fe y linaje y sacramento.

Y esta fe es lealtad que deben guardar el uno al otro, la mujer no habiendo que ver con otro, ni el marido con otra.

Y el otro bien del linaje, es de facer hijos para crecer derechamente el linaje de los hombres y con tal intención deben todos casar, también los que no pueden haber hijos, como los que los han.

Y el otro bien del sacramento, es que nunca se deban partir (separar) en su vida y pues Dios los ayuntó no es derecho que el hombre los departa.

Y además crece el amor entre el marido y la mujer, pues que saben que no se han de departir y son mas ciertos de sus hijos y amándolos por ende”.

Es de la unión matrimonial que proceden los hijos legítimos: “Legítimo hijo, tanto quier decir, como el que es fecho segund ley y aquellos deben ser llamados legítimos los que nacen de padre y madre que son casados verdaderamente, según manda (la) Santa Iglesia”.

Es la Ley quien señala a que hijos se les debe considerar como legítimos, estando obligados los padres a reconocer como sus hijos a todos los habidos dentro del matrimonio. Las Partidas establecían la legitimidad de los hijos habidos dentro del matrimonio de los padres, mediante una presunción de las llamadas *juris et de juris*, es decir, que no admitía prueba en contrario por su carácter absoluto, siempre que el nacimiento del hijo se hubiera producido después de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio, pues la regla general es que los

niños nazcan a los nueve meses contados desde la concepción, pudiendo nacer en forma prematura desde los siete meses y algunas veces pasados los nueve meses. (Ley 4, Tit. 23, Part. 4)

A pesar de nacer antes de los ciento ochenta días, contados desde la celebración del matrimonio, un hijo se considera legítimo, no pudiendo el padre desconocerle, en las siguientes situaciones:

- a) Si antes del matrimonio tuvo conocimiento del embarazo, pues resulta ilógico e inmoral presumir que sabiendo a la mujer embarazada de otro hombre, se hubiere casado con ella.
- b) Si antes o después del nacimiento, hubiese reconocido al hijo como suyo por instrumento público o privado, o por cualquier otro acto similar; pues los padres pueden establecer la legitimidad de sus hijos, pero no quitárselas después de establecida.
- c) Si el hijo no nació vital, pues si no está lo suficientemente desarrollado como para vivir, se presume que nació antes de tiempo, y por tanto tiene por padre al marido.

Son considerados también como hijos legítimos, los habidos de matrimonio putativo, es decir de matrimonio celebrado in facie ecclesiae, con impedimento dirimente ignorado por los cónyuges o por lo menos ignorado por uno de ellos. Y los hijos nacidos antes del matrimonio que son legitimados por el matrimonio subsiguiente de los padres.⁴¹⁴²

1.1. Legitimación.

Joaquín Escriché la define como “aquel acto que constituye en el estado de hijo legítimo al que ha nacido fuera del matrimonio; o una ficción legal por la cual un hijo nacido fuera de matrimonio es asimilado a un hijo legítimo”⁴³

1.1.1. Formas de legitimación.

Las Partidas, siguiendo el derecho romano justiniano, admitieron cuatro formas de legitimación:

1.1.1.1. Por matrimonio subsiguiente de los padres.

Es el modo de legitimación más común y que ha subsistido hasta la actualidad.

⁴¹ Ots, Capdequí, José María. Manual de Historia del derecho Español en las Indias. Buenos Aires. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. 1943. Págs 112-120

⁴² Cafferata, José Ignacio. La Filiación Natural. Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba. 1952. Págs 33-77

Los reyes españoles, siguiendo la tradición romana influenciada por el cristianismo, que a través de este tipo de legitimación buscaba incentivar los matrimonios.

Las Partidas, establecen este tipo de legitimación “...Otrosí son legítimos los fijos que ome ha en muger que tiene por barragana, si después desso se casa con ella. Ca maguer estos fijos a tales non son legítimos quando nascen, tan gran fuerça ha el matrimonio, que luego que el padre, e la madre son casados, se fazen porende los fijos legítimos...”. En este punto las Partidas sigue al derecho romano, porque la barragana o concubina había de ser una sola y el concubinario debía estar en disposición de poder casarse con ella, no pudiendo ella ser virgen o viuda que viviese honestamente.

La Ley 11 de Toro derogó las exigencias del derecho romano respecto de los hijos para ser considerados naturales, pues según esta ley no era necesario que el hijo naciese de concubina, ni que ésta viviese en la misma casa con el padre, con tal que el padre reconociese a los hijos, ni que fuese única y sola, ni que los padres, al tiempo de la concepción fuesen hábiles y capaces para contraer matrimonio, sino que se conformó con que tuviesen esta aptitud al tiempo de la concepción o del parto.

Se legitiman por matrimonio subsiguiente de sus padres, los hijos que nacen antes del matrimonio, con tal que sus padres hayan carecido de impedimento dirimente al momento de la concepción; por lo tanto, no pueden ser legitimados por este medio:

- El hijo adulterino, ya sea que el padre, la madre, o ambos estén casados con otra persona al tiempo de la concepción, aunque al tiempo del nacimiento no existiere tal impedimento por haber fallecido sus respectivos cónyuges.
- El hijo sacrílego, que es el habido de personas que al tiempo de la concepción estaban ligadas, al menos una de ellas, con profesión religiosa o con orden sacra.
- El hijo incestuoso o habido entre parientes, a menos que el matrimonio se celebre con la debida dispensa de parentesco.
- El hijo mancer, esto es, el hijo de mujer pública y padre desconocido.

El hijo legitimado de esta forma, lo es ipso iure, por el sólo hecho del matrimonio de sus padres. Ley 1 Tit 13, Part 4. Sin embargo, como es necesario el reconocimiento del padre para

⁴³ Escriché, Joaquín. Diccionario de Legislación y Jurisprudencia. 1977. Tomo II. Pág. 602, 756-818

que un hijo sea tenido por natural, según la Ley 11 de Toro, con mayor razón debiera serlo para ser legitimado, a menos que el padre con anterioridad lo hubiere reconocido como natural.

No sólo se legitiman por este medio los hijos existentes al momento del matrimonio de sus padres, sino que también los que ya hubiesen muerto dejando descendencia; en este caso su descendencia se reputará como legitimada por el matrimonio subsiguiente de sus abuelos.

1.1.1.2. Por Rescriptio del Príncipe.

El rey puede legitimar a un hijo ilegítimo, la Ley 9, Tit 18, Part. 4 y la Ley 4, Tit 15, Part.4, establecía como requisito para esta legitimación que el hijo fuere habido de concubina, con quien podía el padre casarse al tiempo de la concepción. No obstante estas disposiciones prevaleció la opinión de los autores que consideran que por este medio también son legitimables los demás hijos ilegítimos. Por real Cédula de 21 de diciembre de 1800, se establece la posibilidad de legitimación real de los hijos de clérigos, de casados y de caballeros profesos de las órdenes, fijándose un servicio pecuniario con que en su caso ha de contribuirse por la legitimación de estos hijos.

El rey podía legitimar por sí sólo a los siguientes hijos:

- Al hijo de padres solteros que no tuviesen entre sí relaciones de parentesco en grado prohibido.
- Al hijo adulterino de persona casada que al tiempo del nacimiento se hubiese hallado en aptitud de casarse entre sí por haber muerto los cónyuges con quienes respectivamente estaban casados a la época de la concepción.

No podía legitimar:

- Al hijo de padres solteros que fuesen parientes en grado prohibido, porque estos parientes nunca pueden casarse sin dispensa, nunca podrá por tanto el hijo adquirir la consideración de natural en el sentido de la Ley 11 de Toro.
- Al hijo adulterino cuyos padres participaron o planearon la muerte de sus respectivos cónyuges, o de uno de ellos, o se dieron palabra de casarse después de que el casado quedara viudo, o se casaron estando todavía uno de ellos unido por vínculo matrimonial aún no disuelto.

- Al hijo ilegítimo de clérigo ordenado in sacri, religiosa profesas, al fraile profesos, debido a que ninguno de dichos hijos podrá adquirir jamás el carácter de hijo natural, pues sus padres no pueden casarse sin dispensa.

Los requisitos que la carta de legitimación concedida a un hijo espurio debía contener para ser válidas eran: en primer lugar que la calidad de hijo se haya expresado en la súplica, dependiendo de la categoría del hijo era el grado de dificultad para otorgarle el carácter de hijo natural, y en segundo lugar se exigía que el padre careciere de hijos legítimos, pues no se consideraba justo que tales hijos se introdujesen en una familia legítimamente constituida en perjuicio de los hijos legítimos. Señalan los autores que aún existiendo hijos legítimos se puede conceder la legitimación, si en la súplica se hace presente la existencia de estos hijos, si se omite esta circunstancia, la legitimación será nula.

Si se tratase de un padre que no tiene más hijos que los naturales y espurios que ha legitimado, la carta de legitimación caduca y queda sin efecto si le sobrevienen hijos legítimos; esta situación provocó división en los autores existiendo algunos que consideran que habiéndose consumado la legitimación esta no puede revocarse. Esta disputa se superó llegándose a la solución de que si bien no se revoca la legitimación, cuando sobrevienen hijos legítimos, esta legitimación no se mantiene en todos sus efectos; es así, como el legitimado por carta real, no puede suceder por testamento ni abintestato a su padre, madre y abuelos con hijos legítimos o legitimados por matrimonio subsiguiente que les sobreviniere, a no ser en la quinta parte que quisieren dejarles, pero que en la sucesión de los demás parientes y en las honras y preeminencias sean igual a los nacidos de legítimo matrimonio.

El tercer requisito para que fuese válida esta legitimación, era la imposibilidad, moral o legal de casarse con la madre de sus hijos naturales, pues no puede recurrirse a la rescripto, mientras pueda legitimarse por matrimonio subsiguiente.

Al padre correspondía solicitar esta legitimación real (Ley 4 del Tit. 15, Part. 4) sea por sí mismo o por medio de procurador, pero requería del consentimiento expreso o tácito del hijo, pues ningún hijo puede ser legitimado contra su voluntad. Si el hijo es impúber se presume su consentimiento por estimarse ventajosa para él la legitimación, pero llegando a la pubertad puede impugnarla si guarda silencio, se entiende que acepta.

Podía también el hijo, pedir su legitimación, después de la muerte del padre, acreditando que el padre no dejó hijos legítimos, que le reconoció como su hijo natural, que le instituyó heredero y que manifestó su intención de legitimarlo. Ley 6, Tit. 15, Part. 4.

Quien solicitaba la legitimación debía acudir a la audiencia territorial, presentando su solicitud al Rey acompañada de los documentos en que la fundaba. La audiencia la remitía al juez de primera instancia competente, quien emitía un informe, oyendo previamente a las personas que pudieren tener interés en el asunto y devolvía a la audiencia el expediente que con los antecedentes abría y el informe. La audiencia, previa audiencia al fiscal, examinaba el expediente y lo elevaba al gobierno informando su parecer.

La legitimación real se concedía previo servicio pecuniario que debía prestar el solicitante y surtía sus efectos desde que se expedía la real gracia, no teniendo, en consecuencia, efecto retroactivo.

1.1.1.3. Por oblación a la curia.

Este tipo de legitimación fue adoptado del derecho romano extendiéndola a los que se empleaban en los cargos de palacio; se trata de la legitimación de un hijo natural, la que se efectúa por declaración del padre de que entrega al hijo al servicio de la Corte, Consejo o Villa, siendo necesario, para que tenga validez, el consentimiento del hijo. Tal manifestación la puede hacer el padre, tenga o no hijos legítimos, salvo si la madre del que se desea legitimar era sierva, en cuyo caso no procede si hubiera hijos legítimos, y en caso contrario deberá previamente liberarla.

1.1.1.4. Por declaración en testamento por el cual el padre manifiesta su intención de legitimar a un hijo instituyéndolo heredero.

Las Partidas señalaban: “De amiga auiendo algún ome a sus fijos, si fijos legitimos non ouiere, puédelos legitimar en su testamento en esta manera, diziendo assi: quiero que fulano o fulana, mis hijos, que oue de tal muger, que sean mis herederos legítimos. Casi después de la muerte del padre, tomaren los fijos este testamento, e lo mostraran al Rey, e le pidieran merced, que la plega de confirmar, e de otorgar la merced que el padre les quiso fazer: el Rey sabiendo que aquel que fiso el testamento, non aouia otros fijos legítimos, deuelo otorgar. E dende adelante heredan los bienes del padre e auran honrra de fijos legítimos. (Ley 6, Tit. 15, Part. 4).

Por tanto, los requisitos para que opere esta forma de legitimación son los siguientes: a) Que los hijos tengan la calidad de hijos naturales, b) Que el padre no tenga otros hijos legítimos, c) Que se instituya heredero al hijo que se pretende legitimar, d) Que señale el nombre de la madre, e) Por último el hijo debe presentarse al Rey solicitándole le conceda la legitimidad, es por tanto una legitimación por voluntad del Rey.

1.1.1.5. Por otro instrumento público en que se puede legitimar a uno o varios hijos naturales.

“Instrumento o carta, faziendo algún ome por su mano misma, o mandándola fazera alguno de los Escribanos públicos, que sea confirmada con testimonio de tres omes buenos, en que diga que algún fijo que ha nombrado señaladamente, que le conoce por su fijo; es esta otra manera que se fazen los hijos naturales legítimos. Pero en tal conoscencia como esta non deue dezir que es su fijo natural, ca si lo dixesse, no valdría la legitimación. Otrosí, quando alguno que ha muchos fijos natura de una amiga, e conosce el uno dellos tan solamente por su fijo, por tal carta, e en tal manera como sobredicho en esta ley; por tal conoscencia como esta serán legítimos los otros hermanos, quando para heredar en los bienes del padre, también como auquel en cuyo nome fue fecha la carta; maguer non fuessen nombrados en ella. Es lo que dize esta ley, e en las que son antes della, entiéndese que aquellos que son nombrados en ellas que son legítimos para heredar en los bienes de su padre, e de los otros parientes; sacado aquel que fuesse legitimado en la manera que diza adelante, en la ley, del que se ofrece el mismo a servicio de la Corte del Emperador, o del Rey. Ca este atal hereda el los bienes del padre. Más non en los de los otros parientes si mouriesse sin testamento”. (Ley 7, Tit. 15, Part. 4) En esta forma de legitimación se pueden legitimar uno o varios hijos naturales con la condición de que no debe decir que lo son, ya que en este caso no se produce la legitimación

Los intérpretes más autorizados de las Partidas, pusieron de manifiesto que la oblación a la Curia no era factible dentro del régimen municipal Castellano y que la declaración en testamento u otro instrumento público más bien eran una forma de probar la legitimidad que un modo de legitimación propiamente tal. Las tres últimas formas de legitimación, terminaron siendo simples formas de realizar el reconocimiento de los hijos naturales.

1.1.2. Efectos de la legitimación

No todas las formas de legitimación conceden a los hijos así legitimados los mismos derechos:

- a) El hijo legitimado por el matrimonio subsiguiente de sus padres, goza de todos los derechos que el hijo legítimo propiamente tal, destacándose dos beneficios principales; en materia sucesoria, se convierten en herederos de sus padres, de igual forma que los hijos legítimos propiamente tales y reciben las mismas honras y provechos temporales de que gozan aquéllos. En este sentido la Partida 4, Ley 4, señala: “Los legitimados son dende adelante legítimos, e han todas honrras e las proes, que han los fijos que nascen de casamiento derecho”.
- b) Si los hijos fueron legitimados con el solo efecto de heredar a sus padres y abuelos y después su padre, madre o abuelos tuvieron algún descendiente de legítimo matrimonio o legitimado por matrimonio subsiguiente, el legitimado no puede suceder a sus padres y abuelos conjuntamente con aquellos, pudiendo recibir solo hasta la quinta parte de los bienes de sus ascendientes. No obstante lo anterior, pueden suceder a los demás parientes igual que si fueren hijos legítimos (Ley 12 de Toro; Recopilación 5.8.10, Novísima recopilación 10.20.7)
- c) Los hijos legitimados por rescripto del Príncipe: Carlos V por Cédula del 14 de mayo de 1542, restringió los derechos de los legitimados por este medio señalando “Los legitimados por rescripto no podían excusarse de pagar los pechos y contribuciones a que estaban obligados antes de la legitimación (Recopilación 6.2.12 y Novísima Recopilación 10.5.5) Felipe II, reitera la prohibición anterior en relación con este tipo de legitimados y la amplía prohibiéndoles que puedan gozar de hidalguía. (Recopilación 2.11.30 y Novísima Recopilación 10.5.6) que deja sin efecto otra disposición anterior del Fuero Real que disponía que los legitimados podían ser considerados “Fijosdalgo si su padre fue fijosdalgo”.

De los beneficios de la legitimación pueden gozar no sólo el expresamente reconocido, sino también todos sus hermanos aunque no lo hayan sido de esta manera.

Los hijos legitimados heredan no sólo al padre, sino también a los demás pariente, salvo los hijos naturales que se legitiman por su ofrecimiento al servicio del Emperador, Ciudad o Villa, pues ellos no pueden heredar sino a sus padres, no a los demás parientes paternos.

1.2. Impugnación de Paternidad.

No obstante la presunción legal establecida en las Partidas, se contemplan ciertas circunstancias especiales, amparadas en las cuales, el supuesto padre puede impugnar su paternidad, estas circunstancias son:⁴⁴

- a) Impotencia física o anímica del marido.
- b) La ausencia del marido durante el tiempo en que se presume se produjo la concepción, esta ausencia debe llevar envuelta la imposibilidad de reunirse con su mujer. Se asimila a esta ausencia el arresto de uno de los cónyuges, cuando existen pruebas de que no les fue posible acercarse uno al otro.
- c) El nacimiento del hijo en tiempo que se considera como insuficiente para vivir naturalmente, esto es, antes de los siete primeros meses del matrimonio, o después de los once meses de la muerte del padre.
- d) En general la imposibilidad física del marido para tener acceso carnal a su mujer en la época en que se presume hubo de producirse la concepción.
- e) Otra causal para la impugnación de paternidad que constituye a la vez un delito, es la suposición de parto, en ella la mujer que no puede tener hijos con su marido, finge un embarazo para introducir un hijo extraño al hogar. Sólo corresponde al marido la acción en contra de la mujer, mientras éste viva, a la muerte del marido pueden ejercerla los parientes y herederos más cercanos. Si el matrimonio tiene después un hijo verdadero, éste podrá probar la suposición de parto para evitar que su supuesto hermano tenga derechos en la herencia paterna o materna. Ley 3, Tit. 7, Part. 7.

2. Filiación Ilegítima.

La familia americana, tiene una estructura basada en la concepción de familia de la Iglesia Católica, estructura que es recogida por la legislación civil, no obstante la estructura jurídica

⁴⁴ Escriché, Joaquín. Op. Cit. Tomo IV, Págs 266-268.

destinada a fortalecer el matrimonio cristiano, la realidad indiana nos muestra que las uniones extra iglesia, son considerablemente frecuentes. Causas sociológicas como la falta de mujeres españolas, escasa repulsión de los españoles de relacionarse íntimamente con las indígenas, decadencia moral durante el gobierno de los llamados Austrias menores y razones jurídicas como el mantenimiento en indias de sus tradiciones jurídicas continentales; entre dichas tradiciones no sólo se encontraba el matrimonio eclesiástico sino otras uniones, muchas de ellas de antigua consagración legal como el matrimonio a yuras, que es un matrimonio legítimo aunque clandestino; la barraganía, que es una unión libre entre solteros mediante un contrato de amistad y compañía. En Las Partidas , si bien no eran bien miradas dichas uniones, estaban reguladas; Las Leyes de Toro y luego el Concilio de Trento intentaron prohibir los matrimonios clandestinos, los que sin embargo subsisten en la práctica a pesar de las prohibiciones.

Otra causa jurídica encontramos en los esponsales, que si bien en teoría no daba derecho a relaciones carnales entre los esposos, en la práctica en ocasiones existía dicho acceso carnal, del que podían derivarse prole ilegítima si no se concretaba el matrimonio y la mujer quedaba embarazada.

Asimismo, las prohibiciones establecidas para autoridades indianas y sus hijos de contraer matrimonio en el distrito jurisdiccional de dicha autoridad, si bien comprenden a menos personas son otra causal que dio origen a uniones ilegítimas.

La cantidad de dichas uniones era considerable, y el fruto de ellas, los hijos nacidos fuera del matrimonio, también debió de serlo; el ordenamiento jurídico particular que los regulaba, era bastante favorable, considerando la época de dictación de dichas normas, influido ciertamente por la inspiración católica de la legislación que tiende a dar protección al menor.⁴⁵

2.1. Clases de hijos ilegítimos.

Los hijos ilegítimos son todos aquellos habidos fuera del matrimonio. Estos se clasifican en dos grupos: a) Naturales; y, b) Espurios y dentro de estos últimos encontramos los incestuosos, adulterinos, sacrílegos, manceres y notos.^{46/47/48}

a) Hijos Naturales: Las Partidas los definen como: “Naturales y non legítimos, llamaron los sabios antiguos a los hijos que no nacen de casamiento según ley, así como los que facen en barraganas” o sea, por hijo natural se entiende el procreado en barragana o concubina libre y soltera, que sea una sola y no virgen ni viuda honesta, por hombre también soltero que al tiempo de la concepción pudiese casarse con ella; Ley 2 Tit. 14, Part. 4; Ley 1, Tit. 15, Part. 4; y Ley 8, Tit. 13, Part. 6.

La Ley de Toro amplía la norma anterior al señalar que el hijo natural es aquel que al tiempo de nacer o ser concebido, podían sus padres casarse legalmente sin dispensa, con tal que el padre lo reconozca por suyo, aunque no haya tenido la mujer de quien lo engendró en su casa, ni sea una sola, ni que pertenezca a la clase de las que pueden ser concubinas, y aún si al tiempo de la concepción no había en los padres aptitud para casarse, con tal que al tiempo del nacimiento si la hubiese.

La legislación romana imperial admitió el concubinato como una unión similar al matrimonio, pero sin *afectio maritatis*, disoluble por la sola voluntad de una de las partes. Existía entre los concubinos, y entre ellos y sus hijos, una relación poco diferente a la que se da entre los padres y los hijos legítimos. No obstante ello, el concubinato no tenía ningún reconocimiento jurídico, por ello los hijos no pertenecen al padre ni a su familia, sino a la madre y en la familia de ella se agrupan.

En España tuvo un extraordinario desarrollo el concubinato, aceptado en la legislación con el nombre de barraganía. El origen de la barraganía es árabe, y recibe este nombre de la unión de dos palabras “barra” que quiere decir fuera y “gana”, que es del latín por ganancia, o sea “ganancia que es hecha fuera de mandamiento de iglesia”; de ahí que a los hijos de barragana se les llama “hijos de ganancia”

⁴⁵ Dougnac, Antonio. Estatuto del Hijo Ilegítimo en el Derecho Indiano en Revista de Estudios Histórico Jurídicos. III. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Univ. Católica de Valparaíso. Publicaciones de la Escuela de Derecho. 1978. Págs. 113-118

⁴⁶ Ots Capdequí, Jose María. Op. Cit. Págs. 113-119

⁴⁷ Cafferata, José Ignacio. Op. Cit. Págs 33 a 77

⁴⁸ Escriché, Joaquín. Op. Cit. Tomo II, Págs 756-818

La Barraganía es la unión civil y disoluble entre soltero y soltera a la cual otorgaban las leyes en algunos territorios determinados algunos efectos en relación con los bienes y los hijos habidos de tal unión. Las leyes castellanas toleraban ésta, considerando a la barragana, como esposa de orden inferior. Era un contrato de compañía y amistad.

Los Fueros Municipales admitieron la barraganía con el fin de fomentar la población, reconociéndole a la barragana ciertos derechos en los gananciales. Las Partidas consideraban legítimas y exentas de pena, aunque ilícitas y moralmente reprobable la barraganía, tolerándola sólo en los solteros que no sean eclesiásticos.

Sólo se permite tener barragana a los hombres que pueden contraer matrimonio, por no ser casados ni haber profesado en alguna orden religiosa. Igualmente, sólo se puede tomar por barragana a una mujer que puede contraer matrimonio.

b) Hijos simplemente ilegítimos, llamados también fornezinos, provenientes de padres que al tiempo de la concepción o nacimiento no podía contraer matrimonio, como los casados, los parientes próximos o los clérigos y profesos en orden religiosa. Según su origen se denominan:

- Adulterinos o de dañado y punible ayuntamiento, según las Leyes de Toro, porque la madre adúltera incurría en pena de muerte según la Ley 1, Tit. 15, Part.4. El hijo adulterino era procreado por un hombre de cualquier estado con una mujer casada con otro. Posteriormente, por influencia del derecho canónico se consideró como hijo adulterino al habido por hombre casado con mujer viuda o soltera, como el engendrado por hombre soltero, viudo o casado con mujer casada con otro.
- Nefarios, los procreados por ascendientes con descendientes. (Ley 1, Tit.15, Part.4)
- Incestuosos: los habidos entre sí por parientes transversales dentro de los grados prohibidos, Ley 1, Tit.15, Part. 4)
- Sacrílegos, el habido de personas que al tiempo de la concepción estaban ligadas, a lo menos una, con profesión religiosa, o con orden sacro vgr. El hijo de fraile profeso o de monja y el de clérigos ordenados in sacris.

c) Otros hijos como:

- Manceres, que son los hijos de mujeres públicas, y se llaman manceres por la mancha que resulta no tener padre conocido, tienen sólo cognados y no agnados, es decir, sólo parientes maternos, no paternos.
- Notos, los habidos en barraganas en casa del padre.
- Bastardos, los habidos en barraganas fuera de la casa del padre

2.2. Reconocimiento de hijo natural

Para que un hijo sea considerado como natural no basta con que los padres hayan podido contraer matrimonio sin dispensa al momento de la concepción o del nacimiento, es necesario, además, que el padre lo reconozca como suyo.

Este reconocimiento no era exigido en el derecho romano ni en las partidas, fue introducido debido a que la Ley XI de Toro extendió el beneficio de la naturalidad aún a los hijos de mujeres que no sean propiamente concubinas o que no conste que lo sean.

