

2 500430

# NOTAS PARA UN ESTUDIO DEL DERECHO CANONICO MATRIMONIAL INDIANO

por

*Roberto I. Peña*

1. La compleja realidad americana con sus implicancias políticas, sociales, económicas, etnográficas, y en última instancia, humana, hizo necesaria la creación de un Derecho Canónico Indiano.

Varias vertientes o fuentes conformaron este *Jus Canonicum Indicum*, que tomó modalidades propias y características distintas del Derecho Canónico Clásico o Romano. Cooperaron a formarlo los Breves y Bulas pontificios que —motu proprio o a instancias de los Reyes— dio con carácter de excepción, la Sede Apostólica a los Obispos Americanos o a las Congregaciones Religiosas; las disposiciones o cánones de los concilios americanos y de los sínodos episcopales; las Reales Cédulas de los reyes, dadas en ejercicio del Patronato Indiano o por cuestiones temporales; las costumbres inveteradas observadas en los juicios eclesiásticos o *mixti fori*; y finalmente las epiqueyas interpretativas de los casos.

2. Ateniéndonos al *Ordinationum Apostolicarum ad Indias Pertinentium Breviarum*<sup>1</sup>, del P. Domingo Muriel, Profesor que fuera de la Universidad Jesuítica de Córdoba, y publicado en Venecia en 1776, podemos conocer la materia sobre lo que legisló este Derecho Canónico Indiano.

Témenos, pues, la siguiente enunciación: facultades y jurisdicción de los obispos y apelación de sus sentencias o resoluciones. Bautismo de los hijos de los infieles. De la comunión de los indios y nulidad de sus matrimonios. Sobre la consagración de los obispos. De la dispensa en el matrimonio de los neófitos. Sobre la dispensa para la congración *in sacris* de los ilegítimos. Facultades episcopales para dispensar en los grados prohibidos para contraer matrimonio entre españoles americanos. De las dispensas para el matrimonio de los neófitos. Circunstancias en que podían ser consagrados *in sacris* los ilegítimos. Dispensa

<sup>1</sup>"Fasti Novi Orbis et Ordinationum Apostolicarum ad Indias Pertinentium Breviarum, cum ad notationibus". Opera D. Cyriaci Morelli. Presbyteri, o lim in Universitate neocordubensi in Tucumania Professoris. Venetis MDCCCLXXVI. Prostat Apud Antonium Zatta-Superiorum permissu, ac Privilegio.

con los incestuosos. De la absolución de casos reservados. Sobre la disolución de los matrimonios de los infieles. Sobre la aprobación de los curas doctrineros. Sobre las facultades del cabildo eclesiástico en Sede-Vacante. De la consagración *in sacris* de los indios y mulatos.

3. El Concilio de Trento fijó el derecho canónico del matrimonio en una nueva formulación<sup>2</sup>.

En la sesión vigesimacuarta, celebrada el jueves 11 de noviembre de 1563, ratificó la doctrina del matrimonio, considerándolo como sacramento.

Se formularon en esta misma sesión una serie de cánones que fortalecían y defendían las facultades de la Iglesia para reglar esta institución. Estos cánones trataban de la jurisdicción eclesiástica para dispensar en cuestiones de impedimentos y establecer otros grados impeditivos y dirimentes que no estuvieran expresados en el Levítico.

Al mismo tiempo condenó por el Canon v la doctrina y la legislación que sostenía que se podía disolver el vínculo matrimonial por causa de herejía, de cohabitación molesta o de ausencia excesiva de uno de los cónyuges.

Por el Canon xii ratificó la jurisdicción eclesiástica para intervenir en las causas matrimoniales.

En el decreto de reforma del matrimonio, prohibió expresamente los matrimonios llamados clandestinos, prescribiendo —de acuerdo a las disposiciones del Concilio de Letrán, celebrado en el Pontificado de Inocencio III— las proclamas públicas hechas por el párroco de los contrayentes. El mismo decreto establecía que hechas estas amonestaciones, si no se oponía ningún impedimento legítimo, debía proceder a celebrarse el matrimonio ante la faz de la Iglesia.

Este rito podía ser dispensado por el obispo, mediando causa grave.

Establecía también este decreto que el matrimonio que no se contraía en presencia del párroco o de otro sacerdote con licencia del mismo párroco o del obispo y de dos o tres testigos era ilegítimo y nulo.

Prescribía igualmente que el párroco debía llevar un libro en donde hiciera constar por escrito los nombres de los cónyuges y de los testigos, y el día y lugar en que se celebró el matrimonio.

<sup>2</sup>ANASTASIO MACHUCA DIEZ: *Los sacrosantos ecuménicos Concilios de Trento y Vaticano*. Madrid, 1903.

Establecía el parentesco espiritual y determinaba los diversos impedimentos para contraer matrimonio.

Restringió el impedimento que nace de la afinidad contraída *ex copula illicita*, y que dirime el matrimonio después de celebrarlo, a sólo aquellas personas que son parientes en primero y segundo grado.

