

# EL MATRIMONIO EN CHILE SEGÚN LA LEGISLACIÓN Y LA DOCTRINA DE LOS AUTORES. ASPECTOS GENERALES Y CONTRATOS PREVIOS AL SACRAMENTO\*

ANTONIO DOUGNAC RODRÍGUEZ  
*Universidad de Chile*  
*Academia Chilena de la Historia, Instituto de Chile*

## 1. INTRODUCCIÓN

Para un adecuado estudio de la regulación del matrimonio indiano y su inmediata consecuencia, el de la época republicana, es menester referirse, en primer término, al trasfondo sociológico que es la base para la dictación, aplicación, éxito y, eventualmente, fracaso de la normativa respectiva. Por una parte, tenemos el concepto de familia que, dentro de su valoración cultural, trae el conquistador y, por otra, el que al respecto tenía el habitante aborigen. Aquél está pautado fundamentalmente por la religión católica; éste por las costumbres ancestrales, habitualmente poligámicas.

El conquistador traía consigo una doble experiencia en cuanto a la cohabitación con el sexo opuesto: una legítima y legalmente regulada, que era la unión bendecida sacramentalmente por la Iglesia católica, y otra, tolerada por la legislación bajomedieval, constituida por la barraganía<sup>1</sup>. La primera, se producía en presencia de consortes de calidad similar, y encaso que existiesen diferencias sociales o de edad, el aspecto económico —dote, donaciones *propter nuptias*, algún resabio, incluso, de la *morgengabe* vetusta— venía a restablecer el equilibrio que se consideraba propio de toda unión conyugal<sup>2</sup>. Cuando no se daban estas circunstancias, cabía la barraganía, esto es, la unión libre entre solteros a la que se referían expresamente las Partidas. No obstante la postura de la Iglesia, absolutamente contraria a ella, evidenciada en el Concilio de Trento y sus ajustes a la realidad americana que fueron los concilios provinciales y los sínodos, la porfiada realidad la mantuvo anhiesta. De estas uniones desiguales en lo social, lo que, sobre todo en un comienzo se daba por el ayuntamiento de los conquistadores con indias del común, surgían hijos naturales. La legislación castellana no daba un trato desdoroso al hijo natural: conservaba la calidad social de su padre, tenía acceso a empleos honrosos (si el padre había tenido igual posibilidad), podía optar a encomiendas, mantenía la hidalguía paterna, etc. como la barranguía se daba normalmente en la unión de español e india (y raramente al revés), el hijo o la hija natural obtenían de su padre el rol hispánico. El mestizo, pues, proveniente de esta unión permanente entre español e india tenía, para los efectos sociales y jurídicos, la misma calidad que un español. Era un criollo de acuerdo a la terminología actual, si bien en los documentos indianos no se encuentra esta denominación sino únicamente la de “español”. Había, pues, españoles peninsulares y españoles americanos, y entre éstos, la proporción de sangre española e indígena variaba. Lo que primaba, pues, no era una cuestión de más o menos sangre europea, sino de

\* El presente trabajo ha sido posible gracias al patrocinio de FONDECYT, proyecto N° 1990211.

<sup>1</sup> Con una marcada influencia musulmana, según ALTAMIRA, Rafael, *Cuestiones de historia del derecho y legislación comparada*, p. 123 y ss. Es institución regulada en los fueros de Cuenca y Brihuega, mencionada en muchos otros, en algunos de los cuales,

como los de Plasencia y Zamora, la barragana tiene un derecho a gananciales.

<sup>2</sup> Ver mi “Esquema del régimen económico-matrimonial en Chile indiano” en *Revista Chilena de Derecho* (Santiago, Universidad Católica de Chile, 1977) vol. 2, p. 165 y ss.

cultura. Quien era criado a la española, se vestía como tal, hablaba español y frecuentaba españoles era español.

Una cuarta situación de pareja es el amancebamiento, equidistante entre la barraganía y la unión esporádica. Tiene en común con la barraganía una cierta estabilidad, pero carece de la aceptación social (y, aun, jurídica, si bien con normas contradictorias –la del rey sabio y la tridentina–) que tenía ésta. El amancebado es un delincuente: el que, siendo casado, tiene manceba, que podía ser de condición casada, soltera o viuda<sup>3</sup>. Sus hijos no son naturales, como los de la barraganía, sino “de dañado ayuntamiento” según denominación de las Leyes de Toro. Éstas contemplaron en ese rubro a los incestuosos, los sacrílegos y los adulterinos, correspondiendo a esta última calidad los provenientes de amancebamiento. Lo dicho explica la preocupación que tal situación planteó a las autoridades. El amancebamiento constituía un pecado público que había que erradicar. En la práctica, sin embargo, hubo bastante lenidad al respecto, razón por la que se reiteraba majaderamente se persiguiese a los que incurrieran en esta escandalosa conducta<sup>4</sup>.

De lo dicho podría desprenderse, *grosso modo*, que, en materia de matrimonio, cada uno de los tres siglos de dominación española tuvo sus características especiales. El siglo

<sup>3</sup> Decía Juan I en las Cortes de Briviesca de 1387: “ordenamos que ningún hombre casado no sea osado de tener ni tenga manceba públicamente...”, *Rec. Cast.* 8,19,5 que pasó a ser *Nov. Rec.* 12,26,1; a su vez, Enrique III en 1400 dispuso: “mandamos que cualquier hombre que mujer casada ajena sacare y la tuviere públicamente por manceba...” sería castigado en la forma que dispone *Rec. Cast.* 8,19,6 que pasó a ser *Nov. Rec.* 12,26,2.

<sup>4</sup> Es delito extraordinariamente abundante: por ejemplo, ARA, vol. 2378, p. 2a contra el arriero Ventura Salazar por torpe trato con una india casada (1682-1682); vol. 2.788, p. 2a contra Andrés Millar por amancebamiento con Angela de Contreras (1682); vol. 2.378, p. 1a contra Andrea Pérez por ilícita amistad con José Fuentes (1684); vol. 2.543, p. 2a contra Leonardo Morales y María de Abrego (1697); vol. 2.783, p. 3a, contra el arriero Lorenzo Palomino, marido de la anterior, por amistad ilícita con María Bermejo (1698); vol. 2758, p. 4 y 2.728, p. 7, contra la aristocrática doña Josefa de Puebla y Rojas por amistad ilícita con el capitán Juan Caberp de Lamas, querellándose el marido de aquélla, don Juan Moreno de Ayala, quien, en principio, perdona a los culpables (1706); vol. 2103, p. 5 contra Vicente Erazo y María Ahumada (1709); vol. 1282, p. 19, contra Pedro Palacios por relaciones ilícitas con la casada Isabel Suárez, quien es condenada a hacer vida maridable con su marido, que vivía en Concepción. El expediente termina con la noticia de haber sido vista esta mujer caminando hacia Concepción (1716); vol. 2.221, p. 2a, contra Manuel Quezada y María Mardones (1717); vol. 2.629, p. 6a contra Felisardo Pacheco por adulterio con Pascuala Abarca, mujer de José Morales. En su defensa arguye el hechor, menor de 20 años, que la culpa era del marido por haberle franqueado la entrada a su casa. Es condenado, en definitiva, a ser

conducido “de corregidor en corregidor con buena custodia hasta que sea entregado al sargento mayor en el Fuerte de Yumbel” donde debía servir a ración y sin sueldo por espacio de cuatro años (1753); vol. 2.307, p. 6 contra Ignacio Pérez Corona por amistad ilícita con mujer casada. Es condenado a destierro en Valparaíso haciendo vida maridable con su mujer (1753); contra Dionisio Henríquez por adulterio con María Santibáñez. Es desterrado por dos años a Concepción, pena que es conmutada por la de destierro por igual período en San Fernando, donde el reio tenía relaciones (1758); vol. 2.903, p. 36 contra Miguel Sagredo por trato ilícito con mujer casada: es condenado a seis años de destierro a Lima por sentencia dictada por el temido corregidor de Santiago Luis Manuel de Zañartu (1767); vol. 2506, p. 2a contra José Gutiérrez por amancebamiento con mujer casada a Ika que, además maltrata brutalmente: es condenado a servir a ración y sin sueldo en el presidio de Valdivia por dos años (1768); vol. 2.365, p. 19 contra Francisco Carreño por amancebamiento con la mujer casada Alfonsa Bielma (1787); vol. 3.236, p. 5a., contra Alejo Morales por trato ilícito con Bernarda Araya (1795); vol. 2.898, p. 6a contra Isidoro Bravo por adulterio con Petronila Rivas, a solicitud del marido de ésta, Antonio Hernández (1803); vol. 2.456, p. 6a contra Bernardo Barahona y María Za-pata por amistad ilícita, siendo él casado, aunque divorciado a perpetuidad por sentencia de la Curia Eclesiástica (1804); vol. 2.252, p. 2a contra Antonio Espinoza por amancebamiento con Cecilia Rojas (1808), etc. Trata de este tema SALINAS M. René, “La transgresión delictiva de la moral matrimonial y sexual y su represión en Chile tradicional (1700-1870)”, en *Contribuciones científicas y tecnológicas. Área Ciencias Sociales y Humanidades*, año XXV N°. 114 (Santiago, Universidad de Santiago de Chile, noviembre 1996), p. 1 y ss.

xvi, por haber sido el del encuentro de indios y españoles, con predominio del mestizaje a través, fundamentalmente, de la barraganía. En él, mediante los primeros concilios limenses y mexicanos se intentó adecuar la normativa tridentina a la realidad americana. En el siglo xvii, se intensifica el mestizaje y se advierte, por obra de ese complejo de situaciones que genera el barroco, un cierto desorden en materia de matrimonio, con asomos de violencia en tomar las mujeres ajenas y raptos harto novelescos. Es, en otras palabras, una época de pasiones desatadas en claroscuros de piedad y lujuria. El siglo xviii, en cambio, se nos presenta como un período en que se pretende que la razón prime en los matrimonios, siendo su hito más importante la pragmática de Carlos III aplicable en Indias en 1787. La racionalización del medio social implicó un incremento de los prejuicios respecto de las castas y, subrepticiamente, respecto de los indios. Éstos son jurídicamente equiparados a los españoles desde Isabel la Católica; en la práctica, sin embargo, el hombre americano del siglo xviii procura marginarlos.