Las formas de reconocimiento contenidas en las Leyes de Toro y las Partidas son las siguientes:

- a) Partida de bautismo en que el padre hubiere hecho constar su nombre, ya sea concurriendo personalmente por sí o por escrito o por persona fidedigna a declarar su paternidad.
- b) Por escritura pública hecha ante escribano público o carta escrita por el padre en que manifieste ser suyo el hijo que reconoce; en ambos casos deben firmar, además, tres testigos. (Ley 7, Tit. 15, Part. 4)
- c) Por testamento, en que el padre instituye heredero a su hijo natural, expresando que lo tuvo de tal mujer. (Ley 6, Tit. 15, Part.4)
- d) Por acta autorizada por el magistrado, justicia o consejo del pueblo, con asistencia del escribano, en que constare la declaración de la paternidad hecha por el padre.
- e) Reconocimiento ordenado por el juez en el juicio criminal por estupro, cuando resulta probado el delito; la sentencia suple el reconocimiento cuando el reo no quiere hacerlo.
- f) Por cualquier medio de prueba que el derecho establece, con tal que se haga constar de una manera fehaciente, que no quede lugar a duda sobre la certeza del hecho.

Las leyes 5,6 y 7 del Titulo 15 de la Partida 4 no hablan de “reconocimiento” sino de legitimación, pues en aquel entonces se admitían los matrimonios clandestinos; quien declaraba haber tenido un hijo de tal mujer, confesaba indirectamente estar casado con ella. Más tarde se prohibió la celebración de matrimonios clandestinos, quedando como únicas formas de legitimación la legitimación por matrimonio subsiguiente de los padres y por concesión real, quedando las demás formas de legitimación, sólo como medios de efectuar el reconocimiento de un hijo natural.

Puede reconocerse no sólo un hijo ya nacido sino también el hijo que está por nacer, pues los hijos no nacidos, se consideran nacidos para los efectos de un derecho o un interés, como lo prescribe la Partida 4 y la Ley XIII de Toro.

Además, puede incluso efectuar el reconocimiento de un hijo natural, el padre que es menor de edad con tal que tenga edad suficiente para ser responsable por los actos criminales que ejecute.

Las Partidas establecen el reconocimiento forzoso que efectúa el juez quien debe por todos los medios de prueba, llegar a la convicción y fallar acogiendo o rechazando tal reconocimiento. Si el fallo es favorable, el juez obligará al padre a que “lo críe e provea”

El reconocimiento, de cualquier forma que se realice, es irrevocable, pues no se trata de un acto de mera liberalidad, sino una declaración en virtud de la cual, la ley confiere una serie de derechos al hijo reconocido.

Además, el reconocimiento puede ser efectuado por uno o ambos padres en forma independiente, no obligando la manifestación hecha por un padre al otro, si este último no lo reconociera. El reconocimiento efectuado por uno de los padres sin la aprobación del otro, no tiene efecto sino con respecto al padre que efectuó el reconocimiento.

2.3. Impugnación al reconocimiento de hijo natural.

Pueden impugnar tal reconocimiento cualquier persona que tenga interés en ello, a quien tal reconocimiento perjudique; por lo tanto, pueden impugnarlo, el hijo, el padre, la madre, etc.

3. Derechos y Obligaciones entre Padres e Hijos.

El nacimiento determina los derechos de que goza una persona en la sociedad y su familia, por ello se establece como forma de hacer constar de un modo auténtico tal hecho, se forman registros en cada Parroquia, en los que se registran los nacimientos expresando el día del nacimiento y el del bautismo, el nombre y sexo del marido, el nombre de los padres así como el del padrino y madrina. Es esta partida la que sirve de prueba ante los tribunales, ya sea ésta otorgada por el cura párroco, ya sea por el escribano, dejando su nombre de manifiesto en los registros y legalizando su firma.

Los derechos y deberes existentes entre padres e hijos no son los mismos en relación a todos los hijos, son mayores o menores dependiendo de la categoría en que el respectivo hijo se encuentra: legítimo, legitimado, natural o espurio.

No obstante ello todos los hijos, cualquiera fuere su clase, tienen derecho a que las personas que los engendraron les den crianza y subsistencia que les sea indispensable; y como contrapartida ellos están obligados a amar y respetar a sus padres, a honrarlos y servirles de acuerdo a sus medios y aún a proveerles de alimentos en caso necesario, como lo disponen las leyes del Tit. 19, Part. 5.

3.1. Patria Potestad

Es el conjunto de derechos y obligaciones que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio del hijo no emancipado, con el fin de realizar la función propia de los padres de criar, proteger y educar a sus hijos.

Las Partidas definían la Patria Potestad como “el poder que han los padres sobre los hijos y sobre sus nietos y sobre todos los otros de su linaje que descienden de ellos por línea recta, que son nacidos de casamiento derecho” (Ley 1, Tit. 17, Part. 4). Este poder se extinguía sólo por la muerte o destierro perpetuo del padre, la elevación del hijo a dignidad pública, la emancipación voluntaria de los padres, el incesto cometido por el padre, el abandono, el castigo cruel a un hijo, la prostitución de la hija y desamparo del hijo.

Las Partidas regularon detalladamente la Patria Potestad en los títulos 17, 18 y 19 de la Partida 4. Las partidas acogen la concepción del Derecho Justiniano sobre la Patria Potestad.

Según el legislador de las Partidas la palabra latina Potestas “quiere tanto dezir en romance como poderío”; siendo susceptible de varios significados, el propio legislador advierte que lo ha empleado en el de “ligamiento de reverencia e de subiección, e de castigamiento, que debe aver el padre sobre el fijo”. (Part. 4, Tit. 17, Ley 1)

Las Partidas fundan la Patria Potestad en el Derecho Natural, siendo por tanto anterior al Estado: “Poder y señorío han los padres sobre los fijos, segund razón natural, e segund derecho. Lo uno, porque nascen de ella; lo al, porque han de heredar lo suyo”.

No obstante definirla como poder y señorío, las Partidas no concebían la Patria Potestad como un poder ilimitado del padre. vgr. El derecho de vender o empeñar al hijo sólo en el caso de que el padre sufra tal hambre o pobreza que no pueda socorrerse de otro modo, para evitar que muera el padre y el hijo. El derecho de vida y muerte es un caso aún más raro; el de un padre que cercado en un castillo que tenga de señor, se vea acosado por el hambre y no tenga que comer. Lo normal es que la Patria Potestad se ejerza con moderación; vgr. El derecho a corregir al hijo debe ejercitarse con mesura y piedad, sancionando con la pérdida de la Patria Potestad el castigo cruel.

En cuanto al aspecto patrimonial de la Patria Potestad si bien se parte como en el Derecho Justiniano del principio que todo lo adquirido por el hijo pasa al patrimonio del padre, este derecho paterno está sujeto a una serie de limitaciones, que se materializan fundamentalmente a través del sistema de los peculios.

La Patria Potestad era ejercida por el padre, sin embargo en los primeros tiempos existió un caso en que era ejercida por la madre. El Fuero Juzgo establecía que quedaran en poder de la madre a la muerte del padre, los hijos de ambos sexos, calificándose esta potestad como tutela de carácter facultativa, cesando en caso de que la madre contraiga nuevas nupcias. Además está sujeta a la formación de inventario. Las partidas en cambio niegan en forma terminante a la madre el ejercicio de la Patria Potestad.

3.1.1. Emancipación

Es la dimisión, renuncia o abdicación que hace el padre de la Patria Potestad que tiene sobre el hijo; o bien, el acto por el cual se desprende el padre de la Patria Potestad sobre alguno de los hijos. (Ley 15, Tit. 18, Part.4)

El vocablo emancipación viene del latín *emancipare* que quiere decir soltar la mano, sacar de su poder, transferir, enajenar, vender.

En cuanto a la forma de efectuar la emancipación, las Partidas adoptan el Derecho Justiniano y disponen que el padre y el hijo deben comparecer personalmente ante el juez ordinario, que el padre debe manifestar su voluntad de emancipar al hijo y el hijo debe prestar su consentimiento a ser emancipado, el juez debe aprobar la emancipación y se debe extender escritura pública que sirva de prueba en todo tiempo. (Leyes 15 y 17, Tit. 18, Part.4 y Ley 93, Tit. 18, Part.3)

En el caso de la emancipación de hijos ausentes o menores de siete años, es necesario para que ésta tenga validez, que el padre pida y obtenga previamente autorización o licencia del rey, y la muestre al juez ordinario de su pueblo o ciudad. Si el hijo ausente fuere mayor de siete años, tendrá que presentarse al juez a su regreso y prestar su consentimiento. (Ley 16, Tit. 18, Part. 4)

En 1713, durante el reinado de Felipe V, se dictó un decreto que exigía que los jueces, antes de declarar la emancipación, dieran cuenta al Consejo Supremo, justificándola en cada caso, pues ocurría que el juez no analizaba las causas de la emancipación y el padre solía hacer donación al hijo emancipado de todos o casi todos sus bienes con perjuicio de si mismo y de los demás hijos (Ley 4, Tit. 5, Libro X, Novísima Recopilación)

En la práctica, primero se hacía la emancipación ante el juez ordinario con arreglo a las Partidas, justificando la causa de la emancipación, se extendía la escritura correspondiente, escritura que luego era presentada para ser aprobada por el Supremo Consejo, quien previa audiencia del fiscal expide provisión para que la justicia ordinaria evacue la diligencia o informe acordado, y evacuado todo, con una nueva audiencia del fiscal la escritura de emancipación, mandando expedir el correspondiente despacho de que puede usarse sin necesidad de acudir otra vez al juez ordinario.⁴⁹

3.1.1.1. Características de la Emancipación

⁴⁹ Escriché, Joaquín. Op. Cit. TomoII. Págs 423-427

1.- Por regla general es un acto *libre y voluntario*, por tanto el padre no puede ser obligado a efectuarla ni el hijo a aceptarla a menos que estemos frente a uno de los casos en que la ley obliga al padre a emancipar al hijo y que son: (Ley 18, Tit 18, Part. 4)

- a) Cuando el padre castiga al hijo con demasiada crueldad.
- b) Cuando prostituye a sus hijos.
- c) Cuando acepta lo que alguien le dejó en testamento bajo la condición de que emancipe a su hijo.
- d) Cuando habiendo adoptado a su entenado o hijastro menor de catorce años, éste acude ante el juez después de haber cumplido dicha edad, pidiendo ser emancipado por encontrarse descontento de su padrastro con justo motivo.

Si el juez en cualquiera de estos casos comprueba la certeza de los hechos, mandará al padre que lo emancipe, apremiándole a ello en caso necesario por los medios que le confiere el derecho.

En estos casos, según algunos autores no es necesaria la aprobación del Consejo Supremo, porque la emancipación forzosa es de justicia y la voluntaria en cambio es de mera gracia, y en ella puede existir dolo y perjuicio para el propio padre u otro de sus hijos.

2.- La emancipación es por regla general un *acto expreso*, ya sea ella voluntaria o forzosa, es el producto inmediato de un acto positivo del emancipante y el emancipado, en contraposición a la emancipación que resulta como consecuencia del matrimonio que se denomina emancipación tácita o legal.

El hijo o hija queda emancipado de pleno derecho por el primer matrimonio que contrajere: “El fijo o fija casado e velado, dice la Ley 47 de Toro, sea habido por emancipado en todas las cosas para siempre”. Esta ley exigía no sólo el matrimonio sino también la velación, que es lo mismo, que decir con la condición de celebrarlo in facie ecclesiae, tiene por razón evitar la celebración de matrimonios clandestinos, que en ese entonces (antes que el Concilio de Trento los declarara irritos y nulos) eran válidos y demasiado frecuentes.

Las leyes de Toro concedieron la emancipación a los hijos como consecuencia de contraer matrimonio, sin distinción de sexos, siempre que el matrimonio produjere efectos civiles.

Este tipo de emancipación no puede llamarse emancipación sino en un sentido lato, pues en su verdadero sentido no es otra cosa que la renuncia que el padre voluntaria o forzosamente hace de la potestad que tiene sobre el hijo.

3.- La emancipación es un *acto irrevocable* (Ley 19, Tit. 18, Part. 4) el hijo emancipado sale de la patria potestad y ya no vuelve a ella aún cuando cese la causa de la emancipación, a menos que sea ingrato con su padre deshonrándole de palabra o de obra. Nunca podrá faltar el respeto y reverencia que debe a su padre, ni entablar contra él acción criminal de que pueda resultarle infamia muerte o perdición de miembro, ni rehusarle los alimentos en los casos y términos necesarios. (Ley 47 de Toro, N° 2)

3.1.1.2. Efectos de la Emancipación

El hijo sale de la patria potestad en forma irrevocable a menos que sea ingrato con su padre.

Si la emancipación es voluntaria el padre puede retener en premio de su generosidad, la mitad del usufructo de los bienes adventicios que el hijo tuviere a la época de la emancipación (Ley 15, Tit. 18, Part.4). La mera tolerancia que el padre tuviere de que el hijo aproveche la totalidad de sus bienes adventicios, sólo puede significar que remite los frutos que durante la tolerancia ha aprovechado el hijo.

Si el hijo emancipado se casare, el padre debe restituirle la referida mitad del usufructo, para que el futuro corresponda únicamente al hijo; sobre el particular señala la Ley 48 de Toro: “Mandamos, que de aquí adelante el fijo o fija, casándose e velándose, ayan para sí el usufructo de todos sus bienes adventicios, puesto que (aunque) sea vivo su padre, el cual sea obligado á gelo restituir, sin le quedar parte alguna de usufructo dellos”.

El hijo emancipado es considerado como padre de familia, hace suyo cuanto adquiere, tanto en usufructo como en propiedad, puede separarse de su padre y establecerse en otro lugar, puede administrara sus bienes libremente y disponer de ellos, celebrar contratos, comparecer en juicio y hacer todo aquello que podría hacer si no tuviera padre.

No obstante lo anterior, si el hijo de familia no tuviere aún 25 años, necesitará de tutor o curador igual que los demás menores y será su tutor o curador el mismo padre, si no fue forzosa la emancipación; a menos que obtenga venia o dispensa real de edad. En virtud de dicha

dispensa, podrá celebrar los contratos y realizar los actos judiciales y extrajudiciales que le convengan para la administración de sus bienes, como también tomar cuentas con pago de los tutores o curadores que hubiere tenido, pero no podrá vender u obligar sus bienes inmuebles sino con autorización judicial, hasta los 25 años.

Si el emancipado se casare antes de los 18 años, una vez cumplidos éstos, podrá administrar sus bienes y los de su mujer, sin tener necesidad de venia o licencia (Ley 7, Tit. 2, Libro 10, Nov. Rec.). Según la mayoría de los autores conservaría hasta la mayoría de edad el beneficio de la *restitutio in integrum*, necesitará de la intervención de curador ad litem y no podrá enajenar sus bienes raíces sin autorización del juez.

El emancipado mayor de 20 años, puede ejercer el comercio con tal que tenga peculio propio, que haya sido habilitado para la administración de sus bienes en la forma prescrita por las leyes comunes y que haya renuncia solemne y formal del beneficio de la *restitutio in integrum*, que concede la ley civil a los menores, obligándose bajo juramento a no reclamarlo en los negocios mercantiles que haya; y no podrá hipotecar bienes inmuebles para garantizar las obligaciones que contraiga como comerciante.

3.2. Relaciones Económicas Paterno Filiales.

El sistema de los peculios no fue siquiera mencionado en los fueros, sólo en el siglo XIII comienzan a admitirse, como se advierte en el Fuero Real y en la mejora de Sancho IV al Fuero de Cuenca.

El Fuero Real dispone que el hijo no está obligado a traer a colación los bienes ganados con su trabajo o que le hayan sido donados por el Rey, por su señor o por un tercero extraño, lo hace propietario de tales bienes, salvo si fuera *ex re patris*; la modificación de Sancho IV al Fuero de Cuenca reafirma la disposición anterior al señalar que el hijo tiene la propiedad de todo cuanto ganase o le fuera donado, salvo si fuera *ex re patris*, pudiendo disponer de ellos por testamento desde que tenga edad suficiente y sin que sobre tales pesa la obligación de traerlos a colación.

Las Partidas siguiendo la doctrina romana, consagran el sistema de los peculios; parten del principio de que todo lo adquirido por el hijo pasa a engrosar el patrimonio del padre, con las

limitaciones establecidas a través del sistema de los peculios. Las Partidas definen los peculios como “ganancias que fazen los fijos mientras están en poder de sus padres” (Tit. 17, Part. 4).

Por peculio se entiende la hacienda o caudal que tiene el hijo de familia con separación de los bienes del padre, se dividen en: Adventicio, Profecticio, Castrense y Cuasicastrense.⁵⁰

3.2.1. Los Bona Materna

Bienes que proceden de la madre, cuya propiedad le corresponde al hijo y cuyo usufructo le corresponde al padre, se limita el poder patrimonial del padre de familia, pues no puede disponer libremente de los bienes, y a su muerte quedaban en calidad de bienes reservaticios. Esta regla se hizo extensiva a los bienes que el hijo adquiriera a título gratuito de cualquier pariente materno.

3.2.2. Peculio Adventicio

Está formado por los bienes que el hijo de familia estando bajo la patria potestad adquiere por su trabajo en algún oficio, arte o industria o bien por fortuna o por donación, legado o herencia de propios o de extraños con tal que no le vengan por razón o causa del padre. La propiedad de estos bienes le pertenece al hijo, y el usufructo al padre mientras tenga al hijo bajo su patria potestad. (Ley 5, Tit. 17, Part.4 y Leyes 47 y 48 de Toro)

El padre que emancipa a su hijo conserva la mitad del usufructo de dichos bienes, si no renuncia a él y la otra mitad pasa al hijo. (Ley 15, Tit. 18, Part. 4).

El padre puede enajenar los bienes del Peculio Adventicio del hijo mientras tenga la administración de sus bienes, sin necesidad de autorización judicial si lo hace con justa causa; si no lo hace con justa causa, el hijo tiene derecho a sacar su valor de los bienes propios del padre, en caso de sobrevivirle, bienes que se encuentran tácitamente hipotecados y si no fueren suficientes para pagarse, puede repetir sus bienes de cualquiera que los tenga siempre que renuncie a la herencia paterna; si la acepta no podrá demandarlos pues como heredero está obligado al cumplimiento de todos los contratos legítimos del difunto. (Ley 24, Tit. 13, Part.5).

3.2.3. Peculio Profecticio

Es el formado por los bienes que adquiere el hijo que vive bajo la patria potestad, por razón del padre o con los bienes del padre. Pertenecen al padre tanto el usufructo como la

⁵⁰ Escriché, Joaquín. Op. Cit. Tomo I Págs. 701-732. Tomo II Pág. 81

propiedad de estos bienes. El hijo tiene sólo la administración de estos bienes y tiene tal derecho en el caso de confiscarse los bienes a su padre, si este no se los quitase; sin embargo, el hijo está obligado a colacionarlos.

3.2.4. Peculio Castrense

Se definía como “ganancias que los omnes fazen en algunos de los tres lugares que diximos en la ley desta”, es decir, en castillos huestes o Corte del Rey.

En las Partidas por Peculio Castrense se entendieron los bienes adquiridos por el hijo de familia por razón de la milicia, o sea, con ocasión del servicios militar. (Ley 5, Tit. 17, Part. 4). Estos bienes pueden ser los que el propio padre le de al partir para la milicia, lo que le dona o deje algún compañero de armas, lo que coge por vía del botín legítimo en el campo de batalla o país enemigo, lo que gana por sueldos o ventajas y lo que adquiere con dicho dinero.

La propiedad y el usufructo de estos bienes pertenecen exclusivamente al hijo de familia, pudiendo disponer libremente de ellos durante su vida sin que el padre u otro pariente pueda alegar derecho alguno sobre los mismos. (Ley 6, Tit.17, Part. 4). Sin embargo, al momento de disponer de ellos en el testamento debe respetar la Ley 6 de Toro que instituye como herederos forzosos a los ascendientes de los hijos que mueren sin dejar descendencia, de todos sus bienes con excepción del tercio de libre disposición.

3.2.5.Peculio Cuasicastrense

Se integra con “ganancias semejantes” al Peculio Castrense como: “lo que dan a los maestros; de qual sciencia quier que sean, de la Cámara del rey, o de otro lugar público en razón de salario. E otrosí lo que dan ende a los Juezes, e a los Escribanos del rey, por razón de su oficio; e lo que dan a otros cualesquier desta manera. Eso mesmo dezimos, que es cuasi castrense toda donadio de heredad, o de otra cosa qualquier, que da el rey, u otro señor qualquier destos sobredichos” (Ley 7, Tit. 17, Part. 4)

La propiedad de estos bienes se atribuye a los hijos sin limitaciones, como recompensa al trabajo afrontado.

Entre los bienes de este tipo se encuentran los libros que el padre da al hijo y los bienes que el padre le da para conseguir grados universitarios y otros oficios que no tienen salario y

emolumento, en atención a que no son más que un premio y testimonio de idoneidad en las ciencias.

3.2.6. Bienes Reservables o Reservaticios.

Son aquellos bienes que el viudo o viuda que desea pasar a segundas nupcias, está obligado a guardar para los hijos que tuvo en el primer matrimonio. Son aquellos bienes que adquirió el cónyuge difunto por cualquier título lucrativo, ya sea a título universal como sucesión testamentaria o abintestada; o singular, como donación, legado, arras, etc. O bien, aquellos bienes heredados abintestado de alguno de los hijos del primer matrimonio, con tal que éste los hubiese heredado antes del difunto padre o madre, como asimismo, los dos tercios de la herencia testamentaria que como heredero forzoso hubiere recibido de algún hijo; más no del otro tercio que éste le hubiere dejado de propia voluntad; ni de su mitad de gananciales del primer matrimonio. (Ley 26, Tit 13, Part 5; Ley 6, 14 y 15 de Toro)

Esta reserva de bienes se funda en la protección al patrimonio de los hijos del primer matrimonio y en una especie de “ofensa” que supuestamente le infiere el cónyuge viudo al difunto al contraer nuevas nupcias. Los bienes reservaticios se dividen entre los hijos del primer matrimonio por partes iguales, no pudiendo los padres favorecer más a un hijo que a otro.

Cesa la obligación de hacer la reserva de bienes, no obstante contraer nuevas nupcias el cónyuge viudo, en los siguientes casos:

- a) Si el cónyuge muerto hubiese concedido al sobreviviente licencia para volver a casarse, pues en tal caso no habría injuria.
- b) Si los hijos del primer matrimonio dieran su consentimiento para el nuevo matrimonio, pues así se entiende que renuncian a su derecho sobre dichos bienes.
- c) Si a la muerte del cónyuge no existen hijos del primer matrimonio, ni descendientes de los mismos, en este caso la propiedad de los bienes reservaticios es del cónyuge viudo.

El cónyuge sobreviviente tiene durante toda su vida el usufructo de los bienes reservaticios, y la propiedad, sólo mientras mantenga su estado de viudez, al pasar a segundas nupcias la propiedad de estos bienes pasa a los hijos del primer matrimonio.

Es nula por tanto la enajenación que el viudo que pasa a segundas nupcias haga de los bienes reservaticios, sin embargo, esta enajenación sólo podría ser revocada cuando este muera,

pudiendo los hijos del primer matrimonio repetir contra el poseedor de los bienes para que los reintegre. Por el contrario, la enajenación de los bienes efectuada por el viudo antes de pasar a segundas nupcias, es válida, no obstante ello, los hijos no quedan privados de su derecho sobre los mismos, en caso de que el viudo pase a segundas nupcias, pues podrán pedir su valor de los bienes propios del viudo, los que se entienden hipotecados por ley a su favor (Ley 26, Tit. 13, Part. 5)

Los cónyuges viudos antes de pasar a segundas nupcias deben realizar la facción de inventario de los bienes reservaticios ante escribano; tratándose de la mujer viuda, esta además, debe rendir *fianza de restitución*, esto debido que al contraer segundas nupcias pierde la tutela y la administración de los bienes de sus hijos; el viudo en cambio al no perder la tutela de los hijos del primer matrimonio al pasar a segundas nupcias no está obligado a rendir la referida fianza, bastándole con la facción de inventario.

3.3. Obligación de Proveer de Alimentos

Señalan las Partidas “Nordrescer a criar deuen las madres a sus fijos que fueren menores de tres años, e los padres a los que fueren mayores de esa edad. Empero si la madre fuesse tan pobre que non los pudiese criar, el padre es tenuto de darles lo que ouiesse menester para criarlo...” (Ley 3, Tit. 19, Part. 4)

Si la madre tuviere una religión distinta a la cristiana (judía, musulmana, etc.), es el padre quien deberá tener al hijo, desde su nacimiento, para proteger la salud espiritual del menor.

Si a los tres años de edad el padre no ha reconocido al menor, y luego niega su paternidad, este debe mantener al menor mientras se sustancia el proceso. Si el fallo reconoce su paternidad, deberá seguir cumpliendo con su obligación, pero si niega tal circunstancia, la madre que le demandó deberá cargar con los costos que se produzcan.

Las Partidas hacen recíproca la obligación de proveer de alimentos, obligación que en el Fuero Real sólo pesaba sobre los padres. Señalan al respecto las Partidas “ Otrosi dezimos, que los hijos deuen ayudar a proveer a sus padres, si menester les fuere, pudiéndolo ellos fazer; bien assi como los padres son tenudos a los fijos” (Ley 2, Tit. 19, Part. 4)

Además, amplía el número de personas obligadas a prestar alimentos, señalando que los ascendientes paternos y maternos deben hacerlo cuando los padres un pueden y establece la reciprocidad también en estos casos. “ ...E si el padre o la madre, fuesse tan pobre, que ninguno dellos non ouiesse de que les criar; si el abuelo o bisabuelo de los moços fueren ricos, cualquier dellos es tenuto de les criar, por esta razón; porque assi como el fijo es tenuto de proueer a su padre o a su madre, si vinieren a pobreza, o a sus abuelos, e a sus abuelas, e a sus bisabuelos, que suben por la lina derecha; otrosí es tenuto cada uno dellos de criar a esos moços, sobredichos si les fuere menester otrosí por ella” (Ley 4, Tit. 19, Part. 4)

En cuanto al fundamento de la obligación de dar alimentos, las Partidas señalan “Claras razones e manifiestas son tenidos de criar a sus fijos. La una es movimiento natural, porque se mueven todas las cosas del mundo a criar y guardar lo que nasce dellas. La otra es por razón del amor que an con ellos naturalmente. La tercera es, porque todos los derechos temporales e espirituales se acuerdan de ella” La ley da el carácter de obligatorio a este deber natural de los padres al que se encuentran llamados por inclinación natural y el amor hacia sus hijos.