Ratificó la prohibición de contraer matrimonio —sin dispensa previa— dentro de los grados prohibidos.

Establecía penas contra los raptos y decretaba que no podía haber verdadero matrimonio entre el raptor y la robada, mientras ésta se hallase en poder del raptor. Pero si la robada, separada del raptor y puesta en lugar seguro y libre, consintiese en tenerlo por marido, era tenida por el raptor por su mujer.

Castigaba con penas graves el concubinato, haciendo desaparecer así la institución de la barraganía, reconocida por las Siete Partidas.

Para evitar las presiones que violentan las voluntades, el Concilio condenaba con excomunió*n ipso facto incurrenda*, a todos aquellos que de cualquier dignidad o condición que fuesen, obligasen directa o indirectamente a sus súbditos a contraer matrimonio contra su voluntad.

Por Real Cédula dada en Madrid, el 12 de junio de 1564, Felipe II disponía que en todos sus reinos fuera "guardado, cumplido y ejecutado" lo dispuesto por el Concilio de Trento; Real Cédula incorporada a la Novísima Recopilación como Ley XIII, del título I, libro I.

Veremos cómo este Derecho Canónico que se fija en Trento sufre algunas modificaciones en su aplicación disciplinaria en América, no en su doctrina, conformando el *juscanonicum indicum*.

4. Por delegación de la Sede Apostólica, los obispos indios recibieron facultades amplias y especiales en el ejercicio de su función jurisdiccional y pastoral. Estas facultades o prerrogativas, llamadas *sólitas*, *decenales* o *vicenales*, fueron renovadas por los Pontífices, *motu proprio* o a solicitud de los monarcas españoles, en las distintas épocas, hasta casi las vísperas mismas de la independencia americana<sup>3</sup>.

En cuestiones tocantes al matrimonio —asunto que nos interesa ahora— los canonistas indios están acordes en la exposición de los siguientes puntos relacionados con las facultades especiales de los obispos de América<sup>4</sup>.

<sup>3</sup>JUSTO DONOSO: *Instituciones de Derecho Canónico Americano*, 1, pág. 201. Valparaíso, 1848.

<sup>4</sup>Esta enumeración la tomo de las

*Instituciones*, citadas del Dr. Justo Donoso, obispo que fuera de La Serena y miembro de la Facultad de Teología y Ciencias Sagradas de la Universidad de

I. Para dispensar en el tercero y cuarto grados de consanguinidad y afinidad simple y mixto, y en el segundo, tercero y cuarto mixtos, más no en el segundo simple o puro, en cuanto a los matrimonios futuros; y en cuanto a los ya celebrados, en el segundo simple, y en ningún caso con atingencia del primero, y sólo respecto de los que se convierten al catolicismo de la herejía o infidelidad; y declarar legítima la prole habida en dichos matrimonios.

II. Para dispensar sobre el impedimento de pública honestidad proveniente de esponsales válidos.

III. Para dispensar el impedimento de *crimen, neutro tamen conjugum machinante*, y habilitar *ad petendum debitum*.

IV. Para dispensar en el impedimento de cognación espiritual, *praeterquam inter levantem et levatum*.

Advirtamos que estas dispensas sólo se concedían bajo la cláusula: *Dummodo mulier rapta non fuerit, vel si rapta fuerit, in potestate raptoris non existat*.

V. Para dispensar con los gentiles o infieles convertidos y bautizados que tienen muchas mujeres, que puedan retener la que quisieren, si ésta también se convierte, si no es que también la primera quiera convertirse.

5. Para el Derecho Canónico de la época eran impedimentos dirimentes, es decir, hacían ilícito e inválido el matrimonio, los siguientes<sup>5</sup>:

I. El error acerca de la persona.

II. El error sobre la condición o *status* social de uno de los contrayentes.

III. El solemne voto de castidad emitido en la profesión religiosa.

IV. El parentesco en los grados prohibidos, sea natural, espiritual o legal.

Chile. Ed. del Mercurio. Valparaíso, 1848, págs. 201 y sgts.

He consultado también las *Institutionum canonicarum*, de Joannis Devoti. Editio Tertia Matritensis MDCCCXIX, T. 2, sectio VII, VIII, IX y XI.

Es sabido que el Devoti fue texto en la Facultad de Jurisprudencia de Córdo-

ba. El ejemplar que he utilizado perteneció al Dr. José Roque Funes, antiguo Rector de la Universidad Mayor de San Carlos (Córdoba).

<sup>5</sup>JUSTO DONOSO: obra citada, T. 2, págs. 159 y ss., 2ª edición. Santiago de Chile, 1862.

