

ESQUEMA DEL DERECHO DE  
FAMILIA INDIANO

\* \* \*

*ANTONIO DOUGNAC RODRIGUEZ*

# ÍNDICE

## PRIMERA PARTE LOS ESPONSALES Y EL MATRIMONIO

<b>CAPÍTULO I</b>	
<b>GENERALIDADES</b>	<b>2</b>
1. CONCEPTO JURÍDICO DE FAMILIA	2
2. TIPOS DE UNIÓN	5
3. LA FAMILIA EN LA REALIDAD INDIANA.	13
4. RACCONTO	29
<b>CAPÍTULO II</b>	
<b>LOS ESPONSALES</b>	<b>29</b>
1. DEFINICIÓN	29
2. LEGISLACIÓN CASTELLANA APLICABLE	30
3. CLASIFICACIÓN	31
4. REQUISITOS	34
5. DISOLUCIÓN	56
6. NORMAS PROCESALES APLICABLES A LOS ESPONSALES	59
<b>CAPÍTULO III</b>	
<b>EL MATRIMONIO</b>	<b>74</b>
1. DEFINICIÓN	74
2. CLASIFICACIÓN Y FINES	76
3. CARACTERÍSTICAS	78
4. REQUISITOS	79
5. IMPEDIMENTOS.	86
6. EL DIVORCIO	165

## SEGUNDA PARTE LA VIDA MATRIMONIAL

<b>CAPÍTULO IV</b>	
<b>LA POTESTAD MARITAL Y LOS DERECHOS DE LA MUJER CASADA</b>	<b>179</b>
1. OBLIGACIONES DERIVADAS DEL MATRIMONIO Y POTESTAD MARITAL.	179
2. DERECHOS NO PATRIMONIALES DE LA MUJER FRENTE AL MARIDO.	184
3. DERECHOS PATRIMONIALES DE LA MUJER CASADA.	207
<b>CAPÍTULO V</b>	
<b>LA UNIDAD DEL DOMICILIO CONYUGAL</b>	<b>221</b>
1. INTRODUCCIÓN	221
2. LA UNIDAD DE DOMICILIO CONYUGAL DE ESPAÑOLES Y CRIOLLOS	223
3. LA UNIDAD DE DOMICILIO CONYUGAL ENTRE LOS INDÍGENAS	233
4. LA UNIDAD DE DOMICILIO CONYUGAL DE LOS ESCLAVOS	236
5. CONCLUSIÓN	238
<b>CAPÍTULO VI</b>	
<b>ESQUEMA DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL</b>	<b>238</b>
1. ASPECTOS PREVIOS.	238
2. EL SISTEMA DE COMUNIDAD DE GANANCIALES.	239
3. EL SISTEMA DE DONACIONES POR CAUSA DE MATRIMONIO.	252
4. DONACIONES ENTRE CÓNYUGES.	286
<b>CAPÍTULO VII</b>	
<b>EL HABER DE LA SOCIEDAD CONYUGAL EN LA CODIFICACIÓN CIVIL CHILENA</b>	<b>288</b>
1. EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL ANTERIOR A LA CODIFICACIÓN.	288
2. EL HABER DE LA SOCIEDAD CONYUGAL EN LA CODIFICACIÓN	288
3. CONCLUSIONES	299

**TERCERA PARTE**  
**FILIACIÓN Y PATRIA POTESTAD**

**CAPÍTULO VIII**

<b>LA FILIACIÓN LEGÍTIMA</b> .....	<b>304</b>
1. ANTECEDENTES .....	304
2. LEGITIMACIÓN. ....	308
3. PATRIA POTESTAD. ....	310
4. EMANCIPACIÓN. ....	324

**CAPÍTULO IX**

<b>ESTATUTO DEL HIJO ILEGÍTIMO</b> .....	<b>325</b>
1. ANTECEDENTES .....	325
2. RECONOCIMIENTO DE LOS HIJOS NATURALES .....	327
3. EFECTOS DE LA FILIACIÓN NATURAL .....	332
4. EFECTOS DE LA FILIACIÓN ILEGÍTIMA .....	342

**CAPÍTULO X**

<b>ESTATUTO DEL HUÉRFANO</b> .....	<b>343</b>
1. INTRODUCCIÓN. ....	343
2. GUARDAS .....	345
3. BIENES RESERVABLES .....	351
4. RESTITUTIO IN INTEGRUM .....	352
5. NORMAS SOBRE MATRIMONIO .....	353
6. INSTITUCIONALIZACIÓN DEL AMPARO AL HUÉRFANO .....	354
7. DEPÓSITO DE MENORES. ....	358

**CAPÍTULO XI**

<b>NORMAS PROCESALES TUTELARES DE MENORES EN CHILE INDIANO</b> .....	<b>358</b>
1. GENERALIDADES .....	358
2. CAPACIDAD PROCESAL DEL MENOR .....	359
3. NORMAS DE PROCEDIMIENTO PROTECTORAS DEL MENOR .....	366
4. PROTECTORES DE MENORES .....	380

**CAPÍTULO XII**

<b>ADOPCIÓN Y CRIANZA</b> .....	<b>386</b>
1. GENERALIDADES. ....	386
2. ADOPCIÓN PROPIAMENTE TAL. ....	388
3. LA ADOPCIÓN PROPIAMENTE TAL EN EL DERECHO CASTELLANO. ....	390
4. LA ARROGACIÓN. ....	394
5. ALUMNATO Y CRIANZA. ....	396
6. ADOPCIÓN, ARROGACIÓN Y CRIANZA EN INDIAS. ....	400
7. CONCLUSIÓN. ....	407

**PRIMERA PARTE**  
**LOS ESPONSALES Y EL MATRIMONIO**

## CAPÍTULO I GENERALIDADES

### 1. Concepto jurídico de familia<sup>1</sup>

Estando subsumido el derecho castellano en el indiano, es aplicable a la familia la definición de las *Partidas* 7, 33, 6 en que leemos:

"[Q]ue por esta palabra familia se entiende el señor de ella y su mujer y todos los que viven bajo él sobre quien ha mandamiento: así como los hijos, y los sirvientes, y los otros criados".

---

<sup>1</sup> Sobre el desarrollo de la familia en Occidente cfr.: M. Anderson, *Aproximación a la Historia de la Familia Occidental (1500-1914)*, Madrid, 1988; P. Aries y G. Duby, *Historia de la Vida Privada*, Madrid, 1991; M. E. Wiesner-Hanks, *Cristianismo y sexualidad en la Edad Moderna. La regulación del deseo, la reforma de la práctica*, Madrid: Siglo XXI España Editora, 2001, XXVIII+327 p. (trae bibliografía sobre Iberoamérica proveniente de producción en lengua inglesa en pp. 197-203); J. Gaudemet y M. Zimmermann, "Bibliographie internationale d'histoire du mariage" en *Sociétés et mariages*. Strasbourg: CERDIC, 1980, pp. 454-477 y, sobre todo, J. Gaudemet, *El matrimonio en Occidente*. Madrid: Taurus Humanidades, 1993, 574 p. y *Le droit de la famille en Europe*, Strasbourg: Presses Universitaires, 1992. Estudios que orientan el análisis de familia, parentesco y sexualidad, no necesariamente en perspectiva jurídica, pero que constituyen hitos que hay que tener en consideración son los de L. Stone, *The family, sex and marriage in England, 1500-1800*, New York, 1977; E. Shorter, *The making of the modern family*, New York, 1975; J. Goody, *The development of the family and marriage in Europe*, New York, 1983; A. Macfarlane, *The origins of english individualism*, Oxford: Blackwell Publishers, 1978; J.-L. Flandrin, *Families in former times: Kinship, household and sexuality*, Cambridge (U. K.), 1979 y M. Foucault, *The history of sexuality. An introduction*, New York: Random House, 1978. Aporta sus acertados puntos de vista G. Duby, *Obras selectas de [...] Presentación y compilación de Beatriz Rojas*, México: Fondo de Cultura Económica, 1999, 467 p. El Derecho de Familia europeo a la luz del *Ius Commune* es examinado por H. Coing, *Derecho Privado Europeo*, t. I *Derecho Común más antiguo (1500-1800)*, Traducción y apóstilas de A. Pérez Martín, Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1996, especialmente, pp. 287-332. Desde igual perspectiva, la obra, ya clásica de E. Bussi, *La formazione dei dogmi di Diritto Privato nel Diritto Comune (Contratti, Successioni, Diritti di Famiglia)* [1939] Ristampa Anastatica, Padova: Cedam-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1971, especialmente la Parte Quinta, consagrada al *Diritto di Famiglia*, pp. 235-308. Con gran apego a los textos jurídicos trazan una visión del matrimonio canónico A. Esmein, *Le mariage en droit canonique* París, 1891 y M. Giménez Fernández, *La institución matrimonial según el derecho de la Iglesia Católica*, 2a. ed. aumentada. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1947. Para España, F. R. Aznar Gil, *La institución matrimonial en la Hispania cristiana bajo-medieval (1215-1563)* Salamanca: 1989, 92 pp. y para el siglo XIX, E. Gacto Fernández, *Sobre el modelo jurídico del grupo familiar en el siglo XIX*, Sevilla: 1998. Para Indias, F. R. Aznar Gil, *La introducción del matrimonio cristiano en Indias: aportación canónica (S. XVI)*. Salamanca: Universidad Pontificia, 1985; "El matrimonio en Indias: recepción de las Decretales X 4.19.7-8" en *Monumenta Iuris Canonici* no. 9 (1992), pp. 679-705 y en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* no. XI (1986), pp. 13 y ss.; P. Castañeda Delgado, "El matrimonio legítimo de los indios y su canonización" en *Anuario de Estudios Americanos* no. 31 (1976), pp. 157-188; del mismo, *El matrimonio de los indios: problemas y privilegios*. Las Palmas: 1975; G. F. Margadant, "Del matrimonio prehispánico al matrimonio cristiano" en *Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano* no. VI (1980) pp. 515-528; C. Seco Caro, "Derecho Canónico particular referente al matrimonio en Indias" en *Anuario de Estudios Americanos* no. 15 (Sevilla, 1958), pp. 1-112. Sobre el Derecho Canónico Indiano, C. Bruno, S. D. B., *El Derecho Público de la Iglesia en Indias. Estudio histórico jurídico*. Salamanca: Consejo Superior de Investigaciones Científicas-Instituto San Raimundo de Peñafort, 1967. Maciza construcción sobre el matrimonio en Indias proporciona D. Rípodas Ardanaz, *El matrimonio en Indias. Realidad social y regulación jurídica*. Buenos Aires: 1977, la cual es obra de indispensable consulta, fruto del manejo de innumerables fuentes que aparecen en su cuidada bibliografía. Una compilación de interés es la de P. Gonzalbo, *Historia de la familia*. México: Instituto Mora, Universidad Autónoma Metropolitana, 1993. Da directrices de interés en una perspectiva de análisis cuantitativo R. Mellafe, "La función de la familia en la Historia Social Hispanoamericana Colonial" y "Tamaño de la familia en la historia de Latinoamérica 1562-1950" en *Historia Social de Chile y América* Santiago: Editorial Universitaria, 1986, pp. 231-250. Puede verse un estudio de la bibliografía en lengua inglesa sobre la familia hispanoamericana indiana en E. Sargiotto, "Matrimonio y sexualidad en Hispanoamérica colonial. Tesis historiográficas recientes en los Estados Unidos" en *Páginas sobre Hispanoamérica colonial. Sociedad y cultura* 1, Buenos Aires: Prhisco-Conicet, 1994, pp. 109-127.

Su vinculación con la de Ulpiano de *Digesto* 50, 16, 195, 2 es clara:

"Por derecho propio<sup>2</sup> llamamos familia a muchas personas que, o por naturaleza, o de derecho, están sujetos a la potestad de uno solo; por ejemplo, el padre de familia, la madre de familia, el hijo de familia, la hija de familia y los demás que siguen en el lugar de éstos, como los nietos y las nietas y los sucesivos descendientes"<sup>3</sup>.

La norma del Rey Sabio es más amplia que la romana, toda vez que en aquélla se incluyen sirvientes y criados, en tanto que en ésta sólo se hallaban las personas libres que, por legítimo nacimiento (*natura*) o en virtud de un acto jurídico (*iure*) se encontraban sometidas a un *paterfamilias*<sup>4</sup>. Posteriormente, Andrés Bello recogerá la norma de las *Partidas* en su *Código Civil* al tratar de los derechos reales de uso y habitación<sup>5</sup>, donde dice que familia comprende la mujer, los hijos legítimos y naturales, la servidumbre y demás personas que viven a costa del padre de familia o a quienes éste debe alimentos<sup>6</sup>.

Con todo, en el sistema castellano-indiano, podríamos distinguir también una *familia en sentido estricto* o *legítima*, constituida por los que proceden de legítimo nacimiento (hijos, nietos, bisnietos, etc.) y los que proceden de actos jurídicos, como el sacramento del matrimonio<sup>7</sup> o las diversas formas de adopción. Estos estarán sujetos al poder del padre, sea a través de la patria potestad, de la potestad marital o de la que da la adopción. Junto a ella tenemos la *familia en sentido amplio* o *familia ampliada*, que incluye a todos los demás que viven bajo la dependencia del padre, frente a los cuales ostentará éste la potestad patronal o bien la potestad dominical, tratándose de esclavos. Como puede apreciarse, lo que hay de común en ambos casos es la sujeción al poder de quien es el padre de familia.

La familia en el primer sentido es la que ha prevalecido en el mundo occidental y jurídicamente es a ella a que se refiere la regulación. Respecto de la segunda, parece, con criterio moderno, difícil concebir que los sirvientes puedan ser considerados dentro de la

---

<sup>2</sup> También se le traduce: "en sentido estricto..." o "en nuestro derecho civil..."

<sup>3</sup> "*Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae, ut patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps*".

<sup>4</sup> A. Guzmán Brito, *Derecho Privado Romano*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1996, t. I, p. 289.

<sup>5</sup> *Vid.* Libro II, título X, "De los derechos de uso y habitación", Arts. 811 y ss.

<sup>6</sup> A. Barros Errázuriz, *Curso de Derecho Civil*. Santiago: Imp. y Enc. Chile, 1910, t. III, p. 3. En efecto, el artículo 815 del código de Bello decía en su Edición Príncipe, textualmente: "El uso i la habitacion se limitan a las necesidades personales del usuario o del habitador. / En las necesidades personales del usuario o del habitador se <sup>comprenden</sup> las de su familia. / *La familia comprende a la mujer i los hijos legítimos i naturales; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, i esto aun cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución. / Comprende asimismo el número de sirvientes necesarios para la familia. / Comprende ademas las personas que a la misma fecha vivian con el habitador o usuario i a costa de éstos; i las personas a quienes éstos deben alimentos*" (el destacado es mío). Reformas posteriores, modificaron el término "mujer" por "cónyuge", cambiando además el de "hijos legítimos y naturales" por simplemente "hijos". Todo el resto del artículo sigue, a la fecha, igual.

<sup>7</sup> Que es contrato elevado a la dignidad de sacramento. Cfr. P. Abellán, *El fin y la significación sacramental del matrimonio desde S. Anselmo hasta Guillermo de Auxerre*. Granada: 1939, *passim*.

familia. En el contexto indiano, ello es, sin embargo, absolutamente claro al punto que los esclavos, por ejemplo, tomaban el apellido de sus amos<sup>8</sup>.

En Indias, así como existían dos repúblicas o comunidades, la de españoles y la de indios, había también dos tipos fundamentales de familia: la española y la indígena<sup>9</sup>. Aquella podría dividirse en familia legítima, esto es la bendecida canónicamente, y familia natural, la basada en una unión de hecho estable. En cuanto a la familia indígena *per se*, su regulación es extraordinariamente compleja dada la enorme cantidad de culturas, etnias, tribus, etc., por lo que sólo nos referiremos a ella en forma tangencial, pues su acabado estudio implicaría un conocimiento etnohistórico que dista mucho de estar concluido. Nos referiremos, pues, en este estudio, principalmente a las primeras. Importantes avances se han hecho, en cambio, en la investigación de la constitución de la familia indígena tras la evangelización hispánica<sup>10</sup>.

Sociológicamente, al observar la familia legítima, nos encontramos frente a una unidad muy cohesionada. Hay que tomar en cuenta que si bien había en la ciudad indiana diversos servicios que se prestaban fuera del hogar —mediante panaderos, lavanderas, zapateros y otros— no es menos cierto que la mayor parte de ellos eran proporcionados dentro del grupo familiar. Pan, velas, vestidos, zapatos y mil necesidades diarias eran subvenidas por este conjunto de personas que estaba jurídicamente bajo la potestad del padre, ejerciendo la madre, por delegación suya, expresa o tácita, aquel poder sobre ellas. De ésta predica las *Partidas* 7, 33, 6: "*mater familias* es dicha la mujer que vive honestamente en su casa o es de buenas maneras". Si se toma en cuenta que por diversos motivos— guerra, labores agrícolas, negocios— los maridos solían ausentarse del hogar, a veces por períodos prolongados, se verá que el rol de esta *mater familias* era muy relevante. Y así lo muestran los documentos notariales, como se verá en otra parte<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Solía ocurrir lo mismo con los encomendados: J. G. Muñoz Correa, "Los hijos naturales en la doctrina de Malloa" en S. Pinto V. (ed.), *Familia, matrimonio y mestizaje en Chile colonial* (Santiago: Serie Nuevo Mundo: Cinco Siglos. No. 4, 1990), p. 42.

<sup>9</sup> Pueden añadirse, obviamente, la familia negra y sus derivados.

<sup>10</sup> Cfr. Wiesner-Hanks, *op. cit.*, pp. 197-203. Un estudio importante que abarca todos los sacramentos, es el de M. P. Martini, *El indio y los sacramentos en Hispanoamérica colonial. Circunstancias adversas y malas interpretaciones*. Buenos Aires: Prhisco-Conicet: 1993, 300 p. Un precedente de la misma autora fue "Dificultades en la administración de sacramentos a los indios. Legislación canónica en el territorio de la primitiva arquidiócesis limense" en *Revista de Historia del Derecho*, no. 16, Buenos Aires, 1988. pp. 331 y ss. Sobre la familia mapuche y su regulación, M. Salvat Monguillot, "Notas sobre el Derecho y la Justicia entre los araucanos" en *Revista Chilena de Historia del Derecho* no. 4, pp. 208-250, donde viene una selecta y clásica bibliografía. Para la familia andina, M.D. Martinic Galetovic, "Quelques réflexions sur la constitution, l'organisation et les effets juridiques de la famille andine" en *Revue Générale de Droit* no. 31 Ottawa: Université d'Ottawa, 2001, pp. 353-364.

<sup>11</sup> Ultimamente, una distinguida investigadora argentina ha introducido algunos conceptos sociológicos que pueden resultar muy útiles para la tipología de la familia indiana al referirse a una familia "intacta" y una "ensamblada". La primera es la que no ha sufrido disgregación a consecuencia de causales de ruptura o viudez. La segunda, siguiendo a Cecilia Grosman y Silvia Mesterman, es "aquella estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de un casamiento o relación previa [...] los niños procedentes de tales primeros vínculos y los que pudieran nacer del nuevo lazo marital conforman un sistema familiar único": V. Kluger, "La familia ensamblada en el Río de la Plata (1785-1812)" en *Revista de Historia del Derecho* Ricardo Levene no. 33, pp. 175-222. Buenos Aires, 1997. Como lo indico más adelante, es tan corriente en el sistema familiar indiano que

Paralelamente a esta familia, había otra agrupación de personas que no tenían entre sí la procedencia de una unión bendecida canónicamente. Es el conjunto de los que viven en torno a la barraganía o concubinato, aceptado por las *Partidas* 4, 14, 1 y siguientes<sup>12</sup>. La concubina debía ser una sola y de condición tal que pudiese haber matrimonio con ella<sup>13</sup>. Si la mujer era virgen o viuda honesta, existía la presunción de tratarse de una unión matrimonial, a menos que se hiciese declaración formal "ante buenos omes" de que se la recibía por barragana<sup>14</sup>. Había, también una suerte de impedimento en materia de barraganía pues no podía tenerse por concubina "ninguna mujer que sea su parienta ni su cuñada hasta el cuarto grado"<sup>15</sup>. Si bien esta relación se parece a la familia legítima, no es tal jurídicamente. No nace de ella descendencia legítima sino natural<sup>16</sup>. Antropológicamente, sin embargo, funge para sus integrantes el mismo rol que una familia legítima: podría hablarse de ella como de una *para-familia*.

## 2. Tipos de unión

Para un adecuado estudio de la regulación de la familia indiana y su inmediata consecuencia, la de la época republicana, es menester referirse, en primer término, al trasfondo antropológico<sup>17</sup> 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.

La tipología de la unión entre hombre y mujer nos muestra, en orden decreciente de juridicidad, las siguientes situaciones: a) unión matrimonial *in facie Ecclesiae*; b) barraganía o concubinato; c) unión de hecho y d) amancebamiento.

---

haya segundas, terceras y aun más nupcias, que un análisis de los problemas que tales situaciones puedan producir a la luz de la tipología señalada puede originar resultados de alto interés.

<sup>12</sup> A. Iglesia Ferreirós, "Uniones matrimoniales y afines en el derecho histórico español" en *Revista de Derecho Notarial* n.os 85-86 (julio- diciembre 1974), pp. 71-107 y "Matrimonio y parejas de hecho: historia y dogmática" en *El Dret Comú i Catalunya. Actes del IX Simposi Internacional Barcelona, 4-5 de juny de 1999. La família i el seu patrimoni. Edició d'Aquilino Iglesia Ferreirós* Barcelona: Fundació Noguera, 2000, pp. 15-36. De gran interés es el estudio de M. Rodríguez Gil, *Vice uxor. Notas sobre el concubinato en España desde la recepción del Derecho Común*. Madrid: Universidad Complutense, 1998. Un estudio clásico es el de F. Ramos del Manzano (1604-1683), *Schediasma de concubinis*. Este autor, desde su primera obra, dedicada a las *leges Iulia et Pappia Poppaea* (que sólo publicó en 1678), dio gran relevancia a los estudios de Derecho de Familia, sin perjuicio de destacar en otras ramas jurídicas.

<sup>13</sup> "Ca segun las leyes mandan, aquella es llamada barragana, que es una sola, e ha menester que sea atal, que pueda casar con ella, si quisiere aquel que la tiene por barragana", *Partidas* 4, 14, 2.

<sup>14</sup> *Partidas* 4, 14, 2. Se seguía en esto la regulación romana: *Dig.* 23, 2, 24.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> A ello me refiero en el capítulo pertinente.

1997, pp. 175-222.

<sup>17</sup> Quiero decir antropológico social o cultural.



2.1. *Matrimonio y barraganía*<sup>18</sup>: 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>19</sup>. La primera, se producía en presencia de consortes de calidad similar, y en caso que existiesen diferencias sociales o de edad, el aspecto económico –dote, donaciones *propter nuptias*, algún resabio, incluso, de la *morgengabe* vetustavenía a restablecer el equilibrio que se consideraba propio de toda unión conyugal<sup>20</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*<sup>21</sup>. 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 enhiesta. Aun en ese rigorista período que fue el fin del siglo XVIII, un fiscal indiano hacía presente que el concubinato entre solteros carecía de pena<sup>22</sup>, por lo que el tribunal sólo tendría que tomar medidas para evitar la comunicación entre los hechos en atención al escándalo que ello podía causar a la sociedad, mas no en base a razones de penalidad.

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<sup>23</sup>, surgían hijos naturales. La legislación castellana no daba un trato desdorado al hijo natural: conservaba la calidad social de su padre, tenía acceso a empleos honrosos (si el padre había tenido igual posibilidad),

---

<sup>18</sup> Palabra que proviene de la conjunción de la voz árabe *barra*, ‘fuera’, y de la castellana *gana*, de ‘ganancia’; el término implica entonces una “ganancia fuera del legítimo matrimonio”, *Vid.* Real Academia Española, *Diccionario de autoridades: Edición facsímil*. Madrid: Gredos, 1979, t. I, pp. 563-64. Con anterioridad se refería a ello S. Covarrubias Orozco, *Tesoro de la lengua castellana o española*, Madrid: 1611, fol. 168: "Barragán. Es nombre arábigo, y vale tanto como mozo soltero, valiente y arriscado; y así el padre Guadix dice estar compuesto de *barra*, que vale fuera, y *gan*, que vale rico".

<sup>19</sup> Con una marcada influencia musulmana, según R. Altamira, *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 aun derecho a gananciales. *Vid.* también *Partidas*, 4, 14, 1 y 4, 14, 2; J. Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*.— 3ª ed., corr. y aum.— Madrid, Lima: Librería de la señora viuda e hijos de D. Antonio Calleja, 1847, t. I, pp.423-24. Para tener una idea del matrimonio musulmán (*nikah*), léase H.A.R. Gibb; J.H. Kramers, *Shorter Encyclopaedia of Islam*. Edited on behalf of the Royal Netherlands Academy. Leiden, London: E.J. Brill, Luzac & Co., 1961, pp. 447-449, inc. bibliografía.

<sup>20</sup> *Vid.* mi “Esquema del régimen económico-matrimonial en Chile indiano”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 2, Nos 3-6, pp. 165-206. Santiago: Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, 1975. Aunque en la unión entre españoles e indios predominó la barraganía, no fue totalmente raro el matrimonio. En el repartimiento de Albuquerque, de 1514, frente a 111 españoles casados con españolas, había 64 que lo habían hecho con indias: F. Morales Padrón, "El conquistador español" en J. M. Gómez-Tabanera (ed.), *Las raíces de América*, Madrid: Instituto Español de Antropología Aplicada, 1968, p. 171.

<sup>21</sup> R. Córdoba, "Las relaciones extraconyugales en la sociedad castellana bajomedieval" en *Anuario de Estudios Medievales* no. 16 (1986), pp. 594 y ss.

<sup>22</sup> Se trata del fiscal Fernando Márquez de la Plata, de la Audiencia de Buenos Aires: V. Kluger, "Algunas particularidades de los pleitos familiares en el virreinato del Río de la Plata 1785-1812" en *Revista de Historia del Derecho* no. 27 Buenos Aires: 1999, p. 223, n. 12.

<sup>23</sup> No fue rara, sin embargo, la unión barragánica de algunos conquistadores con indias de calidad como Alonso de Ojeda, Vasco Núñez de Balboa, Juan Ponce de León, Fernando de Grijalba, Domingo Martínez de Irala, etc. que lo hicieron con hijas de caciques. Cortés tuvo descendencia de relevancia en una hija de Moctezuma; Francisco Pizarro la tuvo en Inés Yupanqui Huaylas y Garcilaso de la Vega en la ñusta Chimpu Oclo de donde provino Garcilaso Inca de la Vega.

podía optar a encomiendas, mantenía la hidalguía paterna, etc. Como la barraganía 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 para los de esta situación la denominación de "mestizos" 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 cultura. Quien era criado a la española, se vestía como tal, hablaba español y frecuentaba españoles, era español<sup>24</sup>.

2.2. *Uniones de hecho*: Fuera de las dos situaciones jurídicas señaladas –matrimonio y barraganía– existía la posibilidad de una unión de hecho, libre, más bien libérrima, sin compromiso alguno. Esta se dio, sobre todo porque la india no tenía, por lo general, pautas demasiado estrictas en el ámbito sexual (si bien hay excepciones)<sup>25</sup>. Satisfacer el apetito carnal del solitario conquistador no fue algo que le resultara difícil, máxime si, como parece, el hombre hispánico resultó ser un buen amante. Aquí no hay propiamente familia. No hay convivencia entre los que tuvieron una relación. El fruto de estas uniones esporádicas será un mestizo al que se llamará de 'segundo orden', muy abundante en número. Frente al hijo legítimo o al hijo natural, que tenían unos roles de actuación muy definidos– fundamentalmente hispánicos– y frente al hijo de matrimonios indígenas –que también tenía sus claros lineamientos tradicionales– el mestizo de segundo orden, será un ser desprovisto de tales elementos valóricos. Hasta en su atuendo carece de definición: la Real

---

<sup>24</sup> "...Los mestizos o los indios, e incluso los negroides, no siempre han sido clasificados así por su color o por su genealogía. Abundan los casos en que se les reconocía un *status* hispánico con sólo vivir a la española o con ser económicamente fuertes. Los indios pasaban a ser mestizos, y éstos blancos, cuando adoptaban la forma cultural hispánica": C. Esteva Fabregat, "El mestizaje en América" en J. M. Gómez-Tabanera (ed.), *Las raíces de América*, Madrid: Instituto Español de Antropología Aplicada, 1968, p. 287. En igual sentido, J. de la Fuente, *Cambios socio-culturales en México*, México: 1948, 392 y ss.; A. Rosenblatt, *La población indígena y el mestizaje en América*, Buenos Aires: Nova, 1954, T. II, p. 133; M. Mörner, *Race mixture in the history of Latin America*, Boston: 1967, p. 41 (traducido al castellano como *La mezcla de razas en la historia de América Latina*, Buenos Aires: Paidós, 1969) y A. M. Salas, *Crónica florida del mestizaje de las Indias*, Buenos Aires: 1960, p. 25. En su representación sobre la inmunidad personal del clero, de 11 de diciembre de 1799, Manuel Abad y Queipo, refiriéndose a Nueva España, dividía la población en españoles, indios y castas, lo que hace pensar en que los mestizos quedarían asimilados al primer grupo: "Representación sobre la inmunidad personal del clero..." en *Pensamiento de la Ilustración. Economía y sociedad iberoamericana en el siglo XVIII*. Compilación, prólogo, notas y cronología, J. C. Chiaramonte (Caracas, Biblioteca Ayacucho, 1979), p. 345. Podemos mencionar por vía de ejemplo que en un padrón, confeccionado en 1778, relativo a una parroquia del Norte Chico de Chile, no aparece mención alguna de mestizos, limitándose sus autores a incluirlos en la denominación general de "españoles": S. Peña Álvarez, *La Parroquia de San Antonio del Mar, Barraza (1680-1824). Historia religiosa, social y económica de una jurisdicción eclesiástica del valle del Limarí, Norte Chico, Chile* (La Serena, Imprenta Sudamericana, 1994), p. 39.

<sup>25</sup> Algunos cronistas hacen especial referencia al calor de ciertas indígenas: "...no son frías...", J. de Bibar [Vivar], *Crónica y relación copiosa y verdadera de los Reinos de Chile*. Berlín: 1979, p. 156; "...son fogosas y ardientes...", J. de Quiroga, *Memoria de los sucesos de la guerra de Chile*. Santiago: Ed. Andrés Bello, 1979, p. 20. Respecto de la crónica de Vivar, he utilizado en algunos casos la edición alemana y en otros la chilena: Fondo Histórico y Bibliográfico José Toribio Medina, 1966. Entre las costumbres sexuales curiosas se cuentan las de los pehuenches, quienes, al no procrear sus mujeres, las pasaban a otro para que tuviera relaciones fértiles con ella: H. Zapater, *Los aborígenes chilenos a través de cronistas y viajeros*. Santiago: Editorial Andrés Bello, 1973, p. 81. Si bien es cierto que los españoles buscaban a las indias, no lo es menos que, a veces, los mismos indios se las ofrecían como sucedió con Juan Ponce de León; Vasco Núñez de Balboa; Grijalba en Tabasco; Cortés en Tabasco, Cempoala y Tlaxcala; Alvarado en Tlaxcala, etc.

Audiencia de Chile dictó un autoacordado, de que tomó conocimiento el Cabildo a 14 de febrero de 1680, conminándolos a vestirse a la española y prohibiéndoles hacerlo con ropajes indígenas<sup>26</sup>. De ahí su constante indisciplina, su aversión al trabajo estable, su afán de vagabundeo<sup>27</sup>, su inclinación a lo prohibido y, en general, a lo que se realizaba fuera de las pautas admitidas: el juego de azar, el alcohol, el irrespeto de la mujer ajena, la proclividad a no contraer matrimonio para no enraizarse, el uso de prostitutas<sup>28</sup>, etc. Frente a ellos el derecho alzó diversas prohibiciones que implican un estatuto jurídico particular<sup>29</sup>. Un cronista los rubrica como "generalmente malos"<sup>30</sup>.

Para el caso de Chile, hay aun otra situación de facto, con incidencias jurídicas todavía no bien estudiadas<sup>31</sup>, que es la producida en razón del cautiverio de españoles y

---

<sup>26</sup> D. Amunátegui Solar, *La Sociedad de Santiago en el Siglo XVII*. Santiago: Dirección General de Prisiones, 1937, p. 252.

<sup>27</sup> A 31 de julio de 1551 disponía el Cabildo de Santiago "que ningún indio, ni negro ni muchacho sea osado de jugar a ningún género de juegos: entiéndase de naipes e otros juegos aquellos saben [...] so pena que le den cien azotes".

<sup>28</sup> M. Mörner, *La mezcla... cit.*, p. 19. En México, en tiempos precolombinos la prostitución era bien conocida y su ejercicio correspondía a las llamadas "alegradoras". Producida la colonización, se autorizó la instalación de una casa de prostitución mediante real cédula de 9 de agosto de 1538, la que duró largo tiempo: E. de la Torre Villar y R. Navarro de Anda, *Historia de México I Época Prehispánica y Colonial* México: McGraw-Hill, 1991, p. 169. Puede consultarse sobre el tema: A. M. Atondo, "De la perversión de la práctica a la perversión del discurso: la fornicación" en S. Ortega, *De la santidad a la perversión*. México: Editorial Grijalbo S. A., 1988, pp. 38-62. Para la época protoindependiente de Chile, R. Salinas, "Salud, ideología y desarrollo social en Chile 1830-1950" en *Cuadernos de Historia* no. 3 Santiago, 1983, pp. 99-126 y, sobre todo, A. Góngora Escobedo, *La prostitución en Santiago 1812-1931*. 2a. ed., Santiago: Editorial Universitaria-Universidad Finis Terrae, 1999, 305 p. Dice un autor acerca de las costumbres que en materia de prostitución había en Santiago de Chile durante la dominación española que "cuando comenzaba el crepúsculo veíanse militares y mozos de buena posición, de esos de casa grande, que iban a visitar algún rancho donde vivían niñas buenas mozas y amables. Aquellas cortesanas de los primeros días de la Colonia, a quienes ni el terrible obispo Humanzoro fue capaz de eliminar, aun cuando después de muchos años de lucha logró encerrarlas en el claustro que se llamó de las Recogidas, ejercían su oficio sin hacer misterio de ello. Las amparaba un famoso decreto real de Felipe II, que las autorizó para hacer su negocio siempre que no fuera en los días de festividades religiosas. En La Cañada solían verse vistiendo su traje azul o negro sobre el cual estaban obligadas a colocarse un cuello con encajes de puntas color amarillo obscuro. Según algunos cronistas éste fue el origen del dicho "andar de picos pardos", para referirse al que anda de juerga": L. Durand, "La Cañada y la Cañadilla" en *Santiago de Chile 1541-1941*. Santiago: Talleres Artuffo, 1941, sin paginación. La referencia a la disposición de Felipe II debe serlo a *Rec. Cast.* 8, 19, 7 que devino *Nov. Rec.* 12, 17, 6, que les prohibía, entre otras cosas, que anduviesen con escapularios o hábitos religiosos y que llevasen a las iglesias almohadas, cojines, alfombras o tapetes.

<sup>29</sup> Como no acceder al orden sagrado, no poder ser encomendero, no poder ser escribano, no portar armas, etc. La mayor parte de estas limitaciones no se cumplieron en la práctica: R. Konetzke, "Los mestizos en la legislación colonial" en *Revista de Estudios Políticos* no. 112 (Madrid, 1960), pp. 113-130; C. Oviedo Cavada, "Influencia del tercer concilio de Lima en los sínodos chilenos" en *Anuario de Historia de la Iglesia en Chile* vol. VI (Santiago, 1988), pp. 9-32.

<sup>30</sup> Quiroga, *Memoria... cit.*, p. 283. Muy mala opinión de ellos tenía también A. González de Nájera, *Desengaño y reparo de la guerra de Chile*. Santiago: Editorial Andrés Bello, 1971, p. 144, "son lo mismo que mulatos"- si bien reconoce en ellos una loable inclinación a las armas. Para México, cfr. S. M. Arrom, "Vagos y mendigos en la legislación mexicana, 1745-1845" en *Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1988, t. I, pp. 71-87.

<sup>31</sup> Un trabajo lleno de sugerencias es el de G. Guarda Geywitz, "Los cautivos en la guerra de Arauco", en: *Boletín de la Academia Chilena de la Historia*, N° 98, pp. 93 y ss (Santiago, 1987), donde estudia, entre otras materias, el rescate de los cautivos y su reinserción en el mundo español. Un caso puede ilustrar los dramáticos momentos vividos por los cautivos: Andrés Pérez, encomendero de Valdivia, cayó en manos araucanas en 1599 al ser arrasada la ciudad.

españolas por parte de los araucanos<sup>32</sup>. Jerónimo de Quiroga, el cronista recién mencionado, tiene la peor de las opiniones de los nacidos de estas uniones:

“son los más inicuos bárbaros que hay en estas provincias; hay muchos más blancos que nosotros y casi todos son caudillos de las armas contrarias: son jenizaros o mestizos y basta para la ponderación”<sup>33</sup>.

Curiosamente, aunque este tipo de mestizos luchó (mientras permaneció en ambiente indígena) del lado de sus padres aborígenes<sup>34</sup>, tuvo mucho orgullo de su ancestro hispánico, conservando nombres españoles. Al ser rescatados, se adaptaron, en general, a la vida española.

Según un antropólogo chileno, al no conformar los mestizos un grupo étnico plenamente diferenciado, sea respecto del español o del indígena, estaban en condiciones de acceder indistintamente al primer sector, al segundo o bien, permanecer desarraigados de ambos, por lo que con frecuencia se convertían en vagabundos<sup>35</sup>.

2.3. *Amancebamiento*: Otra situación de pareja es el amancebamiento, equidistante entre la barraganía y la unión esporádica. Tiene en común con la barraganía una cierta

---

Habiendo obtenido la libertad tiempo después, aun en 1613 ignoraba la suerte de su mujer: Thayer, *op. cit.*, t. III, p. 71. Muy acertados antecedentes sobre el mestizaje entrega S. Villalobos R., *Historia del pueblo chileno*. Santiago: Ed. Universitaria, 2000, t. IV, pp. 86-91 (“Mestizaje al amparo de las armas”), al cual se deben, además, “Tipos fronterizos en el ejército de Arauco” en Villalobos et. al, *Relaciones fronterizas en la Araucanía*. Santiago: Ediciones de la Universidad Católica de Chile, 1982, pp. 175-221 y “Guerra y paz en la Araucanía: periodificación” en S. Villalobos y J. Pinto (compiladores), *Araucanía. Tema de historia fronteriza*. Temuco, Ediciones de la Universidad de La Frontera, 1985, pp. 7-30. De no menor interés, O. Silva Galdames, “Aproximaciones al estudio del mestizaje en Chile durante los siglos XVI y XVII” en Pinto (ed.), *Familia...cit.*, pp. 13-33. Remarca su aculturación india a mediados del siglo XVII Alonso de Ovalle, *Histórica relación del reino de Chile*. Santiago: 1969, p. 284. Trae datos de interés A. Ruiz-Esquide F., *Los indios amigos en la frontera araucana*. Santiago: Ediciones de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, 1993, vol. IV.

<sup>32</sup> No puede dejar de mencionarse al respecto la obra de Francisco Núñez de Pineda *El cautiverio feliz y razón de las guerras dilatadas de Chile* publicado en 1863 en la *Colección de Historiadores de Chile*, tomo III. En el Archivo Claudio Gay del Nacional de Chile en el vol. 2 se halla *Cautiverio feliz del M. de Campo, general don Francisco Núñez de Pineda y Bascuñán, y razón individual de las guerras dilatadas del Reino de Chile, compuesto por él mismo y dedicado al Rey N. S. D. Carlos Segundo*. Vid. R. Alegría, “Mujeres cautivas en la Frontera Araucana” en *Actas de la 1a. Jornada de Investigación en Historia de la Mujer*. Santiago:1996, pp. 20-36.

<sup>33</sup> Quiroga, *Memoria ... cit.*, p. 286.

<sup>34</sup> Un caso durante el siglo XVII fue el del mestizo Alejo Díaz, arcabucero del ejército español, que despechado por el mal trato recibido en las filas del Rey, desertó, prestando importantes servicios a las huestes mapuches, *Vid.* D. Barros Arana, *Historia general de Chile*.—2ª ed.— Santiago: Ed. Universitaria, Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, 2000, t. v, pp. 14-18; también J. T. Medina, *Diccionario biográfico colonial de Chile*.— 1ª ed.— Santiago: Imp. Elzeviriana, 1906, p. 50, quien da unos breves apuntamientos biográficos suyos. De relevancia fue el cacique Antonio Chicahuala, “muy galano y ostentando su gallardía y nobleza por ser de hermoso talle, alto de cuerpo, blanco de rostro, bien proporcionado y de agradable semblante”, como lo describe un contemporáneo, hijo del cacique Gualacán y de la cautiva Aldonsa de Aguilera y Castro, de ilustre progenie: F. A. Encina, *Historia de Chile* Santiago: Editorial Ercilla, 1983, t. IV, p.166. Otro fue el mestizo Prieto quien permaneció durante ocho años sirviendo a los indígenas, hasta que fue rescatado por González de Nájera, *Vid.* Sergio Villalobos R., *op. cit.*, t. IV, pp. 89-90. El jesuita Diego de Rosales hablaba en estos casos de un “mestizaje al revés”: *Historia Jeneral del Reyno de Chile. Flandes Indiano* t. III Valparaíso: 1877, p. 144.

<sup>35</sup> “Quien no se “hizo” español o indio se convirtió en un desarraigado porque careció de raíces culturales; no dispuso de aquella tradición proporcionada por similares ancestros que le da una vitalidad corpórea común”: Silva Galdames, *op. cit.*, p. 19. Cita a A. Rosenblatt, *op. cit.*, T. II, p. 29 y M. Góngora, “Vagabondage et Societé Pastorale en Amérique Latine” en *Annales* no. 21 (1969), pp. 159-177.

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, delito que comete quien, siendo casado, tiene manceba, que podía ser de condición casada, soltera o viuda<sup>36</sup>. Sus hijos no son naturales, como los de la barraganía, sino “de dañado ayuntamiento” según denominación de las *Leyes de Toro*. Estas contemplaron en ese rubro a los incestuosos, los sacrílegos y los adúlteros, 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<sup>37</sup>. 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>38</sup>. Inquirir sobre si se había perseguido este

---

<sup>36</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>37</sup> Sobre la confluencia de delito y pecado puede verse: F. Tomás y Valiente, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (Siglos XVI, XVII y XVIII)*. Madrid: Editorial Tecnos, 1969, pp. 201 y ss.; T. Fernández, *La defensa de la sociedad. Cárcel y delincuencia en España (Siglos XVIII-XX)*. Madrid: 1991, pp. 11 y ss. El IV Concilio Mexicano de 1771: 5, 10, 3 condenaba a pública penitencia a los alcahuetes y terceros “que son causa de perdición de muchas doncellas, y encubren los amancebamientos”. De interés es: P. Rodríguez, *Sedución, amancebamiento y abandono en la Colonia*, Santa Fe de Bogotá, Colección Historia no. 2, 1955.

<sup>38</sup> Es delito extraordinariamente abundante: por ejemplo, Archivo Nacional, Real Audiencia de Chile [en adelante ANRACH] ANRACH vol. 2378, p. 2ª contra el arriero Ventura Salazar por torpe trato con una india casada (1681-1682); vol. 2788, p. 2ª contra Andrés Millán por amancebamiento con Angela de Contreras (1682); vol. 2378, p. 1ª contra Andrea Pérez por ilícita amistad con José Fuentes (1684); vol. 2543, p. 2ª contra Leonardo Morales y María de Abrego (1697); vol. 2783, p. 3ª, contra el arriero Lorenzo Palomino, marido de la anterior, por amistad ilícita con María Bermejo (1698); vol. 2758, p. 4ª y 2728, p. 7ª, contra la aristocrática doña Josefa de Puebla y Rojas por amistad ilícita con el capitán Juan Cabero de Lamas, querellándose el marido de aquélla, don Juan Moreno de Ayala, quien, en principio, perdona a los culpables (1706); vol. 2103, p. 5ª contra Vicente Erazo y María Ahumada (1709); vol. 1282, p. 19ª, 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. 2221, p. 2ª, contra Manuel Quezada y María Mardones (1717); vol. 2629, 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. 2307, p. 6ª 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 reo tenía relaciones (1758); vol. 2903, p. 36ª 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 la que, además maltrata brutalmente: es condenado a servir a ración y sin sueldo en el presidio de Valdivia por dos años (1768); vol. 2365, p. 19ª contra Francisco Carreño por amancebamiento con la mujer casada Alfonsa Bielma (1787); vol. 3236, p. 5ª, con tra Alejo Morales por trato ilícito con Bernarda Araya (1795); vol. 2898, p. 6ª contra Isidoro Bravo por adulterio con Petronila Rivas, a solicitud del marido de ésta, Antonio Hernández (1803); vol. 2456, p. 6ª contra Bernardo Barahona y María Zapata por amistad ilícita, siendo él casado, aunque divorciado a perpetuidad por sentencia de la Curia Eclesiástica (1804); vol. 2252, p. 2ª contra Antonio Espinoza por amancebamiento con Cecilia Rojas (1808), etc. Entre las damas de alta sociedad de Santiago más libidinosas debe contarse a Beatriz de Ahumada, hermana del corregidor de Santiago del siglo XVII Valeriano de Ahumada. Fue casada en primeras nupcias con el Sargento Mayor Hernando de Castroverde Valiente y en segundas, con el capitán Alonso de Córdoba. Sus amoríos con Cristóbal de Tapia ocasionaron varios juicios. En 1640 la Real Audiencia la amonestó apercibiéndola con relegación a su chacra de Conchalí y prohibió a su co-reo que se comunicase con ella so pena de una multa de 2.000 pesos y ser embarcado para

tipo de delitos era capítulo en los juicios de residencia de los corregidores. Por ejemplo, en el seguido al corregidor de Rere Miguel Montero a 8 de enero de 1781 se formulaba:

"3. Si saben que el d[ic]ho corregidor y sus ministros han cumplido con las obligaciones de sus oficios [...] y si han sido diligentes en averiguar y castigar los amancebamientos, alcagueterías, usuras, hurtos y otros delitos y pecados públicos, y si lo hicieron y ejecutaron las penas contra ellos impuestas por leyes de estos reinos"<sup>39</sup>.

En un expediente de 1795 se detallan los pasos que había que dar en estos casos: primero había que advertir a los involucrados que cesasen en su ilícita amistad bajo el supuesto de que si incumplían la orden, se les aplicarían determinadas penas; si continuaban en la relación,

"[P]ara imponer a los Reos la pena con que ahora se les conmina para el caso de reincidencia, deberá formárseles Proceso, a fin de que justificado el delito conforme a derecho, lo sea también la condenación; y la otra, que para proceder contra el reo ha de anteceder queja de su mujer"<sup>40</sup>.

Estos temas de amancebamiento ya habían dado lugar a normas producidas en España. Una real cédula expedida por el Consejo de Castilla a 19 de noviembre de 1771 y confirmada por otra de 20 de febrero de 1777, incidía en una presentación del obispo de Plasencia. Se había dispuesto que primero se hiciera uso tanto del fuero penitencial como de las amonestaciones y penas espirituales, y no obteniéndose fruto con ello, había que avisar a los jueces reales a quienes tocaba su castigo en el fuero externo y criminal con las penas previstas en las leyes del reino. En Indias, con ocasión de haberse incoado por el provisor y gobernador del obispado de Santa Fe un juicio contra dos concubinas, la Real Audiencia bogotana pidió a la corona que le diese a conocer su parecer frente a tal situación. Conocido el asunto por las tres salas del Consejo, se elevó consulta al rey por la que se le insinuaba, el 25 de septiembre de 1785, que se aplicase el mismo criterio que se había seguido en España a fin de "uniformar los criterios en éstos y esos Reinos". Quedaba vedado a los párrocos la aplicación de multas, tanto por lo inoperante de tales medidas cuanto por no corresponderles tal facultad y si notasen omisión en las justicias reales en la persecución de estos delitos, debían de informar al Consejo para que pusiese remedio<sup>41</sup>.

---

Lima donde tenía casa y familia: D. Amunátegui Solar, *La Sociedad de Santiago en el Siglo XVII cit.*, p. 232. También causó escándalo, por la persona involucrada, el amorío del oidor José Meneses con una joven. El obispo fray Diego de Humanzoro la hizo encerrar en un convento, siendo destinada posteriormente a cambiar de domicilio. Al ser trasladada, fue raptada por unos encapuchados que, de este modo, impidieron el cumplimiento de la resolución episcopal: Amunátegui Solar, *ibidem*, pp. 274-275. Trata del tema de amancebamientos con buenos ejemplos, R. Salinas M., "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, pp. 1 y ss. Santiago: Universidad de Santiago de Chile, noviembre de 1996. Para Córdoba del Tucumán, vid. M. Aspell, *¿Qué mandas hacer de mí? Mujeres del siglo XVIII en Córdoba del Tucumán* (Córdoba, Mónica Figueroa editora, 1996), pp. 20 y ss.

<sup>39</sup> ANRACH, vol. 2548 (1781). Ha sido estudiado por G. Harris Bucher, *Miscelánea histórico-jurídica de Chile. Siglos XVIII y XIX, Administración de Justicia, Empresariado Fabril, Relaciones Exteriores, Movimientos de Población, Ámbitos Territoriales*. Valparaíso: Ediciones Universidad de Playa Ancha de Ciencias de la Educación, 1998, p. 22.

<sup>40</sup> ANRACH vol. 3236, p. 5ª (1795).

<sup>41</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 327. Al efecto se expidió real cédula datada en Madrid a 21 de diciembre de 1787. En la misma disposición se conminaba a los jueces reales a prestar auxilio a los jueces eclesiásticos, dando cumplimiento a las disposiciones de la Recopilación. Habiendo pretendido la judicatura eclesiástica no aplicar un indulto general, se declaró que éste también afectaba a los delincuentes eclesiásticos, siempre que las penas fuesen tales que pudiesen ser remitidas por tales indultos.

Las autoridades religiosas, a través de los sínodos, tendían a confundir amancebamiento con barraganía, toda vez que para ellas ambas situaciones carecían de legitimidad<sup>42</sup>. Prueba de lo dicho es un expediente de 1789, en que una pareja de convivientes, María Victoria Sepúlveda y Manuel Valenzuela, ambos solteros, fueron conminados a abandonar su relación. A resultas de ello, el hombre fue encarcelado por el cura y vicario, quien, además le aplicó una fuerte multa y lo excomulgó. Habiendo intervenido en el expediente el promotor fiscal, levantó la pena de excomunió<sup>43</sup>. Abundante es el número de disposiciones que directa o indirectamente atacan este tema. Entre las últimas, han de contarse las que exigían a los que habían pasado a Indias que trajesen sus mujeres o volviesen con ellas a "hacer vida maridable", pues era sabido que los que permanecían en estas tierras solían entretener su soledad con alguna.

También, obviamente, estaba vedado el amancebamiento a los indígenas. Tempranamente, las *Leyes de Burgos* de 1512 se preocuparon por hacer derivar la unión sexual fáctica en matrimonio cristiano, de modo que fuesen abandonados la poliginia y el amancebamiento<sup>44</sup>. Para que evitaran este delito, se los castigaba con severas penas. Ejemplos de ellas son las contenidas en el 3er. Sínodo de Quito, de 1596, según el cual al indio del común amancebado se lo castigaría la primera vez con quitarle la manceba con reprensión y amonestación; la segunda, con cincuenta azotes en público y la tercera, se lo trasquilaría además de azotársele; en caso de perseverar, se lo desterraría o destinaría al servicio de algún hospital o iglesia. Si el hechor fuese cacique o indio principal, la primera vez que se lo sorprendiese, se le perdonaría sin escapar, eso sí, de reprensión y amonestación más prohibición de juntarse con la amante; la segunda vez, cuatro días en la cárcel sin permitírsele beber vino ni chicha; la tercera, multa de cuatro pesos de plata para

---

<sup>42</sup> Trata indistintamente de unos y otros para la zona del Norte Chico de Chile J. Pinto Rodríguez, "La familia en una sociedad del Chile colonial. (Las modalidades alternativas al vínculo matrimonial en el Norte Chico 1700-1800)" en C. Norambuena Carrasco y R. Salinas Meza (editores), *Demografía, familia e inmigración en España y América*. Santiago: Serie Nuevo Mundo: Cinco Siglos no. 6, 1992, pp. 104-108. El mismo autor señala como un amancebamiento más débil el "lachismo", en que el *lacho* es un amante de menores obligaciones que el barragán o el amancebado para con su pareja disfrutando de los servicios carnales de ésta. Está normalmente asociado a diversos delitos, *ibidem*, pp. 108-109. En un juicio de 1756, relativo al mineral de Talca en Coquimbo, se califica a los lachos como "gente ociosas y engavilladas, entre los cuales andan fugitivos, ladrones y algunos matadores que se acogen a las casas de dichas mujeres a los juegos y embriagueces de lo que han resultado varias muertes y heridas": Pinto, *La Serena...*, p. 206. También incurrían en la referida confusión los célebres marinos Jorge Juan y Antonio de Ulloa: "Entre los vicios que reinan en el Perú, el concubinage, como más escandaloso y más general, deberá tener la primacía. Todos están comprendidos en él, europeos, criollos, solteros, casados, eclesiásticos, seculares y regulares...": J. Juan y A. de Ulloa, *Noticias secretas de América, sobre el estado naval, militar y político de los Reynos del Perú y Provincia de Quito, costas de Nueva Granada y Chile: gobierno y régimen particular de los pueblos de indios. Cruel opresión y extorsiones de los Correxidores y curas. Abusos escandalosos introducidos sobre estos habitantes por los misioneros. Causas de su origen y motivos de su continuación por el espacio de tres siglos. Escritos fielmente según las instrucciones del excelentísimo señor Marqués de la Ensenada, primer Secretario de Estado, y presentadas en informe secreto a S. M. C. el señor Don Fernando VI. Sacadas a la luz para el verdadero conocimiento del gobierno de los españoles en la América Meridional por Don David Berry*. Londres: Imp. R. Taylor, 1826.

<sup>43</sup> Archivo Arzobispado de Santiago, N° 1137 as. matr.

<sup>44</sup> A. Muro Orejón, *Ordenanzas Reales para el buen regimiento y tratamiento de los Yndios. (Las leyes de 1512-1513)*. Edición y estudio (Sevilla, 1957), 85 p. y S. Zavala, *La encomienda indiana* 2a. ed. (México, 1973), 1043 p.

la iglesia y quince días de destierro; si reincidía, se le desterraba por un año de su comunidad<sup>45</sup>.

### **3. La familia en la realidad indiana.**

3.1. *Aspectos generales:* Hubo en Indias, pues, situaciones nuevas que afectan a la institución familiar. La escasez de españolas fue una de ellas<sup>46</sup>. Da la impresión que el conquistador convivía con la indígena a la espera, normalmente frustrada hasta el final de sus días, de poder llegar a contraer matrimonio con una española o, por lo menos, con una mestiza. No es raro que se produzcan matrimonios *in articulo mortis* entre españoles e indias<sup>47</sup>. Ya de cara a la eternidad, se cohonestaba una situación de hecho que, jurídicamente, implicaba la legitimación de los hijos naturales habidos en el tiempo intermedio.

La simple polaridad español-indio se hará más compleja con el paso del tiempo, pues, como se ha dicho, habrá que entrar a considerar los mestizos y mestizas, tanto los asimilados a los españoles como los de segundo orden. Pero hay que tener en cuenta, además, la llegada de africanos al Nuevo Mundo. Las diversas variedades raciales que esta mezcla de españoles, indios y negros produjo, conducirán a una América Hispana multicolor que el racionalista del siglo XVIII procurará volcar en una taxonomía. Se hablará, entonces, de ‘cuarterones’, ‘puchelos’, ‘saltoatrás’ y otros nombres pintorescos, intentando sujetar en una clasificación pseudocientífica la variadísima mezcla que la realidad indiana

---

<sup>45</sup> L. F. Botero, "La Iglesia y el indio en la Colonia". Una lectura a los Sínodos Quitenses de 1570, 1594 y 1596" en J. Beozzo et al., *Política indigenista de la Iglesia en la Colonia*. Quito: Ediciones Abya Yala, 1991, pp. 79-80.

<sup>46</sup> Si para los hombres que pasaban a Indias se les exigía información relativa a su estado civil, edad, limpieza de sangre, etc., para las mujeres era mucho más complicado. Las solteras requerían licencia real además de pedírseles información de limpieza de sangre: *Rec. Ind.* 9, 26, 24. Las casadas cuyos maridos estaban en Indias necesitaban licencia de la Casa de Contratación para viajar y reunirse con ellos: *Rec. Ind.* 9, 26, 25. Si durante el viaje fallecía uno de los cónyuges, el sobreviviente podía continuar su trayecto y establecerse en Indias con su familia: *Rec. Ind.* 9, 26, 27. A los casados y desposados en España que tuvieran encomiendas en Indias se les autorizaba por dos años para ir a buscar a sus esposas o mujeres, debiendo de conservárseles las encomiendas de que disfrutasen durante ese tiempo, para lo que debían rendir fianza: *Rec. Ind.* 9, 29, 28. Hacia 1565 había en Chile, para una población de 7000 españoles y criollos, sólo 417 mujeres blancas: Silva Galdames, *op. cit.*, p. 23. Similar situación se vivió en Nueva España donde el número de españolas fue escaso en el siglo XVI: Torre Villar y Navarro de Anda, *op. cit.*, p. 168. Para Perú interesa L. Martin, *Daughters of the Conquistadores. Women of the Viceroyalty of Peru*. Albuquerque: University of New Mexico Press, 1983. Causaban problemas, por otra parte, las mujeres que eran traídas a guisa de legítimas desde España u otros lugares lejanos: al efecto disponía el III Concilio de México 4, 1, 12 que tendrían año y medio para comprobar su legitimidad so pena de ser separados: "*qui ex Hispania, aut ex aliis partibus distantibus in hanc Provinciam pervenerint, et secum feminas duxerint, uxorum nomine; nisi huius rei authenticam testimonium ad illud deferendum, si Episcopo videbitur, terminus unius anni cum dimidio praefiniatur. Quod si intra praefixum terminum, de Matrimonio per testimonium, aut per sufficientem probationem non constiterit, ab Ordinario separentur, nec cohabitare permittantur*": J. N. Rodríguez de San Miguel, *Pandectas Hispano-Megicanas ó sea Código General comprensivo de las leyes generales, útiles y vivas de las Siete Partidas, Recopilación Novísima, la de Indias, autos y providencias conocidas por de Montemayor y Beleña, y cédulas posteriores hasta el año de 1820 Con exclusion de las nottalmente inútiles, de las repetidas, y de las expresamente derogadas por el lic.* [...] [1852] Estudio introductorio de María del Refugio González, T. II, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, p. 434, no. 2659.

<sup>47</sup> De esta clase de matrimonios decía Solórzano: "*nam licet negari non possit, matrimonium etiam in articulo mortis validum esse...*" J. de Solórzano Pereyra, *De Indiarum Iure, sive de Iusta Indiarum Occidentalium Gubernatione*. Lugduni: sumptibus Laurentii Anisson, 1672, Lib. 2, Cap. 20, N° 19.



mostraba<sup>48</sup>. Y ello tiene atinencia en la vida familiar. Como bien ha puntualizado en sus estudios Gonzalo Vial, unas normas como las relativas a matrimonios de los hijos de familia dadas por Carlos III en la segunda mitad del siglo XVIII, que en España no tenían más finalidad que impedir la confusión de clases sociales, en Indias fueron vistas como una valla a la mezcla con castas –negras y sus variedades– y aun, subrepticamente, para diferenciar al más blanco del que tenía trazas indias. Lo racial tiene un *plus*, que hay que considerar, y es el aspecto cultural que lo sobrepasa. No sólo hay en Indias unas diferencias perceptibles físicamente en el diverso color de la piel, sino que hay subyacentes unos elementos culturales distintos que marcan a las personas en forma quizá más abrupta que aquéllas. Son distintos los padrones culturales que prescriben el actuar de españoles y su seguidilla, los criollos, los mestizos de segundo orden, los negros y la abigarrada mezcla derivada de las interacciones de todos ellos. El derecho de entonces, más realista que el actual, que cree en una idílica igualdad, tomó en cuenta estas diferencias culturales, por lo que bien puede hablarse de un estatuto jurídico para estas diversas realidades etno-culturales. No hay prohibiciones para que se mezclen unos y otros; pero la instrumentalización de reglas como las señaladas de Carlos III, tenderán en la *praxis* a aquel fin.

Fuera del señalado elemento etno-cultural, hay que tomar en cuenta las diferencias económico-sociales, que se producirán desde el primer momento de la conquista. Mario Góngora señaló claramente cómo éstas se dieron tempranamente entre los invasores<sup>49</sup>. Unos pocos tendrán acceso a las encomiendas y las mercedes de tierras, minas y agua quedando limitados otros a sólo a estas tres últimas. El sistema premial utilizado por la Corona respecto de las huestes conquistadoras no fue igualitario, considerándose diferencias en el otorgamiento de peonías o caballerías, de acuerdo a los merecimientos de cada cual. El control de las encomiendas tendió a perpetuarse –fueron corrientes las prolongaciones superiores a las dos vidas de rigor– lo que posibilitó una posición eminente de estos “vecinos feudatarios”, En regiones como Chile, donde la encomienda implicó (contra la voluntad real que aspiraba a una encomienda de tributo y no laboral) la disposición de una mano de obra, escasa para los demás, este control tenía innegables ventajas económicas. No pocos privilegios fueron obteniendo, además, como, por ejemplo, el que los alcaldes de primer voto salieran de sus filas. Este grupo superior procura mantener su envidiable situación a través de enlaces matrimoniales endogámicos admitiendo, a lo sumo, entre sus filas a altos oficiales públicos. De este modo, se producirá, en contra de la política adversa de la corona, no sólo agrupación de encomiendas sino que también una concentración latifundiaria.

Tal temprana diferenciación social se corresponde con la que, desde España, era conocida por los conquistadores. De algún modo procuraron adquirir en Indias una situación social similar a la que habían visto en la metrópoli entre las clases superiores. El advenedizo procuraba calcar modelos de vida señorial, siendo los indios los sujetos que deberían soportar esta estructura. La Corona reaccionó en contra de los abusos que con tal sistema pudieran producirse. El señoritismo, con su desdén por el trabajo llamado vil, va a

---

<sup>48</sup> No obstante esta taxonomía, en la práctica muchos negros blanqueados en razón de las mezclas con españoles solían ser inscritos como españoles. Algunos, al través de las *gracias al sacar* podían obtener la calidad jurídica de blanco: J. F. King, "The case of José Ponciano de Ayarza, a document on *Gracias al sacar*" en *Hispanic American Historical Review*, nov. 1951.