Ahora bien, en cuanto al contenido de esta obligación las Partidas indican: “ E la manera en que deuen criar los padres a sus fijos e darles lo que les fuere menester, maguer non queran, es esta: que les deuen dar que coman, e que beua, e que vistan e que calcen, e lugar do moren, e todas las otras cosas necesarias para la vida”. Contenido que no difiere de la actual obligación de proveer de alimentos.

Por último, en cuanto al monto de los alimentos las Partidas señalan: “E esto deue cada uno fazer, segund la riqueza, e el poder que ouiere; catando todavía la persona de aquel que le deue rescebir, en que manera le duen esto fazer...”. Al igual que en la actualidad se debía considerar la capacidad económica de quien da los alimentos y de quien debe recibirlos.

En cuanto a la obligatoriedad de los mismos, el juez debe tener en sus manos los medios para obligar a los padres que quieren eludir el cumplimiento de la obligación, a cumplir con ella. A los padres corresponde por ley y derecho natural el deber de cuidar de sus hijos y velar por su educación.

Tanto el padre como la madre tienen el deber de alimentar a los hijos comunes, y el cónyuge sobreviviente tiene igual obligación respecto de dichos hijos y los del difunto, y si no lo

cumpliera, deberá entregarle los bienes necesarios para ello de los bienes que tuviere de viudedad.⁵¹

4. Habilitación de Edad

Según las Partidas, la mayoría de edad se adquiría a los 25 años, sólo los mayores de esa edad gozaban de plena capacidad jurídica.

No obstante ello, los hombres mayores de 14 años y las mujeres mayores de 12 años, estaban capacitados para contraer matrimonio y para otorgar válidamente testamento; además los huérfanos mayores de las edades recién indicadas salían de la tutela y entraban en la curatela.

A los 10 y medio años una persona se reputa capaz de delito penal doloso

Según el Fuero Real y el Fuero Viejo a los 16 años un sujeto podía válidamente celebrar contratos y a los 20 años podía ser tutor, los actos celebrados entre los 16 y los veinte años eran válidos siempre que fueran favorables al menor.

Las Partidas en cambio siguiendo al Derecho Romano, consideran menor al que no ha cumplido los 25 años.

El Fuero Unico de Contractibus Minorum, perteneciente a la compilación de Huesca de 1247, declara que es nula la donación hecha por un menor de 14 años. Según esta norma se alcanzaba la mayoría de edad a los 14 años, pero luego vendrían normas que impondrían importantes restricciones.

En 1348 el Fuero Unico Ut Minor XX Annorum dispuso que hasta los 20 años no se podían enajenar bienes inmuebles si no era por justa necesidad, que se había de probar ante el juez competente. Y no se podían enajenar más bienes que los que fueren necesarios para cubrir dicha necesidad.

Se menciona la autorización del juez en estos casos, pero nada se señala de la autorización de los padres. El Fuero de los Menores de 20 años dado en Monzón en 1564, mejoró esta situación y dispuso que los que no hubieran cumplido los 20 años y no fuessen casados, no podían hacer “vendiciones, donaciones, parturas, obligaciones, ni otros controles algunos, excepto capítulos matrimoniales”, si no era con voluntad de sus padres o del sobreviviente de

⁵¹ Escriché, Joaquín Op.Cit. Tomo I Págs. 270-281

ellos, y a falta de estos, con consentimiento del juez ordinario. De lo contrario, tales actos serían nulos.

El Fuero de 1585 ordenó que la necesidad de contar con la voluntad de los padres, se aplicaría sólo cuando los padres no se hubieren casado otra vez.

5. Beneficio de la Restitutio In Integrum.

Es un beneficio legal por el que una persona que ha padecido lesión en algún acto o contrato, logra que se reestablezcan las cosas al estado anterior a la celebración del acto o contrato, de suerte que la restitución es efecto de la rescisión. Causales para que tenga lugar este beneficio:

- Minoría de edad.
- Fuerza o miedo grave.
- Dolo o decepción
- Ausencia necesaria.

La Restitutio In Integrum se concede a todas las personas, cuando la lesión se produce por alguna de las causales señaladas, pero el menor al pedirla debe acreditar tanto la lesión como la minoría de edad.

En el caso del menor tiene lugar cuando ha padecido daño por su debilidad de juicio, por culpa de su guardador, o por engaño de otro, tanto en los actos judiciales como en los extrajudiciales, de cualquier naturaleza que sean, sin que sea impedimento el haber intervenido decreto de juez.

El menor puede pedir la restitución de las sentencias, a través de su guardador, el mismo en ausencia del guardador ante el juez de la causa o el superior jerárquico de éste, mientras dure la minoría de edad (menos de 25 años) y durante los cuatro años siguientes. Debe probar que se le perjudicó en el pleito o en la sentencia, o que por ligereza o yerro confesó o negó alguna cosa que le era perjudicial, o que su abogado no mostró cumplidamente sus razones o que tiene nuevos instrumentos o testigos con que puede mejorar su pleito, etc. Una vez concedida la restitución del pleito, éste vuelve a su estado anterior y no sólo aprovecha al menor sino también a la parte contraria pues ambos deben ser oídos de nuevo.

Si en testamento se faculta al menor para escoger alguna cosa y elige la peor, puede a través de este beneficio, dejarla y escoger la mejor.

Las prescripciones de veinte o menos años no corren contra los menores sino en el caso de que hayan empezado a correr contra sus predecesores, y entonces les compete la restitución por razón del tiempo que corrió contra ellos durante su menor edad; pero las de mayor tiempo corren contra los mayores de catorce años sin distinción, compitiéndoles la restitución para rescindirlas.

La restitución de los menores tiene lugar según la opinión de varios autores, no sólo contra los particulares sino también contra el fisco.

El menor tiene derecho a pedir la restitución no sólo durante su minoría de edad, sino también dentro de cuatro años después de ella (cuadrenio legal). También pueden pedirla sus herederos y el juez ha de concederla con conocimiento de causa, oyendo a la parte contraria (Ley 8 tit. 19, Part. 6)

Hay causas por las cuales el menor pierde el derecho a la restitutio in Integrum, son las siguientes:

- 1.- Si engañosamente dice al contratar que es mayor de 25 años y por su persona pareciese tal, porque las leyes ayudan a quienes padecen del dolo y no a sus causantes (Ley 6, Tit. 25, Part. 6)
- 2.- Si el pleito se hubiere comenzado siendo el huérfano menor de edad y se dicta sentencia cuando ya es mayor de edad. (Ley 2, Tit. 19, Part. 3)
- 3.- Si fuese mayor de 10 años y medio y es condenado por el delito de homicidio, hurto u otro delito similar, o mayor de 14 años y es condenado por adulterio. En estos casos no puede pedir restitución de la sentencia. (Ley 4, Tit. 19, Part. 6)
- 4.- Si en un juicio en que el menor pide que se declare que alguien es su esclavo, la sentencia declara que es libre, no hay lugar a la restitución pues el legislador prefiere la libertad a la menor edad.
- 5.- Si un deudor del menor le paga a éste por orden del juez; si no fuera por orden del juez y luego el menor juega o malgasta el dinero, puede pedir la restitución. (Ley 4, Tit. 14, Part. 5)
- 6.- Cuando el daño padecido por el menor, proviene de caso fortuito, no de su falta de juicio, culpa del guardador o engaño de un tercero (Ley 2, Tit. 19, Part. 6)

7.- Cuando puede pedir la nulidad de la sentencia que le es gravosa, pues la restitución es un remedio subsidiario y no es rescindible lo que puede anularse. (Ley 1, Tit. 25, Part. 3)

8.- Si siendo mayor de 14 años, juró que no haría uso de este derecho para rescindir sus contratos y no respeta su juramento. (Ley 16, Tit. 11, Part. 3; y Ley 6, Tit. 19, Part. 6)

Tampoco hay lugar a la restitución en algunos plazos fatales como el de tres días para suplica de la sentencia interlocutoria y de seis días para tachar testigos (Juicio Ordinario).⁵²

6. Filiación Natural y sus diferencias con la filiación legítima en las relaciones paterno filiales.

6.1. Derechos Hereditarios

Mientras al hijo legítimo se le concede la “legítima herencia” que se obtiene del 80% del haber hereditario, al hijo natural o bastardo se le concede una mínima parte del quinto de libre disposición y si es mujer una pequeña cantidad para ayudarla en su matrimonio.

El Fuero Real les da derechos hereditarios si están reconocidos como naturales para heredar abintestato, a falta de descendientes legítimos. Si es por testamento, el padre puede disponer de sus bienes y no dejarles nada pues no tienen derecho a legítima.

Establece sin embargo que el padre puede darles de su quinto de libre disposición lo que quiera, limita el monto de las donaciones o legados a los hijos naturales y señala ”Todo ome que hubiere fijos, o nietos o dende ayuso de muger de bendición, non pueden heredar con ellos otros algunos que haya de barragana; más del quinto de su haber mueble, o de raíz, puédales dar lo que quisiere...” (Fuero Real 3.6.1)

El reconocimiento debe efectuarlo el padre ante hombres buenos, entendiéndose por tales los jueces ordinarios (Ley 31, tit.34, Part.7)

En la herencia del padre las Partidas introducen un importante modificación y señalan que el padre “oviesse avido de alguna muger de qué non fuesse dubda que la el tenía por suya” puede heredar a falta de hijos legítimos, la sexta parte de la herencia paterna pero debe compartirla con su madre. Son herederos forzosos abintestato del padre en este caso.

⁵² Escriché, Joaquín. Op. Cit. Tomo IV. Págs, 487 a 489.

No obstante lo anterior, si no hay ascendientes ni descendientes o parientes de ellos, el padre puede dejarle al hijo natural la totalidad de sus bienes. Si hay otros ascendientes, el padre respetándoles su legítima a estos ascendientes, que es 1/3 de la sucesión, puede dejar los 2/3 restantes a su hijo natural.

Si el padre postergara al hijo, sus herederos deben prestarle alimentos necesarios para su subsistencia, cuyo monto será determinado por el arbitrio de hombres buenos. En la Partida 6, Tit. 13, Ley 8 se establece la reciprocidad de estas normas.

La Ley 10 de Toro modifica las Partidas y establece una situación distinta: “que el padre que no tenga hijos o descendientes legítimos y que fuere obligado a prestar alimentos a su hijo natural, aunque tuviera ascendientes legítimos, puede dejarle la totalidad de sus bienes al hijo natural.

En materia de donaciones, en un principio, como los hijos naturales no heredan abintestato a su padre, éste puede en vida hacerles una donación que no puede ser superior a 500 sueldos y hacerlos hidalgos, hasta instituirlos herederos. Pero si en definitiva no es instituido heredero, ni la hidalguía ni la suma donada le confieren derechos para heredar al padre; y si algún pariente del padre que lo ha instituido heredero muere soltero, no hereda a ese pariente.

En la Ley 9, Tit. 13 de la Partida 6, se introduce una norma que protege a los hijos naturales “Las leyes antiguas otorgan que el padre muriendo sin fijos legítimos, puede el fijo natural heredar los bienes de las doze partes, las dos, non dexando él muger legítima. Ca si la dexasse, embargaría al fijo de guisa que non podría demandarlos. E porque non pudimos fallar ninguna razón derecha, por que, se mouieran los que fizieron las leyes, a toller a tal fijo esta su parte, por esta razón de la muger legítima que dexasse su padre: por ende tenemos por bien, e mandamos que la haya, e que non se la embargue por esta razón. E a esto non mouimos, a mudar de la manera que la había puesto la ley, por dos razones. La una porque este fijo nació en tiempo en que la muger legítima non rescibió enojo, nin tuerto por razón del...La otra, porque, maguer a el tolliese esta parte non la ganaría ella, e auerla y en los otros más propinquos parientes del finado. E demás semejaría extraña cosa, que ella pudiesse fazer daño a otri segund ley, non meresciendo, nin viniendo a ella ningún pro”.

En virtud de esta modificación introducida en las Partidas, el hijo natural no pierde su legítima aún si el padre deja cónyuge sobreviviente, pues de perderla el beneficiado no sería a cónyuge, sino los otros parientes con derecho a suceder al difunto. Además el derecho a suceder nació para el hijo por el hecho de la generación, cuando no existía la esposa legítima, ya que en caso contrario el hijo habría sido adulterino no natural y no tendría derecho a heredar a sus padres.

En la herencia de la madre a diferencia de lo que ocurre con la del padre, Las Partidas señalan que éstos siempre suceden a la madre por aplicación del principio romano de que “mater siempre son ciertas de los fijos que nascen dellas; por esta razón todo fijo deue heredar en los bienes de su madre en uno con los otros fijos legítimos que nascen della, quier sean legítimos o non...” (Ley 13, Tit 11, Part. 6) Obviamente con las limitaciones de los hijos adulterinos, espurios, o de dañado o punible ayuntamiento, pues estos descendientes no tienen derechos sucesorios, como sanción a las relaciones en las que fueron concebidos.

La Ley 9 de Toro y la Ley 2 , Tit. 13, Part.6, Glosa 3ª de Gregorio López y Ley 16 de Mayo de 1835, modifican la normativa contenida en Las Partidas y disponen que los hijos naturales suceden abintestato a su madre, siempre que no hayan hijos y descendientes legítimos, aunque ella tuviere padre, madre u otros ascendientes legítimos. Pues no habiendo descendencia legítimas, los hijos naturales son herederos forzosos de la madre tanto en la sucesión testamentaria como abintestato de ésta. Si hay descendencia legítima sólo podrán recibir a título de donación o legado la quinta parte de los bienes de su madre.⁵³

Si bien esta Ley de Toro restringe el derecho a heredar de los hijos naturales cuando concurren con hijos legítimos, por otro lado amplía los derechos hereditarios a quienes antes les eran negados como es el caso de los hijos espurios con excepción de los hijos de clérigos y monjas y los de dañado y punible ayuntamiento, pero en este último caso pueden recibir a título de donación o legado la quinta parte de los bienes de su madre.

El derecho a suceder no siempre es recíproco, los hijos naturales no suceden a los legítimos, ni a los parientes paternos, sí a los maternos a quienes heredan cuando son los parientes más cercanos.

⁵³ Dournac, Antonio. Op. Cit. Págs. 125-126

Las distintas formas de legitimación conceden distintos derechos a los hijos así legitimados, el que tiene todos los derechos que la ley concede al hijo legítimo es el legitimado por matrimonio subsiguiente de sus padres, los demás legitimados no gozan de todos los derechos de un hijo legítimo; si fueron legitimados aunque no fuera más que para heredar a sus padres, o abuelos, y después el padre o abuelo tuviere algún descendiente legítimo, o de legítimo matrimonio o legitimado por matrimonio subsiguiente, el legitimado no puede suceder a sus padres y abuelos conjuntamente con aquellos, pudiendo sólo recibir hasta la quinta parte de los bienes de sus ascendientes; pero podrán suceder como los demás hijos legítimos a los demás parientes.

La legislación indiana establece una incapacidad para suceder que afecta a los hijos ilegítimos, incluidos en estos a los naturales, de no poder heredar las encomiendas de sus padres, el motivo de tal prohibición es incentivar el matrimonio y la prole legítima. Esta incapacidad se extiende a sus hijos, aún cuando estos sean legítimos, los que no tienen derecho a la encomienda de su abuelo. Sin embargo, los hijos naturales, en ciertos casos, por concesión especial de la corona, podían suceder en las encomiendas a sus padres.⁵⁴ La Real Cédula de 1559 permitió “que los hijos naturales puedan suceder a sus padres en los indios, no teniendo hijos legítimos, sacándoles por esta merced para S.M. todo lo que se pueda, atendido el valor de los indios”

La gran diferencia respecto al hijo natural en la sucesión materna y paterna es que el hijo natural nunca es heredero forzoso del padre por testamento, si en la sucesión abintestato; en cambio, en la sucesión materna si no existen descendientes legítimos es heredero forzoso de la madre tanto en la sucesión testamentaria como en la abintestato.⁵⁵

6.2. Patria Potestad

A diferencia de lo que ocurre con los hijos legítimos, las Partidas nos señalan que los padres no tienen la patria potestad sobre los hijos naturales: “Naturales son llamados los fijos que han los omes de las barraganas, segund dize en el titulo que fabla dellos. E estos fijos atales non son en poder del padre assi como lo son los legítimos...E como quier que el padre aya en poder sus fijos legítimos, o sus nietos o bisnietos que descíendan de sus fijos; non deue entender por

⁵⁴ Ibid. Pág 126.

esso, que los puede auer en poder de la madre, nin ninguno de los otros parientes de parte de la madre...”

Las partidas recogen la tradición romana sobre la materia, y al igual que en el derecho romano los padres pueden adquirir la patria potestad sobre sus hijos naturales cuando los legitiman.

A pesar de no tener la patria potestad, el padre conjuntamente con instituirlos herederos puede nombrarles un tutor, siendo necesaria la confirmación judicial, para que el tutor entre en posesión de los bienes del pupilo, de lo contrario no puede ejercer su función. “También al fijo de barragana, como al que fuere de muger legítima, puede el padre dar guardador a su finamiento que guarde a el, e a los bienes que lo fizo su heredero. Pero este guardador atal non se puede trabajar de la guarda del huérfano, nin usar de los bienes del, a menos de ser confirmado por el juez del lugar...” (Partida 6, Título 16, Ley 8)

Igual derecho surge para la madre natural de las disposiciones contenidas en la Partida 6, Título 16, Ley 6, pues en ella se establece el caso de instituir herederos a sus hijos que no tuvieren padre, sin hacer distinción si se trata sólo de hijos legítimos o también de naturales

6.3. Derecho de Alimentos

Los padres tienen la obligación de proveer a la subsistencia del hijo y de prestarle la protección necesaria a fin de que pueda desarrollarse normalmente.

La obligación de alimentos en el caso de los hijos naturales pesa en primer lugar sobre la madre⁵⁶. En este sentido el Fuero Real señalaba “ Quando alguna muger soltera ha fijo de algun ome soltero, y el ome lo recibiera por fijo, la madre sea tenuta de le criar e de gobernarles, y esto fasta tres años, si hobiere donde, e si no lo obiere de que criarlo, a costa del padre; e si la muger le criare de lo suyo fasta tres años, el padre lo crie de alli adelante de lo suyo, e no lo tenga más la madre si no quisiere, fueras si el alcalde por alguna razón guisada mandare que los tenga la madre a costa del padre; y esto mandamos de los hijos de los Christianos; ca si fuere fijo de Christiano e de Mora, o de Judia, o de muger de otra ley: mandamos que el Christiano lo tenga

⁵⁵ Escriché, Joaquín. Op. Cit. Tomo II. Págs 773-802

siempre, e haya la costa del otro asi como es sobredicho. E si después de tres años el padre lo negara por fijo, mientras anduviere en Pleyto, el padre sea tenuto de dar el gobierno fasta que sea Juzgado el Pleyto: e si no fuere dado por padre, haya las costas de la madre que gelo daba por su fijo con tuerto: e lo que es dicho de los fijos solteros, sea eso sea de los fijos de los casados que fueren partidos pro Santa Iglesia, o por alguna razón derecha”. (F.R. 3.8.3)

De lo anterior se desprende que la obligación pesa sobre los padres que hubieren reconocido al hijo, la obligación es exclusivamente de la madre hasta la edad de tres años, si esta tuviere los medios necesarios, de lo contrario el padre deberá proveerlos; después de los tres años es obligación del padre proveer de alimentos al hijo y la madre, si quisiere puede entregar el hijo al padre, a menos que el alcalde decidiera que ésta siga teniéndolo, a costa del padre.

La situación antes descrita se da sólo en el supuesto de que ambos padres sean cristianos, ya que si la madre es mora, judía o de otra religión, es el padre quien debe cuidar al hijo, aún desde pequeño, siendo de cargo de la madre los gastos, ello para proteger la salud espiritual del hijo, evitando que reciba influencia de religiones que lo puedan apartar del cristianismo.

Si hasta los tres años, el padre no ha reconocido al hijo y después niega su paternidad, debe sin embargo seguir manteniéndolo mientras dure el juicio. Si el fallo es en su contra deberá seguir manteniendo al menor, pero si le fuera favorable, la madre deberá cargar con los costos que se produzcan.

Las Partidas reproducen este principio “Nordrescer a criar deuen las madres a sus fijos que fueren mayores de esa edad. Empero si la madre fuesse tan pobre que non los pudiesse criar, el padre es tenuto de darles lo que ouisse menester para criarlo...” (P.4.19.3)

Además, la Partida 4, Ley 7, Tit. 19, señala que si el padre niega al hijo, el Juez debe hacer averiguaciones sumarias y resolver si es o no hijo, obligándolo si así lo fuera a que lo críe y provea.

Las Partidas en la Ley 2 del Título 19 de la Partida 4, hacen recíproca la obligación alimentaria que sólo pesaba sobre los padres: “...Otrosí dezimos, que los fijos deuen ayudar a prouer a sus padres, si menester les fuere, pudiéndolo ellos fazer; bien assi como los padres son tenudos los fijos”.

⁵⁶ Dournac, Antonio. Op. Cit. Págs 122-125

Además amplía la obligación a los ascendientes paternos y maternos los que deben prestar alimento a sus nietos o bisnietos, cuando los padres no puedan. “...E si el padre o la madre, fuesse tan pobre, que ninguno dellos non ouiesse de que les criar; si el abuelo o bisabuelo de os moços fueren ricos, cualquier dellos es tenuto de criar , por esta razón; porque assi como el fijo es tenuto de prouer a su padre, o a su madre, si vinieren a pobreza; o a sus abuelos, e a sus abuelas, e a sus bisabuelos, que suben por la liña derecha; otrosi es tenuto que cada uno dellos, de criar e estos moços sobredichos si les fuere menester que descendan otrosi por ella” (P 4.19.4)

El hijo natural tiene derecho a que le provean de alimentos y le den educación, no sólo sus padres sino también sus abuelos y demás ascendientes por ambas líneas. La Ley 5, Tit. 19, Part.4 habla de los hijos “que nascen de las mujeres que tienen los omes por amigas manifiestamente como en lugar de mujeres, non habiendo entre ellos embargo de parentesco ó de orden de religión ó de casamiento”; Con posterioridad la Ley 11 de Toro se debió aplicar a todos los hijos que, según esta ley, son naturales, con tal que se encuentren debidamente reconocidos. Como la obligación es recíproca los hijos y descendientes naturales están obligados a dar alimento si fuere necesario a sus ascendientes.⁵⁷

7. Efectos de la Filiación Espuria

Como ya indicamos, los hijos ilegítimos son todos aquellos habidos fuera del matrimonio. Estos se clasificaban en dos grupos: los Naturales y los Espurios y dentro de estos últimos encontramos los incestuosos, adulterinos, sacrílegos, manceres y notos.⁵⁸

Según las Partidas el padre no tiene la patria potestad sobre estos hijos.

a) **Adulterinos:** El hijo adulterino ya proceda de mujer casada, soltera o viuda, tiene derecho a que su padre y su madre y los ascendientes por parte de madre en su defecto lo críen y alimenten. Es heredero forzoso abintestato o testamentario de su madre, cuando no existen descendientes legítimos ni naturales; sin embargo, si existen tales herederos, si bien no podrá heredar a su madre, podrá recibir como donación o legado la quinta parte de los bienes de ésta. (Ley 9 de Toro). El hijo adulterino no puede suceder al padre y por lo tanto a sus parientes paternos, ni abintestato ni testamentariamente, sólo podrá recibir lo que le dejare en

⁵⁷ Escriché, Joaquín. Op. Cit. Tomo I Págs 270-281

virtud de la obligación que tiene de alimentarle, pudiendo dejarle hasta la quinta parte de sus bienes (Leyes 2 y 5, Tit. 19, Part. 4 y Ley 10 de Toro). El hijo adulterino, será hijo natural y gozará, por consiguiente de las ventajas y derechos de los hijos naturales si al tiempo de su nacimiento se hallaren sus padres libres para casarse sin dispensa, con tal que el padre lo reconozca por suyo.

b) Bastardos: No solamente el padre y la madre tienen la obligación de criar y alimentar a los hijos espurios, sino también los ascendientes maternos, no los paternos, si no quisiesen, pues la madre es siempre cierta no así el padre. La Ley 5 , Tit. 19, Part 4 señala “más los que nascen de las otras mujeres, así como de adulterio ó de incesto ó de otro fornicio, los parientes que suben por la liña derecha de parte del padre non son tenudos de criar si non quisieren; furas ende si lo ficieren por su mesura, moviéndose naturalmente á criarlos et a facerles alguna merced, así como farian á otros estraños, porque non mueran; mas los parientes que suben por liña derecha por parte de madre, también ella como ellos tenudos

son de criar si hobieren riqueza con que lo puedan facer. Et esto es por esta razón, porque la madre siempre es cierta del fijo que nasce della que es suyo, lo que non es del padre de los que nascen de tales mujeres”.El padre y la madre están obligados a proveer de alimentos a los hijos bastardo cuando éste no tiene bienes con que poder alimentarse, ni disposición para adquirirlos por medio de su industria, y el hijo no ha cometido contra sus padres ningún acto de ingratitud que lo haga indigno de tal beneficio (Ley 6 , Tit 19, Part.4). estos hijos son incapaces de suceder por testamento o abintestato al padre, tenga o no descendientes legítimos, sin perjuicio del derecho que tienen a los alimentos (no más de la quinta parte de los bienes). En el caso de la madre no son capaces de heredarla por testamento ni abintestato si esta tuviere descendencia legítima, en cuyo caso sólo les podrá dejar la quinta parte de sus bienes, como ya hemos indicado. Pero, si la madre no tuviera descendencia legítima ni natural, serán sus herederos forzosos por testamento y abintestato, salvo que fueren de punible o dañado ayuntamiento o de ayuntamiento sacrílego, caos en los que no podrá

⁵⁸ Ibid. Tomo II Págs 770-802

heredar a la madre, pero e el primero de ellos, la madre podrá en vida o por causa de muerte dejarle un quinto de sus bienes.