V. Crimen o impedimento dirimente que nace del adulterio solo, del conyugicidio solo o de ambos.

VI. Disparidad de culto.

VII. Fuerza o coacción que obligue a prestar consentimiento contra su voluntad.

VIII. Estar ordenado *in sacris*.

IX. Ligamen, o sea el vínculo de matrimonio anterior.

X. Pública honestidad. Los canonistas determinan su concepto diciendo que es una especie de parentesco que nace de los esponsales y del matrimonio rato, es decir, aún no consumado, el cual se contrae entre el varón y los consanguíneos de la mujer, y entre ésta y los consanguíneos de aquél.

El Tridentino varió la disciplina en cuanto a los esponsales: sólo se extiende a la hermana, madre o hija. Pero mantuvo la antigua disciplina en relación al matrimonio rato, según decisión de Pío v en la constitución *Ad Roma num*, del año 1568. Por consiguiente, este impedimento proveniente del matrimonio rato dirime el matrimonio hasta el cuarto grado inclusive.

XI. Demencia.

XII. La afinidad —o sea el vínculo de las personas proveniente de acto carnal consumado lícito o ilícito. El Tridentino dispuso —lo hemos dicho ya— que la afinidad procedente *ex fornicatione* o *ex copula licita* que antes alcanzaba al cuarto grado quedase reducida en cuanto impedimento dirimente al segundo grado. Observemos que los grados de afinidad correspondían a los de consanguinidad y se computaban del mismo modo. La contrae el varón con los consanguíneos de la mujer, y ésta con los consanguíneos de aquél, advierte Donoso<sup>6</sup>.

XIII. La clandestinidad; es decir, aquellos matrimonios celebrados sin las prescripciones canónicas fijadas por el Concilio de Trento: son, pues, írritos y nulos.

Los matrimonios tenidos por clandestinos habían sido ya prohibidos por la Ley 49, de Toro, y confirmada esta prohibición por Felipe II en las Cortes celebradas en Madrid en 1563. Disposición incorporada a la Ley v, Título II, Libro X de la Novísima Recopilación, prescribiendo que “el que contrayere matrimonio, que la Iglesia tuviere por clandestino, con alguna mujer, por el mismo hecho él y los

<sup>6</sup>Justo DONOSO obra citada, Tomo 2, pág. 173. Ed. Santiago de Chile, 1862.

que en ello intervinieren, y los que de tal matrimonio fueren testigos, incurran en perdimiento de todos sus bienes, y sean aplicados a la Real Cámara y Fisco". Eran también desterrados de los Reinos de España, en los cuales no podían entrar, so pena de muerte. Era igualmente justa causa para que el padre y la madre pudiesen desheredar, si quisiesen, a sus hijos e hijas, que el tal matrimonio hubiesen contraído (Ley I, Tít. I, Lib. v R).

XIV. La impotencia, o sea, *inhabilitas ad actum conjugalem perfectum sea uenerationi aptum*.

XV. En cuanto a la edad, el Derecho Eclesiástico de la época concordaba con el castellano y fijaba catorce años para el varón y doce para la mujer —Ley VI, Tít. I, P. 4. Empero, como excepción se aplicaba la epiqueya: *nisi malitis supleat aetatem*.

XVI. Rapto. El Tridentino (lo hemos visto antes) estableció penas graves contra los raptos y decretó que no podía haber verdadero matrimonio entre el raptor y la robada, mientras ésta se hallase en poder del raptor. Pero si la robada, separada del raptor y puesta en lugar seguro y libre, consintiese en tenerlo por marido, era tenida por el raptor por su mujer. Los canonistas precisaron que era necesario que la mujer fuera menor de edad y de buena conducta.

6. Entre los impedimentos impeditivos (*Ecclesiae vetitum, tempus, sponsalia, votum*)<sup>612</sup> que se oponían a la lícita celebración del matrimonio, bien merece un interés especial en el Derecho Canónico Indiano, el requisito del consentimiento de los padres o personas de quienes dependían las menores; y debía preceder al matrimonio.

La antigua disciplina eclesiástica declaraba ilícitos aunque válidos los matrimonios de los hijos menores celebrados sin el consentimiento de los padres.

Por su parte el viejo Derecho Castellano desde el Fuero Juzgo formuló una serie de impedimentos matrimoniales laicales con graves efectos civiles y penales.

El Ordenamiento de Alcalá (Ley II, Tít. XXI) prescribía que cualquier hombre que viviere con algún señor, y viviendo con él, se desposare o casare con la hija, o con la pariente que tenga en su casa aquél con quien viviere, sin su mandato, que el que tal yerro hiciere, sea echado del Reino para siempre; y si tornare a él sin licencia real, las justicias debían matarle y la mujer desheredada.

7. Carlos III por pragmática del 23 de marzo de 1776 exigió el consentimiento paterno para la contracción de esponsales y matri-

<sup>612</sup> JOANNIS DEVOTI obra citada, Tomo 2, pág. 168.

monio por los hijos de familia (Nov. Recop. Ley ix, Tít. II, Lib. x)<sup>7</sup>.