## 2. EL CONTRATO DE ESPONSALES

Es la promesa mutuamente aceptada del matrimonio futuro: “llamado es desposorio el prometimiento que fazen los omes por palabra, quando quieren casar” (P. 4,1,1). Es institución de larga data, si bien se le dio diverso alcance según las culturas y ambientes jurídicos. Para los romanos, por ejemplo, inicialmente no tenían más valor que el social. El aspecto jurídico le venía dado por las *sponsiones* o contratos verbales. Incluso, en el derecho clásico se consideraban deshonestas las sanciones previstas para caso de incumplimiento. En el derecho postclásico, en cambio, se le dio mayor relevancia introduciéndose la práctica de las *arras sponsalicias*, que perdía el que las había dado e incumplía su palabra de matrimonio o las restituía dobladas quien las había recibido y desistía del enlace. Justiniano le dio mayor relevancia a tal punto que calificaba de adulterio la infidelidad de la prometida, de parricidio la muerte de un esposo en manos del otro o de sus padres y que se tuviera como impedimento matrimonial por *quasi ad finitas* la relación con los parientes del otro prometido<sup>5</sup>.

Normas sobre esponsales se encuentran en diversos textos españoles, desde el *Liber Iudicum* en adelante. Éste disponía que, si la hija prometida en esponsales a alguno por su padre, contrajese matrimonio con otro, serían ella y el marido, puestos en poder del esposo determinado por el padre (3,1,2)<sup>6</sup>, el *Fuero Viejo* dispuso que en caso de ruptura de los esponsales, la esposa perdiera lo que su esposo le hubiese dado, salvo que hubiese recibido un beso suyo<sup>7</sup>, derivación de la famosa “ley del ósculo” de Constantino. Por su parte, P. 4,1,

<sup>5</sup> PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo, *Derecho Romano* 2ª ed. (Valencia, Tirant lo Blanch, 2000), pp. 291-292.

<sup>6</sup> “Si alguno desposar la manceba de voluntad de su padre e la manceba contra la voluntad de su padre quisiere casar con otro, e non con aquél a quien la prometió su padre, aquesto non lo sofrimos por ninguna manera que lla lo pueda fazer. Onde si la manceba contra la voluntad del padre quisiere casar con otro que ella cobdiaba por ventura y él la osar tomar por mujer, ambos sean metidos en poder daquel con que la desposaran de la voluntad de su padre. E si los hermanos o la madre o los otros parientes della consintieren que ella sea dada a aquél que ella cobdiaba contra voluntad de su padre y esto cumplieren, aquellos que lo hicieron pechen una libra doro a

quien el rey mandare. Y todavía la voluntad de aquellos no sea el firme y ambos dados, así como es dicho arriba, con todas sus cosas en poder de aquél que la había antes desposado. E esta ley mandamos guardar otrosí si el padre de la manceba hiciere el casamiento e pleitere las arras e después se pasare el padre ante quel fiziesse las bodas, la manceba sea rendida a aquel que la prometiera el padre o la madre”.

<sup>7</sup> FV 5, 1, 4: “Esta es fazaña de Castilla: Que doña Elvira, sobrina del Arceidiano D. Mateo de Burgos, e hija de Ferrán Rodríguez de Villarmen-tero, era desposada con un caballero, y dióle el caballero en desposorio paños y cinteras y una mula ensillada de dueña, y partiose el casamiento y no

10 permitían el deshederamiento de la doncella que no quisiera cumplir con los esponsales concertados por su padre: “si aquél con quien el padre quiere casar alguna della (sus hijas) fuese atal que conviniese, e que seria assaz bien casada con el, maguer que la non puede apremiar que cumpla lo que el auia prometido puedela deheredar: porque non agradeisce a su padre el bien quel fizo: e fazele pesar non le obedesciendo. E esto se entiende, si despues desto se casar ella con otra contra voluntad de su padre o si fieziesse maldad de su cuerpo”. Bien entendido que los esponsales no son de rigor, pues puede haber matrimonio sin que le precedan. Sin embargo, la fuerza de las cosas hacia que, entre que se concertara el matrimonio y la producción de éste, transcurria algún lapso, lo que permitía a las partes tener cierta intimididad sin desmedro de su honor.

Como todo acto jurídico no exceptuado, los esponsales podían celebrarse personalmente o a través de representante. Éste, durante la menor edad era el padre o quien hiciese jurídicamente el papel de éstos, como tutores o curadores. Pero, sea por los que representaran a los menores o, por los que quisieren darse palabra de matrimonio, tratándose de mayores de edad, podían nombrarse procuradores –“mandaderos o personeros”– para que contratasen los esponsales (P. 4,1,1). Señala el rey sabio cinco modos de concertar esponsales, aunque reconoce que uno de ellos es más de matrimonio que de promesa. Aquellos eran: por palabra, por juramento, dando arras y expresando que casará o regalándole un anillo y expresándole intención de matrimonio. El modo fronterizo entre desposorio y matrimonio era “como cuando dice el hombre: yo te recibo por mi mujer, y ella dice: yo te recibo por mi marido u otras palabras semejantes de éstas...” (P. 4,1,2).

De acuerdo con las normas de derecho civil y canónico vigentes en Indias, para que tal promesa valiera era necesario el cumplimiento de varios requisitos:

1. Sería: la fingida no obliga en el fuero interno, mas sí en el externo. Si alguien le promete matrimonio a una doncella, burlándose en su interior, está obligado moralmente al matrimonio. Sobre ello informa un vicario al gobernador: “habiéndose demandado palabra de casamiento por Barthola Guzmán, natural de esta doctrina, contra Josef Guerrero, también natural de la doctrina, los he hecho comparecer y después de los alegatos de ambos, según viene comprobado, hallé haber sido unos esponsales fingidos, que dio Josef a la tal convenida, en virtud de los cuales resultó prole, deshonna y vejámenes y mofa con que ha quedado burlada”<sup>8</sup>. Se discutió si afectaba a la seriedad de la promesa el voto de castidad pronunciado por ambos contrayentes<sup>9</sup>.

2. Que sea deliberada y exenta de todo error o fuerza. En P. 4,1,10 se deja en claro que el solo acuerdo entre el padre y un sujeto no obliga como esponsales a las hijas “porque ninguna de las fijas non estan delante, nin sienten en el señaladamente como en marido nin el en ella”. Un caso en que se alegó fuerza se dio en 1753 cuando Juan Josph Mujica, importante minero y hacendado de La Ligua, demandó el cumplimiento de promesa de ma-

casaron en uno y el caballero demandó a la dueña que le diese sus cinteras y todas las cosas que le dio en desposorio, que no tenía por qué dárselas; y vinieron ante D. Diego Lope de Haro, que era adelantado de Castilla y dijeron sus razones entre el caballero y su tío el Arcediano D. Mateo, que representaba a la dueña; y juzgó D. Diego que si la dueña reconocía que había besado y abrazado al caballero después que se juraron, sería de ella todo lo que le había dado en desposorio, y si la dueña no reconocía haberlo abrazado ni besado al caballero después de desposados, que devolviera todo lo que había recibido, y la dueña no quiso reconocer que

lo había abrazado ni besado y dióle todo lo que le había dado”.

<sup>8</sup> Archivo Capitanía General vol. 13, fs. 207-239, juicio entre Barthola Guzmán y Josef Guerrero, 1803.

<sup>9</sup> Archivo de Arzobispado de Santiago no. 1273, as. matr, juicio entre María del Carmen Ulzurrun y Fermín Guerrero, 1810. Entre los mismos se ventiló un juicio civil en 1815 en que el novio es más explícito en cuanto a la petición de la novia practicar voto de castidad en razón de la impotencia que a él aquejaba: Archivo Judicial de Santiago, leg. 1.259, p. 9.

trimonio que a su hija Inés había hecho Santiago Olivares, otro importante minero de la zona. Éste se excusó en que tal promesa la dio “atado de pies y manos” en presencia del referido Mujica y otros parientes<sup>10</sup>. En definitiva, no operaron tales esponsales, casando la novia en 1756 con Francisco Cerda Jiménez. Otro caso de fuerza consta en expediente de 1794, aducido por la madre del menor de 16 años, Diego Fajardo Pizarro, según la cual la promesa de matrimonio la habría dado el muchacho en prisión y con el fin de salir de ella. Tal promesa se concretó en un instrumento escrito, firmado por el esposo bajo la intimidación del cura y vicario, pariente inmediato de la novia. En definitiva, el alcalde ordinario declaró injusto e irracional el disenso, supliendo el consentimiento de la madre<sup>11</sup>.

3. Que se manifieste con palabras u otro signo exterior como los señalados por P. 4,1,2 referido más arriba. Se entendía que la solicitud de informaciones para un matrimonio ulterior implicaba promesa del mismo<sup>12</sup>.

4. Que sea mutua y aceptada por ambas partes.

5. Que las personas sean hábiles y no tengan impedimentos impeditivos ni dirimenes y alcancen al menos los siete años de edad. Si el impedimento es dispensable y los esponsales se contraen bajo condición de obtener la dispensa, vale el contrato<sup>13</sup>. Un expediente de 1801, iniciado por la viuda Francisca Marín, cobrando palabra de matrimonio a Juan Miguel Buzeta, muestra la oposición de éste por no constar la viudez de la pretendiente, pues podría ser que hubiera estado cometiendo adulterio y no ser tiempo hábil aquél en que se habrían producido los esponsales<sup>14</sup>. Un esposo aquejado de “impotencia y frialdad de naturaleza” pide, en 1810, se declaren nulos sus esponsales por este impedimento dirimente, basándose en las *Decretales* lib. 4, tít. 19, cap. 2 y en *Partidas* 4,2,6<sup>15</sup> a lo que la esposa se opuso aduciendo que el sujeto en cuestión no era impotente sino estéril. Hubo un caso en que el esposo demandado tuvo relaciones con la hermana de su esposa a fin de preconstituirse un impedimento de afinidad<sup>16</sup>.