- c) **Incestuoso:** Sigue las mismas reglas que los demás espurios tanto en lo relativo a los alimentos como en materia sucesoria; sin embargo tiene una desventaja respecto al hijo adulterino, pues este último se convierte en natural si al momento de nacer sus padres se hayan en aptitud de contraer matrimonio, mientras que el incestuoso siempre mantiene tal calidad. No obstante lo anterior, el incestuoso puede ser legitimado por el matrimonio posterior de sus padres con la correspondiente dispensa, pues la dispensa purga el incesto, quedando como hijo legitimado.
- d) **Sacrilego:** El hijo de clérigo in sacri o de fraile o monja profesos, no puede suceder por testamento o abintestato a su padre ni a su madre ni a sus parientes paternos y maternos, esta prohibición es recíproca, no pudiendo los padres y abuelos sucederles. No obstante lo anterior, los padres están obligados a la crianza y a dar alimentos estos hijos durante su infancia y posteriormente si están en indigencia, si os padres carecieren de medios para ello,

- e) **Incestuoso:** Sigue las mismas reglas que los demás espurios tanto en lo relativo a los alimentos como en materia sucesoria; sin embargo tiene una desventaja respecto al hijo adulterino, pues este último se convierte en natural si al momento de nacer sus padres se hayan en aptitud de contraer matrimonio, mientras que el incestuoso siempre mantiene tal calidad. No obstante lo anterior, el incestuoso puede ser legitimado por el matrimonio posterior de sus padres con la correspondiente dispensa, pues la dispensa purga el incesto, quedando como hijo legitimado.
- f) **Sacrílego:** El hijo de clérigo in sacri o de fraile o monja profesos, no puede suceder por testamento o abintestato a su padre ni a su madre ni a sus parientes paternos y maternos, esta prohibición es recíproca, no pudiendo los padres y abuelos sucederles. No obstante lo anterior, los padres están obligados a la crianza y a dar alimentos estos hijos durante su infancia y posteriormente si están en indigencia, si os padres carecieren de medios para ello, la obligación recae en los ascendientes maternos (Ley 5, Tit 19, Part 4). Para determinar la condición de un hijo como sacrílego hay que estar al estado que al momento de su concepción tenían sus padres, sin que influya el estado de estos al momento del nacimiento.
- g) **Manceres** como estos hijos son considerados sin padre, son los hijos de peor condición dentro de los espurios; pero como la madre siempre es cierta tiene respecto de ella los mismos derechos que los demás espurios. El hijo mancer no puede ser legitimado por matrimonio subsiguiente, a pesar de que puede ser reconocido y legitimado por quien se casare con la prostituta, esta legitimación puede ser combatida por cualquiera que tenga interés en oponerse. Por costumbre también existe la legitimación por concesión del Rey, legitimación que si bien no produce efectos respecto del padre y de la madre, sólo sirve para gozar de nobleza o para obtener títulos y ejercer empleos, cargos o profesiones de que estuviesen excluidos los ilegítimos.

8. Adopción

Es el acto de recibir como propio o prohijar, con autoridad real o judicial, a un individuo, aunque naturalmente lo sea de otro.⁵⁹

⁵⁹ Escriché, Joaquín. Op. Cit. Tomo I Págs. 181-185

Las Partidas distinguían entre la arrogación y la adopción; la primera procedía cuando el adoptado no estaba en poder de su padre o carecía de éste y la segunda se da cuando el prohijado tenía padre natural o legítimo.⁶⁰

Las Partidas señalan: “Adoptio en latin, tanto quiere decir en romance como profijamiento, et este profijamiento es una manera que establecieron las leyes, por la cual pueden los hommes seer fijos de otros, maguer non lo sean naturalmente”.

Podemos definir la Adopción como un acto solemne, sancionado por la autoridad real o judicial, que establece entre dos personas relaciones de paternidad y filiación puramente civiles. En primer lugar es un acto solemne, porque no puede realizarse sino en la forma prescrita por la ley; sancionado por la autoridad real o judicial, es indispensable para la validez de la adopción que intervenga el otorgamiento de la misma por rey o el juez según sea el caso; por último, establece entre dos personas relaciones de paternidad y filiación puramente civiles, porque son solo imitación de las relaciones naturales y no producen más efectos que los que la ley señale.

En esta figura jurídica intervienen:

- a) Adoptado: Es aquel individuo que por naturaleza es hijo de una persona, pero que es prohijado o recibido como hijo por otra mediante autorización real o judicial. El hijo de familia, que está bajo la patria potestad de su padre, no puede ser prohijado sino a través de la adopción especial, con autorización del padre y otorgamiento del juez, llamándose éste individuo propiamente adoptado. Pero el que está fuera de la patria potestad no puede ser prohijado sino por arrogación, es decir, por adopción hecha con otorgamiento del rey sin necesidad de la intervención de su padre, se llama propiamente arrogado, aunque en el lenguaje común se le llame también adoptado.
- b) Adoptante: El que con autoridad del rey o del juez prohija o toma por hijo a uno que es naturalmente de otro. Si prohija a con autorización judicial al hijo que esta bajo la patria potestad de otro con su consentimiento se llama propiamente adoptante; pero si prohija con real autorización al hijo ajeno, que está fuera de la patria potestad de su padre, se llama arrogador o arrogante, aunque en el lenguaje común se le llame también adoptante.

⁶⁰ Dournac, Antonio. Op. Cit. Págs129-130

La Adopción fue creada como consuelo para aquellas personas a quienes la naturaleza negó la posibilidad de tener hijos o que han perdido sus hijos. Los beneficios de esta institución son claros para quienes no tienen descendencia, como para las familias modestas que, pues a través de ella aseguran una mejor suerte para sus hijos, e incentiva en ellas la noble emulación de las virtudes, que ejercitarán para merecer la estimación, la confianza y el interés de la beneficencia. Los inconvenientes que presenta son el de debilitar y aún romper los lazos de las familias naturales para crear familias ficticias.

8.1. Requisitos de la Adopción.

8.1. 1. Requisitos que deben concurrir en el Adoptante:

- a) Debe ser capaz de ser padre naturalmente: La adopción es una imitación de la naturaleza: *Adoptio est aemula naturae, seu naturae imago*, por lo que para adoptar es necesario ser capaz de ser padre naturalmente, por ello puede adoptar cualquier hombre libre, que se halle fuera de la patria potestad, que sea 18 años mayor que el adoptado, y que sea capaz de tener hijos natural, esto es, que no sea impotente por naturaleza aunque lo sea por enfermedad, fuerza o daño que hubiere padecido (Leyes 2 y 3 Tit. 16, Part. 4) Como la adopción es imitación de la naturaleza, es conveniente que razonablemente se pueda suponer que el adoptante es padre del adoptado; por ello no puede suponerse regularmente la paternidad en menores de dieciocho años, aún cuando puedan casarse a los catorce, y menos de aquel que tiene impotencia natural, de ahí que no se le conceda la facultad de adoptar. Este último requisito nos parece extremo, pues si la impotencia casual no es un obstáculo para la adopción, tampoco debiera serlo la natural, ya que son ellos quienes necesitan del consuelo que esta institución persigue
- b) Las mujeres no podían por regla general adoptar, a menos que hubieren perdido un hijo en la guerra, sirviendo al rey o a la patria, y para ello requerían de real licencia (Ley 2, Tit. 16., Part. 4). La ley señala como razón que si las mujeres pudiesen adoptar “podría ser que las engañarían los homes, ó ellas á ellos, de manera que nascerie ende mucho mal”.
- c) Tampoco pueden adoptar los ordenados in sacri, ni los que han hecho voto solemne de castidad; siendo la adopción imagen de las relaciones paterno filiales resultantes del matrimonio, con el objeto de conferir al adoptado los derechos de un hijo legítimo, no puede

suponerse la capacidad de conferir estos derechos a quien no puede casarse sin violar las leyes religiosas y traicionar sus juramentos. Además, si se les otorga a los clérigos tal facultad, las mujeres podrían prostituirse a ellos más fácilmente con la esperanza que éstos adoptarían a sus hijos naturales.

- d) El Fuero Real, siguiendo al derecho romano, niega expresamente la posibilidad de adoptar a quien tiene hijos, nietos o descendientes legítimos, y el Código Alfonsino dispone que no se otorgue licencia para adoptar sin que primero se examine si el adoptante tiene hijos que le sucedan; o si por razón de su edad se halla todavía en estado de tenerlos, no dice expresamente que en estos casos se niegue el otorgamiento, pero se debe estar a la utilidad del adoptado. Pero la ley no sólo vela por la utilidad del adoptado sino que debe fomentar los matrimonios, y evitar por consiguiente la facilidad de darse hijos ficticios, mientras puede tenerse hijos verdaderos por un matrimonio legítimo, la ley debe proteger los intereses de los hijos legítimos y no debe permitir que un padre comparta con un extraño el cariño que debe por entero a sus hijos.
- e) Debe obtener el consentimiento de su cónyuge si el adoptante es casado, ya que la adopción impone una serie de cargas y condiciones que pueden afectar a su cónyuge y el adoptado, por otro lado, no debe ser motivo de discordia en su nueva familia.
- f) Debe presentar pruebas positivas de su afecto a la persona a quien trata de adoptar: ello para evitar que la adopción sea originada por un impulso o capricho momentáneo. Las pruebas pueden ser el haber cuidado al adoptado por cierto tiempo de la educación o de la subsistencia del adoptado, o bien haber salvado éste la vida del adoptante con riesgo de la suya, en batalla, incendio, naufragio, etc.
- g) Debe gozar el adoptante de buena reputación, así lo exige el interés de la sociedad, que no debe permitir se den hijos adoptivos a las personas que no sean capaces de conducirlos por el camino de la virtud para hacer de ellos ciudadanos de la patria (Ley 4, Tit. 16, Part. 4)

8.1.2. Requisitos que deben concurrir en el adoptado

- a) Sólo puede ser adoptado una vez, quien ha sido adoptado por una persona ya no puede ser adoptado por otra, ni aún después de la muerte del primer adoptante, pues ni natural ni ficticiamente puede una persona tener muchos padres o muchas madres de una misma clase.

Sin embargo, puede ser adoptado por dos personas unidas por vínculo matrimonial, sea en un solo acto o en dos actos separados, al mismo tiempo o en épocas diferentes, con tal que en la mujer concurren las circunstancias para poder adoptar.

No obstante lo anterior, puede darse perfectamente la situación contraria, esto es que una persona tenga muchos hijos adoptivos (Ley 7, Tit.7, Part. 4) y si se adoptan hijos de ambos sexos, estos pueden casarse entre si, pues el vínculo que nace de la adopción no es obstáculo para el matrimonio entre los adoptados, por lo mismo, se puede adoptar a un matrimonio

- b) Si el adoptado es casado debe pedir el consentimiento de su cónyuge, esto resulta claro respecto de la mujer, quien no puede celebrar actos jurídicos sin la licencia de su marido y en su defecto la autorización de la justicia; el hombre en cambio, no necesitaría la anuencia de su mujer, pues por regla general puede sin ella celebrar contratos, y la adopción es un contrato entre adoptante y adoptado. Sin embargo, la adopción produce cierta mudanza en el estado de la persona adoptada, y aún impone a ésta gravámenes o cargas como la de suministrar alimentos al adoptante cuando éste los necesitare, pudiendo verse afectada por tanto, directa o indirectamente la mujer en sus intereses por la adopción del marido, más lógico sería que ella deba prestar su consentimiento.

8.2. Efectos de la adopción

- a) El adoptado puede tomar el apellido del adoptante, agregándolo al suyo.
- b) La Adopción crea impedimento dirimente para la celebración de matrimonio entre el adoptante y el adoptado, el cónyuge del adoptante y el adoptado, el cónyuge del adoptado y el adoptante, aunque se disuelva la adopción; entre el adoptado y los hijos carnales del adoptante, mientras dure la adopción, no así con los hijos adoptivos con quienes no existe impedimento, ya sea durante la adopción o disuelta ésta. (Leyes 7 y 8, Tit 7, Part. 4)
- c) El Adoptado algunas veces pasa a la patria potestad del adoptante, pero siempre conserva los derechos y obligaciones con respecto a su familia de origen.
- d) Se genera la obligación recíproca de dar alimentos entre adoptante y adoptado, cuando uno de ellos se encuentre en necesidad y el otro pueda proveerlos, como consecuencia necesaria de

las relaciones paterno filiales que se crean entre ambos, sin cesar la obligación recíproca con su familia de origen.

- e) El adoptado es heredero abintestato del adoptante que no tiene descendientes ni ascendientes legítimos o naturales, pero este derecho sucesorio no es recíproco, ya que los parientes de la familia de origen del adoptado conservan su derecho a sucederle. Además el adoptado no puede heredar a los parientes del adoptante, pues la adopción es un contrato entre el adoptante y el adoptado que no puede perjudicar a terceros. El adoptado, además, no puede heredar los mayorazgos pues no es de la misma sangre que los fundadores de los mismos.

8.3. Adopción Especial

Como ya señalamos, en este tipo de adopción sólo puede adoptarse los hijos que se hayan bajo la patria potestad, de ello se desprende: 1) Que para ella basta el consentimiento del padre, con tal que el hijo no lo contradiga, a diferencia de la arrogación en que se requiere el consentimiento expreso del arrogado; 2) Que puede darse en adopción aún al infante; y 3) Que no pueden adoptarse los hijos ilegítimos pues ellos no se encuentran bajo la patria potestad, no teniendo padre que los pueda dar en adopción.

Además se debe requerir el otorgamiento de la adopción por el juez, de esto se desprende que no puede hacerse privadamente, sino del juez que sea competente; se trata de un acto de jurisdicción voluntaria en el que se presentan el adoptante, el adoptado con su padre quien manifiesta que quiere dar a su hijo en adopción, el adoptante que quiere recibirlo y el hijo que consiente o al menos debe callar o no contradecir a su padre. Luego el juez deberá revisar si se cumplen los requisitos para que proceda la adopción y si ésta será útil al adoptado, en cuyo caso accede a la misma; el padre entonces toma de la mano al hijo y se lo entrega al adoptante, quien le recibe como su hijo adoptivo, y el escribano extiende escritura pública por orden del juez para dejar constancia de tal acto. (Ley 7, Tit. 7, Part. 4; Leyes 1 y 4, Tit. 16, Part 4; Ley 91, Tit. 18, Part.3)

Efectos particulares de la Adopción Especial

Debemos distinguir la adopción perfecta o plena que es aquella hecha por alguno de los ascendientes del adoptado, abuelo o bisabuelo, paterno o materno del adoptado; y la adopción

imperfecta o semiplena que es la hecha por un extraño, o por las abuelas, los tíos y los demás parientes.

Si se trata de adopción plena, la patria potestad pasa al adoptante, el adoptado tiene todos los derechos del hijo propio en los bienes del adoptante, para ser criado con ellos y heredarlos, tanto por causa de la adopción sino por razón del parentesco, si el adoptante le saca de su potestad, vuelve a la de su padre. (Ley 10, Tit. 16, Part.4) Estos hijos suceden en todos los bienes del adoptante si no hay hijos legítimos.

En la adopción semiplena, la patria potestad queda en manos del padre natural, en este tipo de adopción el adoptado no es heredero forzoso del adoptante por testamento, prescindiendo del derecho que tuviere en el caso de ser pariente, pero lo es abintestato, si el adoptante muere sin ascendientes ni descendientes legítimos o naturales (Leyes 8 y 9, Tit. 16, Part. 4; Ley 5, Tut. 6, Lib. 3 Fuero Real; Ley 1, Tit. 22, Lib. 4, Fuero Real; Leyes 1 y 7, Tit 20, Lib 10 Nov. Rec. Así puede el adoptante, dejar de nombrar heredero testamentario al adoptado aunque no tenga descendientes, y nunca podrá legarle más del quinto de sus bienes si tuviere descendientes; ni más de un tercio si tuviere ascendientes. Si muere el adoptante sin dejar testamento, no podrá sucederle el adoptado con perjuicio de los descendientes y ascendientes del causante, pues la disposición de la Ley 9, Tit 16, Part. 4, que le daba derecho a tomar parte en la herencia con los hijos carnales, fue derogada por leyes posteriores.

La adopción especial puede disolverse por la sola voluntad del adoptante, pudiendo desheredar al adoptado con razón o sin ella: “Bien puede el profijador sacar de su poder al profijado quando quisiere con razón ó sin razón; et non heredará ninguna cosa de los bienes de aquel quel profijo” (Ley 8, Tit. 16, Part. 4) Esta norma está tomada del derecho romano y nos parece contraria a la naturaleza de la adopción que es un contrato solemne que produce efectos permanentes más allá de su disolución, como el impedimento dirimente de matrimonio, más justo sería que el adoptado no pudiese ser despojado de la herencia sino por causa de indignidad o ingratitud igual que un hijo o un donatario.

8.4. Arrogación

Es el acto de prohijar bajo el poder de una persona a otra como hijo propio con real autorización, este hijo ajeno no debe estar bajo la patria potestad ya sea porque carece de padre o porque ha salido de ella. “Profijamiento de homo que es por aī et non padre carnal, ó si lo ha, es salido de su poder et cae nuevamente en poder de aquel que le profija” (Ley 7, Tit.7, Part.4)

- a) Arrogado: El que estando fuera de la patria potestad por haber salido de ella o por no tener padre, o ser hijo ilegítimo, ha sido prohijado como hijo por alguna persona con real autorización. Difiere de la adopción pues es necesario que es te fuera de la patria potestad, en cambio en la adopción es el padre quien precisamente da en adopción a su hijo.
- b) Arrogador o arrogante: El que con real otorgamiento prohija o recibe por hijo a otro que no está sujeto a la patria potestad. Puede arrogar el que puede adoptar. No obstante lo anterior, el tutor, no puede arrogar a su pupilo, sino después que éste haya cumplido la edad de veinticinco años, y requiere de real otorgamiento, por la sospecha que hay de que el tutor arrogando a su pupilo menor de edad podría fácilmente perjudicarlo en sus intereses, no dándole cuentas de la administración de sus bienes, o no dándoselas con la debida exactitud. (Ley 6, Tit.16, Part. 4)

Cualquier hijo que esté fuera de la patria potestad puede ser arrogado, pero ¿podrá el hijo natural ser arrogado por sus propios padres?

En el derecho romano esto era perfectamente posible y de hecho muy frecuente, hasta que Justiniano prohibió la arrogación de los hijos naturales por sus padres, con el objeto de que aquellos no pudieran adquirir por la adopción los mismos derechos que los hijos legítimos.

El Fuero Real en la Ley 1, Tit. 22 señala, describiendo un acto que más bien parece un reconocimiento de hijo natural, que el que quiera recibir por su hijo al natural habido en mujer no legítima, debe acudir con el ante el rey u hombre buenos, diciendo que aquel es su hijo, nombrando a la mujer de quien lo hubo, y expresando que le recibe por hijo. Las Partidas por su parte no se manifiestan contrarias a la arrogación de un hijo natural por sus padres, señalan que los hombres pueden ser hijos de otros por prohijamiento, aunque no lo sean por naturaleza, no impide que aquellos que lo son por naturaleza puedan serlo por prohijamiento.

Algunos señalan que con este tipo de arrogación se burlarían las leyes que fijan los derechos de los hijos naturales, otorgándoles derechos que no tienen. No vemos inconveniente en ello ya que los nuevos derechos son adquiridos por un nuevo título el de arrogados, utilizando una institución que mejora el estado de los hijos naturales.

La arrogación es un contrato en que se requiere el consentimiento expreso de ambos, sin que baste el consentimiento expreso del que va a ser prohiado como en la adopción especial. Como el infante o menor de siete años carece de la capacidad para consentir, no puede ser arrogado (Ley 4, Tit 16, Part.4) Existe además otra razón, ya que en la arrogación el hombre cae nuevamente en poder de aquel que lo prohija, a nadie se le puede privar de sus derechos contra su voluntad, por ello se le exige el consentimiento expreso del arrogado; no puede el tutor consentir por el arrogado pues carece de patria potestad.

Al igual que la adopción especial no puede realizarse privadamente, debe intervenir otorgamiento del rey, con conocimiento de causa, cuando el arrogado es mayor de siete años y menor de catorce. El rey examinará si se cumplen los requisitos y circunstancias para que opere la arrogación y si resulta útil para el arrogado, concederá la licencia para que se efectúe, en cuya virtud se hace la arrogación ante escribano público, dando caución el arrogador que si el arrogado muriere antes de la pubertad, entregará todos los bienes de éste a las personas que tengan derecho a heredarlos, bienes que de todos modos deberá entregar aún cuando no haya hecho la caución. (Ley 4, Tit. 16, Part. 4 y Ley 92, Tit. 18, Part.3)

Si el arrogado es mayor de 14 años sólo se requerirá la autorización del juez, quien deberá realizar las mismas diligencias que el rey antes de conceder su otorgamiento.

Efectos de la Arrogación

El arrogado pasa a la patria potestad del arrogador, tanto su persona como sus bienes, como si fuese su hijo legítimo, gozando el arrogador del usufructo de los bienes del arrogado mientras esté bajo su patria potestad.(Leyes 7 y 8, Tit.16, Part.4)

El arrogado es heredero forzoso del arrogador, abintestato y testamentariamente, cuando este último no tiene ascendientes ni descendientes legítimos o naturales, heredando la cuarta parte de sus bienes. (Ley 8, tit. 16, Part.4). Si tuviere descendientes legítimos se limitará a la quinta parte por vía de alimentos, pues en nada suceden al arrogador en este caso.

Este derecho de sucesión no es recíproco, así el arrogador no es heredero abintestato del arrogado. En este sentido la Ley 5, Tit. 22, Lib 4 del Fuero Real, señala que si el recibido muriese antes que el recibidor, este no le hereda, sino los parientes naturales del muerto; pero si el recibidor muriese antes, debe dejar la quinta parte por testamento o abintestato, al prohijado, y cuando este muere después, le heredarán sus parientes naturales, pues habiendo descendientes, no podrá recibir el arrogado sino el quinto de los bienes del arrogador, y habiendo sólo ascendientes el tercio porque todos los bienes de los padres son legítima de los hijos, menos la quinta parte, de que aquellos pueden disponer libremente, y todos los bienes de los hijos que no tienen descendientes, son legítima de los padres, excepto la tercera parte, de que pueden disponer libremente. (Ley 8, Tit.16, Part.4; Ley 5, Tit.6, Lib. 3 Fuero Real; Ley 1, Tit. 22, Lib. 4, Fuero Real; Leyes 1 y 7, tit. 30, Lib. 10 Nov. Rec)

El arrogador no puede sacar de su poder ni desheredar al arrogado sino por justa causa que pueda probar ante el juez; será justa causa para sacarlo de su poder, el haber sido instituido el arrogado como heredero por un tercero bajo la condición de que el arrogador lo saque de su poder, en cuyo caso puede hacerlo devolviéndole todos los bienes que tenía al momento de entrar a su potestad. (Ley 7, Tit.16, Part.4) Si deshereda al arrogado sin justa causa, no solo está obligado a restituirle todos los bienes que trajo con todas las ganancias que hizo, menos el usufructo relativo al tiempo de duración de la patria potestad, sino que debe también darle la cuarta parte de sus bienes propios (Ley 8, Tit.16, Part. 4). .

CAPITULO CUARTO: VIGENCIA Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE DERECHO INDIANO SOBRE PARENTESCO EN EL REINO DE CHILE

1. La Administración de Justicia

La vigencia de las normas y su aplicación práctica, se ven claramente reflejadas en los pleitos que se someten a la decisión de los organismos encargados de administrar justicia en las Indias, específicamente y en lo que nos interesa, la administración de justicia en el Reyno de Chile.

La adecuada administración de justicia fue una de las grandes preocupaciones de las monarquías españolas, especialmente en tiempos de los Austria. Esto dio origen a una abundante legislación para las Indias y a la creación de audiencias, el envío de visitadores generales, etc.

Los organismos encargados de la administración de justicia, los que en su mayoría ejercían también labores de carácter gubernativo eran: Audiencias, Virreyes, Gobernadores, Corregidores, Alcaldes Mayores, Alcaldes Ordinarios, Alcalde Mayor Indígena y otras jurisdicciones especiales.

2. Jurisprudencia de la Real Audiencia de Santiago de Chile en materia de familia.

Como ya hemos indicado, la competencia de la Real Audiencia recae mayoritariamente sobre causas civiles y criminales que eran sometidas a su conocimiento por vía de la apelación, también se encarga del acatamiento de las Reales Cédulas, explicando el alcance de las mismas a los tribunales inferiores.

A continuación resumiremos algunos casos sometidos a la decisión de la Real Audiencia, que por la temática o la aplicación practica de la normativa existente en materia de familia, nos permiten acercarnos a la realidad jurídica de la época.

Casos de Reconocimiento de Filiación Legítima y Natural.

Juicio que sigue don Gabriel de Avaría con don Francisco Antonio de Avaría (Real Audiencia, Volumen 2588, año 1704, Tribunal: Alcalde Ordinario de Primer Voto)

Gabriel de Avaría señala ser hijo legítimo del general don Francisco de Avaría y de doña Lucía de Zavala. Comenta haber sido criado y educado como tal. Como documento acompaña testamento, en el cual es instituido heredero necesario de doña Lucía de Zavala.

Se recibe la declaración del testigo General don Jerónimo Cortés de Manso, encomendero de esta ciudad, el cual señala que a don Gabriel de Avaría lo conoce desde que nació y es hijo legítimo del matrimonio legalmente constituido de don Francisco Antonio de Avaría y de doña Lucía de Zavala, personas de la primera estimación de este reino.

Declara la testigo María de Campo sin contradecir lo expresado por el general Jerónimo Cortés de Manso.

Declaración del testigo Alonso Romero de Saavedra, abogado, quien señala conocer a don Francisco Antonio de Avaría y doña Lucía de Zavala, que están unidos en legítimo matrimonio. También menciona los hijos de la pareja, entre ellos a don Gabriel, que es el que lo presenta como testigo. Además señala que a don Gabriel de Avaría se le trató y educó como hijo legítimo.

Expone como testigo don Gaspar de Aguila, encomendero de esta ciudad, señala que conoce a los padres. Declara que don Gabriel es hijo legítimo del ilustre matrimonio antes mencionado. Además sus hermanos lo trataron siempre como hijo legítimo.

Es presentado el déan de la Catedral y Vicario General de este Obispado don Pedro Pizarro y declara conocer a esta noble familia.