<sup>49</sup> M. Góngora, *Encomenderos y estancieros. Estudios acerca de la constitución social aristocrática de Chile después de la Conquista. 1580-1660*, Valparaíso: Universidad de Chile, Sede de Valparaíso, Area de Humanidades, 1970.

hacer descansar este último sobre hombros indios y de castas africanas. El mejoramiento social o la permanencia en el estatus adquirido iba de la mano con el matrimonio ventajoso que pudiera lograrse.

La Corona buscaba lo que llamaba el “ennoblecimiento de la tierra”, lo que significaba que había que poblarla, incrementando su importancia. La tierra era noble cuando “daba de comer” a muchos, cuando se levantaban casas, mejoraban las vías de comunicación, su economía iba en aumento, cuando había que ir instalando autoridades de mayor rango, cuando en vez de aldeas o villas había ciudades, etc. Frente al atolondramiento de los primeros momentos que debió sufrir La Española, perdiendo a los que a ella llegaban para marcharse tras otras aventuras, la posición tanto de la corona como de los caudillos de las expediciones conquistadoras fue la de limitar la salida de gente. Así, ese genial conquistador que fue Hernán Cortés, dándose cuenta que lo que apetecían muchos era “hacer la América” y devolverse a España, dispuso en su regulación de la encomienda mexicana en 20 de marzo de 1524 la obligación de traer sus mujeres los que las tuvieran y casarse en el lapso de un año los que fuesen solteros, amén de mantener casa poblada en la ciudad en cuyo radio jurisdiccional se encontrasen sus encomiendas. Este criterio fue recogido por Carlos V en 1538 y 1539 al encargar a los Prelados y gobernadores que persuadiesen a los encomenderos a contraer matrimonio en el plazo de tres años<sup>50</sup> y aparece posteriormente en una real cédula de 8 de junio de 1603, conforme la cual, era necesario, para poder suceder el cónyuge en una encomienda que “hayan de vivir y estar casados *in facie Ecclesiae* seis meses”<sup>51</sup>. Que la intención de esta disposición era la de que se aumentara la población, lo deja en claro Solórzano. Su explicación es que la mujer ha podido suceder en la encomienda porque no había hijos. La *ratio legis* que la hace casar nuevamente es la de que pueda engendrar prole que en su momento defienda la tierra. De ello concluye que no bastaría con esponsales de futuro ni siquiera de presente, pues en este último caso debían ser confirmados por la cópula para que se cumpliera el fin de la ley. Otra disposición, por su parte, disponía que la hija que sucediese en una encomienda, debía contraer matrimonio en el plazo de un año<sup>52</sup>.

A la Corona le interesaba que los conquistadores se quedasen en las tierras que habían ganado para ella y una de las maneras para lograr tal afianzamiento era que contrajesen matrimonio o hicieran vida maridable con las mujeres que ya tenían en España u otros lugares. Un incentivo al matrimonio estuvo constituido por las mercedes de tierras, correspondiendo a los casados un tercio más que a los solteros.

Para los oficiales públicos, había opiniones encontradas sobre si convenía que fueran casados o no. Los de esta última postura recalcan los inconvenientes que resultaban de tener que atender a sus familias. Pensaban los primeros, en cambio, en la utilidad de poblar la tierra y el arraigo que ello producía. Recuerda un tratadista de nuestros días que en 1559 se dispuso que los oficiales reales contrajesen nupcias bajo pena de privación de oficio y que *Rec. Ind.* 3, 2, 14 al referirse a la graduación de méritos los asignaba en primer lugar a

---

<sup>50</sup> *Rec. Ind.* 6, 8, 36.

<sup>51</sup> Solórzano Pereyra, *De Indiarum...*, Vol. 2, Lib. 2, Cap. 20, N° 19. *Rec. Ind.* disponía en 6, 11, 6: "Los que conforme la ley de la sucesion hubieren de suceder á sus mugeres en segunda, ó tercera vida, y las mugeres á sus maridos en qualesquier encomiendas, ó repartimientos de Indios, no puedan suceder si no fuere habiendo estado, y vivido realmente casados *in facie Ecclesiae*, seis meses [...] y no viviendo casados el tiempo referido en la forma susodicha, queden vacos los repartimientos, y encomiendas en que hubieren de suceder".

<sup>52</sup> *Rec. Ind.* 6, 11, 4.

los descendientes de los primeros descubridores de las Indias, pacificadores y pobladores y nacidos ahí que fueran casados<sup>53</sup>.

3.2. *Patriarcado y matriarcado*<sup>54</sup>: La familia indiana típica de españoles y criollos se nos presenta como absolutamente patriarcal, en lo que habrá que hacer algunas matizaciones. Sin duda alguna, el padre de familia tiene mucho del *paterfamilias* romano. Si familia viene de *famulus*, esclavo<sup>55</sup>, la situación de los a él sometidos no distaba gran cosa, por lo menos teóricamente, de ese estado. A él estaba sometida su mujer, sujeta a la potestad marital, que le permitía, incluso, azotarla, ‘verberarla’, en lenguaje de la época. A él están sujetos los hijos, respecto de los cuales tiene la patria potestad. Esta le permite también castigarlos. En lo positivo, el padre tiene que preocuparse por dar estado a sus hijos e hijas y, sobre todo, a estas últimas. A él, por fin, están sometidos los esclavos a través de la *dominica potestas*. El sistema de peculios, tomado del derecho romano, permitía que, en principio, lo que produjesen sus hijos, fuese suyo, sin perjuicio de la existencia de los peculios castrense, cuasicastrense y profecticio. Igualmente, los esclavos producían para sus amos. En las explotaciones agrarias, comerciales y mineras la situación del padre-empresario frente a sus dependientes, peones y operarios es similar. Los obreros mineros, por ejemplo, no podían ser recibidos en otros trabajos a menos de llevar un certificado o “atestado de bien servido”, que acreditara no tener deudas respecto de su amo anterior. Este padre reinaba y era servido en la gran casona familiar, de la que muchos hijos y la mayor parte de las hijas no salían nunca, pues, no obstante los matrimonios que hubieran contraído, continuaban viviendo en las dependencias paternas<sup>56</sup>. Por cierto que al interior de estas casonas se fraguaba todo tipo de conflictos<sup>57</sup> y se desvirtuaban algunos roles: abuelas hacían papel de madres, tíos el de padres, tías las de madres, etc. He visto en un expediente que, amparada por el natural desorden que producía la vida común de tanta gente, una hija declarara en su testamento que había tenido cuatro hijos naturales, de los que su padre jamás se había enterado.

---

<sup>53</sup> J. M. Mariluz Urquijo, *El agente de la Administración Pública en Indias*. Buenos Aires: Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano e Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1998, pp. 138-139.

<sup>54</sup> Esclarecedores datos aporta R. Pastor (comp.), *Relaciones de poder, lde producción y parentesco en la Edad Media y Moderna*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1990, 396 p.

<sup>55</sup> En el sistema jurídico romano *familia* implicaba originalmente el conjunto de esclavos: *Vid.* F. Samper Polo, *Derecho Romano*. Santiago: Universidad Internacional Sek, 1991, p. 177; también párrafo 1, *supra*.

<sup>56</sup> Se reeditan en Indias algunas características de la familia medieval, en especial, su solidaridad: J. Heers, *El clan familiar en la Edad Media*. Barcelona: Labor, 1978, en que el capítulo 3 está dedicado a la solidaridad familiar.

<sup>57</sup> Pueden verse las incidencias protagonizadas por la criolla Josefa de Andía y Varela para hacerse de una cuantiosa herencia en A. Dougnac Rodríguez, "Doña Josefa de Andía y Varela, una mujer de su época (1768-1841)" en *Revista Chilena de Historia y Geografía* no. 152. Santiago: 1984, pp. 20-22. Otro caso digno de recordarse por sus repercusiones políticas, es el acaecido en casa del Conde de la Conquista para conseguir el parecer del valetudinario caballero sea en pro del establecimiento de una Junta de Gobierno sea en contra de ello, materia esta última en que jugó un decisivo papel doña Josefa Dumont: J. Eyzaguirre, *El Conde de la Conquista* Santiago: Ed. Andrés Bello, 1951, p. 196. Los viajeros dieciochescos Jorge Juan y Antonio de Ulloa hacen presente que estas emplies casas familiares eran "depósito de ira y contrariedad; de modo que bien considerado esto, seña poco llamarlo purgatorio de los ánimos, pues pasa a ser infierno de sus individuos, apartando de ellos enteramente la tranquilidad y teniéndolos en un continuo desasosiego con las batallas que suscitan las varias especies de discordia, que sirven de alimento al fuego del aborrecimiento": J. Juan, y A. de Ulloa, *Noticias secretas de América sobre el estado naval, militar, y político de los Reynos del Perú, y Provincias de Quito, Costas de Nueva Granada y Chile* (Londres, David Barry ed., 1826), I, p. 418. Si bien es discutible la plena veracidad de este escrito, en el tema señalado guarda armonía con antecedentes indiscutibles.

He dicho que habría que hacer matizaciones en esta familia patriarcal, pues la mujer tuvo un papel muy importante que jugar en la conducción del conglomerado familiar como, con sorna, lo refiere en 1776 Manuel de Salas en carta al chileno José Antonio de Rojas:

"...no sea que le suceda lo que a uno de la familia de vm., que mientras la señora su mujer andaba a caballo disponiendo la faena y la matanza, él se estaba a la sombra de un árbol leyendo libretes y libriquines franceses, sin saber cuántas vacas tenía en sus potreros ni cuántas arrobas de vino en su bodega"<sup>58</sup>.

La ausencia de los maridos era frecuente: a veces éste tenía que viajar por razones de negocios<sup>59</sup> o bien ausentarse por motivos militares (como fue tan corriente en Chile frente a los alzamientos mapuches) o permanecer largo tiempo en las faenas agrícolas o mineras: en tales casos, quien llevaba las riendas del hogar era la mujer<sup>60</sup>. Su perfil jurídico es el de alguien que interviene con mucha decisión en la vida económica a tal punto que los archivos notariales y judiciales están llenos de sus actuaciones, las más de las veces, de mucho tino. No escasearon las matriarcas como una que en Chile estableció una capellanía transmisible sólo por vía femenina "por ser así mi voluntad"<sup>61</sup>. Ni siquiera en la actividad minera, no obstante lo dura que era en el período indiano, faltaron las mujeres como Rosario Amuchástegui, dueña y explotadora de trapiches en Petorca<sup>62</sup> y Chincolco<sup>63</sup> y de una mina en el lugar llamado El Bronce<sup>64</sup>; Josefa de Andía y Varela, poseedora de trapiches y minas en Tiltil, en las cercanías de Santiago<sup>65</sup> o Josefa Varas<sup>66</sup>, quien con su hijo Mariano

---

<sup>58</sup> La carta es de 30 de enero de 1776 y se encuentra en *Escritos de Don Manuel de Salas y documentos relativos a él y su familia* t. 3, Santiago: Imprenta, Litografía y Encuadernación Barcelona, 1914, p. 152. El tema del patriarcalismo indiano ha sido estudiado por R. Boyer, "Women, la mala vida and the Politics of Marriage" en A. Lavrin (ed.), *Sexualidad y matrimonio en la América Hispánica: Siglos XVI-XVIII*. México: Grijalbo, 1991, versión castellana de *Sexuality and Marriage in Colonial Latin America*, Lincoln, Nebraska: University of Nebraska Press, 1989, pp. 252-286, quien sostiene que el sistema patriarcal encontraba su contrapeso en el concepto de reciprocidad que las mujeres exigían en las relaciones conyugales. Los descaminos del marido en cuanto a fidelidad, abandono, exigencia excesiva de trabajo y otros autorizaban a la mujer para exigir condiciones justas en su favor.

<sup>59</sup> En regiones como Salta y Jujuy las ausencias de los maridos de sus casas por razones de negocio, por ejemplo, viajes a Lima o Buenos Aires, eran una complicación que preocupó a autoridades religiosas y temporales: *Vid.* Cuesta Figueroa, y Silva Nieto, *op. cit.*, p. 129 y ss.

<sup>60</sup> "Quizás como consecuencia de las continuas y prolongadas ausencias del marido, la chilena desarrolla ciertas destrezas y características de independencia que llaman la atención de los cronistas de la época" como Frézier o Vancouver: *Vid.* L. Santa Cruz, "La mujer..." *cit.*, p. 60.

<sup>61</sup> Es el caso de doña Rafela Durán de Utrera y Rabaneda, abuela del célebre teólogo jesuita chileno Manuel Lacunza y Díaz Montero, *Vid.* mi estudio "Parientes del padre Lacunza por línea femenina", en: *Revista de Estudios Históricos*, N° 17, pp. 17-24. Santiago, 1972. Hay separata.

<sup>62</sup> Archivo Contaduría Mayor, vol. 1194, pp. 11 y 12. A la muerte de su marido, Martín Brito, gestionó con habilidad la herencia que recibiera de éste, causando serios problemas a Lucas Montt, a quien el difunto debía 3330 pesos que le costó mucho cobrar de la viuda: ANRACH vol. 1465, p. 2a. (1793-1794).

<sup>63</sup> Archivo del Tribunal de Minería, vol. 13, pieza 6.

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> Archivo del Tribunal de Minería, vol. 9, pieza 15.

<sup>66</sup> Aparece en la matrícula de mineros de 1789: Archivo del Tribunal de Minería, vol. 2, pieza 13.

Peñañiel se contaban entre las que tuvieron una fundición de cobre en Cogotí y una mina de oro en Andacollo, en la jurisdicción de Coquimbo<sup>67</sup>, todas de fines del siglo XVIII.

Por la misma época no faltaba en Santiago de Chile un grupo de señoras, algunas casadas, otras viudas, que endulzaban su vida en amoríos con jóvenes de la sociedad de la época. Entre ellas se contaban Manuela Fernández de Rebolledo, casada con una gran diferencia de edad con el arquitecto italiano Joaquín Toesca -veinte años- e inveteradamente infiel<sup>68</sup>; la ya mencionada Josefa de Andía y Varela, viuda del Caballero de la Orden de Montesa Juan Bautista Hurtado y Salinas<sup>69</sup> y algunas más. Los jóvenes que hacían palpar los corazones de estas damas eran los estudiantes de Arquitectura Juan José Goycoolea, Ignacio de Santa María, Pedro Serrano, Manuel Argüelles, los milicianos José Ignacio de Larrañaga y Alvarez de Toledo, Juan Antonio Díaz de Salcedo y Muñoz, el agrimensor Luis José de Santa María, etc. Aunque la actuación de las mujeres recién indicadas pueda haber sido excepcional, no deja de marcar un tema que habrá de ser estudiado con mayor profundidad por la Historia Social. En todo caso, generalmente llamaba la atención a los viajeros la excesiva liviandad con que las mujeres chilenas se comportaban respecto de los hombres<sup>70</sup>.

El examen de los documentos revela que no se esperaba de la mujer que cuidase ella misma de su honra, recayendo tal responsabilidad en los respectivos maridos, padres o hermanos<sup>71</sup>. Era una conducta tolerable en los jóvenes -y aun deseable- que ganasen

---

<sup>67</sup> Archivo Contaduría Mayor, vol. 1194, piezas 14 y 15. Todas estas mujeres mineras aparecen referidas en A. Dougnac Rodríguez, "Mineros y asientos de minas en Chile (1757-1817) en *Revista de Estudios Históricos* no. 18, pp. 53, no. 40; 63, no. 368 y 92, no. 1033.

<sup>68</sup> Sobre el matrimonio Toesca-Fernández de Rebolledo hay bastante escrito: R. Toro Toro, "Toesca. Ensayo sobre su vida y obras" en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia*; W. Hanisch Espindola, *Peumo, Historia de una Parroquia 1622-1962*. Santiago:1963, pp. 86 y ss.; M. E. Del Valle de Siles "Tensiones entre el obispo y la Audiencia (A propósito de un pleito contra la esposa de Joaquín Toesca, Santiago de Chile, 1974) en *Academia* n.os 13-14, pp. 81-84; A. Dougnac Rodríguez, "Algunas manifestaciones del Regalismo Borbónico a fines del siglo XVIII" en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia* no. 102 Santiago: 1991-1992, pp. 80-94; G. Guarda Geywitz, "La familia de Joaquín Toesca" en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia* no. 96 Santiago: 1985, pp. 145-153 y "Para una biografía de Joaquín Toesca" en *Revista Universitaria* Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996, pp. 6-10. Este autor ha dedicado, además, un magnífico libro a su biografía. En el ámbito literario, Jorge Edwards ha referido las incidencias de este matrimonio en una novela histórica que recibió el Premio Príncipe de Asturias.

<sup>69</sup> Dougnac Rodríguez, "Josefa..." *cit.*, pp. 7-35.

<sup>70</sup> "Se dijo de las santiaguinas que eran livianas de carácter, y por consiguiente esposas peligrosas...": G. Feliú Cruz, *Santiago a comienzos del siglo XIX. Crónicas de los viajeros*. Santiago: Editorial Andrés Bello, 1970, pp. 113. George Vancouver decía: "...en Santiago hemos observado no sólo en las maneras y la conversación de las damas sino en los bailes y en otras ocasiones tal libertad, que un extranjero, y sobre todo un inglés, no puede formarse muy buena opinión de sus virtudes, y al contrario se ve forzado a juzgarlas desfavorablemente", citado por L. Santa Cruz, "La mujer en el Reino de Chile vista por cronistas y viajeros" en L. Santa Cruz, T. Pereira, I. Zegers, V. Maino, *Tres ensayos sobre la mujer chilena*. Santiago: Editorial Universitaria, 1978, p. 60.

<sup>71</sup> Sobre el tema del honor, A. Twinam, "Honor, sexualidad e ilegitimidad en la Hispanoamérica Colonial" en Lavrin, *op. cit.*, pp. 127-171. Hace ahí diversas consideraciones sobre el concepto de honor a partir de las vicisitudes de Margarita Martínez Orejón en Taxco en 1754 al tener un hijo ilegítimo para el que, cuando crecido, se pidió la legitimación por rescripto real. La autora, muy acertadamente aduce que el concepto de honor debe ser examinado desde la perspectiva de la gente de la época. El tema del honor en las sociedades mediterráneas, precedente del concepto que primará en la América Española, ha sido estudiado por. J. Pitt-Rivers, *Mediterranean Countrymen: Essays on the Social Anthropology of the Mediterranean*. Paris:Mouton, 1963. Para

experiencia en el trato sexual con mujeres mayores. En ese sentido, la educación era bastante liberal para ellos<sup>72</sup>. Los padres

"tomaban a menudo equivocadamente la falta de disciplina y sus malas maneras por genio y oportunismo [...] Los jóvenes eran dejados libres completamente por sus padres siendo por ello víctimas de sus despreocupaciones y de sus vicios"<sup>73</sup>.

La cita precedente, si bien se refiere a los primeros años posteriores a la Independencia, muestra un estado de cosas que venía de antes. Los hijos solían quedar en su tierna edad en manos de esclavas y sirvientes al punto que en el siglo XVII muchos hablaban primero en mapuche y después en castellano. Aunque los conventos religiosos procuraban pulir las asperezas de carácter que lo dicho provocaba, no siempre tenían éxito. De ahí que

"cuando habían alcanzado a convertirse en hombres, continuaban con sus costumbres, y si contraían matrimonio, se aburrían pronto de sus esposas. Almorzaban, cenaban y comían fuera de sus hogares y pasaban la mitad de la noche en casas de juegos y otros lugares peligrosos. Las esposas permanecían, mientras tanto, solas en los hogares, muchas veces sin compañía y melancólicas. El esposo llegaba triste, cansado, frío y aburrido. A la larga no todas las esposas resistieron a la tentación de vengarse de estas infidelidades. Era frecuente culpar al marido en la mayoría de los casos de los desastres matrimoniales. El marido, si tenía una esposa inocente, la hacía aparecer despreciada"<sup>74</sup>.

La preocupación del padre de familia por dar estado a sus hijos e hijas es fácilmente comprobable a través de los documentos indianos. En este sentido, los hijos son (o debieran ser) peones del ajedrez jugado por el padre. Ya se verá que la legislación permitía concertar esponsales de los hijos desde que éstos alcanzaban los siete años. Aunque esa exagerada posibilidad no se cumpliera sino rara vez, no cabe duda del papel singularmente

---

Nuevo México, R. Gutiérrez, *Marriage, Sex and the Family. Social Change in Colonial New Mexico 1690-1846*. Madison: University of Wisconsin, 1980. Son apreciables las disquisiciones de B. Benassar en *Los Españoles*. Barcelona: Librería Editorial Argos S. A., 1978, pp. 200-221 donde trata "del honor a las violencias".

<sup>72</sup> Un poema satírico de fines del siglo XVIII, probablemente mexicano, criticaba la manera frívola cómo los padres educaban a sus hijos:

¡Oh, qué arreglada crianza  
de aquel galante padre,  
que crió bizarros hijos,  
lucidos y bellísimos tunantes!  
Primero que a cristianos,  
los enseñó a danzantes;  
porque es razón de Estado  
que no ignoren la música y el baile. [...]  
Siendo disimuladas,  
son de moda las madres;  
no lo son las que impiden

que sus doncellas con los hombres traten": J. Miranda y P. González Casanova, *Sátira anónima del siglo XVIII*, México: Fondo de Cultura Económica, 1953, p. 231.

<sup>73</sup> Feliú, *op. cit.*, p. 117.

<sup>74</sup> *Ibidem*.

dominante que el padre ejercía sobre su descendencia. Un caso que revela cómo se concertaban estos matrimonios guarda relación con la familia Araoz, en que Juan Antonio Araoz, residente en Chile, pactó el matrimonio de una hija suya, de siete años, con un pariente de Mondragón, Antonio Vicente Araoz, que a la sazón sólo tenía diez. El padre de éste se expresaba así de la futura unión en carta dirigida al de Chile:

"Quiero con este propósito [el de la concertación de esponsales] explicarme con toda lisura de mi presente posición. Supuesta la edad de Antonio Vicente, que es su nombre, ser de diez años, no le faltan las prendas personales de ser muy bien parecido, rubio, galán, robusto y advertido, demostrando en lo crecido que es de mayor edad. Y pues le faltan aun cuatro años para consumir el matrimonio, no habiendo entre ambos más diferencia que la de tres, dan tiempo para las disposiciones, en medio de hallarnos tan distantes para comunicar. Es necesaria la dispensa de Roma, que con el nombre de indiana, costará bien aunque se aleguen méritos, y desde luego, procuraré tantear e informarme..."<sup>75</sup>

Con fría rigidez se determinaba quién casaría y con quién; qué cantidad se destinaría a dotes o monjíos; quiénes ingresarían a tales o cuáles órdenes religiosas; qué cargos, de los vendibles, sería comprado para tal o cuál descendiente; en quién y cuándo se renunciaría un oficio adquirido para que pudiera seguir disfrutándolo; a quién se le otorgaría venia de edad para que pudiera iniciarse en la vida económica<sup>76</sup>. En alguna oportunidad más bien excepcional, algún pariente muy bien ubicado podía tomar determinaciones sobre las alianzas familiares. Es el caso de Fermín Francisco Carvajal y Vargas, primer Duque de San Carlos y Grande de España, quien ejercía una suerte de patronato respecto de su familia de Chile. Le escribía a su cuñada Mauricia, viuda de su hermano Carlos Adriano Carvajal y Vargas, con fecha 9 de abril de 1788 lo siguiente:

"Me complace que te hubiese parecido tan bien *tu nuevo hijo* don Josef Martínez de Aldunate, *elejido por mí* entre otros (por los ciertos informes que me pasaron muchas personas de las más caracterizadas en esas provincias) para marido de mi sobrina Francisca Mauricia, con quien se desposó el 1o. de Octubre, haciendo de párroco i padrinos mis antiguos finos amigos Francisco Josef de Maran, obispo de la Concepcion, i el brigadier don Ambrosio Higgins, gobernador, presidente i capitán general de ese reino, acompañado de mi señora doña María de Santa Cruz, a quien elijió para que fuera más completo su desposorio..."<sup>77</sup>.

Lo que había hecho con Mauricia lo seguiría haciendo con la restante familia:

"Nuevamente te repito descuides enteramente en orden *a la colocacion* de tu prole, varones i hembras, que todos corren de mi cuenta"<sup>78</sup>.

Como he insinuado, no siempre se cumplía en forma tan inexorable el destino trazado por el padre, pues casos hubo de personalidades fuertes que lucharon, a veces infructuosamente, contra los planes elaborados sin su participación. Los juicios de nulidad de matrimonio por violencia para la obtención del consentimiento son también abundantes

---

<sup>75</sup> Lo trae B. Vicuña Mackenna, *Historia Crítica y Social de Santiago 1541-1868*. 2a. ed. Santiago: Editorial Nascimento, 1926, t. 2, p. 463.

<sup>76</sup> Concuera con esta apreciación un historiador social chileno: "...el análisis preliminar de dotes y aportes al matrimonio para San Felipe y Valparaíso durante el s. XVIII conforma, en lo general, la idea de que a lo menos externamente la familia tradicional fue mucho más una unidad productiva y reproductiva que emocional; fue un mecanismo para transmitir propiedad y posición de generación en generación": E. Cavieres F., "Aspectos materiales y sentimentales de la familia tradicional colonial" en Pinto (ed.), *Familia...cit.*, p.61.

<sup>77</sup> Transcrito por D. Amunátegui Solar, "Los Martínez de Aldunate" en *Personajes de la Colonia*. Santiago: Imprenta y Litografía Balcels & Co., 1925, p. 131.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 134.

e indican a las claras la poca contemplación que muchas veces se tenía respecto de los contrayentes<sup>79</sup>. En no pocas oportunidades las cartas dotales nos muestran unas transacciones cuasicomerciales en que la desposada viene a ser algo así como una mercancía. Podía darse el caso de muchachas de muy buen ver y excelente familia que, sin embargo, por carecer de dote conveniente, corrían el riesgo de quedar “para vestir santos”. Hubo, incluso, basándose en algunos preceptos de la normativa vigente<sup>80</sup>, obras pías para la dotación de doncellas pobres de modo que no quedaran sin adquirir estado conveniente<sup>81</sup>. La expresión de "colocar" a los hijos en sociedad, que se ha visto en labios del Duque de San Carlos, era de común utilización y subsiste aun a fines del siglo XIX<sup>82</sup>. Con todo, la mayor parte de los enlaces concebidos de esta guisa, se mantenían incólumes a través de los tiempos, lo que no puede predicarse de igual manera respecto de nuestros actuales matrimonios de amor. Resulta un tanto chocante para el estudioso moderno comprobar cierto materialismo, quizá realista en extremo, en la manera de concebir el matrimonio. No faltaron tratadistas que lo tildaron de contrato real, o sea, de aquéllos que se perfeccionan por la entrega de una cosa, que en el caso indicado es el cuerpo de los desposados. Igualmente raro le parecen al lector contemporáneo algunas reglas sobre débito conyugal que lo hacen jugar de acuerdo a ciertas concesiones económicas o que la circunstancia de empobrecerse la novia fuera causal suficiente para deshacer los esponsales. En lo tocante a vocaciones religiosas, sin duda muchas de las dispuestas verticalmente por la familia no correspondían al sentir de los afectados, hombres o mujeres. De ahí que la vida en algunos conventos y algunas épocas tuviera ribetes mundanos, admitiendo las monjas visitantes que se hacían sus hermanos de espíritu. Algunas llevaban ahí una vida muy similar a la que tendrían en el siglo, servidas por esclavas en esas ‘pequeñas ciudades’, de celdas más o menos pobres, que eran los monasterios. Las incidencias de fuera del convento eran seguidas muy de cerca por las recluidas y las intraconvento concitaban interés general, como se ha visto en los relatos de la criolla chilena sor Ursula Suárez<sup>83</sup>.

---

<sup>79</sup> Una de las primeras causas de nulidad que hubo en Chile fue protagonizada por Catalina, mulata, criada de Inés Suárez, la que casó con Gonzalo de los Ríos. El matrimonio fue declarado nulo por haberse verificado contra la voluntad de la contrayente que, además, no tenía edad competente para ello: T. Thayer Ojeda, *Formación de la Sociedad Chilena y Censo de la Población de Chile en los años de 1540 a 1565 con datos estadísticos, biográficos, étnicos y demográficos*, t. III Parte Biográfica. Santiago: Prensas de la Universidad de Chile, 1941, p. 126.

<sup>80</sup> *Partidas*, 1, 4, 42; 1, 23, 7; 1, 23, 9. Todas relacionadas con limosnas y obras de misericordia.

<sup>81</sup> Hay al respecto un interesante artículo de S. Martínez Baeza, “Obras pías para dar dote a doncellas”, en: *Revista Chilena de Historia del Derecho* (en adelante *RChHD*), N° 17, pp. 135-145. Santiago, 1992-93, de lo que hay precedentes medievales: C. López Alonso, "Mujer medieval y pobreza" en *Actas del Coloquio celebrado en la Casa de Velázquez (1984) La condición de la mujer en la Edad Media*. Madrid, 1986, pp. 261-272. Para Cataluña, T. M. Vinyoles i Vidal, "Ayudes a donzellas pobres a maridar" en *La pobreza y la asistencia a los pobres en la Cataluña medieval*. Barcelona: 1980

<sup>82</sup> La ocupa, *v. gr.*, Maipina de la Barra en su libro *Impresiones y vicisitudes en mi viaje á Europa pasando por el Estrecho de Magallanes y en mi excursión á Buenos Aires pasando por la Cordillera de los Andes*. Buenos Aires: Imprenta de la América del Sur, 1878, p. 183, donde dice: “...le pedí consejo sobre lo que yo debería hacer caso de morir mi madre política, contando yo con que nos quedaría poco, y teniendo en cuenta *mi idea dominante de lograr una posición que me permitiera colocar convenientemente a mi hija*” (el destacado es mío).

<sup>83</sup> U. Suárez, *Relación autobiográfica*. Prólogo y edición crítica de Mario Ferreccio Podestá. Estudio preliminar de Armando de Ramón. Santiago: Biblioteca Nacional, 1984, 274 p. y J. M. Barros Franco, "Relación autobiográfica de sor Ursula Suárez" en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia* no. 95,



3.3. *La institución familiar en las clases sociales superiores*: Desde fines del siglo XVII, con la implantación del sistema de navíos de registro, comienza a llegar a América una cantidad cada vez más importante de peninsulares del Norte, sobre todo, de las montañas de la Cantabria y de las Vascongadas. La afluencia de estos últimos se tornó, podría decirse que masiva, en el siglo XVIII. El padre de familia indiano, puesto a escoger entre quiénes pudieran ser sus futuros yernos, prefirió al peninsular, y de entre éstos, a los montañeses y vascos<sup>84</sup>. El criollo, en cambio, quedó relegado a un segundo plano, lo que provocó, sin duda, rivalidades. La mejor alternativa que el recién llegado tenía —se decía que llegaba ‘de chapetón’— era la de procurarse un buen matrimonio. De este modo, en el Chile dieciochesco, se advierte una transferencia acusada de los mejores patrimonios a los recién llegados nortinos. El criollo nato se fue quedando en las provincias pudiendo aspirar sólo a matrimonios de segundo rango de importancia social. Así y todo, el matrimonio era un mecanismo primordial para adquirir y mantener posición social y bienes, por lo que la concertación de matrimonios, previos unos esponsales prístinamente acordados más contractuales acuerdos económicos, era de rigor<sup>85</sup>.

Conseguir marido no siempre era fácil, si se toma en consideración la situación social de alguna hija en estado de merecer ya que los peninsulares, preferidos por los padres de familia acomodados, sobre todo si tenían antecedentes hidalgos, no eran demasiado abundantes. Las normas sobre impedimentos por consanguinidad, afinidad y parentesco espiritual daban poco margen para escoger en sociedades pequeñas de modo que, si se quería que una hija o hijo casara con alguien de distinción, no cabía sino recurrir a parientes inmediatos, no obstante los impedimentos de parentesco que pudieran afectarlos, lo que era muy corriente en las élites y, en alguna medida, en los integrantes del pueblo. Estos últimos, anclados por su fuente de trabajo a un lugar determinado, no podían cambiar de residencia con demasiada frecuencia, lo que exigía enlazarse con las familias más próximas,

---

pp. 243-247. Santiago entero estaba pendiente de los vaivenes de las elecciones internas de las monjas, tomando partido por unas u otras candidatas.

<sup>84</sup> Pueden mencionarse los casos de María del Carmen Valenzuela y Rojas, casada con Antonio Martín de Apaolaza: *Archivo de Escribanos de Santiago* (an adelante, E.S.), vol. 576, fs. 213 v.; el de Ana de Carvajal y Calderón con Juan Francisco Gorena, E.S. vol. 676, fs. 232; el de Ana María de Herrera con Juan Tomás de Echevers y Arratea, E.S. 760, fs. 219 v.; el de Rosa Valdés y Carrera con Joseph Antonio de Ugarte y Cortázar, E.S. vol. 761, fs. 181 v. También las descendientes de vizcaínos casaban con integrantes de la antigua aristocracia castellana: Teresa Larraín y Lecaros con Diego Portales, E.S. vol. 576, fs. 173; Agustina de Rotaache y Badiola con Pedro Martínez de Suárez, E.S. vol. 675, fs. 45 v., María de Arcaya con Pedro Joseph Donoso y Gaete, E.S. vol. 675, fs. 224; Margarita de Arcaya con Juan Miguel de Vargas y Roco, E.S. vol. 675, fs. 224. Todas las hijas del acaudalado comerciante Manuel Díaz Montero, natural de las Montañas de Burgos, y de su mujer, la criolla Rafaela Durán de Salcedo y Rabaneda, casaron con peninsulares: Antonia con Manuel Martínez de Solas Casas (E.S. vol. 921, fs. 161 v.); Josefa con Carlos de Lacunza e Isiaurris (ANRACH vol. 2856, p. 1a.); Magdalena con Francisco de Hereña (E.S. vol. 567, fs. 256 a 257); María con Matías Nicolas de la Fuente (Archivo Judicial de Santiago leg. 1070, p. 14); María Mercedes con Pascual de Azúa y Vergara (E.S. vol. 741, fs. 166 v.); Manuela con José de Urrea e Isuriaga (E.S. vol. 831, fs. 137) y Juana Francisca de Regis con José de Andía y Varela Zamorategui (Archivo Parroquia del Sagrario, Lib. Matr. no. 3, fs. 171 v.). Algo similar ocurre con las hijas del comerciante Celedonio Villota, casado con Josefa Pérez de Cotapos, cuyas hijas casaron todas con individuos de familia vizcaína: María del Carmen con Agustín Alcérreca; Isabel con Pedro Nicolás de Chopitea; Antonia con Mariano Asta-Buruaga, Ignacia con el tesorero Santiago Azcáívar y Cruz, con Felipe Gálvez: J. L. Espejo, *Nobiliario de la Antigua Capitanía General de Chile*. Santiago: Editorial Andrés Bello, 1967, p. 863.

<sup>85</sup> En México se observa algo similar: J. E. Kicza, *Empresarios coloniales. Familias y negocios en la ciudad de México durante los Borbones*. México: Fondo de Cultura Económica, 1986, pp. 54-56, donde se refiere a las normas matrimoniales entre la “élite”. Otro investigador norteamericano, estadounidense esta vez, aporta interesantes cuadros genealógicos que muestran las conexiones familiares en el siglo XVIII, *Vid. D. A. Brading, Mineros y comerciantes en el México borbónico.— 2ª reimp.—* México: Fondo de Cultura Económica, 1985, pp. 459-463.

muchas veces consanguíneas. Hasta hoy no resulta difícil, al menos en Chile, determinar el lugar de origen de alguna persona por sus apellidos, pues la endogamia se hizo corriente. Por ello, los privilegios que la Santa Sede otorgó a los obispos para dispensar ciertos impedimentos fueron muy bienvenidos y permitieron solucionar situaciones difíciles.

Otro factor que conspiró contra la realización de matrimonios fue la dispersión de las familias en los campos. La política llevada sostenidamente por los Borbones en el siglo XVIII de congregar en pueblos a los desperdigados habitantes de la campaña contribuyó a remediar ese inconveniente.

Para muchos, el matrimonio era una clave primordial en el ascenso social, lo que en una sociedad jerarquizada como la indiana, tenía mucha importancia<sup>86</sup>. Da la impresión, a través del estudio de los expedientes de esponsales, que muchas veces las propias familias inducían a sus hijas a tener relaciones con jóvenes de distinción a fin de subir, vía un matrimonio ventajoso, a más altas esferas. La pragmática sobre matrimonio de hijos de familia de Carlos III vino a poner una valla a este fenómeno de matrimonios desiguales. Los reseñados expedientes nos muestran a adolescentes enredados con chicas socialmente inferiores en situaciones que muchas veces son claramente una trampa urdida artificiosamente. Uno de los afectados dice de su amante que fue “una mujer cuyos procedimientos para los ilícitos amores de que me acusó silencio por especie de caridad como igualmente los de María Vera, su madre”<sup>87</sup>.

La situación de la medicina en el período en estudio es de mucha relevancia para la institución familiar. Al que lee los instrumentos notariales o las partidas de matrimonio parroquiales no le puede pasar desapercibida la cantidad de matrimonios en segundas, terceras y más nupcias<sup>88</sup>, tanto de hombres como de mujeres. Hay que atribuirlo a la medicina de la época que era impotente frente a algunas epidemias que diezaban la población<sup>89</sup> dejando viudos y viudas, amén de huérfanos en cantidades. La obstetricia en manos de comadronas no era, tampoco, de lo más avanzada, siendo corriente la muerte por dificultades sobrevenidas en el parto<sup>90</sup>. No menos importante al considerar la familia en su globalidad es la enorme mortalidad

---

<sup>86</sup> En tal sentido, se fraguaban matrimonios desiguales e interraciales, que la Iglesia favorecía, cfr. E. R. Saguier, "Church and State in Buenos Aires in the seventeenth century" en *Journal of Church and State*, v. 26, no. 3, otoño 1984, pp. 508-513.

<sup>87</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago, N° 1386, asuntos matrimoniales, juicio de Bartola Torres con Domingo Zamora, 1808.

<sup>88</sup> Por ejemplo, el caso de Manuel Riesco, quien se casó tres veces: primero con Antonia Puente Urra, luego con Ana María del Pilar Medina Rodríguez, y finalmente con Mercedes Droguett Ballesteros, *Vid. G. de la Cuadra Gormaz, Familias chilenas (Origen y desarrollo de las Familias Chilenas)*.— 3ª ed.— Santiago: Zamorano y Caperán, 1982, t. II, p.429. Tenemos también el caso de María de Zelada y Montalbán, quien, después de enviudar de Lorenzo Pacheco y Osorez, contrajo matrimonio—habiendo estado de novia con don Felipe de Alborno—con Fernando de Carvajal. Luego, casó por tercera vez con Lope Hurtado de Mendoza y Salcedo, y en cuartas y últimas nupcias con Juan Sancho de Ávila, Caballero de Calatrava, *Vid. Cuadra Gormaz, op. cit.*, t. II, p. 373.

<sup>89</sup> Para el Perú puede consultarse la curiosa obrita: J. T. Polo, *Apuntes sobre las epidemias en el Perú* Lima: Imprenta Nacional de Federico Brionuevo, 1913, 62 p.

<sup>90</sup> *Vid.* al respecto el Cap. XVII “El servicio de parteras”, del libro de P. L. Ferrer, *Historia general de la medicina en Chile (Documentos inéditos, biografías y bibliografía) Desde el descubrimiento y conquista de Chile, en 1535, hasta nuestros días*. Talca, Chile: Imp. Talca, 1904, t. I (único aparecido), pp. 207-213. Se transcriben interesantes documentos. Otro sugerente artículo es el de E. Laval M., “Algunos aspectos del desarrollo histórico de la obstetricia en Chile: La maternidad del Salvador”, en: *Anales chilenos de historia de la Medicina*, año II, vol. I, pp.

infantil y, dentro de ella, la de neonatos<sup>91</sup>. Bastante importancia tuvieron estos acontecimientos en el destino de la propiedad rural. En efecto, dada la mortalidad infantil, por más que un matrimonio procreara un gran número de hijos, muy pocos llegaban a la mayor edad. Si se toma en cuenta que varios eran destinados a la vida religiosa o la elegían voluntariamente, terminaba quedando un pequeño número de hijos que quedaran en el mundo. Estos acaparaban las tierras familiares y al casarse con alguien que se encontraba en similares condiciones, terminaba produciéndose una acumulación de posesiones.

3.4. *La institución familiar en el bajo pueblo, indígenas y esclavos*. Lo que llevo escrito se puede aplicar fundamentalmente a las clases superiores de la sociedad. ¿Qué pasa con el bajo pueblo? Aunque ha de reconocerse a la Iglesia un rol educativo y moralizador indiscutible, no es menos cierto que sus esfuerzos no lograron desterrar algunas prácticas vinculadas al particular modo de ser de los mestizos de “segundo orden” de que se ha hablado más arriba. Quienes eran vagabundos por vocación<sup>92</sup> –‘patiperros’ como se dice hasta hoy– no calzaban bien con la institución matrimonial. La familia popular muestra en la huella que ha quedado en los archivos una desorganización muy grande. La promiscuidad de la vida en chozas inconfortables favoreció incestos y diversos delitos sexuales<sup>93</sup>. Fiestas populares como las carreras de caballos o la chueca -en el caso chileno- o

---

31-107. Santiago, primer semestre de 1960. Léase su segundo acápite, “La obstetricia durante la Colonia” (pp. 37-45), donde aporta interesantísimos antecedentes, entre los cuales, parte de un expediente de un juicio seguido en 1790 a una partera, María Josefa Orrego, quien fuera llamada por Ramón Morán para que atendiera el parto de su hija Rosa, y que “lejos de ejecutarlo como debía, la sajó y abrió de modo que a media hora después del parto se quedó muerta...”. El mismo autor, famoso historiador de la medicina, concluye más adelante: “Como puede deducirse el cuadro de la ignorancia en materia obstétrica era desolador, no sólo en cuanto a las parteras sino también respecto de los cirujanos y de los médicos los cuales vivían con siglos de atraso en relación con los adelantos experimentados en Europa” (p. 42). La Real Audiencia de Santiago dictó un autoacordado a 21 de octubre de 1790 sobre el examen por el protomédico de las mujeres dedicadas a la obstetricia. Tuvo lugar en razón de los excesos cometidos en el oficio de parteras por la ya referida María Josefa Orrego y Tránsito Hurtado, apodada la Muchel las que “con grande impericia, sin examen, aprovacion, ni licencia, [han actuado] causando a las parturientas incisiones, fracturas, y diclaseraciones con biolencia y fuerza y aun con instrumentos cortantes segun se tiene entendido por noticias seguras, de que algunas han fallecido subitamente...”. Para ello, se mandaba dar efectivo cumplimiento a la real cédula de 21 de julio de 1750 relativa a la materia: ANRACH vol. 3137, fs. 248-249. Por otro autoacordado, de 30 de septiembre de 1799 se fijaron los aranceles médicos que, en lo tocante a parteras estatuía: “por la asistencia a las parturientas ricas, o de clase, llebaran las obstetrices, o parteras quatro pesos y uno dicho por la vicita. Por las que presten a mujeres de menos facultades, dos pesos, y autro reales por cada vicita y esto mismo lo pagaran los amos por sus Esclavas”, fijándose en seis pesos los derechos que las parteras debían pagar para su examinadas por el Protomédico: Archivo de la Capitanía General vol. 699, fs. 25 v.; copia en ANRACH vol. 2.725, p. 4a., fs. 153-157 v. Se halla publicado en la *Gaceta de los tribunales* no. 39.

<sup>91</sup> Ello afectaba por igual a toda la sociedad, esto es, tanto a la familia bien constituida como a los grupos inestables: R. Salinas y M. Delgado, “Los hijos del vicio y el pecado. La mortalidad de los niños abandonados (1750-1930)” en *Proposiciones* no. 19 Santiago: 1989.

<sup>92</sup> Aparecen a fines del siglo XVI. Un cronista, hacia 1575, atribuye el vagabundaje a los mestizos: A. de Góngora Marmolejo, *Historia de Chile desde su descubrimiento hasta 1575*. Madrid: Biblioteca de Autores Españoles, 1966, p. 167. Para Nueva España, puede consultarse: N. Martín, *Los vagabundos en la Nueva España*. México, 1957.

<sup>93</sup> N. Corvalán P., “Amores, intereses y violencias en la familia de Chile tradicional. Una mirada histórica a la cultura afectiva de niños y jóvenes” en *Contribuciones* Santiago: Universidad de Santiago, noviembre de 1996. Relata un caso de incesto en La Serena J. Pinto Rodríguez, *La Serena Colonial*. Valparaíso: Ediciones Universitaria de Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, 1983, p. 162. A este delito se refería con fuerte acento el IV Concilio Mexicano de 1771: 5, 10, 2: “El horror que aun la misma naturaleza tiene para no mezclarse carnalmente con los parientes dentro de los grados prohibidos, falta muchas veces, y se cometen

aun fiestas religiosas como los pesebres navideños, sirvieron para la concurrencia de gentes de ambos sexos con los desórdenes consiguientes. De ello dan cuenta, por ejemplo, los sínodos diocesanos. Estos son quejumbrosos respecto del sentido desviado que se dio a los esponsales o promesas de matrimonio, que, en el sentir popular, permitían la convivencia sin aguardar la bendición nupcial<sup>94</sup>.

Tras el alzamiento de fines del siglo XVI, que trajo consigo la muerte del gobernador Martín García Oñez de Loyola, se perdieron en manos mapuches las llamadas “ciudades de arriba”, o sea, las existentes al sur del Biobío, de modo que los indios ahí existentes llevaron desde entonces una vida prácticamente independiente del reino de Chile. Estuvieron, pues, sujetos a la convivencia con españoles sólo los aborígenes situados al norte de ese río. Y estos fueron disminuyendo principalmente gracias al fuerte mestizaje que se produjo<sup>95</sup>. Prueba de esta paulatina extinción del indio puro en esa región es el permanente deterioro que se fue produciendo en la encomienda, la que terminó a fines del siglo XVIII sin pena ni gloria. Algo similar ha de decirse de los pueblos de indios, que siempre llevaron una vida lánguida por la secular tendencia del aborígen a despreciar la vida en comunidad y que tuvieron que ser

---

incestos, así por la mezcla que se permite a los dos sexos en los xacales, durmiendo sin separación, como por la mala crianza y educación; y así deben trabajar mucho los obispos y párrocos en estas separaciones para impedir tantas ofensas de Dios, y enseñar á los fieles que la piedad y honor que se debe á los parientes se pierde y ultraja con los incestos, y que el que peca con consanguínea dentro del cuarto grado, ó con infiel, incurre en excomunión *latae sententiae*, y será castigado por el obispo según la cualidad del delito”.

<sup>94</sup> *Synodo diocesana, que celebró el ilustrísimo señor Doctor Don Manuel de Alday y Aspée, Obispo de Santiago de Chile, del Consejo de su Majestad, en la Iglesia Catedral de dicha Ciudad.*—1ª ed.—Lima: Oficina de la Calle de la Encarnación, 1764, título VIII, “*De Sponsalibus, & Matrimonio*”, Constitución primera, que reza del siguiente modo: “Que los que, contrahidos Esponsales, hubieren caído en amistad ilícita, se casen, ó presenten á los seis Meses, demandando la Palabra; y no lo haciendo, se les niegue la Audiencia judicial, pasado este término. La qual Providencia se publicará todos los Años por la Quaresma. / Es un abuso general, principalmente en las Doctrinas del Campo, y aun en las Ciudades, y Villas, entre la gente de menos obligaciones, que contraídas Esponsales, ó luego que se trata de Casamiento, caen los esposos, ó Contrahentes en amistad ilícita, con que regularmente se dilata mas el Matrimonio, y continúa el Concubinato; disimulándose muchas veces hasta por los Padres, ó Parientes, por no disgustar al esposo; y porque lo desierto de los Campos, y separación con que viven las Familias, hacen impracticables los remedios ordinarios, que se han ordenado en otras partes, para dar alguno, que pueda remediar este daño: ha parecido á esta Sínodo, se mande, como desde luego manda su Señoría Ilustrísima, que contraídas Esponsales, á los seis Meses se hayan casado los Esposos, ó deducidos en Juicio la acción de Esponsales, pidiendo el cumplimiento de la Palabra de Casamiento, dentro del término expresado; y que pasado éste, si ha intervenido amistad ilícita, ninguno de los dos Esposos pueda después ser oído en Juicio, denegándosele por su omisión, y la ofensa de Dios, que ha intervenido, el Oficio de Juez, y Audiencia judicial; y que alomenos todas las Quaresmas publiquen los Párrocos esta Constitución, y la expliquen á sus Feligreses, para que se consiga el fin de esta Sínodo, que es evitar se continúen con este pretexto las amistades ilícitas” (pp. 44-45). Además de la Edición Príncipe citada, de este sínodo hay dos reimpressiones más, una: *Sínodos diocesanos del Arzobispado de Santiago de Chile celebrados por los ilustrísimos señores doctor don Frai Bernardo Carrasco Saavedra i doctor don Manuel de Alday i Aspée*. Nueva York: Eduardo Dunigan i hermano, 1858, v + tres + 424 + dos p. La otra edición, más reciente, es facsimilar de ésta: Bernardo Carrasco Saavedra; Manuel de Alday y Aspée. *Sínodos de Santiago de Chile de 1685 y 1763*. Madrid, Salamanca: Instituto Francisco Suárez; Instituto de Historia de la Teología española de la Universidad Pontificia de Salamanca, 1983, xx + dos + 424 p.—(Tierra Nueva e Cielo Nuevo; IX, Sínodos americanos 2 / serie dirigida por Antonio García y García y Francisco Santiago-Otero). Para un estudio de los sínodos, Vid. el artículo de C. Oviedo Cavada, “Sínodos y concilios chilenos: 1584 (?)—1961”, en: *Historia*, N° 3, pp. 7-86. Santiago: Instituto de Historia, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1964.

<sup>95</sup> R. Konetzke, “El mestizaje y su importancia en el desarrollo de la población hispanoamericana durante la época colonial” en: *Revista de Indias*. Madrid, 1946. VII; el mismo, “Sobre el problema racial en la América Española” en: *Revista de Estudios Políticos*. Madrid, 1969, no. 133, pp. 179 y ss.

rematados en pública subasta al desaparecer aquéllos para quienes habían sido diseñados<sup>96</sup>. Carlos V permitió no sólo la subsistencia de las costumbres indígenas existentes a la llegada de los españoles, sino que también las que hubieran surgido con posterioridad con ciertas limitaciones:

“[O]rdenamos y mandamos que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen Gobierno y Policía y sus usos y costumbres observados y guardados después que son cristianos y que no se encuentren con nuestra Sagrada Religión ni con las leyes de este libro, y las que han hecho y ordenado denuevo, se guarden y ejecuten...”<sup>97</sup>.

Sus limitaciones, en consecuencia eran las de que no podían ir contra la religión católica ni contra la legislación real. En materia de matrimonios, la costumbre aborigen solía discordar de la religión católica. La poligamia<sup>98</sup>, a que se ha aludido anteriormente chocaba con la monogamia católica, así como matrimonios entre parientes cercanos (que incurrían en impedimentos dirimentes católicos)<sup>99</sup> y el rapto como forma de realizar el matrimonio<sup>100</sup>. Sobre esta última

---

<sup>96</sup> F. Silva Vargas, *Tierras y pueblos de indios en el Reino de Chile: Esquema histórico-jurídico*. Santiago: Universidad Católica de Chile, 1962, 266 p.

<sup>97</sup> *Recopilación de Leyes de Indias*, 2, 1, 4. Costumbres que tocan al matrimonio como la de recibir los caciques doncellas como tributo de sus indios, quedaron expresamente proscritas por real cédula de Carlos I publicada en Valladolid a 17 de diciembre de 1537 y que constituyó *Rec. Ind.* 6, 7, 14. En tal caso el cacique perdía el título y debía ser desterrado.

<sup>98</sup> Respecto de los atacameños asegura Jerónimo de Vivar la existencia de poliginia, más acentuada según el nivel social del indígena: los caciques tenían entre diez y doce mujeres en tanto que los del común sólo una o dos: J. de Vivar, *Crónica y relación copiosa y verdadera de los Reinos de Chile*. Santiago: Fondo Histórico y Bibliográfico José Toribio Medina, 1966, p. 27 Dice al efecto un conocido antropólogo: "se podría interpretar que la organización familiar estaría vinculada al status económico y social. La poliginia de los jefes estaría relacionada con ideas de prestigio y poder. En cambio, la gente del pueblo debería conformarse con una sola mujer, o, cuando más, a dos": Zapater, *op. cit.*, p. 32.

<sup>99</sup> Entre los picunches del valle del Mapocho, en Chile, existía "una poliginia sororal, casándose con varias hermanas o sobrinas a la vez. El pueblo, en cambio, por razones de orden económico y social, tenía una o dos esposas". Entre estas mujeres las había de diverso rango, pues el cacicazgo lo heredaba el hijo de la primera mujer que hubiera tenido el padre, Zapater, *op. cit.*, p. 41, quien cita a Vivar, *op. cit.*, p. 133. Igual poliginia sororal practicaban los mapuches, al sur del Biobío, entre los que igualmente los caciques tenían mayor número de mujeres: entre diez y veinte, heredando el hijo mayor las de su padre. Exceptuando su propia madre, las otras le servían para el tálamo: Zapater, *op. cit.*, p. 49, quien cita a Mariño de Lovera y Diego de Rosales. La poligamia permitía contar con una mano de obra que facilitaba al guerrero su vida militar: F. Aliaga Rojas, *La Iglesia en Chile. Contexto Histórico*. 3a. ed., Santiago: Ediciones Paulinas, 1989, p. 27.

<sup>100</sup> Se daba en el matrimonio mapuche una suerte de transacción comercial, en que el padre recibía ciertos bienes por la hija que daba. Si ésta abandonaba a su marido y tomaba otro, el segundo debía pagar cierta suma al primero. En caso de adulterio, la mujer era devuelta al padre o se la vendía a otro para recuperar su precio. No obstante ello, existía el rapto como una variante del matrimonio por compra, pues el padre sabía que el novio se llevaría a la hija por tres días al bosque y que luego ajustarían el precio: Zapater, *op. cit.*, pp. 49 y 50, quien cita a Diego de Rosales. Ambos sistemas son muy parecidos a los empleados por los primitivos germanos y, posiblemente como entre éstos, la compra no lo fuera de la mujer misma sino del poder *-mundt-* sobre ella. Los huilliches, que estaban más al Sur aún, practicaban igualmente la compra de la mujer: Zapater, *op. cit.*, p. 72, basado en Vivar. Cualquiera que fuera la forma del casamiento, la fiesta a que daba lugar era lo más fastuosa que se pudiera, con participación de las familias de ambos contrayentes. Se mataban muchos de los animales entregados como precio de la novia, se cantaban poemas inventados para la ocasión y se consumía cantidad de chicha, quedando en estado de intemperancia la mayor parte de los comparecientes: Zapater, *op. cit.*, p. 50, quien cita a Diego de Rosales.

práctica, los sínodos chilenos fueron particularmente condenatorios<sup>101</sup>, si bien las fuentes muestran que se siguió utilizando<sup>102</sup>. Igualmente lo fueron respecto de los encomenderos y cualesquier otros que coartaran la libre voluntad de los indígenas para contraer matrimonio<sup>103</sup>. En lo tocante a indígenas hay que tomar en consideración otro aspecto que es el de la diferencia de condiciones que entre ellos existía: unos eran los indios principales y otros los del común<sup>104</sup>. Tal diferencia causó dificultades en Chile con ocasión de la aplicación de la pragmática de Carlos III sobre matrimonio de los hijos de familia: la Real Audiencia de Santiago, que, por imposición real, debía reglamentar dicha norma, conformándola a la realidad chilena, intentó limitar su utilización por los caciques a menos que cumplieran con determinados requisitos, lo que la corona no aceptó<sup>105</sup>.

Por último, en lo que a africanos respecta, hubo también respecto de ellos protección tanto civil como canónica. La independencia para enlazarse matrimonialmente fue proclamada por los sínodos so pena de excomunión, si bien hubo en el siglo XVI prevención para que se unieran a indias<sup>106</sup>. No mejoró la concepción sobre tales uniones con posterioridad: una real cédula de 1781 se pronuncia contra los matrimonios "de indios

---

<sup>101</sup> C. Salinas Aranedá, "El matrimonio según los sínodos chilenos de los siglos XVII y XVIII" en: *IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Actas y estudios*. Madrid, 1991, Vol. II, p. 510.

<sup>102</sup> Por ejemplo, un juicio de 1720 muestra cómo un mestizo, Julián Santos, tras raptar y estupro a Antonia Valenzuela, contrajo matrimonio con ella: Archivo Real Audiencia vol. 1957, p. 5ª. Otro caso, en Archivo Capitanía General, vol. 281 contra Juan Carrasco por rapto y estupro.

<sup>103</sup> Salinas Aranedá, *op. cit.*, p. 510. El III Concilio Mexicano 4, 1, 8 intentaba garantizar la libertad de matrimonio de los indios, con rechazo tanto de las intromisiones de españoles como de los indios principales y al efecto preceptuaba: "*Volens Tridentinum Concilium liberum consensus, qui ad Matrimonii contractum requiritur, conservari, praecipit sub anathematis poena, quae ipso facto incurritur, ne quisquam ullatenus cogatur, quominus libere Matrimonium contrahat, cuius auctoritatem sequuta haec Synodus, cum his in partibus multi ob suam propriam utilitatem Indos, et servos invito contrahere Matrimonium compellant, ut suis operis utantur, statuit, ac mandat ne ullus Hispanus Indum, aut servum cogat ad Matrimonium contrahendum, nec per vim eos impediatur, ut libere, cum quibus libuerit, Matrimonium contrahant, sub poena Excommunicationis latae sententiae. Idemque praecipitur proceribus Indorum, ea poena statuta, si secus fecerint, ut triginta diebus in carcere sint inclusi, ac praeterea severe puniantur*". Rodríguez de San Miguel, *Pandectas...*p. 433, no. 2659.

<sup>100</sup> Lo que estaba muy bien estructurado en diversas partes de América: un sistema clánico en México en tanto que en Perú, había dos tipos de nobleza: de sangre y privilegio como se lee en J. Beneyto, *Historia social de España y de Hispanoamérica*. Madrid: Aguilar, 1961, pp. 228-229.

<sup>105</sup> G. Vial, "Aplicación en Chile de la pragmática sobre matrimonio de los hijos de familia" en: *RCbHD*, N° 6, p. 342. Santiago, 1969. Sobre el tema del asenso paterno, cfr. J. Amorós, *Discurso sobre la necesidad y utilidad del consentimiento paterno para el matrimonio...*Madrid, 1777, del que un ejemplar perteneció a Monsr. José Ignacio Víctor Eyzaguirre y Portales, quien lo legó a la Biblioteca Nacional por medio de su testamento de 18 de diciembre de 1873.

<sup>106</sup> Real cédula de 26 de octubre de 1541 por la que se disponía que los negros casasen, dentro de lo posible, con negras y no con indias en Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 729. Hubo también disposiciones de 4 de mayo de 1527 y 20 de julio de 1538 que junto con la de 1541 originaron *Rec. Ind.* 7, 5, 5. Una visión de conjunto sobre esclavitud y sociedad en R. Mellafe, *La esclavitud en Hispano-América*, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1964, p. 81: "El problema de las relaciones entre negros, indios y negros y españoles surgió por primera vez en las Antillas, Panamá y México, y posteriormente se fueron aplicando las mismas medidas ensayadas en esos lugares en el resto de las posesiones españolas, modificándolas más o menos profundamente según el medio y las circunstancias". El indio chileno, que jamás había visto negros, tuvo desde un comienzo una actitud de rechazo, según relata en 1580 Pedro Mariño de Lovera, *Crónica del Reino de Chile*. Madrid: Biblioteca de Autores Españoles, 1960, pp. 285 y 316.

con negros, mulatos, coyotes<sup>107</sup> e individuos de castas y razas semejantes" en razón del mal ejemplo que éstos les daban y de los muchos pleitos que solían originarse entre estos grupos sociales<sup>108</sup>. La Corona, mediante disposición de Carlos IV, de 19 de abril de 1789, insistió en la libertad que les asistía para casarse al punto que el esclavo que quisiera hacerlo, podía señalar a su amo quién era su elegida para que éste la adquiriese. Por la misma normativa, el amo no sólo debía de alimentar al esclavo sino que también a su familia, aunque algunos de sus miembros fueran libres. Para que el matrimonio pudiera llevar una vida sexual decorosa, era necesario se les diera habitaciones separadas del resto de los esclavos<sup>109</sup>. La unidad de domicilio conyugal era garantizada tanto en el papel como en la práctica, como tendremos ocasión de verlo en el capítulo correspondiente.

Las uniones en estas clases populares, sea al través del matrimonio, barraganía u otros estaban motivadas no tanto por intereses económicos o de ascenso etno-social como era corriente en las clases superiores, sino fundamentalmente por la pasión física o el amor. De ahí que muchas veces se recurriera a prácticas mágicas para obtener el favor sexual de aquél o aquélla que se deseaba. Bastante expertas en la materia eran las negras, mulatas, zambas y cuarteronas. Por ejemplo, la Inquisición limeña condenó a Margarita Gallardo, entre otras cosas, por refregar el cuerpo de las mujeres con maíz blanco y cocimiento de flores para los fines señalados. La mulata Francisca Trujillo echaba jugo de coca en un plato, donde veía como en un espejo a un indio, un tonto y un difunto "todo a fin de que las mujeres que se valían de ella retuviesen la ilícita amistad de sus amigos i consiguiesen fortuna con los hombres". También eran maestras en ardidés amorios la cuarterona Teresa de Llanos González, la zamba Juana Apolonia, que utilizaba un pajarito muerto, llamado *patilla* para efectos amorios, la zamba María de Carrión, que usaba unos compuestos de hierbas aromáticas

---

<sup>107</sup> La terminología para referirse a las diversas posibilidades de mezcla racial es muy abundante. La de español e india produce mestizos, la de mestizo y español, castizos; la de castizo y español, español; la de español y negro, mulato; la de español y mulato, morisco; la de español y morisco, albino; la de albino y español, torna atrás; la de indio y torna atrás, lobo; la de lobo e india, zambayo; la de zambayo e indio, cambujo; la de cambujo y mulato, barcino; la de barcino y mulato, coyote, la de coyote e indio, chamizo; la de chamizo y mestizo, coyote mestizo; la de coyote y mestizo, allí te estás; la de lobo y chino, jíbaro; la de cabujo e indio, zambayo; la de zambayo y lobo, calpamulato; la de calpamulato y cambuja, tente en el aire; la de tente en el aire y mulato, no te entiendo; la de no te entiendo e indio, torna atrás, etc.: F. Gutiérrez Contreras, *América a través de sus códigos y cronistas*. Pamplona, Salvat Editores, Colección Aula Abierta no. 57, p. 35. La ramificación de la etnia negra en Nueva España es estudiada en: G. Aguirre Beltrán, *La población negra de México, 1519-1810. Estudio Etnohistórico*. México, Fuente Cultural, 1946. Para su traída a Chile, R. Mellafe, *La introducción de la esclavitud negra en Chile: tráfico y rutas*. Santiago: 1959.