Los esponsales que cumplían con los requisitos anteriores eran exigibles, aun cuando fueran clandestinos o celebrados sin las solemnidades exigidas por las leyes civiles y obligaban en el fuero interno. Igualmente, producían el impedimento llamado de pública honestidad. Era éste una especie de parentesco que surgía tanto de los esponsales como del matrimonio rato (o sea, el no consumado) entre el varón y los consanguíneos de la mujer y entre ésta y los consanguíneos de aquél<sup>17</sup>. Frente a este impedimento, los obispos de América estaban facultados para dispensarlo en virtud de las *sólitas* o privilegios concedidos por la Santa Sede por lapsos de diez años siempre que se tratara de esponsales válidos<sup>18</sup>. Habiendo sido originariamente muy amplia la extensión de este impedimento, el concilio Tridentino limitó su aplicación: “por consiguiente, el impedimento proveniente de los esponsales sólo se extiende a la hermana, madre o hija”.

No había inconveniente en que el matrimonio futuro estuviera sujeto a alguna condición suspensiva, como podía ser el asentimiento de algún pariente<sup>19</sup> u obtener una dispensa, como se ha visto más arriba.

<sup>10</sup> Archivo Capitanía General vol. 159.

<sup>11</sup> ARA, vol. 1612, p. 3a: juicio de María Rosa Pizarro, madre de Diego Fajardo, con Pascuala Bravo, madre de Dolores Banegas, 1794.

<sup>12</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago no, 1273: vid. nos. 25 y 31.

<sup>13</sup> DONOSO 1861, *op. cit.*, tomo II, p. 152.

<sup>14</sup> ARA, vol. 1.484, p. 3a.: juicio entre Francisca Marín y Juan Miguel Buzeta, 1801.

<sup>15</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago no. 1273, as. matr., juicio de María del Carmen Ulzurrun con Fermín Guerrero, 1810.

<sup>16</sup> ARA, vol. 1.612, p. 4a., juicio de María del Carmen Loyola con José Miguel Rivadeneira, 1811.

<sup>17</sup> DONOSO 1861, *op. cit.*, tomo II, p. 165.

<sup>18</sup> DONOSO 1861, *op. cit.*, tomo II, p. 152.

<sup>19</sup> *Vid.* n. 31.

En materia de esponsales, cobró gran relevancia la pragmática-sanción de 23 de marzo de 1776 sobre matrimonios de hijos de familia de Carlos III, que tenía el mismo valor que si hubiese sido dictada en Cortes<sup>20</sup>. Mediante ella, se pretendía aplicar al mundo hispanoamericano una disposición de Benedicto XIV de 17 de noviembre de 1741 relacionada con la intervención de los padres en los matrimonios y esponsales de sus hijos. Causa de esta normativa habría sido el abuso de contraer matrimonios desiguales los hijos de familia “por la gravedad en la elección de estado con persona conveniente”, lo que se aplicaría “desde las más altas clases del Estado, sin excepción alguna, hasta las más comunes del pueblo” ya que todos estaban obligados a cumplir con el derecho natural y divino de respetar a los padres y quienes estuviesen en lugar de éstos. Se ordenó su extensión a Indias por medio de real cédula de 7 de abril de 1778.

Una real cédula de 18 de septiembre de 1788 aclaró que sólo podrían reclamar ante los tribunales por el disenso sólo los hijos de cuyo matrimonio se tratara, si bien en la práctica de algunas regiones, como el Río de la Plata, se admitió variada gama de parientes incoando juicios al respecto. En uno de Chile, de 1796 sobre estupro y cumplimiento de esponsales, el padre adujo que su hijo no le había pedido consentimiento para casarse, razón por la que no podía aplicarse la Real Pragmática, pues ahí había “uno que lo solicita y otro que lo repugna”. Como no había ninguna solicitud de su hijo, mal podría allanarse a algo que no le había sido pedido<sup>21</sup>. Casi idénticas expresiones utiliza en La Serena, en 1801, un padre al que se le pide su consentimiento para el matrimonio de su hijo: “si no hay consentimiento no puede haber matrimonio, y como no se ha hecho constar la voluntad del hijo para casarse, sería inútil pedir el consentimiento del padre, ya que la unión debe ser libre”<sup>22</sup>.

Ya la pragmática de 1776 había contemplado autorizaciones similares para personas en diversas situaciones: infantes, grandes de España<sup>23</sup>, títulos de Castilla<sup>24</sup>, que requerían

<sup>20</sup> Entre los que se han referido al tema hay que mencionar a PEÑA, Roberto I, *Notas...*, pp. 325-326; VIAL, Gonzalo, ya citado, en su “Aplicación en Chile de la pragmática sobre matrimonio de los hijos de familia” en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 6 (Santiago, 1969), p. 335 y ss.; LÓPEZ, Zulema, MARTÍNEZ, Susana, RODRÍGUEZ, Beatriz y RODRÍGUEZ Dora, “Aplicación de la legislación sobre matrimonio de hijos de familia en el Río de la Plata (Aportación de la legislación III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano (Madrid, 1972), p. 779 y ss; PORRO, Nelly R., “Los juicios de disenso en el Río de la Plata. Nuevos aportes sobre la aplicación de la Pragmática de hijos de familia” en *Anuario Histórico-Jurídico Ecuatoriano V* (Quito-Guayaquil, 1978), p. 193 y ss.; de la misma, “Extrañamiento y despositos en los juicios de disenso” en *Revista de Historia del Derecho* no. 7 (Buenos Aires, 1980), p. 123 y ss.; BISTUE, Noemí del Carmen y MARIGLIANO, Cecilia, “Los disensos matrimoniales en Mendoza. Epoca Patria (1810-1869)” en *Revista de Historia del Derecho*, N° 23 (Buenos Aires, 1995), pp. 37 y ss.; SÁNCHEZ BELLA, Ismael; DE LA HERA, Alberto y DÍAZ REMENTERÍA, Carlos, *Historia del Derecho Indiano* (Madrid, Mapfre, 1992), pp. 318-321. *Vid.* la abundante bibliografía en PORRO, citado más arriba, pp. 193-194 y en LÓPEZ *et al.*, pp. 780-781.

<sup>21</sup> ARA, vol. 1.811, p. 1a., juicio de María del Carmen Cubé de la Huerta con Jovino Ureta, 1796.

<sup>22</sup> A.R.A. vol. 2.354, p. 2a., juicio de Manuela Villanueva con Juan Esteban Ocaranza, 1801.

<sup>23</sup> Nov. Rec. 10, 2, 9, no. 11 y 12.

<sup>24</sup> Nov. Rec. 10, 2, 9, no. 13. Respecto de éstos, los virreyes y presidentes de Audiencias con voto consultivo de ellas, obtuvieron, por real cédula de 8 de marzo de 1787, facultad para autorizar sus matrimonios. En 1791, Juan Miguel Cortés y Vargas, hijo del marqués de Piedra Blanca de Guana y heredero del título, solicitó en la Audiencia de Buenos Aires autorización para contraer matrimonio con Simona de Pardo y Arrieta en atención a la negativa de su padre, residente en Chile. “La respuesta del fiscal Márquez de la Plata es un ejemplo de claridad en asunto tan intrincado, máxime que la R.C. no lo previene. Como la presentación del suplicante va más allá de pedir la licencia que necesita por su título y reclama la supletoria –para lo cual debe declararse por irracional el disenso– es imprescindible que sea oído el padre en el fuero que le corresponde, o sea, en el de su domicilio. Por ello, teniendo en cuenta la gravedad del asunto y el método circunspecto que se prescribe, cree conveniente que se oiga de algún modo al marqués de Piedra Blanca. Siguiendo este dictamen el Virrey D. Nicolás de Arredondo –con voto consultivo de la Audiencia de Buenos Aires– declara que D. Juan Miguel solicite la audiencia supletoria usando de su derecho ante la justicia de Chile”: PORRO, *op. cit.*, p. 197.

aquiescencia del monarca o, cuando menos, de la Cámara; de los consejeros y ministros togados estando provistos ya en plazas, requerían licencia del Presidente o Gobernador del Consejo respectivo<sup>25</sup> y los militares<sup>26</sup>, para los cuales había una amplia normativa, a la que se agrega ahora el tener que obtener permiso o consejo sus padres u otros. Una real cédula de 20 de abril de 1790, obedecía en Chile en octubre de ese año, declaró que las hijas de consejeros y oidores de los reinos de Indias, no necesitaban, para acreditar su calidad para matrimoniar con militares, otros documentos que los títulos o copias autorizadas de los despachos para esos cargos de sus padres o abuelos<sup>27</sup>.

La disposición de abril de 1803 varió la situación anterior en cuanto a consentimientos y consejos, pues ahora los mayores de 25 años y las mayores de 23 no requerirían ni de consejo ni de autorización, subsistiendo la necesidad de licencia del padre y en defecto de éste, de la madre y otros parientes y aun tutor, para los menores de 25 y 23, si bien se disminuía la edad para acceder a la libertad de matrimonio<sup>28</sup>. A falta de tutor, debía autorizar el matrimonio el juez del domicilio. Penaba a los vicarios eclesiásticos que incumplieran con estas normas con expatriación y pérdida de sus temporalidades, siendo el castigo para los contrayentes de expatriación y confiscación de bienes. Los llamados a autorizar no requerían señalar la causa de su disenso, con lo que se ponía término a los juicios respectivos. Así lo entendió la Real Audiencia de Santiago<sup>29</sup>, aunque, se lee la disposición señalada, había aún posibilidad de reclamar de un disenso injustificado. En 1811, en un confuso juicio, pretendió un menor de 25 años que se declarase irracional la negativa de su padre para dejarlo casar aduciendo, respecto de la disposición de 17 de julio de 1803 que “por esta soberana disposición se han corregido los antiguos juicios de disenso a pesar del breve y perentorio término de ocho días a que estaban reducidos; la experiencia hizo ver que esos procesos lejos de aprovechar el ordenamiento social, sólo servían a sembrar o eternizar las discordias o rencores entre los ciudadanos y sus familiares de cuyos males y fatales consecuencias no podía ser origen la soberana clemencia que jamás ha tenido en sus disposiciones otro objeto que la felicidad de sus vasallos”. Pretendía, de este modo, que los tribunales podrían seguir calificando los disensos, sólo que ahora con mayor premura que con las normas anteriores, lo que fue rechazado<sup>30</sup>. Otra interpretación, audaz por lo alejada de la ley,

<sup>25</sup> Nov.1 Rec. 10, 2, 9, no. 14.