Autorizaba el disenso legal para evitar los matrimonios desiguales de los hijos de familia; pragmática de rigurosa aplicación en el Virreinato del Río de la Plata, aun después de la Revolución de 1810<sup>8</sup>.

La pragmática aclaraba que dejaba ilesa la autoridad eclesiástica y disposiciones canónicas en cuanto al sacramento del matrimonio para su valor, subsistencia y efectos espirituales. Pero respecto al contrato civil y efectos temporales, estableció una serie de requisitos y sanciones para su no cumplimiento.

Esta exigencia comprendía "desde las más altas clases del Estado, sin excepción alguna, hasta las más comunes del pueblo, porque en todas sin diferencia tiene lugar la indispensable y natural obligación del respeto a los padres y mayores que estén en su lugar, por derecho natural y divino, y por la gravedad de la elección de estado con persona conveniente".

8. Si llegaba a celebrarse el matrimonio sin el referido consentimiento o consejo, así los que lo contrayeren, como los hijos y descendientes que provinieren de tal matrimonio, quedaban inhábiles y privados de todos los efectos civiles, como era el derecho de pedir dotes o legítimas, y de suceder como herederos forzosos y necesarios en los bienes libres, que hubieran podido corresponderles por herencia de sus padres o abuelos. Declaraba, pues, la pragmática como justa causa de su desheredación la expresada contravención. No podían pedir en juicio, ni alegar de inoficioso o nulo el testamento de sus padres o ascendientes y quedaban éstos en libre arbitrio y facultad de disponer de dichos bienes a su voluntad, y sin más obligación que la de los precisos y correspondientes alimentos.

Los mayores de veinte y cinco años cumplían con pedir el consejo paterno para colocarse en estado de matrimonio, y si no lo pedían, incurrían en las mismas penas mencionadas.

Establecía también la Real Pragmática que el disenso debía ser racional y justo y prescribía un recurso sumario ante la Justicia Real cuando el disenso aparecía irracional e injusto, originándose así una especie de *mixti fori*.

<sup>7</sup>José M. MARILUZ URQUIJO *Victorian de Villava y la pragmática de 1776 sobre matrimonio de hijos de familia*, en Revista del Instituto de Historia del Derecho N° 11. Buenos Aires, 1960.

<sup>8</sup>ROBERTO I. PEÑA *La aplicación del*

*Derecho Castellano Indiano por los tribunales judiciales de Córdoba (1810-1820)* en Revista del Instituto de Historia del Derecho. Ricardo Levene N° 18. Buenos Aires, 1967.

Los militares tenían un régimen de excepción contemplado por sus propias ordenanzas.

9. Por la misma pragmática, Carlos III encargaba a los obispos, pusieran en cumplimiento la encíclica de Benedicto XIV, del 17 de noviembre de 1741 que prescribía "que cuidadosamente se examine y averigüe la calidad, grado, condición y estado de las personas" que solicitaban contraer matrimonio y "particularmente si son hijos de familias, cuyos padres justamente disienten en la celebración de semejantes matrimonios".

Nuevas disposiciones de la corona hizo más rigurosa la interpretación de la Real Pragmática. Así Carlos III, por Real Cédula del 18 de septiembre de 1788 prohibió que se admitiesen en los tribunales eclesiásticos demandas de esponsales celebrados sin el consentimiento paterno, no podían tampoco admitirse por vía de impedimento.

Casi en las vísperas de la Revolución, en 1803, Carlos IV, por Real Decreto del 10 de abril, refirmaba la prohibición. "Mando que ni los hijos de familia menores de 25 años, ni las hijas menores de 23 a cualquier 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 su resistencia o disenso".

Pero dispensaba de pedir el consentimiento o consejo a los hijos e hijas mayores de 25 y 23 años, respectivamente.

Establecía también por el mismo decreto penas graves para los eclesiásticos que autorizasen el matrimonio para el que no estuviesen habilitados los contrayentes. Dichos vicarios eclesiásticos eran expatriados y ocupadas todas sus temporalidades. En las mismas penas de expatriación y confiscación de bienes incurrián los contrayentes<sup>9</sup>.

10. Los canonistas romanistas de la época afirmaban frente a los jansenistas, defensores de las atribuciones del Poder Laical, que sólo al Concilio General o al Papa correspondía la dispensa de los impedimentos dirimentes, que impedían la licitud del matrimonio y lo invalidaban e irritaban.

Disputa que zanjó Pío VI en la Bula *Autorem fidei* (1794) condenando como eversiva la doctrina de los jansenistas.

Era, pues, sentir común de los autores, que el Sumo Pontífice sólo podía dispensar en todos los impedimentos que dirimían el matrimonio por institución eclesiástica. Y en cuanto a los obispos, no

<sup>9</sup>Ley XVIII, título XI, libro X. Novísima Recopilación.



tenían éstos por derecho común, facultades para dispensar en cuestiones de impedimentos dirimentes. Sólo podían hacerlo por especial concesión y privilegio de la Sede Apostólica. Doctrina fijada por Benedicto XIV en su *De Synodo Diocesana*, obra manejada por los juristas indianos.