<sup>108</sup> G. Vial Correa, *El africano en el reino de Chile*. Santiago: Universidad Católica de Chile, Instituto de Investigaciones Históricas, 1957, p. 130. Este mismo autor nos señala que no hay constancia efectiva de la aplicación de estas normas prohibitivas: "Sin embargo, no faltó cruzamiento: el mulato Pedro Moreno casó con Bárbara González, india, y el mulato Pedro Gutiérrez de Altamirano desposó con la indígena María (Siglo XVI). Son los ejemplos de mayor antigüedad que recordamos. En una oportunidad, al menos, hubo cruce indo-moreno intensivo: al caer Villarrica en poder de los naturales se originó -dice Córdoba y Figueroa- "una generación de zambos, que al día de hoy permanecen, más juntos que dispersos, manifestando en el pelo y color su proge", *ibidem*, p. 132.

<sup>109</sup> Se formó al efecto un reglamento impreso que lleva fecha 31 de mayo de 1789, que fue suplicado por los inconvenientes que se derivaban de su observancia: J. de Rezabal y Ugarte, *Compendio Alfabético de varias reales cédulas y orns. expedidas p.a el Gobierno de América que no se hallan incluidas en la Recopilación de Indias formado para su uso privado por el Señor Don [...] Regente de la Real Audiencia de Chile* en Archivo Nacional de Chile, Real Audiencia, vol. 3209, no. 231.

"plateándoles después las palmas de las manos y plantas de los pies y mojándolos con ungüentos de flores y zahumándolos con olores, los santiguaba, haciéndoles la señal de la cruz y diciéndoles "Palla Inga" para que tuviesen fortuna con sus galanes, y para el mismo efecto acostumbraba darles una hoja o penca de sabila plateada y encintada, diciéndoles le encendiesen una vela los miércoles y hablasen y creyesen en la dicha sibila, y también daba la piedra iman aderezada para el fin mismo, y aseguraba a dichas mujeres tenía una imagen de Nuestra Señora, la cual desnudaba y dormía con ella y la hablaba y dicha imagen con el rostro la decía lo que había de hacer"<sup>110</sup>.

#### 4. *Racconto*

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 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 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 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<sup>111</sup>. La racionalización del medio social implicó un incremento de los prejuicios respecto de las castas y, subrepticamente, respecto de los indios. Estos son jurídicamente equiparados a los españoles desde Isabel la Católica; en la práctica, sin embargo, el hombre americano del XVIII procura marginarlos.

## CAPÍTULO II LOS ESPONSALES

### 1. *Definición*

Es la promesa mutuamente aceptada del matrimonio futuro: "llamado es desposorio el prometimiento que hacen los omes por palabra, quando quieren casar"<sup>112</sup>. Es institución

---

<sup>110</sup> J. T. Medina, *La Inquisición en Lima*. Santiago: Imprenta Gutemberg, 1887 t. II, pp.218-222, donde aparecen otras hechiceras que igualmente daban remedios para el amor. Vid. C. Martín Gaité, *Usos amorosos del Dieciocho en España*. Madrid: Editorial Siglo XXI, 1972 y J. A. Rodríguez, *Amor y pasión en la Venezuela del siglo XVIII*. Burdeos: G.I.R.D.A.L., 1992.

<sup>111</sup> La intervención del consentimiento paterno en los matrimonios de sus hijos es tema de mucho interés en el Antiguo Régimen, observándose normas al respecto en el *droit coutumier* francés, en el sajón, holandés, etc. : Coing, *op. cit.* T. I, p. 297, n. 29.

<sup>112</sup> *Partidas*, 4.1.1. El Curso Teológico Moral Salmanticense da la siguiente definición: "*Sponsalia sunt mutua promissio futuri matrimonii signo aliquo sensibili expressa*": *Collegii Salmanticensis FF. Discalceatorum B. Mariae de Monte Carmeli Primitivae Observantiae Cursus Theologiae Moralis. Editio Quinta* Matriti: Ex Officina Regia, 1717, tract. XI, punct. 1, no. 2, fol. 68. "Son los esponsales de futuro puros, y sin condicion, mutua promesa de las futuras nupcias, por la qual quedan obligados los que la hacen á contraher Matrimonio *in facie Ecclesiae*": M. S. Martínez, *Librería de Jueces, utilísima y universal para toda clase de personas literatas, y en especial para los que exercen Jurisdicción Eclesiastica, Real, y Mista en ambos Fueros, y en el de la Conciencia: para Abogados, Alcaldes, Corregidores,*



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, cobraron los esponsales mayor relevancia al introducirse 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 dio aun mayor relevancia a esta institución, al 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 adfinitas* la relación con los parientes del otro prometido<sup>113</sup>.

En la vida social chilena, por lo menos, a los esponsales seguían "las primeras vistas", esto es, la fiesta en que las familias del novio y la novia alternaban y, eventualmente, tomaban conocimiento la una respecto de la otra. Si bien esto último era difícil en una sociedad pequeña, donde todo el mundo de cierta relevancia se conocía, podía ser importante cuando los novios procedieran de distintos lugares. En el siglo XVII, según nos advierte Alonso de Ovalle

"han dado en hacer ricos presente a las novias a las primeras vistas, después de hechas las capitulaciones, y yo los he visgto hacer de muchos valor, como son de esclavos, vestidos, estrados, y escritorios llenos de preseas y joyas de oro y piedras preciosas, perlas y otras curiosidades y regalos de mucha estima, que apreciadas valen muchos ducados"<sup>114</sup>.

## 2. Legislación castellana aplicable

Normas sobre esponsales se encuentran en diversos textos españoles, desde el *Liber Iudicum* en adelante. Este 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<sup>115</sup>. El *Fuero Viejo* dispuso que en caso de ruptura de los

---

*Intendentes, Regidores, Personeros, Diputados del Comun, Notarios, Escribanos, Parrocos, Sacerdotes, Religiosos, y Jueces Eclesiasticos: Tomo Segundo. En que por exposicion universal decisiva del Derecho Canonico, se explican todos sus Titulos, y Leyes Eclesiasticas, desde su origen, el de los Sagrados Canones, y Concilios: El Tratado de Sacramentos segun las Leyes del Rey don Alonso el Sabio: Bulas de Benedicto XIV, y nuestro Santisimo Padre Clemente XIII. la de la Cena, y otras, con las Concordancias del Derecho Real, Decretos, y Cédulas, publicadas hasta el presente sobre diferentes Materias, y particularmente sobre Contribuciones Eclesiasticas, concordato, y otras cosas; arreglado todo á las Synodales de los Obispados de España, è Indias: á la Practifca de sus Tribunales, en toda naturaleza de Juicios: De los Recursos de Fuerza, y Real Proteccion, con que Seculares, y Regulares acuden á los Magistrados Reales: Y asimismo sobre la Práctica de los Jueces in Curia, Nunciatura, y Apelaciones de todos los de España: como tambien sobre Procesiones, Dignidades y Testamentos; con que todo Juez puede decidir con acierto, y encontrar facilmente por el Indice, que está al fin, qualesquier Punto: Dedicado al Excmo. Sr. Conde de Aranda. Su autor el Lic. D. Manuel Sylvestre Martinez, Abogado de los Reales Consejos, y del Colegio de los de esta Corte, etc. Madrid: en la Imprenta de Blas Román, 1771, t. 2, cap. 1, no. 95, p. 32. A los esponsales se referían las *Decretales* lib. 4, tít. 1o. *De sponsalibus et matrimonii*, el *Liber Sextus* lib. 4, tít 1o. *De sponsalibus et matrimonii*, el Concilio 3o. Mexicano *De sponsalibus et matrimonii*, etc.*

<sup>113</sup> R. Panero Gutiérrez, *Derecho Romano*.— 2ª. ed.— Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp- 291-292.

<sup>114</sup> A. de Ovalle, *Histórica relación del Reyno de Chile*. Santiago: Instituto de Literatura Chilena, 1969, lib. 5, cap. 8, p. 191.

<sup>115</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 nenguna manera que ella lo pueda fazer. Onde si la manceba contra la voluntad del padre quisiere casar con otro que ella cobdicia 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

esponsales, la esposa perdiera lo que su esposo le hubiese dado, salvo que hubiese recibido un beso suyo<sup>116</sup>, derivación de la famosa “ley del ósculo” de Constantino. Por su parte, las *Partidas* permitían el desheredamiento<sup>117</sup> de la doncella que no quisiera cumplir con los esponsales concertados por su padre:

“[S]i aquél con quien el padre quiere casar alguna della [sus hijas] fuese atal que conviniessen, e que seria assaz bien casada con el, maguer que la non puede apremiar que cumpla lo que el auía prometido puedela deheredar: porque non agradece a su padre el bien quel fizo: e fazele pesar non le obedesciendo. E esto se entiende, si despues desto se casar ella con otro contra voluntad de su padre o si fieziessen maldad de su cuerpo”.

Numerosas disposiciones fueron dictadas, como se verá, sobre todo bajo el gobierno de Carlos III, dentro de una posición rigorista en lo moral, que hacía imprescindible el respeto a la opinión de los padres y otros parientes, amén de impedir mixturas sociales incompatibles con la racional composición de la sociedad.

Bien entendido que los esponsales no son de rigor, pues puede haber matrimonio sin que le precedan. Sin embargo, la fuerza de las cosas hacía que, entre que se concertara el matrimonio y la producción de éste, transcurriera algún lapso, lo que permitía a las partes tener cierta intimidad sin desmedro de su honor. En una época en que no siempre los matrimonios se concertaban por amor, permitían los esponsales preparar los aspectos económicos anexos a las nupcias como dotes, donaciones *propter nuptias* y otros.

### 3. Clasificación

Mediante una distinción muy poco clara, se conceptualizaban dos tipos de esponsales o “desporios –desposajas<sup>118</sup>–”, como los llaman las *Partidas*<sup>119</sup>: a) de presente y b) de

---

los hermanos o la madre o los otros parientes della consintieren que ella sea dada a aquél que ella cobdiciaba contra voluntad de su padre y esto cumplieren, aquellos que lo hicieren 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 pleiteare las arras e después se pasare el padre ante quel fiziesse las bodas, la manceba sea rendida a aquél que la prometiera el padre o la madre”, *Partidas*, 3, 1, 2.

<sup>116</sup> *Fuero Viejo*, 5, 1, 4: “Esta es fazaña de Castilla: Que doña Elvira, sobrina del Arcediano D. Mateo de Burgos, e hija de Ferrán Rodríguez de Villarmentero, era desposada con un caballero, y diole el caballero en desporio paños y cinteras y una mula ensillada de dueña, y partiose el casamiento y no casaron en uno y el caballero demandó a la dueña que le diese sus cinteras y todas las cosas que le dio en desporio, que no tenía por qué dárselas; y vinieron ante D. Diego Lope de Haro, que era adelantado de Castilla y dijeron sus razones ante 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 desporio, 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 diole todo lo que le había dado”.

<sup>117</sup> *Partidas* 4, 1, 10.

<sup>118</sup> Real Academia Española, *Diccionario de autoridades*, cit., t. II, p. 223: “Lo mismo que Desporios. Es voz antiquada...”. Recuérdese que el *Diccionario de autoridades* corresponde a la Edición Príncipe, de 1726-39, del conocido *Diccionario de la lengua española*. Interesante tratamiento del tema, de indispensable lectura, es Levaggi, Abelardo, “Esponsales. Su régimen jurídico en Castilla, Indias y el Río de la Plata hasta la codificación” en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene* no. 21 (Buenos Aires, 1970), pp. 11-99 y C. Prieto González, “Sobre la forma de los esponsales (desde el siglo XVI hasta nuestros días)” en *Liber Amicorum*

futuro<sup>120</sup>. Los que constituyen propiamente una promesa de matrimonio son los segundos y es a ellos que nos referiremos en los párrafos siguientes<sup>121</sup>. En cuanto a los esponsales de presente, eran en general matrimonios a los que faltaban alguna circunstancia para ser perfectos, aunque hay autores que los estimaban lisa y llanamente matrimonios: "*matrimonium verum & legitimum contrahi per sponsalia de praesenti, quamvis necdum sit consummatum nec ductio uxoris ad domum mariti praecedat*"<sup>122</sup>. Como no resultaba adecuado para los súbditos que se les dijese que el matrimonio estaba sujeto a condición, se recurría a esta figura de los esponsales. En algunos casos, el matrimonio no operaba de inmediato por estar sujeto a alguna condición, como la aprobación de un tercero ("yo te recibo por mujer si pluguiese a mi padre, y eso mismo sería si la mujer lo dijese al varón") o por ser alguno de los contrayentes inhábil en cuanto a su edad para contraer matrimonio. En este último caso, aunque estuvieren presentes ambos esposos, no había matrimonio por faltar el elemento fundamental que es el consentimiento válido, el que sólo podrían expresar al llegar a la edad adecuada. Alcanzando ésta, si persistían en la voluntad originalmente expresada (aunque inhábil en su momento), los esponsales se convertían en matrimonio:

"[P]ero si estos atales [los menores] durasen en esta voluntad hasta que hubiesen edad cumplida sin contradecirlo alguno de ellos, no sería solamente desposajas, sino matrimonio, así fuese que consintiesen manifiesta o tácitamente. Lo último, cuando morasen juntos, recibiesen regalos el uno del otro o acostumbrasen verse el uno al otro en sus casas o si yaciesen como varón con mujer".

Esta última expresión dio pie, como se verá, a que frecuentemente los esposos, aun de futuro, considerasen que bastaba la promesa para tener trato carnal.

Además de la apuntada imprecisión en las fronteras entre esponsales de presente y matrimonio, la había entre esponsales, matrimonio secreto y matrimonio clandestino<sup>123</sup>. Lo último preocupó a la Corona en lo relativo a autoridades indianas y una cantidad de parientes suyos, que tenían prohibición de contraer matrimonio en razón de los cargos ostentados. Así a los oidores, gobernadores y algunos más, por motivos de probidad administrativa, les era vedado el matrimonio con sus súbditos, operando igual prohibición

---

Profesor don I. de la Concha (Oviedo, Universidad de Oviedo, 1986), pp. 413-525; Rípodas, *Matrimonio...*, pp. 63-67.

<sup>119</sup> *Partidas*, 4, 1, 3.

<sup>120</sup> La débil distinción entre esponsales de presente y de futuro se debería a la necesidad de explicar el matrimonio, sin cópula, entre la Virgen y San José. Por ello, Ervigio equiparó la *sponsa* a la *uxor* en las interpolaciones que hizo a la edición de Recesvinto del *Liber Iudicum*. Iglesia, "Matrimonio y parejas..." *cit.*, p. 22. Decía D. Cavallario de esta distinción "*inducta videtur distinctio ista ab antiquis scholasticis et canonistis, ut ambiguitatem, quae in vocibus sponsaliorum et sponorum in antiquis monumentis occurrebat, evaderent.*" D. Cavallario, *Institutiones Juris Canonici in tres partes, ac sex tomos distributae, quibus vetus et nova Ecclesiae disciplina et mutationum causae enarrantur* Matriti: Ex Typographia Regia, 1800, pars. 2.

<sup>121</sup> El IV Concilio Mexicano pretendió que los párrocos asistieran a los esponsales de futuro, castigándolos en caso de no hacerlo: Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares, vol. LXXIX, fs. 693 y ss.

<sup>122</sup> Solórzano, *De Indiarum...*, Lib. 2, Cap. 20, N<sup>o</sup>, 42.

<sup>123</sup> De ello hablamos más adelante. Vid. G. Picasso, O. S. B. "I fondamenti del matrimonio nelle collezioni canoniche" en *Settimani di studio sull'Alto Medioevo in Spoleto* 24, I (1977), pp. 191-231 y E. Montanos Ferrín, *La familia en la Alta Edad Media Española* (Pamplona, 1980).

con parientes suyos cercanos<sup>124</sup>. Quería evitarse que, dado lo pequeñas que eran las sociedades indianas, se adquiriesen compromisos con aquéllos que debían ser gobernados o a los que había que administrar justicia:

“[Q]ue estén libres de parientes y deudos en aquellas partes para que sin afición hagan y ejerzan lo que es a su cargo y despachen y determinen con entereza los negocios de que conocieren y no haya ocasión ni necesidad de usar las partes de recusaciones ni otros medios para que se hayan de abstener del conocimiento de ellos”.

Claro está que la Corona podía dispensar la prohibición<sup>125</sup>. Una real cédula de 15 de noviembre de 1592 se refiere a ciertos tratos o conciertos secretos en que intervenían personas prohibidas de contraer matrimonio a la espera de obtener alguna gracia real. Según ella, el que

“[T]ratate o concertate por palabra o promesa o escrito o con esperanzas de que les hemos de dar licencia para que se puedan casar en los distritos donde tuvieren sus oficios o enviaren por ella, incurran asimismo en la privación de sus oficios como si verdaderamente efectuaran sus casamientos y que no puedan tener otros algunos de ninguna calidad que sea en las dichas Indias”<sup>126</sup>.

Al tratar del requisito de ausencia de impedimentos para celebrar esponsales abundaremos en esta materia.

Como todo acto jurídico no exceptuado, los esponsales podían celebrarse personalmente o a través de representante. Este, 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 quisiesen darse palabra de matrimonio, tratándose de mayores de edad, podían nombrarse procuradores —“mandaderos o

---

<sup>124</sup> *Rec. Ind.* 2, 16, 82 y ss. En la práctica, sin embargo, hubo gobernadores que intentaron burlar las disposiciones reales. A Alonso de Ribera, casado con Inés de Córdoba y Aguilera, le valió ser condenado al pago de 200 ducados. Alonso de Sotomayor casó a 12 de enero de 1590 con Isabel de Zárate, hija de Francisco de Irarrázabal y de Lorenza de Zárate. Francisco de Meneses se unió a Catalina Bravo de Saravia Henestrosa el 6 de mayo de 1664, a escasos tres meses de llegado a Chile. Según el cronista Carvallo y Goyeneche, "embelesado y conducido de aquellos dulces desórdenes a que convidan los frondosos mirtos, de que son poblados los deliciosos bosques de Venus, se precipitó a la celebración de un matrimonio sin la debida licencia del soberano". Si bien se le dio permiso el 23 de noviembre de 1665, había incumplido las órdenes reales al haber casado anteladamente. El virrey conde de Lemos lo destituyó y fue sometido a juicio por las muchas actuaciones impropias de que había hecho víctima a buen número de sus gobernados, los que lo apodaron *Barrubás*. Incoado proceso de nulidad de este matrimonio, fue declarado válido por sentencia de 10 de mayo de 1670 disponiéndose que se recibieran las bendiciones en el plazo de ocho días. Vid. respecto del primero, F. Campos Harriet, *Alonso de Ribera Gobernador Galante y Visionario*. Santiago: Zig-Zag, 1966, pp. 105 y ss., respecto del segundo, J. T. Medina, *Diccionario Biográfico Colonial de Chile*. Santiago: Imprenta Elzeviriana, 1906, p. 838 y del tercero, *ibidem*, p. 530.

<sup>125</sup> Un caso tardío de autorización real fue el concedido en 1o. de febrero de 1796 al Fiscal de la Real Audiencia del Cuzco, Antonio Suárez, para comprometer a su hija María Antonia con Francisco Pisoaga. La Corona quiso suponer que al Fiscal, en los fragores de diversos juicios con otro comprometido con su hija, habría olvidado pedir la aquiescencia real: "he venido por un efecto de ni notoria piedad en dispensarle la insinuada pena, previniéndole que en lo sucesivo observe puntualmente la citada ley [*Rec. Ind.* 2, 16, 82], sin que pueda casar a dicha hija con sujeto natural y hacendado en el territorio de esta mi Real Audiencia". Consta ello en real cédula que se halla en Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 885.

<sup>126</sup> A. de León Pinelo, *Recopilación de las Indias*. Edición y estudio preliminar de I. Sánchez Bella, 5, 2, 82, t. II, p. 1409. México, 1992, que devino *Rec. Ind.* 2, 16, 84. La fecha que pone León Pinelo -"diciembre"- parece ser errónea, pues tanto en *Rec. Ind.* 2, 16, 84 como en la disposición original que copió Mata Linares el mes es "noviembre": Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. CXVII, fs. 708. Esta disposición fue reiterada por oficio del marqués de Bajamar dirigida al regente y oidres de la Real Audiencia de Buenos Aires a 24 de marzo de 1791, que se halla en Archivo de la Real Academia de la Historia, Colección Mata Linares vol. CXV, fs. 435.

personeros”– para que contratasen los esponsales<sup>127</sup>. Señala el Rey sabio cinco modos de concertar esponsales, aunque reconoce que uno de ellos es más de matrimonio que de promesa. Aquéllos 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...”<sup>128</sup>.

Este contrato fue considerado en el siglo XVIII como netamente civil y si se permitía en él intervención a la Iglesia, sería únicamente por condescendencia de la Corona en atención a su conexión con el sacramento del matrimonio<sup>129</sup>.

#### 4. Requisitos

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

4.1. Debía ser *seria*, 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:

“[H]abiéndose 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, deshonor y vejámenes de la tal” y estima que “por lo ocurrido se le debería obligar al resarcimiento de la deshonor y mofa con que ha quedado burlada”<sup>130</sup>.

Se discutió en alguna oportunidad si afectaba a la seriedad de la promesa el voto de castidad pronunciado por ambos contrayentes<sup>131</sup>;

4.2. Debe ser *deliberada* y exenta de todo *error* o *fuerza*. En las *Partidas*<sup>132</sup>, 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 Joseph Mujica, importante minero y hacendado de La Ligua<sup>133</sup>, demandó el cumplimiento de promesa de

---

<sup>127</sup> *Partidas*, 4, 1, 1.

<sup>128</sup> *Ibid*, 4, 1, 2.

<sup>129</sup> J. de Covarrubias, *Máximas sobre recursos de fuerza y proteccion con el método de introducirlos en los Tribunales. Su autor el licenciado D. [...] Abogado en el Real y Supremo Consejo de Castilla, Individuo del Ilustre Colegio de Abogados de la Corte y Socio de la Real Academia de Derecho Español, y Público* (Madrid, por D. Joachin Ibarra, 1785), p. 220.

<sup>130</sup> Archivo Capitanía General vol. 13, fs. 207-239, juicio entre Barthola Guzmán y Josef Guerrero, 1803.

<sup>131</sup> Archivo del 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 de practicar voto de castidad en razón de la impotencia que a él aquejaba: Archivo Judicial de Santiago, leg. 1259, p. 9.

<sup>132</sup> *Partidas*, 4, 1, 10.

matrimonio que a su hija Inés había hecho Santiago Olivares, otro importante minero de la zona. Este se excusó en que tal promesa la dio “atado de pies y manos” en presencia del referido Mujica y otros parientes<sup>134</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>135</sup>;

4.3. Que se *manifeste* con palabras u otro signo exterior como los señalados por las *Partidas* 4, 1, 2 referido más arriba. Se entendía que la solicitud de informaciones para un matrimonio ulterior implicaba promesa del mismo<sup>136</sup>. Recalca el *Curso Teológico Salmanticense* que no basta la simple intención o el propósito para que haya esponsales<sup>137</sup>;

4.4. Que sea *mutua y aceptada por ambas partes*;

4.5. Que las *personas sean hábiles y no tengan impedimentos impeditivos ni dirimentes y alcancen al menos los siete años de edad*<sup>138</sup>.

En un texto bajomedieval agregado a la *Summa de Ordine Iudiciario* de Fernando Martínez de Zamora, se incluye un libelo de nulidad de esponsales por falta de edad, muy interesante porque hace muy claramente el destingo entre desposorios por palabras de futuro y por palabras de presente, además de que da a entender el tránsito de esponsales a matrimonio por medio de la cópula carnal:

"Señor don Fulano, monje del monesterio de Sant Fagunt et vicario general etc. yo, Fulano, morador en tal lugar et yo, Fulana, fija que fuy de Fulano, morador en tal lugar, vos notificamos et dezimos que yo et la dicha Fulana, seyendo mayor de quatorze años et en hedat de 30 años poco mas o menos et yo la dicha Fulana, seyendo menor de doze años et seyendo inpuer et non proxima a la hedat de pubertat, desposamos amos por palabras de presente en la dicha villa prohibente la hedat de la mi dicha Fulana.

Los dichos desposorios fueron et valieron asi como desposorios por palabras de futuro et non como sponorios por palabras de presente. Et despues que vino la hedat legitima de pubertat de la mi dicha fulana, los dichos desposorios de futuro non pasaron en matrimonio por copula carnal ni por fecho nin por otro acto alguno legitimo porque los dichos desposorios pudieran pasar en matrimonio, ante discutiemos siempre et disentimos agora de presente et contrariammos et pedimos que los dichos desposorios fuesen legitimamente disueltos.

Por ende nos amos a dos, de comun sintimiento vos pedimos que disolvades los dichos desposorios en quanto de derecho podedes et ellos asi asueltos et dados por ningunos nos dedes licencia a nos et a cada uno de nos, que librement podamos casar, yo el dicho Fulano, con otra, et yo, la dicha Fulana,

---

<sup>133</sup> Se contaba entre los primeros pobladores de La Ligua, R. Mellafe y R. Salinas, *Sociedad y población rural en la formación de Chile actual: La Ligua 1700-1850*. Santiago: Ediciones de la Universidad de Chile, 1988.

<sup>134</sup> Archivo Capitania General vol. 159.

<sup>135</sup> ANRACH vol. 1612, p. 3a. juicio de María Rosa Pizarro, madre de Diego Fajardo, con Pascuala Bravo, madre de Dolores Banegas, 1794.

<sup>136</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago, N° 1273: vide Nos 25 y 31.

<sup>137</sup> *Collegii Salmanticensis...* tr. 9, punct. 1, no. 2.

<sup>138</sup> *De desponsatione impuberum* cap. 4, 5 y 13 cit. por Donoso 1861, *op. cit.*, t. II, p. 152.

con otro. Et esto pedimos amos de comun consintimiento et de nuestra libre volutad, et de como lo pedimos al presente notarios que desiado, etc."<sup>139</sup>

Si el impedimento es dispensable y los esponsales se contraen bajo condición de obtener la dispensa, vale el contrato<sup>140</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>141</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*, 4, 19, cap. 2 y en *Partidas* 4, 2, 6<sup>142</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>143</sup>.

Uno de los impedimentos impeditivos típicos de las Indias era el que afectaba a los presidentes de Audiencias y oidores para tratar de matrimonios suyos o de sus hijos con personas de su radio jurisdiccional<sup>144</sup>, salvo autorización real<sup>145</sup>. Como lo hemos adelantado, desde que el desobediente al mandato real tratase dichos matrimonios, cesaba su derecho a salario, lo que se encargaba cumplir a los oficiales de Real Hacienda<sup>146</sup>. La prohibición surgió de una real cédula de 10 de febrero de 1575<sup>147</sup>, reiterada por otras de 26 de febrero de 1582<sup>148</sup>, 15 de noviembre de 1592<sup>149</sup>, 19 de julio de 1608<sup>150</sup> y 12 de mayo de 1619<sup>151</sup>. De

---

<sup>139</sup> *Formulario de Sabagún* agregado a F. Martínez de Zamora, "Summa Aurea de Ordine Iudiciario" en A. Pérez Martín, *El Derecho Procesal del "Ius Commune" en España*. Murcia: Instituto de Derecho Común Europeo, 1999, Apéndice III, p. 200.

<sup>140</sup> Donoso 1861, *op. cit.*, t. II, p. 152.

<sup>141</sup> ANRACH vol. 1484, p. 3º; juicio entre Francisca Marín y Juan Miguel Buzeta, 1801. El marido de la viuda había desaparecido y testigos fiables habían declarado acerca de su muerte. Al suspender el tribunal eclesiástico el conocimiento de la causa hasta que se acreditara fehacientemente la condición de viuda de la actora, terminó, sin embargo, allanando su derecho a demandar indemnización del promitente.

<sup>142</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago no. 1273, as. matr., juicio de María del Carmen Ulzurrun con Fermín Guerrero, 1810.

<sup>143</sup> ANRACH vol. 1612, p. 4º; juicio de María del Carmen Loyola con José Miguel Rivadeneira, 1811.

<sup>144</sup> Que se podían casar con personas oriundas de fuera de su jurisdicción fue declarado expresamente a solicitud del oidor decano de la Audiencia de Guadalajara, Manuel Silvestre Martínez. Hubo sobre la materia reales órdenes de 28 de febrero de 1793 y 7 de octubre de 1795: Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 884.

<sup>145</sup> Por ejemplo, María Mercedes Salas y Corvalán, hija del fiscal de la Audiencia de Santiago José Perfecto de Salas, obtuvo, por real orden de 20 de mayo de 1773, autorización para casar con el chileno José Antonio de Rojas: Medina, *Diccionario...*, p. 759.

<sup>146</sup> Solórzano, *De Indiarum...*, cit., Lib. 4, Cap. 4, N° 62.

<sup>147</sup> Copia en Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. XCVII, fs. 535-537.

<sup>148</sup> 28 de febrero de 1582 es la fecha que trae copia de esta cédula que se halla en Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. XCVII, fs. 589.

ellas resultó *Rec. Ind.* 2, 16, 82, que prohíbe a los virreyes, presidentes, oidores, alcaldes del crimen y fiscales, así como a sus hijos, contraer matrimonio en sus distritos, bajo pena de pérdida del oficio. La sola concertación de matrimonio, de palabra o por escrito, con la esperanza de obtener licencia implicaba incurrir en el castigo legal<sup>152</sup>. El conocimiento de estas causas competía a virreyes y presidentes de Audiencias<sup>153</sup>. La razón es estrictamente judicial: evitar colusión de intereses y la interposición de recusaciones. La real cédula dada en Lisboa a 26 de febrero de 1582 era bastante explícita:

"por cuanto hemos entendido que los que en nuestro nombre tienen cargo de la administración de la nuestra justicia en las Indias hemos entendido que de casarse los que en nuestro nombre nuestras Indias en la parte y lugares de los distritos donde ejercen sus cargos se siguen y podrían seguir muchos inconvenientes y dar ocasión a que las partes tengan necesidad de usar de recusaciones y otros remedios para que los jueces se hayan de abstener de los Pleytos y negocios que se ofrecieren, demás del impedimento que los deudos y parientes podrán ser para la libre y recta administración y ejecución de la nuestra justicia..."<sup>154</sup>.

Con el paso del tiempo, no obstante, habrá eventualmente alguna opinión, como la del regente de la Audiencia de Guatemala, el peninsular Vicente de Herrera y Rivero, contraria a la prohibición. Proponía a la Corona en un memorial de 8 de julio de 1782 que se dejaran sin efecto las añejas cortapisas. A fines del siglo XVIII ya se había hecho carne en América la política, impulsada fundamentalmente por José de Gálvez, destinada a establecer oidores peninsulares en las Audiencias americanas, si bien haya habido alguna excepción. Al momento del citado memorial, en consecuencia, la mayor parte de los oidores eran nativos de España. Por esas fechas, también, arreciaba en muchas partes de

---

<sup>149</sup> Copia incompleta en Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. XCVII, fs. 692; completa en igual vol., fs. 708.

<sup>150</sup> Su texto en Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. XCVIII, fs. 116.

<sup>151</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 730 y 733.

<sup>152</sup> *Rec. Ind.* 2, 16, 84, tomada de real cédula de 15 de noviembre de 1592 cuya copia se halla en Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 734. Es disposición que periódicamente era reiterada: por ejemplo en reales cédulas dadas a 12 de mayo de 1619, en San Lorenzo a 2 de noviembre de 1638, en Aranjuez a 24 de mayo de 1740 y en el Buen Retiro a 23 de enero de 1754: en igual Archivo y Colección, vol. XCVIII, fs. 358, vol. XCIX, fs. 122, vol. CIII, fs. 252-253 y vol. CIV, fs. 175. La de 24 de mayo de 1740 se halla resumida en J. J. Matraya y Ricci, *Catálogo Cronológico de pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones reales (1819)*. Advertencia preliminar de J. M. Mariluz Urquijo, Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1978, p. 310, no. 601. La de 1754, *ibidem*, p. 318, no. 681.

<sup>153</sup> Real cédula de 20 de noviembre de 1621, que conformó *Rec. Ind.* 2, 16, 87: "que los Presidentes conozcan de causas de casamientos y parcialidades de oidores y otros Ministros, y los de Audiencias subordinadas remitan las informaciones al Virrey den cuenta al Consejo". Para evitar que estos ministros, poderosos por los cargos que ostentaban, hicieran uso de sus influencias, una cédula de 17 de marzo de 1619 había señalado que las probanzas de hicieran en secreto con "toda buena prudencia y sagacidad": Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 736 y 737 y vol. XCVIII, fs. 458. Con anterioridad, existía real cédula de 17 de marzo de 1619 sobre el cuidado con que se debían llevar las causas de matrimonios de ministros de Indias: igual Archivo y Colección, vol. XCVIII, fs. 346. Eventualmente fueron dictadas diversas disposiciones para casos puntuales: por ejemplo, una dada en San Lorenzo a 2 de noviembre de 1638 para que se cumpliesen las normas que prohibían los matrimonios de oidores y sus parientes dentro de su ámbito jurisdiccional que se halla en igual Colección, fs. 738.

<sup>154</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 733.



Indias una suerte de revanchismo del criollo frente al *chapelón*, que movía a desestimar los enlaces entre ambos grupos sociales. A acabar, pues, con tal situación, que obstaba a la unión entre España y América, se dirigían las palabras del regente<sup>155</sup>.

Obra en el Archivo de la Real Audiencia de Chile un expediente iniciado por un gran jurista, el oidor criollo Juan del Corral Calvo de la Torre en 1736, en que, intentando contraer matrimonio con su sobrina María Josefa Calvo de la Torre y Mendoza, solicitaba autorización para tal efecto, aunque, en su opinión ella no era necesaria por no encontrarse incluido entre las prohibiciones del *Rec. Ind* 2, 16, 82, que impedía a virreyes, presidentes, oidores, alcaldes del crimen y fiscales casarse en sus distritos. Según su interpretación, tratándose de una sobrina, no se crearía nuevo parentesco, que era lo que se pretendía evitar con la prohibición. El fiscal Martín Gregorio de Jáuregui, haciéndose cargo de los dichos del oidor, estuvo de acuerdo con su argumentación, pero estimó que, no obstante ello, se constituía parentesco por el lado materno de la novia, razón por la cual se requeriría la licencia real<sup>156</sup>. Aunque esta petición no llegó a operar por desistimiento del propio interesado, próximo a morir, como efectivamente ocurrió al año siguiente, era tema que le interesó mucho y sobre el que había escrito su parecer en *Commentaria in Legum Indicarum Recopilationem*. Planteado el problema sobre si el monarca pudiera legítimamente establecer impedimentos dirimentes, materia que correspondía al derecho canónico, manifestaba que en cuanto al contrato civil y tomando en cuenta el bien común, podía aquél señalar prohibiciones en orden al matrimonio. Aunque esta prohibición se hubiese establecido por el derecho real, competía conocer de ella a los tribunales eclesiásticos como anexa a lo espiritual y conducente a un fin de esa naturaleza. La sanción, con todo, no era, la nulidad del matrimonio, que era válido, sino la pérdida de la plaza del incumplidor. Consecuencialmente, en nada afectaba al derecho canónico la disposición real<sup>157</sup>. También Solórzano se había planteado si la prohibición real era válida conforme el derecho canónico aseverando que

“[N]o quitan los Príncipes que las promulgan, el valor, y fuerzas de estos casamientos, pues si llegan á hacerse, validos, firmes y verdaderos se quedan. Y lo que hazen solo es, despedir de su servicio á los que contra sus mandatos, y sin su licencia los contraxeren, fundandose para estos en las justas razones del bien público, que dexo apuntadas. Lo qual es licito y permitido, según la mas comun, y verdadera opinion de los Theologos y canonistas”<sup>158</sup>.

Avalaban su opinión Diego de Covarrubias, Tomás Sánchez, Juan Gutiérrez, fray Basilio Ponce de León, Luis de Molina, etc.

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

---

<sup>155</sup> Se hallan estas referencias en el *Nuevo plan para la mejor administración de justicia en América* citado, con indicación de su origen en E. Martiré, 1808. *Ensayo histórico-jurídico sobre la clave de la emancipación hispanoamericana* (Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001), pp. 102-103.

<sup>156</sup> ANRACH vol. 2817, p. 2ª (1736)

<sup>157</sup> C. Castelleti Font y D. González Lizama, *Juan del Corral Calvo de la Torre, oidor de la Audiencia de Santiago de Chile. Algunos estudios sobre sus escritos jurídicos* ms pp. 169-173. Santiago, 1998 y "El matrimonio de los ministros de Audiencias indianas según Juan del Corral Calvo de la Torre (1665-1737)" en *Revista de Historia de Derecho Privado* no. 1 Santiago: 1998, pp. 155-188.

<sup>158</sup> J. de Solórzano y Pereira, *Política Indiana* Amberes: 1703, fol. 425.

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>159</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>160</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>161</sup> u obtener una dispensa, como se ha visto más arriba.

Una interesante situación que se producía a menudo, según se desprende de diversos expedientes tanto civiles como canónicos, era la de dos o más esponsales contraídos por el mismo individuo con diversas mujeres, materia a que se refieren las *Partidas* 4, 1, 8, causal 7 y *Partidas* 4, 1, 9. Generalmente, la primera promesa de matrimonio había sido seguida de trato carnal y, muy corrientemente, se dejaba embarazada a la prometida. Se producía, entonces, una especie de concurso de esponsales sobre el que la autoridad judicial debía pronunciarse<sup>162</sup>. Si se dotaba convenientemente a la primera esposa, no se ponía obstáculo al cumplimiento con la segunda. Uno de estos casos afectó a Domingo Zamora, quien había prometido matrimonio primero a Barthola Torres y, en seguida a su prima Josefa Zamora, para lo cual había obtenido las dispensas pertinentes<sup>163</sup>. La doctrina era que los esponsales celebrados con otra persona después de haber estado comprometida, no rompían los primeramente contraídos, aunque hubiera de por medio juramento o trato carnal en los segundos esponsales<sup>164</sup>.

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, aplicable en Indias a

---

<sup>159</sup> Donoso 1861, *op. cit.*, t. II, p. 165.

<sup>160</sup> *Ibid.*, t. II, p. 152. Un estudio pormenorizado relativo a una provincia de la curia de Quito comenzando por la primera mitad del siglo XIX: F. Jurado Noboa, "Un aporte para los estudios sociales sobre Cotopaxi. Dispensas matrimoniales referentes a la actual provincia de Cotopaxi y tomadas del Archivo de la Curia en Quito" en *Instituto de Historia Eclesiástica Ecuatoriana* no. 7 (Quito, 1983), pp. 61-82, donde trata de las dispensas de moniciones o proclamas, consanguinidad y afinidad. Hace presente que algunas dispensas se obtenían aun después de años de casados, al enterarse los conyuges de la existencia de algún impedimento.

<sup>161</sup> Donoso 1861, *op. cit.*, T. II, , p. 152.

<sup>162</sup> Causó escándalo en México, en 1703, que el arzobispo bendijese el matrimonio de Domingo Tagle con Ignacia Cruzat, hija de Fausto Cruzat, gobernador de Filipinas, no obstante la existencia de un juicio pendiente sobre cumplimiento de esponsales en contra de aquél. El convento de San Lorenzo, donde se celebró el matrimonio, fue bloqueado por los acompañantes del novio, que iban armados. Los hermanos de la esposa burlada acudieron al virrey, quien envió la guardia para deshacer el concurso de gente armada; pero ya se había concluido la ceremonia. Ante ello "el virrey mandó llamar a Acuerdo, en que se determinó que por haber ido gente armada con dicho desposado y sus parientes fuese preso a la cárcel de la Audiencia de abajo, y se le sacasen 20.000 pesos de multa, mientras se disponía su destierro a Panzacola... todo lo cual se resolvió a las doce de la noche, y luego se ejecutó... poniendo en dicha prisión al dicho desposado y embargándole toda su casa": relato de Antonio de Robles que transcriben Miranda y González Casanova, *op. cit.*, p. 54, n. 2.

<sup>163</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago, N° 1386, as. matr., 1808.

<sup>164</sup> Donoso, *op. cit.*, p. 152.

través de real cédula de 7 de abril de 1778<sup>165</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 de 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, debiendo de tomarse en consideración las peculiares circunstancias del Nuevo Mundo, particularmente en lo relativo a la variedad de razas, culturas y mezclas de ambas<sup>166</sup>.

Las normas de esta cédula prevenían que para algunos de los habitantes de Indias les resultase difícil conocer a sus padres y parientes. Por ello, el artículo 1o. de las Adiciones<sup>167</sup> exceptuó a mulatos, negros, coyotes e individuos de castas y razas semejantes "tenidos y reputados por tales", salvo los que fuesen oficiales o se distinguiesen de los demás por sus buenas obras, reputación y servicios prestados. Quedaban incluidos por el artículo 2 los indios tributarios, si sus padres fuesen conocidos y pudiese obtenerse su licencia o consejo con prontitud. De lo contrario, serían los curas o doctrineros los llamados a prestarlo. La Corona se encargaba de enfatizar que no actuaban los curas por consideración a la Iglesia,

---

<sup>165</sup> El impreso en que consta tuvo amplia circulación. Un ejemplar puede consultarse en: Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. CVIII, fs. 39-49. Fue incorporada al proyectado *Nuevo Código de las Leyes de Indias* 1, 8, 1 (A. Muro Orejón, "Estudio General del Nuevo Código de las Leyes de Indias", que trae el libro I del *Nuevo Código*, en *Homenaje al Dr. Muro Orejón*. Sevilla: Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Sevilla, 1979, p. 185). Cfr. J. Reigmonder, "Precedentes históricos de las Pragmáticas de Carlos III y Carlos IV sobre esponsales" en *Revista de Archivos Bibliotecas y Museos* (1909), pp. 91 y ss. Entre los que se han referido al tema respecto de Indias hay que mencionar el premonitorio trabajo del maestro cordobés R. I. Peña, *Notas...*, pp. 325-326; G. Vial, ya citado, en su "Aplicación en Chile de la pragmática sobre matrimonio de los hijos de familia" en: *RCbHD*, N° 6, p. 335 y ss. Santiago, 1969; Z. López, S. Martínez, B. Rodríguez y D. Rodríguez, "Aplicación de la legislación sobre matrimonio de hijos de familia en el Río de la Plata (Aportación documental 1785-1810)" en: *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano* (Madrid, 1972), p. 779 y ss; N. R. Porro, "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), pp. 193 y ss.; de la misma, "Extrañamiento y depósitos en los juicios de disenso" en: *Revista de Historia del Derecho*, N°7, pp. 123-149 (Buenos Aires, 1980); N. del C. Bistue y C. Marigliano, "Los disensos matrimoniales en Mendoza. Epoca Patria (1810-1869)" en: *Revista de Historia del Derecho*, N° 23, pp. 37 y ss. (Buenos Aires, 1995); I. Sánchez Bella; A. De la Hera y C. Díaz Rementería, *Historia del Derecho Indiano* —1ª ed.—Madrid: Mapfre, 1992, pp. 318-321. *Vid.* la abundante bibliografía en Porro, "Los juicios...", pp. 193-194 y en López *et al.*, *op. cit.*, pp. 780-781. El estudio completísimo que sobre "Los hijos de familia y el consentimiento paterno" ha practicado Daisy Ripodas nos libera de ahondar -tarea prácticamente imposible frente a su acuciosa versación- en el tema. *Vid.* Ripodas, *Matrimonio...*, , cap. XIII, pp. 259 á 315. Desde un punto de vista de historia social, S. Socolow, "Acceptable Partners: Marriage Choice in Colonial Argentina, 1778-1810" en A. Lavrin (ed.), *op. cit.*, pp. 209-251, donde también se encuentra Boyer, *op. cit.*, pp. 252-286. Precedentes de la autorización parental en la Edad Media en R. Gibert, "El consentimiento familiar en el matrimonio según el Derecho Medieval Español" en *Anuario de Historia del Derecho Español* no. 18 (Madrid, 1947), pp. 706-761 y F. Aznar Gil, "El consentimiento paterno o familiar para el matrimonio en la legislación eclesiástica ibérica bajomedieval (ss. XII-XVI)" en *Rivista Internazionale di Diritto Comune* no. 6 (1995), pp. 127-151. Que los disensos por alianzas familiares provocaban problemas también en otras partes del mundo lo revela M. Daumas, "Les conflicts familiaux dans les milieux dominants au XVIIIème siècle" en *Annales Economies.Sociétés.Civilisations.*, no. 5, 1987, pp. 901 y ss.

<sup>166</sup> Una real cédula expedida en Badajoz a 7 de febrero de 1796 declaró que en la Real Provisión de matrimonios de 23 de marzo de 1776 debían ser comprendidos indistintamente los militares, disposición que corrió impresa y que we halla en Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid) vol. CXVIII, fs. 25-26.

<sup>167</sup> En Colón, *op. cit.*, T. I 1a. ed., pp. 66-67.

sino "en mi Real nombre, y en virtud de la facultad que les concedo". Con mayor razón que los indios del común, correspondía aplicar la Pragmática, conforme el artículo 3, a los caciques quienes

"por su nobleza se consideren en la clase de los Españoles distinguidos para todo lo prevenido en la Real Pragmática".

Para el caso, fácilmente previsible en Indias, de que por las distancias resultase dificultoso obtener la licencia o consejo parental, el artículo 5 autorizaba que lo otorgasen las justicias respectivas, siguiéndose las reglas que, conforme el artículo 6 debían fijar las Audiencias respectivas. Algunas de éstas, como la de Chile, pretendieron ampliar en algunos aspectos y restringir en otros el ámbito de aplicación de la Pragmática, estrellándose contra la tajante posición de la Corona<sup>168</sup>.

Varios años antes, el IV Concilio Mexicano de 1771<sup>169</sup>, en que tan importante intervención cupo el ilustrado arzobispo Francisco de Lorenzana, había dispuesto que los Provisores no admitiesen instancia sobre esponsales contraídos en condiciones de desigualdad, aun cuando hubiese precedido cópula<sup>170</sup>. Ante ello, debían aconsejar a los hijos de familia que se apartasen "pues de este modo se evitará que, confiadas algunas Mugerres en el Papel de Esponsales entreguen su Cuerpo, llenándose el mundo de Rameras"<sup>171</sup>. Jamás podrían "abrigarse" los matrimonios de que se siguieran escándalos o infamia en las familias, abominándose los contraídos contra la voluntad de los padres<sup>172</sup>. Sobre esta materia se encargó un estudio a los juristas Vicente Antonio de Ríos y Mateo Antonio Arteaga, quienes fueron de parecer que se impusiera algún género de solemnidad al contrato de esponsales, de modo que pudiese declararse nulos los celebrados sin testigos de buena nota y ante escribano o notario público. Ello contó con la aprobación del metropolitano y sus sufragáneos. Afirmaba el Fiscal del Consejo de Indias al examinar el tenor de ese Concilio que la idea no era nueva, pues Francisco de Mendoza<sup>173</sup>, en el capítulo 34 del libro 3 de sus *Discursos Apologéticos*, al referirse al Concilio de Ilíberis, había sugerido igual solución, lo que también había practicado el célebre jurista Francisco Ramos del

---

<sup>168</sup> Vid. *ut infra* el párrafo relativo a Procedimiento en materia de esponsales.

<sup>169</sup> Ha sido publicado en J. Tejada y Ramiro, *Colección de Cánones y de todos los Concilios de la Iglesia de España y de América (en latín y castellano) con notas é ilustraciones por D. [...], Individuo correspondiente de la Real Academia de la Historia y de la de Buenas Letras de Sevilla y Barcelona, etc.* t. VI Madrid: Imprenta de D. Pedro Montero, 1859, pp. 177-313 y como *Concilio IV Provincial Mexicano celebrado en la ciudad de México el año 1771*. Querétaro: 1898.

<sup>170</sup> En el informe que el Fiscal del Consejo de Indias emitió sobre el contenido del IV Concilio Mexicano, cita a Fernando Vázquez de Menchaca para el cual, quien desflorase a una virgen sin seducción o engaño, no estaba obligado a dotarla *iuri poli* en cantidad alguna. No oculta el Fiscal su convicción de que las mujeres de origen humilde acechaban a los jóvenes inexpertos para obtener de ellos promesa de matrimonio para lo que no trepidaban en entregar su virginidad. Vid. nota siguiente.

<sup>171</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia. Colección Mata Linares, vol. LXXIX, fs. 693 y ss.

<sup>172</sup> *Ibidem*. Se citaba también al célebre teólogo dominico Pedro de Soto (+1563), quien participó con brillo en el Concilio de Trento sosteniendo algunas divergencias con Melchor Cano.

<sup>173</sup> Jesuita del siglo XVII, nacido en Valladolid, profesor de Filosofía y Teología Moral en diversas casas de la Compañía tales como Fregenal de la Sierra, Sevilla, Madrid, Ecija y Córdoba. Autor de *Fundamenta Iuris et Morum*, *Prolegomena in Sacram Scripturam*, *De Iudiciis et Indicibus*, *Apología de la Compañía de Jesús*, etc.: *Enciclopedia Espasa* T. 34, p. 625.

Manzano, presidente del Consejo de Indias, en el capítulo 13 del libro 2 de su *Ad Legem Iuliam et Papiam*. Todo ello había quedado y quedó en una mera aspiración<sup>174</sup>.

La normativa de 1778 exigía que en la concertación de esponsales de los hijos de familia menores de 25 años interviniese el consentimiento en primer lugar del padre, y en defecto suyo, de la madre, y a falta de ésta, sucesivamente, de los abuelos en ambas líneas, dos parientes cercanos mayores de edad y que no tuvieran interés en el matrimonio y, finalmente, los tutores o curadores, si bien estos últimos debían proceder con autorización judicial. Los mayores de 25 sólo requerían el consejo paterno, el que podían seguir o no. Para los indios, se disponía que si sus padres no fueran conocidos o no pudiera obtenerse su asenso “pronta y fácilmente”, se recurriera al de los curas doctrineros, sin que éstos pudieran cobrar estipendio alguno.

Sendas disposiciones de 27 de julio de 1779 y marzo de 1780 adaptaron la Real Pragmática a la situación americana<sup>175</sup> y, como se explica en el apartado relativo al aspecto procesal, fueron dictados por las Audiencias, con autorización real, algunos autos acordados que pusieron las normas carolinas a tono con la realidad de los distintos reinos.

Pareciera, no obstante las aseveraciones de respeto al derecho natural de los padres, y dada la política general de Carlos III, que lo que en realidad se pretendía era meter una avanzadilla civil en tema matrimonial. Una vez obtenido para España el Patronato Universal de su Iglesia en forma similar a lo que en 1508 se había logrado para las Indias, por real pragmática de 18 de enero de 1762 se dispuso el pase regio de todos los breves, bulas, rescriptos o cartas pontificias. Se exceptuaban sólo aquéllas relativas a casos del fuero interno expedidas por la Sacra Penitenciaría si versasen sobre materias para las que careciese de facultad el Comisario General de Cruzada. De momento, y a petición de Benedicto XIV, Carlos III la dejó sin efecto, con gran molestia de los regalistas de su Corte. La actitud del papa Clemente XIII al aplicar pena de excomunión a Felipe de Borbón, Duque de Parma a través del famoso *Monitorio*<sup>176</sup>, hizo que Carlos III reestudiara su posición y diera, mediante disposición de 16 de junio de 1768, nuevo vigor a la real pragmática de 1762. Esa disposición de 1768 prohibió, también la circulación de la Bula de la Cena, lo que también se aplicó en Indias poco después<sup>177</sup>. No era, pues, en absoluto inclinada a reconocer derechos a la Iglesia la Corte española de esos momentos. Al revés, había una política bien marcada para reivindicar los derechos de la corona que se estimaba habían sido injustamente avasallados por la Iglesia y, en particular, por la Curia Romana. El malestar de Carlos III con los tribunales eclesiásticos se hizo presente mediante Instrucción

---

<sup>174</sup> Por su contenido altamente regalista se hacía muy difícil que Roma aprobara los cánones de este Concilio, lo que movió al Embajador ante la Santa Sede, José Nicolás de Azara, a sugerir no se tomara ese paso: M. Giménez Fernández, *El Concilio IV Provincial Mexicano* (Sevilla, 1939), pp. 137-138.

<sup>175</sup> Hay real cédula reiteratoria dada en Aranjuez a 31 de mayo de 1783: Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. CX, fs. 549. La trae Muro Orejón, "Estudio general...", pp. 192-193.

<sup>176</sup> Duramente rebatido por Pedro Rodríguez de Campomanes a través de su *Juicio imparcial del Monitorio de Parma*, respecto del cual intentó tomar medidas la Inquisición. La intervención de Carlos III y la redacción de un nuevo texto de menor conflictividad apaciguó la situación: A. Domínguez Ortiz, *Carlos III y la España de la Ilustración* Barcelona: Altaya, 1996, pp. 143-144.

<sup>177</sup> I. Sánchez Bella, “Reducción de la jurisdicción eclesiástica en América bajo Carlos III (Matrimonios y testamentos)”, en: *RChHD*, N° 12, pp. 224-226. Santiago, 1986, quien trata nuevamente el tema en *Iglesia y Estado en la América Española* Pamplona: EUNSA, 1990; 2a. ed., 1991, pp. 197 a 207..

Reservada a la Junta de Estado de 1787, la que fue redactada por Floridablanca. Por ella se pretendía obtener una modificación en la actuación de tales tribunales, lo que se debía de obtener de la Curia Romana<sup>178</sup>. Como los esponsales no estaban propiamente incluidos en la normativa del concilio de Trento, su regulación era civil. Indirectamente, la corona podía por esta vía ir introduciendo impedimentos dirimentes<sup>179</sup> e impeditivos, lo que la corriente jansenista había preconizado, encontrándose con la posición rotundamente adversa de la Santa Sede.

Una real cédula de 18 de septiembre de 1788 aclaró que únicamente podrían reclamar ante los tribunales por causa de disenso los hijos de cuyo matrimonio se tratara<sup>180</sup>, 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>181</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>182</sup>.

El ambiente rigorista en lo moral que imprimió Carlos III y la persecución de las ideas probabilistas dieron pábulo para que diversos dignatarios eclesiásticos, que buscaban el favor real, vieran el momento para obtenerlo, expidiendo normas que, incluso exageraban las pretensiones regias. Por ejemplo, el arcipreste de Ager, en Cataluña, agregó al Catecismo de San Pío V la doctrina de que estarían impedidos de contraer matrimonio los hijos de familia que no contasen con el asenso respectivo pues se encontrarían por ello en pecado mortal. Aseveraba que el matrimonio debía ser dilatado hasta que se practicasen las diligencias que el monarca había establecido. Una vez cumplidas las tramitaciones, había que dejar constancia de ellas en la partida respectiva, haciéndose especial hincapié de su cumplimiento en la visita a los párrocos del arciprestazgo. Se suspendía toda tramitación

---

<sup>178</sup> Vial, *op. cit.*, p. 339, quien cita la referida instrucción, publicada en 1839 por Andrés Muriel.

<sup>179</sup> Hubo en este aspecto diversidad de pareceres. Algunos como Tournely, Gerbais y Semelier, estimaban que había que tomar un término medio acogiendo tanto la posibilidad de que la Iglesia como el Estado fijaran impedimentos. San Roberto Belarmino y el teólogo curialista Devoti estimaban que los Estados no podía establecer impedimentos porque, siendo el matrimonio sacramento, no podría estar sujeto a las leyes civiles. Para el jesuita Tomás Sánchez, “*nec obstat Principis saecularis potestati matrimonium esse sacramentum, quia eius materia est contractus civilis, qua ratione perinde potest illud ex iusta causa irritare ac si sacramentum non esset*”. El regalista peruano tardío Francisco de Paula González Vigil estimaba que sólo al Estado correspondía la facultad indicada, *Vid.* F. de P. González Vigil, *Defensa de la autoridad de los gobiernos y de los obispos contra las pretensiones de la Curia Romana* Primera Parte, t. V. Lima: Imprenta administrada por José Huidobro Molina, 1849, disertación undécima, 227 p.

<sup>180</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 855. Una real cédula de 1o. de febrero de 1796 rechazó expresamente el juicio de disenso intentado por el esposo en contra del padre de la esposa: en el mismo Archivo indicado, vol. LXXIX, fs. 885.

<sup>181</sup> ANRACH vol. 1811, p. 1ª, juicio de María del Carmen Cubé de la Huerta con Jovino Ureta, 1796.

<sup>182</sup> ANRACH vol. 2354, p. 2ª, juicio de Manuela Villanueva con Juan Esteban Ocaranza, 1801.

matrimonial mientras era conocido por el tribunal civil el juicio de disenso<sup>183</sup>. Todo ello fue acogido en real cédula de 17 de junio de 1784 que exhortó a los arzobispo, obispos y preladados que llevasen a efecto las disposiciones del señalado arcipreste<sup>184</sup>. En el Archivo de la Real Audiencia vol. 1282, pieza 4, se encuentra expediente formado a 17 de abril de 1787 por la Real Audiencia sobre el cumplimiento de la real cédula dada en San Lorenzo el Real a 30 de octubre de 1786 sobre el matrimonio de hijos de familia. Por ella, el rey hace constar que había recibido un edicto del obispo Marán para su diócesis, Concepción, sobre la ejecución que los curas debían dar a la pragmática. Habiendo satisfecho su contenido al monarca, lo comunicaba a la Audiencia para que “executeis de todo cuando os pareciere conveniente en el asunto de tales casamientos teniendo a la vista el referido edicto promulgado por dicho reverendo Obispo”. En su edicto puntualizaba Marán que la Iglesia siempre había considerado nulos los contratos esponsalicios celebrados sin consentimiento paterno e incluso, algunos teólogos habían estimado nulos los matrimonios no consentidos por los padres, lo que había sido moderado por el Concilio Tridentino. Conminó Marán a los párrocos a que enseñasen que los que se unieran en matrimonio sin el consentimiento referido por la pragmática estaban en pecado mortal y no se les debía permitir la participación en los santos sacramentos hasta que hubieran cumplido con la diligencia. Los curas debían asentar por escrito en la partida respectiva del Libro de Matrimonios el consentimiento, bajo severas penas. La dura posición de Marán no fue, sin embargo intransigente, como lo demuestra su personal actuación en un expediente de 1792 en que, no obstante las ilegítimas presiones del gobernador de Valdivia, emparentado con la novia y que se oponía junto con la abuela de ella al matrimonio, dispuso que éste se llevara a efecto al convencerse de que el novio carecía de la tacha que se le imputaba de descender de un mulato<sup>185</sup>.

La circunstancia de producirse un incidente en México acerca del sonado intento de matrimonio entre el colegial del Real de San Ildefonso Manuel Esteban Sánchez de Tagle y María Josefa Barrera y Andonaegui, sobre que hubo oposición del padre del bachiller, movió a la Real Audiencia de aquella ciudad a pedir al rey, con fecha 27 de mayo de 1788, que se extendiera a las Indias la disposición castellana sobre esponsales y matrimonios de colegiales. Carlos IV accedió el 11 de junio de 1792 y de acuerdo a ello, los que estuviesen siguiendo sus estudios no podrían contraer matrimonio sin “mi real licencia”, que sería dada por el virrey en calidad de vicepatrono. La norma hacía aplicable en Indias una contenida en el *Nuevo Código de Leyes de Indias*<sup>186</sup>, que quedó suspenso en definitiva. De acuerdo a ella, dado que las Universidades, Seminarios Conciliares y demás colegios de enseñanza se encontraban bajo el real patronato, los escolares y alumnos debían solicitar autorización, además de a sus padres y demás personas referidas en la normativa vigente, a diversas personas. Los de seminarios, al arzobispo u obispo y al vicepatrono, y los de universidades y demás establecimientos educacionales, al virrey en cuanto vicepatrono o a los presidentes de las Reales Audiencias. Las peticiones debían ser enviadas por medio de

---

<sup>183</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 829.

<sup>184</sup> Puede verse también esta disposición en *Nov. Rec.* 10, 2, 14 reiterada en 10, 2, 15. El consentimiento paterno debía ser expresado en las proclamas y en la partida de matrimonio: *Nuevo Código de Leyes de Indias* 1, 8, 5, en Muro Orejón, "Estudio General...", p. 193.

<sup>185</sup> ANRACH vol. 2768, p. 4<sup>a</sup> : juicio de Miguel Solís con Narcisa Santillán por el matrimonio del primero con María Dolores Henríquez, 1792.

<sup>186</sup> 1, 8, 7.

los rectores y con informe de éstos. Iguales disposiciones se aplicarían a las casas y colegios de mujeres que estuviesen bajo el real patronato y protección<sup>187</sup>. Tal disposición fue recibida en Santiago a 18 de septiembre de 1792.

Se hallaba el origen de estas normas en otro incidente producido en el Colegio Militar de Ocaña, donde su alumno, Julián Justiniani, cadete del Escuadrón de Caballería de ese Colegio, hijo primogénito del marqués de Peñaflorida, había dado palabra de matrimonio por escrito a la hija de un vecino de la villa "del estado llano", lo que obedecería a un plan de seducción del muchacho. Por ello se había dictado una real orden a 23 de octubre de 1783

"con inteligencia de que el mismo plan de seducción gobierna a muchas familias de la citada Villa y otros pueblos donde se reúne la Juventud para educarla, inutilizando el desvelo de los encargados de estos Jóvenes para precaverlos de unos empeños que suelen parar en desiguales alianzas que pierden la carrera y fortuna del contrayente, mancillan las familias y retraen a los padres de enviar a educar a sus hijos donde corren tan manifiesto peligro..."

se disponía que en ese Colegio y demás que se encontrasen bajo la protección real, ningún alumno podría contraer matrimonio ni prometer hacerlo sin licencia real, imponiéndose al contraventor las penas que el rey se reservaba<sup>188</sup>.

Ya la pragmática de 1776 había contemplado autorizaciones similares para personas en diversas situaciones: infantes, grandes de España<sup>189</sup>, títulos de Castilla<sup>190</sup>, que requerían aquiescencia del monarca o, cuando menos, de la Cámara; los consejeros y ministros togados estando provistos ya en plazas, requerían licencia del Presidente o Gobernador del Consejo respectivo<sup>191</sup> y los militares<sup>192</sup>, para los cuales había una amplia normativa, a la que

---

<sup>187</sup> ANRACH vol. 2125 y en Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 879 y vol. CXVI, fs. 91-92.

<sup>188</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 833. La parte dispositiva se halla en Nov. Rec. 10, 2, 11.

<sup>189</sup> Nov. Rec. 10, 2, 9, N° 11 y 12.

<sup>190</sup> Nov. Rec. 10, 2, 9, N° 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: Rezabal, *op. cit.*, no. 563. 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. Ante una solicitud de Guillermo Caserte Daemeus Stuard, barón de Santa Cruz de San Carlos, se determinó por real orden de 10 de marzo de 1785, que todos los barones debían pedir autorización para concertar matrimonio: Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 841.

<sup>191</sup> Nov. Rec. 10, 2, 9, no. 14.