<sup>26</sup> Nov. Rec. 10, 2, 9, no. 15. Por real decreto de 19 de enero de 1742 se había mandado el cumplimiento de los capítulos 1 y 5 del libro 17 de las Ordenanzas y por reales órdenes de 28 de septiembre de 1774 y 28 de noviembre de 1775, se había dado competencia en las demandas de esponsales de los oficiales de Ejército y Armada a los tribunales eclesiásticos, lista que se engrosó con posterioridad a la pragmática de 1776.

<sup>27</sup> ARA, vol. 766, p. 3 (1790).

<sup>28</sup> “Mando que ni los hijos de familia menores de 25 años, ni las hijas menores de 23, a cualquiera clase del Estado que pertenezcan, puedan contraer matrimonio sin licencia de su padre, quien en caso de resistir el que sus hijos o hijas intentaren, no estará obligado a dar la razón ni explicar la causa de sus resistencia o disenso. Los hijos que hayan cumplido 25 años y las hijas que hayan cumplido 23, podrán casarse a su arbitrio, sin necesidad de pedir ni obtener consejo ni consentimiento de su padre; en defecto de éste tendrá la misma autoridad la madre, pero

en este caso los hijos y las hijas adquirirán la libertad de casarse a su arbitrio un año antes, esto es, los varones a los 24 y las hembras a los 22, todos cumplidos: a falta de padre y madre tendrá la misma antes, esto es, los varones a los 24 y las hembras a los 22, todos cumplidos: a falta de padre y madre tendrá la misma autoridad el abuelo paterno y el materno a falta de éste; pero los menores adquirirán la libertad de casarse a su arbitrio dos años antes que los que tengan padre, esto es, los varones a los 23 y las hembras a los 21, todos cumplidos; a falta de los padres y abuelos paterno y materno, sucederán los tutores en la autoridad de resistir los matrimonios de los menores, y a falta de los tutores el juez del domicilio, todos sin obligación de explicar la causa, pero en este caso adquirirán la libertad de casarse a su arbitrio los varones a los 22 años y las hembras a los 20, todos cumplidos...”.

<sup>29</sup> VIAL, *op. cit.*, p. 361.

<sup>30</sup> Archivo Capitanía General vol. 56, juicio de Nicolás Muñoz con su padre Juan Muñoz para contraer matrimonio con Juana Cubillos, 1811.

se produjo en 1816, cuando José de Echavarría, de 19 años, en atención a la renuencia de su madre para autorizar su matrimonio con una prima, Mariana del Canto, acudió a la justicia civil. Habiendo respondido su tutor, Santiago Mardones, y no la madre, el tribunal lo autorizó para el enlace deseado<sup>31</sup>. Más audaz, todavía, es la postura del fiscal del Tribunal de Apelaciones de 1817, quien afirma que “es una temeridad que en un gobierno libre y justo no se haga un matrimonio de dos que se aman por un capricho de los mismos que debían cooperar a la quietud de los aspirantes”<sup>32</sup>.

El tema de los matrimonios de hijos de familia siguió preocupando y, bajo el gobierno de Bernardo O’Higgins, se dictó una “pragmática” con fecha 9 de septiembre de 1820<sup>33</sup>. Es curioso que, aunque no existiera en el nuevo régimen independiente este tipo de disposiciones, seguramente por continuar la tradición impuesta por la norma de Carlos III, se denominó también “pragmática” a la nueva normativa. Su artículo 19 disponía que “ninguna demanda de esponsales de los que no tienen edad *para deliberar por sí* se admitirá en los tribunales del Estado si no ha precedido el consentimiento de los padres o personas autorizadas para ello en un *instrumento público y fehaciente*”. Como podrá advertirse a continuación, es fundamentalmente un regreso a las disposiciones de Carlos III, abandonando las más laxas de su sucesor. De acuerdo con dicho texto, los hombres, antes de cumplir 24 años y las mujeres, antes de los 22, necesitarían, para contraer matrimonio, presentar por escrito, o de un modo fehaciente, el consentimiento de su padre, y no existiendo, el de la madre; faltando ésta, el de los abuelos, prefiriéndose la línea paterna a la materna y el abuelo a la abuela (art. 1 y 2). Faltándoles todo abolengo, se necesitaba el consentimiento de los tutores que tuviesen o que se les nombrase para este efecto (art. 2). El hijo natural debía pedir consentimiento “a quien conozca por su padre, madre, abuelos o tutor” y faltando éstos, la justicia le nombraría un tutor ad hoc. Igual predicamento se tomaba respecto de los huérfanos sin tutor (art. 4). Obviamente, ninguna promesa de matrimonio podía desembocar en el sacramento de no cumplirse con las formalidades señaladas. Arriba de las edades indicadas, sólo se solicitaba de sus padres y abuelos, aun naturales, “consejo respetuoso”, justificándose esta solicitud por escrito o, en caso de resistencia, por certificación de un notario, quien debía pedírsela a requerimiento del interesado sin que se necesitase orden judicial (art. 3 y 4). El huérfano solicitaba el consejo al tutor que la justicia le diese para este fin (art. 4). En caso de falta de consentimiento de quienes debían prestarlo, los hombres de 18 años y las mujeres de 16 podían reclamar del disenso ante la justicia para que ésta declarase si era imprudente (art. 5). Era juez competente el jefe político de la provincia o partido en que se ajustara el matrimonio y, por implicancia o falta de ellos, el juez que los subrogase (art. 7). El tribunal debía convocar a un consejo de familia ante el cual se presentaran las posiciones opuestas, debiendo ejecutarse lo que resolviera la mayoría del consejo. Integraban el consejo cinco de los parientes más inmediatos de hijo de familia por ambas líneas, todos varones y mayores de 25 años, y en igualdad de grados, se sorteaban hasta completar lo cinco (art. 8). Quedaba excluida la madre y la mayor parte de los hermanos, salvo el de más edad si fuese mayor de 25 años (art. 9). A falta de parientes varones hasta 60, grados de consanguinidad y 40, de afinidad, podrían integrar el consejo las mujeres (art. 10). Si no hubiese parientes en número suficiente, integraban el consejo capitulares del ayuntamiento del lugar elegidos por suerte

<sup>31</sup> Archivo Capitanía General, vol. 77, fs. 255, juicio de José de Echavarría sobre autorización de matrimonio 1816.

<sup>32</sup> Archivo Capitanía General, vol. 141, fs. 412-418v., juicio promovido por Lorenzo de Orijuela para casar con Dominga Mesías, 1817.

<sup>33</sup> VILA, Bernardino A., *Prontuario de los juicios. Su iniciación, tramitación e incidencias. Obra útil para los abogados, bachilleres, &* (Santiago de Chile, Imprenta del Progreso, 1844), pp. 257-260.

(art. 12). Las únicas causales de recusación de los parientes eran las de “domesticidad con el resistente, demencia, cohecho o parentesco más inmediato con el contrayente que repugnan los padres o el subrogante en la patria potestad” (art. 13). El magistrado sólo obligaba a los parientes a concurrir, oír los pareceres y daba un documento fehaciente de la resolución del consejo, haciendo que firmaran todos sus miembros (art. 5). Si se aprobaba el disenso, el hijo tenía que esperar hasta su mayoría de edad, pues no cabía recurso alguno (art. 6). El resultado práctico de esta pragmática no parece haber sido muy conveniente. En un expediente se lee, por ejemplo, que los novios prefirieron recurrir a un matrimonio clandestino antes que esperar la reunión del consejo de familia, dado un disenso inopinado de la madre de uno de los contrayentes<sup>34</sup>. El asenso previsto debía aplicarse en todo caso, aun en el de raptó, como lo comentó la *Gaceta de los Tribunales* de 11 de noviembre de 1854.

Estos juicios se llevaban formalmente por escrito, pero en algún caso una de las partes pidió que fuera oral para evitar gastos<sup>35</sup>. Fue práctica corriente que, al enterarse la que había recibido palabra de matrimonio que su prometido estaba gestionando casamiento con otra, se presentara ante el tribunal eclesiástico reclamando el cumplimiento del contrato<sup>36</sup>, lo que muchas veces no era sino una actitud de venganza ante el rechazo de que eran víctima sobre todo las que había tenido ilícita amistad con el contrayente<sup>37</sup>.

Los esponsales se disolvían por diversas causas:

1. Por retractación de los esposos púberes mediante mutuo consentimiento: “si los que son desposados se desaviniesen y consienten ambos para departirse” (P. 4,1,8, causal 5a.). los impúberes (no se olvide que el contrato de esponsales podía versar sobre esposos desde los 7 años para arriba) podían manifestar su voluntad contraria a los esponsales al llegar a la pubertad, lo que debían hacer lo antes posible, aunque su contraparte fuera todavía impúber (P. 4,1,8, causal 9a.: “cuando algunos se desposan antes que sean de edad. Porque cualquiera de ellos que sea menor de días, desde que fuere de edad, si no quisiere cumplir el casamiento, entonces puede demandar licencia que pueda casar con otro o con otra y débensela otorgar y quitar el desposorio que hubiese hecho así. Mas si cuando se desposan, el uno fuese de edad cumplida y el otro no, el mayor debe esperar al menor hasta que sea de edad. Y si el menor quisiese consentir en el matrimonio después que fuese de edad, débenlo apremiar al otro que cumpla el casamiento, porque consintió siendo de edad, salvo que este mayor se hubiese desposado con otra por palabras de presente o entrase en orden).