Este asunto de las sólitas, decenales o vicenales tiene extraordinaria importancia en la conformación del Derecho Canónico Americano; tema muy debatido después de la Revolución de Mayo que trajo la incomunicación con Roma<sup>11</sup>. La naturaleza delicada y ardua de esta delegación pontificia dejó perplejos a los juristas revolucionarios, pues no se sabía con certeza si los obispos y vicarios capitulares que los reemplazaron en el primer período revolucionario, continuaban en el ejercicio pleno de esta jurisdicción delegada. Situación que llevó a la Asamblea del Año XIII —sin ningún derecho para ello, pero con el sólo designio de tranquilizar las conciencias— a declarar en su sesión del 16 de junio “que habiendo reasumido los reverendos obispos de las Provincias Unidas del Río de la Plata sus primitivas facultades ordinarias, usen de ellas plenamente en sus respectivas diócesis, mientras dure la incomunicación con la Sede Apostólica”.

Estas facultades extraordinarias fueron concedidas por la Sede Apostólica no sólo a los obispos americanos sino también a los provinciales de las diversas órdenes religiosas, especialmente a los jesuitas, concesiones que crearon un doble derecho canónico indiano: uno aplicable a los españoles americanos y otro, a los indios.

La iglesia consideró como válido y legítimo, aunque sin fuerza de sacramento el matrimonio de los indios, celebrado antes de su conversión, según sus leyes no contrarias al orden natural. Pero el Concilio II Limense en su constitución 37, concedió a los indios que se convertían, gozar del privilegio paulino<sup>12</sup>.

El mismo concilio en su constitución 38 declaró como repugnante a la ley natural e irritos e inválidos, los matrimonios de los indios dentro del primer grado (madre, madrastra, hermana, hija, nieta o abuela), contraídos antes del bautismo, pero aquellos matrimonios contraídos con impedimento de segundo o tercer grado debían ser convalidados al bautizarse ambos cónyuges.

<sup>10</sup>JUSTO DONOSO obra citada, T. 2, 1858). Librería y Editorial Castellvi. S. pág. 157, edición de Santiago de Chile, 1862. N. Santa Fe, Argentina.

<sup>11</sup>AMÉRICO A. TONDA *La Iglesia Argentina incomunicada con Roma. (1810-* <sup>12</sup>RUBÉN VARGAS UGARTE *Concilios Limenses, 1551-1721. 3 vols. Lima, 1951/* 52-54.

Por uso y consentimiento de la iglesia, confirmados después por breves y bulas de los papas, los obispos y prelados de las órdenes religiosas, podían dispensar a los indios para contraer matrimonio, en los grados de consanguinidad y afinidad no prohibidos *a jure divino*.

11. Clemente XI por bula *Quin etiam*, del 22 de septiembre de 1708, precisó el exacto concepto de neófito para el *jus canonicum indicum*, poniendo fin a las controversias de canonistas y letrados *in utroque iure*. Había que entender por neófitos no solamente a los indios convertidos sino también a los mestizos que tuvieran alguna parte de indios, excepto los cuarterones y puchueles<sup>13</sup>.

Recordemos que eran cuarterones los hijos de español y mestiza, o viceversa, y puchueles, los nacidos de español y cuarterona. En éstos, pues, no pudieron dispensar, en virtud de los privilegios pontificios, ni los ordinarios, ni los jesuitas.

Para un estudio de las facultades episcopales en asuntos de dispensa de impedimentos, es menester precisar la cuestión de las líneas de parentesco.

Los canonistas advierten que hay dos líneas de consanguinidad y afinidad: una recta y otra transversal. En la línea recta de consanguinidad está el padre con el hijo en primer grado, con el nieto en segundo, etc. En la línea transversal están los hermanos en primer grado, los primos-hermanos en segundo, los hijos de éstos que son los primos segundos en tercero, y así sucesivamente. Esto es —dice Muriel— cuando la línea transversal es igual, porque cuando es desigual, se hace el cómputo de esta suerte: los primos-hermanos están en primero con segundo con su tía o tío hermano de su padre. Muriel sigue en esta explicación el famoso tratado "De Matrimonio", del P. Thomas Sánchez.

En lo tocante a indios y a todos aquellos que según las bulas de Clemente XI *Quin etiam* y *Alias pro parte* eran considerados neófitos, podía el juez ordinario eclesiástico, o los prelados de órdenes religiosas en su caso, dispensar en todos los impedimentos fuera del primer grado de consanguinidad o afinidad para que contrajesen matrimonio.

Es decir, estos neófitos sólo requerían autorización para el segundo grado; pues, para los otros grados cuya dispensa era exigida por el Derecho Canónico común, estaban dispensados por especial concesión de Paulo III.

<sup>13</sup>CIRIACO MORELLI obra citada. Ordinationo C D L, pág. 498.