Se acompaña testamento en el cual se contempla el nombre de los hijos del matrimonio “de Avaría de Zavala”, como herederos necesarios.

En virtud de lo anteriormente expuesto se declara hijo legítimo de don Francisco de Avaría y de doña Lucía de Zavala a don Gabriel de Avaría.

Aplicación del Derecho: En el caso recién resumido se aplica el principio que de la unión matrimonial proceden los hijos legítimos: “Legítimo hijo, tanto quier decir, como el que es

fecho segund ley y aquellos deben ser llamados legítimos los que nacen de padre y madre que son casados verdaderamente, según manda (la) Santa Iglesia”.

Las Partidas establecían la legitimidad de los hijos habidos dentro del matrimonio de los padres, mediante una presunción de las llamadas *juris et de juris*, es decir, que no admitía prueba en contrario por su carácter absoluto, siempre que el nacimiento del hijo se hubiera producido después de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio, pues la regla general es que los niños nazcan a los nueve meses contados desde la concepción, pudiendo nacer en forma prematura desde los siete meses y algunas veces pasados los nueve meses. (Ley 4, Tit. 23, Part. 4). Si bien no se rinde prueba sobre el tiempo en que hubiera nacido don Gabriel desde la celebración del matrimonio, a pesar de que no hubiera nacido después de los ciento ochenta días, contados desde la celebración del matrimonio, se considera legítimo, no pudiendo el padre desconocerle, ya que “si antes o después del nacimiento, hubiese reconocido su paternidad por instrumento público o privado, o por cualquier otro acto serio; pues los padres pueden establecer la legitimidad de sus hijos, pero no quitárselas después de establecida.” En el caso expuesto se le instituyó heredero necesario por testamento, reconociendo por tanto su calidad de hijo legítimo.

Juicio seguido por don Francisco Arcaya para obtener el reconocimiento de su calidad de hijo natural de don Juan Luis de Arcaya y de doña Juana España. (Real Audiencia, Volumen 2124, año 1779, Tribunal: Real Audiencia)

El letrado don José Ignacio Lepe, a nombre y en representación de don Francisco Arcaya, indica que su parte es hijo natural del General don Luis de Arcaya, Corregidor que fue de la ciudad de Santiago y de doña Juana España, soltera, residente en Lima. Para comprobar la filiación ofrece información de testigos y un interrogatorio.

Son interrogadas varias personas de distinguida posición y en forma sucesiva, quienes declaran a favor de don Francisco Arcaya señalando y asegurando se limpieza de sangre y nobleza.

El letrado don José Ignacio Lepe, abogado de don Francisco Arcaya, solicita que toda vez comprobada su filiación sea otorgada a su parte “la posesión de noble, mandando que como a tal se le guarden las escepciones y privilegios que le corresponden”.

El Fiscal de su Majestad indica que la Real Audiencia debe resolver esta causa atendiendo a la ley 153, título 5, libro 2 de Indias.

Vistos, la Real Audiencia resuelve en la forma siguiente: apruébanse las diligencias practicadas por don Francisco Arcaya en orden a su filiación y limpieza y guardándose todas aquellas preeminencias, honores y excepciones que le correspondan por su calidad, por lo que respecta a la declaración y ampara de su nobleza que pretende ocurra a usar de su derecho donde y como viere que le convenga, a cuyo efecto se le entregue testimonio de este expediente como pide”.

En el año 1798, don Buenaventura de Arcaya solicita a la Real Audiencia la vista de la información “que por los años de setenta produjo sobre su nobleza e idalgúa don Francisco Arcaya su hermano”. El Ilustre Tribunal le concede lo solicitado.

Juicio que sigue don Francisco Rodríguez, Procurador de Pobres en representación de don Diego Muñoz con don Sebastián Muñoz, para que se le reconozca su calidad de hijo natural del segundo. (Real Audiencia Volumen 2720, año 1710 a 1711, Tribunal: Alcalde Ordinario de Castro)

El Procurador de pobres don Francisco Rodríguez, en representación de don Diego Muñoz, se presenta ante la Real Audiencia, señalando que este dice ser hijo natural de don Sebastián Muñoz, español, y de Lorenza, india, quienes lo procrearon siendo “libres y sueltos”, en la provincia de Chiloé, “donde nació el susodicho desde dicho tiempo hasta ahora ha sido criado y reputado por hijo natural del dicho Sebastián Muñoz y como tal por persona libre y ahora el Capitán don Marcos de Cárcamo, encomendero de los indios del pueblo de Quinchao, de la dicha provincia de Chiloé, pretende reducirlo a su pueblo y repartimiento con el pretexto de haber casado la dicha Lorenza, su madre, con indio de su encomienda, en cuyos términos, siendo libre el susodicho, mi parte, sobre que ofresco información al tenor de este escrito con citación del Capitán don Marcos de Cárcamo, y dada se ha de servir Vuestra Audiencia de declarar por libre a demandado, mi parte, amparándole en su libertad”

En consideración a que los testigos presentados por las partes se encuentran en la provincia de Chiloé, el procurador solicita se despache Real Provisión para el examen de éstos, realizado por la justicia de tal provincia.

La Real provisión es enviada y establece que en el intertanto nadie puede perturbar la libertad de don Diego, so pena de ser castigado al pago de una multa de \$ 100.

El Alcalde Ordinario de Castro da cuenta, catorce meses después, que la Real Provisión se encuentra en su poder y que le dará debido cumplimiento.

Notificado don Diego, presenta cuatro testigos, incluyendo a la india Lorenza, su madre, que deponen acerca de su filiación. Dichos testigos, contestes, declaran que don Diego es hijo de don Sebastián Muñoz, quien contribuyó desde su nacimiento a su crianza y lo pidió en muchas oportunidades a su madre, la india Lorenza; pero esta resentida porque don Sebastián se había casado con posterioridad, no le entregó al niño y se casó a su vez con indio, cuando el niño tenía tres años.

La india Lorenza agrega, como testigo, que por ser mujer de un indio de Quinchao, “su cacique lo por hijo legítimo de éste, su marido y que don Diego no tiene más padre que a don Sebastián Muñoz”.

Los testigos ratifican su declaración.

En el intertanto de esta causa cambió de manos la encomienda de don Marcos de Cárcamo a doña Catalina Barrientos, el Alcalde de Castro ordenó la notificación a la nueva propietaria la declaración y ratificación de los testigos. En caso de oponerse, debería acudir a la Real Audiencia a la brevedad.

Aplicación del Derecho en los casos precedentes: Para que un hijo sea considerado como natural no basta con que los padres hayan podido contraer matrimonio sin dispensa al momento de la concepción o del nacimiento, es necesario, además, que el padre lo reconozca como suyo. En el caso resumido no existe tal reconocimiento paterno, este reconocimiento no era exigido en el derecho romano ni en las Partidas, fue introducido debido a que la Ley XI de Toro extendió el beneficio de la naturalidad aún a los hijos de mujeres que no sean propiamente concubinas o que no conste que lo sean, la forma de reconocimiento que se busca en el proceso en cuestión es la

forma residual contenida en las Leyes de Toro y las Partidas: Por cualquier medio de prueba que el derecho establece, con tal que se haga constar de una manera fehaciente, que no quede lugar a duda sobre la certeza del hecho. Las partidas establecen el reconocimiento forzoso que efectúa el juez quien debe por todos los medios de prueba, llegar a la convicción y fallar acogiendo o rechazando tal reconocimiento. Si el fallo es favorable, el juez obligará al padre a que “lo críe e provea”. A pesar que en este caso no se busca el reconocimiento para que el padre cumpla con sus obligaciones sino más bien para lograr que el menor sea considerado persona libre.

El reconocimiento, de cualquier forma que se realice, es irrevocable, pues no se trata de un acto de mera liberalidad, sino una declaración en virtud de la cual, la ley confiere una serie de derechos al hijo reconocido, esto es más claro aún en el reconocimiento que efectúa el propio juez.

Juicio que sigue doña Agustina de Amesquita y Godoy. (Real Audiencia , Volumen 2122, años 1709 y 1740. Tribunal Real Audiencia y Alcalde y Corregidor de La Serena.

Doña Agustina de Amesquita y Godoy se presenta ante esta corte por ser viuda pobre y señala haber sido declarada hija natural del Capitán don Juan Bautista de Amesquita y de doña Jacinta de Godoy. Por otro lado señala que su madre murió sin dejar hijos legítimos, en virtud de lo cual es a ella a quien le corresponden los bienes de ésta en su calidad de heredera universal. Para tal efecto la legislación establece que los hijos naturales son herederos forzosos de la madre cuando ésta no tiene hijos legítimos.

El tribunal confiere traslado a los albaceas o herederos que hubieran quedado o sobrevivido a la causante.

La parte accionante en estos autos presenta testigos a fin de acreditar su filiación y el hecho de haber sido solteros ambos padres al tiempo de la procreación. El Alcalde aprueba la información rendida.

Doña Agustina de Amesquita insiste en solicitar para si la herencia , para lo cual pide se declare la nulidad del testamento de su madre pues, señala, lo escribió sin tener la noción de que la herencia podía beneficiarla a ella. En el testamento antes mencionado, Jacinta de Godoy,

madre de doña Agustina, deja en señal de última voluntad, un inmueble ubicado en esta ciudad a doña Josefa del Castillo.

El Corregidor de La Serena solicita y exige la presencia de los herederos legítimos de doña Jacinta de Godoy, quienes no son habidos.

En el año 1740 Jacoba Ramírez, hija de doña Agustina de Amesquita y Godoy, solicita que la causa se desarchive y sea reabierta teniendo como contraparte a los actuales poseedores del inmueble de autos. Es así como el procedimiento queda entablado entre ésta y doña Felipa de Godoy quien niega el derecho de doña Agustina, por haber sido hija natural de doña Jacinta.

Aplicación del Derecho: En el caso recién referido junto con acreditar su filiación como hija natural, doña Agustina pide ser declarada heredera universal de su madre, a falta de descendientes legítimos derecho que la contraparte pretende negar alegando que es hija natural, en la herencia de la madre a diferencia de lo que ocurre con la del padre, las Partidas señalan que los hijos naturales siempre suceden a la madre por aplicación del principio romano de que “mater siempre son ciertas de los fijos que nascen dellas; por esta razón todo fijo deue heredar en los bienes de su madre en uno con los otros fijos legítimos que nascen della, quier sean legítimos o non...” (Ley 13, Tit 11, Part. 6), sólo carecen de este derecho sucesorio los hijos adulterinos, espurios, o de dañado o punible ayuntamiento, pues estos descendientes no tienen derechos sucesorios, como sanción a las relaciones en las que fueron concebidos.

La Ley 9 de Toro y la Ley 2 , Tit. 13, Part.6, Glosa 3ª de Gregorio López y Ley de 16 de Mayo de 1835 (esta última no es aplicable al caso por su dictación posterior), modifican la normativa contenida en Las Partidas y disponen que los hijos naturales suceden abintestato a su madre, siempre que no hayan hijos y descendientes legítimos, aunque ella tuviere padre, madre u otros ascendientes legítimos. Pues no habiendo descendencia legítimas, los hijos naturales son herederos forzosos de la madre tanto en la sucesión testamentaria como abintestato de ésta. Si hay descendencia legítima sólo podrán recibir a título de donación o legado la quinta parte de los bienes de su madre. Al parecer en el caso referido no existen ni ascendientes ni descendientes legítimos de la causante por lo que doña Agustina debía ser declarada como heredera forzosa de su madre.

Juicio seguido por don Fernando Macaya y Jofré para obtener reconocimiento de su calidad de hijo natural de don Juan Agustín de Macaya y doña Antonia Jofré (Real Audiencia, Volumen 2121, año 1773, Tribunal: Alcalde Ordinario de Santiago y Real Audiencia)

En octubre de 1773 el Capitán de Caballería don Fernando Macaya y y Jofré de la Villa de San Martín de la Concha, indica ser hijo natural del Maestre de Campo don Juan Agustín de Macaya y de doña Antonia Jofré, quienes lo procrearon siendo ambos solteros y sin tener impedimento legal alguno. No obstante lo anterior, dice haber sido reconocido, criado y educado por sus progenitores.

Posteriormente presenta información rendida por testigos sobre su filiación para que, en virtud de la aprobación de ésta, sea considerado “por persona muy limpia y por hijo natural sin impedimentos de los nobles Padres que llevo representados y que como tal pueda gozar los Empleos que me correspondan”.

Asimismo, es presentada su partida de bautismo y certificados de diversa índole acreditando sus títulos y empleos de Capitán de Compañía, Procurador General de la Villa, Capitán de Caballería, Teniente General y Justicia Mayor, Administrador de Rentas Reales; presenta recomendación del Corregidor de la Villa, certificados de bautismo de sus abuelos, testamentos de estos, etc., además de varios testigos que ratifican su declaración. Entre las declaraciones consta la de su padre (su madre había fallecido con anterioridad a este procedimiento).

Se concede traslado al Procurador General, quien aprueba la información rendida y confirma “sin que pueda hostar en manera alguna asea hijo natural con respecto a no ser exsepción que embaraze la naturaleza de sangre”

Por tanto, se declaró a don Fernando Macaya y Jofré como hijo natural de don Juan Agustín de Macaya y de doña Antonia Jofré y quedó autorizado a usar de su derecho donde más le conviniere.

Con posterioridad al fallo don Fernando Macaya comparece ante la Real Audiencia solicitando se le ampare en la posesión de nobleza e hidalguía y excepciones que la ley concede a los de esta categoría, recibíendose como tal en cualquier cabildo.

Además solicitó se librase Real Provisión al respecto para anotarla en los libros de la provincia de Quillota.

Se concede vista al fiscal y traslado al Procurador General.

Aplicación del Derecho: En este caso además de presentar testigos y otros medios de prueba para acreditar su filiación natural don Fernando Macaya presenta como testigo a su propio padre quien efectúa el reconocimiento de su condición de padre natural de don Fernando, asimilándose al caso de reconocimiento por acta autorizada por el magistrado, justicia o consejo del pueblo, con asistencia del escribano, en que constare la declaración de la paternidad hecha por el padre.

Entrega inmediata de menores

Juicio seguido por don Alonso Lopez contra don Francisco Barahona por la restitución de su nieto. (Real Audiencia, Volumen 2470, año 1678, Tribunal: Real Audiencia)

El Capitán de este reino don Bartolomé Jorquera, Protector General de Indios, se presenta ante la Real Audiencia en representación y defensa de don Alonso López, indio, cacique del pueblo de Llupeo, y solicita se aperciba a don Francisco Barahona, Maestro de Campo, a entregar a su nieto de ocho a nueve años de edad.

La Real Audiencia una vez vistos y analizados los antecedentes ordena la entrega inmediata del niño a su legítimo abuelo.

Ante la negativa de don Francisco Barahona de llevar a cabo dicha entrega la Real Audiencia insiste en llevar adelante dicha medida, multándolo en \$ 50.-

Protestando por la multa impuesta don Francisco Barahona indica a la Real Audiencia que manteniendo al niño en su casa le asegura una buena educación cristiana, razón por la que solicita a este altísimo tribunal que el menor sea mantenido bajo su cuidado.

El tribunal haciendo caso omiso a las razones esgrimidas por don Francisco Barahona, vuelve a ordenar la entrega inmediata del menor a su abuelo, don Alonso López so pena de \$ 100.

Aplicación del Derecho: En este caso si bien no se discute, pues no es un hecho controvertido, ni se indica la filiación del nieto, si partimos del supuesto de que el menor era nieto legítimo de don Alonso López, el fundamento de la decisión del tribunal debió ser sin duda la Patria Potestad,

que era definida en Las Partidas como “el poder que han los padres sobre los hijos y sobre sus nietos y sobre todos los otros de su linaje que descienden de ellos por línea recta, que son nacidos de casamiento derecho” (Ley 1, Tit. 17, Part. 4). Este poder se extinguía sólo por la muerte o destierro perpetuo del padre, la elevación del hijo a dignidad pública, la emancipación voluntaria de los padres, el incesto cometido por el padre, el abandono, el castigo cruel a un hijo, la prostitución de la hija y desamparo del hijo el fundamento de la Patria Potestad lo ven las Partidas en el Derecho Natural, siendo por tanto anterior al Estado: “Poder y señorío han los padres sobre los fijos, segund razón natural, e segund derecho. Lo uno, porque nascen de ella; lo al, porque han de heredar lo suyo”. No obstante definirla como poder y señorío, las Partidas no concebían la Patria Potestad como un poder ilimitado del padre. vgr. El derecho de vender o empeñar al hijo sólo en el caso de que el padre sufra tal hambre o pobreza que no pueda socorrerse de otro modo, para evitar que muera el padre y el hijo.

Juicio seguido por doña María Calderón contra don Antonio de Carvajal por la devolución de su nieta. (Real Audiencia, Volumen 2166, año 1706, Tribunal: Real Audiencia)

El defensor General de Indios de este reino, en representación y defensa de doña María Calderón, mujer legítima de don Juan Araucano, indio libre, residente de la estancia de Malloco del Maestre de Campo don Antonio de Carvajal, en el Partido de Quillota, demanda a este último solicitando la devolución inmediata de Clara de cinco años de edad, nieta de María Calderón (india); esta nieta es hija de una hija ya fallecida de María Calderón.

La abuela señala que ha cuidado desde los seis meses a la niña y que el Maestre de Campo don Antonio Carvajal se la ha quitado ilegalmente.

El tribunal decreta la devolución inmediata de la niña so pena de \$ 100 en la forma ordinaria.

El Maestre de Campo don Antonio de Carvajal solicita al tribunal la revocación de dicho decreto. Expone su defensa con los siguientes argumentos:

Dice que la menor, Clara es hija de Jerónimo, un indio de su encomienda. Este último se encuentra prófugo desde hace más de dos años, oculto en el valle. La abuela tuvo noticia que su yerno quería quitarle su nieta y entonces se la entregó voluntariamente a él, para evitar el hurto

de la menor. Deja en claro que la entrega fue voluntaria y no a la fuerza como falsamente señala la abuela y además, que es de falsedad absoluta que la abuela la haya criado desde los seis meses; señala que la abuela es la sustractora de su nieta cuando a los dos años de edad la sacó del lugar donde su yerno, Jerónimo la había mandado criar.

Señala, además, que la abuela es casada con indio libre (Juan Araucano), el que no tiene residencia cierta y se puede llevar a la menor lejos, evitando así que esta última se case con un indio de la encomienda de don Antonio Carvajal.

Agrega que la abuela no le ha enseñado nada sobre la fe, ni siquiera la señal de la cruz. Dice que le preguntó a la muchacha que cosas le había enseñado la abuela y respondió que a “volar”. Añade que los abuelos se ponían a volar, quedando como zorras. Des esta manera argumenta que Clara no recibiría una formación cristiana en poder de sus abuelos.

El Protector General de Indios, solicita a la Real Audiencia que ordene a don Antonio Carvajal justificar el contenido de su escrito de súplica sin dilación.

El Protector General de Indios pide que se le acuse en rebeldía y que se acceda a lo solicitado. El tribunal resuelve que se entregue su nieta doña María Calderón.

El Maestre de Campo don Antonio de Carvajal, en el escrito siguiente explica que no había cumplido lo ordenado anteriormente por haber estado impedido por una grave enfermedad. Además añade que la abuela anda vagando y que entregaría a la menor con la condición de que no la saque de la estancia de Patrapuén donde reside el cuerpo de la encomienda.

La Real Audiencia decreta que la abuela vaya a buscar a su nieta y que no la saque de la estancia antes mencionada, en caso contrario la niña le será quitada de su custodia.

Aplicación del Derecho: A diferencia del caso anterior, aún cuando partiéramos del supuesto de que la menor es nieta legítima de doña María Calderón el fundamento de que la menor deba estar al cuidado de la abuela materna no lo podemos buscar en la Patria Potestad ya que si bien en los primeros tiempos existió un caso en que era ejercida por la madre, el Fuero Juzgo establecía que quedaran en poder de la madre a la muerte del padre, los hijos de ambos sexos, calificándose esta potestad como tutela de carácter facultativa, cesando en caso de que la madre contraiga nuevas nupcias. Además está sujeta a la formación de inventario. Las partidas en cambio niegan en forma terminante a la madre el ejercicio de la Patria Potestad. El fundamento más bien está

ligado simplemente a las estrechas relaciones de parentesco que unen a la abuela y la nieta y a la circunstancia que el paradero de su padre, quien debería perder la patria potestad sobre la menor por abandono, es desconocido.

Casos de Alimentos

Juicio seguido por doña Josefa Parra con don Antonio Apablaza solicitando alimentos para su hija. (Real Audiencia, Volumen 2524, año 1756 a 1757, Tribunal: Real Audiencia)

Don Juan de Morales, en representación de doña Josefa Parra, dice al Presidente de la Real Audiencia que su parte tuvo una hija con don Francisco Valenzuela, de nombre Ana Josefa de ocho años de edad. A la que don Francisco crió en su casa desde su nacimiento como hija propia y que después mantuvo en un monasterio contribuyendo en todo lo necesario para su subsistencia.

A la muerte de don Francisco Valenzuela y de su madre, no quedó heredero legítimo alguno, por lo cual el representante de doña Josefa Parra alega que esta debe recibir una sexta parte de los bienes que quedaron en manos de don Antonio Apablaza, tutor y curador de los bienes de la que vendría a ser su abuela. Además, solicita que Apablaza entregue por lo menos \$ 8 mensuales para la alimentación de su hija y lo que anualmente sea necesario para el vestuario de la menor.

Apablaza reclama ante la Real Audiencia lo espúreo de la filiación de la menor Ana Josefa y exige que se pruebe fehacientemente dicha filiación. Ante esto don Juan de Morales presenta interrogatorio y cinco testigos que ratifican su versión.

Apablaza señala que si bien la contraria tiene justificada la filiación de Ana Josefa como hija natural de don Francisco Valenzuela no por ello tiene derecho a la sexta parte de la herencia, “puesto que la sucesión en esta parte respecto del padre no tiene lugar cuando quedan ascendientes legítimos que así lo advierten todos los tutores, y habiendo quedado biva su Madre doña Mariana de Rojas”.

Don Juan de Morales señala que lo anterior es falso de falsedad absoluta “porque la doctrina que se cita de contrario no se fundamenta en derecho alguno, porque según el sivil los padres solo eran herederos forzosos a los hijos en la tercera parte de sus bienes, y según el Real

en las dos terceras partes, con que quedando solo el tercio libre, no daña la herencia de los padres a la que deben haber los hijos naturales conforme a la ley en la sexta parte”.

Don Antonio Apablaza insiste en que la niña no tiene ningún derecho porque los bienes de don Francisco Valenzuela pasaron directamente a su madre, por lo que no le corresponde la sexta parte ni la mantención mensual o anual.

La Real Audiencia declara no haber lugar a la pretensión de la sexta parte pedida por doña Josefa Parra y sólo haberlo en razón de los alimentos, que deben ascender solamente a \$ 4 por mes, mientras se procede a la partición de los bienes de don Francisco Valenzuela.

Don Juan de Morales, en representación de doña Josefa Parra, solicita que los \$ 4 tengan efecto retroactivo desde el día en que don Antonio Apablaza comenzó a ejercer el cargo de curador, momento en que la menor dejó de percibir toda ayuda.

En cumplimiento de lo solicitado por doña Josefa Parra y lo mandado por la Real Audiencia, dona Antonio Apablaza paga \$ 56, correspondientes a los catorce meses que ejerce como curador y se compromete a pagar los \$ 4 mensuales a futuro.

Aplicación del Derecho: En el caso planteado la madre doña Josefa Parra alega que por no existir ascendientes ni descendencia legítima en la sucesión de don Francisco Valenzuela padre natural de su hija, se aplicaría la modificación introducida por las Partidas que señalan que el padre “oviesse avido de alguna muger de qué non fuesse dubda que la el tenía por suya” puede heredar a falta de hijos legítimos, la sexta parte de la herencia paterna pero debe compartirla con su madre. Son herederos forzosos abintestato del padre en este caso. Por las alegaciones de la contraria de que la madre de don Francisco Valenzuela estaría viva, y el fallo del tribunal negándole la sexta parte en los bienes del causante a la menor, pareciera que al existir una ascendiente vivo, el tribunal debió aplicar las normas que establecen que si el padre postergara al hijo, sus herederos deben prestarle alimentos necesarios para su subsistencia, cuyo monto será determinado por el arbitrio de hombres buenos.

Juicio seguido por doña Feliciana de Castro con don Antonio García solicitando alimentos para su hijo (Real Audiencia, Volumen 2257, año 1772, Tribunal: Alcalde Ordinario de Vecinos de Santiago y Real Audiencia)

Doña Feliciana de Castro indica tener un hijo menor de edad (dos años), llamado Francisco García e hijo de don Antonio García. Como hijo de él, así lo ha mantenido, sin embargo, debido a una larga ausencia de su parte doña Feliciana solicita al tribunal se le aseguren los alimentos del menor con \$ 200 que aquél le había prometido para comprarse una casa o en su defecto instalar un bodegón que le asegurara su subsistencia.

El Alcalde Ordinario de Vecinos de Santiago ordena la inmediata retención de la suma antes mencionada, en manos de don Domingo de Bilbao.

La demandante presenta testigos que señalan al menor como hijo de las partes involucradas en estos autos y que don Antonio García lo ha criado e incluso ofreció comprarle un cuarto para que viviera con su madre o instalar un bodegón.

También señala que por ley 8, título 13, Partida 6, está previsto que “aún quando el padre no diga nada al hijo natural, sus herederos son obligados que le dar todo lo que fuere menester para su gobierno, e para su bestir y calsar”. Asimismo, indica que los autores establecen que las causas de alimentos deben ser “sumarísimas” e inmediata la entrega al constarse la filiación. Es en virtud de esto último que exige la entrega inmediata de los montos retenidos por el juez.

Para el efecto de decidir el pleito se remiten los autos en asesoría a un letrado de la Real Audiencia. También se ordena la entrega del dinero a doña Feliciana de Castro. En ese momento comparece en los autos don Romualdo Villanueva, quien se presenta como encargado de todas las deudas de don Antonio García, en virtud de que éste es casado en España “y estar declarado en la Ley de Toro que solo son hijos naturales.... aquellos que cuando nacieron o fueron concebidos, podían los padres casar con las madres sin dispensa”. En esta caso en cambio, “por derecho civil y Real están libres de tal obligación los padres de esta clase de hijos como se colige de la Ley 5, Tit 19, Part. 4 en que se declara que nacen de las otras mujeres, así como de adulterio, incesto no son obligados sus padres de los criar”. También señala que el tío del menor, don Joaquín García, está dispuesto a recibirlo y educarlo.