2. Por profesión en religión aprobada o bien por recepción de las órdenes menores y, con mayor razón, por recibirse el orden sagrado. Se entendía que por el solo ingreso en religión, para lo que no se necesitaba licencia, quedaba libre la otra parte (P. 4,1,8, causal 1a.: “si alguno de los desposados entra en orden de religión, lo que bien puede hacer aunque el otro lo contradijese. Y eso se entiende que lo puede hacer antes de que se junten carnalmente. Y el otro que no entra en orden puede demandar que le den licencia que casase y débensela dar”).

3. Por el matrimonio válido, aunque ilícito, con otra persona, para lo que no se necesitaba pedir licencia. “Esto es porque más fuerza ha y más liga el casamiento que se hace después

<sup>34</sup> Archivo Judicial de San Felipe, legajo 14, p. 4, 1832.

<sup>35</sup> Archivo Arzobispado de Santiago no. 421 as. mat. entre Rosa Cavieres y Juan Navarro.

<sup>36</sup> Por ejemplo, ARA, vol. 1.811, p. 1a., 1796 en que, enterándose María del Carmen Cubé que su prometido Jovino de Ureta iba a contraer matrimonio con Ana Josefa Zárate, inicia los juicios pertinentes; Archivo del Arzobispado de Santiago no. 750, as. matr. en que consta que al enterarse de los intentos de

matrimoniarse de Bernardino Vega, Petronila Meliá inicia el pertinente juicio; Archivo del Arzobispado de Santiago no. 4, as. matr. donde María Josefa Azócar demanda cumplimiento de esponsales al enterarse que Andrés Santiago pretende casarse con Josefa Villalón.

<sup>37</sup> *Primer Synodo Diocesana celebra... Pedro Phelipe de Azúa e Iturgoyen A que se dio principio en doce de octubre de mil. setecientos. quarenta. y quatro años* (Madrid Oficina de la viuda de Peralta, 1744), cap. 5, const. 23.

que los desposorios que fueron hechos primeramente” (P. 4,1,8, causal 7a.). En tal caso, debía indemnizarse a la parte burlada: “debe fazer penitencia del yerro que fizo”. Muerto el cónyuge, renacía la obligación de matrimonio y el derecho del burlado para reclamar el cumplimiento.

4. Por sobrevivencia de un impedimento dirimente, si bien, a solicitud de la otra parte, podía obligarse al afectado culpable a pedir la dispensa pertinente<sup>38</sup> (P. 4,1,8, causal 4a.: “si antes que se uniesen, acaeciese afinidad (cuñadía) entre ellos, de ellos, de manera que uno de ellos se juntase carnalmente con pariente o con parienta del otro).

5. En caso de pecado carnal de uno de los esposos se disolvía el contrato, si bien el inocente podía insistir en el matrimonio (P. 4,1,8, causal 6a.: “cuando alguno de ellos hace fornicio porque se puede dejar sin efecto el casamiento. Porque si el hombre puede dejar su mujer haciendo adulterio, mucho más puede hacer en no recibir a aquélla con quien es desposado cuando tal yerro co mete”).

Si ambos hubiesen sido infieles, en opinión de Donoso podría desistir el hombre, pues “el delito de ésta sería tanto más deshonoroso y envolvería mayor peligro para lo sucesivo”<sup>39</sup>. Un juicio de 1774 llevado ante la curia eclesiástica, muestra la resistencia de un esposo a cumplir su palabra de matrimonio basado en la conducta escandalosa que a su entender ha-bía llevado la esposa y la fornicación subsiguiente en que ella habría incurrido. No habiendo probado sus asertos, fue condenado a contraer matrimonio<sup>40</sup>. En otra situación, a pesar del fornicio evidente del esposo, acusado de amancebamiento con una criada casada, se lo con-minó a que contrajese matrimonio a la brevedad con aquélla a quien había dado palabra de matrimonio, pues “así desvanecerá las sospechas que sobre él recaen”<sup>41</sup>. Distinto era, pues, el trato que se daba al hombre que a la mujer, considerándose que su pecado carnal no deshacía los esponsales.

6. Similar al anterior, pero referido a una situación involuntaria para la mujer es la que contempla P. 4,1,8, causal 8a.: “cuando llevan robada esposa de alguno y yacen con ella, porque no es obligatorio (al esposo) de casarse con ella”.

7. Por la llegada del plazo quedan las partes en libertad de retractarse: P. 4,1,8. Esta modalidad así como la de condición podría decirse que eran de la naturaleza del contrato de esponsales. En efecto, salvo los esponsales de presente, que constituyen en realidad matrimonio, los de futuro debían estar sujetos o a un plazo implícito o a una condición.

8. “Por notable mudanza en los bienes del cuerpo, del alma o de fortuna, si ella es tal que, habiendo existido o sido conocida antes de los esponsales, habría, sin duda, retraído a la otra parte de la celebración de ellos, pues que, según derecho, se presume que este contrato entraña la condición de que las cosas permanezcan en el mismo estado”, P. 4,1,8, causal 3a.: “si alguno de ellos se faze gafo, o contrecho, o cegasse, o perdiese las narizes, o le au-niesse alguna otra cosa mas desaguisada que alguna destas sobredichas”. Ejemplifica Donoso: “por consiguiente, con respecto al cuerpo, sería suficiente causa de desistimiento de leer, hidropesía, parálisi, mal venéreo y cualquiera otra grave enfermedad de imposible o muy difícil curación, y lo sería también la pérdida de un ojo, brazo u otro miembro y toda la deformidad notable, particularmente en la esposa. En orden al alma y las costumbres lo sería si se descubriese que uno de ellos es impío, ebrio, jugador de profesión o exesivamente cruel; si entre ellos o sus padres sobreviniese grave enesmistad, si prudentemente se teme tenga el matrimonio funestos resultados; si se averigua que la desposada que se creía virgen ha sido corrompida y que el hombre tiene amistad ilícita con prostitutas o que haya tenido

<sup>38</sup> DONOSO 1861, *op. cit.*, tomo I, p. 154.

<sup>39</sup> DONOSO, *ibidem*.

<sup>40</sup> Archivo Arzobispado de Santiago no. 424, as. matr. Rosa Cavieres con Juan Navarro, año 1774.

<sup>41</sup> Archivo Capitanía General vol. 104, fs. I.

hijos espurios. Con respecto, en fin, a la fortuna, sería suficiente causa, si una de las partes hubiese sufrido, después de los esponsales, grave quebranto o pérdida en sus bienes, si se negase la dote estipulada de parte de la mujer, etc.”<sup>42</sup>.

9. “Cuando alguno de ellos se va a otra tierra y no lo pueden hallar ni saber donde está. Por tal razón debe esperar el otro hasta tres años. Y si no viniera entonces, debe pedir licencia para casar y débensela otorgar. Pero debe hacer penitencia (esto es, indemnizar) de la jura y del prometimiento que hizo que se casaría con él si por su culpa ocurrió que no se cumplió el casamiento” (P. 4,1,8, causal 2a).

Destaca P. 4,1,8 que los únicos casos en que no se requería licencia para contraer matrimonio, no obstante de los esponsales vigentes, eran los de ingreso en orden y celebración de matrimonio con otro, pues debía acudir a los tribunales eclesiásticos para todos los demás.

En cuanto al procedimiento en los juicios de esponsales, éste se ventilaba normalmente ante los tribunales eclesiásticos<sup>43</sup>. Desde Carlos III en adelante, quedaron entregados a los tribunales ordinarios civiles las materias temporales ligada a los juicios canónicos, tales como las de listis-expensas o alimentos y los juicios sobre matrimonios de hijos de familia. El obispo era el juez eclesiástico por exelencia, pero normalmente desarrollaba sus funciones judiciales a través de un provisor y vicario general que constituía un único tribunal con él<sup>44</sup>. Recordaba Solórzano al respecto que el vicario “tiene la misma jurisdicción ordinaria y no delegada que el que le nombra y constituye un propio tribunal. Lo cual obra que no se pueda apelar de los vicarios a sus obispos, por juzgarse por una misma persona, y que es legitima causa de recusar al vicario el tener por sospechoso al obispo y que, recusado el obispo, lo queda también su vicario”<sup>45</sup>, agregando Francisco Ramiro de Venezuela que “aunque no se da la apelación de la sentencia del vicario al obispo, se permite el remedio de queja o suplicación”. El primer concilio limense de 1551 dispuso: “obligados son los preladados de tener provisores y jueces letrados que sepan discernir y determinar las causas que ante ellos se tratan”<sup>46</sup>. Del obispo podía apelarse al metropolitano y de éste a la Santa Sede. Había, además, vicarios foráneos, establecidos en las ciudades cabeceras de los distritos de la diócesis, cuya potestad era delegada y no constituían un único tribunal con el obispo, por lo que podía apelarse ante éste y cabían recursos “como el de la recusación, nulidad y restitución y reservación y advocación porque poner mucha autoridad que les den siempre es mayor la que en ellos queda y así pueden prohibir que no procedan sus delegados y moderar las penas que por ellos se hubieren puesto”. Existían, por último, vicarios pedáneos, que sólo podían tramitar causas matrimoniales cuando se los hubiera facultado especialmente para ello<sup>47</sup>. Muy claros aparecen los límites que en esta materia tenían los vicarios foráneos. En el título de uno, de Córdoba, de 1817, se expresaba: “y a fin de que los dichos impedimentos se puedan dispensar por Nos, para mejor discernimiento del grado y calidad de ellos, se pondrá a la cabeza o pie del expediente del árbol genealógico de los contrayentes, comprobando en las mismas informaciones de soltura las causales que haya que puedan estimarse suficientes para impetrar la dispensa remitiéndonos todo con informe jurado y circunstanciado para otorgarla en mérito de ella y de su certeza”<sup>48</sup>.

<sup>42</sup> DONOSO, *ibidem*.

<sup>43</sup> P. 4,1,7: “Apremiar pueden los obispos o aquellos que tienen sus lugares a los desposados que cumplan con el casamiento...”. Sobre tribunales eclesiásticos en Indias, puede consultarse DELLAFERRERA, Nelsón C., “Vicarios del obispo para la administración de la justicia en Córdoba colonial” en *XI Congreso del Instituto Internacional del Derecho Indiano* tomo II (Buenos Aires, 1995), p. 235 y ss.

<sup>44</sup> Sólo desde 1917 se hizo la división general y provisor que ha subsistido.