<sup>192</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 eclesíásticos, lista que se engrosó con posterioridad a la pragmática de 1776.



se agrega ahora el tener que obtener permiso o consejo de sus padres u otros. Una real cédula dada en Aranjuez a 20 de abril de 1790, obedecida 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>193</sup>. Esta cédula se dictó porque la hija del oidor de Guadalajara Manuel José de Urrutia, Francisca de Paula, estaba prometida a Luis de Tobar, teniente de navío de la Real Armada. Por el lado de la madre, Rosalía de Urrutia, descendía también la novia del oidor honorario de Santo Domingo Bernardo de Urrutia y Montoya. En procura de la pertinente autorización, se enviaron a España las fés de bautismo, copia del nombramiento de oidor del padre y escritura de dote de 60.000 reales. Presentados los documentos al capitán general del departamento del Ferrol, bajo cuyo mando estaba el novio, en cumplimiento de la *Ordenanza del Montepío Militar*, aquél negó autorización para el matrimonio mientras no se le acreditase la nobleza o calidad de la interesada. El padre de Francisca se sintió ultrajado toda vez que el rey había honrado a los oidores

"con la distinción del tratamiento que los ponía en alternativa con títulos de Castilla, mariscales de campo, brigadieres, coroneles de Ejército..."

en tanto que a los mismos coroneles, comisarios de guerra y otros subalternos les bastaba en iguales casos presentar copias autorizadas de sus respectivos títulos. Lo contrario implicaría "un menoscabo en el lustre y distinción de los ministros". Dispuso, pues, el rey se arbitrasen similares medidas para los oidores y consejeros de Indias.

Las reglas sobre matrimonio y esponsales de hijos de familia variaron más tarde. Cambió la situación a través de una real orden de 21 de mayo de 1783 por la que se exigió el consentimiento paterno aunque el contrayente fuese mayor de 25 años, si bien a la muerte del progenitor podía actuar como lo estimase conveniente. En tal caso no se necesitaría tampoco consejo ni consentimiento de los demás parientes. Por medio de otra cédula, de 31 de agosto de 1784, se ordenó que en los tribunales eclesiásticos no se admitiesen demandas de esponsales sin asenso paterno y lo mismo por otra de 8 de marzo de 1787. Sobre ello establecía una cédula de 10 de abril de 1803, incorporada a la *Novísima Recopilación*<sup>194</sup>:

"[E]n ningún tribunal eclesiástico ni secular de mis dominios se admitirán demandas de esponsales si no es que sean celebradas por personas *habilitadas para contraer por sí mismas* según los expresados requisitos, *y prometidos por escritura pública* y en este caso se procederá en ellas, no como asuntos criminales o mixtos, sino como puramente civiles"<sup>195</sup>.

Esta disposición está sobrecartada en real pragmática de 19 de julio del mismo 1803. En 1806, requerido José Polanco para que diese autorización al matrimonio de su hijo Ramón con Aurelia Tapia, se negó a emitir pronunciamiento pues debía ser su hijo quien lo

---

<sup>193</sup> ANRACH vol. 766, p. 3 (1790). También se encuentra en Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 867-868 y vol. CXV, fs. 117-118..

<sup>194</sup> *Nov. Rec.*, 10, 2, 18.

<sup>195</sup> La cédula de 10 de abril de 1803, así como otra complementaria de 26 de mayo de igual año, se encuentran en Archivo Real Audiencia vol. 1689. El IV Concilio Provincial de México de 1771 encargó a los canónigos doctorales de Michoacán, Vicente Antonio de los Ríos y de Guadalajara, José Mateo de Arteaga, que estudiaran la posibilidad de establecer solemnidades para los esponsales, lo que constituye un precedente de la norma de esta cédula que los solemniza. Vid. Rípodas, *Matrimonio...*, p. 64.

solicítase de acuerdo a la real cédula de 1803<sup>196</sup>. La exigencia de escritura pública en que constaran los esponsales fue requisito para dar curso a las demandas que el tribunal eclesiástico cumplió cabalmente y resultaba de toda lógica, toda vez que eran corrientes las demandas infundadas, tras las que solían esconderse turbios designios. En 1808 se resolvió:

“[V]istos estos autos que sigue Juan Agustín Fernández por su hija María de la Luz con don Pedro Bari sobre que cumpla los esponsales que dice contraídos con la expresada, se señala: que por cédula manifestada a fojas 22, se halla determinado que mientras que la constancia de los esponsales no se acredite por instrumento, no puedan llevarse a efecto por esta curia y como hasta ahora no se ha manifestado este documento, por consiguiente que deba quedar sin verificarse la presente disputa”<sup>197</sup>.

La disposición de abril de 1803 cambió 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 de su tutor, para los menores de 25 y 23. En estos últimos casos, se adelantaba la edad para acceder a la libertad de matrimonio en la forma que señala la disposición<sup>198</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>199</sup>, aunque, si bien 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”.

---

<sup>196</sup> A. R. A. vol. 2308, p. 8ª, juicio de Aurelia Tapia con Ramón Polanco, 1806.

<sup>197</sup> Archivo Arzobispado de Santiago no. 425, as. matr., juicio entre Juan Agustín Fernández y Pedro Bari, 1810.

<sup>198</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 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>199</sup> Vial, *op. cit.*, p. 361.

Pretendía, de este modo, que los tribunales pudieran seguir calificando los disensos, sólo que ahora con mayor premura que con las normas anteriores, lo que fue rechazado<sup>200</sup>. Otra interpretación, audaz por lo alejada de la ley, 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>201</sup>. Más audaz, todavía, es la postura del fiscal del Tribunal de Apelaciones e 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>202</sup>.

La real cédula de 3 de abril de 1803 fue utilizada como excepción por un esposo frente a la demanda de su esposa, iniciada en Santiago en julio de 1805. Esgrimía el remiso: “yo tengo padre vivo y mi edad no toca en los 23 años, no hay escritura de contrato, luego estamos en el caso de la cédula de no deberse admitir semejante demanda”<sup>203</sup>. En esta discusión sobre la aplicabilidad de la disposición de 1803, se probó que el trato ilícito se había producido con anterioridad a la vigencia de la ley. Siendo la edad tan relevante en esta cédula de 1803, hubo dificultades, pues algún esposo remiso a casarse adujo ser menor de 25, por lo que necesitaría licencia de su padre: tal excusa adujo el inglés Juan de Dios Feliz para liberarse de casar con Dolores Henríquez a la que lo había prometido<sup>204</sup>.

La misma cédula de 1803 señalaba que para los que debían pedir licencia al monarca para esponsales y matrimonios o solicitarla de la Cámara, gobernadores del Consejo o sus respectivos jefes, si eran menores, según las edades arriba señaladas, debían obtenerla después del pronunciamiento de sus padres, abuelos o tutores. No excusaba de la necesidad de licencia real o de la cámara, etc. el que los que quisiesen desposarse fueran mayores de las edades señaladas. Todos debían señalar “las circunstancias de la persona con quien intenten enlazarse”. Quedaba abierto a este tipo de personas, en caso de negativa de los llamados a consentir, que solicitaran al rey autorización:

“[A]unque los padres, madres, abuelos y tutores no tengan que dar razón a los menores de las edades señaladas de las causas que hayan tenido para negarse a consentir en los matrimonios que intentasen, si fueren de la clase que deben solicitar mi Real permiso, podrán los interesados recurrir a mí, así como a la Cámara, Gobernador del Consejo y jefes respectivos los que tengan esta obligación para que por medio de los informes que tuviere Yo a bien tomar o la Cámara, Gobernadores del Consejo o Jefes creyesen convenientes en sus cosas, se conceda o niegue el permiso y habilitación correspondiente para que estos matrimonios puedan tener o no efecto; en las demás clases del Estado, han de hacer el mismo recurso a los Presidentes de Chancillerías, Audiencias y al Regente de las Audiencias, los cuales procederán en los mismos términos...”<sup>205</sup>.

---

<sup>200</sup> Archivo Capitanía General vol. 56, juicio de Nicolás Muñoz con su padre Juan Muñoz para contraer matrimonio con Juana Cubillos, 1811.

<sup>201</sup> Archivo Capitanía General vol. 77, fs. 255, juicio de José de Echavarría sobre autorización de matrimonio, 1816.

<sup>202</sup> Archivo Capitanía General vol. 141, fs. 412-418 v., juicio promovido por Lorenzo de Oriuela para casar con Dominga Mesías, 1817.

<sup>203</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago, no. 4 as. matr. 1805, causa María Josefa Azócar con Andrés Santiago.

<sup>204</sup> ANRACH vol. 2347, p. 4a., juicio entre Dolores Henríquez y Juan de Dios Feliz, 1808.

<sup>205</sup> ANRACH vol 1689.

Ante ciertos abusos de los tribunales eclesiásticos, que permitían extracciones y depósitos de comprometidas, una real cédula de 1 de febrero de 1785 mandó que ello no se pudiera hacer hasta que en las curias se presentaran las licencias y asensos pertinentes o, en su caso, la declaración de disenso irracional<sup>206</sup> y una real cédula de 23 de octubre del mismo año aclaró que por regla general, serían los tribunales reales los habilitados para declarar depósitos de modo que no se produjera opresión<sup>207</sup>. En caso de juicios de esponsales, una vez evacuado el de disenso ante el juez secular, podía entrar a conocer el eclesiástico de los esponsales y para su ejecución, debía impetrar el auxilio del brazo secular<sup>208</sup>. Para los esposos varones, era corriente el arresto con el fin de separarlos de las mujeres objeto de sus atenciones: así ocurrió con Juan Antonio Díaz de Salcedo que pretendía casarse con la viuda de Joaquín Toesca, Manuela Fernández de Rebolledo; con Francisco Calixto de Vera y Pintado<sup>209</sup>; con Manuel Ugalde<sup>210</sup> y muchos más. Otras veces, los tribunales eclesiásticos decretaban un arresto preventivo para evitar que el demandado de esponsales se ausentara<sup>211</sup>. No deja de ser curioso que se ampare la voluntad de la mujer cuando es raptada, mas no ocurre lo mismo con el hombre encarcelado, cuyo consentimiento para reconocer una palabra de matrimonio o para darla se encuentra hartamente menoscabado. El problema que se plantea aquí es el corriente entrecruzamiento del juicio de esponsales con el delito de estupro, que debía terminar en el matrimonio del estuprador con la estuprada, si

---

<sup>206</sup> Ya el IV Concilio Mexicano de 1771 había prohibido a los párrocos que depositasen hijas de familia para casarlas contra la voluntad de sus padres sin antes consultar al Obispo sobre si la resistencia era o no racional: Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 693 y ss.

<sup>207</sup> Un caso concreto está tratado en real cédula de 1o. de febrero de 1796, dirigida a la Audiencia del Cuzco. El capitán de la Sala de Armas y guardalmacén Santiago Jordán había dado palabra de matrimonio a María Antonia Suárez, hija del Fiscal de aquella Audiencia. Al intentar poner en práctica su designio, se encontró con la oposición del padre de la novia, Antonio Suárez. Para evitar la influencia de éste sobre su hija, ella fue depositada en casa honrada; pero, a instancias del Fiscal, una real orden, de 13 de junio de 1795 ordenó que la novia volviera a casa de sus padres. De nada valieron las argumentaciones de Jordán, pues se dio cumplimiento irrestricto a la orden real: Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 885 y vol. CXVIII, fs. 20-21.

<sup>208</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 843, que se halla en Colón y Larriátegui, Félix, *Juzgados militares de España y sus Indias* 1a. ed. (Madrid, Joaquín Ibarra, 1788), p. 294 (esta obra tuvo varias ediciones: la primera, de 1788, la segunda, de 1797 y una tercera de 1817: señalamos en cada caso qué edición se ha utilizado). Una real orden de 12 de octubre de 1787 mantuvo una posición semejante: en igual Archivo, fs. 849.

<sup>209</sup> Archivo Capitanía General vol. 31, fs. 62-66 v., juicio entre Juan Sáez y Bernardo Vera y Pintado por esponsales entre Francisco Calixto Vera y Pintado y María del Pilar Sáez, 1808. Francisco Calixto, de 18 años, estudiante en el Convictorio Carolino, fue primero recluso ahí, con prohibición de salir a menos que lo hiciera acompañado del rector del establecimiento, luego llevado a Los Andes, pidiéndose su conducción de regreso a Santiago con escolta de cuatro dragones, a lo que el tribunal no accedió.

<sup>210</sup> ANRACH vol. 2274, p. 8º: juicio de Francisco Zelaya con Manuel Ugalde por cumplimiento de esponsales, 1790.

<sup>211</sup> Pueden verse, por vía de ejemplo, Archivo Capitanía General vol. 219, reclamación de José María Ahumada por encarcelamiento, 1813 y ANRACH vol. 2817, p. 20, juicio de Tomasa García con Petronila Silva, madre de Manuel Calderón, 1816.

eran de igual calidad, o en la dotación de la misma<sup>212</sup>. Sería el caso de Juan Bustos, quien tuvo un hijo en María Maluenda, la que obtuvo su apresamiento, condena a trabajos forzados y pago de una pensión, de lo que reclama su madre aduciendo que ésta “no encontró otro mas vien parado” al que achacarle los esponsales<sup>213</sup>. A veces la Real Audiencia dispuso se tramitasen por cuerda separada ambos procesos<sup>214</sup>. Fue razonable la disposición de Carlos IV, contenida en cédula de 30 de octubre de 1796 encaminada a poner término a muchos abusos que se habían introducido, por la que ordenó:

“[P]or punto general que en las causas de estupro, dándose por el reo fianza de estar a derecho y pagar juzgado y sentenciado, no se le moleste con prisiones ni arrestos; y si el reo no tuviese con qué afianzar de estar a derecho, pagar juzgado y sentenciado o de estar a derecho solamente, se le deje en libertad, guardando la ciudad, lugar o pueblo por cárcel, prestando caución juratoria de presentarse siempre que le fuere mandado y de cumplir con la determinación que se diese en la causa...”<sup>215</sup>.

Esta disposición es frecuentemente invocada por los estupradores y da la impresión que, amparándose en ella, cometían sus fornicios<sup>216</sup>. La apuntada confusión entre esponsales y estupro hizo que en alguna ocasión el tribunal eclesiástico, contra las disposiciones de Carlos III, fijara indemnizaciones en favor de la burlada. Una sentencia del vicario general del obispado de Santiago que condenaba a Andrés Santiago a dotar con 125 pesos a María Josefa Azócar fue dejada sin efecto mediante recurso de fuerza en 1806. Cabe agregar, sin embargo, que el dictamen del fiscal de la Audiencia fue partidario de mantener la condena dotal:

“[P]orque si no hay autoridad ni penas espirituales que obliguen a alguien al matrimonio contra su propia voluntad y libre consentimiento, vendría a resultar que el juzgamiento del eclesiástico y su autoridad quedaría absolutamente burlada, faltándole facultades para hacer cumplir su sentencia en lo adaptable por otros medios legales, cual es el de la dotación”<sup>217</sup>.

Dos años más tarde se planteó una situación similar, esta vez, con perfecta delimitación de los dos aspectos. El estupro fue ventilado ante el subdelegado, Silvestre de Urizar, quien encarceló al acusado, Domingo Zamora, imponiéndole una contribución pecuniaria en tanto que el cumplimiento de esponsales fue conocido por el cura y vicario de Quillota, José Javier Cano<sup>218</sup>. Como en el caso en cuestión, había palabra de matrimonio con una segunda mujer, con la que efectivamente quería casar el acusado, se zanjó el asunto

---

<sup>212</sup> Las duras penas del *Fuero Real* en su libro 4o., título 10 y las de *Partidas* en el título 20 de la 7a. no se aplicaban en la práctica, prefiriéndose la disposición de las *Decretales*, 5, 16 de *adulteriis, & stupro*, cap. 1: “*si seduxerit quis virginem nondum desponsatam, dormieritque cum ea, dotabit eam et habebit uxorem. Si vero pater virginis dare noluerit, reddet pecuniam iuxta modum dotis, quam virgines accipere consueverunt*”. Aunque del texto parecía derivarse matrimonio y dotación, la interpretación de la norma fue la de que se imponía una u otra pena. Cuando el estuprador prefería dotar y ella fuera doncella o tenida por tal, se le imponía, además una multa u otra pena que no fuera grave. Cuando no podía casarse por cualquier razón o no podía dotar por carencia de bienes, procedía presidio, destierro u otra pena más o menos grave, de acuerdo a los antecedentes: Gómez, Antonio, *Ad Leges Tauri Commentarium Absolutissimum* en L. 80, N<sup>os</sup> 9 y 14.

<sup>213</sup> Archivo Capitanía General vol. 679, fs. 180-194, juicio de María Maluenda con Juan Bustos, 1795.

<sup>214</sup> Así en ANRACH vol. 1811, p. 1<sup>a</sup>, juicio de María del Carmen Cubé con Jovino de Ureta, 1796 y en ANRACH vol. 2308, p. 8<sup>a</sup>, juicio entre Aurelia Tapia y Ramón Polanco, 1801.

<sup>215</sup> *Nov. Rec.* 12, 29, 4.

<sup>216</sup> Por ejemplo, ANRACH vol. 1612, p. 4<sup>a</sup>, juicio de María del Carmen Loyola con José Miguel Rivadeneira, 1811.

<sup>217</sup> ANRACH vol. 1425, p. 4<sup>a</sup>, juicio entre María José Azócar y Andrés Santiago, 1806.

<sup>218</sup> Archivo Arzobispado de Santiago N<sup>o</sup> 1386, as. matr., juicio entre Bartola Torres y Domingo Zamora, 1808.

permitiéndose el matrimonio con la segunda, previa indemnización a la primera. Mientras lo último no se produjera, el cura se negó a celebrar el matrimonio:

“[A]utos y vistos, no ha lugar a la licencia que solicita don Domingo Zamora para contraer matrimonio con doña Josefa Zamora mientras no haga constar haber cumplido con la entrega de la dote que se obligó a doña Bartola Torres con arreglo a la regulación que se hiciese por el juez real en conformidad a lo juzgado en el auto definitivo”<sup>219</sup>.

La extrema abundancia de normas sobre asensos para el matrimonio no impidió que se arbitraran diversas medidas para pasar por alto su aplicación<sup>220</sup>. El Consejo de Indias tuvo que pronunciarse sobre una situación producida en México: hacia 1781 Juan Antonio López quería contraer nupcias con Juana Manuela de Aranda y Laris contra la negativa postura del padre de ella, que ganó las dos instancias del juicio de disenso. La madre de la novia, sin embargo, era proclive al enlace y ofreció a los novios instituirlos herederos mejorando a la hija con el tercio y quinto de sus bienes, lo que implicaría compensarla por la pérdida de la herencia paterna. Se pidió a la Real Audiencia que declarase que

"una vez que se llegase a calificar por juez competente de justo y racional el disenso del padre al matrimonio que contra su voluntad se quisiere contraer el hijo, ni éste ni la madre tuviesen el arbitrio para nombrar heredero al contraventor pasando todo el derecho hereditario al heredero o pariente en grado más próximo y por defecto de éstos, si no hubiese testamento a favor de otro, al Real Fisco, como riguroso intestado y que al contraventor no se pudiese dejar otra cosa que los precisos alimentos para la reserva".

La Audiencia no quiso pronunciarse por ser privativo del rey hacer una declaración de esa índole. Por ello, el Consejo de Indias determinó, con consulta al monarca, que las mujeres debían respetar las determinaciones de sus maridos en materia de disenso, prohibiéndose a las madres que pudiesen instituir por heredero al hijo o hija inobediente ni hacerles donación alguna<sup>221</sup>.

No era sencillo el sistema arbitrado por Carlos III, empantanándose en múltiples juicios la variada cantidad de cuestiones que habían suscitado sus abigarradas disposiciones. Haciendo presente el abogado de la Real Audiencia de México José Lebrón y Cuervo<sup>222</sup> "no ser fácil comprender con absoluta determinación la regla general de la ley [se refiere a la Real Pragmática de 1776 y las Declaraciones de 7 de abril de 1778]", redactó una obra titulada *Anotaciones a la Real Pragmática de Matrimonios*

---

<sup>219</sup> *Ibidem*.

<sup>220</sup> Entre las muchas normas, puede contarse una comunicación a la Real Audiencia de Buenos Aires de la real cédula de 22 de enero de 1797 sobre matrimonio de dependientes de Correos, respecto de los cuales las causas de disenso debían ser comunicadas al Superintendente General: Archivo de la Real Academia de la Historia, Colección Benito de la Mata Linares. Sobre aplicación de la Real Pragmática de matrimonios en Filipinas hubo reales cédulas dadas en Madrid a 8 de febrero de 1790 y en Aranjuez a 27 de febrero de 1793, en Archivo de la Real Academia de la Historia, Colección Mata Linares vol. CXV, fs. 52-53 y CXVI, fs. 290-293. Una real orden dada en Madrid a 29 de marzo de 1791 se refirió a las formalidades para los empleados de Real Hacienda, tanto jefes como subordinados: en igual Archivo y Colección, vol. CXV, fs. 436. Un oficio de Antonio Valdés, de 26 de agosto de 1787, dirigido al Superintendente de Real Hacienda de Buenos Aires estatuyó que los superintendentes no concedieran licencias de matrimonio a los dependientes de rentas: Archivo de la Real Academia de la Historia, Colección Mata Linares vol. CXIII, fs. 469.

<sup>221</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 819.

<sup>222</sup> Sobre él, puede consultarse, C. García Gallo Peñuela, "El Promptuario de Acciones del Derecho Indiano de José Lebrón" en *Revista Chilena de Historia del Derecho* no. 6, p. 253.

"en que, haciéndose cargo de dichos casos ya ocurridos y ya posibles de ocurrir, los resuelve (a su parecer) con el más formal y sólido fundamento"<sup>223</sup>.

No obstante haber sido aprobada dicha obra por el Consejo de Castilla, que le había dado la pertinente licencia para su impresión, al solicitar igual autorización en el Consejo de Indias, le fue negada

"por lo respectivo a los nueve capítulos añadidos para la extensión a Indias y a la jurisdicción y facultades del expresado mi Consejo".

Aducía Carlos IV que la Real Pragmática aludida así como las cédulas complementarias debían ser aplicadas literalmente, señalando que debían cumplirse *Rec. Ind.* 1, 24, 1<sup>224</sup> y 2<sup>225</sup> y 2, 1, 39<sup>226</sup> y 40<sup>227</sup>.

Amén de observarse en esta real cédula un indudable celo por evitar la intromisión del Consejo de Castilla en temas indianos, es digno de nota que se mantenga el mismo criterio de Carlos III, refractario a las anotaciones e interpretaciones a las leyes, que había dado al traste con la pretendida obra del jurista panameño Manuel Joseph de Ayala respecto de la *Recopilación de Leyes de Indias*<sup>228</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>229</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 feaciente*". Como podrá advertirse a continuación, es fundamentalmente un regreso a las disposiciones de Carlos III, abandonando las más laxas de su sucesor. De acuerdo a dicho texto, los hombres, antes de cumplir 24 años y las mujeres, antes de los 22, necesitarían, para contraer matrimonio,

---

<sup>223</sup> Real cédula de 8 de febrero de 1790 en Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 864.

<sup>224</sup> "Que no se imprima libro de Indias, sin ser visto, y aprobado por el Consejo".

<sup>225</sup> "Que ninguna persona pueda pasar á las Indias libros impresos, que traten de materias de Indias sin licencia del Consejo".

<sup>226</sup> "Que no se cumpla Cédula, ni despacho de otro Consejo, que no fuere pasado por el de Indias...".

<sup>227</sup> "Que no se guarden en las Indias las pragmáticas de estos Reynos, que no estuvieren pasadas por el Consejo".

<sup>228</sup> Vid. A. Dougnac Rodríguez, "Anotaciones a las Leyes de Indias de Manuel José de Ayala, manuscrito hallado en el Archivo Nacional de Chile. Estudio, transcripción e índices" en *Revista Chilena de Historia del Derecho* no. 14, fs. 139-176.

<sup>229</sup> B. A. Vila. *Prontuario de los juicios. Su iniciación, tramitación e incidencias. Obra útil para los abogados, bachilleres ...* Santiago de Chile: Imp. del Progreso, 1844, pp. 257-260. Lo ha estudiado A. M. Nazar, "El senadoconsulto sobre matrimonios de 1820" en *Actas de la 1a. Jornada de Investigación en Historia de la Mujer*. Santiago:1996, pp. 62-71. No fue Chile el único país hispanoamericano que continuó con normas similares a las carolinas. En México una ley de 20 de marzo de 1837 regulaba los juicios de disenso, en Venezuela una ley de 7 de abril de 1826 hizo lo propio sobre este tema, etc. Para Mendoza, N. del C, Bistue y C. Marigliano, "Los Disensos Matrimoniales en Mendoza. Epoca Patria 1810-1869" en *Revista de Historia del Derecho* no. 23 Buenos Aires: 1925, pp. 37-63.

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 del hijo de familia por ambas líneas, todos varones y mayores de 25 años, y en igualdad de grados, se sorteaban hasta completar los 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 sexto grado de consanguinidad y cuarto 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 (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, oía 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>230</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.

Era frecuente en las doctrinas de campo y aun en las villas y ciudades “entre gentes de menos obligaciones” que, dada palabra de matrimonio mediante el contrato de esponsales, empezase vida conyugal entre los esposos. Confiesa la afectada en una demanda de cumplimiento de esponsales que “vajo la fee y palabra de casamiento que me dió ha usado de mi cuerpo y constituyéndome en estado de peligrar mi reputacion si no cumple por su parte con la fee prometida”<sup>231</sup> y en otra, el padre ausente reclama que Nicolás de Giménez dio palabra de matrimonio a su hija “de que se originó averla

---

<sup>230</sup> Archivo Judicial de San Felipe, legajo 14, p. 4, 1832.

<sup>231</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago N° 4, as. matr.: María Josefa Azócar con Andrés Santiago, 1805.



desflorado y tener una criatura”<sup>232</sup>. En este último caso, la disculpa del hechor fue la de que “las mujeres son culpables de lo que les sucede, ya que a cualquier ruego se entregan y una vez embarazadas, demandan de esponsales para satisfacer los requerimientos de familiares y vecinos”<sup>233</sup>. Una seducida expresa en 1796 que:

“[E]n fee de ellas [palabras de esponsales] requerida por el otro de amores instantáneamente, creída de sus promesas, como mujer incauta y no acostumbrada a tratar con hombres, me hube de rendir a sus deseos, hallándome a la sazón intacta y doncella...”<sup>234</sup>.

El Sínodo de 1763 calificó esta práctica corriente de “abuso general”, pues quedaban las parejas viviendo en estado de concubinato, sin preocuparse por contraer efectivamente matrimonio. Los padres y parientes hacían caso omiso de la situación a fin de no incomodar al esposo. A mi entender, no poco contribuía a tal estado de cosas la ambigüedad del término “esposos” utilizado por la Iglesia. Efectivamente, tanto los sometidos a esponsales como los casados eran “esposos”: aquéllos “esposos de futuro”, éstos “esposos de presente”. Para la comunidad, entonces, bastaba con la promesa matrimonial para que los novios fueran considerara “esposos”, sin parar mientes en la distinción recién apuntada. A tal extremo llegaba la ambigüedad que en los lugares en que no había sido aceptado el concilio de Trento, existía la institución del matrimonio presunto, que era el que presumía el derecho en razón del acto carnal ejecutado después de los esponsales, aunque éstos hubieran sido condicionales y no se hubiese verificado la condición. Sólo era válido en los lugares donde no se había aceptado el Concilio de Trento.

Ante ello, declaró el Sínodo de 1763 que:

“[P]orque lo desierto de los campos, y separación con que viven las familias, hacen impracticables los remedios ordinarios, que se han ordenado en otras partes, para dar alguno que pueda remediar este daño: ha parecido a esta Sínodo, se mande, como desde luego manda su Señoría Ilustrísima, que contraídas esponsales, a los seis meses se hayan casado los esposos, o deducídose en juicio la acción de esponsales pidiendo el cumplimiento de la palabra de casamiento dentro del término expresado; y que pasado éste, si ha intervenido amistad ilícita, ninguno de los dos esposos pueda después ser oído en juicio, denegándosele por su omisión, y la ofensa de Dios que ha intervenido, el oficio de juez y audiencia judicial; y que a lo menos todas las cuaresmas publiquen los párrocos esta constitución y la expliquen a sus feligreses para que se consiga el fin de esta sínodo, que es evitar se continúen con este pretexto las amistades ilícitas”.

Para conocer de estas demandas la Constitución 2ª de igual título dispuso que cada vicario en su territorio, aunque no fuera foráneo, pudiera tramitarlas y que para los esponsales contraídos con anterioridad a la publicación del sínodo, se otorgaba un plazo de seis meses para interposición de demanda, bajo el mismo apercibimiento explicado más arriba, “que pasado no será oída ninguna parte en el fuero judicial, salvo en el caso de

---

<sup>232</sup> Juicio de Manuel Alanis con Nicolás de Giménez, año 1759, Archivo Capitanía General vol. 679.

<sup>233</sup> *Ibidem*, fs. 35-43.

<sup>234</sup> Archivo Arzobispal de Santiago N° 670 as. matr.

ambas constituciones, si desde el principio se justifican las esponsales por confesión llana de la parte demandada”<sup>235</sup>.

Estos juicios se llevaban formalmente por escrito, pero en algún caso una de las partes pidió que fuera oral para evitar gastos<sup>236</sup>. Fue práctica corriente que, al enterarse de 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>237</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>238</sup>.

Habiendo involucrados en materia de esponsales aspectos religiosos, morales, jurídicos y sociales, el IV Concilio Limense de 1772 encarecía:

"los ordinarios pueden y deberán exhortar y aun compeler á las partes á que la cumplan, no sobreviniendo alguna de las causas que señala el derecho, para suspenderla ó disolverla, veliéndose de los remedios que están prevenidos, pero siempre será bien el que usen de ellos con la moderacion que dicta la prudencia, principalmente si se presumen perniciosas resultas de los matrimonios, y se teman enemistades y ódios entre los contrayentes y sus familias"<sup>239</sup>.

No bastaba, pues, con que hubiese de por medio una palabra de matrimonio para que ésta se cumpliera inexorablemente. El juez eclesiástico debía ponderar prudentemente las circunstancias envueltas en cada caso, de modo de evitar uniones condenadas al fracaso. Igualmente era necesario tener particular cuidado, sobre todo en comunidades cerradas, con las enemistades que pudieran levantarse a raíz de estos conflictos familiares.

No pocos fueron los casos en que, exasperadas las mujeres a las que se había dado promesa de matrimonio por no obtener el estado que deseaban, tomaran venganza por sus propias manos. El cronista de Potosí narra dos acontecimientos de esta naturaleza, correspondientes a los años 1637 y 1657, que muestran lo peligroso que, a veces, era no cumplir la palabra empeñada:

"...Doña Claudina Orriamun mató con un golpe de alfanje a Don Cristóbal Manrique de Lara, caballero de los Reinos de España; porque la gozó con varias promesas, y la dejó burlada. Fué presa Doña Claudia; y sacándola a degollarla, la quitaron los criollos con muchas muertes y heridas de cuantos se les opusieron; y metiéndola a la iglesia mayor, de allí la pasaron a Lima [...] Habiendo un mercader forzado con cautela a una hermosa y noble doncella, estaba toda desesperada. Vengó su agravio, volviendo aquella noche a la tienda del mercader; y mientras salió a la vecindad, le metió la niña, entre los dobleces de las más preciosas piezas de telas y paños ricos, unos pebeteros y cuerdas encendidas; y diciendo al mercader se entrase al cuarto del patio de allí fingiendo haberse puesto en

---

<sup>235</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.

<sup>236</sup> Archivo Arzobispado de Santiago no. 421 as. mat. entre Rosa Cavieres y Juan Navarro.

<sup>237</sup> Por ejemplo, ANRACH vol. 1811, 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 N° 4, as. matr. donde María Josefa Azócar demanda cumplimiento de esponsales al enterarse que Andrés Santiago pretende casarse con Josefa Villalón.

<sup>238</sup> *Primer Synodo Diocesana. Celebrola... 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.

<sup>239</sup> IV Concilio Limense: 4, tít. único, 1, en Tejada, *op. cit.*, t. 6, p. 376.

sus manos y voluntad, lo llevó a las puertas de su casa, donde con un negro le hizo moler a palos, y con heridas peligrosas se escapó"<sup>240</sup>.

Mirando las cosas con perspectiva histórica, no cabe duda que Andrés Bello fue muy sagaz al eliminar del *Código Civil* el contrato de esponsales dejándolo, como había ocurrido en la Roma clásica, al arbitrio de la conciencia de cada cual<sup>241</sup>. Hasta ese momento, tal institución, continuada, como se ha visto más arriba, en la pragmática de 1820, había sido fuente de enconados juicios en que se entretecía la convivencia previa de los esposos. No era infrecuente que, obtenido el favor sexual de la mujer, se desencantara el que había prometido matrimonio y buscara otra. La esposa, con una prueba jurídicamente muy feble y muchas veces con un hijo auestas, debía acreditar la existencia de la palabra de matrimonio. Desde el *Código Civil*, no pudo haber juicios sobre cumplimiento de esponsales, mas sí continuaron los relativos a disenso matrimonial<sup>242</sup>.

## 5. Disolución

Los esponsales se disolvían por diversas causas, a saber:

5.1. Por *retractación* de los esposos púberes mediante mutuo consentimiento: “si los que son desposados se desaviniesen y consienten ambos para departirse”<sup>243</sup>. 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:

“[C]uando 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

---

<sup>240</sup> B. Martínez y Vela, *Anales de la Villa Imperial de Potosí*. La Paz: Artística, 1939, pp. 139 y 175.

<sup>241</sup> Sin embargo, en un interesante estudio de concordancia de la Teología Moral con el Código Civil chileno, decía su autor: "En Teología i derecho canónico, los esponsales, o sea la promesa verdadera i no finjida de matrimonio mutuamente aceptada entre personas hábiles para contraerlo obliga en conciencia": L. Robles, *Concordancia de la Teología Moral con el Código Civil Chileno en los tratados de justicia, derecho i contratos*, Santiago: Imprenta Nacional, 1864, p. 280.

<sup>242</sup> Establecía el Código Civil que no podía procederse a la celebración del matrimonio sin el asenso o licencia de la persona o personas cuyo consentimiento fuera necesario o sin que constara que el respectivo contrayente no tenía necesidad del consentimiento de otra persona o que había obtenido el consentimiento de la justicia en subsidio (artículo 105). Los menores de 25 años, aunque hubiesen obtenido habilitación de edad para administrar sus bienes, no podía casarse sin el consentimiento expreso de su padre legítimo, o a falta de éste, el de la madre legítima, o a falta de ambos, el del ascendiente o ascendientes legítimos de grado más próximo, prefiriendo en igualdad de votos contrarios, el favorable al matrimonio (artículo 107). El hijo natural menor de 25 años debía obtener el consentimiento del progenitor que lo hubiese reconocido y si ambos lo hubiesen hecho, el del padre (artículo 108). A falta de padre, madre o ascendientes, se requería el consentimiento del curador general y, si no lo tuviese, de un curador especial (111). Cuando el que quería casarse era menor de 21 años no se requería expresión de causa para negar el asenso. El mayor de esa edad podía pedir que se calificara la causa del disenso por el juez competente (artículo 112).

<sup>243</sup> *Partidas*, 4, 1, 8, causal 5ª. "Los Esponsales de futuro no se dissuelven por otros posteriores de futuro, si no es que los dos contrayentes consientan en dissolverlos: en cuyo caso qualesquier Esponsales sean simples, ó condicionados, ó con cópula, ó sin ella, en conformidad de ambos Interesados, se dissuelven en qualesquier manera, segun la Disposicion Canonica de Inocencio III. al cap. 22 *Sicut. de Sponsal. anni 1220*": Martínez, *Librería...* cap. 1, no. 102, p. 34.

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<sup>244</sup>;

5.2. 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<sup>245</sup>:

“[S]i 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”.

5.3. 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 que los desposorios que fueron hechos primeramente”<sup>246</sup>.

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;

5.4. Por *sobrevinencia de un impedimento dirimente*, si bien, a solicitud de la otra parte, podía obligarse al afectado culpable a pedir la dispensa pertinente<sup>247</sup>: “si antes que se uniesen, acaeciese afinidad (cuñadía) entre ellos, de manera que uno de ellos se juntase carnalmente con pariente o con parienta del otro”<sup>248</sup>;

5.5. En caso de *pecado carnal* de uno de los esposos se disolvía el contrato, si bien el inocente podía insistir en el matrimonio<sup>249</sup>:

“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 comete”.

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

---

<sup>244</sup> *Partidas*, 4, 1, 8, causal 9ª

<sup>245</sup> *Partidas*, 4, 1, 8, causal 1ª. Es usado como argumento en ANRACH. vol. 2612, p. 1.

<sup>246</sup> *Partidas*, 4, 1, 8, causal 7ª. "Tambien se dissuelven los Esponsales de futuro por los de presente, *cap.* 22. *Sicut. de Sponsal. citat.*": Martínez, *Librería...*, cap. 1, no. 103, p. 34. Sin embargo, "el *cap.* 30 de *Sponsal.* que empieza *Is qui*, expressa, que si uno contraxese Esponsales de futuro con Antonia, y en su virtud se siguiesse cópula, aunque despues case con otra, buelva à la primera": Martínez, *Ibidem*, no. 104.

<sup>247</sup> Donoso 1861, *op. cit.*, t. II, p. 154.

<sup>248</sup> *Partidas*, 4, 1, 8, causal 4ª. "Los Esponsales se dissuelven por consentimiento de uno solo, quando este funda su apartamiento, porque sabe que tuvo cópula el otro con otra, violando la fidelidad despues de contrahidos: *Cap. Quemadmodum de jurejurando*. Pero noooooooooooooooooo por esto se escusará el reo, si la otra parte le insta á cumplirlos: *Ley 8. tit.1 Part. 4*": Martínez, *Librería...*, t. 2, cap. 1, no. 106, p. 35.

<sup>249</sup> *Partidas*, 4, 1, 8, causal 6ª. Es argumento esgrimido en ANRACH vol. 2648, p. 4a.

sucesivo”<sup>250</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 había llevado la esposa y la fornicación subsiguiente en que ella habría incurrido. No habiendo probado sus asertos, fue condenado a contraer matrimonio<sup>251</sup>. En otra situación, a pesar del fornicio evidente del esposo, acusado de amancebamiento con una criada casada, se lo conminó 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>252</sup>. Distinto era, pues, el trato que se daba al hombre que a la mujer, considerándose que su pecado carnal no deshacía los esponsales;

5.6. Similar al anterior, pero referido a una *situación involuntaria para la mujer* es la que contempla: “cuando llevan robada esposa de alguno y yacen con ella, porque no es obligatorio [al esposo] de casarse con ella”<sup>253</sup>;

5.7. Por la *llegada del plazo* quedan las partes en libertad de retractarse<sup>254</sup>. 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;

5.8. “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” (...) “Si alguno dellos se faze gafo, o contrecho, o cegasse, o perdiesse las narizes, o le auiniesse alguna otra cosa mas desaguizada que alguna destas sobredichas”<sup>255</sup>. Ejemplifica Donoso:

“Por consiguiente, con respecto al cuerpo, sería suficiente causa de desistimiento la lepra, hidropesía, parálisis, 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 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 excesivamente cruel; si entre ellos o sus padres sobreviniese grave enemistad, 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 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>256</sup>.

5.9. “Cuando alguno de ellos se va a otra tierra y no lo pueden hallar ni saber dónde está. Por tal razón debe esperar el otro hasta tres años. Y si no viniera entonces, debe pedir licencia para casar y

---

<sup>250</sup> Donoso, *ibidem*.

<sup>251</sup> Archivo Arzobispado de Santiago no. 424, as. matr. Rosa Cavieres con Juan Navarro, año 1774.

<sup>252</sup> Archivo Capitanía General vol. 104, fs. 1.

<sup>253</sup> *Partidas*, 4, 1, 8, causal 8ª.

<sup>254</sup> *Partidas*, 4, 1, 8.

<sup>255</sup> *Partidas*, 4, 1, 8, causal 3ª.

<sup>256</sup> Donoso, *ibidem*; Martínez, *Librería...* t. 2, cap. 1, no. 109, p. 35.

débensela otorgar. Pero debe hacer penitencia [esto es, indemnizar] de la jura y del prometimiento que hizo que casaría con él si por su culpa ocurrió que no se cumplió el casamiento”<sup>257</sup>.

Destacan las *Partidas*<sup>258</sup> que los únicos casos en que no se requería licencia para contraer matrimonio, no obstante los esponsales vigentes, eran los de ingreso en orden y celebración de matrimonio con otro, pues debía acudirse a los tribunales eclesiásticos para todos los demás.

## 6. Normas procesales aplicables a los esponsales

6.1 *Procedimiento*<sup>259</sup>: En cuanto al procedimiento en los juicios de esponsales, éste se ventilaba normalmente ante los tribunales eclesiásticos<sup>260</sup>. Los regalistas afirmaban que la intervención de la justicia canónica se debía a mera aquiescencia de la Corona. Decía al efecto José de Covarrubias:

"En fin, el contrato de esponsales es un contrato puramente civil, nada tiene de espiritual: y si su conocimiento toca a los jueces eclesiásticos es *pura gracia de los Soberanos*, que por ser preliminar para el Sacramento del Matrimonio, han consentido que conozca de él la jurisdicción contenciosa de la Iglesia. En este concepto parece que no es muy conforme al espíritu de los Cánones, ni a las Leyes, el que se use de las armas espirituales para la execucion de un contrato puramente temporal, y que no tiene nada de espiritual hasta que se verifica el Sacramento”<sup>261</sup>.

---

<sup>257</sup> *Partidas*, 4, 1, 8, causal 2ª. "Tambien se pueden dissolver los Esponsales de futuro por la esposa quando el esposo se ausenta por mucho tiempo sin saberse su paradero, *cap. 5 de Illis, titulo de Sponsalibus & Matrim. ley 8. tit. 1. Partida 4ª*": Martínez, *Librería...*, t. 2, cap. 1, no. 107, p. 35.

<sup>258</sup> *Partidas*, 4, 1, 8.

<sup>259</sup> Un interesante estudio de índole histórico-social sobre incumplimiento de esponsales es el de P. Seed, "Marriage promises and the value of a woman's testimony in colonial Mexico" en *Signs: Journal of women and society* v. 13, no. 2, 1988, pp. 253-276. La autora estima que se habría producido un cambio en el aprecio de los esponsales, acorde con el sistema de valores culturales imperante en cada siglo de la dominación española. Así, en el siglo XVII se habría considerado atentatorio contra el honor de un hombre el incumplimiento de sus promesas matrimoniales frente al honor sexual exigido a la mujer, en tanto que más tarde, en los siglos XVIII y XIX, se habrían dejado de lado tales conceptos en lo tocante a los hombres, continuando, en cambio, la obligación de honor sexual de la mujer.

<sup>260</sup> *Partidas*, 4, 1, 7: "Apremiar pueden los obispos o aquéllos que tienen sus lugares a los desposados que cumplan el casamiento...". Que estos juicios fueran de mixto fuero lo afirmaban algunos: "son de mixto fuero [...] las del conocimiento sobre el cumplimiento de Esponsales, constandingo de su certeza: en que concurda la doctrina de los Salmanticenses en el tratado nono de Matrimonio, capitulo primero, punto septimo, numero noventa y dos: no obstante la ley septima titulo primero, Partida quarta, en la que el Rey Don Alonso Nono [Nono de Castilla y Décimo de León] el Sabio dice, que es el Eclesiastico á quien toca apremiar á los desposados al cumplimiento de los Esponsales": Martínez, *Librería...*, t. 2, cap. 1, no. 105, pp. 34-35. Sobre tribunales eclesiásticos en Indias, pueden consultarse las muy interesantes y documentadas obras de N. C. Dellaferrera, de quien conozco "Vicarios del obispo para la administración de Justicia en la Córdoba Colonial" en: *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, t. II, p. 235-261. Buenos Aires, 1995; del mismo, "Ministros y auxiliares de la justicia eclesiástica en Córdoba (1688-1888)" en *Revista de Historia del Derecho* no. 25. Buenos Aires: 1997, pp. 151-182; del mismo, "La defensa del vínculo en la Audiencia Episcopal del Tucumán (1688-1888)" en *Cuadernos de Historia* no. 4 Córdoba: 1994, pp. 46-76 y del mismo, "Las pericias y las pruebas de informes en la Audiencia Episcopal de Córdoba del Tucumán (1688-1888)" en *Anuario Argentino de Derecho Canónico III* Buenos Aires: 1996, pp. 15-45.

<sup>261</sup> Covarrubias, *op. cit.*, pp. 219-220.

Desde Carlos III en adelante, quedaron entregados a los tribunales ordinarios civiles las materias temporales ligadas a los juicios canónicos, tales como las de litis-expensas o alimentos<sup>262</sup> y los juicios sobre matrimonios de hijos de familia<sup>263</sup>.

No era, pues, pacífica la idea de que correspondiese a los tribunales eclesiásticos la intervención en materia de cumplimiento de esponsales, advirtiéndose posiciones regalistas. En un interesante informe del Fiscal del Consejo de Indias sobre el contenido del IV Concilio Mexicano de 1771 expresa que si se estimase que correspondiese a la suprema regalía de la corona el conocimiento de estos asuntos, debían ser los tribunales reales los que intervinieran en ello. En su opinión, el contrato de esponsales era totalmente profano, pues

"son distintos y diversos los [esponsales] de presente elevados a la alta esfera de sacramento, siendo aquéllos puramente profanos, que se celebran entre los mismos contrayentes o delante de testigos o escribano, sin que concurra sacerdote alguno como tal"<sup>264</sup>.

En apoyo de su posición invocaba el Fiscal la autoridad moderna<sup>265</sup> del arzobispo de Rossano Francisco María Muscettola<sup>266</sup> vertida en su obra *Dissertatio theologico-legalis de Sponsalibus et Matrimoniis quae a Filiis Familias contrahuntur, parentibus insciis vel iuste invitis*, para quien las leyes civiles podían prescribir las solemnidades y forma de los esponsales de futuro y anular los que se celebrasen sin cumplir con ellas. También ponderaba la intervención en el Concilio, en calidad de asistente real, de Antonio Joaquín de Rivadeneira y Barrientos, autor del *Manual Compendio del Regio Patronato Indiano* publicado en Madrid en 1755, cuyas posiciones altamente regalistas lo hacían particularmente grato en las altas esferas curialescas. Concluía el titular del Ministerio Público expresando cautamente que, si bien estimaba ser prerrogativa regia la de señalar formas a los esponsales, ya que eran contratos meramente profanos, no parecía oportuno introducir novedad por el momento:

"El Fiscal tiene por indispensable la legítima autoridad de los Príncipes para establecer las solemnidades que consideran precisas en los contratos esponsalicios como en los demás civiles y profanos que se otorgan por los vasallos y súbditos de que en nada se diferencian sino en el fin y objeto a que se dirigen unos y otros; pero cree al mismo tiempo que no conviene introducir ahora una novedad que acaso no sea recibida con el mejor semblante por algunos indiscretos inmunistas fundados en que si los Príncipes tuviesen en fuerza de su suprema regalía la facultad de regular los esponsales lo habrían hecho".

Consecuencialmente, no veía inconveniente en que los tribunales eclesiásticos continuasen con el conocimiento de estos asuntos, máxime si se tomaba en consideración que el canon 6o. les daba arbitrio para aceptar o rechazar las demandas basadas en esponsales ocultos en que se diese una notoria desigualdad entre los esposos. Constituía este expediente un logro del Concilio, pues en opinión del Fiscal los conciliares

---

<sup>262</sup> Aunque hubo dudas y discusiones al respecto: Sánchez Bella, "Reducción...", p. 224-226.

<sup>263</sup> Aun los juicios de disenso de los militares eran conocidos por los tribunales civiles ordinarios, pues no se deseaba exceptuarlos en materias de tanta relevancia como lo eran su honra e hidalguía: real orden de 7 de febrero de 1796 comunicada al Consejo de Indias a 17 de noviembre del mismo año: en Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 888 y vol. CXVIII, fs. 25-26..

<sup>264</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 693 y ss.

<sup>265</sup> Publicada en Roma en 1766.

<sup>266</sup> Teólogo y religioso teatino nacido en Nápoles en 1660 y fallecido en 1746, cuya principal obra es la señalada: *Enciclopedia Espasa* vol. 37, p. 574.

"hallaron una segura senda para llegar sin tropiezos al término de prohibirlos y anularlos [los esponsales contraídos sin autorización paterna] indirecta, virtual y necesariamente con el hecho de mandar a los Provisores que no admitan instancias, ó demandas sobre los que tengan semejanza calidad [de desigualdad]..."

Con ello se obviaba de alguna manera la tajante determinación del Tridentino de no considerar nulos los esponsales y matrimonios contraídos sin autorización paterna.

Se abordaba en el dictamen recién referido un tema que había causado bastante polémica con anterioridad con ocasión de un juicio ventilado en el Perú. Habiendo prometido matrimonio el abogado doctor Blas de Quirós a Casimira Rodríguez, se desentendió de su palabra por lo que la esposa, que a raíz del compromiso había engendrado dos hijos suyos, reclamó el cumplimiento de los esponsales ante el virrey Manuel de Amat y Junient a 31 de octubre de 1761, señalando, además, que habría sido estuprada por aquél<sup>267</sup>. El virrey entró a conocer del asunto fundándose en la opinión de diversos autores y en la costumbre que al respecto había en el Perú, donde once causas de esta naturaleza se habían ventilado, desde 1714 en adelante, ante el juzgado mayor de provincia o los alcaldes ordinarios<sup>268</sup>. Más tarde intervino en el pleito la Real Audiencia, que igualmente se consideró competente no obstante las reclamaciones del demandado en orden a que el tribunal que debía conocer del asunto sería el eclesiástico. Elevados los autos al Consejo de Indias "por vía de queja, apelación, nulidad, agravio, o en la forma que mas hubiera lugar", éste, aplicando prácticas peninsulares, determinó, el 19 de noviembre de 1765, que el tribunal llamado a tramitar el juicio era el eclesiástico, o sea, el arzobispo de Lima, de acuerdo a las normas del Tridentino y aplicó medidas disciplinarias contra los que habían intervenido indebidamente en el caso. A consecuencia de ello, los oidores y el fiscal José Perfecto de Salas resultaron condenados al pago de las costas del juicio y una multa de 2.000 pesos. Los magistrados reclamaron de la resolución presentando, a 30 de septiembre de 1771, un *Memorial ajustado* con la firma de seis letrados madrileños en que pedían se les absolviera de las condenas de que habían sido objeto. Algunos años después, en 1774, José Perfecto de Salas, presentó, en defensa de su posición una *Demostración legal*, que llevaba la firma del jurista Joaquín Antón y Jiménez, residente en Madrid<sup>269</sup>. Para su descargo ante el virrey Amat escribió *Defensorio legal que presenta al Exmo. Sr. D. Manuel de Amat y Junient ...Satisfaciendo al cargo que se le hace de haberle dado dictamen y asesoría en una causa, etc.* Lima, a 2 de Julio de 1776<sup>270</sup>. El informe del Fiscal del Perú en el Consejo, Manuel Patiño, reconocía que algunos autores distinguían en este tipo de juicios dos aspectos: el de los esponsales

---

<sup>267</sup> Analizan la cuestión R. Gabriel-Moreno, *Biblioteca Peruana. Apuntes para un catálogo de impresos. I Libros y folletos peruanos de la Biblioteca del Instituto Nacional* (Santiago, en la Biblioteca del Instituto Nacional, 1896) 2o., p. 175; D. Amunátegui Solar en "El asesor del virrey Amat" en *Estudios Históricos*. Santiago: Imprenta y Litografía Leblanc, 1940, pp. 106-107 y S. Coronas González, "Costumbres de España y costumbres del Perú en materia de esponsales" en *Homenaje a Ismael Sánchez Bella*. Pamplona: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1992, pp. 181 a 193.

<sup>268</sup> Parte relevante ha tenido en esta determinación su asesor letrado, el jurista José Perfecto de Salas. *Vid.* R. Donoso, *Un letrado del siglo XVIII, el doctor José Perfecto Salas*. Buenos Aires: Publicaciones del Instituto de Historia Argentina "Doctor Emilio Ravignani", 1963, 2 vol.

<sup>269</sup> Amunátegui, *ibidem*, p. 107, quien cita a L. Montt, "Apuntes biográficos sobre el doctor don José Perfecto de Salas", *Revista del Río de la Plata*, t. XII, pp. 640-650.

<sup>270</sup> Medina, *Diccionario...*, p. 793.



mismos y el del resarcimiento de perjuicios. Este último podría corresponder a los tribunales civiles<sup>271</sup>.

Que a Amat le preocupara sobremanera atajar las intromisiones de la jurisdicción eclesiástica en materias civiles se demuestra en que el primer tema que trata en su *Memoria* es el de la "defensa de la real jurisdicción, armonía y buena correspondencia con la eclesiástica". Se queja ahí de la tendencia de los eclesiásticos a

"estender sus facultades, morder y cercenar los que corresponden al fuero real, que son expresiones que usa el Excmo. Sor. Virrey Marques de Castelfuerte en la Relacion de su Gobierno..."

Tal problema, que era común a todos los dominios reales castellanos, resultaba de particular importancia en Indias

"donde la piedad mal entendida ó alucinada de una falsa creencia confunde lo temporal con lo espiritual, motivo por que en anteriores tiempo se han notado algunas ruidosas competencias con los Ministros Reales"<sup>272</sup>.

El obispo era, pues, el juez eclesiástico por excelencia, pero normalmente desarrollaba sus funciones judiciales a través de un provisor y vicario general que constituía un único tribunal con él<sup>273</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 legítima causa de recusar al vicario el tener por sospechoso al obispo y que, recusado el obispo, lo queda también su vicario"<sup>274</sup>,

agregando Francisco Ramiro de Valenzuela que

"aunque no se da 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 prelados de tener provisores y jueces letrados que sepan discernir y determinar las causas que ante ellos se trataren"<sup>275</sup>.

---

<sup>271</sup> Coronas, *op. cit.*, p. 187. La defensa de las autoridades peruanas se titula *Memorial ajustado que de orden del Consejo y con citación, asistencia, consentimiento y firma de las partes, se ha formado de los autos y recurso hecho a su magestad y al Consejo por los oidores y fiscal de la Real Audiencia de Lima don Gaspar de Urquiza Ibáñez, don Juan Joseph de la Puente Ibáñez y don Diego Holgado y Guzmán y asimismo por don José Perfecto de Salas, fiscal de Chile y asesor del actual Virrey del Perú don Manuel Amat, sobre que se les absuelva lisa y llanamente de las multas, correcciones, apercibimientos y demas condenaciones que se les impusieran por Resolución que tomó el Consejo en Sala de Justicia en 19 de noviembre de 1765, en vista del recurso que en ella interpuso la parte del doctor don Blás de Quirós, abogado de aquella Real Audiencia de Lima, con motivo de los autos y causa seguidas contra él por doña Casimira Rodríguez en el Superior Gobierno de dicho Virrey sobre cumplimiento de esponsales, estupro y otras cosas*. Madrid: 1771.

<sup>272</sup> M. de Amat y Junient, *Memoria de Gobierno*. Edición y estudio preliminar de Vicente Rodríguez Casado y Florentino Pérez Embid (Sevilla, Escuela de Estudios Hispano-Americanos, 1947), p. 8. Es de recordar las incidencias que a fines del siglo XVII tuvo el Duque de la Palata con motivo de los conflictos con la Iglesia y la intervención vicarialista de Juan Luis López con su *Alegación histórico-jurídico-política en defensa de la jurisdicción*. Lima: 1685.

<sup>273</sup> Sólo desde 1917 se hizo la división entre vicario general y provisor que ha subsistido.

<sup>274</sup> J. de Solórzano Pereyra, *Política Indiana*, Lib. 4, Cap. 8, N° 1 y Cap. 14, N° 31. Dice del vicario general el IV Concilio Limense 1, 6, 1: "Es el vicario general el que mas sirve al prelado en el gobierno de su diócesis, principalmente en el uso y ejercicio de la jurisdicción contenciosa y administracion de justicia...": en Tejada, *op. cit.*, t. 6, p. 336.

<sup>275</sup> Dellaferrera, *Vicarios...*, p. 241.

Del obispo podía apelarse al metropolitano y de éste a la Santa Sede. Había, además, vicarios foráneos<sup>276</sup>, 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 por 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, también vicarios pedáneos, que sólo podían tramitar causas matrimoniales cuando se los hubiera facultado especialmente para ello<sup>277</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 el 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>278</sup>.

Como se ha dicho más arriba, los militares estaban obligados a pedir y obtener a través de un proceso completo, autorización real para contraer matrimonio. Muchas mujeres, pretextando haber recibido palabra de casamiento de oficiales de Ejército, incomodaban por la vía reservada haciendo valer razones de conciencia y honor, a fin de que se conminase a sus amantes a contraer matrimonio con ellas, otorgándoseles la correspondiente licencia. Una real orden de 24 de septiembre de 1774<sup>279</sup> declaró que, por punto general, había decidido el monarca no admitir dichos recursos. Toda demanda matrimonial contra oficiales del Ejército y Armada debía ventilarse ante el juez eclesiástico castrense<sup>280</sup>. Declarado por éste que el oficial estaba obligado a contraer matrimonio,

---

<sup>276</sup> Un breve de Inocencio XII dado en Roma a 3 de mayo de 1698 disponía que los ordinarios en aquellos lugares que distaran de la Curia Episcopal más de dos dietas (sic) debían nombrar vicarios foráneos para recibir las pruebas acerca del estado de libertad de los que quisieran contraer matrimonio: en Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. C, fs. 639-642. Sobre ellos determinaba el IV Concilio Limense de 1772: 1, 6, 11: "Ademas de los vicarios generales suelen los obispos para el mejor gobierno de sus diócesis, nombrar otros con el nombre de foráneos ó rurales, destinados á conocer y juzgar de ciertas causas dentro del territorio que se les señale, y á celar la observancia de la disciplina eclesiástica; por lo que para este oficio debe hacerse eleccion de personas de celo, virtud y doctrina..."

<sup>277</sup> Dellaferrera, *Vicarios...*, p. 258.

<sup>278</sup> *Ibid.*, p. 249.

<sup>279</sup> En algún documento se le da como fecha 28 de septiembre de 1774. Aclarada por otra de 28 de noviembre de 1775, que dispone que quedaban sujetos a la norma de 28 de septiembre de 1774 todos los individuos y dependientes del Ejército y Armada.

<sup>280</sup> Sobre la materia hubo disposiciones de diversa índole como reales órdenes de 20 de febrero de 1787 y 26 de febrero de 1788, que derogó a la anterior. Esta último reiteró disposición de 28 de noviembre de 1775 según la que las demandas de esponsales relativas a sargentos, cabos, tambores y soldados fueran conocidas por los tribunales eclesiásticos castrenses y sus resoluciones comunicadas al coronel o comandante de quien dependiesen para que los castigase después de "verificada la obligación de casarse" de modo que los que no tuviesen tiempo determinado siguiesen sirviendo y los que lo tuviesen, sirvieran por cuatro años más en su empeño debiendo pasarse copia autorizada de la sentencia al coronel o comandante de quien dependieran : Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 851. Hubo también otra norma, de 18 de marzo de 1777, en que se decía que a través de "artificiosas convenidas

quedarían inmediatamente destituido. El juez que dictase sentencia debía enviar copia legalizada de ella al Cardenal Patriarca de Indias y Vicario General del Ejército y Armada, quien, a su vez, debía hacerlo por la vía reservada para conocimiento real y separación del servicio del oficial demandado<sup>281</sup>. Como las grandes distancias entre España y las Indias pudieran acarrear dilaciones innecesarias para "mujeres y familias honradas", una real orden de 15 de agosto de 1775 señaló que los jueces eclesiásticos que conociesen de los juicios ya indicados pasasen sus sentencias a los virreyes, gobernadores y presidentes de los distritos o plazas respectivos para que procediesen a la separación del oficial en cuestión<sup>282</sup>. En 1787 una real orden de 8 de julio decidía que a la admisión de demandas de esponsales de militares debían preceder la licencia de los jefes, la autorización de los llamados a prestarla por ley o la resolución que declarara irracional el disenso<sup>283</sup>.

La realidad indicaba que muchos reclutas del Ejército se alistaban voluntariamente, pero que luego, arrepentidos, fraguaban ardides para eximirse de la obligación asumida. Una de las argucias empleadas era la de tener que cumplir pretendidos esponsales, respecto de lo cual se intentaban demandas. Se dispuso que se acudiese al respectivo juez eclesiástico en el entendido que, de todas maneras, el recluta debía cumplir con los años de su empeño en el regimiento en que hubiese sentado plaza<sup>284</sup>.

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

---

demandas" sargentos y cabos logran casar "aun con mujeres malopinadas" por lo que se elevaba a ocho años los que debían ser servidos en su propia compañía: Covarrubias, *op. cit.*, p. 385. Una real orden de 31 de enero de 1789 reiteró el cumplimiento de las de 26 de febrero de 1788, 24 de septiembre de 1774 y 28 de noviembre de 1775 sobre demandas de esponsales a individuos del Ejército: Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. CXIV, fs. 222.

<sup>281</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 774. La sentencia debía de estar ejecutoriada según Covarrubias, *op. cit.*, p. 385. Al efecto debe recordarse que Clemente XIII, por breve de 10 de marzo de 1762, concedió al Patriarca de las Indias y sus sucesores el oficio de capellán mayor o vicario de los Ejércitos del Rey Carlos III, otorgándole diversos privilegios y facultades eclesiásticas y espirituales para con los soldados, militares, personal de tropa, etc. por un lapso de siete años. Hubo segundas letras a 14 de marzo de 1764 en que se dilucidaron algunas dudas. Otro breve, de 14 de marzo de 1764, prorrogó por siete años las primitivas concesiones a contar del término de los siete años primitivos. Al concluirse en marzo de 1776 el septenio, se solicitó otro y se ampliaron algunos aspectos, lo que se produjo por breve de Pío VI de 6 de octubre de 1775: Covarrubias, *op. cit.*, pp. 376-379, 379-382 y 392-397. Un nuevo septenio se inauguró el 21 de enero de 1783 y duró hasta 21 de enero de 1790 (Colón, *op. cit.*, T. I 1a. ed., pp. 245-246). En cuanto a la extensión de las facultades del Vicario, expidió edicto el cardenal Delgado en su calidad de Patriarca y Vicario General a 3 de febrero de 1779, lo que se comunicó a Indias por real orden de 22 de febrero del mismo año (Colón, *op. cit.* T. I 1a. ed., p. 258). La jurisdicción castrense del Vicario era ejercida por medio de un Subdelegado, que en Indias solía recaer en los arzobispos y obispos por nombramiento de aquél (Colón, *op. cit.*, T. I, 1a. ed, pp. 263-264).

<sup>282</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 774 y vol. CVII, fs. 248. Un decreto del virrey del Perú, dado en Lima a 2 de septiembre de 1785, reiteraba que los militares no podían contraer matrimonio sin licencia de sus jefes: igual Archivo y Colección, vol. CXII, fs. 290.