El Defensor General de Menores solicita que se haga efectiva la entrega del dinero estipulado a la madre.

La real Audiencia confirma el decreto del Alcalde Ordinario de Vecinos de Santiago y ordena que no se admitan más escritos en estos autos.

Aplicación del Derecho: La legislación aplicable nos señala que la obligación de proporcionar alimentos pesa sobre los padres que hubieren reconocido al hijo, la obligación es exclusivamente de la madre hasta la edad de tres años, si esta tuviere los medios necesarios, de lo contrario el padre deberá proveerlos; después de los tres años es obligación del padre proveer de alimentos al hijo y la madre, si quisiere puede entregar el hijo al padre, a menos que el alcalde decidiera que ésta siga teniéndolo, a costa del padre; si fuere cristiana, ya que si la madre es mora, judía o de otra religión, es el padre quien debe cuidar al hijo, aún desde pequeño, siendo de cargo de la madre los gastos, ello para proteger la salud espiritual del hijo, evitando que reciba influencia de religiones que lo puedan apartar del cristianismo.

Además, la Partida 4, Ley 7, Tit. 19, señala que si el padre niega al hijo, el Juez debe hacer averiguaciones sumarias y resolver si es o no hijo, obligándolo si así lo fuera a que lo críe y provea. Aquí encontramos la norma citada por doña feliciano de Castro al indicar que las causas de alimentos deben ser “sumarísimas”

El hijo natural tiene derecho a que le provean de alimentos y le den educación, no sólo sus padres sino también sus abuelos y demás ascendientes por ambas líneas. La Ley 5, Tit. 19, Part.4 habla de los hijos “que nascen de las mujeres que tienen los omes por amigas manifiestamente como en lugar de mujeres, non habiendo entre ellos embargo de parentesco ó de orden de religión ó de casamiento”; Con posterioridad la Ley 11 de Toro se debió aplicar a todos los hijos que, según esta ley, son naturales, con tal que se encuentren debidamente reconocidos. Como la obligación es recíproca los hijos y descendientes naturales están obligados a dar alimento si fuere necesario a sus ascendientes.

Juicio seguido por don Diego Sáez con don Diego Martel solicitando la confección de inventario de los bienes dejados por doña Catalina Clavería (Real Audiencia, Volumen 2632, año 1788, Tribunal: Real Audiencia)

El señor don Diego Sáez señala que al tiempo de la muerte de doña Catalina clavería, fue nombrado segundo albacea, junto con don Diego Martel, marido de ésta. En relación con lo anterior, hace presente al tribunal que el señor Martel ha hecho disminuir la sucesión testamentaria en forma importante por hallarse demandado en virtud de infinidad de deudas.

Don Diego Sáez, como tutor y curador de los hijos menores de este matrimonio, solicita al tribunal que ordene la confección de inventario de los bienes dejados por doña Catalina Clavería, con citación al Defensor de Menores. El tribunal accede a la petición.

Don Diego Martel, replica señalando que se encuentra “despojado de todos quantos vienes he tenido, y por especial renuncia aun de los que corresponden a mis hijos menores, los cuales se halan en poder de don Diego Sáez, como que siendo dote de doña Catalina, a éstos les pertenece por ser sus hijos, Que correspondiendome a mi como su padre el usufructo de los bienes hereditarios de mis hijos, en este caudal no hay parte alguna que pueda tener este nombre por estar reducido a unos esclavos y varios vienes muebles, incapaz de producir usura alguna. Que siendo notoria la indigencia y enfermedad ha llegado el caso que yo sea alimentado con los vienes de mis hijos menores, según lo explica la Ley 2, Título 19, Parte 4 y por lo mismo se ha de servir U. De mandar al tenedor de bienes don Diego Sáez me entregue la cantidad de \$ 200 con los cuales podré remediar las urgencias,... a cuyo fin se le ordene y de facultad para que pueda vender lo que hallare por conveniente de aquella testamentaria”.

La Real Audiencia nombra asesor en estos autos. Así queda emplazado para actuar el Defensor general de Menores.

Diego Sáez señala que es de suma importancia que le sea administrado a don Diego Martel algún dinero o bienes para curar su enfermedad que es pública y notoria, y para la mantención de sus tres hijos. Además, solicita al tribunal le indique la suma de dinero para tal efecto.

El defensor General de Menores indica que a don Diego Martel lo protegen las Leyes 2 y 6, Tittulo 19, Parte 4, que señalan que “los hijos deben mantener a su padre de lo suyo quando

viviese a muy gran pobreza”. Consecuente con el informe la Real Audiencia determina que le sean entregados \$ 200 para vivir y sanar de su enfermedad, siempre que “el residuo de los vienes se ponga sin retardación a interés”

Aplicación del Derecho: Este caso que se inicia como una solicitud para ordenar la confección de inventario se transforma en juicio de alimentos de don Diego Martel para que sus hijos le provean lo necesario para subsistir, por aplicación de las normas contenidas en las Partidas que hacen recíproca la obligación de proveer de alimentos, obligación que en el Fuero Real sólo pesaba sobre los padres. Señalan al respecto las Partidas “ Otrosi dezimos, que los hijos deuen ayudar a proveer a sus padres, si menester les fuere, pudiéndolo ellos fazer; bien assi como los padres son tenudos a los fijos” (Ley 2, Tit. 19, Part. 4)

Juicio seguido por don Domingo Larraín y doña Tomasa Avila por alimentos y vida maridable (Real Audiencia, Volumen 2671, año 1800, tribunal: Alcalde Ordinario de Primer Voto y Real Audiencia)

Don Domingo Larraín señala que se le ha notificado providencia por la que se le solicita contribuya con alimentos a su mujer, a quien tiene demandada de divorcio por adulterio ante el tribunal eclesiástico. Este indica que no tiene fortuna y que la única forma que vislumbra como ayuda es llevarse consigo a sus hijos (dos), para darles cristiana educación. Por otro lado señala que a diario le aporta algún dinero, dentro de sus posibilidades.

Es decidido que la contribución monetaria sea de dos reales diarios, los que don Domingo no aporta. En virtud de lo señalado, pasan los autos al Alcalde de Primer Voto para que realice un juicio oral y sumario.

En virtud de los antecedentes entregados por don Domingo Larraín en relación al adulterio de su mujer, se abre causa criminal paralela sobre la infidelidad de ésta, quien es llevada a la casa de recogidos y se encarcela a su amante.

Don Domingo presenta una serie de testigos, los que ratifican el adulterio cometido por doña Tomasa Avila y solicita que a los amantes les sea aplicada la pena que merecen, esto es, la de muerte.

Se toma confesión a doña Tomasa Avila, quien admite el hecho, su culpa y pide perdón por sus actos, prometiendo una conducta futura irreprochable. El amante don José Gómez también confiesa.

Después de cuatro meses en la casa de recogidos y en la cárcel, los denunciados doña Tomasa pide clemencia al tribunal, luego enferma y es llevada al hospital San Francisco de Borja.

Su madre, al saber la gravedad de la enfermedad, solicita pagar la fianza para poder llevarla a su casa. En virtud de esto el Alcalde solicita el permiso de don Domingo, quién lo niega, exigiendo que doña Tomasa sea devuelta a la cárcel, de dónde a su juicio no debió salir.

A pesar de esto el Alcalde la pone a servir como lavandera a sueldo en casa particular con la prohibición de salir a la calle y el amante es autorizado a salir de la ciudad con prohibición de volver a ella.

Doña Tomasa solicita que se le exija a don Domingo hacer vida maridable con ella. La Real Audiencia establece la obligación de hacer vida maridable, so pena de ser castigado con todo el rigor de la ley ante la primera queja de su mujer.

Don Domingo solicita se le haga entrega de los autos con el objeto de usar su derecho.

La Real Audiencia niega tal posibilidad y exige que don Domingo cumpla con lo decretado.

Aplicación del Derecho: Este caso varios puntos relevantes que considerar en la resolución del conflicto, estrechamente vinculados entre sí; en primer termino el adulterio probado de la cónyuge que solicita alimentos; el adulterio, bajo cuyo nombre se comprende todo acto consumado de lujuria, de cualquiera especie, es causa de divorcio, según el derecho divino y humano; de manera que si bien el cónyuge inocente puede perdonar el adulterio y aún obligar al cónyuge culpable a cohabitar con él, no está obligado a recibirle, aunque transcurrido largo tiempo, haya dado pruebas positivas de arrepentimiento, norma contraria a la resolución que adopta el tribunal de obligar a don Domingo a hacer vida maridable con su mujer; la resolución adoptada por el tribunal quizás tuvo su fundamento en evitar una situación que se daba con frecuencia en las Indias, la de los cónyuges que iniciaban los juicios de divorcio que no proseguían, ya que el único fin era tener una excusa para vivir separados; para evitar esto, tanto

el II como el IV Concilios Mexicanos, establecen que cuando se inicie el pleito, la mujer sea puesta en depósito en una casa honrada, y que, si en juicio no es continuado por el cónyuge que lo ha iniciado, el Fiscal ordene que ambos vuelvan a cohabitar.

Juicio que sigue doña Josefa Oteiza con don Pedro de Olivares por divorcio y alimentos. (Real Audiencia, Volumen 2368, año 1804, Tribunal: Real Audiencia)

Doña Josefa Oteiza señala al Vicario que hace más de diez y seis años que está casada con don Pedro de Olivares y que han hecho vida maridable. Pero de un tiempo a esta parte los malos tratos y la crueldad de don Pedro la han llevado a abandonarlo y solicitar el divorcio. Es así como solicita que el cura y el Alcalde de la Villa de San Felipe el Real, donde actualmente reside, informen acerca del asunto con el objeto de decretar la separación interina.

El informe establece que lo indicado por doña Josefa Oteiza es verdadero y además establece que don Pedro Olivares tiene un sinnúmero de amantes, incluyendo una negra esclava y una de sus propias hijas naturales. También que es un borracho y un irrespetuoso. El informe emanado del Alcalde ratifica todo lo anterior.

Una vez entregados los informes, doña Josefa señala que no es su intención interponer acción criminal en contra de su marido, sino que lo único que desea es el divorcio, la restitución de su dote (\$2000 aproximadamente) y “el total pedimento de sus bienes a mi favor en compensativa de tan alta delinencias cometidas contra mi”.

Mas tarde, doña Josefa pide que se le aporte los alimentos naturales y provisinales más \$ 150 mensuales y \$ 500 de litis expensas, lo que es habitual en los juicios de divorcio, aunque la mujer no haya hecho aporte alguno al matrimonio. Para obtener lo solicitado fueron presentados testigos que declararon acerca de la fortuna de don Pedro de Olivares.

El representante de don Pedro de Olivares indica que su representado no tiene la fortuna que se le imputa y presenta una tasación de su finca, del año 1803, que alcanza a la suma de \$ 6.000 y que doña Josefa ha aumentado el caudal de su riqueza con el fin de arruinarlo.

Doña Josefa indica que desde hace ocho meses que se vino a vivir de la villa a Santiago y que desde hace siete meses que interpuso la presente demanda de divorcio, tiempo en que se ha visto obligada, junto a sus hijos, a vivir llena de deudas y cobranzas, imposibilitada casi de conseguir alimento y de seguir la presente causa.

El tribunal ordena a don Pedro que le entregue la suma de \$ 200 para sufragar las deudas de doña Josefa. El abogado de éste señala que su cliente se encuentra imposibilitado de hacerlo por lo que autoriza a doña Josefa a que venda un esclavo para obtener el dinero solicitado.

Doña Josefa se ve en la obligación de llevar adelante la venta, pero hace presente al tribunal que todos los esclavos son de su propiedad, por lo que solicita que cuando se haga la separación de bienes se le abone su valor “y agregárselo al cuerpo de sus bienes puesto que los alimentos de la muger deben salir del caudal del marido”

La Real Audiencia acepta la venta del esclavo “entendiéndose su enagenación con la calidad que indica”.

Aplicación del Derecho: Doña Josefa fundamenta su solicitud de divorcio en lo que se denomina la sevicia de uno de los cónyuges, pues no puede habitar con su marido sin probable peligro de la vida, o de grave daño corporal y en otra causal que es el adulterio de su cónyuge, circunstancia ampliamente acreditada en el proceso. Como cónyuge tiene derecho ella y los hijos legítimos habidos en el matrimonio, a que don Pedro les provea de lo necesario para subsistir.

Certificado de Nacimiento (real Audiencia , Volumen 3186, año 1709)

“Certifico en cuanto puedo, y haia lugar en año. Yo el doctor don Nicolas Moran Cura Rector de esta santa Yglesia Cathedral de Santiago de Chile; que en uno de los libros Parrochiales en que se asientan los baptixmos, y olios, de los niños españoles que se baptisan, en el que corre por los años de mil setesientos siete, formado con tapas blancas de pergamino, a foccas diez y nueve se halla una partida que sacada de la letra es del thenor siguiente.=

En catorce de Mayo de mil setesientos y nueve años Baptise, puse olio y chrisma a Maria Luisa natural de esta Ciudad de cinco dias nasida hija legitima de don Silbestre Antonio de Sarria y de doña Francisca de Lea y Plasa. Padrinos don Francisco de Lea y Pasa y doña Maria Iphan Otrera. Testigos don Luis de Toro y Vicente Inojosa, y lo firme.= Doctor don Antonio de Irarrasabal.

Concuerta con su original de donde la saque y va fiel y verdaderamente tradusida y en lo necessario me remito a ella y para que conste en la parte que baste donde convenga de pedimento de parte doy la presente en bastante manera que haga fee. Dada en la ciudad de Santiago de Chile en dies y seis dias del mes de Septiembre de mis setesientos ochenta y un años.

(Firma) Don Nicolas Moran”

Certificado de Matrimonio (Real Audiencia, Volumen 3186, año 1707)

“Certifico en quanto puedo y haia lugar en año. Yo don Nicolas Moran Cura Resctor de esta santa Yglesia Cathedral de Santiago de Chile que en uno de los libros Parrochiales, en que se asientan las partidas de las personas que selebran el santo sacramento del matrimonio y juntamente resiben las bendiciones de la Yglesia (Vulgo belorio) en el que corre por los años de mil seiscientos noventa y ocho formado con tapas blancas de pergamino, a foccas cincuenta y tres, se halla una partida que sacada de la letra s del thenor siguiente.=

En el ocho de Marzo de mil setesientos y siete años, el Licenciado don Francisco de Lea y Plasa, casó por palabras de presente y beló según orden de nuestra Santa Madre y señora a don Silbestre antonio de Sarria, hijo legítimo del señor don Antonio de Sarria Governador que fue, Político y Militar de la Plaza del Dulce nombre de Baldivia, y de doña Rosa Vera natural de la ciudad de San Carlos de Chiloe con doña Francisca de Lea y Plasa, hija legitima de don Francisco de Lea y Plasa y de doña Ynes Leal y para que conste lo fime.= Licenciado don Francisco de Lea y Plasa.

Concuerta con su original de donde lo saque y ba fiel y verdaderamente traducida y en lo necessario me remito a ellos y para que conste en la parte que baste donde convenga, doy la presente en bastante manera que haga fee. Dada en la Ciudad de Santiago de Chile en dies y seis dias del mes de Septiembre de mil setesientos ochenta y un años.

(Firma) Don Nicolas Moran”

Casos de Tutela y Curatela de menores

Juicio que sigue don Tomás Dávila como curador de los hijos menores de doña Juana Pérez y don Bartolomé Márquez sobre que se haga almoneda (pública subasta) de los bienes quedados

al fallecimiento de doña Juana Pérez (1653-1654). (Real Audiencia, Volumen 1597, Pieza 5ª, 24 fojas).

Al morir Juana Pérez, deja como albacea a su marido don Bartolomé Márquez, y a don Francisco de Zelada de los siguientes bienes: una chacra en el barrio de la Chimba, algunos solares, ciertas cuadras de tierra y esclavos.

El curador Ad Litem de los menores hijos de este matrimonio don Tomás Dávila, denuncia que hace más de dos años que estos bienes se encuentran en poder del marido de doña Juana Pérez, sin que se hayan rematado o vendido, a pesar de que se han ido menoscabando con el tiempo. Por ello pide que se rematen los bienes, por el bienestar de los menores, especialmente ahora que su padre se ha vuelto a casar.

Como defensa Bartolomé Márquez dice que los pequeños hijos a quienes V.M. tiene nombrado curador, son sus hijos legítimos, a quienes él tiene bajo su protección y mantención. Por eso señala, que era absolutamente innecesario el nombramiento de tal curador, pues sólo su padre debe defenderlos, por la patria potestad y por el amor que les tiene.

Además, señala que, como padre legítimo sólo a él le corresponde la administración de los bienes que les pertenezcan, y que el hecho de haber contraído segundas nupcias no lo priva de tal derecho ni de su usufructo. También señala que él ha acrecentado los bienes en cuestión. Solicita en consecuencia, se revoque y se deje sin efecto lo pedido por el curador.

La Real Audiencia, ante esta causa y la petición del Procurador de que se le paguen \$ 30, para gastos de la litis expensas, ordena entregarle \$ 20.- y que las partes hagan lo que más convenga con los bienes, devolviendo la causa al Juez de Provincia, pues en la Real Audiencia hay discordia de votos.

El Juez de Provincia licenciado don Alonso Hurtado de Mendoza, ordena que Márquez pague al procurador lo establecido y sobre la almoneda de los bienes ordena que Márquez de cuenta de los que tenga en su poder. Al parecer da orden de venta y remate y si no tuviere irá preso a la cárcel.

Aplicación del Derecho: En el caso en cuestión existe un curador para los bienes de la herencia materna que corresponden a los menores, y aún cuando no existiera tal curador para administrar los bienes de los menores, el padre, por tratarse de Bona Materna, esto es, bienes que proceden

de la madre, cuya propiedad le corresponde al hijo y cuyo usufructo le corresponde al padre, se limita el poder patrimonial del padre de familia, pues no puede disponer libremente de los bienes, y a su muerte quedaban en calidad de bienes reservaticios. Esta regla se hizo extensiva a los bienes que el hijo adquiriera a título gratuito de cualquier pariente materno.

Autos sobre la Tutela y Curatela de don José Antonio Humeres. 1797.

Se presenta el abogado de don José Antonio Humeres señalando que la herencia de éste corresponde a la partición que ya se hizo de la fortuna de su padre con los hijos que este tuvo en su primer matrimonio. A José Antonio le correspondió una casa, joyas, una esclava con dos crías, herramientas, plata labrada, etc., todo lo cual suma más de \$ 6.000.-. Sin embargo, en todos los años que han pasado, su madre, tutora y curadora, jamás le ha rendido la menor cuenta a pesar de ser su obligación y de que él ya es mayor de edad y está casado, necesitando mantener a su familia.

El abogado de José Antonio señala que este problema se debe a que doña Antonia contrajo matrimonio por segunda vez y tuvo nuevos hijos, a los que quiere hacer dueños hereditarios de lo que no les corresponde. Así ya otorgó algunos “esclavitos” como dote a sus hijas en tanto que el marido ha despilfarrado la fortuna. Agrega como antecedente, que a doña Antonia se le otorgó esta tutela por tratarse de su hijo, pero también por lo poco que podía caberle en los bienes, ya que la dote que llevó al matrimonio fue sólo de \$ 553.-, a los que se le agregaron otros \$ 500.- de la donación “propternupcias”.

José Antonio exige que se le ponga en posesión hereditaria de todos los bienes que recibió su madre como tutora y curadora, en conformidad a lo que establece la Ley de Soria, que es la 3ª, Título 13, Libro 4º de Castilla; que se deje en su poder sólo el menaje de la casa y los \$ 1.053.- por dote y donación de matrimonio.

El abogado solicita que la Real Audiencia ordene librar el mandamiento de posesión a favor de José Antonio Humeres, y que comparezca doña Antonia a rendir las cuentas de su administración.

La Real Audiencia da traslado a doña Antonia y determina que comparezca a rendir cuentas de su tutela. El escribano hace saber la Real Provisión al Alcalde ordinario de 1er voto de Petorca, donde reside doña Antonia.

Lamentablemente no continúa o se encuentra dañada la transcripción de la causa.

Aplicación del Derecho: En el juicio resumido, doña Antonia estaba obligada a rendir cuentas de su gestión en su calidad de tutora de su hijo, además se debe considerar que los bienes citados son bienes reservables o reservaticios, que son aquellos bienes que el viudo o viuda que desea pasar a segundas nupcias, está obligado a guardar para los hijos que tuvo en el primer matrimonio. Son aquellos bienes que adquirió el cónyuge difunto por cualquier título lucrativo, ya sea a título universal como sucesión testamentaria o abintestada; o singular, como donación, legado, arras, etc. O bien, aquellos bienes heredados abintestado de alguno de los hijos del primer matrimonio, con tal que éste los hubiese heredado del difunto padre o madre con anterioridad, como asimismo, los dos tercios de la herencia testamentaria que como heredero forzoso hubiere recibido de algún hijo; más no del otro tercio que éste le hubiere dejado de propia voluntad; ni de su mitad de gananciales del primer matrimonio. (Ley 26, Tit 13, Part 5; Ley 6, 14 y 15 de Toro)

Esta reserva de bienes se funda en la protección al patrimonio de los hijos del primer matrimonio y en una especie de “ofensa” que supuestamente le infiere el cónyuge viudo al difunto al contraer nuevas nupcias.

El cónyuge sobreviviente tiene durante toda su vida el usufructo de los bienes reservaticios, y la propiedad, sólo mientras mantenga su estado de viudez, al pasar a segundas nupcias la propiedad de estos bienes pasa a los hijos del primer matrimonio.

Es nula por tanto la enajenación que el viudo que pasa a segundas nupcias haga de los bienes reservaticios, sin embargo, esta enajenación sólo podría ser revocada cuando este muera, pudiendo los hijos del primer matrimonio repetir contra el poseedor de los bienes para que los reintegre. Por el contrario, la enajenación de los bienes efectuada por el viudo antes de pasar a segundas nupcias, es válida, no obstante ello, los hijos no quedan privados de su derecho sobre los mismos, en caso de que el viudo pase a segundas nupcias, pues podrán pedir su valor de los

bienes propios del viudo, los que se entienden hipotecados por ley a su favor (Ley 26, Tit. 13, Part. 5)

Los cónyuges viudos antes de pasar a segundas nupcias deben realizar la facción de inventario de los bienes reservaticios ante escribano; tratándose de la mujer viuda, esta además, debe rendir *fianza de restitución*, circunstancia que no consta en autos que haya efectuado doña Antonia, esto debido que al contraer segundas nupcias pierde la tutela y la administración de los bienes de sus hijos, por tanto doña Antonia ya habría perdido la tutela, por haber contraído segundas nupcias (sin considerar que por la edad del hijo ya la perdió) y debería devolver los bienes a su hijo.

Caso de Estupro, esponsales y alimentos.

Causa seguida contra don Sebastián de Acevedo por estupro de doña Dolores San Martín.(1794)(Real Audiencia, Volumen 2.617, Pieza 18, 14 fojas; Tribunal: Oidor y Alcalde de Corte)

Dolores San Martín acusa a Sebastián de Acevedo de estupro y de faltar a la palabra de esponsales. De resultas de esta relación nació un hijo, pide se le den \$ 25.- y alimentos para el niño.

Sebastián de Acevedo se defiende señalando que jamás prometió nada y que sólo mantuvo amistad ilícita con ella, pues todo saben que es una “pública meretriz”, señala que reconocerá el hijo que es lo máximo que se le puede obligar, pero niega los esponsales.

Se presenta prueba de testigos por parte de doña Dolores que señalan que el niño es de Acevedo y defienden la reputación de doña Dolores.

Acevedo luego niega la paternidad y exige se le acepte la fianza que ofrece para salir de la cárcel, en virtud de la Ley 10, Tit. 29, Partida 7, que señala que no mereciendo el delito pena corporal aflictiva, debe el juez admitir la fianza o absolver el caso. Agrega que siendo los hijos nacidos en estas circunstancias “Bulgo consepti”, sin derechos, en atención al trato meretricio, ni siquiera hay lugar a una pena pecuniaria. Luego ofrece hacerse cargo del niño, o en caso de que su madre no se lo entregue, darle los \$ 25 para su mantención. Todo esto, con el fin de que se le acepte la fianza.

La Real Audiencia acepta el ofrecimiento de don Sebastián en atención a hacerse cargo del niño, finalmente después de negar nuevamente su paternidad y permanecer preso más de un mes en junio de 1794 paga los \$ 25 completos y recibe al niño.

Aplicación del derecho: En este caso el demandado don Sebastián niega haber contraído esponsales con la demandante, y a que lo más que hará será reconocer al niño, hecho que después niega señalando que la madre era una meretriz, es decir en criterio del demandado el hijo es un mancer, que son los hijos de mujeres públicas, y se llaman manceres por la mancha que resulta no tener padre conocido, tienen sólo cognados y no agnados, es decir, sólo parientes maternos, no paternos; como estos hijos son considerados sin padre, son los hijos de peor condición dentro de los espurios; pero como la madre siempre es cierta tiene respecto de ella los mismos derechos que los demás espurios. El hijo mancer no puede ser legitimado por matrimonio subsiguiente, a pesar de que puede ser reconocido y legitimado por quien se casare con la prostituta, esta legitimación puede ser combatida por cualquiera que tenga interés en oponerse. Por costumbre también existe la legitimación por concesión del Rey, legitimación que si bien no produce efectos respecto del padre y de la madre, sólo sirve para gozar de nobleza o para obtener títulos y ejercer empleos, cargos o profesiones de que estuviesen excluidos los ilegítimos. En relación al derecho de alimentos como hijo espurio tiene derecho a que su padre y

su madre y los ascendientes por parte de madre en su defecto lo críen y alimenten. Es heredero forzoso abintestato o testamentario de su madre, cuando no existen descendientes legítimos ni naturales; sin embargo, si existen tales herederos, si bien no podrá heredar a su madre, podrá recibir como donación o legado la quinta parte de los bienes de ésta. (Ley 9 de Toro). El hijo espurio no puede suceder al padre y por lo tanto a sus parientes paternos, ni abintestato ni testamentariamente, sólo podrá recibir lo que le dejare en virtud de la obligación que tiene de alimentarle, pudiendo dejarle hasta la quinta parte de sus bienes (Leyes 2 y 5, Tit. 19, Part. 4 y Ley 10 de Toro).