<sup>45</sup> SOLÓRZANO PEREYRA, Juan de, *Política Indiana* lib. 4, cap. 8, no. 1 y cap. 14, no. 31.

<sup>46</sup> DELLAFERRERA, *op. cit.*, p. 241.

<sup>47</sup> DELLAFERRERA, *op. cit.*, p. 258.

<sup>48</sup> DELLAFERRERA, *op. cit.*, p. 249.

Las acciones judiciales vinculadas al contrato de esponsales se pueden clasificar en:

a) Acciones tendentes a obtener directamente su cumplimiento y celebración matrimonial, ventiladas ante el tribunal eclesiástico. Estos juicios se llevaban formalmente por escrito, pero en algún caso una de las partes pidió que fuera oral para evitar gastos<sup>49</sup>. La tendencia que se observa a fines del siglo XVIII es a evitar los matrimonios de esposos reuentes al vínculo, porque solían ser funestas estas uniones, como lo revelan el Concilio Limense de 1772, el Sínodo platense de 1773 y el II Concilio Platense de 1778<sup>50</sup>. Por lo demás, la libertad para consentir quedaba seriamente amagada. En cuanto a prueba, ya se ha visto la exigencia de la escritura pública desde 10 de abril de 1803, cuyo incumplimiento podía acarrear la interposición de un recurso de fuerza. En la práctica, podía suplirse por instrumento privado reconocido judicialmente o comprobado por peritos caligráficos. La confesión de la parte demandada fue contemplada expresamente por el Sínodo de Santiago de 1763<sup>51</sup>. Otros medios fueron la confesión extrajudicial prestada en muchos lugares y ante muchos testigos, el instrumento público reconocido o cotejado con otros. En general, la prueba testimonial no era conducente y estaba limitada por la calidad de los testigos que podía presentar cada una de las partes por P. 4,9,16. Negando alguno en juicio los esponsales que le demandara otro, éste podía probar el contrato con testimonio de sus parientes coincidentes con los de la otra parte, o sólo con los de ella o con otros cualesquier testigos de buena fama, pero si el que pretendía el matrimonio, no fuera de tan buen linaje como la contraparte, ni tan rico, honrado o poderoso, no podía hacer uso de sus parientes por testigos, pues se podría pensar que lo hacían por mejorar de situación y en favor de su pariente. Con todo, podía bastar el testimonio de un testigo idóneo que depusiera sobre la existencia de un impedimento para evitar la consumación de esponsales, aun confirmados por juramento<sup>52</sup>. El mismo Sínodo de 1763 antes mencionado, para evitar las amistades ilícitas, exigió se intentaran las demandas de cumplimiento de esponsales en el plazo de seis meses desde que fue dada palabra de matrimonio, so pena de no ser admitidas después. Se conminaba a los párrocos a hacer presente esta norma a sus feligreses en todas las cuaresmas, como se ha visto más atrás. El conocimiento de tales demandas competía a los obispos, vicario general, vicarios foráneos y aun a los vicarios pedáneos<sup>53</sup>. Para los esponsales contraídos con anterioridad a la publicación del sínodo, se otorgaba un plazo de seis meses en que se pudiera incoar demanda, “que pasado no será oída ninguna parte en el fuero judicial, salvo en el caso de ambas constituciones, si desde el principio se justifican las esponsales por confesión llana de la parte demandada”<sup>54</sup>. Comprobada la existencia del contrato de esponsales, el tribunal despachaba orden de embargo de bienes y prisión contra el demandado.

b) Acciones tendentes a obtener su disolución, ventiladas ante el tribunal eclesiástico, con el mismo procedimiento recién indicado;

c) acciones para impedir un matrimonio que, a pesar de la palabra dada, se pretenda celebrar con un tercero por alguno de los desposados, ventiladas ante el tribunal eclesiásti-

<sup>49</sup> Archivo Arzobispado de Santiago no. 421 as. mat. entre Rosa Cavieres y Juan Navarro.

<sup>50</sup> RÍPODAS, *op. cit.*, p. 66.

<sup>51</sup> Tít VIII, const. II en *Sínodos 2...* p. 168.

<sup>52</sup> Criterio aducido en Archivo del Arzobispado de Santiago no. 424 as. matr. Vicente de Larraín, refiriéndose a una prueba recibida por él en calidad de comisionado expresa: “...que si se trata de justificar impedimento impendiente o dirimente, basta en uno y otro foro, un solo testigo aunque sea criminoso, y los esponsales fuesen jurados, y que si se trata de com-

probar otra causa que sea de derecho para separarse de ellos, son suficientes dos, entendiéndose algunas recomendables plumas al opinar que la declaración de uno solo hace plena probanza para la infidencia de la esposa futura”.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> *Sínodos Americanos 2. Sínodos de Santiago de Chile 1688 y 1763* Serie dirigida por ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA y HORACIO SANTIAGO-OTERO (Madrid-Salamanca, 1983), pp. 167 y 168.

co. Esta materia dio lugar a numerosos abusos con anterioridad a la disposición de Carlos IV de 1803, pues, sin pruebas adecuadas se fastidiaba a aquél de quien se había recibido rechazo. Fue práctica corriente que, al enterarse la que había recibido palabra de matrimonio que su prometido estaba gestionando casamiento con otra, se presentara ante el tribunal eclesiástico reclamando el cumplimiento del contrato<sup>55</sup>, lo que muchas veces no era sino una actitud de venganza.

d) Acciones para obtener dispensas canónicas en la celebración de esponsales, ventiladas ante el tribunal eclesiástico de acuerdo, principalmente a las *Decretales* de Gregorio IX. Una pragmática de Carlos III, de 18 de enero de 1762, reiterada en 16 de junio de 1768, prohibió se recurriese directamente a Roma en materia de dispensas matrimoniales, edad y otras<sup>56</sup>. En 1778 se creó en España y Roma una Agencia General de Preces a Roma, que, desde noviembre de ese año, debía tramitar también las solicitudes que se hiciesen desde las Indias, las que debían pasar previamente por el Consejo y Cámara de Indias<sup>57</sup>.

c) Acciones tendentes a obtener el consentimiento paterno o judicial por parte de los hijos de familia en casos de orfandad o disenso irracional, ventiladas ante el tribunal civil, sometidas al procedimiento especial fijado por la pragmática de Carlos III de 1776. Ya se ha visto en qué consistía la prohibición impuesta por este rey. Para el caso en que la negativa de quienes debían dar la autorización pertinente fuese considerada irracional por el afectado, “pues ha manifestado la experiencia que muchas veces los padres y parientes por fines particulares e intereses privados intentan impedir que los hijos se casen y los destinan a otro estado contra su voluntad y vocación o casar violentamente con persona a que tienen repugnancia, atendiendo más a las convivencias temporales, que a los altos fines para que fue instuido el santo Sacramento del matrimonio”, podía éste acudir ante los tribunales civiles para que se calificara el disenso. Tal calificación se tramitaba como “recurso sumario a la Justicia real ordinaria, el qual se haya de terminar y resolver en el preciso término de ocho días; y por recurso en el Consejo, Chancillería o Audiencia del respectivo territorio en el perentorio de treinta días; y de la declaración que se hiciese no haya revista,alzada ni otro recurso, por deberse finalizar con un solo auto, ora conforme o revoque la providencia del inferior, a fin de que no se dilate la celebración de los matrimonios racionales y justos”. Es, pues, un juicio muy sumario y gratuito que, teóricamente, no debería durar más de ocho días, si bien se ampliaba el plazo cuando las partes tuvieran su domicilio fuera de la ciudad o de las nueve leguas en su derredor, situación en que se ampliaba en un día más por cada seis leguas. En práctica, sin embargo, estos juicios solían prolongarse, incluso a veces por más de un año. Se consideraban dos distancias. La primera sólo podía ventilarse ante el subdelegado o el alcalde ordinario, sin que hubiera lugar a fuero de ninguna naturaleza ni a la consideración de caso de corte. La demanda, intentada por quien se oponía al disenso por considerarlo irracional, era escrita o verbal, en cuyo caso, se dejaba su constancia escrita de las pretensiones del actor. De ello se daba traslado por dos días al padre. Con su contestación, se recibía a prueba por otros dos días, la que normalmente consistía en prueba testimonial y documental. Oídas las partes y recibidas las pruebas, el juez dictaba sentencia. Se advierte en toda la tramitación bastante reserva a fin de no aumentar las naturales tensiones parientes

<sup>55</sup> Por ejemplo, ARA, vol. 1.811, p. la., 1796 en que, enterándose María del Carmen Cubé que su prometido Jovino de Ureta iba a contraer matrimonio con Ana Josefa Zárate, inicia los juicios pertinentes; Archivo del Arzobispado de Santiago no. 750, as. matr. en que consta que al enterarse de los intentos matrimoniales de Bernardino Vega Meliá ini-

cia el pertinente juicio; Archivo del Arzobispado de Santiago no.4, as. matr. donde María Josefa Azócar demanda cumplimiento de esponsales al enterarse que Andrés Santiago pretende casarse con Josefa Villalón.

<sup>56</sup> SÁNCHEZ BELLA, “Reducción...”, p. 226.

<sup>57</sup> SÁNCHEZ BELLA, “Reducción...”, p. 227.

y entre familias. Cabía apelación ante la Real Audiencia, cuyo plazo aumentaba de acuerdo con la distancia. Quien deducía el recurso debía sacar compulsas a su costa. Eventualmente la Audiencia admitía nuevas probanzas. De su sentencia no cabía más recurso que el extraordinario al Rey por la vía reservada<sup>58</sup>. Se facultó a las Audiencias para “que cada una forme un reglamento o instrucción de todo lo que parezca conveniente establecer en su distrito”, lo que hizo la de Santiago a través de un autoacordado de 15 de marzo de 1779. La autorización dada a las Audiencias incluía el poder variar “los términos de una y otra instancia, con la debida proporción, a fin de que no dexen las partes de tener el suficiente para usar de su derecho”. En la reglamentación chilena, se fijó una verdadera tabla de emplazamiento con los plazos con que contaban las partes para concurrir hasta la Audiencia desde los distintos puntos del territorio<sup>59</sup>. La aplicación práctica de estas normas ha sido objeto de estudios pormenorizados que han sido señalados más arriba.

f) Acciones tendentes a obtener una indemnización por incumplimiento de la palabra de matrimonio o por estupro, ventiladas ante tribunal civil de Carlos III en adelante, sin perjuicio de injerencia eclesiástica, de lo que se ha hablado al referirme a la confusión que solía producirse entre estupro y esponsales.

g) Acciones vinculadas a lo espiritual, pero de contenido temporal como alimentos, donaciones esponsalías, dotes, donaciones ante-nuptiae, litis expensas, particiones, que, desde real cédula de 22 de marzo de 1787 de Carlos III, debían ventilarse ante los tribunales civiles<sup>60</sup>.

h) Acciones criminales relacionadas con esponsales como estupro, incesto y bigamia, ventilados ante los tribunales civiles.