<sup>283</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 848.

<sup>284</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 863.

a) Acciones tendentes a obtener directamente su cumplimiento y celebración matrimonial, ventiladas ante el tribunal eclesiástico<sup>285</sup>. Estos juicios se llevaban formalmente por escrito, pero en algún caso una de las partes pidió que fuera oral para evitar gastos<sup>286</sup>. La tendencia que se observa a finales del XVIII es a evitar los matrimonios de esposos renuentes al vínculo, porque estas uniones solían ser funestas, como lo revelan el Concilio Limense de 1772, el Sínodo Platense de 1773 y el II Concilio Platense de 1778<sup>287</sup>. Por lo demás, la libertad para consentir quedaba seriamente amagada. En cuanto a prueba, ya se ha visto la exigencia de 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>288</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<sup>289</sup>. 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>290</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 cuaremas, 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>291</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

---

<sup>285</sup> Se refiere globalmente al tema García González, J., "El incumplimiento de las promesas de matrimonio en la Historia del Derecho" en *Anuario de Historia del Derecho Español* no. 23 (Madrid, 1953), pp. 611-642.

<sup>286</sup> Archivo Arzobispado de Santiago no. 421 as. mat. entre Rosa Cavieres y Juan Navarro.

<sup>287</sup> Rípodas, *Matrimonio...*, p. 66. Aun era dable la violación del juramento antes que un matrimonio forzado: "...menos malo es tolerar la violación del juramento, dando la respectiva penitencia al violador, que permitir mayor mal, como el que puede resultar del Matrimonio forzado, *Cap. de Illis* 5. de Sponsal.": Martínez, *Librería...* cap. 1, no. 98, p. 33.

<sup>288</sup> Tít VIII, const. II en *Sínodos* 2...p. 168.

<sup>289</sup> *Partidas*, 4, 9, 16.

<sup>290</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 impediendo 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 comprobar otra causa que sea de derecho para separarse de ellos, son suficientes dos, entendiéndose algunas recomendables plumas a opinar que la declaración de uno solo hace plena probanza para la infidencia de la esposa futura".

<sup>291</sup> *Ibidem*.

fuego judicial, salvo en el caso de ambas constituciones, si desde el principio se justifican las esponsales por confesión llana de la parte demandada<sup>292</sup>. Comprobada la existencia del contrato de esponsales, el tribunal despachaba orden de embargo de bienes y prisión contra el demandado.

Como se ha visto más arriba, la Real Pragmática de Carlos III sobre matrimonio de hijos de familia entregaba el conocimiento de los juicios de disenso a los tribunales civiles. Se introdujo, sin embargo, la práctica de intentar demandas sobre cumplimiento de esponsales haciendo caso omiso de la autorización parental. Al respecto, el jurista regalista José de Covarrubias alaba la ponderación de Carlos III, quien, en su opinión, siendo poseedor de todos los poderes para regular los esponsales, habría podido anular los contraídos sin consentimiento paterno. Sin embargo, no quiso hacer uso de tal autoridad en la citada Real Pragmática.. Como no mandaba directamente que se exigiese el consentimiento parental, se fue produciendo el abuso de admitir los tribunales eclesiásticos demandas en esta materia aunque no hubiese precedido la autorización paterna o aun habían llegado a ordenar se celebrasen matrimonios sin este requisito. Por ello, mediante real cédula de 17 de junio de 1784, ordenó que no se admitiesen demandas relativas a esponsales sin preceder autorización parental con las formalidades exigidas por la Pragmática. Si los ordinarios pasasen por alto este requisito, los interesados podrían formar incidencias, preparar e introducir recurso de fuerza en conocer o en el modo de conocer y proceder. Tal modo indirecto producía, a su entender los mismos efectos que en otros el impedimento dirimente<sup>293</sup>.

Cuando se pedía el cumplimiento de esponsales, el juez eclesiástico podía compeler al que se resistiera al cumplimiento con censuras y prisión, en base a disposición de Inocencio III, de 1212 y a normas del Rey Sabio<sup>294</sup>, máxime si se había producido cópula carnal<sup>295</sup>.

En caso que las palabras con que se prometió el matrimonio fueran obscuras, se había de dar a ellas el sentido pertinente, siempre que los esposados tuviesen idoneidad y edad suficiente<sup>296</sup>.

Aun cuando la repugnancia a contraer matrimonio se debiera a ingreso en religión, debía obligarse al esposo, si había pronunciado juramento, a solemnizar el matrimonio rato, pudiendo, con posterioridad y, sin consumarlo, cumplir con su propósito de entrar en religión<sup>297</sup>.

El cambio de nombre no obstaba a la necesidad de compeler al matrimonio:

---

<sup>292</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.

<sup>293</sup> Covarrubias, *op. cit.*, p. 218. Sobre los efectos de las ejecutorias de racionalidad en los juicios sobre disenso paterno se dictó real cédula a 26 de mayo de 1783: Archivo de la Real Academia de la Historia, Colección Mata Linares vol. CX, fs. 547-548, la que constituyó *Nuevo Código de Leyes de las Indias* 1, 8, 4, en Muro Orejón, "Estudio General...", p. 193.

<sup>294</sup> Cap. 2 *Praeterea de Sponsalibus & Matrimoniis* y *Partidas* 4, 1, 7 y 8.

<sup>295</sup> Martínez, *Librería...* cap. 1, no. 99, quien cita disposición de Alejandro III.

<sup>296</sup> Martínez, *Librería...* cap. 1, no. 96, quien cita disposición de Alejandro III, de 1180 y *Partidas* 4, 1, 6 y 3, 8, 1 a 5.

<sup>297</sup> Martínez, *ibidem*, cap. 1, no. 97, pp. 32-33, quien cita *Partidas* 4, 10, 5; 1, 7, 13; 4, 1, 7 y 8.

"Si Pedro, ó Juan se mudasse el nombre, y ocultando el suyo contragesse Esponsales con Maria, y con este pretexto la conociesse carnalmente; deberà el Juez Eclesiastico mandarle contraer Matrimonio á instancia de la muger en justicia: no obstante, que en el Tribunal de la Penitencia se juzga de distinta manera, atendiendo al engaño de èl, y á que no hubo consentimiento en la forma que se requiere para el matrimonio, segun lo tiene declarado el Papa Lucio III en Roma, año de 1213 al *capit. Tua nos 26 de Sponsalibus & Matrim. Ley 7. tit. 1. Partida 4*<sup>298</sup>;

b) Acciones tendentes a obtener su disolución, ventiladas ante el tribunal eclesiástico, con el mismo procedimiento recién indicado. Había también recursos al rey para que dejase sin efecto esponsales contraídos por criados con hijas y otras personas del hogar. Ello motivó una real orden, comunicada al Consejo a 20 de enero de 1784<sup>299</sup>, exhortando al cumplimiento de *Rec. Cast. 5, 1, 2*<sup>300</sup>, disposición que reproducía *Ordenamiento de Alcalá 21, 2*. Por medio de ella, se castigaba con destierro perpetuo a

"qualquier hombre que viviere con algun señor, y viviendo con él, se desposare ó casare con la hija, ó con la parienta que tenga en su casa aquel con quien viviere, sin su mandado, que el que tal yerro hiciere, sea echado del reyno para siempre; y si tornare aél sin nuestra licencia, las Justicia le maten, y ella sea desheredada y hayan sus bienes sus parientes mas propinquos..."

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 eclesiástico. 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>301</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>302</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>303</sup>;

e) 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,

---

<sup>298</sup> Martínez, *ibidem*, cap. 1, no. 100, pp. 33-34.

<sup>299</sup> Rodríguez de San Miguel, *Pandectas...*, t. II, p. 401.

<sup>300</sup> *Nov. Rec.* 10, 2, 1.

<sup>301</sup> Por ejemplo, ANRACH vol. 1811, p. 1<sup>a</sup>, 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 N<sup>o</sup> 4, as. matr. donde María Josefa Azócar demanda cumplimiento de esponsales al enterarse que Andrés Santiago pretende casarse con Josefa Villalón.

<sup>302</sup> Sánchez Bella, "Reducción...", p. 226.

<sup>303</sup> *Ibid.*, p. 227.

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 se resisten a consentir en el matrimonio justo y honesto que desean contraer sus hijos, queriéndolos casar violentamente con persona a que tienen repugnancia, atendiendo más a las conveniencias temporales, que a los altos fines para que fue instituido el santo Sacramento del matrimonio”.

Podía éste acudir ante los tribunales civiles para que se calificara el disenso. Hubo en algún momento dudas sobre si los tribunales militares pudiesen intervenir en estos juicios en razón del fuero que afectara al padre o al novio: la contestación fue tajante en cuanto a que era competente únicamente el tribunal civil<sup>304</sup>.

La calificación a que me refiero 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 confirme 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 9 leguas en su derredor, situación en que se ampliaba en un día más por cada 6 leguas. En la práctica, sin embargo, estos juicios solían prolongarse, incluso a veces por más de un año. Se consideraban dos instancias. La primera sólo podía ventilarse ante el corregidor (más tarde, 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 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 producidas las pruebas, el juez dictaba sentencia. Se advierte en toda la tramitación bastante reserva a fin de no aumentar las naturales tensiones entre parientes y entre familias. Cabía apelación ante la Real Audiencia, cuyo plazo aumentaba de acuerdo a 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>305</sup>. Se dio permiso a las Audiencias para “que cada una forme un reglamento o instrucción de todo lo que parezca conveniente establecer en su distrito”, lo que hicieron, por ejemplo, las de Santiago, a través de un autoacordado aprobado en 1780 y la de México, mediante otro aprobado en 1781.

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

---

<sup>304</sup> Real orden de 10 de julio de 1783: Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid) vol. LXXIX, fs. 823. Se la halla en Colón, *op. cit.*, T. I 1a. ed., p. 77.

<sup>305</sup> Vial, *op. cit.*, pp. 349-352.

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>306</sup>.

Facultada, como se ha visto, la Real Audiencia de Chile para adaptar las normas de la Pragmática a la realidad de este reino y así hacerlas operativas<sup>307</sup>, se dio a la tarea de estudiar la materia, de lo que derivó el autoacordado de 15 de marzo de 1779 que se ha señalado más arriba. Fue enviado a la Corona con fecha 4 de mayo de 1779 y aprobado mediante real cédula de 22 de agosto del año siguiente<sup>308</sup>. Contribuyeron a su formación distinguidas personalidades como lo eran el regente Tomás Álvarez de Acevedo, los oidores Luis de Santa Cruz, Benito de la Mata Linares, José de Rezábal y Ugarte, José de Gorbea y Vadillo y Nicolás de Mérida y Segura más los fiscales Ambrosio Cerdán y Pontero y Lorenzo Blanco Cicerón<sup>309</sup>.

El primer punto tratado por el autoacordado hacía referencia a los frecuentes raptos que se producían en Chile, los que habían sido castigados por la Constitución VIII del Sínodo convocado por el obispo Manuel de Alday, quien seguía siéndolo en ese momento. Su intento de apuntalar la norma sinodal fue desestimado por la Corona, que consideró que ya había suficiente cantidad de disposiciones al respecto.

En el artículo segundo se practica un interesante distingo entre dos tipos de recursos judiciales a que la Pragmática aludía: a) sobre racionalidad y justicia del disenso de los padres, parientes, etc. y b) sobre si las personas que querían casar estaban o no comprendidas en la Real Pragmática.

En lo tocante al primer aspecto, decía encomiásticamente de los indios de Chile:

"Que no estando envilecido su origen, como de ordinario suele ser, con mezcla de otras castas, y probando su limpieza en bastante forma, es injusto e irracional el disenso que fundado en la calidad de indio se oponga por parte de los padres españoles, así Europeos como de estos Reinos según el espíritu de la ley 2 tít. 1 lib. 6 de la Recopilación de estos Reinos encargándose a los jueces tengan muy presentes las últimas palabras del capítulo 8 de dicha Real Pragmática, que es la regla segura que deben seguir en este primer caso".

Tal disposición fue aprobada íntegramente por la Corona.

Por lo que toca al segundo punto, la Corona desestimó la norma del artículo tres, que pretendía limitar la aplicación de la Pragmática sólo a los caciques de asentada situación y conducta excluyendo a los

---

<sup>306</sup> Archivo Capitanía General vol. 729, N° 31.

<sup>307</sup> El artículo 8 permitía reglamentar las materias conforme "á las calidades de sus habitantes, sus costumbres, distancias y demás circunstancias que concurren en las varias provincias de dichos mis Reynos de las Indias".

<sup>308</sup> Se encuentra publicado en Colón y Larriátegui, Félix, *Juzgados militares de España y sus Indias* 3a. ed., T. IV (Madrid, en la Imprenta Real, 1817), pp. 69-76, que contiene las modificaciones que se le introdujeron. En el mismo texto se hallan la pragmática de 23 de marzo de 1776: pp. 57-63 y la que la hace aplicable en Indias: pp. 65-68.

<sup>309</sup> Copias del mismo autoacordado se encuentra en el Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 799-806, vol. CVIII, fs. 352-360 y vol. CIX, fs. 131.135, lo que es señal de la importancia que se le otorgó.



"que no conservan el honor debido a este empleo, así por su mucha pobreza, grosera y tosca educación y abandono al vicio de la embriaguez como por estar poco esclarecidos o del todo oscuros los derechos de sucesión".

Es evidente que la Audiencia chilena quería aprovechar esta coyuntura para introducir algunas ideas ilustradas entre los caciques, acordes con los principios dieciochescos. La Corona, en cambio, sólo excluyó a los

"que se titulan caciques sin legítimo título de propiedad ni posesión; pero no a los que se hallaren en posesión por sí, su padre o abuelo por tiempo de veinte años, no obstante que sean ociosos y que se embriaguen".

Determinar quiénes estaban incluidos en la Pragmática era materia tratada en un cuarto artículo, según el cual los tribunales debían conocer a petición de parte y no de oficio, siguiéndose al efecto un "proceso puramente informativo", lo que fue aprobado para los casos dudosos.

El artículo quinto precisaba la situación de los mestizos y castizos:

"los Mestizos, hijos de españoles e India o al contrario y los de español y Mestiza de esta clase, que se llaman Castizos, son comprendidos en la Pragmática..."

quedando excluidos aquellos mestizos en que concurriesen otras mezclas y castas, que eran los que en diversos documentos eran tildados como "mestizos de segundo orden", lo que fue aprobado.

Los integrantes de la Audiencia chilena quisieron aprovechar esta oportunidad para incluir normas que condujesen a una mejoría social. Si bien, como ya se ha advertido, negros, mulatos, coyotes y otras castas estaban excluidos de la Pragmática por disposición expresa de su adaptación a Indias, se pretendió aplicar sus normas a los que sobresaliesen por su situación económica o por su aplicación a determinadas artes y ciencias. Así pretendieron incluir a los

"que en giro y honesto comercio hayan adquirido y posean caudales de 12.000 pesos constando esto por notoriedad y común opinión de la mayor parte del Pueblo. Los que por su aplicación hayan llegado a poseer con alguna excelencia la pericia en las tres bellas artes de Pintura, Escultura y Arquitectura, las cuales se ven muy atrasadas en estos Reinos, y con mayor razón los profesores de Matemáticas y otras Ciencias útiles al Estado y finalmente los que hubiesen hecho particulares servicios al Rey o a la Patria, cuya graduación dejamos al prudente arbitrio de los Jueces que se les nombrasen".

El Consejo de Indias no aceptó este predicamento porque contrariaba, como se ha dicho, norma expresa de la Corona.

El aspecto procesal orgánico era abordado por el artículo 7, que hacía competentes para intervenir en estas materias a los corregidores y alcaldes ordinarios, donde los hubiese. En caso de existir corregidores y tenientes, éstos quedaban habilitados para el conocimiento. Se excluía a jueces de comisión y tenientes de minas. Con buen criterio jurídico se aclaraba la competencia relativa de los justicias: en caso de ser de distintos territorios los contrayentes, entraba a conocer el juez del lugar donde se negaba el consentimiento y si ambos lo hacían, el del territorio de la esposa. Ello fue plenamente corroborado por la Corona.

También fue aprobado íntegramente el artículo 8, relativo a las circunstancias en que podían suplir los jueces el asenso parental cuando las largas distancias impedían obtenerlo con presteza. Rezaba:

"Siendo necesario declarar cuándo cesa la obligación de pedir precisamente a los Padres su consentimiento y sea bastante pedirlo a los jueces señalados por las muchas distancias de estos Reinos, dificultad de los caminos, especialmente en el Invierno, así por las nieves de la Cordillera como por las crecidas avenidas de los Ríos, se establece que los obligados a este consentimiento o consejo si

probable o evidentemente se considera que no pueden tenerlo dentro del término de tres meses, cumplen con pedirlo a los jueces que van señalados<sup>310</sup> atendiendo a que no se debe dilatar por largo tiempo la celebración de los matrimonios por los inconvenientes que pueden seguirse y a que es muy equívoca la regulación por provincias, obispados o reinos, como sucedería residiendo el hijo en la ciudad de Concepción y los padres en la villa de Copiapó".

Como ya se ha advertido en otra parte, los esponsales solían dar pie para la íntima convivencia de los novios:

"como acaece varias veces a los que pretenden casarse o han contraído esponsales, especialmente si son de baja calidad el que antes de contraer matrimonio caigan en amistad ilícita..."

El artículo 9 del autoacordado chileno encargó: tanto a los jueces civiles como eclesiásticos que tomasen medidas para que ello no ocurriese.

Se reiteraba por el artículo 10 el breve plazo de ocho días que el juez tenía, contado desde la denegación de autorización parental, para pronunciarse en los términos que se han señalado más arriba. Sería castigado con multa de 500 pesos aquel corregidor, teniente o alcalde que no concluyese la instancia en el término señalado. El Consejo aprobó la disposición dejando entregado al arbitrio del tribunal la aplicación de la pena. El artículo 11 insistía en la calidad de breve y sumario del procedimiento dándose traslado de las aseveraciones de quien quería casar de ser el matrimonio proyectado "justo y honesto" a sus parientes, que tendrían dos días para expresar el motivo de su contradicción como ya se ha visto *ut supra*. La prueba documental y testimonial debía producirse en un término de dos días y sólo se permitirían hasta cuatro testigos por cada parte, según el artículo 12. El artículo siguiente declaraba que el juez debía de sentenciar supliendo o negando el consentimiento o consejo como fuese de justicia. Los artículos 14 a 16 se referían a la apelación ante la Audiencia y el modo cómo ésta debía de pronunciarse al efecto, lo que había de hacer "a puerta cerrada". El secreto, que impediría la deshonor de las familias, debía ser muy resguardado por lo que no podían otorgarse copias ni segundas certificaciones del auto sin expreso mandato.

Además del autoacordado referido, dictó la Real Audiencia de Santiago dos más, de fechas 22 de mayo y 10 de julio de 1797, cuyo móvil era impedir el retardo que, a través de diversos arbitrios, se había solido producir en esta clase de juicios. El primero mandaba que

"este juicio sumario, e instructivo se concluya y fenescas por los Jueces de esta Capital en el termino preciso y peremptorio de ocho días, baxo de la pena que fuese de el regulado arbitrio de este tribunal; quienes deberan imponer a sus Ministros Subalternos las que merezcan por su culpa o negligencia; cuidando al mismo tiempo con la mayor vigilancia que las Partes hablen con la templanza y moderacion correspondiente, y que se tilde y borre qualquiera clausula denigrativa, que no contenga algun echo esencialmente necesario a su defensa, como esta sabiamente ordenado en la declaracion oncena de las echas por este tribunal, corrigiendo a sus Autores, segun lo mereciese la calidad de su exceso; y por que asi mismo tiene reconocido este tribunal que algunas Partes difieren con malicia la

---

<sup>310</sup> Disponía el artículo 5o. de las adiciones que la real cédula de 7 de abril de 1778 hizo a la Pragmática de 1776 que tanto los naturales de Indias como los que no lo fueran que tuvieren distantes sus padres, abuelos, parientes, tutores o curadores llamados a dar consejo, consentimiento o licencia, podían acudir al juez del distrito en que se hallasen, que hubiese sido determinado por la respectiva Real Audiencia. Según el artículo 6o. de la misma disposición, las Audiencias debían de determinar los casos en que el consejo o licencia debiera obtenerse de las justicias del distrito. En caso de no contentarse el peticionario con el dictamen del juez, podía recurrir en 1a. instancia ante el tribunal que señalara la Audiencia y en 2a. ante ésta: Colón, *op. cit.*, T. IV 1a. ed., p. 67 en nota. A los oficiales que se encontrasen en tales circunstancias les debía dar el consejo o licencia su respectivo jefe militar inmediato, quedando a salvo al interesado el juicio de disenso respectivo: real orden de 10 de julio de 1783 en Colón, *op. cit.*, T. I 1a. ed., p. 77.

presentacion de las informaciones, o instrumentos que pretenden serles convenientes, hasta que se haya pasado el termino prefinido con cuio arbitrio demoran su difinitiva resolucio, no admitiran los expresados jueces documentos algunos, que la embaracen con ningun motivo, ni pretexto; debiendo igualmente estar a la mira que en conformidad a lo ordenado en la Real Cedula de dies y ocho de septiembre de mil setecientos ochenta y ocho no se admitan instancias algunas en esta especie de Juicios, que no sean promovidas por los mismos Hijos de familias..."<sup>311</sup>.

El segundo, tomando en consideración que, al señalar el tribunal las causas por las que acogía o denegaba el disenso, sus dichos pudieran afectar la honra de las familias involucradas, determinó que no se fundaran las sentencias ni los dictámenes de letrados:

"mandaban que en adelante los Jueces ordinarios a quienes toca en primera instancia el conocimiento de estos recursos no causen los Autos Definitivos que pronunciaren, y solo se ciñan a declarar si es o no justo, y racional el disenso, y en su consecuencia ha lugar o no al suplemento judicial que se solicita, deviendo a este efecto los Asesores nombrados no extender su dictamen por separado con arreglo al merito que ministra el proseso, sino firmar los Autos que se proveyeren juntamente con los Jueces, y por lo que respecta a las Asesorias que se remitan de las Ciudades y Villas del Reyno en la misma clase de Juicios, deberan los letrados que las acepten observar la misma regla indicada..."<sup>312</sup>

La Real Audiencia de México produjo, de acuerdo a lo ordenado por las disposiciones carolinas, un autoacordado, de 18 de agosto de 1779, tendente al mismo efecto que el ya señalado de la Audiencia de Chile, que fue aprobado con algunas modificaciones por real cédula de 13 de enero de 1781, a que paso a referirme<sup>313</sup>.

En cuanto a los grupos sociales a que se aplicaría la Pragmática, se reiteraba lo expresado en las Adiciones de que si bien mulatos, negros, coyotes e individuos de castas estaban exceptuados de la pragmática, quedaban sujetos a ella los que se hubiesen distinguido de los demás por sus buenas operaciones y servicios y los oficiales de milicias. Se aclaró que los mestizos y castizos quedaban igualmente sujetos a las formalidades de la pragmática, rogándose y encargándose a los arzobispos y obispos que instruyesen en ello a los párrocos de modo que pidiesen los consentimientos de sus padres y mayores. Igualmente habían de advertir los párrocos a los indios que quisiesen contraer matrimonio con integrantes de castas que se exponían a que sus descendientes quedasen incapaces de obtener oficios honrosos en sus repúblicas "pues sólo pueden servirlos los que son indios puros".

Para los europeos y extranjeros autorizados que quisiesen contraer matrimonio en Nueva España, se exigía obtener asenso de acuerdo a las reglas generales para mayores y menores de 25 años; pero se les permitía obtenerlo de las justicias del distrito donde se hallasen a fin de evitarse dilaciones innecesarias. Por lo que tocaba a jóvenes de colegios de latinidad, se encargaba a los rectores que cuando sospechasen que alguno intentase contraer matrimonio, avisasen a los padres y noticiasen a los jueces territoriales para que adoptaran las medidas pertinentes.

El mismo autoacordado novohispano previno que si los llamados a prestar el asenso no contestasen las cartas por las que se le solicitaba aquél, los interesados debían de acudir al tribunal para que los interpelase. Si no obstante ello, no manifestaban su parecer,

---

<sup>311</sup> ANRACH vol. 3.137, fs. 287-288.

<sup>312</sup> ANRACH vol. 496, p. 16, fs. 163-164 v.

<sup>313</sup> Se encuentra todo ello en Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 808 a 813 y publicado por Colón, *op. cit.*, T. IV, pp. 76-81. En las *Pandectas...* de Rodríguez de San Miguel se halla en t. II, pp. 408-409. Llevaba las firmas de Francisco Romá y Rosell, Antonio de Villaurrutia y Salcedo, Diego Antonio Fernández de Madrid, Francisco Javier de Gamboa, Francisco Gómez de Algarin, Miguel Calixto de Acedo, Ramón González Becerra, Vicente Ruperto Luyando y Baltasar Ladrón de Guevara.

correspondería a los jueces otorgar la licencia o denegación, la que debía ser comunicada secretamente al interesado. Este podía formalizar su recurso ante el mismo juez, debiendo determinarse el asunto con intervención del defensor de ausentes. El Consejo de Indias agregó que cuando no se contestasen las cartas, los jueces del territorio desde donde se pedía el permiso escribiesen a los jueces del lugar donde residieran los llamados a pronunciarse sobre el matrimonio para averiguar si efectivamente se había pedido la autorización.

La disposición referida declaraba como jueces competentes para conocer de estos asuntos los gobernadores, corregidores y alcaldes mayores en sus respectivos distritos o sus tenientes generales aprobados por el Gobierno, con inhibición de todas las demás justicias. Sólo en caso de que alguno de los mencionados tuviese interés en el asunto, entraría a conocer el alcalde ordinario de primer voto de la cabecera o, por su defecto, el corregidor o alcalde más cercano. Lo mismo se practicaría cuando el pueblo del interesado distase más de veinticinco leguas de la cabecera.

Cierta disposición del autoacordado mexicano sobre el procedimiento a utilizar en los juicios de disenso fue reemplazado por norma del artículo 10 del autoacordado elaborado por la Real Audiencia de Chile de que ya se ha hecho referencia. Según ello, en primera instancia el juicio no debía durar más de ocho días si las partes estuviesen en la misma ciudad o dentro de las cinco leguas inmediatas, ampliándose en un día por cada seis leguas de distancia contados desde el día de la denegación de los padres, de la que se había de sacar testimonio en forma. Se autorizaba a la Audiencia mexicana para determinar la multa que se aplicaría al corregidor, teniente o alcalde que no concluyese la primera instancia en el tiempo prefijado, señalándose por vía de ejemplo que la de Chile había señalado una multa de 500 pesos.

En cuanto a coste de las tramitaciones, no habría otros que los de papel y escrito. Si hubiese alguien que ni aun pudiese solventar éstos, se actuaría de oficio, castigándose con multa de 500 pesos a las justicias y escribanos que no cumpliesen<sup>314</sup>;

f) Acciones tendentes a obtener una indemnización por incumplimiento de la palabra de matrimonio o por estupro, ventiladas ante tribunal civil desde 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.

En esta materia, el jurista José de Covarrubias consideraba de mucha justicia la posición adoptada por los tribunales eclesiásticos franceses, los cuales, enfrentados a una posición relucante del esposo sin fundamentos valederos, le aplicaban sanciones espirituales como oraciones, limosnas o ayunos. En lo económico, se lo condenaba en costas y se dejaba libre el campo a la otra parte para pedir ante el tribunal real los daños y perjuicios, de acuerdo a las circunstancias, cualidades y bienes de las personas involucradas<sup>315</sup>;

g) Acciones vinculadas a lo espiritual, pero de contenido temporal como alimentos, donaciones esponsalicias, dotes, donaciones ante-nuptiae, litis expensas, particiones, que,

---

<sup>314</sup> Real cédula sobre el autoacordado mexicano, dada en San Lorenzo a 13 de noviembre de 1781 en Archivo de la Real Academia de la Historia, Colección Mata Linares vol. CIX, fs. 374-377.

<sup>315</sup> Covarrubias, *op. cit.*, p. 220, quien cita a Luis d'Héricourt.

desde real cédula de 22 de marzo de 1787 de Carlos III, debían ventilarse ante los tribunales civiles<sup>316</sup> y

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

## CAPÍTULO III EL MATRIMONIO

### 1. Definición

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<sup>317</sup>. 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 de 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 et 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>318</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 ausencia 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*, apariencia conyugal honorable<sup>319</sup>. En el derecho postclásico, por influencia del cristianismo, sólo se

---

<sup>316</sup> Sánchez Bella, "La reducción...", p. 238, n. 49. Desde p. 253 de ese trabajo puede verse la gestación de esa norma, que se originó al conocer el tribunal eclesiástico de Lima en 1768 de una causa de divorcio y pronunciarse sobre dote, alimentos y gananciales para cumplimiento de lo cual envió requisitoria a los obispos de Cádiz y Madrid de modo que se embargasen bienes al marido, que había pasado a España. Aunque la mayoría del Consejo fue partidario de confirmar las facultades del tribunal eclesiástico para conocer por anexidad o conexidad, primó en definitiva en la resolución real el criterio de una minoría ilustrada y regalista. En ANRACH vol. 1866, p. 3ª se encuentra el obediencia y cumplimiento de tal disposición 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. La referida norma carolina es similar a otras surgidas en la Ilustración: así, las causas matrimoniales fueron transferidas en Prusia, en 1749, desde el *Consistorium* a los tribunales ordinarios, observándose parecida actitud de José I en 1783, quien igualmente las sometió a los tribunales civiles: Coing, *op. cit.*, T. I, p. 291.

<sup>317</sup> La distinción entre matrimonio *in fieri* y matrimonio *in facto esse* de los canonistas equivaldría a la que los romanos formulaban entre *nuptiae* esto es, matrimonio como acto y *matrimonium*, el mismo como estado: A. Castro Sáenz, "Consentimiento y consorcio en el matrimonio romano y en el canónico: un estudio comparativo" en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* no. XXIII Valparaíso: 2001, p. 79.

<sup>318</sup> Panero, *op. cit.*, p. 289 y 292-293. Cavallario lo definía como "*societas individua, quam masculus et femina procreandae, et educandae sobolis et mutui paesidii gratia ineunt*".

<sup>319</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, en las que han destacado las de Olis Robleda: F. Hernández Ramírez, "El consentimiento matrimonial en el Derecho Romano clásico" en:

necesita el consentimiento inicial que, desde el siglo V, debía constar por escrito<sup>320</sup>. Consecuencialmente, la bigamia pasó a ser perfectamente posible y aparece como delito en el siglo IV<sup>321</sup>. 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

“aquél 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>322</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>323</sup>.

En su opinión, el matrimonio-contrato sólo podía darse entre infieles, pues para los cristianos sería inseparable el contrato del sacramento, por lo que quien siendo cristiano no contrajese matrimonio de acuerdo a 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<sup>324</sup>, 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 lugar seguro<sup>325</sup>. El concilio de Trento, en su sesión XXIV, condenó a los que afirmasen que los matrimonios contraídos sin el consentimiento de los padres fueran nulos<sup>326</sup>. Las disposiciones tridentinas fueron aplicables en el imperio hispano-indiano por disponerlo Felipe II a través de real

---

*Revista de Derecho*, vol. VI, N° 6, p. 9 y ss. (Concepción: Universidad Católica de la Santísima Concepción, 1998). Vid. F. Hernández Ramírez y X. Pulgar Núñez, *El matrimonio romano. Naturaleza jurídica. Derechos patrimoniales de la mujer casada*. Santiago:s.n., 1997, 136 p.

<sup>320</sup> Hanisch, *Historia...*, p. 486.

<sup>321</sup> E. Volterra, *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: 1957, p. 322.

<sup>322</sup> C. Errázuriz, *Compendio de Derecho Canónico*. Santiago: Imprenta de Ramón Varela, 1883, p. 199, N° 509.

<sup>323</sup> *Ibidem*.

<sup>324</sup> Según Castro Sáenz, *op. cit.*, p. 83, las similitudes entre el matrimonio romano y el canónico estribarían en: "a) la necesidad de consentimiento libre; b) la apreciación del estado matrimonial como un *consortium omnis vitae*; c) la madurez sexual y volitiva que se le exige a los cónyuges; d) el rechazo de la bigamia -que en Roma conllevaba nada menos que la nota de infamia- y la exclusividad del vínculo matrimonial".

<sup>325</sup> Es práctica que se siguió en Indias. Sobre la influencia del Derecho Canónico en el Civil, vid. J. Maldonado y Fernández del Torco, "Sobre la relación entre el Derecho de las Decretales y el de las Partidas en materia matrimonial" en *Annuario de Historia del Derecho Español* no. 15 (Madrid, 1944), pp. 589-643; R. Bidagor, "El derecho de las Decretales y las Partidas de Alfonso X el Sabio de España" en *Acta Congressus Iuridici Internationalis VII saeculo a Decretalibus Gregorii IX et XIV a Codice Iustinianus promulgatis* (Roma, 1936), vol. 3, pp. 315-384 y E. Fernández Regatillo, "El derecho matrimonial en las Partidas y en las Decretales" en *Acta Congressus...* vol. 3, pp. 315-384.

<sup>326</sup> J. Beneyto, *Instituciones de Derecho Histórico Español*. Barcelona: Librería Bosch, 1930, t. I, p. 77.

cédula de 12 de julio de 1562<sup>327</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>328</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>329</sup>.

Los casamientos constituían una de las fiestas más espectaculares en la vida indiana. En muchos lugares, los gastos eran cuantiosos no sólo a causa de las dotes -alguna alcanzó el millón de pesos de a ocho reales- sino que también por las festividades a que daban lugar<sup>330</sup>. Oigamos a un cronista de la Villa Rica de Potosí:

"...los gastos de cada una de estas bodas pasaban de 40 mil pesos de a 8 [reales]; el adorno de las casas en oro, plata labrada, ricas tapicerías, escritorios de ébano, marfil, carey y plata<sup>331</sup>; barro de la China y Chile<sup>332</sup>; cajas de preciosas maderas con ropajes de brocados; y otros adornos, todo pasaba de 100, 200 y algunas veces de 500 mil pesos de a 8 r[eales]; la pompa y la vanidad de sus humanas fiestas, en regocijos de Plaza, pasaban de 4, 5, y a veces de 8 millones..."<sup>333</sup>

## 2. Clasificación y fines

Se distinguían seis clases principales de matrimonio<sup>334</sup>:

---

<sup>327</sup> *Ibid.*, p. 236.

<sup>328</sup> R. Vargas Ugarte, *Historia de la Iglesia en el Perú (1511-1568)*. Lima: Imprenta Santa María, 1953, t. I, p. 237; C. Seco, "Derecho canónico particular referente al matrimonio en Indias" en *Anuario de Estudios Americanos* XV Sevilla: 1958, pp. 1-112.

<sup>329</sup> ANRACH vol. 2725, p. 1<sup>a</sup> (1779).

<sup>330</sup> Si bien especial por el personaje involucrado, el matrimonio celebrado en Concepción, en 1693, entre el gobernador Tomás Marín de Poveda y Juana Urdaneta, hija del marqués de Villa Fuerte, significó tres días de fiestas en que se representaron catorce comedias y hubo corridas de toros: E. Pereira Salas, *Juegos y alegrías coloniales*, Santiago: Editorial Zig-Zag, 1947, p. 69.

<sup>331</sup> Se refiere a los famosos varagueños, originalmente provenientes de la ciudad de Vergas en Andalucía.

<sup>332</sup> Se trata de la famosa "loza de las monjas", que no sólo era de finísima factura, sino que tenía la cualidad de ser perfumada.

<sup>333</sup> Martínez y Vela, *op. cit.*, p. 160. Sobre la familia en Charcas: A.M.Presta, *Encomienda, Familia y Negocios en Charcas Colonial (Bolivia): los encomenderos de La Plata, 1550-1600*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2000, 308 p.

<sup>334</sup> Hay otras: clandestino, a yuras, morganático, mixto, etc. Entre los juristas de Derecho Indiano que se refieren al matrimonio encontramos: en exposición de conjunto, P. Murillo Velarde, S. I., *Cursus Iuris Canonici Hispani et Indici* Madrid: 1743, con reediciones en 1763 y 1791; trata determinados aspectos D. Gómez Cornejo, *Additiones ad Commentaria doctissimi Antonii Gometium in Leges Tauri* Salamanca: 1598; de extremo interés es la obra del agustino vecindado en México fr. A. de la Veracruz, *Speculum coniugiorum* 1556; igualmente lo es la del oidor de Charcas J. Gutiérrez de Montealegre, *Praxis civilis de exercitio practicarum actionum* Madrid: 1614. F. Jaraba y Buitrón fue autor de una relección sobre el *Text. in l. unic. C. si secundo nupserit mulier* en *Relecciones iuris civilis quatuor* Madrid: 1669. Para matrimonios de indios, D. de Avendaño, *Thesaurus Indicus* Antwerp: 1668 y fr. A. de la Peña Montenegro, *Itinerario para párrocos de*

2.1. 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);

2.2. *Rato*, el contraído entre fieles con los requisitos propios del sacramento, pero sin que se haya producido cópula conyugal<sup>335</sup>;

2.3. *Consumado*, que era el perfeccionado por la unión carnal, *per copulam aptam ad generationem*;

2.4. *Putativo* al que se suponía verdadero por haberse contraído de acuerdo a 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;

2.5. *Verdadero*, el que se contrae entre personas que no se hallan ligadas con algún impedimento dirimente; y

2.6. *Presunto*, el que presumía el derecho en razón del acto carnal ejecutado después de los sponsales 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>336</sup>.

En cuanto a sus fines, se consideraban tales los llamados tres bienes del matrimonio, acuñados por San Agustín: *bonum prolis* -ordenación a los hijos-; *bonum fidei* -unidad- y *bonum sacramenti* -vínculo indisoluble<sup>337</sup>.

2.7. *Secreto, oculto o de conciencia*, el que se celebraba escondidamente con omisión de las proclamas y aun de insertarlo en el libro parroquial. Sus únicas solemnidades estaban constituidas por la presencia del párroco y de dos testigos de confianza, que se obligaban a mantener el sigilo pertinente. El Papa Benedicto XIV los admitió en su constitución *Satis vobis* de 17 de noviembre de 1741. Como podía originar muchos abusos y malos entendidos, debían de llenarse diversos requisitos: a) expresa autorización episcopal, pudiendo otorgarla el ordinario sólo con causa grave y urgentísima, como sería el caso de los que, habiendo vivido en concubinato, sin embargo habían sido tenidos por legítimamente casados; b) diligente averiguación sobre las circunstancias personales de los contrayentes y, en particular, sobre su soltería o viudez; c) que el párroco respectivo u otro sacerdote de "experiencia, probidad y doctrina" amonestase a los contrayentes acerca de la necesidad de reconocer la prole y cumplir con ella con los deberes paternos y maternos, en particular, hacerlos bautizar comunicándolo al obispo, so pena que de no hacerlo así el matrimonio se haría público; d) no registrándose este matrimonio en el Libro parroquial, el certificado de haberse contraído debía ser enviado al

---

*indios* Madrid: 1668. Vid. J. Barrientos Grandon, "Literatura jurídica indiana de Derecho Privado" en *Revista de Historia del Derecho Privado* II Santiago: Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereyra, 1999, pp.77 y 78.

<sup>335</sup> La distinción entre matrimonio rato y consumado es atribuida a Graciano. Sobre el aporte de Graciano a la concepción del matrimonio y las diversas teorías que surgieron durante la Edad Media, J. A. Brundage, *Law, Sex and Christian Society in Medieval Europe*. Chicago y Londres: University of Chicago Press, 1987, pp. 236-237.

<sup>336</sup> Donoso, *op. cit.*, 1861, t. II, pp. 151-152; Errázuriz, *op. cit.*, p. 199, N<sup>os</sup> 511 y 512.

<sup>337</sup> J. Hervada X., "La identidad del matrimonio" en *Revista Chilena de Derecho* vol. 7, n.os 1-6 (enero-diciembre 1980), p. 116.



obispo, quien lo archivaría en un Libro *ad-hoc* así como los certificados de los bautizos de los hijos y no haciendo esto en treinta días desde su ocurrencia, se haría público el matrimonio<sup>338</sup>.

### 3. Características

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

3.1. *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 los hijos. Santo Tomás considera también la parte económica, declarando que sólo hombres de mucha fortuna podrían sostener varias familias.

Los colonizadores europeos se encontraron con una general aceptación de la poliginia por parte de los aborígenes americanos, aun cuando en algunos sectores aislados se conoció también la poliandria. Es la poliginia la que va a producir mayores problemas. En efecto, para muchos indígenas, el número de mujeres no sólo implicaba estabilidad sexual para el hombre, sino que tenía un sentido de *status* social: el más rico y poderoso era el que podía darse el lujo de tener mayor número de mujeres. Dejar de lado estas consideraciones resultaba muy difícil para el indígena. Supuso, pues, para los evangelizadores, en especial, los curas doctrineros, una tarea muy ardua el poder convencer a los indígenas, no sólo de abrazar la fe católica, sino que, además, de contentarse con una sola mujer. Como se verá más adelante, Roma otorgó una cantidad de privilegios que coadyuvaran al tránsito de un sistema de matrimonio natural y poligámico al monogámico. A ello, ha de agregarse aun otro problema muy corriente, cual era el de hacer los indígenas caso omiso de las relaciones de parentesco inmediato. El extremo se encontró entre los Incas, quienes practicaron excepcionalmente el matrimonio en el primer grado de consanguinidad colateral, esto es, entre hermanos. Sin ir a caso tan particular, las situaciones de parentesco inmediato eran muy frecuentes. Atendiendo su ocurrencia, la Santa Sede otorgó particulares facultades a los obispos indianos, como se verá más adelante.

3.2. *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 Eglelesia manda nunca el casamiento se destruye...”. La indisolubilidad se discutió mucho en diversos concilios como los de Vannes (465), Adge (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.

3.3. *Sacramento*: el matrimonio entre 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 constitutivos 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

---

<sup>338</sup> Donoso, *Instituciones...*t. 2, p. 183-184.

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.

En lo relativo a los indios, era corriente que no bastara con que estuvieran bautizados para que se les administrase el sacramento del matrimonio. Algunas disposiciones canónicas exigían otros requisitos. Por ejemplo, el primer Sínodo de Quito, de 1570, preceptuaba:

"mandamos que nuestros curas, cuando han de casar indios hagan diligente examen entre los caciques y principales y populares del natural que son los que se han de casar<sup>339</sup>, porque este examen es el que más aprovecha entre los indios, a los cuales que así se casaren ningún cura los case sin que primero los confiese y examine, y si saben las oraciones y den orden cómo las sepan sin que impida el matrimonio"<sup>340</sup>.

#### 4. Requisitos

Hay, en general, en la doctrina canónica bajomedieval acerca del matrimonio dos tendencias fundamentales: una consensualista, en la línea del Derecho Romano<sup>341</sup>, representada fundamentalmente por Pedro Lombardo, el Maestro de las Sentencias<sup>342</sup>, vinculada a la Universidad de París y otra, de mayor influencia germánica, representada por Graciano, el célebre glosador de la Baja Edad Media, vinculada a la de Bolonia.

El primero afirmaba:

"*Efficiens autem causa matrimonii est consensus, non quilibet sed per verba expressus, nec de futuro sed de presenti*"<sup>343</sup>.

El segundo, en cambio, aparecía influido por las prácticas germánicas lombardas, según las cuales había una *Vorlobung*, acuerdo entre el futuro marido y el titular del *mundium* o poder sobre la mujer, y una *Trauung*, acto material de entrega de la mujer, seguido de la

---

<sup>339</sup> Lo que equivaldría a las moniciones o proclamas, pues así se sabría sobre la "soltura" de los contrayentes.

<sup>340</sup> Botero, *op. cit.*, p. 122.

<sup>341</sup> Aunque la opinión común es la de que el matrimonio romano se formaba por el mero consentimiento, hay autores que estiman que el matrimonio constituía un contrato real. Así, M. Ortolan, *Explicación histórica de la Instituta del Emperador Justiniano, con texto, traducción y aclaraciones al fin de cada párrafo. Precedida de una generalización del Derecho Romano, según los textos antiguos y los últimamente descubiertos por [...], profesor de la Facultad de Derecho de París*. Traducida al castellano de la tercera edición francesa y anotada por don José Jimenez-Serrano, doctor en Jurisprudencia. t. I Madrid: La Ilustración, 1847, p. 220: "La opinión generalmente admitida es, que entre ellos se formaba el matrimonio por el mero consentimiento; pero yo, por el contrario, creo que era del número de los contratos reales; y que, como todos ellos, solo existía por la tradición (*re contrahebatur*). Era indispensablemente necesario que hubiese habido entrega de la mujer al marido, que se hubiese puesto á aquella á disposición de éste, y hasta tanto el matrimonio no estaba mas que proyectado". Ducaurroy hacia el distinción entre *nuptiae*, que serían las ceremonias, en que habría sido indispensable la presencia de la mujer, y *matrimonium*, válido por el solo consentimiento. Una visión sintética sobre la concepción del vínculo matrimonial desde el Derecho Romano hasta el *Ius Commune* puede verse en A. Compitelli, "Il vincolo matrimoniale nella prospettiva storica: dalla tradizione romana alla disciplina nell'età del Diritto Comune" en *Il Dret Comú i Catalunya Actes del IX Simposi Internacional Barcelona 4-5 de juny de 1999. La família i el seu patrimoni. Edició d'Aquilino Iglesia Ferrerirós* Barcelona: Fundació Noguera, 2000, pp. 37-55.

<sup>342</sup> Vid. J. de Ghellinck, *Le mouvement théologique du XII siècle* 2a. ed. París: 1948, *passim*.

<sup>343</sup> Citado por Hanisch, *Historia de la doctrina y legislación del matrimonio* en *Revista Chilena de Derecho* vol. 7, n.os 1-6 (enero-diciembre 1980), p. 493.

correspondiente cópula carnal. De ahí que distinguiese entre un *matrimonium initiatum*, por palabras de presente, soluble, y un *matrimonium perfectum*, éste, indisoluble, una vez producida la unión carnal entre los contrayentes:

"*Sciendum est quod coniugium desponsatione initiatur, commixtione perficitur. Unde inter sponsum et sponsam coniugium est initiatum, inter copulatos est coniugium ratum*"<sup>344</sup>.

Hubo canonistas que buscaron un símil civil para estas distinciones asociando el *matrimonium initiatum* a la convención con que se inician la compraventa o la permuta y el *matrimonium perfectum* o consumado, a la tradición por la que se adquiere el dominio<sup>345</sup>.

El Papa Alejandro III distinguió en el *iter matrimonii* tres momentos: *verba de futuro* o esponsales -promesa de matrimonio mutuamente aceptada-; *verba de praesente* o *matrimonium initiatum* o *ratum* en que se produce el consentimiento matrimonial y el *matrimonium consumatum*, una vez producida la cópula carnal<sup>346</sup>.

Una obra doctrinal que resultará de gran repercusión en las *Partidas* de Alfonso X en lo tocante al tema que nos preocupa fue la *Summa de Matrimonio* de San Raimundo de Penyafort. Ella y las *Decretales* contribuyeron a informar la Partida 4a.<sup>347</sup>

4.1. El *mutuo consentimiento* es esencial en el matrimonio desde la Baja Edad Media – *matrimonium facit consensus* o como lo expresaban las *Partidas*<sup>348</sup>: “consentimiento solo con voluntad de casar face matrimonio entre el varon e la mujer”– e insistieron en él el Concilio de Trento, el segundo<sup>349</sup> y tercer Concilios Limenses y la *Recopilación de Indias*<sup>350</sup>. 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 cierta unión de las cosas ordenada a un efecto, realizándose tal unión a través del consentimiento (suplemento a parte 3ª, quaest. 45). Ya en el siglo XIV se había insistido en la libertad con que el matrimonio debía ser contraído<sup>351</sup>. Tanto valor se daba a la libertad para contraer nupcias que en la disposición de Carlos I de 1538 que disponía se casaran en el plazo de tres años los encomenderos, se hacía presente que "no es nuestra

---

<sup>344</sup> Citado por Hanisch, *Historia...*, p. 492.

<sup>345</sup> Hanisch, *op. cit.*, p. 493.

<sup>346</sup> Hanisch, *op. cit.*, p. 490. Nos recuerda este autor que estos conceptos canónicos fueron tomados por los glosadores del Digesto, refiriéndose Accursio al consentimiento matrimonial como *verba de presente*, Baldo a los esponsales como *verba de futuro* y Uguccio a la unión física asimilándola a la *deductio in domum* de los romanos: p. 494.

<sup>347</sup> R. Bidagor, "El Derecho de las Decretales y las Partidas de Alfonso el Sabio de España" en *Acta Congressus Iuridici Internationalis VII saeculo a Decretalibus Gregorii IX et XIV a Codice Iustiniano promulgatis*. Romae, 12-17 novembris, 1934 vol. 3 (1936), pp. 315-384. En las mismas }Actas puede consultarse E. Fernández Regatillo, "El Derecho matrimonial en las Partidas y en las Decretales".

<sup>348</sup> *Partidas*, 4, 2, 5.

<sup>349</sup> Sobre el segundo Concilio limense puede consultarse Vargas, *Historia...*pp. 237-249 y sobre concilios indianos en general, Bruno, *op. cit.*, pp. 179-185.

<sup>350</sup> *Recopilación de Indias*, 6, 1, 2.

<sup>351</sup> *Rec. Cast.* 5, 1, 10 y 11, que devinieron *Nov.*, *Rec.* 10, 2, 2 y 3.

voluntad hacerles apremio, ni vexacion" y se contenía la salvedad de que no pudiesen hacerlo por su edad o por afectarlos algún impedimento<sup>352</sup>.

Será con el influjo del *Ius Commune* en las Partidas que se resalte la norma proveniente del Derecho Romano, recogida por el Canónico<sup>353</sup>, de que el consentimiento de los contrayentes *sui iuris* constituya el matrimonio<sup>354</sup>, si bien también en Roma se requería el de los padres si estaban bajo *patria potestas*<sup>355</sup>. Con el Concilio de Trento, como se verá al tratar de la clandestinidad, el consentimiento deberá ser manifestado *in facie ecclesiae*.

El consentimiento debía llenar varios requisitos:

a) ser *interno*, esto es, querer, efectivamente contraer el matrimonio, pues sin intención de obligarse no hay verdadero contrato<sup>356</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>357</sup>;

b) Ser *mutuo* y *simultáneo* "de manera que el consentimiento del uno tenga lugar mientras permanece o no ha sido revocado el del otro"<sup>358</sup>. No es necesario que se dé personalmente, pues cabe la representación por medio de un apoderado y el matrimonio por carta;

c) Ser *manifiesto*, exteriorizándose por palabras o signos equivalentes, como sería en el caso de los mudos, todo ello expresado de acuerdo al ritual de la Santa Madre Iglesia<sup>359</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 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>360</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.

---

<sup>352</sup> *Rec. Ind.* 6, 8, 36.

<sup>353</sup> "*Sufficiat secundum leges solus eorum consensus de quorum coniunctionibus agitur*" según rescripto del papa Nicolás I a los búlgaros en 866 cit. por Hanisch, *Historia*..., p. 491.

<sup>354</sup> Como lo afirmaba Ulpiano, D. 35. 1. 15: "*...nuptias enim non concubitus sed consensus facit*".

<sup>355</sup> *Tituli ex corpore Ulpiani* 5.2: "*Iustum matrimonium est, si inter qui nuptias contrahunt connubium sit, et tam masculum puber quem femina potens sit et utrique consentinat si sui iuris sint, aut etiam parentes eorum si in potestate sint*".

<sup>356</sup> Había, sin embargo, algunos canonistas que estimaban que bastaba el consentimiento externo: Donoso, *Diccionario*... T. III, p. 406.

<sup>357</sup> R. I. Peña-Peñaloza, "Archivo de la Curia Eclesiástica de Córdoba. Legajo 194 Divorcios y Nulidades de matrimonio (1688-1745) Tomo I, 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* N° 13, p. 195 (Santiago, 1987).

<sup>358</sup> *Ibidem*.

<sup>359</sup> Peña-Peñaloza, *Ibidem*.

<sup>360</sup> Errázuriz, *op. cit.*, p. 201, quien expresa que tal clase de matrimonio "no se admite ahora por la Iglesia".

Si en la unión entre indígenas se daba este consentimiento entre los contrayentes, debía considerarse que había matrimonio. En el *Catecismo* de 1576 de fray Dionisio de Sanctis se expresaba:

"Primeramente presuponemos que hay matrimonio verdadero entre los infieles como no sea hecho contra impedimento natural. Porque el matrimonio es ministro de natura para la multiplicación del género humano. Lo cual no se hace por los fieles sino por los infieles también..."<sup>361</sup>

La posible intervención de cualesquiera personas o autoridades coartando la libertad del indígena para contraer matrimonio fue enfáticamente desestimada por la Corona. El enunciado de la siguiente disposición no deja lugar a dudas:

"Es nuestra voluntad, que los Indios, é Indias tengan, como deben, entera libertad para casarse con quien quisieren, así con Indios, como con naturales de estos nuestros Reynos, ó Españoles, nacidos en las Indias, y que en esto no se les ponga impedimento. Y mandamos que ninguna orden nuestra, que se hiubiere dado, ó por Nos fuere dada, pueda impedir ni impida el matrimonio entre los Indios, é Indias con Españoles, ó Españolas, y que todos tengan entera libertad de casarse con quien quisieren, y nuestras Audiencias procuren que así se guarde, y se cumpla"<sup>362</sup>.

No obstante el evidente deseo real expresado en la norma transcrita, hubo gente que consideraba un verdadero derecho el determinar los matrimonios de los indígenas a ellos encomendados. Uno de los casos más violentos fue protagonizado por una de las criollas de peor reputación que hubo en Chile, la poderosa Catalina de los Ríos y Lisperguer, apodada *La Quintrala*.

"Era doña Catalina tan dueña de sus esclavos e indios que disponía como de cosa propia, no sólo de sus cuerpos para el arduo trabajo y las flagelaciones reclamadas por su sadismo, sino también de su destino espiritual y de sus afectos íntimos. [...] Eso de casar los indios a su antojo era cosa que la obsesionaba, y que creía inherente a su soberano albedrío, jamás doblegado"<sup>363</sup>.

El cura de La Ligua, que intentó impedir esta intromisión de la encomendera en los matrimonios de sus encomendados, fue objeto de un apaleo que casi acabó con su vida y muy malos ratos debió pasar, por actitudes semejantes el obispo de Santiago Francisco de Salcedo.

También se preocupó la Corona de velar por la plena libertad para el matrimonio de las sucesoras de encomiendas ordenando que los virreyes y gobernadores no trataran ni concertaran casamientos de sus deudos y parientes

"y las dexen casar y tomar estado con la libertad, que tan justa y debida es, procurando que sea con las personas más a propósito para nuestro servicio, paz, conservacion y aumento de aquellas Provincias."<sup>364</sup>

El cumplimiento de esponsales podía eventualmente implicar una coacción indebida por parte del tribunal eclesiástico hacia la persona del promitente, lo que conduciría a un

---

<sup>361</sup> Lo trae Aznar, *El matrimonio en Indias...* (Valparaíso, 1986), p. 17, n. 12.

<sup>362</sup> *Rec. Ind.* 6, 1, 2. Al saberse que en el Perú había caciques que tenían encerradas mujeres para usar de ella a las que se coartaba la libertad para casar con quien quisiesen, se extendió cédula prohibiéndoselo: M. J. de Ayala, *Diccionario de Gobierno y Legislación de Indias* Revisión, nota e índices por Laudelino Moreno II Madrid: Compañía Ibero-Americana de Publicaciones S. A., s.d., p. 338, no.s 8 y 9.

<sup>363</sup> J. Eyzaguirre, "La Quintrala en lucha con la Iglesia" en *Viejas Imágenes*. Santiago: Editorial Difusión S.A., 1947, pp. 25 y 30.

<sup>364</sup> *Rec. Ind.* 3, 3, 32.

matrimonio carente de libertad<sup>365</sup>. Al tratar del tema de los recursos de fuerza, el regalista José de Covarrubias los admitía frente a abusos de los tribunales eclesiásticos en la aplicación de censuras y medidas coactivas en esta materia. Recuerda que hay dos disposiciones canónicas aparentemente contradictorias: una, de Alejandro III, comunicada al obispo de Poitiers, que admite la fulminación de censuras para lograr que se produzca el matrimonio, y otra, de Lucio para el cual *matrimonia semper debeant essere libera*. La contradicción sería aparente tan sólo, pues lo que ambas normas buscarían sería la celebración en definitiva de un matrimonio cuyos esponsales hubieran sido pactados con libertad, permitiendo Alejandro III que se invocasen situaciones de causa razonable para no contraer nupcias. Le parece, sin embargo difícil que puedan imponerse coactivamente los matrimonios:

"Bien podrá el Eclesiástico apremiar al renitente [sic] a que reduzca a Matrimonio los esponsales: ¿pero quién le dará el afecto que sólo hace felices los matrimonios? *Amor non imperatur*: las voluntades son libres; los matrimonios penden de la libertad de los consentimientos"<sup>366</sup>

Llega a la conclusión de que sólo podrían los tribunales eclesiásticos imponer censuras a los renitentes después de haber procurado todos los medios y arbitrios que prescriben la equidad y la prudencia, de modo de no coartar la libertad que debe imperar en materia matrimonial. Hace presente que aun P. 4, 1, 7 daba posibilidades de excusarse al que dio palabra de matrimonio si hubiese causa legítima -"excusacion alguna derecha, atal que deuiesse valer"<sup>367</sup>;

d) Ha de ser *público* otorgándose el consentimiento *in facie ecclesiae* por disposición tridentina<sup>368</sup>. Contribuía a la publicidad del matrimonio la presencia de testigos y padrinos. Si bien estos últimos no eran indispensables para validez del matrimonio, había algunas normas reales al respecto. Así, *Rec. Ind.* 2, 16, 48 vedaba a presidentes, oidores, alcaldes y fiscales ser padrinos de matrimonios o bautismos y a los vecinos serlos de los suyos. En cambio, los ministros estaban autorizados para participar como tales. Por regla general se prohibía a esas autoridades aun la asistencia a desposorios y casamientos "si no fuere en casos muy señalados y forzosos"<sup>369</sup>;

e) *Libre*, esto es, exento de vicios como lo son la clandestinidad, fuerza o error. Constituía fuerza la venta de las hijas en matrimonio, costumbre indígenea totalmente repudiada

---

<sup>365</sup> Por esa misma razón, el Derecho Romano clásico no admitía demandas de cumplimiento de esponsales -"*libera esse debent matrimonia*": F. Schulz, *Derecho Romano Clásico*. Traducción de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro, Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1960, p. 105.

<sup>366</sup> Covarrubias, *op. cit.*, p. 219.

<sup>367</sup> Covarrubias, *op. cit.*, p. 220.

<sup>368</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 mayores formalidades, que en la España medieval recibió el nombre de matrimonio a juras, 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": J. Beneyto Pérez, *Manual de Historia del Derecho Español*— 2ª ed.— Zaragoza: Librería General, 1948, p. 236.

<sup>369</sup> *Rec. Ind.* 2, 16, 49.

"pues no se contraen los matrimonios con libertad por hacer las Indias la voluntad de sus padres..."<sup>370</sup>.

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 religiosas como civil accedieron<sup>371</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>372</sup>, situación que solía darse entre los indios y a la que expresamente se refiere Juan de Matienzo<sup>373</sup>. Particular cuidado se tuvo en América en que los padres no amenazasen a sus hijos para contraer matrimonio ni los amos a sus esclavos<sup>374</sup>;

f) Debe ser *absoluto* y *no condicionado* en opinión de la mayor parte de los canonistas<sup>375</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.

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. Sobre la necesidad de un mandato especial y las precisiones del Hostiense acerca de las expresiones que pueden adoptar el mandatario y la contrayente nos manifiesta un texto procesal canónico:

*"Procurator ad contrahendum matrimonium non aliter censetur idoneus nisi ad hoc habuerat speciales mandatum, suple et sum causa personali, ut in lege Generalem, in glosa alias Et generali"*<sup>376</sup>. *Uterque debeat verba que sensus exprimere quando matrimonium contrahitur inter absentes per procuratorem plene notat Hostiensis in suma de sponsalibus, \*Qualiter in sponsalibus etc. Dicit sic procurator: "Promito tibi de mandato talis domini me et in nomine iusdem quod ipse ducet te in uxorem et hoc in animam suam iuro". Ipsa vero potest respondere: "Promito tibi nomine domini tui recipienti et sibi per te, quod ego ducam ipsum in virum nisi per ipsum steterit et hoc iuro". In nuntio autem dicit: "Sic dominus meus salutat te te mandat tibi quod ipse per me sive me mediante cipit te in suam et consentit in te tanquam in uxorem". Ipsa respondebit: "Et ego mediante te recipio dominum tuum et meum et in ipsum consencio tanquam indominum et maritum". Vel brevius dice sic: "Consencio hiis que michi nunciasti"., Hostiensis in summa et in lege Generalem"*<sup>377</sup>.

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

---

<sup>370</sup> *Rec. Ind.* 6, 1, 6.

<sup>371</sup> Archivo Capitanía General, vol. 214, fs. 270-273 v., juicio de Antonio Arredondo para casar con María de la Luz Cuevas.

<sup>372</sup> Solórzano, *De Indiarum...*, Lib. 2, Cap. 20.

<sup>373</sup> J. de Matienzo, *Commentaria in Librum V Recollectionis Legum Hispaniae* (Matriti, 1580), rubr. al tít. 1, lib. 5, N° 208 se refiere a "de ebrietate Indiorum".

<sup>374</sup> Paladínamente lo trae el IV Concilio Mexicano de 1771: Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares, vol. LXXIX, fs. 693 y ss.

<sup>375</sup> Donoso, *op. cit.*, 1861, t. II, p. 155.

<sup>376</sup> Glosa a Clem. 1.6.3, edic. Lyon 1554, col. 64-65

<sup>377</sup> *Formulario de Sabagún* agregado a Martínez de Zamora, *op. cit.*, Apéndice III, p. 212.

Alfonso María de Ligorio<sup>378</sup>. Se recomendaba no celebrar matrimonios por poder a menos de autorización del obispo<sup>379</sup>.

4.2. *Potencias*. De acuerdo al 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.

4.3. *Sacramentos*. 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 que 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>380</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 y aun cuadrinubio. Aun personas de edad insistían en nuevo matrimonio. En una carta de 1773 dirigida por Manuel de Salas desde Lima se lee:

"Las novedades que hay en Lima más remarcables son [...] Les ha entrado a los viejos de esta ciudad una lujuria espantosa y así se ha casado nuestro sargento mayor Don Francisco Robles (que aun no hace ocho meses que enviudó) con la hija mayor de D. Joaquín de Mendoza, que es una perfectísimamente simple. También se ha casado don Manuel del Campo (viudo aun más fresco) con Doña Ignacia Arambu, que anda cerca de los sesenta años..."<sup>381</sup>

4.4. *Presencia de los ministros del sacramento*. Se discutió entre los teólogos y canonistas<sup>382</sup>, sobre todo después de las disposiciones tridentinas, que exigían la presencia del párroco o un delegado suyo en el matrimonio, quiénes serían los ministros del sacramento. El canonista chileno Crescente Errázuriz lo dice palmariamente: "son ministros del sacramento del matrimonio los mismos contrayentes"<sup>383</sup>. La doctrina más antigua de la

---

<sup>378</sup> Donoso, *op. cit.*, 1861, t. II, p. 156.