Ver también la bula de Clemente XI, *Alias pro parte*. Morelli, pág. 499.

En lo relacionado con los impedimentos de afinidad contraídos por cópula lícita, advierte Muriel, no se podría, en virtud de semejante privilegio, dispensarse el primer grado de línea recta; v. g. para que el suegro casase con la nuera, o la suegra con el yerno, ni el entenado con su madrastra, ni el padrastro con su entenada. Ni tampoco se podría dispensar para que el cuñado case con su cuñada, esto es, para que el hermano pueda casar con la mujer de su hermano difunto, porque son impedimentos en primer grado de afinidad *ex copula lícita*, en los cuales prohíbe dispensar Clemente XI en su bula *Cum dudum*.

En cuanto a los impedimentos contraídos *ex copula ilícita* podía dispensarse en todos los grados, según se desprende de la Bula antes citada.

12. En lo que hace a la línea transversal podía dispensarse en el primero o segundo grados de afinidad *ex copula ilícita*. En los demás impedimentos o grados así de la línea recta como de la transversal, contraídos *ex copula ilícita*, no era menester dispensación.

Respecto a este impedimento, los canonistas exigían ciertas condiciones: que se tratara de causa grave urgente entre aquellos con quienes se dispensaba y que se hiciera en el fuero de la conciencia.

Se distinguía así del impedimento de afinidad contraída *ex copula lícita* o *ex matrimonio* y el de consanguinidad. En éstos se podía dispensar *in utroque foro*. Otra condición que se exigía era que el impedimento debía ser oculto para que valiese la dispensación; pues si era público no valdría.

Entra también entre estas dispensas, el impedimento de cognación espiritual que se contrae en el bautismo solemne y en la confirmación, fijado por los cánones del Concilio de Trento.

En virtud de estos privilegios, los canonistas americanos también interpretaban que se podía dispensar con los neófitos en el impedimento de pública honestidad y en el matrimonio rato no consumado. Se entendía hasta el segundo grado inclusive.

Esta dispensa era para los indios, pues, entre los españoles alcanzaba la prohibición al cuarto grado inclusive.

13. Las llamadas causas matrimoniales correspondían, en el derecho de la época, privativamente al juez eclesiástico.

El Concilio de Trento, en su sesión 24 y en el canon XII, declaró—afirmando la vieja doctrina— que “si alguno dijere que las causas matrimoniales no pertenecen a los jueces eclesiásticos, *anathema sit*”.

De acuerdo con esta jurisdicción —reconocida por la legislación civil castellana— sólo el juez eclesiástico podía conocer sobre esponsales, nulidad de matrimonio y divorcio *quoad thorum e cohabitationem*.

Al juez civil le competía intervenir en los efectos civiles y penales; aunque era común opinión de canonistas que el juez eclesiástico podía intervenir en cuestiones de alimentos, restitución de dote, y otras materias, si se ventilaban como incidentes del juicio de divorcio; pero la aplicación de la pena temporal estaba reservado al juez secular.

En lo que al juicio de nulidad de matrimonio toca, recordemos que los canonistas exigían —de acuerdo a la interpretación de las disposiciones canónicas— que hubiera plena prueba. En caso de duda, el juez eclesiástico debía sentencias a favor de la validez del matrimonio.

Habían creado los juristas indianos toda una casuística que permitía una interpretación legal *secundum quid* y que dio lugar a una fértil creación de epiqueyas.

Distingúan si el impedimento que causaba la nulidad era notoriamente cierto o era de aquellos que estaban reservados al fuero interno de la conciencia. Y de allí deducían quienes podían acusar el matrimonio para la declaración de su nulidad y cuándo el juez podía proceder de oficio y declarar la nulidad.

Distingúan también aquellos impedimentos que podían renunciarse por los propios cónyuges y se suponía que habían renovado el consentimiento y ratificado el matrimonio; de aquellos otros impedimentos que sólo a la iglesia competía su dispensación<sup>14</sup>.

14. Las instancias para estos juicios promovidos en Indias fueron fijadas por el Breve Apostólico de Gregorio XIII concedido a solicitud de Felipe II, en 1578, en que dio nueva forma sobre el modo en que se habían de interponer y proseguir las apelaciones de las causas eclesiásticas de las Indias, para que tuviesen más breve y corriente despacho, advierte Solórzano<sup>15</sup>.

Breve puesto en vigencia por Real Cédula dada en Madrid por Felipe III, el 7 de marzo de 1606.

Por esta constitución se constituían tres cosas de nuevo, dice Solórzano. La primera, que en las causas eclesiásticas de las Indias, la la apelación se debía interponer, no para la Sede Apostólica, sino

<sup>14</sup>JUSTO DONOSO obra citada, ed. Santiago de Chile, 1862, págs. 349 y sgts. *tica Indiana*. Tomo III, Cap. IX, pág. 119. Ed. Compañía Ibero-Americana de

<sup>15</sup>JUAN DE SOLÓRZANO Y PEREYRA *Políticas*. Publicaciones. Madrid, Buenos Aires.

del Sufragáneo al Metropolitano; y si la primera sentencia era pronunciada por el Metropolitano, se apelaba de ella para el Sufragáneo más cercano de la misma Metrópoli.