## 2.1 CARACTERÍSTICAS DEL MATRIMONIO

El matrimonio puede ser concebido como acto, esto es, *matrimonio in fieri* o contrato matrimonial; como estado, *matrimonio in facto esse*, o sea, la situación estable que se deriva de ese contrato y, desde el advenimiento del cristianismo, como sacramento. En el derecho romano clásico primó el segundo aspecto, por lo que el matrimonio era una situación de hecho reconocida socialmente. Para Modestino, el matrimonio es la unión del hombre y mujer, el consorcio (suerte común o convivencia) de toda la vida y la comunicación de derecho divino y humano: *nuptiae sunt coniunctio maris et femina at consortium omnis vitae divini et humanis iuris communicatio, individuam vitae consuetudinem continens*. Justiniano mantuvo dos aspectos de esta definición: a) unión de hombre y mujer y b) con el propósito de vivir en comunidad, que basta, por influjo cristiano, que sea inicial: *nuptiae sive matrimonium viris et mulieris coniunctio individuam consuetudinem vitae continens*<sup>61</sup>.

En el derecho clásico romano, la *maritalis affectio*, esto es, la intención de permanecer unidos marido y mujer, debía darse a través del matrimonio, lo que explica la inexistencia del delito de bigamia y la amplia posibilidad de divorcio. La prueba de la existencia del matrimonio venía dada en esa época por dicha *affectio* y por el *honor matrimonii*, aperiencia conyugal honorable<sup>62</sup>. En el derecho postclásico, por influencia del cristianismo, sólo se

<sup>58</sup> VIAL, *op. cit.*, pp. 349-352.

<sup>59</sup> Archivo Capitanía General vol. 729, no. 31.

<sup>60</sup> SÁNCHEZ BELLA, “La reducción...”, p. 238, n. 49. Desde p.253 de ese trabajo puede verse la gestación de esa norma. En ARA, vol. 1.866, p. 3a. Se encuentra el obediencimiento y cumplimiento de esta norma que tuvo lugar en la Audiencia de Santiago de Chile el 11 de agosto de 1787, disponiéndose su

publicación por bando y su envío a la intendencia de Concepción.

<sup>61</sup> PANERO, *op. cit.*, pp. 289 y 292-293.

<sup>62</sup> Tal opinión, iniciada por Manenti en 1889 y generalizada por Bonfante, es objeto hoy de fundadas críticas basadas en las fuentes en cuanto a su aplicabilidad a todas las épocas del Derecho Romano, destacado las de Olis Robleada: Hernández Ramí-

necesita el consentimiento inicial que, desde el siglo v, debía constar por escrito. Consecuencialmente, la bigamia pasó a ser perfectamente posible y aparece como delito en el siglo iv. El mismo principio cristiano afecta al divorcio, limitándolo, como lo hizo Constantino.

La Iglesia católica no quitó al matrimonio el carácter de contrato, sino que lo elevó a la dignidad de sacramento, lo que acarreó diversas consecuencias. Un canonista chileno, que llegó a ser arzobispo de Santiago, definía el matrimonio-contrato como “aquel que tiene por objeto la unión íntima y completa de un hombre y una mujer, entre personas libres para hacer entre sí una sola vida común”<sup>63</sup> y del matrimonio-sacramento decía que “es el mismo contrato, pero celebrado entre cristianos, en cuanto ha sido elevado por Cristo a la dignidad de sacramento, para significar su propia unión con la Iglesia y conferir a los cónyuges la gracia, a fin de que vivan piadosamente y eduquen a la prole en la fe cristiana”<sup>64</sup>. En su opinión, el matrimonio-contrato sólo podía darse entre infieles, pues para los cristianos sería inseparable el contrato del sacramento, por quien siendo cristiano no contrajese matrimonio de acuerdo con las normas de la Iglesia, ni siquiera celebraría un contrato sino que viviría en concubinato legal.

El matrimonio debía estar basado en el libre consentimiento de los contrayentes, por lo que las *Decretales* de Gregorio IX dispusieron que, en caso que hubiesen dudas o posibilidades de violencia, la mujer recibiese, por orden del tribunal, un seguro. El concilio de Trento, en su sesión xxiv, condenó a los que afirmasen que los matrimonios contraídos sin el consentimiento de los padres eran nulos<sup>65</sup>. Las disposiciones tridentinas fueron aplicables en el imperio hispano-indiano por disponerlo Felipe II a través de real cédula de 12 de julio de 1562<sup>66</sup> y consta su publicación con toda solemnidad en Lima el 28 de octubre de 1565. El segundo concilio limense, de 1567, adecuó sus normas a la realidad del arzobispado del Perú y obispados sufragáneos<sup>67</sup>. Aun en casos de estupro se tomaba muy en consideración la libertad para obtener el consentimiento de la estuprada. Es lo que encontramos, por ejemplo, en un juicio de 1779, a raíz del estupro que había hecho Francisco Guerra en su prima Magdalena Moreno. Estando él dispuesto a contraer matrimonio, se ordenó que el párroco de Curimón (donde se había trasladado la estuprada y familia), le tomara el consentimiento. Negándose ella a contraerlo, el hechor fue dejado libre<sup>68</sup>.

Se distinguían seis clases principales de matrimonio<sup>69</sup>:

1. El legítimo, que es el celebrado con el solo consentimiento natural, conforme a las leyes de cada comunidad y al derecho natural (dentro del cual se consideraba el de los infieles).
2. Rato, el contraído entre fieles con los requisitos propios del sacramento, pero sin que se haya producido cópula conyugal<sup>70</sup>.
3. Consumado, que era el perfeccionado por la unión carnal, *per copulam aptam ad generationem*.

rez, Félix, “El consentimiento matrimonial en el derecho Romano clásico” en *Revista de Derecho* vol. vi, no. 6 (Concepción, Universidad Católica de la Santísima Concepción, 1998), p. 9 y ss.

<sup>63</sup> ERRÁZURIZ, Crescente, *Compendio de Derecho Canónico* (Santiago, Imprenta de Ramón Varela, 1883), 199, no. 509.

<sup>64</sup> ERRÁZURIZ, *ibidem*.

<sup>65</sup> BENEYTO, Juan, *Instituciones de Derecho Histórico Español* tomo 1 (Barcelona, Librería Bosh, 1930), p.77

<sup>66</sup> BENEYTO, *Manual...*, p. 236.

<sup>67</sup> VARGAS, *Historia...*, tomo 1, p. 237.

<sup>68</sup> ARA, vol. 2.725, p. la. (1779).

<sup>69</sup> Hay otras: matrimonio secreto, clandestino, a yuras, morganático, mixto, etc.

<sup>70</sup> La distinción entre matrimonio rato y consumado es atribuida a Graciano.

4. Putativo al que se suponía verdadero por haberse contraído de acuerdo con las normas de la Iglesia y con buena fe de parte, por lo menos, de una de los contrayentes, pero que, en realidad adolecía de nulidad por causa de algún impedimento dirimente. Los hijos habidos de tal matrimonio eran considerados legítimos.

5. Verdadero, el que se contrae entre personas que no se hallan ligadas con algún impedimento dirimente.

6. Presunto, el que presumía el derecho en razón del acto carnal ejecutado después de los esponsales aunque éstos hubieran sido condicionales y no se haya verificado la condición. Sólo era válido en los lugares donde no se hubiera aceptado el Concilio de Trento o publicado el decreto que declaraba nulos o írritos los matrimonios clandestinos<sup>71</sup>.

Los canonistas destacaban en el matrimonio católico las siguientes características: su unidad, indisolubilidad y el carácter de sacramento.

1. *Unidad* implica que un hombre y una mujer hacen el matrimonio, excluyéndose poliandria y poliginia, los cuales acarrear problemas de incertidumbre de paternidad y el debido cuidado y crianza de sus hijos. Santo Tomás considera también la parte económica, declarando que sólo hombres de mucha fortuna podrían sostener familias.

2. *Indisolubilidad*, según santo Tomás es indispensable para el cuidado y crianza de los hijos, existiendo la obligación mutua de vivir juntos y no abandonar al otro cónyuge. Es aspecto que las *Partidas* subrayan: “ca segund Sancta Egleſia manda nunca el casamiento se destruye...”. La indisolubilidad se discutió mucho en diversos concilios como los de Vannes (465), Arde (506) y Compiègne (757) sobre todo en lo relativo al caso de adulterio. El asunto, dilucidado ya por la doctrina, quedó completamente claro en el concilio de Trento, que sólo autorizó normalmente el divorcio con separación de cuerpos, manteniéndose el vínculo matrimonial.

3. *Sacramento*: el matrimonio entre los bautizados constituye un sacramento. El sacramento es una de las cosas eclesiásticas, de carácter espiritual, esto es, tendente directamente a la salvación de las almas. La Iglesia Católica entiende por sacramento un signo sensible, instituido por Jesucristo para significar y producir la gracia. En todo sacramento, se requieren dos elementos consecutivos esenciales: materia, o sea, cosas o acciones exteriores y sensibles y forma, esto es, ciertas palabras o signos que a ellas equivalgan con que el ministro aplica la materia. En el matrimonio, la materia es la mutua y real entrega de sus cuerpos que se hacen marido y mujer, expresando su consentimiento por medio de la palabra u otros signos equivalentes. La forma estaba constituida por las palabras o signos de aceptación recíproca que hacían los cónyuges entre sí.