<sup>379</sup> Errázuriz, *op. cit.*, p. 201, N° 514.

<sup>380</sup> Panero, *op. cit.*, pp. 304-305.

<sup>381</sup> *Escritos...cit.* t. 3, p. 122.

<sup>382</sup> Donoso, *Diccionario...t.* III, pp. 398-399.

<sup>383</sup> Errázuriz, *op. cit.*, p. 201, N° 516.



Iglesia es la de que los contrayentes 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 Tournely, 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.

Sobre la materia y forma, los teólogos y canonistas que estaban por la doctrina de que el sacerdote es el ministro, abogaban que la materia era el contrato legítimo y la forma, la bendición sacerdotal. Los que consideran a los contrayentes como ministros adoptaron diversas opiniones en cuanto a terminar la materia y forma: para algunos, las palabras del que primero expresa el consentimiento eran la materia y las del segundo, la forma. Para otros, la materia sería el consentimiento interno de los contrayentes y la forma, las palabras con que lo expresan. “Más común es, empero, la opinión de los que asignan por materia, la mutua tradición de los cuerpos y por forma la mutua aceptación de los contrayentes, expresada con palabras o signos exteriores”<sup>384</sup>.

## 5. Impedimentos.

5.1. *Aspectos preliminares*: En términos generales, impedimento es la oposición, obstáculo o embarazo para la ejecución de alguna cosa<sup>385</sup>. Viene de *impedimentum* que quiere decir estorbo o embarazo para hacer algo. Es impedimento del matrimonio todo obstáculo moral o inhabilidad para la lícita o válida celebración del mismo, haciéndolo o bien nulo o bien ilícito. *Impedimentos dirimentes* son los que quitan al matrimonio el carácter de sacramento o, como dice Donoso, “no sólo impiden que el matrimonio sea lícito, sino que lo invalidan e irritan”<sup>386</sup>. Los *impedientes* o *meramente impedientes* o *prohibitivos* son los “que sin invalidarlo, impiden su lícita celebración”<sup>387</sup>. El Derecho Canónico, reconociendo ciertos antecedentes no bien categorizados por el Romano, acuñó las dos clases de impedimentos para el matrimonio ya referidas: los dirimentes, que anulan o hacen írrito el matrimonio y los impedientes, que sin anularlo tornan ilícita su celebración. Si se les mira positivamente, el conjunto de impedimentos en realidad señala requisitos del matrimonio, que pueden ser absolutos o relativos. Los primeros impiden el matrimonio con todo tipo de personas; los segundos, sólo con algunas.

Aunque el Derecho Romano, como se ha dicho, no conoció la expresión “impedimento”, concibió diversos obstáculos para la existencia o validez de la institución matrimonial, la que, era más bien una situación de unión de marido y mujer que, iniciada por el consentimiento, era continuada por la *maritalis affectio*. No obstante la índole pagana de su origen y su original fundamentación en la agnación, muchas de estas disposiciones no

---

<sup>384</sup> Donoso, *Diccionario...*, t. III, p. 400.

<sup>385</sup> J. Escriche, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense Con citas del derecho, notas y adiciones por el licenciado Juan Rodríguez de San Miguel* Edición y estudio introductorio por María del Refugio González. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1993, p. 303.

<sup>386</sup> "Írrito" es expresión canónica que significa nulo, sin fuerza u obligación: Escriche, *op. cit.*, p. 346.

<sup>387</sup> Donoso, *op. cit.*, 1861, t. II, p. 156.

hacían sido reflejar el Derecho Natural por lo que fueron absorbidas por el Derecho Canónico, que les dio un tono evangelizador. Impedían el matrimonio romano:

1. *Ligamen no disuelto*, pues el matrimonio romano siempre fue monogámico, aunque, a través del divorcio, se pudiera tener muchas mujeres sucesivamente. Incurría en infamia quien, en vida de su mujer y no divorciado de ella, contrajese nuevo matrimonio<sup>388</sup>;

## 2. *Parentesco*

a) cognaticio -esto es, el de sangre, que fue cobrando fuerza sobre todo en el derecho postclásico y justiniano-, en toda la línea recta<sup>389</sup> y, en la colateral, varió según las épocas: para Justiniano, el matrimonio se prohibió cuando entre los colaterales hubiera una distancia de sólo un grado respecto del progenitor común;

b) adoptivo, en toda la línea recta, aunque se disolviera la adopción<sup>390</sup> y en la colateral hasta el 3er. grado a menos que se saliera de la adopción;

c) por afinidad, en toda la línea recta y en la colateral hasta el 2o. grado (cuñados);

d) por pública honestidad, se prohibía el matrimonio entre un cónyuge y los hijos que el otro hubiera tenido después del divorcio, aunque propiamente no hubiese existido relación parental<sup>391</sup>.

3. *Delito*: se prohibió, desde Augusto<sup>392</sup>, el matrimonio entre la adúltera y su cómplice y desde Justiniano, entre el raptor y la raptada<sup>393</sup>.

4. *Motivos sociales, militares, éticos y religiosos*: a) según las épocas estuvo prohibido el matrimonio entre ingenuos y libertos, senadores y descendientes en tercer grado con libertad o mujeres de abyecta condición; b) también se prohibió el matrimonio al magistrado en provincia, con mujer provincial hasta que cese en el cargo; al tutor con la pupila hasta la rendición de cuentas; a la viuda antes de los diez meses siguientes a la disolución del matrimonio para evitar la *turbatio sanguinis*<sup>394</sup>.

Discutida cuestión fue la de determinar si el establecimiento de impedimentos impeditivos y, sobre todo dirimentes, correspondía a la Iglesia Católica, al Estado o a ambos. Como se ha visto, había impedimentos basados en el Derecho Natural antes de la existencia del cristianismo. Más tarde, el Estado los estableció influido por el pensamiento

---

<sup>388</sup> Para Valeriano "*eum qui duas simul habuit uxores, sine dubitatione comitatur infamia*" dando normas similares Diocleciano y Maximiano: C. 9, 9, 18 y 5, 5, 2.

<sup>389</sup> "*Inter parentes et liberos infinite, cuiuscumque gradus, connubium non est*": Ulp. Reg. t. 5, \*5.

<sup>390</sup> "*Et haec adeo ita sunt, ut quamvis per adoptionem parentum liberorumve loco sit esse coeperint, non possint inter se matrimonio iungi: in tantum ut, etiam dissoluta adoptione, idem iuris maneat. Itaque eam, quae tibi per adoptionem filia vel neptis esse coeperit, non poteris uxorem ducere, quamvis eam emancipaveris*": Instit. 1, 1, 1.

<sup>391</sup> Instit. 1, 1, 9: "*si uxor tua post divortium ex alio filiam procreaverit, haec non est quidem provigna tua, sed Iulianus ab huiusmodi nuptiis abstinere debere ait: nam nec sponsam filii nurum esse, nec patris sponsam novercam esse: rectius tamen, et iure facturos eos, qui huiusmodi nuptiis se abstinerint*".

<sup>392</sup> *Lex Iulia de adulteriis et de pudicitia*: ley votada bajo el gobierno augusteo, posiblemente, hacia el 18 a. C., para reprimir el adulterio y el estupro, dificultando el divorcio: D. 48, 5 y C. 9, 9.

<sup>393</sup> D. 48, 6, 5, 2 y C. 9, 13.

<sup>394</sup> Panero, *op. cit.*, pp. 296-298.

de la Iglesia, como se advierte en constituciones de diversos emperadores romanos cristianos. Desde el Concilio de Trento, no cabe duda del derecho de la Iglesia para establecerlos.

El jansenismo, que ejerció una influencia bastante fuerte en la España del siglo XVIII, la cual veía en muchas de sus doctrinas una salvaguarda frente a los avances de la Curia Romana, estimó que el derecho de imponer impedimentos dirimientes correspondía originariamente al Estado y que la Iglesia había adquirido potestad para ello por concesión de la autoridad civil. Al terminar el siglo, Pío VI, por medio de la bula *Auctorem fidei*, de 28 de agosto de 1794, condenó esta doctrina como herética<sup>395</sup>. La facultad de los obispos para dispensar impedimentos dirimientes les competía por autorización de la Sede Apostólica, según lo había determinado Benedicto XIV en *De Synodo Diocesana*<sup>396</sup>.

Hasta entonces habían existido varias teorías, que iban desde la católica radical hasta la laica radical, con una serie de situaciones intermedias. Algunos como Tournely, Gerbais y Semelier, estimaban que había que tomar un término medio acogiendo tanto la posibilidad de que la Iglesia como el Estado fijaran impedimentos. San Roberto Belarmino y el teólogo curialista Devoti estimaban que los Estados no podía establecer impedimentos porque, siendo el matrimonio sacramento, no podría estar sujeto a las leyes civiles. Para el jesuita Tomás Sánchez,

*“nec obstat Principis saecularis potestati matrimonium esse sacramentum, quia eius materia est contractus civilis, qua ratione perinde potest illud ex iusta causa irritare ac si sacramentum non esset”.*

Solórzano, basándose en Sánchez<sup>397</sup>, era enfático en cuanto a la capacidad del monarca para establecer impedimentos:

*“principes posse iustis de causis impedire subditorum matrimonia sed non cogere...”*<sup>398</sup>.

En sus *Commentaria in Legum Indicarum Recopilationum* el oidor de la Audiencia de Chile Juan del Corral Calvo de la Torre argüía sobre la facultad del poder civil de establecer impedimentos recurriendo a una razón negativa. No habiendo sido prohibido por el Derecho Canónico, para lo que se requeriría de norma expresa, debía entenderse que estaba permitido. Se fundaba para ello en Santo Tomás y el *Curso Moral Salmantino* de los carmelitas<sup>399</sup> así como en las opiniones de Martín Bonasina y Tomás Sánchez<sup>400</sup>. Además, siendo mirado el matrimonio como un contrato civil, el Estado podía dejarlo sin efecto por

---

<sup>395</sup> J. Donoso, *Diccionario teológico, canónico, jurídico, litúrgico, bíblico, etc.* Valparaíso: Imprenta i Librería del Mercurio, 1857, t. III, p. 43.

<sup>396</sup> Benedicto XIV, *De Synodo Diocesana*, Venetiis, 1787, 2 t.; Peña, *Notas... cit.*, p. 327 y V. De Justis, *De dispensationibus matrimonialibus*, Venetiis, 1739. Un ejemplar de este tratado perteneció a Monsr. José Ignacio Víctor Eyzaguirre y fue legado a la Biblioteca Nacional mediante su testamento de 18 de diciembre de 1873. Un interesante estudio basado en las dispensas es el de I. Dubert, "Estudio del parentesco a través de las dispensas de matrimonios y de los archivos parroquiales en la Galicia del Antiguo Régimen. Primera aproximación" en J. C. Bermejo Barrera (coord.), *Parentesco, Familia y Matrimonio en la Historia de Galicia*. Santiago de Compostela: 1988, pp. 167-181.

<sup>397</sup> *Disputationum de Sancto Matrimonii Sacramento*, lib. 4 disp. 22 in fine.

<sup>398</sup> *De Indiarum iure; sive de iusta Indiarum Occidentalium Gubernatione* t. II Lugduni, 1672, fol. 780.

<sup>399</sup> *Collegii Salmanticensis...* cit. El T. II trae el *Tractatus II De Sacramento Matrimonii*, pp. 67-288.

<sup>400</sup> González Lizama y Castelleti, *op. cit.*, p. 170.

motivaciones de bien común. Recogía en esto la postura del padre Sánchez, quien distinguía en el matrimonio dos aspectos: contrato civil y sacramento:

*"Si enim potest Princeps secularis alios contractus matrimonii contractum? Cum id quando, idem bonum commune postulet. Nec obstat Principis secularis potestati, matrimonium esse sacramentum, quia eius materia est contractus civilis, qua ratione perinde potest illud ex iusta causa iusta irritare, ac si sacramentum non esset: reddendo personas inhabiles ad contrahendum, & sic illegitimum, & invalidum contractum. Si enim nudam sacramenti rationem attendamus, nec Pontifex circa illud disponere posset; illud disolvens: eiusque potestas ex ratione contractus humani, qui est materia huius sacramenti, confurgit"*<sup>401</sup>.

Igual distinción hacía el canonista granadino Basilio Ponce de León, para el cual, aun antes de Cristo, por Derecho Natural, existía el matrimonio como contrato:

*"Matrimonium, ut in superioribus dictum est, non solum Sacramentum est a Christi institutione, sed ante Christi institutionem a principio conditionis humanae contractus quidam iuris naturalis est. Ex quo efficitur inter homines potestatem esse explicandi, & etiam statuendum quae personae habiles essent, & ad ineunda coniugia, & ad huiusmodi contractum celebrandum, sicut & circa reliquos civiles contractus disponit, atque decernit."*<sup>402</sup>

Por otra parte, comentaba Corral, la común creencia, desde el Derecho Romano, de que el poder civil podía imponer impedimentos, lo que efectivamente había sido llevado a la práctica por larguísimo tiempo, daba pie para considerar legítima la intervención civil en ello. Sin embargo, por la conexión del matrimonio con el Derecho Canónico, correspondía a los tribunales eclesiásticos conocer de estas cuestiones.

El regalista peruano tardío Francisco de Paula González Vigil estimaba que sólo al Estado correspondía la facultad indicada:

*"Los gobiernos seculares tenían facultad de establecer impedimentos dirimentes del matrimonio [...] tan propia suya era dicha facultad, que á ellos solos convenía con exclusion de la autoridad espiritual"*<sup>403</sup>.

El también regalista José de Covarrubias opinaba que correspondía a los príncipes ocuparse de que los matrimonios contraídos por sus súbditos no se opusieran al decoro dispuesto por la naturaleza y el bien del Estado. Por ello, podía reglar sus condiciones de modo que, no observándose las reglas prescritas como esenciales, el matrimonio fuera nulo o, cuando menos, no contraído válidamente. Esta práctica inveterada, que se remontaba a los romanos no se había abrogado.

*"La Religión no ha privado a los príncipes de un derecho inseparable de su Corona"*<sup>404</sup>.

Como muchos, distinguía entre el contrato matrimonial, cuya regulación competía a la Corona, y el sacramento, normado por la Iglesia. Hacía particular referencia a la posibilidad del poder civil de imponer como impedimento dirimente la validación por los padres de los matrimonios de los hijos menores de 25 años y citaba al efecto las opiniones del canciller francés D'Aguesseau. La Iglesia galicana constituía un ejemplo digno de imitar, pues "se guardaba mucho de honrar con el nombre de sacramento una union que

---

<sup>401</sup> La cita la traen González Lizama y Castelletti, *op. cit.*, p. 172 y González Vigil, *op. cit.*, *Disertación 11a.*, p. 9. Coing, *op. cit.* hace referencia a lib. II, disp. 7 y Lib. III, disp. 3 del mismo Sánchez.

<sup>402</sup> La traen González Lizama y Castelletti, *ibidem*.

<sup>403</sup> González Vigil, *Defensa... Disertación undécima, passim*.

<sup>404</sup> Covarrubias, *op. cit.*, p. 215. El subrayado es mío.

las constituciones del Príncipe y la misma naturaleza reprobaban igualmente<sup>405</sup>. Con todo, reconocía a la Iglesia la facultad de imponer impedimentos dirimentes

"porque tiene por objeto a un mismo tiempo la utilidad de la Iglesia, y bien espiritual; y el interés de la sociedad civil. Jesucristo no se entrometió en la potestad de los Príncipes prohibiendo el divorcio que estaba permitido por las leyes civiles, y por la Ley de Moyses: luego ha podido dexar á los Pastores que envió, como su Padre que lo había enviado, una autoridad de la misma naturaleza, *sin tocar las regalías de la Corona*<sup>406</sup> .

Los impedimentos que la Iglesia intentara imponer carecían de valor hasta que fueran autorizados por los príncipes. Tal pase se fundaba por una parte, en el deber de éstos de impedir la introducción de nuevos usos que pudiesen alterar la tranquilidad de la Iglesia en sus Estados y, por otra, en que debían examinar, dada su calidad de primeros magistrados políticos, si las leyes propuestas eran conducentes al bien general de la sociedad<sup>407</sup> .

5.2. *Impedimentos impediéntes*: Los impedimentos impediéntes, meramente impediéntes o prohibitivos son ciertas prohibiciones que impone la autoridad que, sin afectar a la validez del matrimonio, lo hacen ilícito. Se los recordaba nemotécnicamente con un verso: *Ecclesiam vetitum, tempus, sponsalia, votum*.

1. *Ecclesiae vetitum* era tanto la prohibición dispuesta por la Iglesia a través de ley general, cuanto el mandato especial prohibitivo del superior eclesiástico respectivo. Entre los primeros, se encontraba el veto de contraer matrimonio con excomulgados denunciados, herejes<sup>408</sup> , sin el consentimiento paterno, amonestaciones o proclamas o carecer de instrucción religiosa y otros. En cuanto a los segundos, desde el obispo hasta el párroco podían impedir algún matrimonio, sea para averiguar si existen impedimentos dirimentes o si hay legítima oposición al matrimonio (por ejemplo de alguien con quien se ha contraído esponsales previos), etc.

Dentro de este impedimento debe considerarse el que afectaba a la viuda que contraía matrimonio antes de transcurrido un año desde la muerte de su marido. El matrimonio era válido, pero la mujer perdía las arras y liberalidades que su marido le hubiese hecho, *mortis causa* y entre vivos, además de caer, conjuntamente con su nuevo cónyuge, en infamia<sup>409</sup>. Podía contraerlo con autorización real y le era permitido pactar esponsales. Distinta disposición provino de Enrique III, quien en 1401 mandó

"que las mugeres viudas puedan libremente casar dentro en el año que sus maridos murieren, m con quien quisieren, sin alguna pena y sin alguna infamia ella ni el que con ella casare, no obstante

---

<sup>405</sup> Covarrubias, *op. cit.*, p. 217.

<sup>406</sup> Covarrubias, *op. cit.*, p. 215.

<sup>407</sup> *Ibidem*.

<sup>408</sup> Se hace presente la existencia de este impedimento impediénte en un juicio de nulidad de matrimonio por disparidad de culto, que termina en una transacción: *Vid.* Archivo Arzobispado de Santiago exp. en 303, caja 1182.

<sup>409</sup> P. 4, 12, 3. El Derecho Romano había contemplado el *tempus luggendi* que siendo originalmente de diez meses, fue ampliado a un año por Justiniano para evitar la *turbatio sanguinis*, mezcla de sangre. Ulpiano aducía que ello debía cumplirse aunque el marido no mereciera por su conducta ser llorado: Panero, *op. cit.*, p. 298.

qualesquier leyes de Fueros y Ordenanzmientos, y otras qualesquier leyes que en contrario sean fechas y ordenadas, las quales anulamos y revocamos..."<sup>410</sup>.

Fuera que la viuda casara o no dentro del año de viudedad, debía reservar para los hijos del primer matrimonio lo que hubiese adquirido del consorte difunto por sucesión universal, testamentaria o *abintestato*, o por legado o donación o arras<sup>411</sup>.

2. *Tempus*: era la prohibición de nupcias solemnes en algunas épocas del año: desde el domingo primero de Adviento hasta Epifanía y desde el miércoles de ceniza hasta la octava de Pascua inclusive. Se discutía entre los teólogos si en estos períodos sólo se prohibía la solemnidad de los matrimonios o si también incluía la celebración misma de ellos, que era lo que se practicaba en Francia. En Hispanoamérica, en cambio, sólo se vedaban las bendiciones solemnes conocidas vulgarmente como *velaciones*. Consecuencialmente, en las épocas señaladas, Cuaresma y Adviento, que la Iglesia consideraba de penitencia, sólo se daba una bendición simple al matrimonio, reservándose para el tiempo no prohibido las velaciones. Al casarse muchos en los tiempos litúrgicos señalados, terminaban por olvidarse que les faltaba la bendición solemne. Varios sínodos indianos se preocuparon del tema. Por ejemplo, en los de Tucumán, de 1597 y Paraguay y Río de la Plata, de 1603, se dispuso que, si el matrimonio se produjera en tiempo hábil para las velaciones, éstas se hicieran conjuntamente con la boda. Si no fuese así, en cuanto se abriese el período en que aquéllas fueran factibles, se las llevase a cabo<sup>412</sup>. Por su parte, la constitución XII del título VIII del Sínodo de Santiago de 1763 mandó se practicasen dentro de los tres meses siguientes. Pasados éstos, los párrocos debían compeler con censuras a los contrayentes para que lo hicieran y no podía llevar obvenções hasta que se practicase la velación<sup>413</sup>. El IV Concilio Limense de 1772 se preocupaba, a su vez, de que no se omitieran las bendiciones del matrimonio por mezquinos intereses pecuniarios:

"Asimismo [los párrocos] los exhortarán [a los contrayentes] á que reciban sin dilacion las bendiciones de la Iglesia, siendo tiempo en que no está prohibido el hacerlo, y para que no suceda que los párrocos suspendan los casamientos por no percibir ó asegurar los derechos que señalan los aranceles por las bendiciones ó las velaciones, siendo escándalo de que por un corto interés temporal los priven de la gracia del sacramento y de lo que puede ser remedio para la salvación de un alma de que deben dar cuenta á Dios, el presente concilio manda que siendo gente miserable, cuyo porte, traje, y modo de vivir manifieste pobreza, contestada por dos testigos, no suspendan ni dejen de casarlos y velarlos por

---

<sup>410</sup> *Rec. Cast.* 5, 1, 3, que devino *Nov. Rec.* 10, 2, 4.

<sup>411</sup> P. 5, 13, 26: "Marido de alguna muger finando, si casasse ella despues con otro, las arras e las donaciones, que el marido finado le ouiesse dado en saluo fincan a sus fijos del primer marido, e deuenlas cobrar, e auer despues de la muerte de su madre: e para ser seguros desto los fijos, fincanles por ende obligados, e empeñados calladamente todos los bienes de la madre".

<sup>412</sup> D. Rípodas, "El Sínodo del Paraguay y Río de la Plata I. Su valoración a la luz del Sínodo de Tucumán I" en *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano Madrid 17-23 de enero de 1972. Actas y Estudios*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1973, p.265. El sínodo tucumano de 1597 más los de 1606 y 1607 fueron publicados por J. M. Arancibia y N. C. Dellaferrera, *Los sínodos del antiguo Tucumán celebrado por fray Fernando de Trejo y Sanabria, 1597, 1606, 1607, edición crítica con introducción y notas preparada por [...]* Buenos Aires: Edic. de la Facultad de Teología de la Pontificia Universidad Católica Argentina, 1979. Las normas sobre matrimonio de estos sínodos ha sido estudiada por N. C. Dellaferrera, "El matrimonio en las sinodales del obispo Trejo" en *Anuario Argentino de Derecho Canónico*, vol. 6. Buenos Aires: 1999.

<sup>413</sup> *Sínodos 2, op. cit.*, pp. 174-175.

falta de los derechos, y podrán (si lo hubieren por conveniente) dar las bendiciones en la misa que se debe decir en el día de fiesta ó en alguna de las misas rezadas que se digan en las parroquias"<sup>414</sup>.

Como los párrocos debían confeccionar un padrón de confesiones y comuniones en Cuaresma, se les encargaba que aprovecharan la ocasión para informarse sobre los casados que aun no hubiesen sido velados, a fin de que se cumpliera con esta obligación eclesiástica<sup>415</sup>.

Para los indígenas había norma especial, ya que Paulo V había otorgado privilegio para que pudiesen ser velados en cualquier día del año<sup>416</sup>.

Por breves de Gregorio XIII y Paulo V, mandados cumplir por Fernando VI en 1754, se concedía a los párrocos de Perú y Santa Fe facultad para casar a sus feligreses sin licencia de los obispos respectivos, provisos o vicarios generales o particulares a menos que fuesen vagos o extranjeros, haciendo por sí mismos las informaciones de libertad, sin necesidad de dar aviso a sus obispos, lo que ya estaba ordenado por real cédula de 18 de junio de 1743<sup>417</sup>.

3. *Esponsales*: tener palabra de matrimonio dada a otra persona y aceptada por ésta, sin hacer nulo el nuevo matrimonio, lo hacía ilícito<sup>418</sup>. Habiendo tratado con latitud el tema, me remito a lo ya expresado.

4. *Voto simple de castidad*, lo que excluía los votos solemnes, que producían, como se verá, impedimentos dirimentes. Se consideraba entre los votos simples los de llevar vida casta, entrar en alguna congregación u orden religiosa, recibir los órdenes sagrados, no casarse, todos ellos dispensables. De no producirse la dispensa, el matrimonio, siendo válido, se hacía ilícito. Afirma un canonista que

“[E] que casó teniendo hecho voto simple de castidad, debe cumplir el voto en cuanto puede; *ideoque non licet ei petere, sed debet reddere debitum*. Los votos de entrar en religión y recibir orden sacro, sólo se suspenden durante el matrimonio y reviven disuelto éste o teniendo lugar el divorcio perpetuo”<sup>419</sup>.

La dispensa de los votos simples de castidad y de ingreso en orden religiosa correspondía al Papa, mas en Indias tenían facultad los obispos a través de las *sólit*s, de que se hablará más adelante.

5. *Falta de asenso paterno*, con las restricciones introducidas por la pragmática de 1776 aplicable en Indias en 1778, sus modificaciones y posteriormente, el senadoconsulto

---

<sup>414</sup> IV Concilio Limense: 4, tít. único, 10, en Tejada, *op. cit.*, t. 6, p. 377. El III Concilio Mexicano 4, 1, 6 decía sobre las bendiciones a los indios: "*praecipit quoque haec Synodus Secularibus, et Regularibus Curatis, ut in benedictionibus nuptialibus Indorum naturalium arras benedicant, cum reliquis caeremoniis, quibus in benedictionibus nuptialibus Hispanorum uti solent; pro huiusmodi autem benedictionibus conferendis, quidquam prorsus ne accipiant, praeterquam a sponte dantibus post praestitam liberam benedictionem: aliter quidquid acceperint, restituere etiam in foro conscientiae tenebuntur, et praeterea severe punientur*": Rodríguez de San Miguel, *Pandectas...*, t. II, p. 433, no. 2659.

<sup>415</sup> *Ibidem*, cap. 11.

<sup>416</sup> Martínez, *Librería...* t. 2, cap. 1, no. 125, p. 39.

<sup>417</sup> *Ibidem*.

<sup>418</sup> En un expediente se hace referencia al impedimento que constituía para Luis de Salazar los esponsales contraídos en Buenos Aires con María de Valenzuela, lo que le impedía contraer matrimonio en Chile con Paula de Morales: ANRACH vol. 2648, p. 4a. y vol. 3227, p. 9a.

<sup>419</sup> Donoso, *op. cit.*, 1861, t. II, p. 175.

chileno de 1820, de que ya se ha hablado al tratar de los esponsales<sup>420</sup>. Los contrayentes y sus descendientes perdían derecho a dotes y legítimas, no pudiendo ser considerados herederos forzosos ni necesarios. Era, por otra parte, causal de desheredamiento<sup>421</sup>. Se perdían los derechos a vínculos y patronatos, salvo ser considerados después de la última línea transversal llamada a suceder en el vínculo.

El Fiscal del Consejo de Indias en su dictamen relativo a los cánones aprobados en el IV Concilio Mexicano de 1771 afirmaba que los matrimonios contraídos sin asenso paterno eran válidos y no cabía anularlos por no ser írritos, pero son ilícitos:

"no es en substancia otra cosa que un impedimento impediendo y no dirimente que los anula y rescinde"<sup>422</sup>.

La necesidad del consentimiento de los padres para el matrimonio databa de antiguo. Se halla en el *Fuero Juzgo*<sup>423</sup>, en norma que nos recuerda la estructura férrea de la familia germánica para la que el solo consentimiento de la mujer, a diferencia del sistema romano, no era plenamente relevante:

"[S]i la muier libre quiere casar con omne libre, el marido della deve fablar primeramente con su padre é si la pudiere aver por mugier, dé las arras al padre assí cuemo es derecho. E si la non pudiere aver, finque la mugier en poder del padre. E si ella casar sin voluntad del padre ó de la madre, y ellos non la quisieren recebir de gracia, ella nin sus fijos non deven heredar en la buena de los padres, porque se casó sin voluntad dellos. Mas sil quisieren dar los padres alguna cosa, bien lo pueden fazer, é daquello puede ella fazer su voluntad".

Por su parte, el *Fuero Viejo de Castilla*<sup>424</sup> exigía que la "manceba en cabellos", esto es, soltera, obtuviese el consentimiento de sus parientes más cercanos:

"si alguna manceba en cauellos sin voluntad de suos parientes los mas propinquos, o de sus cercanos coormanos, casare con algund omne, e se ayuntare con él por qualquiera ayuntamiento, pesando á suos parientes mas propinquos, o a suos coormanos, que non aya parte en lo de suo padre, nin en lo de la madre, e sea enagenada de todo eredamiento por todo siempre".

Era corriente en la legislación de los fueros municipales que fuese preciso el beneplácito del padre, y en defecto suyo, de la madre, hallándose en algunos textos necesidad del consentimiento de los llamados a heredar a la contrayente<sup>425</sup>, todo lo cual guarda relación con el sentido que por esas épocas se daba al matrimonio en cuanto a consorcio relevante para el mantenimiento o desarrollo de la propiedad familiar. El *Fuero*

---

<sup>420</sup> El *Código Civil* chileno contempló normas sobre asenso de padres y parientes en los artículos 105 á 115.

<sup>421</sup> Tal sanción era de rigor al tenor de disposición de Carlos IV incluida en *Nuevo Código de las Leyes de Indias* 1, 8, 3. La desheredación afectaba a los hijos de familia, mayores o menores de 25 años que contrajesen matrimonio contra la voluntad de sus padres así como a los hijos que ellos tuviesen y sus descendientes, a los cuales sólo se podía agraciarse con alimentos necesarios. Para el caso que, haciendo caso omiso a la pena de exheredación, igual se contrajese matrimonio, se privaba a los contraventores de todos los honores correspondientes a su familia, declarándoseles además "inhábiles de obtener empleos civiles y de república": Muro Orejón, "Estudio General...", p. 193.

<sup>422</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia, Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 693 y ss.

<sup>423</sup> *Fuero Juzgo*, 3, 2, 8.

<sup>424</sup> *Fuero Viejo de Castilla*, 5, 5, 1.

<sup>425</sup> Beneyto, *Instituciones...* t. I, p. 77.



*Real*<sup>426</sup>, influido tanto por el derecho tradicional de Castilla cuando por el Fuero Juzgo, exigió la licencia del padre y la madre o de ésta en caso de faltar aquél o de los hermanos so pena de desheredamiento; pero si éstos “por mal querencia ó por codicia de retener lo suyo” no autorizaran el casamiento, ella podía contraerlo sin perder su derecho a herencia, salvo que el marido fuese enemigo de sus hermanos o los hubiese afrentado. La ley 3, 1, 5 señalaba que.

“[S]i la manceba en cabello casare sin consentimiento de su padre, é de su madre, no parta con sus hermanos en la buena del padre, ni de la madre, fueras ende si el padre, ó la madre la perdonaren. E si uno la perdonare, y el otro no, siendo ambos vivos, haya su parte en la buena de aquel que la perdonare: é si el uno fuere vivo, y el otro no, é al tiempo que casare, aquel que es vivo la perdonare, parta en los bienes de ambos á dos”.

La Pragmática de Carlos III de 1776 castigaba tanto a los contrajesen matrimonio sin asenso como a los hijos y descendientes del connubio, inhabilidad civil

"como son el derecho á pedir dote ó legítimas, y de suceder como herederos forzosos y necesarios en los bienes libres, que pudieran corresponderles por herencia de sus padres ó abuelos, á cuyo respeto y obediencia faltaron contra lo dispuesto en esta pragmática: declarando como declaro por justa causa de su desheredacion la expresada contravencion ó ingratitud, para que no puedan pedir en juicio, ni alegar de inoficioso ó nulo el testamento de sus padres ó ascendientes; quedando estos en libre arbitrio y facultad de disponer de dichos bienes á su voluntad, y sin mas obligacion que la de los precisos y correspondientes alimentos"<sup>427</sup>.

Por la misma disposición, se privaba a los contraventores de la facultad de suceder en vínculos, patronatos y otros derechos perpetuos de familia, postergándose a ellos y sus descendientes en el orden de los llamamientos respectivos<sup>428</sup>.

6. *Impedimento político legal*. En un expediente, el provisor y vicario capitular suspende los trámites para el matrimonio de un inglés, Francisco Santa María Carmen, natural de Jamaica hasta que se decidiera por la autoridad civil “si el sujeto tiene impedimento político legal para contraer matrimonio por la prohibición para los extranjeros de residir en el territorio”. En lo religioso no lo había, pues se había convertido al catolicismo. Se pidió informe al Fiscal de la Audiencia quien manifestó no haber inconveniente por inexistencia de “motivos que lo hagan sospechoso del Christianismo, ni de la fidelidad al Rey y subordinacion a nuestras leyes y magistrados”<sup>429</sup>.

---

<sup>426</sup> *Fuero Real*, 3, 1, 2.

<sup>427</sup> *Nov. Rec.* 10, 2, 9, no. 3.

<sup>428</sup> *Nov. Rec.* 10, 2, 9, no. 4. Un real decreto, de 26 de diciembre de 1790 aclaró que se excluían los vínculos, patronatos y mayorazgos fundados por la corona o con bienes dimanados de ella así como los que los particulares fundaran en adelante. Continuaba el no. 5: "Si el que contraviniere fuere el último de los descendientes, pasará la sucesion á los transversales, segun el orden de los llamamientos, sin que puedan suceder los contraventores, y sus descendientes de aquel matrimonio, sino en el último lugar, y cuando se hallen extinguidas las líneas de los transversales; bien entendido, que por esta mi declaracion no se priva á los contraventores de los alimentos correspondientes".

<sup>429</sup> Archivo de la Capitanía General vol. 114, año 1808. Era muy importante para la obtención de carta de naturaleza de los extranjeros su matrimonio con españolas o criollas. Un ejemplo es solicitud del francés Antonio

Más importantes en este ámbito son las limitaciones que tenía una cantidad de altos empleados indianos para contraer matrimonio, tanto ellos como sus parientes inmediatos con fines, como se ha dicho más arriba, de probidad administrativa<sup>430</sup>. A esta materia se refieren diversas leyes del título 16 del libro 2 de la *Recopilación de Indias* y el capítulo 4º del libro 2º de *De Indiarum Iure*. Los más destacados eran los oidores, gobernadores y presidentes de Audiencias. Si bien de carácter civil, estas prohibiciones constituían verdaderos impedimentos para el matrimonio, pues ningún sacerdote podía proceder a casar a aquéllos a quienes estaba vedado, a menos que se les mostrara la correspondiente autorización real, que venía a ser una verdadera dispensa. Fueron estas prohibiciones objeto de comentario de diversos autores como Solórzano, Carrasco del Saz<sup>431</sup>, Carlevalius<sup>432</sup> y Matienzo<sup>433</sup>. El primero cita al último en su posición minimizante de la prohibición real, basado en la regla de que lo odioso debía ser restringido en cuanto a su aplicación, por lo que propiamente debía de cumplirse a cabalidad la veda en aquellos lugares pequeños donde las relaciones con los súbditos eran muy frecuentes<sup>434</sup>, siendo factible, en cambio, una postura más relajada frente a los oidores de las grandes urbes donde ese peligro no se daba :

*“Quamvis Matienzus eas praticari stricte debere arbitretur in Audientiis urbium paucorum vicinorum: in Mexicana autem & Limana, quae incolis abundant, facilius dispensari, & licentiam concedi posse, quemadmodum & in Hispania passim concedi videmus, ita ut peti magis quam praestari soleat”*<sup>435</sup>.

También se refirió a este tema el consejero de Indias Sebastián Zambrana de Villalobos, quien estimaba, al igual que Matienzo y Solórzano, en la aplicación restringida de las normas prohibitivas de matrimonio, por lo que, cambiando de domicilio el ministro prohibido, no se le podía aplicar la disposición:

*“Et sane his diebus aliquas dispensationes factas vidi etiam in Audientiis Indiarum, sed nihilominus dicta prohibitio in suo robore perdurat. Quae tamen restringenda est solum ad casus & personas, de quibus loquitur, quaequae actuale domicilium in ea provincia habent, non si iam retro in aliud transmigraverint, dummodo illud fraudulentis secerint...”*<sup>436</sup>.

Para el citado Zambrana *“nam cum sit poenalis et odiosa & matrimonii impeditiva, etiam ex paritate vel maiori ratiōne extendi non debet...”*<sup>437</sup>. Se planteó Solórzano el caso de que un

---

Cormier, quien para tal objeto hace presente su matrimonio en Lima con Juan Rodríguez: A. R. A. vol. 2131, p. 1ª (1721).

<sup>430</sup> Vid. D. Rípodas Ardanaz, "El "Tratado analítico sobre la cédula real de 10 de Febrero del año 1575, y otras semejantes, que estrechísimamente prohíben el matrimonio de los oidores y otros ministros de las provincias de Indias" de Bernardino de Figueroa y de la Cerda" en *Revista de Historia del Derecho* no. 1 Buenos Aires: 1973, pp. 391-396.

<sup>431</sup> F. Carrasco del Saz, *Interpretatio ad aliquas leges Recopilationis Regni Castellae* (Sevilla, 1620), Cap. 9, N<sup>os</sup> 271 y ss.

<sup>432</sup> Carlevalius, Tomás, *De Iudiciis* disp. 2, quaest. 1, N<sup>o</sup> 68.

<sup>433</sup> Matienzo, en su *Gobierno del Perú* 2ª parte, Cap. 1.

<sup>434</sup> Este aserto es perfectamente aplicable en Chile donde las relaciones de compadrazgo y posibilidades de emparentarse eran abundantes. Vid. J. A. De Ramón, "La sociedad española de Santiago de Chile entre 1581-1586" en: *Historia* no. 4. Santiago, 1965, pp. 191-235.

<sup>435</sup> Solórzano, *De Indiarum...* Lib. 4, Cap. 4, N<sup>o</sup> 62.

<sup>436</sup> Solórzano, *De Indiarum...* Lib. 4, Cap. 4, N<sup>o</sup> 64

<sup>437</sup> Zambrana de Villalobos, Sebastián, *Allegaciones* impresas en 1624.

oidor o sus hijos quisiesen casar con alguien que hubiese sido vecino del distrito en que ejercía sus funciones, pero que a la época de la celebración del matrimonio, hubiese adquirido residencia en otro lugar. Para resolver la cuestión hacía un distinguo: si el cambio se hubiese producido con poca antelación al matrimonio, obraba la prohibición real, pues podía presumirse que mantenía esa persona sus parentescos, bienes e intereses en el distrito, embarazando así al ministro en su actuar. Pero si la persona residía por largo tiempo, no le afectaría la disposición real<sup>438</sup>:

“Pero si diessemos caso, que la mudanza passa de diez años, y que se hizo con animo de permanecer en la nueva Provincia, dexada la antigua, y sin que quando se hizo huviesse, ni pudiesse aver imaginacion de tales bodas, y casamientos, entonces bien pienso, que no les comprehenderá la prohibicion, pues cessan las razones de ella, y por la mudanza del Domicilio (el qual segun la mas comun opinion se adquiere por diez años) no se tiene para lo de adelante consideracion del origen, ó lugar del nacimiento...”.

El virrey del Perú comunicaba a la corona el 15 de abril de 1617 su preocupación por las muchas relaciones familiares de los oidores de la Audiencia de Lima:

"En esta Real Audiencia se procede con rectitud y entereza, aunque algunos tienen grandes familias de sus mujeres, y es daño de mucho peligro, aunque hasta ahora no he visto caso en particular que sea de consideración en recusaciones, y los que en esto son más comprendidos son el doctor Alberto de Acuña, cuya familia de su mujer es muy grande [...] El doctor Luis Merlo de la Fuente tiene casi otra tanta familia de su mujer..."<sup>439</sup>

Ya se ha hablado al tratar de los sponsales de las prohibiciones que afectaban tanto a los de futuro como de presente<sup>440</sup>. Fueron los matrimonios de unos hijos del Presidente de la Real Audiencia de Nueva Galicia, doctor Orozco, los que dieron la pauta general sobre cómo debían de entenderse tales prohibiciones. Y era que se podía contraer matrimonio con quien no fuese originario del distrito donde el presidente, oidor, etc. ejerciese sus funciones<sup>441</sup>.

Este tipo de situaciones no pocas veces permitía que las envidias e intereses creados mancillaran el buen nombre de pundonorosos oficiales, como ocurrió a mediados del siglo XVIII con el oidor decano de la Real Audiencia de Charcas, Ignacio Antonio del Castillo, quien contrajo matrimonio con Francisca Gutiérrez de Escalante, viuda del azoguero Francisco de Guzmán. Al efecto pidió autorización al virrey<sup>442</sup>, quien se la concedió en atención a ser la novia originaria de otra jurisdicción. En un claro caso de subrepción, los

---

<sup>438</sup> Solórzano, *Política...* fol. 431.

<sup>439</sup> Medina, *Diccionario...* p. 533.

<sup>440</sup> Trae datos interesantes R. Konezke, "La prohibición de casarse los oidores o sus hijos e hijas con naturales del distrito de la Audiencia" en *Homenaje a don José María de la Peña y Cámara*. Madrid: Ediciones José Porrúa Turanzas, 1969, pp. 105-120.

<sup>441</sup> La cédula, dada en El Pardo a 8 de julio de 1578, puede leerse en Archivo de la Real Academia de la Historia, Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 732 y vol. XCVII, fs. 566 y dio origen a *Rec. Ind.* 2, 16, 83. Por el contrario, casarse un oidor o casar a un hijo suyo con mujer nacida en el mismo radio jurisdiccional acarreaba drásticas sanciones: por ejemplo, el oidor Nicolás Polanco de Santillana fue suspendido de su cargo por el presidente Pedro Porter Casanate en razón de haber casado sin autorización real a una hija suya con el chileno Gaspar de Ahumada: Medina, *Diccionario...*, p. 694.

<sup>442</sup> Una real orden de 3 de febrero de 1773 prohibió a los virreyes otorgar este género de permisos: Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 767; pero otra, de 7 de octubre de 1795 le reconoció tal facultad: igual Archivo y Colección vol. CXVIII, fs. 499.

oficiales reales informaron torcidamente a la Corona de que este matrimonio se habría celebrado en contravención de las normas legales imperantes, pues el virrey no debería de haber dado autorización toda vez que el anterior marido de la viuda había fallecido debiendo cantidad de pesos a la Real Hacienda respecto de un ingenio de moler plata que había poseído. Tragando la Corona el anzuelo, expidió real decreto a 19 de noviembre de 1742 felicitando a los oficiales reales por su celo por la real justicia y regañando al virrey por su actuación. Una real cédula de 11 de septiembre del mismo año había declarado vacante el cargo de oidor decano, nombrando en su lugar a Joaquín de Uriondo y Murguía en cuyo favor se despachó título el 20 de agosto de 1743. Ante tal situación, Castillo reclamó haciendo valer sus servicios de 45 años en favor de la Corona, habiendo sido supernumerario en Charcas, ejerciendo después como oidor en Santiago de Chile habiendo regresado al lugar primitivo. Con todo, el principal argumento era que la novia era natural de Arica, lugar sujeto a la jurisdicción de la Real Audiencia de la Ciudad de los Reyes y no de Charcas, por lo que correctamente había sido autorizado por el virrey<sup>443</sup>. Además, en lo tocante a la supuesta deuda con la Real Hacienda, la viuda había renunciado a sus derechos en el molino de plata, por lo que no tenía nada que ver con el asunto. La Corona, mediante cédula de 17 de agosto de 1746 restableció la justicia y reprendió acremente a los oficiales reales, quienes no podía menos que saber el origen de Francisca Escalante así como la renuncia de sus derechos. Quedó, por otra parte, de manifiesto, la mala voluntad que tenían a Castillo por haber éste desarticulado diversas argucias de poca limpieza ética en que habían incurrido. Se hacía presente, además, que había existido el precedente del matrimonio del oidor de Lima José Zeballos Guerra, autorizado mediante real cédula de 30 de octubre de 1723<sup>444</sup>. Que se debía de acudir al sentido de las disposiciones antes que a su mero tenor literal surge de lo expresado por el Consejo de Indias a los oficiales reales, quienes se habían valido

"del mero material sonido de las voces de la ley que prohíbe a los ministros casarse en sus distritos".

Situación similar se había planteado en Santiago de Chile en 1614 cuando Florencia, hija del oidor Pedro Alvarez de Solórzano, fue raptada por Pedro Lisperguer, militar, hijo y nieto de conquistadores y encomendero. Habiéndose querellado su padre contra el hechor, éste se avino al matrimonio, lo que fue aceptado por aquél. Cundió, sin embargo, la creencia de que todo había sido urdido para burla de las prohibiciones legales,

"como era de porte el yerno que no se casara a hurto, a pocos lances discurrió en el oidor el gusto del casamiento"<sup>445</sup>.

Ello movió a la Audiencia a suspender al oidor. Habiendo recurrido éste al Consejo de Indias y hallándose en marcha para vindicar su honor, se encontró en Portobelo con el Príncipe de Esquilache, que venía a hacerse cargo del virreinato del Perú a quien la Corona había encomendado la resolución del asunto. Le encomendó su pronta satisfacción pues a la sazón había muerto su mujer, Antonia de Velasco, y sus hijos estaban en situación

---

<sup>443</sup> Igual criterio se observa en real orden de 19 de mayo de 1796, que aprobó la autorización que el virrey había dado al de Charcas, Antonio Boeto, para contraer matrimonio con Manuela de Eguía en razón de no ser natural del distrito de esa Audiencia: en Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 890 y vol. CXVIII, fs. 87.

<sup>444</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 710 y vol. CIII, fs. 444-450.

<sup>445</sup> G. de Villarroel, *Gobierno Eclesiástico Pacífico y union de los dos cuchillos pontificio y regio*, Madrid: 1738-1739, p. 2, cuest. 16, art. 3.

económica lamentable. Así lo hizo Esquilache por sentencia de 27 de enero de 1616, que lo restituyó a su cargo, bajo multa de dos mil pesos a la Audiencia para el caso de no recibirlo<sup>446</sup>.

La prohibición que pesaba sobre las diversas autoridades podía ser levantada por el propio monarca. Contamos en lo tocante a integrantes de la Real Audiencia de Santiago con un exhaustivo estudio que da buenas luces sobre la materia<sup>447</sup>. Según él, durante el siglo XVII fueron escasas las solicitudes de permiso real impetradas por oidores de esa Audiencia, en atención a que la mayor parte de ellos llegaban casados desde España. De 24 ministros, sólo 9 contrajeron nupcias con indianas. Uno, Pedro González de Güemes, oidor desde 1635, lo hizo en 1638, sin licencia, con una chilena -Clara Jaraquemada y Silva-, lo que le valió un proceso en que fue condenado al pago de una multa de 2.000 pesos y a alejarse de Santiago. No le sirvió que su suegra hubiese obtenido autorización al través de un donativo de 2.700 ducados, lo que sólo facultó un traslado a la Audiencia de Santa Fe del Nuevo Reino de Granada<sup>448</sup>.

Desde fines de esa centuria se hizo habitual la consecución de licencias previo un desembolso gracioso<sup>449</sup>. La práctica consistía generalmente en que, al obtenerse plaza de supernumerario mediante donativo, se aprovechara la oportunidad para ofrecer un plus de modo de acceder a diversas prestaciones como la de casar con mujer del distrito. De este modo, pudieron casar los oidores Salvador Sánchez de la Barreda, quien en 1708 invirtió 2.500 doblones; Ignacio Fausto Gallegos, que en 1709 gastó 10.000 pesos; José Clemente de Traslaviña, con cancelación de 17.000 pesos en 1740 y Juan Verdugo con un gasto de 20.000 pesos en 1747, habiendo impensado el año anterior 13.000 pesos el fiscal José Perfecto de Salas<sup>450</sup>. Los ministros que ya estaban en funciones y querían obtener licencia debían hacerlo gestionando una donación *ad-hoc*<sup>451</sup>. También dio permiso la Corona al oidor chileno José Santiago Martínez de Aldunate y Guerrero para casar con la también chilena María Josefa Corail y Echenique a 17 de mayo de 1803<sup>452</sup>, dándose aquí una doble excepción: la de permitir a un chileno ser oidor en su propia patria y casar con mujer nacida en el mismo reino en que ejercía la magistratura.

---

<sup>446</sup> M. L. Amunátegui, *Los Precursores de la Independencia de Chile*. t. 1o. Santiago: Imprenta, Litografía i Encuadernación Barcelona, 1909, cap. 4, pp. 135 y ss. y D. Amunátegui Solar, *La Sociedad...*, pp. 188-189.

<sup>447</sup> Me refiero a J. Barrientos Grandon, *La Real Audiencia de Santiago de Chile (1605-1817). La institución y sus hombres en Colección Proyectos Históricos Tavera (I) Nuevas aportaciones a la Historia Jurídica de Iberoamérica* J. Andrés-Gallego (coord.), ed. CD-Rom, 2000.

<sup>448</sup> Barrientos, *op. cit.*, p. 556. Lo menciona Amunátegui Solar, *La Sociedad...*, p. 237-238.

<sup>449</sup> En 1691 Pablo Vásquez de Velasco donó 4.000 escudos para casar con la limeña Ana María Tello de la Cueva. Se atribuye a esta venta solapada un efecto de corrupción administrativo, cfr. H. Pietschmann, *El Estado y su evolución al principio de la colonización española de América*. México: Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 176. Muchos autores afirman la existencia de gran probidad administrativa en el campo judicial: por ejemplo, L. Méndez Calzada, *La función judicial en las primeras épocas de la Independencia. Estudio sobre la formación evolutiva del poder judicial argentino*. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1944, pp. 72-73 aduce bibliografía en el sentido indicado.

<sup>450</sup> Barrientos, *op. cit.*, pp. 557-558.

<sup>451</sup> *Ibidem*.

<sup>452</sup> Amunátegui Solar, *Personajes...*, p. 147; del mismo, *La Sociedad Chilena del Siglo XVIII. Mayorazgos i Títulos de Castilla* t. 2o., pp. 247-251.

También se obtenían autorizaciones para matrimonio de los hijos de estos magistrados al través de servicios pecuniarios. Tal derecho logró en 1743 Martín de Recabarren para sus hijas a un costo de 15.000 reales de vellón, ignorándose las sumas expendidas por Juan Francisco Verdugo en 1767, obteniéndola para una hija, y Melchor de Santiago Concha, en 1774, para hijos e hijas. Que la licencia era merced regia y, por tanto susceptible o no de ser obtenida, lo prueba el que Francisco Sánchez de la Barreda hubiese ofrecido 1.000 pesos en donación graciosa sin obtener el permiso pertinente no obstante el informe favorable del Consejo<sup>453</sup>.

Para el resto de Hispanoamérica, Burkholder y Chandler, refiriéndose a la situación posterior a 1687, señalan que se otorgaron licencias a los oidores para casar en su distrito en 1713 y 1716; pero que desde 1720 cambió la postura en vistas a lograr una menos maniatada administración de justicia, prueba de lo cual habría sido la visita a la Real Audiencia de Nueva España practicada por Francisco de Garzarón<sup>454</sup>. Aunque Felipe V reafirmó la norma tradicional de impedir los enlaces de los oidores con sus subordinados, entre 1729 y 1736 dio en diez oportunidades autorizaciones sea a oidores o a hijos de éstos para casar en su distrito<sup>455</sup>. En dos casos, las licencias fueron gratuitas, medida que se hizo general desde 1750, exigiéndose, a contar de 1760 que el agraciado fuese inmediatamente trasladado a otra Audiencia<sup>456</sup>. Aunque entre 1778 y 1808 hubo dieciocho autorizaciones, veintidós recibieron carpetazo<sup>457</sup>. Se observa, pues, que, no obstante las penurias fiscales y la fácil posibilidad de obtener ingresos por la vía de las licencias, los Borbones, con miras a un mejoramiento de la justicia al través de la probidad administrativa, mantuvieron, en general, las saludables antiguas medidas.

Para los oficiales reales hubo norma particular en lo tocante a matrimonios. Ya a 25 de julio de 1593 se había prohibido a los contadores mayores casar con hijas, hermanas o deudos de sus compañeros, dentro del 4o. grado, a los que debieran de tomar cuentas así como con parientes de personas que tuvieran a su cargo Hacienda Real de que igualmente debieran rendir cuenta<sup>458</sup>, dictándose otra disposición respecto de ellos a 24 de diciembre de

---

<sup>453</sup> Barrientos, *op. cit.*, pp. 569 y 570. Otros parientes de los oidores, que no eran deudos inmediatos de éstos contraían matrimonio sin autorización. Aunque no la requiriesen, igual contraían nexos con importantes familias de la sociedad en que debían administrar justicia. Entre los ejemplos que pueden darse están Pedro Machado de Chávez, oidor desde 1635, quien casó a tres sobrinas suyas con personas influyentes como, por ejemplo, Juan Rodulfo Lisperguer. Jacobo de Adaro y Samartín casó a una sobrina de su mujer en Chile, antes de ser trasladado a Lima. Alonso de la Cerda, sobrino del oidor Cristóbal de la Cerda Sotomayor, casó en 1631 con Teresa de Contreras: Amunátegui Solar, *La Sociedad Chilena del siglo XVII cit.* p. 238. Al entroncamiento de los oidores con las familias chilenas acomodadas se refiere J. A. Barbier, "Elite and Cadres in Bourbon Chile" en *The Hispanic American Historical Review* LII no. 3 Durham: Aug. 1972, pp. 416-435.

<sup>454</sup> M. A. Burkholder y D. S. Chandler, *De la impotencia a la autoridad. La Corona española y las Audiencias en América 1687-1808* México: Fondo de Cultura Económica, 1984, p. 64.

<sup>455</sup> Burkholder, *op. cit.*, p. 71-72.

<sup>456</sup> *Ibidem*, p. 138 y 155.

<sup>457</sup> *Ibidem*, p. 156.

<sup>458</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. XCVII, fs. 719; cfr. F. Silva Vargas, "Esquema de la Hacienda Real en Chile indiano" en *Revista Chilena de Historia del Derecho* no. 4. (1965), pp. 208-250.

1612<sup>459</sup>. Un real decreto de 10 de junio de 1779 mandó que aquéllos -administradores, contadores, tesoreros y demás ministros- requerirían permiso real para casarse<sup>460</sup>. Se les hizo aplicable norma similar a la que desde antiguo existía para oidores, virreyes, etc., esto es, la mujer no podía haber nacido en la jurisdicción o distrito de su destino. Mediante real orden de 9 de agosto del mismo año se impuso a virreyes y gobernadores la puesta en práctica estas disposiciones<sup>461</sup>. Sin tener autoridad para hacerlo, el intendente de Buenos Aires autorizó el matrimonio del contador mayor José Antonio Hurtado con Ana Josefa de Soloaga, que motivó una áspera reprensión de José de Gálvez

"y en atención a que el expresado Contador procedió a efectuar su casamiento con la licencia de US., por vía de equidad y sin que sirva de exmplear, no le declara S. M. comprendido en las penas de las Leyes contra los Ministros que contraen Matrimonio sin su real permiso..."<sup>462</sup>.

Habiendo solicitado instancia de matrimonio con una natural de Filipinas el contador oficial real de Manila, Bonifacio Sáenz de Vizmanos, se expidió real orden con fecha 13 de julio de 1789<sup>463</sup>. Según ella, los gobernadores quedaban autorizados para otorgar licencias de matrimonio a los oficiales reales siempre que lo hiciesen "con personas de igual calidad, costumbres y circunstancias correspondientes" y no comprendidas en *Rec. Ind.* 8, 2, 8<sup>464</sup> y 8, 4, 62<sup>465</sup> y de ello debía de informarse a la Corona indicando las causales por las que se había dado el permiso<sup>466</sup>. Si quienes otorgaban la autorización eran gobernadores-presidentes de Audiencias, debían hacerlo con voto consultivo de éstas. Para los reinos de Nueva España, Santa Fe, Guatemala y Chile la regla era que si querían casar con mujeres que no fuesen del distrito donde administraban, podían hacerlo con autorización del virrey o presidente y

---

<sup>459</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. XCVIII, fs. 235.

<sup>460</sup> También hubo una real orden dada en Madrid a 13 de agosto de 1789 sobre licencia para que casen los oficiales reales, en Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. CXIV, fs. 315-316.

<sup>461</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 797 y vol. CVIII, fs. 456.

<sup>462</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 817 y vol. CX, fs. 232..

<sup>463</sup> Copia de ella en Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXX, fs. 453-454. Hubo también sobre la materia una real cédula de 9 de agosto de 1779 aplicable al Contador Mayor de Cuentas, Dirección General de Rentas, Contador de Tributos, Administradores de Rentas Reales y oficiales reales, cuyo cumplimiento se reitera por real orden de 19 de mayo de 1787: Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 878. Otro ejemplo: la autorización dada a 1o. de julio de 1796 al Administrador de la Real Aduana de Potosí, José de Linares, para casar con María Josefa de Lirazazu, hija de los Condes de Casa Real de Moneda, en igual Archivo y vol., fs. 892 y vol. CXVIII, fs. 97.

<sup>464</sup> "Prohibe los casamientos de contadores de cuentas con hijas y parientas de oficiales reales y de oficiales reales con hijas y parientas de los contadores y que se casen sus hijos con ciertas calidades y asignaciones de grados y de los que tienen a su cargo la Hacienda Real".

<sup>465</sup> "Que los oficiales reales no se puedan casar con parientas de sus compañeros como se ordena" bajo pena de privación de oficio. *Rec. Ind.* 8, 4, 63 declaraba "que por tratar y concertar el casamiento de palabra o por escrito o promesa o esperanza de licencia incurran en la pena".

<sup>466</sup> Consta, por ejemplo, la aquiescencia de la corona para el matrimonio de un ministro de las Cajas Reales de Córdoba con la vecina de esa ciudad María Concepción Arias y Cevallos por estar aareglada la solicitud a la orden circular de 13 de julio de 1789: Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol- LXXIX, fs. 890.

voto consultivo de las Audiencias. Si quisiesen enlazar con mujeres del mismo distrito, debían acudir al Rey, presentándose previamente a los virreyes y gobernadores con indicación de las causas que los movían a ello. Estos debían de emitir informe sobre la conveniencia del matrimonio quedando la resolución en manos del monarca<sup>467</sup>. Para contadores interventores y oficiales subalternos de Indias regía disposición de 29 de marzo de 1791 según la cual, cuando gozasen de sueldos bajos el Superintendente Subdelegado de Real Hacienda les debía franquear la licencia respectiva precediendo información sobre las circunstancias de los contrayentes<sup>468</sup>.

Las normas sobre licencia real eran también aplicables a los empleos de rentas de Tabacos. Por real orden de 4 de julio de 1794 fue perdonado, a instancias del arzobispo de Charcas, el Administrador General de Tabacos de Cochabamba, José Gómez Merino, que había casado sin permiso. Se dejaba, en todo caso, constancia de que esta conmisericordia

"no sólo no debe servir de exemplar en lo sucesivo, sino que en casos de igual naturaleza, por el mero hecho de abusar cualquier empleado del candor o inocencia de alguna joven, aunque preceda palabra de casamiento, declare V.E. desde luego por vacante el empleo"<sup>469</sup>.

Como adelanté al referirme a los esponsales, tanto los militares como los integrantes de los cuerpos de milicias estaban sujetos a diversas normas relativas a sus matrimonios que decían relación, por una parte, con la exacerbación borbónica iluminista de racionalizar las relaciones entre grupos sociales -esto es, que los de buena clase se uniesen a sus semejantes- y, por otra, con las normas sobre montepío militar, que más que tener por norte el socorro de los parientes del militar difunto, buscaban mantener en un pie de dignidad y decoro su familia para prestigio de la clase militar. De lo dicho proviene un abigarrado entramado de disposiciones no pocas veces contradictorias<sup>470</sup>.

Desde el 12 de julio de 1728, fecha de inicio de los primeros esbozos de montepío, se exigía licencia para que los militares pudiesen matrimoniarse<sup>471</sup>. Una real orden de 10 de octubre de 1761 declaró, por punto general, que todos los que hubiesen casado con anterioridad al referido 12 de julio de 1728 estaban exentos de la obligación de exhibir la

---

<sup>467</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 862.

<sup>468</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 878.

<sup>469</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia, Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 883.

<sup>470</sup> Colón y Larriátegui trae una lista de los cargos militares y del cuerpo político del Ejército y la Armada que requerían licencia real para contraer matrimonio (T. I, 1a. ed., pp. 358-364). Para los cadetes que ostentasen títulos de Castilla y de barones se necesitaba licencia de la Real Cámara de Castilla (p. 362). Señala, además qué integrantes del Ejército y la Armada requerían licencia de los inspectores y otros jefes (p. 363). Indica, asimismo, qué personas, estando sometidas a la jurisdicción castrense, no necesitaban licencia para casarse: auditores y asesores de capitán general, oficiales de milicias urbanas, hijos de militares y criados, etc. (p. 364).

<sup>471</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia, Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 756. Siempre hubo preocupación por la situación de las mujeres de los empleados públicos: por ejemplo, cuando por real cédula de 11 de diciembre de 1693 se dispuso una exacción de un tercio de los salarios de los ministros de Audiencias para ayuda de las necesidades de la Corona, la mujer de uno de ellos, Ana Josefa de la Cueva y Torres, casada con Juan de la Cueva y Lugo, que se mantenía con la mitad del sueldo de su marido suspendido por real cédula de 11 de noviembre de 1686, solicitó, y obtuvo, que no se le practicase la referida sisa: ANRACH vol. 2894, p. 2a.



dispensa, pues no era en ese entonces obligatoria<sup>472</sup>. Particularizaba el deber de obtención de autorización real una ordenanza de 30 de octubre de 1760. Conforme a ella, quienes contrajesen matrimonio sin autorización serían castigados con destitución y pérdida del fuero, privándose a su mujer de la pensión de viudez y limosna de tocas<sup>473</sup>.

El militar, de capitán arriba, que intentase contraer nupcias, debía cumplir con una complicada tramitación. Esta comenzaba al dirigirse a su coronel para que emitiese un informe sobre la conveniencia del enlace. Tal informe era elevado al inspector, quien emitiría un dictamen que se remitiría a la Secretaría del Despacho de Guerra<sup>474</sup>. En esos informes debía ponderarse si la mujer poseía la "calidad y circunstancia" para ser mujer de un oficial. En caso de negarse la autorización, las autoridades debían velar por que el matrimonio no se llevase a efecto<sup>475</sup>. La autorización pertinente sólo se daba en España, prohibiéndose por real orden de 3 de febrero de 1773 que los virreyes y gobernadores pudiesen otorgarla<sup>476</sup>. Los arzobispos y obispos de Indias fueron prevenidos con fecha 15

---

<sup>472</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia, Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 756.