Como la discusión se centra en los alimentos, al parecer no fue acreditada la circunstancia de los esponsales y el estupro.

Casos de Amancebamiento y adulterio

Causa criminal seguida contra don Andrés Millán por mancebía con Angela de Contreras (1682. (Real Audiencia, Volumen 2.788, Pieza 2ª, 29 fojas; Tribunal: Real Audiencia)

Don Juan De la Cueva, Oidor de la real Audiencia, relata que don Andrés, siendo casado, vivió 4 años con doña Angela, a pesar de haber sido ambos procesados y encarcelados por el Alcalde Ordinario de la ciudad; que hace más de dos años ella se fue a la casa de un pariente, pero el la busca y amenaza, incluso le quitó una hija de ambos, de tres años, para presionar y lograr que volviera con él.

Se presentan cuatro testigos que ratifican lo anterior y relatan las numerosas ocasiones en que don Andrés ha ido violentamente en busca de Angela, causando gran escándalo en la vecindad.

Luego declara Angela, señalando que las amenazas y acciones de don Andrés la han obligado a presentarse ante el oidor, para poner término a esta situación.

Se ordena el encarcelamiento y embargo de todos los bienes de don Andrés.

Angela se dirige al tribunal diciendo que su hija aún se haya en poder de doña Juana Maldonado, mujer legítima de don Andrés, por lo que suplica que se le devuelva.

El oidor exige a don Andrés que manda entregar la niña, so pena de ponerle a él en el sepo y a su mujer un par de grillos. Como no lo hace, se cumplen las penas. Luego es interrogado pero niega todo lo que se dice en su contra.

A continuación se adjunta una copia del proceso seguido contra Andrés y Angela en 1669, donde se les prohibió la comunicación so pena de \$ 100 y de ser desterrada Angela a 50 leguas de la ciudad por dos años.

El fiscal, vistos los antecedentes acusa criminalmente a don Andrés por la ilícita amistad y su reincidencia, como también por el secuestro que ha hecho de su propia hija.

Se condena a don Andrés a ocho años de servicio como soldado en el presidio de Valdivia con 2/3 partes del sueldo, so pena de muerte, además, debe pagar \$ 100 de multa.

El representante de don Andrés suplica la sentencia, acusa a Angela de múltiples amistades ilícitas y señala que su parte no puede ser desterrado pues es casado.

El fiscal opina que se debe confirmar la sentencia, sin embargo la Real Audiencia reduce el destierro a 4 años y a \$ 50 de multa.

El abogado de don Andrés nuevamente suplica, pero la Real Audiencia declara no haber lugar a la súplica y ordena que se ejecute la sentencia.

Causa seguida contra don Francisco Carreño por amancebamiento con Alfonsa Bielma (1787)(Real Audiencia, Volumen 2.365, Pieza 19, 14 fojas; Tribunal: Cura Vicario de Nancagua y Vicario General de Santiago)

Se informa al Cura Vicario de Nancagua del escandaloso amancebamiento que tiene en ese lugar Francisco Carreño, hombre soltero con Alfonsa Bielma, mujer casada, no pudiendo conseguirse su separación a pesar de las numerosos providencias que al respecto se han adoptado, pues habiéndola traído a Alfonsa sacándola del poder de Carreño y depositándola en casa del Sr. Don Rodrigo de Aranguiz, Carreño la sacó a altas horas de la noche, poniéndola en la Villa de San Fernando, de allí por requerimientos del Cura Vicario, se quitó de poder de Carreño restituyéndola al depósito de don Rodrigo de Aranguiz, luego se la llevó a casa de su esposo quien consintió en juntarse a hacer vida matrimonial nuevamente; sin embargo, a los pocos días Alfonsa huyó nuevamente con Carreño, poniéndola éste a su disposición en la estancia de los Galbes, jurisdicción de Chimbarongo, donde fue detenida por orden y comisión de don Joseph Arismendi, Alcalde Ordinario de la Villa de San Fernando, por encargo del Sr. Cura Vicario, conduciendo a la rea a su poder y a Carreño a la cárcel de San Fernando.

Se presentan 4 testigos que ratifican los hechos y señalan a Francisco Carreño como un hombre de mala vida y ladrón.

Luego se toma confesión a Francisco Carreño, por el Vicario de San Fernando, donde se encuentra preso, para que luego se devuelvan a Nancagua; Francisco Carreño declara tener 45 años, ser viudo y de oficio labrador, señala que hace seis años que es amante de Alfonsa y ratifica todos los hechos de que se le acusa.

En Nancagua es interrogada Alfonsa de 30 años, casada quien ratifica todos los hechos.

Aún cuando ambos se encuentran confesos por estar Carreño en San Fernando, se ordena remitir al reo a la cárcel de Santiago y la causa a las manos del Señor Provisor y Vicario General del Obispado para que sea él quien determine la sanción correspondiente.

El Promotor Fiscal señala que al adúltero hay que aplicarle la pena de excomunión que prescriben nuestras instituciones canónicas, como asimismo la de pérdida de los bienes si los tuviere que impone la Ley 6, Título 19 ,Libro 8 de las Recopilaciones de Castilla, y aún la de muerte corporal al adúltero y azotes a la adúltera que impone la Ley 45, Título 17, Partida 7. Sin embargo señala que la piedad aconseja aplicarles a ambos la insinuada pena de azotes y al adúltero destinarlo al trabajo de obras públicas por cuatro o seis meses, con apercibimiento de que si reincidiere o fuese a Nancagua, lugar donde ella reside, se le castigará más severamente.

La sentencia dictada por el Vicario general del Obispado de Santiago condena a Carreño a seis meses de trabajos en las obras públicas de Santiago, a disposición del Subdelegado, y a Alfonsa la condena a ser recluida en la casa o lugar que indique el Vicario. Asimismo, Carreño no debe entrar durante seis años a Nancagua so pena de ser desterrado en un presidio por cuatro años. Si Alfonsa quebranta la reclusión será encerrada por igual tiempo en la Casa de Recogidas de Santiago.

Causa seguida contra don Felisardo Pacheco por adulterio con Pascuala Abarca, mujer de José Morales (1753)(Real Audiencia, Volumen 2.629, Pieza 6, 7 fojas; Tribunal: Corregidor)

El Corregidor, Justicia Mayor y Lugarteniente de Capitán don Pedro Lecaros señala que Felisardo fue sorprendido en la cama con Pascuala, por su propio marido, quien lo llevó a la cárcel.

Para seguir el proceso pide que comparezcan a declarar José Morales (el marido) y Ramón de Abarca (padre de Pascuala).

Ramón de Abarca señala que el estaba enterado del adulterio de su hija e incluso había amenazado de muerte a Felisardo, antes que su yerno se enterara.

José Morales declara que habiendo llegado a su casa encontró a la pareja durmiendo en su cama, de modo que “lo sacó de los cabellos de la cama al dicho Felisardo y lo echó que se fuera y solo si a dicha Pascuala su mujer le dio de chicotazos con las riendas...” Luego esperó tres días e hizo apresar a Felisardo por el teniente de Corregidor.

José pide que se expulse de la ciudad a Felisardo para poder tener quietud en su matrimonio.

Felisardo, natural del partido de Renca, menor de 20 años, soltero, trabaja de labrador en el campo de sus padres, señala que la culpa del adulterio la tiene el propio marido, por permitirle la entrada a su casa, niega que el suegro alguna vez lo haya amenazado.

El Corregidor condena a Felisardo a 4 años de destierro en el presidio de Valdivia.

Felisardo apela ante la Real Audiencia; el Fiscal señala que aunque Felisardo esté confeso en la imputación, no hay inconveniente en que sea oído.

Se conmuta la pena de los 4 años “a que la cumpla sin quebrantarlos a uno de los tersios de la Frontera a servir a su majestad a ración y sin sueldo, y no lo quebrante pena de cumplirlo doblado en la plasa y presidio de Valdivia”

Felisardo pide que se declare esta sentencia por consentida en autoridad de cosa juzgada, que se le devuelvan los bienes embargados y que se le conceda “soltura” bajo fianza, pues en cuatro meses remitirá certificación de hallarse en la Frontera.

El Fiscal responde a la petición diciendo que no ve inconveniente en nada de lo solicitado, excepto en el excesivo tiempo que pide, por el peligro de la reincidencia con riesgo manifiesto de la vida de ambos interesados.

La Real Audiencia resuelve que no ha lugar a lo pedido en relación al tiempo, de modo que el reo deberá ser conducido con custodia hasta ser entregado al sargento Mayor en el Fuerte de Yumbel, quien remitirá certificación de haberlo recibido.

El padre de Felisardo ofrece poner a su hijo en la plaza de Purén y traer certificación de su ingreso dentro de dos meses.

Causa seguida contra don Miguel Sagrado por trato ilícito con mujer casada (1767) (Real Audiencia, Volumen 2.903, Pieza 36, 5 fojas; Tribunal Juez de Comunión y Justicia Mayor)

Don Santiago De la Barrera, Juez de Comunión de la Jurisdicción de Villa de San Joseph de Logroño, dice que ha sido informado del delito de amancebamiento de Miguel Sagrado con una mujer casada por el tiempo de cuatro años, causando grave escándalo y amenazando a la mujer con quitarle la vida. A pesar de haber sido perseguido por la justicia eclesiástica y secular, no ha querido obedecer; por ello pide que se abra proceso con estos antecedentes.

Ante don Santiago De la Barrera comparece don Joseph de Rojas como testigo, declarando que Miguel Sagrado es un vagabundo y que ha cometido muchos excesos. Se ha burlado de la justicia desapareciendo en varias ocasiones.

Don Vicente Grandón, otro testigo, declara que le consta que Miguel Sagrado ha estado amancebado con mujer casada, que sabe que la mujer roba dinero a su marido para darle a Sagrado. Sabe que sagrado pocas veces trabaja que es un ocioso.

El Juez Comisionado le toma declaración a Sagrado, quien confiesa ser soltero, tener treinta años y un poco más y que por el espacio de 8 años ha mantenido ilícita amistad con mujer casada. Declara también que una vez fue sorprendido por el marido de ella quien lo atacó con un palo y que no había tenido más relaciones con ella.

El Sr. Barrera envía el expediente al Sr. Corregidor de Santiago para que dicte la sentencia e imponga la pena.

El Fiscal examinando el expediente, dice que realmente es un tipo incorregible, y que debe ser desterrado del partido según las Leyes de Castilla, y en caso de contravención deberá ser enviado perpetuamente a un presidio.

La sentencia dictada por don Luis Manuel Zañartu, Justicia Mayor, Lugarteniente del Capitán general, condena a Sagrado a 6 años de destierro en Lima y si contraviniere la condena, al doble en Valdivia, haciendo trabajos para Su Majestad, sin sueldo. Cumplida la condena se le

prohíbe que vuelva a ver a su antigua amante y a su marido y en caso contrario será desterrado a Lima.

Aplicación del derecho: El adulterio y el delito de amancebamiento eran duramente castigado, con presidio, destierro, obligando a la mujer a no salir de la casa en que fuere depositada, obligando al co-reo a salir del pueblo del pueblo, etc., sobre todo en al amancebamiento en que el adúltero mantenía una relación de largo tiempo y muchas veces pública; en este sentido la reincidencia era aún más duramente castigada, como vemos en algunos de los casos recién resumidos. En uno de los casos anteriores el de don Andrés Millán amancebado con doña Angela de Contreras, este fue más duramente castigado, además, por el secuestro de su propia hija adulterina, con el consentimiento de su esposa; aunque no es materia de este juicio, cabe señalar que la esposa no podría a pesar de lo público del adulterio, alegar éste como causal de divorcio ya que según el Derecho Canónico, cesa la acción para pedir el divorcio entre otros casos cuando el inocente remite la injuria del adulterio, con palabras o hechos, vgr. Admitiéndole al lecho, y la cónyuge de don Andrés no solo lo admitió de vuelta en el hogar sino que juntos mantenías secuestrada a la hija adulterina de éste.

Casos de Bigamia

Causa seguida contra don Lorenzo Orellana por el delito de Bigamia. (1799-1800) (Real Audiencia, Volumen 2719, Pieza 5, 14 fojas; Tribunal: Alcalde Ordinario de Primer Voto, Real Audiencia)

El Alcalde señala que se le ha denunciado que Lorenzo ha contraído doble matrimonio con Nicolasa Antivilo, siendo ya casado con Andrea Banegas. Solicita los certificados de ambos matrimonios y la declaración de ambas mujeres.

Andrea Banegas declara que hace veinte años se casó con Lorenzo en la localidad de Alhué y que luego éste se casó en Santiago con Nicolasa Antivilo.

Luego es interrogada Nicolasa, quien dice que se casaron en artículo mortis, pues Lorenzo estaba herido; pero sólo después de tener noticias de que su primera mujer había fallecido.

Se despacha mandamiento de prisión y embargo contra Lorenzo.

Se acompaña en autos la partida de casamiento donde se señala a Lorenzo por viudo, bajo licencia del Provisor Dr. Don Antonio Martínez de Aldunate (1798); también se entrega la partida del casamiento con Andrea Banegas (1778).

Luego es interrogado Lorenzo, español, 40 años, quien dice que se casó por segunda vez en la seguridad de que su primera mujer había muerto.

El Fiscal señala que Lorenzo debe ser juzgado de acuerdo a la Ley 8, Título 20, Libro 8 de Castilla, como convicto y confeso en su crimen.

Se dicta sentencia y por el delito de bigamia, se condena a Lorenzo a 4 años de cárcel y 100 azotes públicos, que se le darán en las cuatro esquinas de la Plaza Mayor de Santiago. Una vez cumplida la condena pasará a hacer vida “maridable” con su primera y legítima mujer.

Lorenzo apela a la Real Audiencia, pidiendo se revoque la anterior sentencia de azotes, aceptándose sólo la de destierro.

El Fiscal pide que se confirme la sentencia.

La Real Audiencia confirma la resolución apelada: Se le darán 75 azotes en la Plaza y 25 en el “rollo”, añade que el destierro será en la Isla de Juan Fernández.

Por la amistad ilícita que tuvo Nicolasa con Lorenzo durante 8 años, se le apercibe que en lo sucesivo arregle sus costumbres con apercibimiento de que será castigada con la severidad que corresponde.

Causa seguida contra don José Guzmán, por el delito de bigamia.(1804-1806).(Real Audiencia, Volumen 2.548, Pieza 4, 26 fojas; Tribunal: Subdelegado de La Serena, Alcalde Ordinario, Real Audiencia)

Se acusa a Guzmán de haberse casado por segunda vez estando viva su primera mujer, lo cual el no niega.

Al tomársele confesión señala que se casó con su segunda mujer por compromiso, pues mantenía con ella ilícita amistad. Agrega que los parientes de ella sabían que era casado, pero sólo se preocuparon de que el matrimonio se realizara e incluso aportaron los testigos y quitaron a Guzmán sus ropas para obligarlo a que se casara.

El cura de Choapa envía la partida de matrimonio de Guzmán con su segunda mujer, Andrea Gutiérrez, el que se celebró el 16 de junio de 1802. Andrea luego es interrogada, señalando que ella no sabía que Guzmán era casado.

Se remite la causa al subdelegado de Petorca para que investigue sobre el primer matrimonio y “quede totalmente formado el cuerpo del delito y en su consecuencia se remita al Superior Gobierno para que se de el destino correspondiente”

Luego se adjunta el certificado del matrimonio del año 1798 contraído entre Guzmán y María Figueroa, mulata esclava.

Se remite la causa al Alcalde Ordinario de Santiago.

El Fiscal de S.M. lo acusa conforma a derecho y pide se le aplique la pena de 200 azotes y diez años de destierro a algún presidio.

El Procurador de Pobres que defiende a Guzmán, solicita que se le acorte la sentencia y se supriman los azotes, esto aludiendo a la ignorancia del reo al momento de cometer el delito.

Se nombra asesor para que determine, éste lo condena a ocho años de destierro en la cárcel de Valdivia, so pena del duplo. Confirma la sentencia el Alcalde Ordinario y lo da a conocer a la Real Audiencia.

Pasan los autos al Fiscal de S.M. quien aconseja que el reo sea preguntado si acepta o no la sentencia, en caso positivo, que se cumpla.

Guzmán señala no conformarse y apela. El Procurador de pobres en su defensa señala que el delito de bigamia sólo tiene un castigo de 5 años, a lo cual el Fiscal responde que es falso, pues se le pueden aplicar las penas de yerro y señal, vergüenza pública, diez años de galeras, trabajo forzado, etc.

La Real Audiencia condena a Guzmán a 5 años de destierro en la cárcel de Valdivia, contados desde el 22 de noviembre de 1804, es decir, desde que fue encarcelado

Aplicación del derecho: El contraer otro - u otros - matrimonio canónico mediando el impedimento de ligamen por hallarse vivo su consorte, lleva a los fieles a incurrir en el crimen de bigamia. Originalmente las sanciones son emitidas por el Santo Oficio y pueden estas ser: que aparezcan en público, en los autos de fe o en otras oportunidades, acorazados con insignias de casados dos veces; sanciones pecuniarias y penas de azotes; destierro, según la persona y la

dimensión de la falta. Hasta mediados del siglo XVIII las Justicias Reales de Indias no tuvieron prácticamente jurisdicción en esta materia. Carlos III por la Real Cédula de 1788 deja los casos de bigamia bajo la jurisdicción de la Justicia Real y reconociendo que este delito abarca aspectos doctrinales determina que cuando las actuaciones de los Jueces Reales resulte en el reo falsa creencia, estos lo deberán entregar al Santo Oficio, el cual luego de aplicar las sanciones penitenciarias lo remitirá a los Jueces Reales para que ejecuten las penas aflictivas. Y aunque en el proceso no aparezcan indios de mala creencia y por lo tanto, la Justicia Real no deba dar cuenta al Santo Oficio, éste puede, de todos modos hacer averiguaciones por si mismo y, de estimarlo necesario, oficiar al Juez Real a fin de que le remita al reo.

La bigamia conlleva en lo social, la tacha para el bígamo y su descendencia, de reos de fe, frente a la opinión pública. En lo político religioso, resulta difícil perseguir los matrimonios celebrados con impedimento de ligamen y se plantea la conveniencia de dar jurisdicción en esta materia a las Justicias Reales y Tribunales Eclesiásticos.

Caso de Matrimonio Clandestino.

Matrimonio clandestino celebrado entre don Juan Antonio Araoz y doña María Henríquez (1795-1796)(Real Audiencia, Volumen 2.100, Pieza 4ª, 36 fojas; Tribunal: Subdelegado, Alcalde de Primer Voto y Real Audiencia)

El Subdelegado de San Fernando señala que el día 6 de marzo de 1795, llamaron al cura de la villa, para que fuese a confesar a un enfermo. Cuando el cura llegó a la casa, salió don Juan Antonio Araoz con una muchacha de esta villa nombrada María del Rosario Henríquez y dos testigos, diciendo que aquella era su mujer, y ella que aquel era su marido, y que ya estaban casados según la Teología Moral. Se retiró el cura y pasó a ver al Subdelegado solicitándole que los apresara, lo que efectuó el Subdelegado poniendo en captura a Araoz y a María Henríquez en su casa.

El Subdelegado señala “ el cura les está siguiendo su causa y yo lo hago presente a V.A. para que se sirva mandarme decir si en derecho de haber atropellado las Reales Pragmáticas y disposiciones de S.M. debo seguirle yo el proceso, o el cura Párroco”

El Fiscal de S.M. le indica que el delito cometido por Araoz viola las solemnidades prescritas en el Santo Concilio de Trento para la celebración del matrimonio, por lo que es un delito puramente espiritual, pero por la cualidad que envuelve de haber conculcado las Reales Pragmáticas, que prohíben a los hijos de familia contraer matrimonio sin el asenso paterno, viola el temporal, de donde deberemos inferir que este crimen es de fuero mixto, como son el estupro con esponsales, la bigamia y otros.

Aconseja a V.A. “prevenir al Subdelegado que sin perjuicio de la causa que dice está siguiendo el Vicario Eclesiástico contra Araoz, esto es sin formar competencia con él, instruya su sumaria, conservando al reo en buena custodia, y haciendo entender a dicho Vicario esta declaratoria para obviar disenciones...”

Se inicia el sumario y se interroga a tres testigos y a don Antonio Araoz, con el fin de enviar la información a la Real Audiencia.

Araoz, (22 años) confiesa y dice que aunque hubiera solicitado la licencia de sus padres, no se la habrían dado pues se oponen a su relación con María. Además señala que por orden de sus padres, el Subdelegado había ya presionado a María para que abandonara San Fernando y regresara a Santiago, de donde salió para seguirlo. Incluso señala que había llegado una orden, a petición de su madre, del Excelentísimo Sr. Presidente, para que a él se le remitiese preso por haber llegado a su noticia que quería contraer dicho matrimonio.

El Fiscal es de la opinión que se debe devolver la causa al Subdelegado para que nuevamente se interroge a Araoz, nombrándole curador.

La Real Audiencia así lo ordena.

Araoz se fuga de la cárcel, defendiéndole el Procurador de Pobres quien explica los motivos de Araoz para fugarse: miseria de la cárcel, hambre, enfermedades. Pide a V.A. que se sirva reconocer a su parte por reo y señalarle el cuartel a donde deba proseguir su prisión.

Se le encarga reo en el Cuartel de Dragones y se le nombra Abogado Defensor.

A petición del Fiscal la Real Audiencia toma nuevamente declaración a Araoz, quien ratifica lo expresado por él anteriormente, haciéndolo esta vez en la presencia del curador, debido a su menor edad.

En diciembre de 1795 el Provisor don José Antonio de Aldunate ofrece asociarse con el Superior Gobierno en la determinación de esta causa, para que “se sentencie de común acuerdo, arvitrio que me ha parecido tomar para que más autorizados estos jusgamientos, se reprima la petulancia de los apasionados jóvenes, de uno y otro sexo, y se eviten los muchos inconvenientes que se siguieran de esta clase de matrimonios clandestinos”.

El Fiscal de S.M., vistos los antecedentes señala que Araoz resulta confeso y convicto en el delito de haber contraído matrimonio “Quasi clandestino sin el asenso paterno y habiendo incurrido por lo mismo en las penas impuestas por Real Pragmática y Ley 1, Tít. 1, Libro 5 de Castilla” . Por esto lo acusa para que V.A. lo sentencie. Añade que para facilitar la pronta resolución en este delito mixto, tendrá que sentenciar el juez sumario conjuntamente con el Provisor y no el Tribunal de la Real Audiencia.

La Real Audiencia accede y ordena proceder, pidiendo se le de cuenta de lo determinado “a fin de que expida en la parte que le corresponda la providencia que estime”

Se condena a Araoz a un año y medio de destierro en Concepción. A María del Rosario, en el mismo tiempo de reclusión en casa de persona determinada, por el Subdelegado y cura de San Fernando; “de donde no saldrá sino a misa, acompañada de la misma persona”.

A los que sirvieron de testigos en el matrimonio clandestino se les deja en libertad por no haber tenido conciencia de lo que estaban haciendo”.

Con respecto al hombre que fue a buscar al cura para efectuar dicho matrimonio, engañándolo, se ordena que se le persiga y encarcele, se le tome confesión y se le remita para sentencia.

Finalmente se condena a Araoz en costas, conjuntamente con María del Rosario.

La Real Audiencia ordena que esta sentencia se cumpla y ejecute.

Aplicación del derecho: Los matrimonios celebrados sin la presencia del párroco y testigos, si bien no inválidos, fueron prohibidos por la Iglesia , mucho antes del Concilio de Trento, pero fue éste el que resolvió declararlos nulos y establecer el respectivo impedimento dirimente, tanto en razón de contrato como de sacramento. Este concilio transforma la clandestinidad en impedimento dirimente. La Pragmática sobre matrimonios de hijos de familia promulgada el 23 de Marzo de 1776, se refiere al consentimiento paterno: “Todos los hijos e hijas de familia para

celebrar el contrato de esponsales, si son menores de 25 años, pidan y obtengan el consentimiento de su padre, y, en su defecto, de su madre y, a falta de ambos, sucesivamente, el de sus abuelos, parientes más cercanos, mayores de edad, tutores o curadores; y si son mayores de 25 años, cumplan con pedir el consejo de las mismas personas”. La pena en uno y otro caso, es la de quedar los infractores y sus descendientes privados de su calidad de herederos forzosos de los bienes, libres o vinculados, de aquellos ascendientes a cuya obediencia hayan faltado. Por lo tanto en razón de la clandestinidad no de la falta de consentimiento paterno es que se puede declarar nulo el matrimonio materia del caso recién resumido.

Casos de Esponsales.

Don Francisco de Zelaya contra don Manuel de Ugalde sobre cumplimiento de esponsales con su hija doña María del Carmen Zelaya (1790)(Real Audiencia, Volumen 2.274, Pieza 8, 38 fojas; Tribunal: Subdelegado de Melipilla).

Don Francisco de Zelaya dice que don Manuel pidió en matrimonio a su hija y luego fue donde el párroco para que le pidiera el consentimiento a su padre, don Antonio Ugalde. Sin embargo, éste se lo negó y lo envió fuera de la Villa de Logroño con custodia.

Don Francisco pide que el joven sea devuelto para continuar esta causa.

Don Manuel escribe al Subdelegado contándole lo ocurrido y pidiéndole su habilitación y consentimiento para casarse.

Don Antonio Ugalde señala oponerse al matrimonio por la evidente desigualdad de los novios.

Por haber pasado el tiempo que se otorgó a don Antonio para presentar las pruebas de desigualdad, el Subdelegado habilita a don Manuel para casarse con doña María del Carmen Zelaya.

Don Antonio Ugalde apela a la Real Audiencia, la que recibe la causa a prueba por seis días “dentro de los cuales las partes...den la que a su derecho convenga ante el mismo Subdelegado, quien las remitirá a esta Real Audiencia con la reserva debida para proveer en su vista...”

Don Francisco Zelaya, cumpliendo la orden anterior, presenta cuatro testigos que declaran a favor de la familia de doña María del Carmen, su limpieza de sangre, legitimidad, etc.