La segunda, que dos sentencias conformes, pronunciadas por los sobredichos, tenía fuerza de cosa juzgada, y se debía poner en ejecución, por el que dio y pronunció la primera.

La tercera, que si no eran conformes, en tal caso se admitía segunda apelación, ésta se interponía ante otro Metropolitano o ante el obispo más cercano al que dio la primera sentencia. Si las dos de éstas eran conformes, debía ejecutarse por el que dio y pronunció la postrera.

El mismo Solórzano advierte que este Breve en cuanto excluía o denegaba que los litigantes pudiesen recurrir al Papa, ni apelar para él se podía tener por inductiva de nuevo derecho y correctoría del antiguo.

El mismo jurista dice que asimismo se desviaba y apartaba el dicho Breve de las reglas del derecho común, en cuanto hacía juez de las apelaciones que se interponían del Metropolitano al Sufragáneo más cercano, que es su inferior; siendo así que regularmente, las apelaciones se deben interponer por sus grados, ascendiendo de juez menor a mayor<sup>16</sup>.

Otra innovación del Breve, propia del Derecho Canónico Indiano es la que concernía a la ejecución de dos sentencias conformes. En ella también —agrega el mismo Solórzano— por el deseo de abreviar estos pleitos y excusar los gastos de ellos, se suprimía una instancia, porque de derecho común ordinario así estas causas eclesiásticas, como las seculares solían tener tres.

15. En el siglo XVIII, la constitución *Dei Miseratione* de Benedicto XIV, dada el 3 de noviembre de 1741, fijó nuevas normas en el trámite del juicio sobre nulidad o validez del matrimonio, aunque sin innovar en las instancias fijadas en el siglo XVI por el Breve de Gregorio XIII.

De acuerdo a la constitución de Benedicto XIV, en cada Diócesis debía el obispo elegir un canonista "de probidad y pericia" que con el nombre de defensor del matrimonio interviniese como parte en el juicio, para defender la validez del matrimonio. Su intervención en todos y cada uno de los juicios era de absoluta necesidad para la integridad y valor del mismo.

<sup>16</sup>JUAN DE SOLÓRZANO Y PEREYRA obra cit., Tomo III, pág. 123, N° 12.

Al defensor le incumbía apelar de la sentencia judicial que declaraba nulo el matrimonio, aunque ninguna de las partes apelase, pero si la sentencia decidía la validez y ninguna de las partes apelaba, debía abstenerse de hacerlo el defensor. Debía proceder del mismo modo, cuando en la segunda instancia se declaraba la validez contra la sentencia de nulidad pronunciada en la primera.

Llevada la causa por apelación ante el juez de segunda instancia, debía observarse en ésta, exactamente, el mismo procedimiento prescrito para la primera; correspondía desempeñar el oficio de defensor, al nombrado en la diócesis del juez *ad quem*.

Si tanto en la primera como en la segunda instancia se declaraba nulo el matrimonio, y las partes o el defensor no creían deber apelar o proseguir la apelación ya interpuesta, quedaban entonces los cónyuges en libertad para celebrar otras nupcias, sin perjuicio del privilegio concedido a las causas matrimoniales de no pasar en autoridad de cosa juzgada<sup>17</sup>.

16. Respecto al divorcio los canonistas distinguían tres clases: la disolución del vínculo matrimonial, la sola separación del lecho y la separación en cuanto al lecho y a la habitación, *quoad thorum et cohabitationem*<sup>18</sup>.

La disolución del vínculo matrimonial tiene lugar por la conversión a la fe de uno de los cónyuges infieles; la profesión solemne en religión y la dispensa del Sumo Pontífice.

El primer caso es el del privilegio paulino. El segundo, es el del matrimonio rato no consumado que se disuelve por la solemne profesión en religión de uno de los cónyuges. Tiene la expresa decisión del Canon vi, Sesión xxiv de Trento: "si alguno dijere que el matrimonio rato, no consumado, no se dirime por la profesión solemne religiosa de uno de los cónyuges, *anathema sit*". Ya reconocido por la Ley XIII, Tít. vii, Part. i.

En cuanto a la disolución del matrimonio rato por dispensa del Papa, advertía Donoso, que es una cuestión gravísima acerca de la cual están divididos tanto los teólogos como los canonistas, lidiando en gran número por una y otra parte, con armas más o menos poderosas.

<sup>17</sup>JUSTO DONOSO obra citada, ed. Santiago de Chile, 1862, T. 2, pág. 351.

Sobre los requisitos que debían exigirse para la admisión de las apelacio-

nes, ver la Constitución de Benedicto xiv *Ad-militantis Ecclesiae*.