<sup>473</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 740. Tal disposición se encuentra impresa en Colón, *op. cit.*, 1a ed. T. I, p. 328. Fue comunicada a los arzobispos y obispos de Indias por real orden de 15 de noviembre de 1773 y se encargó a virreyes y gobernadores por real orden de 20 de febrero de 1779: Colón, *op. cit.*, T. I, 1a. ed., p. 334. Una Real Instrucción de 17 de julio de 1767 dispuso que las viudas de oficiales de todas las clases y graduaciones del Ejército que no tuviese derecho a pensión en el Montepío Militar, podrían obtener, por vía de limosna, dos pagas de tocas para lutos siempre que sus causahabientes hubiesen fallecido desde el 20 de septiembre de 1766: Colón y Larriátegui, *Apéndice á los Cuatro Tomos de los Juzgados Militares de España y sus Indias* T. I (Madrid, en la Imprenta de la V. de D. Joaquín Ibarra, 1791), T. I, p. 127. Vid. G. Martínez Casado de Fuschini Mejía, "De las viudas de militares, sus tocas, sus lutos" en *Revista de Historia del Derecho* no. 26 Buenos Aires:1998, pp. 253-275, donde recuerda que las viudas, desde el siglo XVI se había convertido en signo externo que distinguía a monjas y viudas. Señala las mercedes que los monarcas, desde Felipe II en adelante, habían concedido a éstas como ayuda a su estado de orfandad de recursos.

<sup>474</sup> Real orden de 6 de septiembre de 1761 en Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 755. Otra real orden, de 20 de enero de 1763, intentando abreviar la tramitación ordenó que los antecedentes fueran enviados por los jefes inmediatos al Consejo de Guerra por medio de su Secretario: en igual Archivo y Colección, fs. 759. Por Real Resolución de 3 de febrero de 1773 se ordenó que los documentos para solicitar la real licencia debían remitirse al Consejo ya citado por manos del Secretario, enviándose desde América por la vía reservada para evitar extravíos: Colón, *Apéndice...* T. I, p. 134. Quedó reglamentado para Indias, por último, que "los documentos [...] se entregarán por el contrayente al Gefe inmediato, el que los pasará al Virrey o Gobernador para que los dirija al Secretario del Supremo Consejo de Guerra, por medio de la Vía Reservada del Ministerio de Guerra y Hacienda de Indias [...] a fin de que no padezcan extravío, y se expida por este conducto la correspondiente licencia": Colón, *op. cit.*, T. I 1a. ed., p. 354.

<sup>475</sup> *Ibidem*. Una real orden de 31 de octubre de 1765 declaraba que las hijas y nietas de los individuos de los cinco Gremios Mayores de Madrid eran aptas para casar con oficiales, pues por su "crédito, honor y buena fe" se distinguían los integrantes de ellos de los de artífices, siendo, además, muchos de ellos, nobles. Si las hijas y nietas referidas probaban su calidad de nobles, otorgarían dote como tales y, en caso contrario se las reputaba del "estado llano de hombres buenos, honrados y limpios de sangre y oficio": igual Archivo y Colección, fs. 760. Para evitar cualquier filtración que pudiese mancillar el honor de las personas, todos los documentos sobre matrimonios y su justificación debían ser guardados con gran cuidado en los estantes del Consejo de Guerra: real orden de 3 de agosto de 1761 en Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 754.

<sup>476</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 767 y vol. CVII, fs. 3. Fue comunicado a virreyes y gobernadores por el Baylío fr. Julián de Arriaga con fecha 20 de julio de 1773. Excepcionalmente, una real orden de 28 de noviembre de 1771 dio, por el tiempo que durase la

de noviembre de 1773 para que diesen precisas instrucciones a los párrocos de su dependencia de modo que no procediesen a bendecir matrimonios de oficiales que no contaran con la correspondiente autorización<sup>477</sup>.

A la preocupación de la Corona por la relevancia social de quienes casasen con militares se unió la inquietud por su situación económica, íntimamente relacionada con la anterior. Sería tan desdorado que un militar casase con quien no estuviera socialmente a su nivel como que, una vez contraído el vínculo, la nueva familia viviese en condiciones inadecuadas. El artículo 4o. de la referida ordenanza de 1760 preceptuaba que los oficiales subalternos no podrían contraer matrimonio a menos que justificasen bienes suficientes para sufragar sus nuevas obligaciones, siempre que se uniesen a hija de oficial o mujer en igualdad de situación familiar, caso en que ésta debía tener "conveniencia más que suficiente" a proporción del sueldo del militar no bastando que él tuviera "buenas circunstancias" en su casa<sup>478</sup>. Estas mujeres carecerían de derecho a pensión de viudedad y tocas, que sólo corresponderían a oficiales desde el grado de capitán hacia arriba y siempre que hubiesen obtenido la real licencia para casarse. Toda estas situaciones debían ser acreditadas ante el coronel o comandante militar respectivo con "auténtica justificación"<sup>479</sup>. Serían castigados con privación de sus cargos los jefes militares que manifestaran tolerancia con oficiales casados sin real permiso<sup>480</sup>.

Para los sargentos, se preceptuaba su exoneración si casaban sin licencia escrita de su capitán aprobada por el coronel o comandante, sin perjuicio que debieran permanecer en actividad "sin tiempo" sirviendo como soldados en la misma compañía<sup>481</sup>. Cabos y soldados que contrajesen nupcias sin permiso perderían su antigüedad y deberían servir por seis años más después de cumplir "el tiempo de su empeño", sin derecho a inválidos<sup>482</sup>, a menos que

---

guerra, licencia a virreyes y gobernadores para autorizar matrimonios, remitiéndose los antecedentes para la real aprobación. Firmada la paz, otra real orden, de 20 de febrero de 1783, volvió a la práctica anterior. Tales disposiciones se hallan en el referido archivo madrileño, vol. LXXIX, fs. 814 y 818, vol. CIX, fs. 386 y vol. CX, fs. 385, Se referían a conflictos bélicos diversas reales órdenes que pueden verse en Archivo de la Capitanía General vol. 723, no. 9423, vol. 724, no.s 9424, 9438, 9449 y 9450, vol. 730, no. 10009, etc.

<sup>477</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares, vol. LXXIX, fs. 769.

<sup>478</sup> Una real orden dada en Madrid a 30 de junio de 1789 fijó en 3.000 pesos fuertes las conveniencias que debían acreditar las mujeres que quisiesen casar con oficiales subalternos: Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. CXIV, fs. 311.

<sup>479</sup> Artículo 5o. de la Ordenanza.

<sup>480</sup> Artículo 6o. de la Ordenanza.

<sup>481</sup> Artículo 8o. de la Ordenanza. Una real orden de 1o. de diciembre de 1773 reguló la tramitación pertinente, aplicándose las mismas disposiciones a los sargentos de la Armada graduados de oficiales, a virtud de real orden de 27 de agosto de 1785. Se autorizaba a los coroneles y otros jefes militares para aplicar las penas arbitrarias que estimasen plausibles. De acuerdo al artículo 11o. de la Ordenanza, el sargento casado, aunque lo fuese con tolerancia de sus jefes, no podría ascender a oficial "salvo caso de antigüedad y mérito recomendable, en cuyo caso se buscará algún destino o retiro de acuerdo a la calidad de sus servicios", norma que fue modificada para Indias por real orden de 20 de febrero de 1779. Podían ascender los sargentos casados con mujeres "correspondientes" cumpliendo con las autorizaciones respectivas.

<sup>482</sup> Vid. al respecto G. Martínez Casado de Fuschini Mejía, "Los inválidos en el Río de la Plata" en *IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano: Actas y Estudios*, t. II, Madrid: 1991, pp. 107-126.

en ese término se inutilizaran en funciones al servicio real o que continuaran voluntariamente en el servicio mientras pudiesen<sup>483</sup>.

Igualmente constituiría un golpe a la calidad de la institución militar el que una vez fallecido el jefe de la familia, ésta cayese en la indigencia. Para obviar estas situaciones, Carlos III creó el 20 de abril de 1761 el primer montepío oficial, destinado a otorgar a las viudas, hijas y madres viudas de militares y marinos una pensión de supervivencia<sup>484</sup>. A 29 de septiembre del mismo año se encargaba a los virreyes del Perú y Nueva España que estudiaran la extensión de esta normativa a Indias. Para Perú, Chile, La Plata y Buenos Aires hubo una real cédula de 7 de septiembre de 1770, que sirvió de modelo para la regulación del sistema en otros reinos de Indias<sup>485</sup>. Diversas disposiciones contradictorias concluyeron en la *Real Declaración de 17 de junio de 1773 sobre el método y observancia uniforme con que debe cumplirse en los dominios de América lo dispuesto en el Reglamento del Monte Pío Militar, expedido por Su Majestad en 20 de abril de 1761*<sup>486</sup> a que siguió una nueva regulación en 1796<sup>487</sup>. Las pensiones salían de un fondo o "monte" que se formaba fundamentalmente con aportes como el primer mes de sueldo, diferencias por ascensos o promociones y ocho maravedíes de plata por cada peso fuerte de sueldo<sup>488</sup>.

Para gozar del derecho a montepío, era necesario que se hubiese cumplido con las disposiciones sobre permisos del Reglamento de 30 de octubre de 1760 recién analizadas. Todo oficial de capitán hacia arriba debía presentar personalmente solicitud al coronel o

---

<sup>483</sup> Por real orden de 19 de marzo de 1774 se cambió la pena por la de servir seis años en los regimientos fijos de Ceuta u Orán, fulminándose igual pena contra los que casasen sin concurrencia de los párrocos castrenses, según real orden de 31 de octubre de 1781: en Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 740 y ss. Los coroneles y jefes militares podrían aplicar las penas arbitrarias que les parecieran conducentes, según el artículo 10 de la Ordenanza.

<sup>484</sup> R. R. Moles, *Historia de la Previsión Social en Hispanoamérica* (Buenos Aires, Depalma, 1962), p. 104.

<sup>485</sup> Hubo bastante demora en llevar a la práctica estas normas en razón de no efectuarse los descuentos, de no saberse a ciencia cierta cuándo debía empezar el sistema y a la diversa interpretación del *Reglamento* en las distintas provincias: Colón, *Apéndice...* T. I, p. 130.

<sup>486</sup> En sus 22 artículos se daban normas sobre quiénes serían las personas afectas al sistema, los descuentos a que estarían sometidas, las pensiones de que gozarían las viudas y huérfanos y las normas relativas a licencias para contraer matrimonio: Colón, *op. cit.*, T. I, 1a. ed., p. 355. Las justificaciones para casar los oficiales debían de enviarse, además de al Supremo Consejo de Guerra, al Director del Montepío: "...en la propia conformidad se han de dirigir también las justificaciones, que está prevenido deben presentarse en solicitud de la pensión en el Montepío Militar, y por artículo 11 de la Instrucción de 1o. de febrero de 1763 mandó S.M. se remitiesen al Director de él y lo mismo las demás instancias y recursos que se ofrezcan en Indias, por lo tocante al citado Montepío Militar; en inteligencia que la correspondencia de quanto ocurre sobre relativos á lo económico y gubernativo del referido Monte, se ha de seguir con el Director de él, consiguiente a lo dispuesto en el artículo 6 del capítulo 1, fol. 18 del Reglamento": Colón, *op. cit.*, T. I, 1a. ed., pp. 355-356 en nota. A 20 de julio del mismo año 1773 se expidió una circular dirigida a los virreyes y gobernadores de Indias relativa a licencias de matrimonio aclarando diversas disposiciones del *Reglamento de Montepío*: Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. CVII, fs. 62.

<sup>487</sup> Moles, *op. cit.*, p. 104.

<sup>488</sup> Moles, *op. cit.*, p. 112. Para evitar que se produjesen matrimonios con militares mayores con el solo objeto de percibir pensión, una real orden dada en Aranjuez a 18 de mayo de 1779 prohibió que gozaran de ella las que casaran con mayores de sesenta años: Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. CVIII, fs. 383.

superior inmediato<sup>489</sup> donde constara la "calidad y circunstancias" de la mujer. Sólo se autorizaría el matrimonio con

"hijas de oficiales o de padres nobles e hidalgos por origen o a lo menos que se repute de calidad sin contradicción del estado llano de hombres buenos, honrados y limpios de sangre y oficios, debiendo excluirse absolutamente todas aquellas cuyos padres o abuelos inmediatos ejercieren o hayan ejercido empleo o profesiones mecánicas o populares<sup>490</sup> y las hijas y nietas de los Artistas y de los Mercaderes cuando éstos no sean de razón y cambio".

De acuerdo al *Reglamento del Montepío Militar*, las hidalgas que casasen con oficiales debían llevar una dote de 20.000 reales de vellón, en tanto que las del estado llano, una de 50.000. Sólo se permitía casar sin dote a las hijas de oficiales y ministros de guerra que hubieran contribuido a la formación del fondo de Montepío<sup>491</sup>. El artículo 10 de dicho Reglamento preceptuaba que todas las autorizaciones para contraer matrimonio debían ser examinadas por una Junta integrada por el Consejo Supremo de Guerra y el Director y Gobernador del Montepío, quienes "reconozcan y examinen rigurosamente su legitimidad y nos consulte después con su dictamen para nuestra Real determinación..."<sup>492</sup>. En caso de ser autorizado el matrimonio y la dote resultara fingida, había diversa sanción según si el oficial conociese la situación y hubiese participado en ella o si no hubiesen ocurrido estos extremos. En la primera circunstancia, en que el oficial se hubiese obligado a restituir los bienes después de efectuado el matrimonio, se lo sancionaba con pérdida del cargo, privándose a la mujer e hijos a las pensiones del Montepío. En la otra posibilidad, los bienes pasaban al oficial de buena fe y a sus hijos y herederos<sup>493</sup>.

Podría ser que, por motivos de honor de la prometida u otras causas se otorgase autorización al oficial, aunque la mujer no lo mereciera, situación en que el oficial quedaría privado por regla general de su empleo. Si no lo fuera, igualmente quedarían excluidos de pensión su madre, viuda e hijos<sup>494</sup>.

A los oficiales subalternos les estaba vedado, por regla general, el matrimonio, salvo que justificasen tener bienes para mantener una familia o que lo hiciesen con hija de

---

<sup>489</sup> Artículo 2o. del *Reglamento del Monte Pío Militar*.

<sup>490</sup> El reclamo de los cinco gremios de Madrid, establecidos en giro y comercio "bajo las reglas de crédito, honor y buena fe" fue acogido por la Corona, que permitió que los oficiales pudiesen casar con descendientes de sus integrantes.

<sup>491</sup> Artículo 4o. del *Reglamento* en Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 747 v. Las solicitudes debían ir acompañada "de la efectiva y real existencia del dote que correspondiese a su clase". La calidad social de los provenientes de reinos no peninsulares debía justificarse "con documentos igualmente válidos de las respectivas Audiencias, Chancillerías y Tribunales de donde fueren naturales u oriundas". No valían certificaciones de particulares por muy graduados que fueran. Para las hijas de oficiales, bastaba con acompañar copia auténtica de la Real Patente de último empleo que hubiese tenido su padre: artículo 5o. de este *Reglamento*. Según el artículo siguiente, las oriundas de otros reinos justificarían su calidad con despacho de los tribunales, senados o parlamentos del reino o provincia de donde provinieran. Conforme al artículo 7o., los documentos se entregaban al superior inmediato, quien debía de emitir un dictamen que se alzaba al Secretario de Estado y del Despacho de Guerra y de ahí pasaba "a las reales manos".

<sup>492</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia, Colección Mata Linares vol LXXIX, fs. 749.

<sup>493</sup> Colón, *op. cit.*, T. IV, p. 83.

<sup>494</sup> Artículo 8o. del *Reglamento del Monte Pío Militar*.

oficial<sup>495</sup>. La mujer debía justificar igualdad de circunstancias con quien sería su marido y que "tenía conveniencias" más que suficientes a proporción del sueldo del oficial con quien intentaba casarse. Por real orden de 30 de junio de 1789, expedida con consulta al Consejo de Guerra, se aclaró que las "circunstancias" que debían acreditar las mujeres fueran iguales para España e Indias y consistirían en 3.000 pesos, lo que era aplicable tanto a las nobles como a las del estado llano y aun a las hijas de oficiales, quienes, aunque no estaban obligadas a llevar dote, debían justificar tales "conveniencias". Se admitía, eso sí, que la "conveniencia" pudiese ser compuesta entre los dos contrayentes o aun que las pudiese detentar el mismo subalterno<sup>496</sup>.

Para los navales, las reglas del Montepío Militar entraron en vigencia a través de *Declaración* de 29 de septiembre de 1770. Ella preceptuaba que los empleados navales que no tuviesen cargo de contador de navío o disfrutasen por lo menos de un sueldo de cuarenta escudos de vellón al mes, carecerían de derecho al beneficio del Monte<sup>497</sup>. Los que estuviesen en diversas situaciones que las indicadas tendrían que solicitar licencia real para contraer matrimonio. Se resolvió por real orden circular de 21 de agosto de 1790 que las viudas y huérfanos de quienes hubiesen casado sin las licencias pertinentes carecían de derechos de Montepío<sup>498</sup>.

El *Reglamento de Milicias de Cuba* de 17 de enero de 1769, que pasó a ser con posterioridad norma aplicable en todas las Indias, dispuso que los oficiales de los regimientos de infantería y caballería que no gozasen de sueldo podrían casarse sin licencia real y aun sin la de sus jefes. Sólo pesaba sobre ellos la obligación de participar su nuevo estado y con quién habían casado<sup>499</sup>. Los que lo hubiesen hecho con mujeres no correspondientes a su nacimiento y empleo, serían depuestos, encargándose particularmente a los jefes "esto como tan importante al honor de los mismos oficiales, y á la estimación tan debida á los empleos"<sup>500</sup>. Por su parte, los sargentos, cabos y soldados de milicias que no gozaran de sueldo podía casar sin licencia de sus jefes, a los que debían de

---

<sup>495</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 759.

<sup>496</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 861.

<sup>497</sup> Ello se produjo cuando pidió los derechos del Montepío Juana López Fernández, viuda de un contador de navío, con quien había casado a 4 de noviembre de 1776 siendo él sólo escribiente del Guardalmacén General del Departamento del Ferrol. Los subalternos del ministerio político de Marina habían sido admitidos en 1770 al Montepío con la expresa condición de no tener derecho a los beneficios los que casaran sin tener el empleo de contador de navíos o un sueldo de 40 escudos de vellón al mes: Colón, *Apéndice* T. I, pp. 123-125.

<sup>498</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol LXXIX, fs. 870 y 873, correspondiente esta última a una real orden que hizo circular la anterior disposición.

<sup>499</sup> Capítulo 7, *De los casamientos*, art. 1 en Colón, *op., cit.*, T. II, p. 440. En la Biblioteca Nacional de Chile se encuentra: *Reglamento para las Milicias de Infantería y Caballería de la Isla de Cuba: aprobado por S. M. Y mandado que se observen inviolablemente todos sus Artículos, por Real Cédula expedida en el Pardo á 19 de Enero de 1769; Y que debe observarse en todo lo adaptable a las Tropas de Milicias del Reyno del Perú, en consecuencia de Real Orden. Y al fin añadida una Real Declaracion sobre puntos esenciales de este Reglamento.* Lima: Reimpreso en la Real Casa de los Niños expósitos. Año de 1793.

<sup>500</sup> Art. 2 del mismo capítulo, *ibidem*.

comunicar el enlace<sup>501</sup>. Al contrario, los sargentos y cabos que gozasen de sueldo debían pedir autorización escrita a sus jefes, siendo depuestos en caso contrario<sup>502</sup>.

Hasta la ya referida *Real Declaración* de 17 de junio de 1773, relativa al montepío militar en Indias, los sargentos mayores y ayudantes de milicias que gozaran de sueldo en vez de pedir al Rey autorización para contraer matrimonio, bastaba con que lo solicitasen al gobernador y capitán general de la isla<sup>503</sup>. Desde la dicha disposición, los sargentos mayores, ayudantes y oficiales de milicias de Indias que gozaran de sueldo debían de solicitar real licencia de la misma manera que los regimientos provinciales de España, dando cumplimiento a la ya citada real ordenanza de 30 de octubre de 1760<sup>504</sup>. Para los oficiales que gozaran de sueldo en los regimientos de milicias de blancos, de infantería y caballería, así como para la plana mayor de blancos agregados a los batallones de pardos y morenos, había obligación de licencia real, deponiéndoselos en caso de inobservancia, perdiendo, además su mujer derecho a montepío y a limosna de tocas<sup>505</sup>. Quienes se desempeñasen como tambores en las milicias de blancos podían obtener licencia de sus jefes cuando lo estimasen conveniente<sup>506</sup>. Los oficiales y primeros sargentos de los batallones de pardos y morenos así como los demás integrantes que fuesen castas podían casar sin licencia de sus jefes, bastando con comunicarles tal circunstancia. Pero si lo hubiesen hecho con mujer "indigna por sus escándalos", el oficial o sargento sería depuesto de su empleo<sup>507</sup>.

Los coroneles y tenientes de coronel que mandasen batallones, sargentos mayores e inspecciones que fuesen remisos en hacer observar el cumplimiento de estas normas se hacían pasibles de las mismas sanciones que afectaban a los infractores<sup>508</sup>. Mediante real orden de 25 de enero de 1779 se castigó a los milicianos que contrajesen matrimonios desiguales con la pena de servir por tres años más<sup>509</sup>.

Conforme al breve *Apostolica Benignitatis*, encontrándose las milicias en la provincia respectiva, el juez eclesiástico que debía conocer respecto de la validez de los matrimonios de sus integrantes no sería el castrense sino el ordinario diocesano, y aquél cuando se encontrasen en campaña<sup>510</sup>.

La *Ordenanza de Marina* señalaba que los guardiamarinas no podían contraer matrimonio y los que lo hiciesen, serían excluidos públicamente del servicio en presencia de

---

<sup>501</sup> Art. 3 del mismo capítulo, *ibidem*.

<sup>502</sup> Art. 8 del mismo capítulo.

<sup>503</sup> Así lo disponía el art. 4 del capítulo 7 del *Reglamento de Milicias de Cuba*, *ibidem*.

<sup>504</sup> Colón, *op. cit.*, T. II, p. 440.

<sup>505</sup> Art. 6 del capítulo 7 del *Reglamento de Milicias de Cuba* en Colón, *op. cit.*, T. II, p. 441.

<sup>506</sup> Art. 11 del cap. 7 del *Reglamento* citado.

<sup>507</sup> Art. 12 del cap. 7 del *Reglamento* citado.

<sup>508</sup> Art. 7 del cap. 7 del *Reglamento* citado.

<sup>509</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia, Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 794.

<sup>510</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia, Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 784 y 787: reales órdenes de 17 de marzo de 1777 y 4 de febrero de 1778.

la compañía, anotándose su exclusión, imponiéndosele arresto, pudiendo aplicarse castigos aun mayores<sup>511</sup>.

Las restrictivas disposiciones puramente militares sobre matrimonio hubo que armonizarlas con las de asenso parental. Una real orden de 10 de julio de 1783 dio normas bastante precisas al respecto<sup>512</sup>:

1. Los militares con padres en Indias debían obtener tanto el asenso de éstos como el permiso real, lo que afectaba a los oficiales en tanto que sargentos, cabos y soldados obtendrían permiso de sus jefes respectivos;

2. Los oficiales con padres en España debían solicitar el consentimiento o consejo de sus padres y mandar todos los papeles al Consejo de Guerra para el permiso real<sup>513</sup>;

3. En atención a que había en América muchos cabos, soldados y sargentos, tanto españoles como extranjeros, que deseaban casarse y establecerse ahí "lo qual es sumamente conveniente para el bien del Estado". Ya que no necesitaban licencia real, se resolvió obrar con ellos de la misma manera que con algunos suizos y flamencos, esto es, se obtendría sumaria información sobre las dificultades que afectan al soldado, cabo o sargento para obtener el consentimiento o consejo paterno y, en base a ello el jefe del cuerpo, batallón o regimiento supliría el consentimiento o consejo paterno, dándole a continuación la licencia necesaria para contraer matrimonio<sup>514</sup>.

Otro grupo social que estaba sujeto a especiales permisos para contraer matrimonio era el estamento noble, como se ha visto en el capítulo dedicado al contrato de esponsales. Muchos Grandes se limitaban a pedir autorización verbal al monarca, de lo que, obviamente no quedaba constancia. A ellos se les permitió, mediante real orden de 30 de diciembre de 1761, que no exhibiesen la dispensa respectiva en estos casos<sup>515</sup>. Para los integrantes de las Ordenes Militares era de rigor la autorización del Consejo de las Ordenes, el que lo otorgaría cuando por lo menos la mujer acreditase limpieza de sangre.. Si fuesen tales caballeros, además, militares, una resolución del Consejo de Guerra de 1804, dispuso que bastaba con las tramitaciones practicadas en cuanto militares ante este Consejo y obtenida la autorización,, una certificación de ella sería presentada al Consejo de las Ordenes, evitándose así la duplicación de gasto<sup>516</sup>.

De interés en este punto es la real cédula de 8 de marzo de 1787, expedida a petición del provisor y vicario general de Charcas con ocasión del matrimonio del Conde de Carma, Domingo Herboso con Manuela Larriátegui. Se planteaban las siguientes dudas: 1. si los ministros eclesiásticos de Indias, antes de autorizar los matrimonios de los títulos de

---

<sup>511</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia, Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 739.

<sup>512</sup> En Colón, *op. cit.*, T. I, 1a. ed., p. 82 y Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. CX, fs. 574-575..

<sup>513</sup> Todos los militares con padres o parientes mayores en Europa debían pedir su licencia o consejo "en lo qual no se sigue Dilacion alguna respecto á que no pueden obtener en aquellos Dominios la licencia para casarse y deben enviar todos los papeles y documentos al Consejo de Guerra por la vía de Indias para obtenerlos": Colón, *op. cit.*, T. I 1a. ed., p. 78.

<sup>514</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia, Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 823.

<sup>515</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 757.

<sup>516</sup> *Suplemento a Nov. Rec.* 10, 2, 1.

Castilla debían asegurarse de la licencia de la Cámara o si bastaba con la de otro juez o tribunal y 2. si, no obstante haber sido declarado racional el disenso, los novios pudieran, no obstante ello, contraer matrimonio, si bien sufriendo las penas económicas impuestas por la real pragmática. En este último aspecto, hacía presente que la mayor parte de los interesados eran de padres pobres por lo que no constituía un gravamen demasiado grande la pérdida de sus derechos hereditarios. La referida disposición declaró frente a lo primero que los virreyes y gobernadores, oyendo a las Reales Audiencias en voto consultivo, eran llamados a dar su permiso a los títulos y sus sucesores para contraer matrimonio tomando en cuenta las características de la persona con quien se produciría el enlace así como los consentimientos de los padres o parientes, de todo lo cual se daría cuenta al Consejo de Cámara de Indias con justificación de las licencias. Era competente la Audiencia en cuyo territorio jurisdiccional residiesen los contrayentes y si dependieran de Audiencias distintas, el virrey o presidente de la primera otorgaría la licencia. En cuanto al segundo punto, declarada la racionalidad del disenso no debía admitirse por los jueces eclesiásticos instancias para celebrar matrimonios y se encargaba a los ministros de la Iglesia que no lo ejecutasen

"por ser como son semejantes contratos opuestos a los fines del matrimonio y disposiciones de la Iglesia relativas a este santo sacramento a que se han elevado aquellos contratos celebrados con todas las formalidades y solemnidades que disponen las leyes"<sup>517</sup>.

La argumentación que podía derivarse de esta cédula es sobremanera relevante. Si el sacramento del matrimonio era el contrato civil elevado a la dignidad de tal, para que hubiese sacramento resultaba necesario que se hubiese cumplido con todas las formalidades y solemnidades prescritas por la ley. En consecuencia, de no cumplirse con ellas, no sólo habría un contrato imperfecto e inválido, sino que tampoco existiría sacramento, criterio ultra-regalista muy satisfactorio para el rey. La falta de autorizaciones y asensos daría lugar no a un impedimento impediendo, como habitualmente se lo consideraba, sino a un verdadero impedimento dirimente.

7. *Moniciones, amonestaciones o proclamas*. "La ley de proclamación del matrimonio obliga gravemente: por consiguiente el celebrado sin esta formalidad, aunque válido, sería gravemente ilícito, salvo si interviene legítima dispensa"<sup>518</sup>. El Concilio de Trento había dispuesto<sup>519</sup> que antes del matrimonio se publicasen proclamas, de modo que cualquiera que tuviera conocimiento de impedimentos en cualquiera de los esposos lo hiciera saber a las autoridades eclesiásticas. Con ello, ratificaba lo dispuesto por Inocencio III en el IV Concilio de Letrán. Sólo podría dispensar de estas proclamas el obispo por causas graves<sup>520</sup>.

Tales proclamas se sujetaban a ciertas reglas que dio el Tridentino: a) en principio debían hacerse en la parroquia del requirente, pero si los novios pertenecían a diversas parroquias, debían practicarse en ambas. Esto lo reiteró en la misma forma el Sínodo de

---

<sup>517</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 846 y vol. CXIII, fs. 348. La real cédula de 8 de marzo de 1787 está publicada en Colón, *op. cit.*, T. IV, pp. 82-83.

<sup>518</sup> Donoso, *op. cit.*, 1861, t. II, p. 176.

<sup>519</sup> Concilio de Trento, Sesión 24: *De Reformatione Matrimonii*, cap. 1. En Rodríguez de San Miguel, *Pandectas...* t. II, p. 428, no. 2649.

<sup>520</sup> Peña, *Notas...*, *cit.*, p. 320.



Santiago de 1763<sup>521</sup> repitiendo norma contenida en el de Concepción de 1744<sup>522</sup>, y dispuso, además, que la información sobre estado libre sólo se realizara en la parroquia del requirente<sup>523</sup>. El otro párroco sólo llevaría por concepto de derechos el de la certificación de haberse leído las proclamas sin haber resultado impedimento; b) debían leerse en los días festivos o de precepto, si bien en Indias, dada la extensión de las parroquias, podía el cura practicarlas en días de devoción, aprovechando las visitas y misiones anuales; c) eran tres, y debían leerse en días festivos seguidos, aunque algunos estimaban que si éstos estaban a continuación dentro de la misma semana, se esperara a la siguiente. Si a los dos meses no se hubiese efectuado el matrimonio, debían repetirse. El matrimonio no podría celebrarse sino a las veinticuatro horas de haberse leído la última proclama; d) la lectura debía hacerse en la iglesia, “o sea el lugar sagrado donde celebra el párroco con asistencia del pueblo, ora sea la iglesia parroquial u otra contenida dentro de los límites de la parroquia”<sup>524</sup>; e) la lectura debía hacerse acabado el ofertorio o al inicio o fin de la misa o en alguna circunstancia de gran concurso del pueblo y f) debían leerse en alta voz los nombres de los contrayentes, sus padres, origen, domicilio y demás circunstancias que señalara la costumbre o normas de la diócesis. La importancia atribuida a estas informaciones exigía su custodia a fin de evitar extravíos y facilitar su consulta<sup>525</sup>. En la práctica judicial chilena hay un solo caso en que se pidió nulidad de un matrimonio, entre otras causales, por no haber corrido las proclamas, ante lo que el defensor del matrimonio argumentó negativamente<sup>526</sup>.

Fue corriente entre los contrayentes que les bastara con las moniciones para entrar a la convivencia carnal. Para el caso de los indios se dispuso en algunos sínodos - concretamente, los de Tucumán, de 1597 y Paraguay y Río de la Plata, de 1603- que, cuando el cura estuviese convencido de la inexistencia de impedimentos y temiese que pudiesen entrar en convivencia inmediata, dispensase de las amonestaciones<sup>527</sup>.

Salvo la situación descrita, en principio, la dispensa de proclama sólo se admitía en caso de peligro de muerte de alguno de los contrayentes y los párrocos podían disponerla únicamente si se encontrasen a tanta distancia de la curia episcopal que no se pudiese acudir a

---

<sup>521</sup> *Sínodo de Santiago*, cit., Tít. 8, Const. 7.

<sup>522</sup> *Sínodo de Concepción*, cit., Cap. 5, Const. 26.

<sup>523</sup> El IV Concilio Limense de 1772: 4, tít. único, 7 disponía que si los contrayentes eran de distintas parroquias o pueblos, el párroco de aquél ante quien se hubiese de celebrar el matrimonio, diese boleta o billete para que el párroco del contrayente publicara las amonestaciones en su iglesia.

<sup>524</sup> Donoso, *op. cit.*, 1861, t. II, p. 175.

<sup>525</sup> El IV Concilio Limense: 4, tít. único, 3 encargaba su cuidado al notario mayor y a los párrocos y vicarios foráneos: "El notario mayor tendrá en buena custodia las informaciones que hacen para contraer matrimonios, y las pondrá en legajos con separación de los años, y lo mismo ejecutarán los vicarios foráneos y los párrocos cuando las reciban por escrito, haciendo entrega de ellos á sus sucesores, y poniéndose para que siempre conste, razón de las que sean en el inventario que de las alhajas de la iglesia debe hacer al tiempo de a entrega de ellas".

<sup>526</sup> Archivo Arzobispado de Santiago exp., en: 861, caja 1305, juicio entre Mercedes Ortúzar y Martín Vega.

<sup>527</sup> D. Rípodas Ardanaz, "El Sínodo del Paraguay y Río de la Plata I. Su valoración a la luz del Sínodo de Tucumán I" en *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano Madrid 17-23 de enero de 1972. Actas y Estudios*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1973, p. 264.

ella. Reiteraba en esta materia el Sínodo de 1763<sup>528</sup> lo que en el de 1626 se había dispuesto<sup>529</sup>, castigando con pena de excomunión mayor a los curas que lo practicaran, aun a pretexto de publicarlas después del matrimonio y antes que se consumara

“como que por el Tridentino se reserva esto al arbitrio del juez eclesiástico ordinario que es el Prelado o su vicario general”<sup>530</sup>.

La doctrina admitía diversas situaciones que permitirían obviar las proclamas:

"Segun los Moralistas, y en especial el Villalobos, es causa para dispensar, quando hombre, y muger son tan conocidos, que no hay temor del mas minimo impedimento: Lo es tambien quando en articulo de muerte se quisiese el uno casar para restituir la honra, ó legitimar sus hijos: Tambien es causa quando un Amancebado se quiere casar con su Manceba: Eslo tambien quando el que desfloró à doncella quiere casarse con ella, y de la tardanza se presume que haga fuga: Lo es assimismo la desigualdad de los contrayentes por el escandalo que ocasionan: Es tambien causa estar para cerrarse el tiempo de las Velaciones; y toda nota, por la qual pueda resultar escandalo; y quando el hombre puede perder dignidad de que el casamiento se haga público, como sucede á los Colegiales que se xponen á perder la Beca, y sus ascensos: y son qualesquiera otras causas de dispensa, quando de no darla se pueda ocasionar perjuicio grave à discrecion del Juez á quien toca dispensarlas."<sup>531</sup>.

Si a consecuencia de la omisión de las moniciones, resultara algún impedimento dirimente, se presumía que se había obrado de mala fe y los hijos serían considerados ilegítimos. A su vez, el párroco o quien hubiese oficiado en el matrimonio, recibían como castigo, suspensión por tres años. Algunos teólogos y canonistas estimaban que, en casos de premura, podían omitirse las proclamas si las razones eran graves como las de legitimar la prole o evitar la infamia u otros males y escándalos que se temiesen<sup>532</sup>. En la práctica chilena se observan algunos casos al respecto<sup>533</sup>.

Estas normas eran similares en toda América: por ejemplo, las visitas pastorales practicadas en el territorio correspondiente a la actual República Argentina, se fijaban mucho en que los párrocos llevaran correctamente los Libros de Matrimonios. Ahí debía constar los nombres de los contrayentes, naturaleza, vecindario al que pertenecieran, padres, testigos, días festivos en que corrieron las proclamas, fecha de la dispensa del matrimonio (si la hubo), y al margen, debía constar el día y año de las velaciones solemnes. Si uno de los contrayentes perteneciese a otra parroquia o vivió fuera de la suya mucho tiempo, se le exigía certificado de que se habían practicado las amonestaciones. A los forasteros se les exigía que acompañaran certificado de soltura o de defunción del primer cónyuge si fuesen viudos. Estos documentos y las dispensas debían archivar

---

<sup>528</sup> *Sínodo de Santiago*, Título VIII, constitución XV.

<sup>529</sup> Capítulo IV, constitución X.

<sup>530</sup> *Sínodos 2, op. cit.*, p. 176. El IV Concilio Limense: 4, tít. único, 6 ordenaba que ningún párroco ni vicario foráneo dispensara de las amonestaciones sin autorización escrita del juez eclesiásticos ordinario o en caso de peligro de muerte de alguno de los contrayentes, publicándose sin embargo después de celebrado el matrimonio si no moría el que había estado en peligro.

<sup>531</sup> Martínez, *Librería...*, t. 2, cap. 1, no. 119, p. 37.

<sup>532</sup> Donoso, *op. cit.*, 1861, t. II, p. 176.

<sup>533</sup> Por ejemplo: Archivo del Arzobispado de Santiago N° 42, as. matr., 1810 y N° 1386, 1808.

separadamente<sup>534</sup>. El IV Concilio de México de 1771, aunque no aprobado por la Corona, insistió en el cumplimiento de las proclamas tridentinas<sup>535</sup>.

Dada la trascendencia que se asignaba a las proclamas, constituía grave obligación para los fieles el dar a conocer cualesquier impedimentos, impedientes o dirimentes, que afectaran a los novios, excluyéndose sólo lo que se conociera bajo sigilo sacramental o profesional y los que afectaran a parientes inmediatos

“mas no excusa el secreto llamado de conversación o de confianza, aunque se haya prometido con juramento, porque tiene más fuerza el precepto de la Iglesia y la necesidad de evitar el perjuicio de tercero”<sup>536</sup>.

Vinculadas a las proclamas y con el mismo fin de averiguar la real condición de los contrayentes en cuanto a libertad para casar y ausencia de impedimentos, estaban las informaciones matrimoniales. El *Confesionario* de fray Alonso de Molina señalaba diversos pasos que debían seguirse en esta materia: a) solicitud de los contrayentes, con sus nombres, indicación del motivo por el que querían contraer nupcias y petición para que se les recibiera información sobre su estado de libertad para contraer matrimonio, carácter de bautizados y cualesquiera otras informaciones sobre impedimentos; b) autorización del párroco para que se recibiera la información; c) declaraciones de los testigos confirmando las aseveraciones de los novios en cuanto a su soltería o viudez<sup>537</sup> y ausencia de impedimentos; d) declaraciones de los novios relativas a su soltura, impedimentos y demás aspectos sobre que fueran interrogados por el párroco y e) la autorización o rechazo para la celebración del matrimonio, de acuerdo a los antecedentes acumulados<sup>538</sup>.

Entre los aspectos sobre que debían ser interrogados los testigos se contaba el relativo a los nombres con que los contrayentes -en especial el hombre- eran conocidos,

---

<sup>534</sup> M. P. Martini, “Perfil jurídico de la visita pastoral. Aportes a su aplicación dentro del actual territorio argentino” en: *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, t. II, p. 284 (Buenos Aires, 1995). Luis Jerónimo de Oré, quien llegaría a ser obispo de La Imperial en Chile, publicó en Nápoles, en 1607, en la Imprenta de Jacobo Carbino y Constantino Vitale un *Rituale seu Manuale Peruanum, et forma brevis administrandi apud Indos sacrosanta Baptismi, Poenitentiae, Eucharistiae, Matrimonii et Extremaeunctionis Sacramenta*, que tuvo gran difusión para la administración de los diversos sacramentos y, entre ellos, el del matrimonio. Utiliza al efecto las lenguas quechua, aimara, puquina, mochica, guaraní y brasílica: J. Retamal Avila, "Luis Jerónimo de Oré" en *Episcopologio Chileno 1561-1815* t. 3. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 1992, p. 397.

<sup>535</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid) Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 693 y ss.

<sup>536</sup> Donoso, *op. cit.*, 1861, t. II, p. 176.

<sup>537</sup> El III Concilio Mexicano decía al efecto en 4, 1, 11: "*Quorundam dolis, ac fraudibus, quas aliqui machinantur, ut binas nuptias contra indissolubile Matrimonii vinculum exerceant, obviare volens haec Synodus, praecipit, ut nullus ex his, qui in facie Ecclesiae Matrimonium contraxerunt, eo quod ab altero coniuge absens sit, secundas nuptias contrahere audeat, nisi sufficienter probet ad praescriptum iuris, alterius coniugis mortem. Quod si quis secus attetaverit, poena gravi pro qualitate Personae punietur*": Rodríguez de San Miguel, *Pandectas...*, t. II, pp. 433-434, no. 2659.

<sup>538</sup> M. de L. Villafuerte García, "Casar y compadrear cada uno con su igual: casos de oposición al matrimonio en la ciudad de México, 1628-1634" en *Seminario de Historia de las Mentalidades: Del Dicho al Hecho...Transgresiones y Pautas Culturales en la Nueva España*. México: Instituto Nacional de Antropología e Historia, 1989, pp. 66-67. El franciscano fray Alonso de Molina publicó varios confesionarios: *Confesionario mayor en lengua mexicana*. México: en la oficina de Antonio de Espinosa, 1565; *Confesionario menor de una y otra lengua mexicana y española*. México: en la Imprenta de Antonio de Espinosa, 1565: A. de Alcedo, *Bibliotheca Americana. Catálogo de los Autores que han escrito de la América en diferentes Idiomas y Noticia de su Vida y Patria, años en que vivieron, y Obras que escribieron, compuesta por el Mariscal de Campo D. [...], Gobernador de la Plaza de la Coruña. Año de 1807*. Prólogo de Jorge A. Garcés G.t. I, Quito: Imprenta del I. Concejo, 1965, p. 63.

pues no eran raras las supercherías que permitían incurrir en bigamia o disimular impedimentos. Para los indígenas había norma especial, tendente a facilitar estas tramitaciones, en cuanto a que las informaciones sobre sus matrimonios podían ser recibidas por los curas sin necesidad de acudir al ordinario, lo que consta en real cédula dada en el Buen Retiro a 22 de agosto de 1754<sup>539</sup>. El IV Concilio Limense de 1772 decía al respecto, con buen conocimiento de la "diablura" criolla:

"Porque suele suceder que los contrayentes, ó alguno de ellos, con ánimo de ocultarse, usa de fraude y engaño de otro nombre y apellido de aquel por el cual es conocido, haciendo en cierto modo clandestino el matrimonio, y dudosa la licencia, manda el concilio que en la pregunta que se hace en las informaciones á los testigos para contraer matrimonio del conocimiento de las partes, se les pregunte y declaren si conocen á los contrayentes por aquellos nombres y apellidos con que esté firmada la petición y por los que se pide la licencia, y si por ellos son conocidos y tratados en el lugar, y bajo de esta espresion se conceda, para que venga en conocimiento de los que contraen matrimonio, y descubriéndose haberse intetado fraude, se les castigará con el rigor que corresponda"<sup>540</sup>.

El otorgamiento de la licencia pertinente, tras las informaciones recibidas, estaba sujeto a arancel judicial, del que, en Córdoba del Tucumán, los indios cuyos curas cobrasen sínodos estaban excluidos<sup>541</sup>.

Para los militares había disposición especial, expresada en breve de Pío VI, de 6 de octubre de 1775, que confería al Patriarca de las Indias, en cuanto capellán mayor o vicario general de los ejércitos y sus sucesores, la facultad de

"conmutar, relaxar, dispensar y absolver [...] alguna o todas las amonestaciones que deben preceder a los matrimonios que contraxeren las personas pertenecientes a dichos Exércitos o las que vivan con ellas"<sup>542</sup>.

5.3. *Impedimentos dirimentes*: Son los que quitan al matrimonio el carácter de sacramento y anulan el contrato natural, el que no produce ningún vínculo<sup>543</sup>. El matrimonio contraído con impedimento dirimente no sólo implica nulidad del mismo, sino que la comisión de un pecado gravísimo y la sanción de excomunió<sup>544</sup>. Hasta Trento eran

---

<sup>539</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. CIV, fs. 202-203. Incide también en el matrimonio de los indios y las facultades de los párrocos al respecto una real cédula dada en Aranjuez a 18 de junio de 1743, en que se insertan otras disposiciones anteriores: en igual Archivo y Colección, vol. CIII, fs. 347-352.

<sup>540</sup> IV Concilio Limense: 4, tít único, 2 en Tejada, *op. cit.*, t. 6, p. 376.

<sup>541</sup> A. M. Martínez de Sánchez, "Conflictos en torno a la aplicación del Arancel Eclesiástico en Córdoba del Tucumán" en *Revista de Historia del Derecho* no. 26 Buenos Aires: 1998, pp. 289-290

<sup>542</sup> El texto se halla en Covarrubias, *op. cit.*, pp. 392-397. El virrey Agustín de Jáuregui comunicó al Vicario General de Lima una real orden de 11 de noviembre de 1781 sobre derechos de los capellanes de Ejército y matrimonios de militares: Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. CIX, fs. 367-368.

<sup>543</sup> *Ibid.*, t. II, p. 156.

<sup>544</sup> Por ejemplo, en el IV Concilio Mexicano: 4, 2, 1 se decía: "Llegando á tal grado la malicia de algunos que despreciando el santo temor de Dios y virtud de los santos sacramentos se casan con impedimentos dirimentes del matrimonio nulamente, y con sucesos tan desgraciados pasan su vida en un continuo pecado mortal, manda este concilio que ninguno se atreva á cometer tan horrible atentado, ni sadcerdote alguno asista á semejantes casamientos; y el que lo intentase incurra en ena de excomunion mayor *ipso facto*, en todas las demás penas establecidas por leyes eclesiásticas y reales, y en la multa de cien pesos. El sacerdote o

doce, agregándose dos: rapto y falta de presencia del párroco. En opinión de muchos canonistas, los protestantes están también obligados a la observancia de los impedimentos dirimentes establecidos con anterioridad a su separación<sup>545</sup>.

Según el canonista napolitano Domingo Cavallario<sup>546</sup>, muchos fueron establecidos por los emperadores romanos; pero al abstenerse los príncipes de fijarlos, se fue haciendo costumbre que la Iglesia los impusiese. Para los curialistas, como Juan Devoti<sup>547</sup>, sólo el Papa o un concilio podían fijarlos y a los obispos sólo correspondía dispensar los impedimentos impeditivos, pero en América hubo amplias facultades para dispensar los dirimentes<sup>548</sup>.

Están tratados en las *Partidas*<sup>549</sup> y son: 1) error; 2) condición servil; 3) voto; 4) parentesco; 5) crimen; 6) disparidad de culto; 7) fuerza; 8) orden; 9) ligamen; 10) honestidad pública; 11) demencia; 12) clandestinidad; 13) impotencia; 14) edad y 15) rapto. Veámoslos a continuación con algún detalle:

1. *Error*. De entre las diversas clases de error, el que sin duda obsta al matrimonio es el esencial, que recae sobre la persona misma objeto del contrato matrimonial como sucedería cuando creo casar con María y lo estoy haciendo con Berta. Es necesario que el contrayente tenga una mínima determinación de la persona con quien va a casar y que conozca por lo menos aspectos esenciales de ella para que se pueda producir el error. Según las *Partidas*<sup>550</sup>:

“[O]bsta el matrimonio el error en las personas de los que se casan, procurando el varón que le den una mujer y le dan otra. Lo mismo sucedería si la mujer tratase de casar con un hombre y casase con otro, porque cualquiera de ellos que errase de esta manera, no consentiría en el otro. Por ende, no debe valer el casamiento, y si fuese hecho, se puede deshacer; a menos que nuevamente consintiere en él después que lo conociese. Esto se debe entender de esta manera: si la mujer procurase casar con un hombre que hubiese conocido de vista o por fama o de oído, y viniese otro pasándose por aquél y casase con ella. Pero si ninguna de estas cosas o conocimientos tuviese la mujer respecto del varón y viniese uno en nombre suyo y casase con ésta, por error así no se deshace el casamiento, porque la mujer no yerra en el otro, del que no tenía conocimiento alguno, mas en éste que ve ante sí. Y tal error como éste no es de la persona porque la ve, mas es de otra cosa que se dice en latín “error de calidad” o de fortuna como si dijese que era hijo de rey o de otro hombre noble y no fuese así, o si dijese que

---

párroco que asistiese á semejantes contratos matrimoniales, si tuviese beneficio pierda por un año los frutos de él; y si no los tuviese pague cien pesos ...”.

<sup>545</sup> *Ibid.*, t. II, p.158.

<sup>546</sup> Cavallario, *op. cit.*, pars. 2.

<sup>547</sup> Canonista italiano, nacido en Roma en 1740, hecho obispo de Agnani por Pío VI en 1789. Falleció en Roma en 1820, habiendo sido instituido obispo titular de Cartago por Pío VII.

<sup>548</sup> M de la Cuesta Figueroa, “La nulidad de matrimonio, en Salta en el siglo XVIII” en : X *Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano* (México, s/d), t. I, p. 256.

<sup>549</sup> *Partidas*, 4, 2, 10 y ss. Estudia la relación entre los impedimentos y la condición social de los novios R. McCaa, "Gustos de los padres, inclinaciones de los novios y reglas de una feria nupcial colonial: Parral, 1770-1814" en *Historia Mexicana* 40, 4, 1991, pp. 579-714. El mismo autor hace un análisis semejante para Chile en un período posterior: *Marriage and Fertility in Chile 1840-1976*. Boulder: Westview Press, 1983. Se refiere al tema de los impedimentos B. Potthast-Jutkeit, "The Ass of a Mare and other Scandals: Marriage and Extramarital relations in Nineteenth Century Paraguay" en *Journal of Family History* 16, 3, 1991, pp. 215-239.

<sup>550</sup> *Partidas*, 4, 2, 10.

era rico y fuese pobre. Igualmente valdría el matrimonio si alguno casase con mujer que se dijese virgen y no lo fuera”.

Constituye, pues, impedimento, basado en el derecho natural, el error en cuanto a la substancia de la persona, pues mal puede contraerse nupcias con quien no es conocido o lo es imperfectamente<sup>551</sup>. No vicia el consentimiento por regla general el error en cuanto a las cualidades del otro contrayente como ser rica, noble, etc., salvo si este error sobre las cualidades recaiga sobre algunas que hayan sido determinantes para el matrimonio: por ejemplo, me caso con Susana *porque* es heredera de la hacienda Rinconada, pues de no ser así, no habría contraído el matrimonio<sup>552</sup>. En la Edad Media se dio gran importancia al error *virginitatis*, elevado a calidad de esencial<sup>553</sup>.

La calidad de pública ramera de la mujer no debía impedir el matrimonio si ella era conocida por el marido. Mas aun, se consideró en 1188 por el papa Clemente III como una obra de caridad que daba mérito de indulgencia:

"Inter opera Charitatis non minimum est errantem ab erroris sui semita revocare: Statuimus ut omnibus, qui publicas mulieres de lupanari extraxerint, & duxerint in uxores, quod agunt, in remissionem proficiat peccatorum"<sup>554</sup>.

En la *praxis* chilena es causal de nulidad que aparece muy poco porque resulta extraordinariamente rara una situación de error substancial en esta materia. Sin embargo se dio en extrañas circunstancias: Martina Mateluna tenía por novio, al parecer sin conocerlo físicamente, a Aniceto Lorca, mas al momento de contraer matrimonio se presentó otro, llamado Juan Merino, quien tomó el nombre de aquél. Más tarde descubrió la verdad: su madre había urdido este plan en connivencia con aquél. Ambos habían sido condenados por la justicia criminal: ella, a destierro y él se encontraba prófugo<sup>555</sup>. Por lo general, sin embargo sólo hallamos insinuado este impedimento a mayor abundamiento, con la clara intención de mostrar las aviesas intenciones del contrayente. En juicio de mediados del siglo XIX, inconcluso, la mujer es demandada aduciendo su marido fuerza para la celebración del matrimonio, ante lo que ella deduce reconvencción y, a su vez, pide nulidad por error en las cualidades de su consorte, al cual acusa de haberla engañado pues ignoraba su condición de alcahuete, de acuerdo a las *Partidas* 7, 22, 2<sup>556</sup>. En otro, se alega en forma principal impedimento de consanguinidad no dispensado y subsidiariamente el error en cuanto a las cualidades de la persona, habiendo mostrado en el noviazgo ser hombre de gran

---

<sup>551</sup> Graciano afirmaba al respecto, siguiendo a San Agustín, que era imposible amar lo desconocido: *Concordia...II, causa 29, quaest. 1a.* y agregaba: "*duo ultimi (personae et conditionis errores) dirimunt matrimonium non ex sua natura, sed ex constitutione Ecclesiae. Nam similiter et Papa posset constituere quob error qualitatis impediret, et quod nullus error impediret, et quod esset matrimonium ubi esset error personae, sicut et tener pignus licet ibi sit erro*". Cit. por González Vígil, *Defensa... Disertación 11a.*, p. 199. La obra de este regalista peruano, si bien ofrece interpretaciones aventuradas, trae una cantidad impresionante de eruditas notas de inmensa utilidad para quien estudie estas materias.

<sup>552</sup> Donoso, *op. cit.*, 1861, p. 159.

<sup>553</sup> J. Beneyto, *Instituciones de Derecho Histórico Español*. Barcelona: Librería Bosch, 1930, t. I, p. 66.

<sup>554</sup> Martínez, *Librería...* t. 2, cap. 1, no. 136, p. 42, quien cita: "*cap. 20 de Sponsalib.*"

<sup>555</sup> Archivo Arzobispado de Santiago, exp. Cn. 1340, caja 795.

<sup>556</sup> Archivo Arzobispado de Santiago, expediente 602, caja 1056, juicio entre Manuel José de los Reyes con Tránsito Montero, año 1844.

fortuna, con finca y cuantiosa cantidad de dinero, lo que resultó ser falso<sup>557</sup>. Se declaró la nulidad por triple parentesco por consanguinidad no dispensado.

2. *Condición servil*: La condición servil de uno de los contrayentes, si era ignorada por el libre, anula el matrimonio<sup>558</sup>. Es una variante del error en cuanto a la persona. En general, se tenía por nulo el matrimonio cuando uno de los contrayentes se perjudicaba ignorando la situación de su consorte. Así, no era nulo el matrimonio entre esclavos o el contraído por un esclavo con una persona libre o el contraído por un esclavo con otro, creyendo, erróneamente que era libre, pues no hay deterioro en su condición<sup>559</sup>. La Iglesia reaccionó tempranamente frente a este impedimento, pues Calixto I, en el inicio del siglo III declaró válidos los matrimonios entre hijas de senadores y esclavos o manumitidos, en contra de las normas del Derecho Civil<sup>560</sup>. Más tarde, el *Decreto* de Graciano consideraba que el hombre libre que hubiese casado con sierva no la podía repudiar<sup>561</sup>. No se ha encontrado este fundamento como causal de nulidad de matrimonio en Chile.

3. *Voto*: El voto solemne de castidad “emitido en la profesión hecha en religión aprobada por la Iglesia” dirimía del matrimonio, mas no el simple, que sólo lo impedía, o sea, lo hacía ilícito. Quien contraía matrimonio no obstante voto solemne de castidad, después de recibido el orden sacro o de la profesión religiosa, incurría en excomunión *ipso facto*, irregularidad y privación del beneficio de que gozara. Sólo el Papa podía dispensar por motivos graves. Advierte Donoso que en cuanto a votos simples únicamente dirimían el matrimonio los que emitían los novicios de la Compañía de Jesús, según lo declaró el papa Gregorio XIII en la bula *Ascendente Domino*<sup>562</sup>.

En la práctica santiaguina sólo aparece en una oportunidad, tratándose de un religioso mercedario que había hecho voto solemne de castidad y que posteriormente había contraído matrimonio. Este fue declarado nulo por esta causal<sup>563</sup>.

4. *Parentesco*: En el Derecho Canónico existen cuatro tipos de parentesco: a) por consanguinidad, b) por afinidad, c) espiritual y d) por adopción, llamado por algunos teólogos cognación legal. En texto del siglo XIV consta la gravedad de tener relaciones sexuales con parientes -incesto-, pecado y delito cuyo conocimiento reservado al arzobispo:

"Estos son los casos que se siguen del arzobispo

Primero, incesto, que est pecado de la carne con sus parientas o cuñadas, o a cercanas, asi carnales como spirituales como religiossas, o con religiossas."<sup>564</sup>

---

<sup>557</sup> Archivo Arzobispado de Santiago, expediente 1830, caja 908, juicio entre Agustina Olivares con Enrique Olivares, año 1861.

<sup>558</sup> *Partidas*, 4, 5, 3.

<sup>559</sup> Cuesta, “La nulidad...”, p. 255, quien cita a D. Echarri, *Directorio moral* (Madrid, 1799) y Donoso, *op. cit.*, 1861, t. II, p. 159.

<sup>560</sup> Beneyto, *Instituciones...* t. I, p. 67.

<sup>561</sup> Graciano, *Concordia...* II, causa 29, quaest. 2, 2.

<sup>562</sup> Donoso, *op. cit.*, 186, t. II, p. 159. Sobre dispensa matrimonial a los caballeros de la Orden de Santiago que hubiesen recibido órdenes menores sagradas: R. Mandiay y Parga, *Respóndese a las dudas que se consultan* Salamanca: 1662, que se halla en Archivo Nacional de Santiago de Chile, Fondo Varios vol. 8, p. 12, 22 fs.

<sup>563</sup> Archivo de Santiago, expediente 908, caja 1092.

Veamos cada situación:

a) *Parentesco por consanguinidad*: es el que existe entre los que descienden por generación carnal de un tronco o antepasado común. Se distinguen en él *tronco*, *línea* y *grado*. *Tronco* es aquella persona de la cual descienden las otras de cuyo parentesco se trata. *Línea* es la serie o colección de personas que descienden del mismo tronco por diversos grados. *Grado* es el intervalo entre un consanguíneo y otro. La línea puede ser *recta* o bien *transversal* o *colateral*, y esta última puede ser transversal *igual* o *desigual*.

La *línea recta* está constituida por la serie de personas que descienden del mismo tronco, la una por generación de la otra: el hijo del padre, el padre del abuelo, etc. Se habla de *línea ascendente* cuando, empezando de los últimos parientes se sube hacia el tronco y *descendente* en caso contrario. En la línea recta, se computan como grados las generaciones: así el hijo está en primer grado respecto del tronco; el nieto en 2º, el bisnieto en 3º.

La *línea transversal* o *colateral* está constituida por la serie de personas que tienen un tronco común, pero en la que una no desciende de otra: hermanos, tíos, primos, etc. Se habla, en Derecho Canónico, de *línea trasversal igual* cuando dos personas se hallan a una misma distancia del tronco común, como dos hermanos, dos primos hermanos. Así, los primos hermanos distan dos grados del tronco por lo que son parientes en la línea transversal igual en 2º grado. En la *línea transversal desigual*, dos personas distan entre sí los mismos grados que la que esté más alejada del tronco común. Si tomamos el caso de un tío y su sobrina, como aquél está a un grado del tronco común y ésta a dos, ha de entenderse que el parentesco entre estas personas es de segundo grado.

En el Derecho Romano en la línea recta hay tantos grados como generaciones entre las personas, o sea, no hay diferencia con el Canónico; pero sí la hay en la colateral donde los grados son computados subiendo hasta el progenitor común, que no se cuenta<sup>565</sup>, y bajando hasta el otro pariente: así, hermano y hermana están en segundo grado -en tanto que en el sistema canónico, distan sólo un grado-; tío y sobrina en tercero; el hermano del abuelo y la sobrina en cuarto; los primos hermanos, en cuarto grado, etc.<sup>566</sup>.

Un erudito autor peruano explicaba así esta diferencia:

"...el Papa Alejandro II, que existió en el siglo 11, se encargó de dirimir la cuestión sobre el modo de computar los grados, y dijo que las leyes miraban únicamente á las sucesiones y herencias, que pasaban de persona á persona un grado; pero que los Cánones consideraban el matrimonio, que no puede existir sino entre dos personas y por eso constituyeron de dos personas un grado"<sup>567</sup>.

Para efectos de dispensa, aunque sólo se dispensa el grado más remoto del tronco común, han de mencionarse ambos grados, el más próximo y el más distante: por ejemplo, entre tío y sobrina, se habla de "segundo mixto con primero"<sup>568</sup> y si había varios parentescos entre los contrayentes, debían de expresarse todos ellos.

---

<sup>564</sup> Texto de Juan de Monte Albán agregado a Martínez de Zamora, *op. cit.*, Apéndice III, p. 198.

<sup>565</sup> O, lo que es lo mismo, no se cuenta aquél de quien se parte.

<sup>566</sup> Inst. 6, 3

<sup>567</sup> González Vigil, *Defensa... Disertación 11a.*, p. 105.

<sup>568</sup> Donoso, *op. cit.*, 1861, t. II, pp. 159 y 160; Errázuriz, *op. cit.*, p. 213, Nos 538 y 539.



El Derecho Romano ya había considerado la consanguinidad como impedimento matrimonial en toda la línea recta:

*"inter eas personas quae parentum liberorumve locum inter se obtinent contrahi nuptiae non possunt..."*<sup>569</sup>.

Es norma de Derecho Natural que adoptó también el Canónico<sup>570</sup>. La consanguinidad en línea recta hace nulo el matrimonio hasta el infinito, si bien, atendiendo al Derecho Natural, según muchos teólogos, sólo se produciría nulidad en el primer grado, o sea, entre padre o madre e hijo o hija, aunque no hay noticia de dispensa en línea recta<sup>571</sup>.

También se encontraba prohibido el matrimonio entre hermanos:

*"inter fratrem sororemque nuptiae prohibitaee sunt, sive ab eodem patre eademque matre nati fuerint, sive ex altero eorum"*<sup>572</sup>.

Estaban vedadas, asimismo, las nupcias del tío con su sobrina o con la hija de ésta:

*"fratris vero vel sororis filiam uxorem ducere non licet, sed nec neptem fratris, vel sororis quis ducere potest quamvis quarto gradu sint"*<sup>573</sup>.

Así lo alegó una hija legítima que casó, ignorándolo, con el hermano natural de su padre, razón por la que solicitó en 1816 se declarase la nulidad del matrimonio por la relación de consanguinidad natural de 2º grado existente entre ellos<sup>574</sup>. Invocaba, evidentemente, las normas de Derecho Canónico.

El matrimonio entre primos fue frecuentemente vedado por los emperadores, influidos por el cristianismo; pero Arcadio y Honorio lo permitieron, regla que acogió Justiniano:

*"matrimonium inter cum sobrinos habeatur legitimum -duorum fratrum vel sororum liberi, vel fratris et sororis coniungi possunt"*<sup>575</sup>.