Don Antonio Ugalde presenta interrogatorio y testigos que no hablan mal de la familia Zelaya, pues dicen ignorar lo que se les pregunta.

Cumpliendo con lo ordenado por la Real Audiencia, el Subdelegado envía las pruebas al tribunal y devuelve los autos.

La Real Audiencia declara como irracional e injusto el disenso de don Antonio Ugalde para que su hijo don Manuel contraiga matrimonio con doña María del Carmen Zelaya, y supliéndosele éste conforme a la Real Pragmática de S.M., ordena se le de testimonio de esta providencia y la correspondiente certificación y se archive el expediente como corresponde.

Cumplimiento de Esponsales entre Juan Esteban Ocaranza y doña Manuela Villanueva (1801)(Real Audiencia, Volumen 2.354, Pieza 2, 37 fojas; Tribunal: Subdelegado de La Serena)

Don Francisco Santiagoitía en defensa de su prima doña Manuela Villanueva, contra Juan Esteban Ocaranza quien ha hecho “fuga maliciosa” hacia Huasco, para no cumplir su palabra de matrimonio “como consta al Sr. Bicarío, pues ante él y en su Juzgado lo confesó siendo llamado, y que tiene prole para que cumpla la palabra con toda fuerza”

Don Francisco solicita al Subdelegado que ordene a las justicias del referido partido lo remitan a este juzgado, y que la providencia que se hiciere pase también al Juzgado Eclesiástico, “para que por ambos Juzgados sea compelido”.

El Subdelegado acogió su solicitud y el padre de Juan Esteban Ocaranza, don Salvador Ocaranza, manda a buscar a su hijo con el fin de evitar mayores conflictos, y para que en su calidad lo escuche en justicia el Sr. Vicario. En este mismo sentido su tío, don Manuel Ocaranza, se presenta ante el Subdelegado prometiendo traer a su sobrino de regreso a la ciudad.

Don Francisco señala que Juan Esteban se encuentra en la ciudad, oculto por sus padres, que no desean se case con Manuela. Pide que bajo los más serios apercibimientos, se ordene al padre que entregue al muchacho.

El Subdelegado ordena al padre que en el plazo de 24 horas ponga su disenso sobre el matrimonio que se pretende. Además, por haber ya pasado trece días, ordena se libre carta requisitoria contra el fiador de Juan Ocaranza.

Responde don Salvador negando lo expresado por don Francisco y señalando que éste no tiene derecho como parte legítima para exigir nada; dice también que su hijo no desea casarse con Manuela.

El Subdelagado manda que don Francisco legitime su persona.

A petición de don Francisco, el cura certifica que, habiendo llamado en tiempo pasado a Juan Esteban por su relación ilícita con Manuela, él le prometió casarse con ella, sin embargo, agrega, su padre se opuso.

Manuela otorga poder a su primo; quien señala que ella y Juan ya tienen tres hijos.

Don Salvador pide que la causa se traslade al Juzgado Eclesiástico donde se inició, para que allí se le ponga fin. Advierte que no está obligado a fundamentar su disenso hasta la última sentencia del Juez eclesiástico y, por último, expresa que Manuela sólo tuvo “comercio carnal con su hijo”.

El Tribunal no da lugar a la declinatoria y traslado.

Se presentan testigos por parte de Manuela.

El Subdelegado interroga a Juan Esteban y a Manuela, logrando del primero la confesión de que él la había pedido por mujer legítima.

Don Francisco pide al Subdelegado que declare por injusta e irracional la resistencia del padre de Juan Esteban y que el matrimonio se celebre aún sin su consentimiento, pues sobran pruebas que confirman el deseo de Juan Esteban y de Manuela, además de sus tres hijos.

El Subdelegado de La Serena decide suplir el consentimiento paterno y ordena que se inicien los trámites para el matrimonio en el Juzgado Eclesiástico.

Don Salvador Ocaranza, interpone apelación ante la Real Audiencia, la que pide que se le traspasen los autos.

Se ordena el traslado de los autos para que dentro de 50 días las partes acudan a la Real Audiencia a usar de sus derechos.

Aplicación del derecho: En relación a los caos de cumplimiento de esponsales recién referidos debemos referirnos a las normas dictadas por Carlos III, quien declara en 1788 que en los Tribunales Eclesiásticos no deben admitirse demandas de esponsales celebrados sin consentimiento paterno, de suerte que la oposición de los padres, reputada en la época como un impedimento impediendo, se convierte en impedimento dirimente de los esponsales, por considerarse que no hay obligación de contraer un matrimonio ilícito.

La negativa de los padres en ambos casos sigue la regla general de los juicios de disenso de la época que se producían por desigualdad racial o social. La Pragmática opera como revulsivo de estos conflictos, los procedimientos que implanta para permitir que los padres se opongan a los matrimonios que afecten al honor familiar por su notable desigualdad y que los hijos defiendan sus derechos ante la infundada negativa de los padres constituyen una formidable maquinaria jurídica que atrapa y amplifica, a través de los juicios de disenso los prejuicios de clases.

Sólo al final de la colonia se llega en Indias a la uniformidad metropolitana cuando, por la Nueva Pragmática Sanción de 1803, en la que se establece que en ningún tribunal eclesiástico o secular se han de admitir demandas de esponsales celebrados por personas que no están habilitadas para contraer matrimonio por si mismas, o sea, que no hayan alcanzado las edades mínimas, variables según el sexo y las personas de quienes se dependa, fijadas por la misma Pragmática para casarse sin necesidad de consentimiento paterno, condición a la que se añade el requisito de que dichos esponsales se hayan estipulado por medio de escritura pública; esta normativa no es aplicable a los casos en análisis ya que su promulgación es posterior a dichos juicios.

Caso de obligación de realizar vida marital.

La Real Audiencia ordena salir a don Pedro de Gambay de la Ciudad de Los Reyes a hacer vida marital con doña Leonor Bravo, su mujer, por cuanto lleva muchos años viviendo en Santiago, desempeñándose como Escribano Rector de La Real Audiencia(1686) (Real Audiencia volumen 1331, Pieza 1, 29 fojas; Tribunal: Real Audiencia)

Se le ordena que se embarque en el navío que zarpe lo antes posible de Valparaíso, so pena de \$ 200, pagados por mitad a cámara y estrados y de ser llevado “con guardias a embarcar y puesto en partida de registro”.

Gambay responde que si ejecuta lo ordenado su vida corre peligro, pues los parientes de su mujer lo odian, razón por la que nunca aprobaron su matrimonio. Señala que ésta fue la causa por la que tuvo que abandonar Lima, con el consentimiento de su madre y de su mujer, que viven juntas. Por lo anterior pide que el auto sea revocado y que se informe a su mujer, a fin de que ésta le remita una licencia que le autorice a permanecer en Santiago, o en cualquier otra ciudad el tiempo que estime conveniente.

La Real Audiencia ordena que Gambay justifique dentro del plazo de 6 días lo que alega en el escrito. El pide una prórroga de 20 días. Se le conceden plazos sucesivos de 6, 8 y 6 días, con denegación de otro término. Gambay pide que se revoque el decreto de denegación, pues sus testigos aún se encuentran fuera de Santiago. Se le conceden 15 días so pena de ejecutarse lo ordenado en un principio.

Se presenta el cuestionario y declaran a su favor dos sacerdotes, tres capitanes, dos alférez y un moreno libre.

La Real Audiencia confirma su sentencia ordenando que debe salir en el primer navío rumbo a Lima, no obstante ello transcurren casi dos años sin que Gambay abandone el país.

Francisco Rodríguez de Mendoza, Procurador de causas, a nombre de Gambay, presenta una licencia otorgada por la mujer de Gambay, para que éste pueda permanecer en Santiago o en cualquier otra ciudad sin que las justicias seculares ni eclesiásticas se lo impidan. El documento está escrito en Lima el 11 de marzo de 1684, firmado por testigos y escribanos. En él la mujer afirma que se valió de muchos medios para hacer regresar a su marido, pues pensaba que sus negocios ya habían concluido, pero que ahora sabe que aún los está realizando y le otorga el permiso necesario.

En virtud de este documento, Gambay solicita se revoque o suspendan los autos y pide costas.

El Licenciado don Juan de la Cerda, abogado de la Real Audiencia, dice que Gambay no tiene más negocio que ser escribano receptor del número de esta corte, y que los motivos de la licencia, convierten pues en perpetua la separación del matrimonio. Pide que se cumpla la sentencia dictada seis años antes.

La Real Audiencia ordena que se cumpla dicha sentencia, bajo la pena de \$ 500, con apercibimiento de ser llevado con apremio.

Aplicación del derecho: Las normas civiles y eclesiásticas apuntaban a que los cónyuges hagan la vida maridable a que se comprometieron y a evitar la bigamia y el concubinato. La corriente migratoria a las Indias fue causa de abusos y quebrantamiento de las normas en esta materia, lo que motivó una gran cantidad de disposiciones reales en las cuales se buscaba, de todas formas el sostenimiento en la práctica de la unidad domiciliaria de la sociedad conyugal. Consecuencia de esta política es que ningún español casado podía pasar a Indias sin ir acompañado de su mujer o tener consentimiento o prestar fianza. Esta situación se hizo extensiva también al traslado de casados dentro del territorio indiano. La Ley iij del título tercero de la Recopilación de 1680 indicaba: “Que no se den licencias ni prorrogaciones de tiempo a los casados en estos Reynos, sino fuere en casos muy raros”.

“Ningún Virrey, Presidente, Audiencia, Gobernador ó Justicia dé, ni pueda dar licencia, ni prorrogación á los casados en estos Reynos para poder estar, ni residir en los de las Indias, y si se ofreciere algún caso tan raro, preciso e inexcusable y forzoso que nos pudiera mover á dispensar por algún tiempo, constándoles primero de la necesidad que obliga por información cierta y verdadera, que haga plenísima probanza, puedan dispensar los Virreyes y Audiencias con la limitación de tiempo que el caso permitiere, sobre que les encargamos las conciencias.” Aplicación fiel a esta normativa efectuó la Real Audiencia de Santiago en el caso recién resumido al ordenar a don Pedro de Gambay ir a hacer vida maridable con su mujer a pesar de la autorización de ésta, para que su marido continúe en Chile.

Nulidad de Matrimonio

Causa sobre nulidad de matrimonio seguida por doña Laura Plaza contra don Jerónimo de Alvarado (1742-1743) (Real Audiencia Volumen 2.347, Pieza 5, 35 fojas; Tribunal: Vicario General, Asesor de la Real Audiencia).

Doña Laura Plaza afirma haberse casado con Jerónimo Alvarado no obstante haber tenido ilícita amistad con tres primos hermanos, que también lo eran de Jerónimo. Sin embargo, éste sólo tuvo conocimiento de los amores con dos de los primos.

Por otra parte agrega que Jerónimo, quien es a la vez su tío, tuvo ilícita amistad con una prima hermana de ella, motivos todos por los que demanda nulidad de matrimonio, ante el Vicario General del Obispado de Santiago. Este acepta la demanda a tramitación y la pone en conocimiento de Jerónimo.

Jerónimo es notificado en tres oportunidades pero no responde, por esta razón se le señalan los estrados de la Audiencia Episcopal y que se substancie en ellos la causa hasta la sentencia definitiva.

Laura presenta interrogatorio y cinco testigos, de los cuales cuatro dicen no saber sobre las amistades ilícitas, salvo su primo, que la confirma. Todos coinciden en el parentesco cercano entre Laura y Jerónimo.

El Promotor Fiscal Eclesiástico dice que se encuentra “bastantemente” comprobada la nulidad de su matrimonio, por la declaración de su primo reconociendo la ilícita amistad con Laura antes de su matrimonio. Además, queda comprobada la afinidad en grado prohibido entre los cónyuges, por lo que el matrimonio debe declararse nulo, sobre todo por la mala fe con que Laura Plaza lo contrajo, ocultando este impedimento. Pide que a ésta se le impongan “las penas correspondientes al delito cometido en vilipendio del sagrado sacramento del matrimonio”.

Para mejor proveer se ordena se reciba juramento de Laura y Jerónimo; ambos declaran ser ciertas sus relaciones extramatrimoniales con sus respectivos parientes.

Jerónimo declara que antes de casarse elevó una solicitud a su Ilustrísima, pidiendo le perdonase los impedimentos para su matrimonio con Laura; su Ilustrísima le envió una carta sellada al cura de Ñuñoa, donde ella residía, y éste procedió a casarlos, por lo que Jerónimo piensa que en dicha carta iba la dispensación.

Se pide que se investigue el parentesco entre Jerónimo y el primo, como también entre Laura y su prima; también que se informe sobre la dispensación.

El cura encargado dice que efectivamente esa dispensación existe, pero que en ella no se mencionó la amistad ilícita entre Laura y su primo, porque ésta no se denunció.

A continuación se presenta la carta en que Jerónimo pidió el permiso, su declaración y la de Laura. Curiosamente en esa oportunidad (seis años antes) ella declaró que no deseaba casarse, porque no lo amaba y porque eran parientes. Luego tras imponerles la pena de comulgar todos

los meses, durante seis meses, más una limosna para la Iglesia y la prohibición de verse hasta el matrimonio, se otorgó dicha dispensación y se casaron (ya tenían tres hijos).

Laura para continuar la causa, presenta testigos que ratifican su parentesco con Jerónimo.

La causa es remitida en asesoría a un abogado de la Real Audiencia.

Por haber burlado en santo sacramento del matrimonio, se anula el matrimonio y se condena a Laura en cuatro años de reclusión en la Casa de Ejercicios.

El Procurador de Pobres dice que al no haber respuesta de Jerónimo Vuestra señoría se sirva declarar la sentencia por consentida y pasada en cosa juzgada.

Aplicación del derecho: En el caso analizado se alega la nulidad del matrimonio por haberse este contraído con impedimento dirimente de parentesco, toda vez que con anterioridad al mismo, los cónyuges habían tenido relaciones ilícitas con parientes consanguíneos de grados cercanos a su futuro cónyuge, creándose entre los cónyuges parentesco por afinidad ilegítima.

Parentesco por Afinidad: Vínculo que surge entre una de las dos personas que se han conocido a través de acto carnal consumado, lícito o ilícito, con los parientes consanguíneos de la otra. Este impedimento, antes del Concilio Lateranense IV, se extendía al séptimo grado, Inocencio II en este concilio lo redujo al cuarto grado. El Concilio de Trento lo redujo hasta el segundo grado.

Cumplimiento de Reales Cédulas

Expediente sobre cumplimiento de una Real Cédula dada en El Pardo a 22 de marzo de 1787, que ordena que los Jueces Eclesiásticos de Indias sólo entiendan de las causas de divorcio sin mezclarse en las temporales, como son las de alimentos, litis expensas o restitución de la dote. (1787-1788) (Real Audiencia Volumen 1.866, Pieza 3, 5 fojas)

El Rey señala que los Jueces Eclesiásticos sólo deben entender en las causas de divorcio “que es espiritual y privativo del fuero de la Iglesia”. Respecto de otras causas temporales, deben entender autoridades como Alcaldes, Corregidores o Gobernadores”

Si en alguna causa eclesiástica se ofrece un asunto temporal, los prelados deben remitirlo sin demora a las Justicias Reales.

El obedecimiento a esta Real Cédula se hace en Santiago de Chile el 11 de agosto de 1787. El Fiscal de Su Majestad pide que la Real Cédula se publique por bando y también se le remita al Intendente de Concepción.

Expediente instruido a consecuencia de la Real Cédula de 14 de Julio de 1803, en que se previene lo que debe observarse en materia de esponsales o disenso, con derogación de otra ley o pragmática. (Real Audiencia, Volumen 1.689, Pieza 17, 15 fojas)

El rey ordena que ni los hijos menores de 25 años, ni las hijas menores de 23 puedan casarse sin el consentimiento de sus padres y que éstos no se encuentran obligados a justificar su negativa. Si tienen más de esa edad, pueden casarse a su arbitrio.

Si no existe el padre será la madre quien de el consentimiento, pero en este caso los hijos adquieren la libertad de casarse sin licencia un año antes (los hombres a los 24 años y las mujeres a los 22 años).

A falta de padre y madre, tendrá la misma autoridad el abuelo paterno y el materno a falta de éste. En estos casos adquieren la libertad de casarse a su arbitrio los hombres a los 23 años, y las mujeres a los 21 años.

A falta de padres y abuelos, sucederán los tutores y, a falta de ellos, el Juez del domicilio. En estos casos los hombres se podrán casar libremente a los 22 años y las mujeres a los 20 años.

Aquellos que requieran licencia real o de la Cámara, Gobernadores u otras autoridades, deben tener primero la autorización de sus mayores.

Los Vicarios Eclesiásticos que autorizaren matrimonios sin el permiso previo, serán expatriados y confiscados todos sus bienes. En las mismas penas incurrirán los contrayentes.

Agrega que en ningún tribunal eclesiástico ni secular se deberán admitir demandas de esponsales, que no sean celebrados por personas habilitadas para contraer matrimonio por si mismas, según los requisitos ya expresados, por escritura pública y en estos casos no se deberá proceder como asuntos criminales o mixtos sino puramente civiles. Además, que los Infantes y demás personas Reales en ningún tiempo tendrán ni podrán adquirir la libertad de casarse a su arbitrio sin licencia del rey.

Luego agrega que todos los matrimonios que a la publicación de esta Real cédula no estuvieren contraídos, se arreglarán a ella sin glosas, interpretaciones, ni comentarios, y no a otra ley o pragmática anterior.

Por último ordena su cumplimiento.

Expediente instruido a consecuencia de la Real Cédula d dictada en Aranjuez a 11 de julio de 1792 sobre la licencia que han de obtener para contraer matrimonio los individuos de las Universidades, Seminarios Conciliares, y las de Enseñanza de ambos sexos que estén bajo la protección y Real Patronato. (Real Audiencia, Volumen 2125, año 1792)

“El Rey = Por quanto en carta de veinte y siete de Mayo de mil setesientos ochenta y ocho me hizo presente mi real Audiencia de la Ciudad de Mexico, con motivo de haver intentado contraer Matrimonio el Bachiller don Manuel estevan sanches de tagle, Colegial en el Real de San Ildefonso de ella con doña Maria Josefa Barrera y Andonaegui, y averse opuesto a el su Padre el Capitan don Manuel Estevan Sanchez de Tagle, seria conbeniente me dignase estender a aquellos Dominicos lo resuelto para estos en punto a que los Colegiales que se hallan Siguiendo sus estudios, no puedan casarse sin mi Real licencia, por considerarse su estravio perjudicial al estado y militar alli la misma razon, para que no lo verifiquen sin la del Virrey como Vice-Patrono: He resuelto a consulta de mi consejo de las Yndias pleno de tres salas de seis de Noviembre de mil setesientos y noventa, executada en vista de lo expuesto en el asunto por mis dos Fiscales, se observe en ellas la Ley siete, titulo ocho, libro primero, extendida en la junta del nuevo Código, cuyo tenor a la letra es el siguiente: estando baxo nuestro Real Patronato y protección Real las Universidades, Seminarios Consiliares y demás Colegios de enseñanza, exigidos con autoridad publica en nuestras Yndias, y mereciendonos sus Escolares, y Alumnos la mas particular atencion para que no se desgracien en sus carreras y estudios con perjuicio del estado y sus propias familias = Ordenamos y mandamos que los tales Alumnos, escolares e yndividuos de dichas Universidades, Seminarios Consiliares y demás colegios y Casas, no puedan pasar a contraer esponsales, sin que, ademas del asenso Paterno, o de quien deva darle según la Ley primera de este titulo, tengan la Licencia los de los Seminarios Consiliares, de los Arzobispos y Obispos y Vice-Patronos, y los de las Universidades, y demas Colegios de nuestros

Virreyes, o Precidentes de las respectivas Audiencias, a quienes remitirán las súplicas o pretensiones por mano de los rectores, con informes de estos, pues para este caso delegamos en los reñridos nuestra Real autoridad; todo lo que se entienda igualmente en las Casas y Colegios de mugeres que se allanen baxo de nuestra Proteccion y Patronato Real; y declaramos nulos y de ningun balor ni efecto los esponsales que sin este requisito se contrayesen y que no puedan admitirse juicios, ni demandas sobre no cumpimientos en el modo y forma que prescribe la Ley antesedente=

Por tanto ordeno y mando a mis Virreyes, Precidentes, reales Audiencias y Gobernadores de mis Reynos de las Yndias, Yslas Filipians, y de Barlovento, y ruego y encargo a los mui Reverendos Arzobispos y reverendos Obispos de ellos, y a sus Provisores y Vicarios Generales, que observen cumplan y executen y agan guardar cumplir y executar puntualmente lo contenido en la preincerta Ley del nuevo Codigo en la parte que cada uno tocara: que asi es mi boluntad. Fecha en Aranjuez a onse de Junio de mil setesientos noventa y dos= Yo el Rey = Por mandato del Rey nuestro señor = Silvestre Collar = hay tres rúbricas= para que en los Reynos de las Yndias, Yslas Filipinas y de Barlovento se obserbe la Ley incerta formada por la junta del nuevo Codigo de ellas en punto a la Licencia que han de obtener para contraher Matrimonio los indivisuos de las Universidades, Seminarios Consiliares y Casas de enseñansa de ambos sexos, que esten baxo la Proteccion y Real Patronato= En la Ciudad de Santiago de Chile, en dies y ocho de septiembre de mil setesientos noventa y dos años: Los señores Presidente, Regente y Oidores de esta Real Audiencia, presente el Fiscal de su Magestad, estando en acuerdo extraordinario de Justicia se bio la real cedula que antecede, y dichos señores puestos en pie tomaron en sus manos besaron y dijeron que la obedecian, como a carta y mandato de nuestro rey y Seños natural (que Dios guarde) y que para dar las Providencias correspondientes asuman puntual cumplimiento, de la que testimonio de ella y se pase en vista al Señor Fiscal y ante Proveron y rubricaron dichos señores de que doy fee = hay tres Rubricas = ante mi Ahumada.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

- ALFONSO X, El Sabio. *Las Siete Partidas* (comentadas por Ernesto Livacic). Editorial Andrés Bello, Santiago, 1982.
- BARRAGÁN, Guillermo. *La Obra legislativa de Alfonso el sabio. Ensayo sobre su formación, promulgación y trascendencia americana*. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires , 1983.
- BRAVO LIRA, Bernardino. *Vigencia de Las Partidas en Chile*. Revista de Estudios Histórico Jurídicos X, Universidad Católica de Valparaíso, 1985.
- CAFFERATA, José Ignacio. *La Filiación Natural*. Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba. 1952.
- CICÚ, Antonio. *La Filiación*. 1879.
- DONOSO, Justo. *Instituciones de Derecho Canónico Americano*. Imprenta Nacional, Santiago, 1862.
- DOUGNAC, Antonio. *Manual de Historia del Derecho Indiano*. Universidad Nacional Autónoma de México. Editores Mc Grow-Hill. México 1998.

- ENCINAS, Diego de. *Cedulario Indiano Recopilado por Diego de Encinas*. Madrid Ediciones Cultura Hispánica 1945.
- ESCRICHÉ, Joaquín. *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia*. 1977
- GARCÍA GALLO, Alfonso. *Metodología de la Historia del derecho Indiano*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1970.
- HAMILTON DEPASSIER, Carlos. *Derecho Canónico*. Editorial La Salle, Santiago, 1944.
- KONETZKE, Richard. *América Latina, II La Epoca Colonial*. Editorial Siglo Veintiuno, México, 1995.
- OTS CAPDEQUÍ, José María. *El Estado Español en las Indias*. Editorial de Ciencias Sociales. Instituto Cubano del Libro, La Havana, 1975.
- OTS CAPDEQUÍ, José María. *Instituciones*. Editorial Salvat, Barcelona, 1959.
- OTS CAPDEQUÍ, José María. *Manual de Historia del Derecho Español en las Indias. Tomos I y II*. Instituto de Historia del Derecho Argentino. Buenos Aires, 1943.
- RÍPODAS ARDANAZ, Daisy. *El Matrimonio en Indias*. Realidad Social y Regulación Jurídica. Buenos Aires. 1977
- SEHLING, Dr. E. *Derecho Canónico*. Editorial Labor, Barcelona, 1963.
- ZAVALA, Jorge. *Filiación Natural*.
- ZAVALA, Silvio. *Las instituciones Jurídicas en la Conquista de América*, Madrid 1935.

REVISTAS

- AZNAR, Federico. *Recepción de Decretales X, 4.19.7-8*. Revista de Estudios Histórico Jurídicos X, Universidad Católica de Valparaíso, 1985.
- BRAVO LIRA, Bernardino. *Vigencia de Las Partidas en Chile*. Revista de Estudios Histórico Jurídicos X, Universidad Católica de Valparaíso, 1985.
- DOUGNAC, Antonio. Estatuto del Hijo Ilegítimo en el Derecho Indiano en Revista de Estudios Histórico Jurídicos de la Universidad Católica de Valparaíso. III. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Publicaciones de la Escuela de Derecho. 1978
- Revista del Instituto de Historia del Derecho “Ricardo Lévene”. 1967
- YANZI FERREIRA, Ramón Pedro. *El Sistema Jurídico Indiano*, Bolilla X. Universidad Nacional de Córdoba. Córdoba, 1972.

ESTUDIOS Y SIMPOSIOS

CORRO, Berta Alicia. *Consideraciones sobre las Leyes de Indias*. Memoria de Simposio Hispanoamericano sobre las Leyes de Indias, San José de Costa Rica, América Central, Octubre de 1981. Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid, 1984.

FLORES MACAL, Mario. *Fray Bartolomé de Las Casas y las Nuevas Leyes de Indias*. Memoria de Simposio Hispanoamericano sobre las Leyes de Indias, San José de Costa Rica, América Central, Octubre de 1981. Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid, 1984.

GARCÍA GALLO, Alfonso. *Las Etapas de Desarrollo del Derecho Indiano*. Memoria de Simposio Hispanoamericano sobre las Leyes de Indias, San José de Costa Rica, América Central, Octubre de 1981. Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid, 1984.

MEMORIAS

CORVALÁN MELÉNDEZ, Jorge; y Castillo Fernández, Vicente. *Derecho Procesal Indiano*. Memoria de Prueba. Editorial Universitaria, Santiago, 1951.