<sup>18</sup>Justo Donoso: obra citada, ed. Santiago de Chile, T. 2, págs. 353- N° 7.

No sólo por estas tres causas de excepción podía disolverse el vínculo; el matrimonio podía también ser declarado nulo por sentencia del juez eclesiástico competente, cuando se había contraído con algún impedimento dirimente.

En relación a la separación en cuanto al lecho nupcial los canonistas entraban en sutiles distinciones respecto a la obligación *reddendi debitum*, y al uso del *jus petendi*.

Tiene más interés y fue más frecuente la separación en cuanto al lecho y a la habitación, que los canonistas llamaban *quoad thorum et cohabitationem*.

El derecho de la época y sus exégetas, fijaba varias causas.

Podía efectuarse por mutuo consentimiento entrando ambos cónyuges en religión; o uno, si el otro estuviera "exento de sospecha". Pero las causas más comunes en Indias fueron el adulterio, la sevicia o enfermedad contagiosa.

Sobre la *nimis saevitis* los canonistas indianos aconsejaban diversos criterios para calificarla acertadamente y su apreciación dependía de los casos concretos, especialmente de la condición de los cónyuges.

17. Sobre la revalidación de los matrimonios nulos —materia de suyo delicadísima, la llama Donoso— los canonistas indianos crearon epiqueyas propias para la apreciación casuística<sup>19</sup>.

Había que distinguir —de ser cierta e indudable la nulidad— si los cónyuges obraban de buena o mala fe.

Donoso advierte que en el primer caso, debía dejarse al cónyuge en su buena fe, si de la nonición se temía con fundamentos se siguieran graves males: como ser que hubiese pecado formal, dónde antes sólo había material, imposibilidad de obtener el consentimiento de la otra parte, peligro de que se abandonase la prole, de infamia o de separación, con escándalo de los fieles y detrimento de la familia. Pero si nada de lo dicho se temiese, con suficiente probabilidad, se debía revelar al otro cónyuge la verdad y sacarle de la ignorancia.

Este tema de Derecho Canónico era conexo con la teología moral, a cuyos autores se dejaba la última palabra.

Para revalidar un matrimonio nulo se observaban las siguientes prescripciones: si era nulo por defecto de verdadero o libre consentimiento, y el defecto existía de una y otra parte, debían ambas renovar el consentimiento, sin que para ello se requiriera la presencia del

<sup>19</sup>JUSTO DONOSO obra citada, ed. Santiago de Chile, T. 2, págs. 190 y ss.

párroco y testigos; pero si uno solo no prestó verdadero consentimiento o lo prestó inducido por error, fuerza o miedo grave, era sentir de algunos canonistas, que en este caso bastaba que éste renovase el consentimiento. Aunque no faltaban moralistas que negaran que el otro cónyuge perseverara moralmente, y exigían por consiguiente la renovación del consentimiento de parte de ambos. Esta tesis —según Donoso— era más segura y convenía seguirse en la práctica, salvo que hubiera probable temor de graves inconvenientes.

Si el matrimonio era nulo por no haberse contraído en la forma prescripta por el Tridentino, era evidente que para su revalidación, debía contraerse de nuevo ante el párroco y dos testigos.

En el caso de que no fuera inválido por defecto de consentimiento, ni por clandestinidad, sino por cualquier otro impedimento dirimente se procedía a la revalidación, de distinto modo, según que el impedimento fuera público u oculto.

*Público*, si *ex natura sua* podía probarse en el fuero externo: la consanguinidad, la afinidad, la pública honestidad, el parentesco espiritual, o no siendo de esta clase era sabido por cinco o seis personas.

*Oculto*, si no podía probarse *ex natura sua* o no tenían noticias de él, cinco o seis personas.

Si era público, era común sentir de los autores, que después de obtenida la dispensa, debía revalidarse ante el párroco y testigos, en la forma prescripta por el Concilio de Trento.

Si era oculto, los tratadistas entraban en una serie de distinciones.

Si tenían conocimiento de él ambas partes o una sola. En el primer caso ambas debían renovar el consentimiento pero no se requería que fuera ante el párroco y testigos. Si era una sola la que estaba en el secreto, debía revelar a la otra parte la nulidad del primer consentimiento sin descubrirle la causa o delito de dónde provino y ambos debían renovar entre sí el consentimiento, pero estaban concordes los autores en advertir que esta revelación debía hacerse siempre que no hubiera probable peligro de producir gravísimos males. En este caso el cónyuge sabedor de la nulidad, está dispensado de comunicarla.

En última instancia quedaba la dispensa *in radice* reservada a los obispos por delegación de la Sede Apostólica, doctrina expuesta por Benedicto XIV, en el Breve *Etsi Matrimonialis*.

Los que obtenían esta dispensa eran considerados como si hubiesen sido hábiles en un principio y hubiesen consentido válida y legítimamente; el matrimonio se reputaba válido y los hijos nacidos antes, se declaraban legítimos.