Para Graciano, el célebre glosador de la Baja Edad Media, el matrimonio es un contrato real, por lo que dio tanta relevancia a la cópula. Para Pedro Lombardo y sus discípulos franceses, el matrimonio es un contrato consensual bastando para su perfección de simple consentimiento de las partes.

El mutuo consentimiento es esencial en el matrimonio desde la Baja Edad Media – *matrimonium facit consensus* o como lo expresaba P. 4,2,5, “ consentimiento solo con voluntad de casar face matrimonio eb entre el varón e la mujer”– e insistieron en él el Concilio de Trento, los 2<sup>o</sup><sup>72</sup> y 3<sup>er</sup>. Concilios Limenses y la *Recopilación de Indias* 6,1,2. los canonistas estimaban, siguiendo a Santo Tomás, que el consentimiento es causa eficiente del matrimonio. Para el Aquinatense, el matrimonio no consiste en el consentimiento mismo sino en

<sup>71</sup> DONOSO 1861, tomo II, pp. 151-152; ERRÁZURIZ, *op. cit.*, p. 199, n.os 511 y 512.

<sup>72</sup> Sobre el 2o. Concilio limense puede consultarse VARGAS, *Historia...*, pp. 237-249.

<sup>73</sup> Había, sin embargo, algunos canonistas que estimaban que bastaba el consentimiento externo: DONOSO, *Diccionario...*, tomo III, p. 406.

cierta unión de las cosas ordenada a un efecto, realizándose tal unión a través del consentimiento (suplemento a 3a., quaest. 45).

El consentimiento debía llenar varios requisitos:

1. Ser interno, esto es, querer, efectivamente contraer el matrimonio, pues sin intención de obligarse no hay verdadero contrato<sup>73</sup>. En caso de faltar esta intención, el contrato es nulo en el fuero interno. Puede serlo en el externo si llega a probarse fehacientemente, para lo cual no basta la declaración, ni aun jurada, de las partes<sup>74</sup>.

2. Ser mutuo y simultáneo “de manera que el consentimiento del uno tenga lugar mientras permanece o no ha revocado el del otro”<sup>75</sup>. No es necesario que se dé personalmente, pues cabe la representación por medio de un apoderado y el matrimonio por carta;

3. Ser manifiesto, exteriorizándose por palabras o signos equivalentes, como sería en el caso de los mudos, todo ello expresado de acuerdo con el ritual de la Santa Madre Iglesia<sup>76</sup>. También se consideraba la posibilidad de que el consentimiento se manifestase a través de cartas. “Si el hombre escribe a la mujer que se le da como esposo y acepta su consentimiento, basta para la validez del matrimonio que la mujer abra ante el párroco y los testigos de la carta y preste su consentimiento. Pueden también las dos partes expresar en cartas su consentimiento y la aceptación del consentimiento del otro y basta que estas cartas se exhiban ante el párroco y los testigos”<sup>77</sup>. La manifestación por medio de actos externos era de rigor toda vez que para que haya sacramento tiene que haber “signo sensible” de la gracia invisible.

4. Ha de ser público otorgándose el consentimiento *in facie ecclesiae* por disposición tridentina<sup>78</sup>.

5. Libre, esto es, exento de vicios como lo son la clandestinidad, fuerza o error. Respecto a la fuerza, habiendo encerrado los parientes a una mujer para que no pudiese contraer matrimonio, el novio solicitó se la colocase en casa independiente para que pudiera prestar libremente su consentimiento, a lo que tanto las autoridades religiosa como civil accedieron<sup>79</sup>. Quien otorgaba su consentimiento debía de encontrarse en su sano juicio, lo que podía no ocurrir, por ejemplo, con los que estuviesen en estado de ebriedad<sup>80</sup>, situación que solía darse entre los indios y a la que expresamente se refiere Juan de Matienzo<sup>81</sup>.

6. Debe ser absoluto y no acondicionado en opinión de la mayor parte de los canonistas<sup>82</sup> lo que explica la existencia de los esponsales de presente y futuro. Se consideraba que imponer condiciones era contrario a la práctica continuada de la Iglesia, pudiendo, además, introducir dudas sobre la validez del sacramento, lo que era, a todas luces, inconveniente.

<sup>74</sup> PEÑA-PEÑALOZA, Roberto Ignacio, “Archivo de la Curia Eclesiástica de Córdoba. Legajo 194 Divorcios y Nulidades de Matrimonio (1688-1745) T. 1, exp. 3 Juana de Cabrera y Felipe de León. Nulidad de matrimonio: Fuerza y temor. Falta de licencia eclesiástica” en *Revista Chilena de Historia del Derecho* no.13 (Santiago, 18-987), p. 195.

<sup>75</sup>

<sup>76</sup> PEÑA-PEÑALOZA, *Ibidem*.

<sup>77</sup> ERRÁZURIZ, Crescente, *Compendio de Derecho Canónico* (Santiago, Imprenta de Ramón Varela, 1883), p. 201, quien expresa que tal clase de matrimonio “no se admite ahora por la Iglesia”.

<sup>78</sup> Como quiera que en opinión de gran parte de los canonistas, los ministros del matrimonio son los propios contrayentes, se estimó, antes de Trento, que era perfectamente válido el matrimonio sin ma-

yores formalidades, que en la España medieval recibió el nombre de matrimonio a yuras, por estar fundado en el juramento mutuo de fidelidad que se hacían los cónyuges. El jurista Cabral de Moncada habría introducido la distinción entre “matrimonio de bendición” y “matrimonio clandestino”: BENEYTO PÉREZ, Juan, *Manual de Historia del Derecho Español* 2ª ed. (Zaragoza, Librería General, 1948), p. 236.

<sup>79</sup> Archivo Capitanía General vol. 214, fs. 270-273v., juicio de Antonio Arredondo para casar con María de la Luz Cuevas.

<sup>80</sup> SOLÓRZANO, *De Indiarum...* lib. 2, cap. 20.

<sup>81</sup> MATIENZO, Juan de, *Commentaria in Librum V Recollectionis Legum Hispaniae* (Matriti, 1580), rubr. Al tít. 1, lib. 5, no. 208 se refiere a “de ebrietate Indiorum”.

Respecto del poder para contraer matrimonio, tenía que ser especial, y con señalamiento de la persona con quien se había de producir el enlace. El apoderado, a su vez, no podía sustituir el poder, a menos de autorización expresa. Era posible que el poderdante fijase alguna condición para la celebración del matrimonio y si ésta no se cumplía, el matrimonio resultaba inválido en opinión de san Alfonso María de Ligorio<sup>83</sup>. Se recomendaba no celebrar matrimonios por poder a menos de autorización del obispo<sup>84</sup>.

De acuerdo con el derecho canónico, en el matrimonio intervenían dos potencias: el entendimiento y la voluntad. Por el primero, los contrayentes debían conocer en esencia en qué consistía el matrimonio y sus consecuencias y por el segundo, debían realizar un acto jurídico libre. En materia de libertad, era interesante determinar hasta que punto podían violentar el consentimiento el temor reverencial y el rapto, de que se hablará más adelante.

Entre los sacramentos los hay de dos clases: los que imprimen carácter, esto es, que sólo pueden recibirse una vez como bautismo, confirmación y orden sagrado. Y otros, que pueden recibirse más de una vez. Como es el caso del matrimonio. Respecto de las segundas nupcias, hubo, al comienzo del cristianismo, una marcada posición contraria, lo que se observa en la legislación imperial postclásica, influida tanto por estoicos como por cristianos. Hubo disposiciones contrarias al que contrae nuevas nupcias y se favoreció a los hijos del primer matrimonio. Entre las normas basadas en esas consideraciones se encuentran la que hace válida la cláusula testamentaria en favor del cónyuge con la condición de no casarse; que no se pueda dejar al nuevo cónyuge más de lo que se deja al hijo menos favorecido del matrimonio anterior; que sólo corresponde al cónyuge bínubo el usufructo de los *lucra nuptialia*, o sea, lo adquirido a título gratuito del cónyuge premuerto y la obligación de prestar garantía si quedó obligado por legados en favor de hijos, hermanos o sobrinos, de lo que por lo normal estaban liberados los padres<sup>85</sup>. La Iglesia mantuvo la protección de los hijos anteriores frente a un nuevo enlace, pero varió su concepto en lo tocante a segundas nupcias, aceptando mayoritariamente las tesis de los que las consideraban perfectamente morales. Tal es la situación que llegó a las Indias, donde son muy frecuentes situaciones de binubio, trinubio yaun cuadrinubio.

Se discutió entre los teólogos y canonistas<sup>86</sup>, sobre todo después de las disposiciones tridentinas, que exigían la presencia del párroco o un delegado suyo en el matrimonio, quienes serían los ministros de sacramento. El canonista chileno Crescente Errázuriz lo dice palmariamente: "son ministros del sacramento del matrimonio los mismos contrayentes"<sup>87</sup>. La doctrina más antigua de la Iglesia es la de que los constituyentes son los ministros; pero la duda se planteó fundamentalmente por la obra *De locis Theologicis* de Melchor Cano, donde sostuvo que el sacerdote era el ministro. Habiendo defendido Cano su posición en el concilio de Trento, fue ésta aceptada por diversos autores como Tournety, Sylvio, Juenin y otros. El papa Benedicto XIV adoptó una posición equidistante, dejando a los cristianos en libertad para escoger cualquiera de estas doctrinas. Recomendó a los obispos abstenerse de plantear este problema en los sínodos.

<sup>82</sup> DONOSO 1861, tomo II, p. 155.

<sup>83</sup> DONOSO 1861, tomo II, p. 156.

<sup>84</sup> ERRÁZURIZ, *op. cit.*, p. 201, no. 514.

<sup>85</sup> PANERO, *op. cit.*, pp. 304-305.

<sup>86</sup> DONOSO, *Diccionario...* tomo III, pp. 398-399.

<sup>87</sup> ERRÁZURIZ, *op. cit.*, p. 201, no. 516.