Para el Derecho Canónico la línea transversal producía nulidad hasta el 7º grado; pero Inocencio III en el IV Concilio de Letrán, en 1215, dispuso no se extendiese sino hasta el 4º grado inclusive<sup>576</sup>. La disposición lateranense es expresamente citada en un juicio de nulidad de matrimonio por consanguinidad en 2º, 3º y 4º grado, habiéndose obtenido

---

<sup>569</sup> Instit. 1, 1, 1.

<sup>570</sup> Aparece en la famosa respuesta del Papa Nicolás I a los búlgaros.

<sup>571</sup> Donoso, *Instituciones...*II, p. 161.

<sup>572</sup> Instit. 1, 1, 2.

<sup>573</sup> Instit. 1, 1, 3. De interés en esta materia fue la norma de Diocleciano y Maximiano conforme la cual *"nemini liceat contrahere matrimonium cum filia, nepte, vel pronepte, itemque cum matre, avia vel proavia: et ex latere amita ac matertera, sororis filia, et ex ea nepte: preterea fratris filia et ex ea nepte"*: vid, C. 5, 4, 17..

<sup>574</sup> Archivo Arzobispado de Santiago, exp. 1015, caja 746, juicio entre María Mercedes Mateluna y Leandro Mateluna.

<sup>575</sup> C. 5, 4, 19.

<sup>576</sup> Beneyto, *Instituciones...*, t. I, p. 66. El IV Concilio Mexicano de 1771: 4, 2, 2 lo expresa con plena claridad: "La consanguinidad se estiende hasta el cuarto grado inclusive". El Tercer Concilio Mexicano señalaba en el lib. 4o., út. 2o., \*3: "*Gradus prohibiti. Primus, consanguinitas usque ad quartum gradum inclusive*". Rodríguez de San Miguel, *Pandectas...*t. II, p. 435, no. 2660.

dispensa sólo para los dos primeros. El defensor de matrimonios se opuso a la nulidad argumentando que ya que se había obtenido dispensa para los grados más próximos, ello involucraba tácitamente dispensa para los más lejanos. No obstante ello, el tribunal falló acogiendo la nulidad<sup>577</sup>, de que apeló el defensor argumentando que sólo se había tomado en consideración el breve *Etsi matrimonialis* de Benedicto XIV. El fallo fue confirmado en segunda instancia. En otros juicios similares, se observa el mismo criterio: no obstante haber varios impedimentos por consanguinidad y haberse obtenido dispensa para los más cercanos, al no haberlo hecho para los más lejanos, quedaba vigente el impedimento dirimente<sup>578</sup>. No deja de resultar curioso que, no obstante la cantidad de resguardos que tomaba la Iglesia, siguieran produciéndose matrimonios entre personas que no sólo no pedían dispensa por algún impedimento de consanguinidad de los varios que podían invocar, sino que aun dejaban de hacerlo respecto de alguno que efectivamente los afectaba y que conocían<sup>579</sup>. En un expediente se afirma que el impedimento fue deliberadamente ocultado por los contrayentes<sup>580</sup>; el tribunal acogió la demanda y su sentencia fue confirmada en alzada. Parece difícil creer que situaciones como las de que algunas personas sean, respectivamente, tío y sobrina o primos hermanos no hayan sido conocidas por ellos, no obstante lo cual hayan contraído matrimonio<sup>581</sup>. Podría explicar estas ocurrencias lo pequeñas que eran ciertas sociedades en nuestro país, de modo que se prefería silenciar ciertas relaciones de parentesco para no tener trabas en su celebración.

A los indios convertidos a la fe, el impedimento sólo les alcanzaba hasta el 2º grado, o sea, primos hermanos, cuando se trataba de matrimonio celebrado. Fuera de esta situación, podían dispensarse los grados 4º (primos terceros<sup>582</sup>), 3º (primos segundos)<sup>583</sup> y 3º mixto con 2º (primo segundo con primo carnal). Posteriormente, y como se explica más adelante, pudieron los obispos americanos dispensar 2º mixto con 1º (caso de tío y sobrina

---

<sup>577</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. 337, caja 57, juicio entre Josefa Alvarez y Francisco Ramos.

<sup>578</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. 338, caja 58, juicio entre José Arcadio y Mercedes Villarroel; exp. Bn 439, caja 332, juicio entre Josefina Carvallo y Manuel Carvallo de la Cerda; exp. Dn 240, caja 971, juicio entre Hermenegildo Prado y María Elizondo; exp. 903, caja 1091, juicio entre Julia Rojas y Wenceslao Rojas. Una autora que ha estudiado con perspectiva de historia social los impedimentos y sus dispensas en las clases elevadas de la sociedad novohispana es P. Seed, "The Church and the Patriarchal Family: Marriage Conflicts in Sixteenth and Seventeenth Century New Spain" en *Journal of Family History* 10. 3, 1985, pp. 284-293 y *To Love, Honor and Obey in Colonial Mexico. Conflicts over marriage choice 1574-1821*, Stanford: Stanford University Press, 1988. Para México, también, es útil el estudio de R. Gutiérrez, *When Jesus came, the Corn mothers went away. Marriage, Sexuality and Power in New Mexico, 1500-1846*. Stanford: Stanford University Press, 1991.

<sup>579</sup> Archivo Arzobispado de Santiago exp. Fn 387, caja 355, juicio entre María Cerda y Bernardo Morales; exp. Bn 1136, caja 458; exp. Cn 295, caja 596; exp. 1830, caja 908, juicio entre Agustina y Enrique Olivares; exp. 1856, caja 915, juicio entre Antonia Ortiz y Marcelo Caballero; exp. Dn247, caja 975, juicio entre Josefina Polar y Pedro Ponce de León; exp. 691, caja 1270, juicio entre Alejo Urquieta y Dolores Laguna; exp. 899, caja 1319, juicio entre María Luz Zamorano y Martín Vargas;

<sup>580</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. Bn 398, caja 319, juicio entre Ramón Carreño y Mercedes Castillo.

<sup>581</sup> Archivo Arzobispado de Santiago exp. 1102, caja 1348, juicio entre José Ignacio Vargas y Dolores Gamallo (primos hermanos); exp. 529, caja 1237, juicio entre Francisca Toledo y Roque Ruiz (tío y sobrina).

<sup>582</sup> Descendientes de un mismo tatarabuelo.

<sup>583</sup> En virtud de concesión de Paulo III y declaración del II Concilio Limense de 1567 para lo que no precisaban recurrir al obispo diocesano.

o tía y sobrino) y aun en todo impedimento cuya dispensa correspondiese a la Santa Sede<sup>584</sup>. En lo tocante a mestizos y mulatos, se introdujo la costumbre, confirmada por el IV Concilio Limense de 1772, de que para contraer matrimonio en 3o. y 4o. grado debían pedir dispensa<sup>585</sup>.

Los indios eran advertidos a través del catecismo, en lengua castellana y quechua sobre el tema de impedimentos:

"P. ¿Y puede casarse cualquier hombre con cualquier muger?"

R. Hay ciertos grados de parentesco y otras condiciones que tiene dispuestas la Santa Iglesia, con las cuales no se puede casar ni vale nada el casamiento, y por eso el que se casa debe primero saber del el padre, que es su cura, si puede casarse y con quién, y en qué manera para que no peque, y esté amancebado y no casado"

P. Pimaican Cariri, allichu (manancancama) pimaycan huarmi huan casaracuman?"

R. Cispa yahuarmasin huan chaymanta S. Iglesia mamanchicpa mana casaracuiyac Camanchu ñiscancuna huanca, mana pu nin casaracunan yachacunchu caycaycuna huan casaracuspaca, manayupaitam casaracum chayracu, pipas casaracuita munas paca mana pantan campac huacay Chaquen Padre tarac rima chichun, allichu casaracuiyman, pihuanmi ymahinam ñispa tapucuchun pacta pantaspa huchallicun mancusaras casaras cachani ñispatac, mana casarasca mansebasca canman"<sup>586</sup>.

Por resolución de Carlos III dada en el Pardo a consulta de 15 de enero de 1781, de que provino real cédula del Consejo de Castilla de 11 de marzo de ese año, se exoneraba de la concurrencia personal a Roma a los que pretendieran dispensas matrimoniales. Ello resultó del *exequatur* otorgado a un breve pontificio de 28 de junio de 1780<sup>587</sup>.

---

<sup>584</sup> Señala Donoso, *op. cit.*, 1861, t. II, p. 188 en nota: "En la nota a la ley 20, tít. 2, lib. 10 de la Nov. Rec. con relación a la extensión de facultades que en los últimos tiempos se ha concedido a los obispos de la América Española, aun por disposiciones generales, se lee lo siguiente: "Por breve de Clemente XIV expedido en 27 de marzo de 1770, se concedió a los RR. Arzobispos y Obispos de los reinos de Indias indulto por tiempo de 20 años, para dispensar acerca de los matrimonios ya contraídos, y los que se hubieren de contraer entre parientes de cualquier grado de consanguinidad o afinidad...Y por otro breve de 3 de setiembre de 1789, inserto en cédula del Consejo de Indias de 15 de agosto de 1790, se concedió indulto a los mismos Prelados por espacio de 20 años contados desde el día en que expirase el citado de Clemente XIV, para que puedan dispensar en ambos fueros con fieles cristianos residentes en sus respectivas diócesis, a efecto de que aunque sean parientes o tengan atingencia entre sí en cualquiera grados de consanguinidad y afinidad en la línea transversal, puedan contraer matrimonio o permanecer en él, si estuvieren ya casados, aunque lo hayan contraído con noticia del impedimento, pero renovando en este caso su mutuo consentimiento en presencia del párroco y del competente número de testigos y para declarar legítima la prole que hubieren tenido de semejantes matrimonios"

<sup>585</sup> IV Concilio Limense: 5, tít. final, 2.

<sup>586</sup> *Catecismo Menor aprobado por el concilio provincial de Lima del año de 1773. Para que por él se enseñe a niños é indios en Tejada, op. cit.*, t. 6, p. 395-396. Ya existía desde el III Concilio Limense: R. Vargas Ugarte, *Concilios Limenses (1551-1772)* t. 1 Lima: 1951, p. 323 en lenguas quechua y aimara escrito por J. de Acosta. Para los demás pueblos indígenas "se encarga y recomienda a todos los obispos que procuren cada uno en su diócesis hacer traducir el dicho Catecismo por personas suficientes y pías en las demás lenguas de su diócesis". *Vid.* J. G. Durán, *El Catecismo del III Concilio Provincial de Lima y sus complementos pastorales (1584-1585)*. Buenos Aires:1982, 535 pp.

<sup>587</sup> Se halla transcrito en *Nov. Rec.* 10, 2, 21. En su virtud, cuando el grado de parentesco fuera más cercano al tronco que el que se había dispensado, no sería necesario, por regla general, nuevo recurso a la Santa Sede; para las dispensas por incesto cometido o comunicación que condujera a infamia, bastaría, para evitar que el peticionario concurrese personalmente a Roma, con un atestado auténtico de su pobreza expedido por el Ordinario; las dispensas sin expresión de causa obtendrían siempre una rebaja en la tarifa respectiva y, finalmente, la Sagrada Penitenciaría podría conceder dispensas en ambos fueros en diversos

b) *Parentesco por afinidad*: Las mismas normas que rigen respecto de consanguinidad a través de matrimonio se aplican a parentescos naturales y aun ilegítimos, cuya base es la afinidad. Parentesco por *afinidad -affinitas o adfinitas-* es el que existe entre una persona que ha tenido trato carnal consumado, lícito o ilícito, con otra y los consanguíneos de ésta. Por ejemplo, de acuerdo al Derecho Canónico, la cuñada está en primer grado de afinidad en línea recta respecto de su suegro y en 1er. grado en la colateral respecto de su cuñado. El parentesco por afinidad es el mismo que tiene el cónyuge en consanguinidad o el que ha copulado y como impedimento se extiende en la transversal hasta el 4º grado. Se trata de un impedimento de derecho eclesiástico, que fue considerado en forma muy amplia, abarcando no sólo al hombre y los parientes de la mujer y viceversa, sino que también a los parientes de ambos en forma recíproca.

La base de este parentesco es la de que:

“Considerándose a los cónyuges como una sola carne, en el mismo grado en que una persona es consanguínea de la mujer, es afín del marido, y, al contrario, en el mismo grado en que alguno es consanguíneo del marido, es afín de la mujer, siendo aplicable esto mismo a la afinidad nacida *ex copula fornicaria*”<sup>588</sup>.

Igual que se ha dicho respecto del parentesco por consanguinidad, antes del IV Concilio de Letrán alcanzaba hasta el 7º grado, lo que suprimió Inocencio III limitándolo en la forma apuntada. De la norma de Inocencio III resultó la brocarda según la que "*affinitas non parit affinitatem*" por lo que podían

“contraer matrimonio dos hermanos de una de las partes con dos hermanas de la otra; el padre e hijo con la madre e hija; el viudo del hermano con la viuda de la hermana; el entonado con la madre, hija o hermana de la madrastra; la entonada con el padre, hijo, o hermano del padrastro, y, en fin, puede casarse uno sucesivamente con dos viudas cuyos maridos difuntos eran hermanos”<sup>589</sup>.

Ya estaba regulado este impedimento en diversas disposiciones romanas<sup>590</sup>. En las *Institutas* se lee que

"*Affinitatis quoque veneratione, quarundam nuptiis abstinendum est, ut ecce: privignam aut nurum uxorem ducere non licet, quia utraque, filiae loco sunt...*"<sup>591</sup>.

El impedimento para el matrimonio entre cuñados sólo se incorporó en tiempos de Constantino<sup>592</sup> y fue renovado por Valentiniano, Teodosio y Arcadio<sup>593</sup>.

---

grados -cuarto grado simple o cuarto grado mixto con tercero- para los matrimonio contraídos de buena fe con ignorancia del impedimento. En estos casos, era indispensable, además de la buena fe, la observancia de las formalidades dispuestas por el Concilio de Trento y que los suplicantes, una vez descubierto el impedimento, se hubiesen abstenido de cópula carnal.

<sup>588</sup> Donoso, *op. cit.*, 1861, t. II, pp. 166-167.

<sup>589</sup> *Ibid.*, t. II, p. 167.

<sup>590</sup> C. 5, 4, 4 y 17 y 5, 5, 5, 8 y 9 y C. Th. 3, 12, 2.

<sup>591</sup> *Instit.* 1, 10, 6: "Por respeto a la afinidad hay también mujeres a quienes no es posible unirse: así es que no puede uno casarse ni con su hijastra ni con su nuera, porque una y otra están en la clase de hijas...": Ortolan-Jiménez-Serrano, *cit.*, t. I, p. 234, Se permitía, sin embargo, el matrimonio entre el hijo del marido con otra mujer y la hija de la mujer con otro marido o viceversa, aun cuando tuviesen hermano o hermana nacidos del segundo matrimonio: *Instit.* 1, 10, 8.

<sup>592</sup> *C. Th.* recién citado.

Alfonso X da a este impedimento el nombre de ‘cuñadía’ o ‘cuñadez’ y lo trata en las *Partidas*<sup>594</sup>. El concilio de Trento, por su parte, introdujo una nueva modificación, disponiendo que la afinidad procedente *ex fornicatione*, que llegaba hasta el 4º grado, alcanzase ahora sólo a los grados 1º y 2º<sup>595</sup>.

Donoso pone un ejemplo:

“Pedro, que conoció carnalmente a María es afín con la madre e hija de ella en primer grado de línea recta; con la hermana de la misma, en primer grado de línea colateral; con la prima hermana, tía o sobrina, en 2º grado; con la hija de un primo hermano de la misma mujer, en 3º grado, etc.”<sup>596</sup>.

En la práctica judicial chilena, alguna vez se pretendió que se declarara la nulidad por haber tenido el marido relaciones ilícitas con una prima de la cónyuge antes del matrimonio. Se rechazó la demanda basándose en que este parentesco por afinidad en 3º grado no era relevante<sup>597</sup>.

Surgió duda entre los canonistas sobre la extensión de la afinidad en el caso de matrimonio inválido: para algunos llegaría hasta el 2º grado sólo en caso que se contrajese de mala fe y hasta el 4º en la situación contraria. Donoso, empero, cree que lo más lógico es que llegue al 2º.

Los obispos podían dispensar el impedimento de afinidad originalmente en 4º grado, 3º, 3º mixto con 2º, y tratándose de matrimonio ya celebrado, aun en el 2º puro (esto es, entre dos primos hermanos), pero sólo respecto de los que se convertían desde la infidelidad o herejía. Más tarde se amplió en la forma que se ha señalado más arriba. Para los indígenas, el impedimento por afinidad por cópula lícita alcanzaba sólo hasta el segundo grado<sup>598</sup> para lo cual no necesitaban pedir dispensa del obispo<sup>599</sup>.

A pesar de las facilidades que daba la Iglesia para que se declarasen los impedimentos que afectaban a los contrayentes, éstos, muchas veces por vergüenza, no lo hacían respecto de los que provenían de cópula ilícita. Sin embargo, cuando el matrimonio andaba mal, se acordaban del impedimento y lo sacaban a relucir en los tribunales. Los parientes con los que se había tenido relación carnal con anterioridad variaban: tía de la mujer<sup>600</sup>, hermanos del marido<sup>601</sup>, tío del marido<sup>602</sup>, hermana de la mujer<sup>603</sup> (incluso en un caso con las cuatro

---

<sup>593</sup> C. 5, 5, 5: "Prohibimos absolutamente el casarse con la mujer de su hermano o con las dos hermanas, de cualquiera manera que haya sido disuelto el matrimonio", descartándose así el levirato.

<sup>594</sup> *Partidas*, 4, 6, 5 y 4, 7, 5.

<sup>595</sup> Concilio de Trento, Sesión 24: *De Reformatione Matrimonii*, cap. 4. El IV Concilio Mexicano: 4, 2, 2 declaraba que llegaba "la afinidad que nace de cópula ilícita y fornicacion hastaq el segundo grado inclusive".

<sup>596</sup> Donoso, *op. cit.*, 1861, t. II, p. 167.

<sup>597</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. Dn 88, caja 947, juicio entre María Jesús Pino con José Farías.

<sup>598</sup> Así se lee en IV Concilio Mexicano de 1771: 4, 2, 5, que insiste en que esta norma no ha de aplicarse "á otras castas".

<sup>599</sup> Lo reitera el IV Concilio Limense de 1772: 5, tít. final, 7.

<sup>600</sup> Archivo Arzobispado de Santiago exp. 1458, caja 833 y exp. 1659, caja 875.

<sup>601</sup> Archivo Arzobispado de Santiago exp. 1793, caja 903; exp. 793, caja 1078; exp. 12, caja 1142; exp. 340, caja 1197.

hermanas de su mujer)<sup>604</sup>, suegra<sup>605</sup>, suegro<sup>606</sup>, prima hermana de la mujer<sup>607</sup>, primos hermanos del marido<sup>608</sup>, etc. Era ésta una causal de muy difícil probanza, razón por la cual era normalmente rechazada, sospechándose de que pudiera haber alguna connivencia entre los declarantes. Pero tampoco se manifestaban a veces los impedimentos provenientes de cópula lícita, como cuando un padrastro viudo casó con su hijastra, matrimonio que fue declarado nulo<sup>609</sup>. Un caso curioso en materia de afinidad por cópula lícita se planteó ante el tribunal eclesiástico católico en 1860 al solicitársele pronunciamiento sobre la validez o nulidad de un matrimonio celebrado entre protestantes, con violación del impedimento de afinidad en primer grado transversal, pues un viudo había casado posteriormente con su cuñada. Hubo sentencia favorable a la nulidad<sup>610</sup>.

No resultaba tan simple invocar esta causal de nulidad, pues las consecuencias podían ser graves. En un expediente de 1742, iniciado por Laura Plaza, pide ésta la nulidad del matrimonio con Jerónimo de Alvarado por haber tenido antes del enlace ilícita amistad con tres primos hermanos de su marido y, a su vez, él la había tenido con una prima hermana de ella. Tras acreditarse bastantemente la existencia del impedimento dirimente, se examinaron las dispensas que se habían obtenido, en razón de ser parientes inmediatos los contrayentes. Aparecía en esta petición la situación de consanguinidad, mas no la de afinidad surgida en la forma señalada. En definitiva, el tribunal eclesiástico declaró la nulidad del matrimonio, pero en atención a que la actora no había declarado en su oportunidad el impedimento, con desprecio del sacramento –sobre todo por “la mala fe con que Laura Plaza contrajo, ocultando este impedimento [...] en vilipendio del Santo Sacramento del Matrimonio”–, se la condenó a cuatro años de reclusión en una casa de ejercicios<sup>611</sup>.

Otro caso que aparece en la práctica eclesiástica chilena es el de la hija ilegítima de un primo de su marido, quien solicita la nulidad de su matrimonio en 1735 en razón de haberse dispensado defectuosamente (en forma oculta) el impedimento, lo que fue rechazado por falta de prueba<sup>612</sup>.

---

<sup>602</sup> Archivo Arzobispado de Santiago exp. Dn 649, caja 1063.

<sup>603</sup> *Ibidem* y exp. 612, caja 1251.

<sup>604</sup> Archivo Arzobispado de Santiago exp. 339, caja 339. El matrimonio fue declarado nulo.

<sup>605</sup> Archivo Arzobispado de Santiago exp. 935, caja 1106.

<sup>606</sup> Archivo Arzobispado de Santiago exp. 575, caja 1238.

<sup>607</sup> Archivo Arzobispado de Santiago exp. Dn 957, caja 1115; exp. 47, caja 1152; exp. 912, caja 1322; A. R. A. vol. 2347, p. 5<sup>a</sup> (1742).

<sup>608</sup> ANRACH vol. 2347, p. 5<sup>a</sup> (1742).

<sup>609</sup> Archivo Arzobispado de Santiago exp. 1487, caja 842.

<sup>610</sup> Archivo Arzobispado de Santiago exp. En 850, caja 1350, juicio entre Nicolás Shuth y Ana Joaquina Kierschow.

<sup>611</sup> ANRACH vol. 2347, p. 5<sup>a</sup> (1742).

<sup>612</sup> Archivo Arzobispado de Santiago exp. Cn 1020, exp. 748, juicio entre María Josefa Marín y Gabriel Galleguillos.

c) *Parentesco* o *cognación espiritual* es el que existe entre el bautizante y bautizado y el padre y madre de éste; entre los padrinos y el bautizado y el padre y madre del mismo; entre el confirmado y sus padres, de una parte, y el padrino, de la otra<sup>613</sup>. Fue incorporado por Justiniano<sup>614</sup> - "*persona omnimodo ad nuptias venire prohibenda, quam aliquis sive alumna sit sive non, a sacrosanto suscepit baptismate*"- extendiéndosele a la confirmación por obra del Concilio de Maguncia, en tiempos de Carlomagno. Siguiendo las líneas romano-canónicas lo trata Alfonso X en las *Partidas*<sup>615</sup>. Implica impedimento dirimente entre las personas mencionadas, el que es de derecho eclesiástico y dispensable por el obispo americano en virtud de las sólitas o facultades concedidas por la Santa Sede por espacio de diez años renovables<sup>616</sup>. Habiendo sido primitivamente de gran extensión, el Concilio de Trento lo redujo a los padrinos con sus ahijados y los padres de éstos<sup>617</sup>. El IV Concilio de México de 1771 distingue dos especies de este parentesco:

"la cognacion espiritual la contrae el que bautiza y el padrino con el bautizado, en primera especie, y los mismos, bautizante y padrino, con los padres del bautizado en segunda especie..."<sup>618</sup>

d) *Parentesco adoptivo* o *cognación legal* es el que nace de la adopción o prohijamiento, y es llamado legal porque nace de la ley civil. Efectivamente, el Derecho Romano vedaba el matrimonio entre los padres e hijos adoptivos, aun cuando se disolviese la adopción:

"*ut quamvis per adoptionem parentum liberorumve loco sibi esse coeperint, non possunt inter se matrimonio iungi in tantum, ut etiam dissoluta adoptione idem iuris maneat*"<sup>619</sup>.

De acuerdo al mismo criterio, tampoco podía contraer matrimonio el hijo adoptivo con la que había sido mujer de su padre ni el padre adoptivo con la que fue mujer de su hijo:

---

<sup>613</sup> Errázuriz, *op. cit.*, p. 214, N° 541. Vid. Jiménez Carrión, *Prontuario de los grados civiles y canónicos de consanguinidad, afinidad, cognación legal y espiritual, con sus árboles correspondientes*. Madrid: 1808, que ilustra estas situaciones, por demás complejas.

<sup>614</sup> C. 5, 4, 26.

<sup>615</sup> *Partidas*, 4, 7, leyes 1 a 6. En la primera de ellas, señala que este parentesco reviste tres formas: entre el que bautiza "e todos los otros que le sacan de la pila" y el padre y madre del bautizado; entre el bautizado y el que lo bautiza "e entre aquellos, quel sacan de la pila" y entre el bautizado y los hijos carnales de los padrinos y madrinas. Sobre la incidencia del parentesco espiritual en la sociedad feudal, vid. J. Le Goff, *Pour un autre Moyen Age* (París, 1977), pp. 349-420.

<sup>616</sup> Donoso, *op. cit.*, 1861, t. I, p. 204. En el capítulo 114 del 2o. Sínodo de Quito (15 a 24 de agosto de 1594) consideraba entre los casos reservados al obispo el de "los que conocieren carnalmente algún pariente o parienta suya espiritual", excluyéndose de ello a los indios: Botero, *op. cit.*, p. 73.

<sup>617</sup> Concilio de Trento, Sesión 24: *De reformatione matrimonii*, cap. 2: "solo una persona, sea hombre ó sea muger, segun lo establecido en los sagrados cánones, ó á lo mas un hombre y una muger sean los padrinos de bautismo; entre los que, y el mismo bautizado, su padre y madre, solo se contraiga parentesco espiritual; así como tambien entre el que bautiza y el bautizado, y padre y madre de este.": Rodríguez de San Miguel, *Pandectas...* t. II, p. 430, no. 2650.

<sup>618</sup> 4, 2, 3.

<sup>619</sup> Institut. 1, 10, 1: "aun cuando la cualidad de ascendiente o descendiente sea sólo efecto de la adopción, no por eso es menos ilícito el matrimonio, y aun después de disuelta la adopción, subsiste siempre la prohibición". Termina poniendo como ejemplo: "así, no podrás casarte con aquélla que por adopción ha resultado hija o nieta tuya, ni aun cuando la hubieres emancipado", según Ortolan-Jiménez-Serrano, *cit.* t. I, p. 230.

"*Adoptivus filius, si emancipetur: eam, quae patris adoptivi uxor fuit, ducere non potest, quia novercae locum habet. Item si quis filium adoptaverit, uxorem eiusdem (quae nurus loco est), ne quidem post emancipationem filii ducere poterit: quoniam aliquando nurus ei fuit*"<sup>620</sup>.

Tales normas fueron recogidas por las *Decretales*<sup>621</sup> y por las *Partidas*, como se verá de inmediato.

También operaba prohibición tratándose de parentesco adoptivo colateral:

"...*si qua per adoptionem soror tibi esse coeperit, quamdiu quidem constat adoptio sane inter te et ea, m nuptiae consistere non possunt: cum vero per emancipationem adoptio sit dissoluta, poteris eam uxorem ducere. Sed et si tu emancipatus fueris, nihil est impedimento nuptiis*"<sup>622</sup>.

Las *Partidas*<sup>623</sup>, siguiendo la tradición romana, distingue entre arrogación y adopción, constituyendo ambas impedimento dirimente. La arrogación consistía en que una persona *sui iuris* —quien no tenía padre o si lo tenía, había dejado de estar bajo su potestad— pasaba a depender de otro en el mismo lugar de un hijo legítimo, lo que se hacía con intervención real. La adopción, en cambio, se refería a los que estaban en potestad de su padre carnal y se realizaba con intervención del juez. De acuerdo a esa norma y la de las *Partidas*<sup>624</sup>, se produce impedimento perpetuo entre adoptante y adoptado; entre el adoptado y los hijos naturales del adoptante, mientras no se produzca emancipación y perpetuamente entre el adoptante y la mujer del adoptado, y entre el adoptado y la mujer del adoptante<sup>625</sup>.

5. *Crimen*<sup>626</sup>: es el impedimento de derecho eclesiástico que nace o del adulterio solo o del conyugicidio solo o de ambos. Veamos los tres casos:

*Adulterio solo*. Desde el Derecho Romano el adulterio, esto es, el delito proveniente de la relación ilegítima entre un hombre y una mujer en que al menos uno de ellos era casado, constituía un impedimento para el posterior matrimonio entre el cónyuge adúltero y su cómplice<sup>627</sup>. Para que el adulterio solo fuera impedimento dirimente requería en el Derecho Canónico:

---

<sup>620</sup> D. 23, 2, 14, 1: "Si se emancipase al hijo adoptivo, no puede contraer matrimonio con la que fué muger de su padre adoptivo; porque está en lugar de madrastra. Además de esto, si uno adoptase por hijo á alguno, aun después de su emancipación, no podrá casarse con su muger (que está en lugar de nuera); porque fué en algún tiempo nuera suya": según Rodríguez de Fonseca, *op. cit.* t. 8, p. 100.

<sup>621</sup> *Liber Decretalium* 4, 12, cap. único: "*Si qua per adoptionem mihi soror esse coeperit, quamdiu durat adoptio, inter me & ipsam nuptiae consistere non possunt*".

<sup>622</sup> *Institut.* 1, 10, 2: "...cuando una mujer ha llegado a ser hermana tuya por adopción, no puedes sin duda casarte con ella mientras dure dicha adopción; mas si queda disuelta la adopción por emancipación, nada se opone ya al matrimonio; lo cual sucede también en el caso de ser tú el emancipado". Y concluye: "*et ideo constat, si quis generum adoptare velit, debere eum ante filiam suam emancipare; et si quis velit nurum adoptare, debere eum ante filium suum emancipare*" "así que es constante que si quiere uno adoptar a su yerno, debe antes emancipar a su hija, y si a su nuera, es menester que comience por emancipar a su hijo": según Ortolan- Jiménez-Serrano, *cit.* t. I, p. 230.

<sup>623</sup> *Partidas*, 4, 7, 7.

<sup>624</sup> *Partidas*, 4, 7, 8.

<sup>625</sup> Errázuriz, *op. cit.*, p. 215, N° 544.

<sup>626</sup> Graciano, *Concordia...* II, causa 31, quaest. 1a.

<sup>627</sup> D. 50, 16, 101; 48, 5, 1, 41; C. 9, 9.



a) que hubiera sido verdadero y formal,

“por consiguiente no habría impedimento si el matrimonio resulta ser inválido, o si se cree vivo al cónyuge muerto o si una de las partes ignora que la otra es casada”<sup>628</sup>;

b) que el adulterio fuera consumado por cópula apta para la generación: palpamientos impúdicos, por ejemplo, no producían impedimento;

c) que antes o después interviniera promesa de matrimonio aceptada por la otra parte  
y

d) que la promesa y el adulterio se verificaran durante la vida del cónyuge:

“de aquí es que si Pedro en vida de su primera mujer, prometió a María casarse con ella si enviudaba y después de viudo se casa con Juana y comete adulterio con dicha María, no contrae impedimento para con ésta si no es que le reitere la promesa de matrimonio antes hecha”<sup>629</sup>.

Es delito del que conocían fundamentalmente los tribunales civiles y respecto del cual había tanto penas canónicas<sup>630</sup> como laicas; ha llegado a mis manos sólo un caso en que un juicio por amancebamiento se ventilase ante la justicia eclesiástica. Se trata de un proceso incoado contra Francisco Carreño en 1787 por amancebamiento con la casada Alfonsa Bielma, que concluye con la condena que del referido Carreño hace el vicario general del obispado de Santiago, José Antonio Martínez de Aldunate, a seis meses de trabajo en las obras públicas de Santiago, debiendo ser puesto a disposición del subdelegado respectivo; a ella la condena a ser recluida en la casa o lugar que indicara el vicario de Nancagua y en la Casa de Recogidas de Santiago para el caso de quebrantar su reclusión. El condenado no podría ingresar a Nancagua bajo pena de destierro en un presidio por cuatro años<sup>631</sup>. Lo más corriente es al revés: que el tribunal civil condene a la mujer a reclusión en algún convento<sup>632</sup>.

*Conyugicidio solo*<sup>633</sup>. Para que constituyera impedimento, sin adulterio, se requería: a) mutua maquinación, por lo que no bastaba con que el cónyuge quitara la vida de su consorte, sino que era preciso, además, que aquél con quien intentaba casarse lo supiera o consintiera en ello; b) que hubiera un resultado muerte; c) que la maquinación mortal tuviera como expresa intención, por lo menos de una de las partes, la de contraer matrimonio<sup>634</sup>.

*Adulterio unido al conyugicidio*. En este caso no se requería que ambos conspiraran o maquinaran la muerte ni que hubiera promesa de matrimonio. Sí se necesitaba que la

---

<sup>628</sup> *Ibid.*, p. 216, N° 545.

<sup>629</sup> Donoso, *op. cit.*, 1861, t. II, p. 162.

<sup>630</sup> Por ejemplo, el IV Concilio Mexicano de 1771: 5, 10, 1 renovó las penas impuestas por el de Trento.

<sup>631</sup> ANRACH vol. 2365, p. 19 (1787).

<sup>632</sup> Por ejemplo, Jacinta Gallardo, casada con José María Fuentes, fue condenada a reclusión en el Monasterio de la Enseñanza de Mendoza: A. R. A. vol. 2926, p. 6a. (1790).

<sup>633</sup> Según el canonista turinés del siglo XVIII C. S. Berardi, Graciano "fue quien antes que todos, enseñó que no valía el matrimonio entre los adúlteros, cuando se han dado palabra de casarse, o han maquinado la muerte; lo que no se deduce de la recta interpretación de los antiguos Cánones, sino de la simplicidad o imprudencia del colector": C. S. Berardi, *Instituciones del derecho eclesiástico* trad. J. A. del Camino, p. 1a., cap. 59.

<sup>634</sup> Errázuriz, *op. cit.*, p. 216, no. 545.

muerte se ejecutara con intención de contraer matrimonio, aunque tal intención fuera de uno solo y la desconociera la otra parte<sup>635</sup>.

Estas tres variedades de crimen eran dirimentes e inhabilitaban a los delincuentes para contraer matrimonio entre sí, pero eran dispensables. Los obispos de Indias podían dispensarlo *neutro tamen coniuum machinante*<sup>636</sup>. En la legislación civil, se referían a ellos el *Fuero Real* 3, 1, 12 cuya rúbrica es “cómo ninguno puede casar con la mujer que conoció viviendo la suya” y las *Partidas*<sup>637</sup>, que comienza “matan a veces algunos hombres a sus mujeres sin razón y sin derecho. Y porque la Santa Iglesia entendió que este pecado era muy grande por eso prohibió que el que así lo hiciese pudiese casar...” y *Partidas*<sup>638</sup>: “de los que hacen adulterio con las mujeres casadas, si pueden casar con ellas después que mueren sus maridos o no”.

En el Archivo del Arzobispado de Santiago sólo se han encontrado tres expedientes en que el capítulo de nulidad invocado haya sido crimen y se han referido al adulterio solo. En uno de ellos, el marido había tenido tratos ilícitos con su mujer mientras vivía su anterior cónyuge y había prometido matrimonio a aquélla, lo que cumplió al enviudar<sup>639</sup>, situación en que la mujer pide la nulidad. Pero se da también el caso que pida la nulidad el propio marido que en vida de su mujer cometió adulterio, prometió matrimonio y posteriormente casó, lo que implica prevalerse de su propio dolo. Aunque el defensor del matrimonio era contrario a que se aceptara la nulidad, el promotor fiscal estimó que procedía<sup>640</sup>. Es de mucho interés, por las personas involucradas, un juicio de fines del siglo XVIII en que se declaró por el obispo José Antonio Martínez de Aldunate, a petición del padre del novio, la nulidad del matrimonio entre la viuda del arquitecto Joaquín Toesca, Manuela Fernández de Rebolledo y el capitán de dragones Juan Antonio Díaz<sup>641</sup>. A ella se le achacó haber intentado dar muerte a su marido por medio del veneno en dos ocasiones, lo que era efectivo; pero el arquitecto Toesca no murió a consecuencia de tales intentos. Lo que sí se dio en este caso fue el adulterio solo, cumpliéndose con todos los requisitos indicados precedentemente.

6. *Disparidad de cultos*: este impedimento, de origen eclesiástico, acogido por las legislaciones justiniana y franca<sup>642</sup>, implicaba diferencia de religión entre un bautizado y otro que no lo era. Su razón de ser estribaba en el peligro que para la fe del bautizado significaría su unión a un infiel<sup>643</sup>. En el Concilio de Iliberis o Elvira, de 303, se desincentivó el matrimonio de gentiles con cristianos, considerándose tales uniones como un adulterio y eran castigados con cinco años de penitencia los padres que lo permitiesen.

---

<sup>635</sup> *Ibidem*.

<sup>636</sup> Donoso, *op. cit.*, 1861, t. II, p. 188.

<sup>637</sup> *Partidas* 4, 2, 14.

<sup>638</sup> *Partidas* 4, 2, 19.

<sup>639</sup> Archivo Arzobispado de Santiago exp. 310, caja 51.

<sup>640</sup> Archivo Arzobispado de Santiago exp. 1157, caja 894.

<sup>641</sup> Archivo Arzobispado de Santiago exp. 626, caja 368.

<sup>642</sup> Beneyto, *Instituciones...*, t. I, p. 67.

<sup>643</sup> Lo trata Graciano, *Concordia...II*, causa 28, quaest. 1a.

Diversos concilios posteriores, que menciona Graciano, continuaron con estas prohibiciones, siendo muy de notar las del IV Concilio Toledano, de 633, presidido por San Isidoro de Sevilla, relativas a los judíos, que en buena medida quedaron reflejadas en el Libro XII, títulos 2o. y 3o. del *Liber Iudicum*. Entre tanto, Teodosio I el Grande y Valentiniano II habían considerado el matrimonio entre judíos y cristianos como adulterio, esto es, nulo<sup>644</sup>.

Debe de haberse producido este impedimento con frecuencia en los primeros tiempos de la conquista con los matrimonios entre indios convertidos e indios infieles, pero no tenemos constancia de ello para Chile. Para evitar que se produjeran situaciones de matrimonios entre cristianos y paganos con la consiguiente incidencia de este impedimento, el segundo Concilio Limense de 1567-1568 obligaba a los contrayentes a justificar su calidad de fieles<sup>645</sup>. No obstante, indios quiteños avisados intentaron hacer uso de esta causal de nulidad en su provecho. Les bastaba con declararse infieles para que hubiera por lo menos un atisbo de la existencia del impedimento y quedara, por ende, abierta la puerta para el divorcio *quoad vinculum*. En el Sínodo celebrado en Quito en 1594, cuando recién estaba incorporado a sus funciones el obispo Luis López de Solís, se dispuso, ante esta situación, que los párrocos averiguaran la verdad de los hechos invocados y que, entre tanto, se separara a los presuntos cónyuges depositándose la mujer en lugar "sin sospecha". En el segundo Sínodo, en cambio, ocurrido en Loja dos años más tarde, el mismo obispo, con mejor conocimiento de la situación, modificó la norma disponiéndose ahora que, mientras no se averiguase suficientemente la existencia de la causal, el matrimonio se reputase válido<sup>646</sup>.

En el siglo XIX se lo trató de invocar respecto de matrimonios con protestantes, pero al ser éstos cristianos y bautizados, no operaron en la praxis de los tribunales chilenos. En uno de ellos, en que el demandante es un norteamericano protestante, dice perentoriamente el defensor del matrimonio que siendo él luterano, es una persona bautizada y no podría considerársele infiel. No se daba, por tanto, el impedimento dirimente en su caso, aunque sí uno impediendo de veto eclesiástico<sup>647</sup>. En otro, la demandante es la casada con un protestante que habría engañado al párroco en cuanto a su religión<sup>648</sup>.

7. *Fuerza*: el consentimiento, elemento indispensable tanto para el contrato matrimonial cuanto para el sacramento, debía ser libre, esto es, exento de vicios como lo son la clandestinidad, fuerza o error, los que constituyen sendos capítulos de impedimentos dirimientes. El de fuerza está constituido por dos situaciones que pueden afectar a la libertad para otorgar el consentimiento, a saber, la absoluta coacción que destruye por completo la libertad *-vis-* y, una situación menos violenta, cual es el miedo que obliga a

---

<sup>644</sup> "Ne quis christianorum mulierem in matrimonium iudem accipiat, neque iudeae christianus coniugium sortiat; nam si quis aliquid huiusmodi admiserit, adulterii vice commissi huiusmodi crimen obtinebit": *Cod. Th.* 3, 7, 2 y 9, 7, 3.

<sup>645</sup> Vargas Ugarte, *Concilios Limenses...cit.*, t. I, p. 67.

<sup>646</sup> Lo explica M. P. Martini, "Las constituciones sinodales indianas: entre la adecuación y la originalidad" en *Revista de Historia del Derecho*. Homenaje a Ricardo Zorraquín Becú no. 28 Buenos Aires: 2000, p. 381.

<sup>647</sup> Archivo Arzobispado de Santiago, exp. En 303, caja 1182, juicio entre Adolfo Smith y Josefa Tobar (1871).

<sup>648</sup> Archivo Arzobispado de Santiago, exp. 187, caja 269, juicio entre Melania Claveau y Julio Laulergue (1860).

prestar el consentimiento contra la voluntad del consintiente aparente, quien actúa así para evitar un mal *-metus-*<sup>649</sup>.

En Roma, el pretor fue introduciendo remedios procesales<sup>650</sup> encaminados a restar valor a los actos o contratos afectados por el *metus* con lo que, a la larga, se constituyó este vicio de la voluntad<sup>651</sup>. Consistía en el temor, producto de la amenaza de un mal injusto, inmediato y grave, que forzaba a un individuo a actuar en el campo de sus relaciones jurídicas de una manera distinta a la que hubiera tenido de no mediar la intimidación. Esta normativa fue tomada por el Derecho Canónico<sup>652</sup> y, al través del *Ius Commune* pasó a las Partidas<sup>653</sup>.

No cualquier miedo podía viciar el consentimiento, requiriendo los canonistas para ello:

a) que el mal con que se amenaza –que puede afectar al llamado a prestar el consentimiento o a un tercero vinculado afectivamente al amenazado– sea de tal gravedad que pueda violentar a la persona en concreto de que se trata: ciertos males con que se amenace a una mujer no afectan de igual modo a un hombre, por ejemplo. A esta fuerza se la llama respectiva, pudiendo existir, con mayor razón, la fuerza absoluta, la que “puede

---

<sup>649</sup> B. A. Rodríguez de Fonseca, *Digesto Teórico-Práctico, o Recopilación de los Derechos Común, Real y Canónico, por los libros y títulos del Digesto: traducción literal al castellano de todas las leyes y párrafos del Digesto, expresión de sus concordantes y discordantes con las del Código, Derecho Real de España e Indias, y capítulos canónicos, por el orden de su antigüedad: y la exposición de todas ellas, hasta las nuevamente recopiladas en el año de 1773, con sus derogaciones, correcciones y ampliaciones: obra útil para el uso de todos los facultativos, para los jueces que no son juristas, para eclesiásticos y religiosos, y todas las personas que deseen instruirse en las materias del Derecho: su autor el Lic. D. Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca, del Colegio de Abogados de esta Corte.* t. II, Madrid: en la Imprenta Real, 1776, p. 173, D. 4, 2, 3. Refiriéndose ahí a *vim* y *metum* dice: "á la verdad el miedo y la fuerza no son una misma cosa; pero en este Edicto solo se expresa el miedo, y omite la fuerza, porque se distinguen como género y especie: en el miedo se comprehende la fuerza, como se ha dicho, y solo compete por él la restitucion *in integrum* si de ella hay necesidad..."

<sup>650</sup> *Exceptio metus causa, actio metus causa* contra el autor del miedo y terceros beneficiados y la *in integrum restitutio ob metus*: Gutiérrez-Alviz, *op. cit.*, p. 464.

<sup>651</sup> D. 4, 2 -*Quod metus causa gestum erit*-; 50, 17, 116. 184; C. 2, 20, 4.10: *non cogitur filius familias uxorem ducere... Matrimonium inter invitatus non contrahitur... invitatus libertam uxorem ducere Patronus non potest... nuptias non concubitus sed consensus facit...*

<sup>652</sup> El Papa Nicolás I en su célebre rescripto a los búlgaros, que ha sido citado más arriba, expresaba que "*sufficiat secundum leges solus eorum consensus*". Graciano explicaba al respecto en *Concordia...II*, causa 27, quaest. 2a., cap. 1 y 2: "*exponunt quidam secundum leges, id est secundum canones. Sed ubi sint isti canones? immo potius videtur contrarium per canones*". Al *metus* se referían los 7 capítulos que integran *Decretales* 1, 40, *De iis, quae vi, metusve causa siunt* y el capítulo único de *Liber Sextus* 1, 20, *De his, quae vi, metusve causa siunt*.

<sup>653</sup> P. 5, 11, 28 en general: "Por miedo, o por fuerza o por engaño, quel fiziesse, prometiendo vn ome, a otro de dar, o de fazer alguna cosa, maguer se obligue so cierta pena jurando de cumplir lo que promete: dezimos, que non es tenuto, de cumplir la promission, nin de pechar la pena..." y P. 4, 2, 15 como impedimento dirimente: "la setena cosa que embarga el casamiento que se non faga, es fuerza o miedo. la fuerza se deue entender desta manera, quando alguno aduzen contra su voluntad, o le prenden, o ligan: e le fazen otorgar el casamiento. E otrosi el miedo se entiende, quando es fecho en tal manera que todo ome maguer fuesse de grand coraçon, se temiesse del..."

tener lugar en cualquier varón fuerte<sup>654</sup>. Pero si se sobreponía la persona al miedo y daba su consentimiento, éste era válido<sup>655</sup>;

b) debe provenir de causa libre y extrínseca: no se consideraba causado libremente el miedo a una enfermedad o a un naufragio, pues esta clase de miedos era necesaria, y en cuanto a su calidad de extrínseca, no la tenía el miedo a la condenación eterna ni en general, los temores de conciencia;

c) que la amenaza sea injusta, esto es, sin derecho o justa causa: por consiguiente, no viciaría el consentimiento la censura impuesta por un juez al que contrajo esponsales para que cumpla con su palabra, a menos que, de acuerdo al derecho, no existiera la precisa obligación de casarse (como sería el caso de quien pudiera dotar a la mujer);

“del mismo modo, si el padre sorprendiera a la hija yaciendo con un joven, valdría el matrimonio que este contrajera en fuerza de la amenaza que aquél le hiciera de demandarlo ante el juez; mas no valdría si le conminara con la muerte; pues no teniendo derecho para esto, el miedo sería *iniuste incussus*”<sup>656</sup> y

d) que se infiera con la mira de arrancar el consentimiento para el matrimonio<sup>657</sup>. De lo dicho se desprende que el llamado temor reverencial-*metus reverentialis*-, o sea, actuar para evitar un pesar a alguien al que se está sometido, no viciaba el consentimiento. Con todo, se invocó, infructuosamente en alguna ocasión<sup>658</sup>.

Podía contrarrestarse la fuerza por medios jurídicos: 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 religiosas como civil accedieron<sup>659</sup>.

La fuerza era generalmente desestimada por falta de prueba<sup>660</sup>. Un caso en que se tomaron en consideración las particulares circunstancias de la persona violentada nos muestra la fuerza ejercida por su tía, sobre una huérfana de once años, para que contrajese matrimonio con el hombre que aquélla había determinado. Tal matrimonio fue declarado nulo<sup>661</sup>. Como situación de fuerza absoluta puede señalarse un juicio en que la mujer había sido encarcelada para que prestara su consentimiento, lo que había ocurrido en España<sup>662</sup>. Las graves amenazas de que fue objeto el demandante por parte de la familia de la novia,

---

<sup>654</sup> Donoso, *op. cit.*, 1861, t. II, p. 164.

<sup>655</sup> T. Sánchez, *De matrimonii* lib. 4, disp. 12 a. 3, Cfr.: A. Reiffenstuel, *Ius Canonicum Universum* cit. por Peña-Peñalosa, *op. cit.*, p. 196.

<sup>656</sup> Donoso, *ibidem*.

<sup>657</sup> Errázuriz, *op. cit.*, p. 217, N° 547.

<sup>658</sup> Archivo Arzobispado de Santiago caja 501, juicio entre Francisca Javiera Clarke y Exequiel Vargas.

<sup>659</sup> Archivo Capitanía General vol. 214, fs. 270-273 v., juicio de Antonio Arredondo para casar con María de la Luz Cuevas.

<sup>660</sup> Archivo Arzobispado de Santiago exp. 667, caja 371, juicio entre Pedro Díaz Lavandero y Rosa Zúñiga; exp. 1117, caja 775, juicio entre Tomás Marín y Mercedes Jiménez.

<sup>661</sup> Archivo Arzobispado de Santiago exp. Cn 294, caja 595, juicio entre Carolina Herrera y Vicente Balbontín.

<sup>662</sup> Archivo Arzobispado de Santiago exp. 623, caja 671, juicio entre Pastor Luna y Melchora Vega.

condujeron al matrimonio, pero producido éste, no hubo consumación del mismo; se declaró su nulidad<sup>663</sup>.

En el Perú se dan, durante la segunda mitad del siglo XVII, situaciones que lindan en lo increíble en materia de fuerza para el matrimonio. No faltaron casos en que los que incitaban al matrimonio no quedaron tranquilos hasta que pudieron presenciar la consumación del mismo. Con todo, el caso más extremo lo protagonizó Ana Hurtado de Mendoza, de Tarma, quien se acostó con su hija y el yerno para cerciorarse de que el matrimonio había tenido efecto<sup>664</sup>.

8. *Orden*: por este impedimento, de origen eclesiástico, se vedaba el matrimonio a quien había emitido votos solemnes en forma válida y voluntaria. Según Honoré Tournely<sup>665</sup>, sólo se introdujo por Inocencio II en el concilio de Letrán II, hacia el 1130, pues antes sólo se consideraban ilícitos tales matrimonios. Se distinguía entre voto simple y solemne y el *Liber Sextus* consideró de esta última categoría al emitido en la recepción del orden sagrado o en la profesión hecha en alguna orden aprobada por la Santa Sede<sup>666</sup>. El Tridentino lo confirmó en sesión 24, can. 9. Las *Partidas*<sup>667</sup> preceptuaban “otrosí que non pueden casar desque ovieren orden sagrada: e si casaren, que non vale el casamiento”.

No afectaba a las órdenes menores. Siendo de origen eclesiástico era dispensable por el Papa, por motivos muy justificados y operando diversos requisitos. Este impedimento podía confundirse con el de voto, respecto del que puede verse un caso conocido por tribunales chilenos.

9. *Vínculo*: no obstante la religiosidad imperante en todo el período indiano y primeros años de independencia, se observa una falta de respeto muy grande por el sacramento del matrimonio, evidenciada en la enorme cantidad de causas de nulidad por razón de bigamia<sup>668</sup>. El ligamen que produce un primer matrimonio no disuelto inhabilita para contraer uno nuevo, lo que no era tomado en consideración por muchos con la mira de rehacer un vínculo sentimental<sup>669</sup>. Si, a pesar de la existencia de un matrimonio vigente, se contraía nuevo enlace, éste no tenía valor alguno como lo estableció el Tridentino, sesión 24, canon 2.

---

<sup>663</sup> Archivo Arzobispado de Santiago exp. 857, caja 1303.

<sup>664</sup> B. Lavallé, “Divorcio y nulidad de matrimonio en Lima (1651-1700)” en *Revista Andina* IV, no. 2. Cuzco: diciembre 1986. He manejado la versión de Internet proporcionada por A. Pérotin-Dumont en *El género en Historia*: [http://www.sas.ac.uk/ilas/genero\\_segunda2.htm](http://www.sas.ac.uk/ilas/genero_segunda2.htm), p. 16.

<sup>665</sup> Teólogo francés (Antibes 1658-París 1729), catedrático en Douai y posteriormente en La Sorbonne, donde se había doctorado, autor de obras que tuvieron gran circulación, pues se encuentran en variadas bibliotecas indianas.

<sup>666</sup> Beneyto, *Instituciones...* t. I, p. 67. Posteriormente produjeron los mismos efectos los votos simples emitidos en la Compañía de Jesús.

<sup>667</sup> *Partidas* 1, 6, 39.

<sup>668</sup> Entre otros, pueden verse: Archivo del Arzobispado de Santiago exp. 885, caja 166; exp. 915, caja 180; exp. 917, caja 182; exp. 1176, caja 473; exp. 1222, caja 475; exp. 1307, caja 495; exp. 963, caja 744; exp. 1300, caja 783; exp. 1307, caja 787; exp. 76, caja 941; exp. 222, caja 966; exp. 368, caja 1010; exp. 370, caja 1011; exp. 486, caja 1023; exp. 287, caja 1177; exp. En 831, caja 1297; caja 1325; exp. 1077, caja 1344.

<sup>669</sup> Concuerdan con este punto de vista E. Cavieres y R. Salinas, *Amor, sexo y matrimonio en Chile tradicional*. Valparaíso: Instituto de Historia, Vicerrectoría Académica, Universidad Católica de Valparaíso, Serie de Monografías no. 5, 1991, passim.

Mayores problemas con este impedimento se produjeron al inicio de la conquista, en razón de que muchos pueblos indígenas permitían la poligamia. De acuerdo a sus costumbres, aunque tuvieran una mujer, podían volver a contraer matrimonio con otra u otras. Durante la dominación española, a efectos de evitar que se burlara el impedimento de que estamos hablando, se insistió mucho en las proclamas o amonestaciones y se dispusieron severos castigos contra los indígenas que resultaran culpables, a los que se aplicarían penas tales como azotes, pérdida de bienes o, incluso, marcas hechas con hierro candente si ocultaban su real estado civil con dolo<sup>670</sup>. No siempre lograron su efecto estas medidas, como lo prueba un caso de 1702 en que se acreditó que un indio había contraído matrimonio con una esclava, no obstante vivir su primera mujer; el segundo matrimonio fue declarado nulo por impedimento de ligamen y se lo condenó a hacer vida marital con su cónyuge legítima y a rezar durante ocho días continuos una decena del rosario<sup>671</sup>. Las leyes de Burgos de 1512 mandaron que los indios contrajesen matrimonio con la mujer “que mejor les estuviere”, lo que implicó una facultad de elección de entre las muchas que habían tenido. Los concilios tercero de Lima, de 1583, aprobado por disposición de 18 de septiembre de 1591 y tercero de México, de 1585, que sólo recibió aprobación en 9 de febrero de 1621<sup>672</sup>, dieron la normativa para llevar a la práctica el llamado privilegio paulino, basado en la enseñanza de San Pablo y desarrollado en el libro IV de las *Decretales* de Gregorio IX<sup>673</sup>. Conforme a ello, el que se convertía podía desestimar como cónyuge al que no quisiera convertirse y le estorbara la práctica de la fe. El IV Concilio Limense de 1772 lo explica con meridiana claridad:

"Si un indio que estaba casado en la infidelidad, según los ritos y costumbres de su ley, se convirtiere á nuestra santa fé católica, y con él se convirtiere tambien su cónyuge, ratificarán el matrimonio *in facie Ecclesiae*; pero si convertido uno de los cónyuges, persistiere el otro en la infidelidad, debe requerirlo por siete veces<sup>674</sup>, en tiempo de seis meses, para que se convierta, y si no se convirtiere ni quisiere

<sup>670</sup> Rípodas, op. cit., p. 156.

<sup>671</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. 422, caja 627.

<sup>672</sup> R. Konetzke, *América Latina II La época colonial*. Madrid: Siglo veintiuno, 1971, p. 220. El Tercer Concilio Mexicano en lib. 4, tít. 1o. \*13 expresaba: "*si quando evenerit, ut stante duorum infidelium Matrimonio, alter coniugum ad Fidem conversus Baptismum suscepit, altero vel ullo modo ad Catholicam fidem convertere se nolente, vel non sine blasphemia Divini Nominis, vel ut eum pertrahat ad mortale peccatum, ei cohabitare volente, baptizatus, ad secunda, si voluerit, vota transibit; sed si baptizatus sine detrimento Fidei, et Legis Divinae, aut cum spe, quod ad Catholicam Fidem convertatur, cum infideli cohabitare velit, fidelis alteri Matrimonio ne se coniungat, sed cum infideli cohabituet. Si vero infidelis conversionem ad Fidem distulerit, per sex menses ambo cohabitent: quo elapso termino, Episcopus de hac re certior fiat, ut ipse decernat an terminus prorrogandus sit, an fideli concedenda facultas, ut alteri Matrimonio se coniunga. Itidemque Episcopi annuntiabitur, quando aliquis Matrimonium contrahere velit, qui alterum coniugem in laicis infidelium reliquit, cui suae infidelitatis tempore cohabitabat, ut Episcopus, causa examinata, ei iungendi se alteri Matrimonio facultatem, si sibi visum fuerit, concedat"*. Rodríguez de San Miguel, *Pandectas...* t. II, p. 434, no. 2659.

<sup>673</sup> Aznar, *Recepción...* (Valparaíso, 1986), hace presente que el matrimonio de los infieles era considerado legítimo desde Graciano (C. 28, q. 1 c. 7 (pp. 15-18), el cual, a diferencia del de los bautizados, no tenía carácter de *rato*, que sólo lo otorgaba la sacramentalidad, siendo por ende, disoluble. Tales principios fueron aplicados en Indias por fray Alonso de la Vera Cruz en su *Speculum coniugiorum* (parte 2a., pp. 172-175), Juan Focher en su *Itinerario del misionero en América* (parte segunda, cap. VII, IX y XI) y José de Acosta en *De procuranda indorum salute* (lib. c. XXII). Se refiere al privilegio paulino en las pp. 18 a 27, con indicación de los criterios que al respecto habían sostenido el maestro Rolando (Alejandro III), Esteban de Tournai, Inocencio III en *Decretales* X 4,19,7 y los decretalistas como Gottofredo de Trani, Bernardo Papiense, Sibibaldo Fliscus, Juan Andrés, etc. Señala, a continuación, el desarrollo del mismo en la normativa indiana.

<sup>674</sup> Según el 1er. Concilio Limense de 1551-1552, const. indios c. 15: "Pero si el infiel no quisiera estar con injuria de Cristo Nuestro Señor o persuadiera al fiel a negar la fe o a otro pecado mortal, en cualquier de estos casos dichos, si requiriendo el fiel al infiel *tres veces por espacio de siete días*, de manera que lo entienda que esté

cohabitar *absque contumelia Creatoris*<sup>675</sup>, el cura dará parte al prelado diocesano, para que determine el caso, según la disposición del concilio provincial de esta ciudad del año de 1583, en la acción segunda, capítulo 10. La obligación de requerir al cónyuge que quedó en la infidelidad, se entiende cuando puede hacerse; pero si estuviere en parte muy distantes, ó haya peligro en requerirlo, tomada información estrajudicial, ó siendo el hecho notorio, podrá omitirse el hacerse dicho requerimiento conforme á la bula *Quoniam saepe contingit* del señor Gregorio XIII. Si el convertido tenía muchas mugeres, ó al contrario, y se convirtiere la primera, deberá ratificar el matrimonio con ella; pero si no se convirtiere la primera, sino las demas, y no se acuerda cual fuese la primera con quien había contraído, entre las convertidas podrá elegir la que quisiere para contraer con ella, según el privilegio de Paulo III y del concilio provincial de esta metrópoli de 1567, parte 2a., número 37".

Durante la Edad Media, los únicos casos de poligamia que se habían conocido eran los de infieles musulmanes y africanos y, para tales situaciones, Inocencio III había determinado que debía tenerse por mujer legítima, la primera que hubiesen tomado. Igual parecer adoptó Paulo III en relación a los indígenas americanos a través de la bula *Altitudo divini consilii* de 1o. de junio de 1537, dictada para aclarar dudas sobre matrimonio indios en Nueva España, agregando que, los que no supiesen quién fuese aquélla podrían elegir la que estimaran conveniente de entre las que hubiesen convivido con él. El primer Concilio Limense extendió a través de sus constituciones 15 y 16 el privilegio al permitir que los indios pudiesen elegir como mujer, en caso de ignorar quién había sido la primera, no sólo la que prefiriesen entre las que conviviesen con él, sino aun otra<sup>676</sup>. Todas estas situaciones causaron bastantes abusos<sup>677</sup>. El papa Pío V, por el breve *Romani Pontificis* de 2 de agosto de 1571, determinó que debía considerarse mujer legítima a la que se bautizara simultáneamente con su marido, lo que provocó dos tipos de interpretaciones: la de los que creían que sólo procedía el privilegio cuando no se pudiera averiguar quién había sido la primera mujer y la de quienes lo hacían aplicable aun cuando se supiera quién fuera aquélla, llenándose diversos otros requisitos<sup>678</sup>. Un *Confesionario* vinculado al III Concilio Limense de 1583 da una interpretación adecuada:

“por breve de Pío V se concede que los indios que se convierten a la fe habiendo tenido muchas mujeres en su infidelidad, se casen y tengan por legítimamente casados con aquella mujer que de ellas se convirtiere y bautizare juntamente con ellos, aunque no haya sido la primera mujer que en su

---

con él o que se desista de la tal persuasión, no lo quisiere hacer, queda el fiel libre para poderse casar con otra persona". Según el mismo 1er. Concilio, no cabía el privilegio paulino "si el uno no se quisiere bautizar, pero quisiere estar con él que se bautizare sin injurias de Cristo Nuestro Señor, sin persuadir al fiel que niegue la fe que ha recibido o cometa otro algún pecado mortal, en tal caso, conforme al consejo apostólico, no se aparte el fiel del infiel": Vargas Ugarte, *Concilios limenses...* cit. t. 1, pp. 3-93. En el 2o. Concilio Limense de 1567-1568, convocado por fray Jerónimo de Loaysa, se había señalado que "*si vero alter eorum baptizari noluerit, per notarium coram testibus admoneri debet, ut infra sex menses ad baptismum veniat, haec autem admonitio in supra dicto tempore et modo iam assignato saepe, ad minus sexies fiat, quod si transacto sex mensium tempore christianismum adhuc resaverit, in sua secto obstinato animo permanere velle videtur, quo caso sacerdos praelatum consulat de opportuno remedio fidei, ne forte infidelis ad suam sectam, in qua obstinate vivit, fidelem trahat*" : 2o. Concilio Provincial Limense cons. indios, 36: Vargas Ugarte, *Concilios...* t. 1, pp. 95-257. La interpretación según la cual el que se resiste a la fe puede ser repudiado la acoge el 3er Concilio Limense de 1583, aprobado por la corona en 1591 y se fundamenta en el IV Concilio Toledano, relativo a la situación del judío que se convertía a la fe cristiana, siendo explicado por Acosta en *De procuranda indorum salute* lib. VI, ca. XXII, n.os 1-2.

<sup>675</sup> Por ejemplo, blasfemando de la fe y del nombre de Cristo.

<sup>676</sup> Sobre este concilio puede verse: Vargas Ugarte, *Historia...*, t. I, pp. 229 y ss. Fue expresamente derogado por el tercer concilio limense. Hay dudas sobre la obligatoriedad de sus cánones, pues no consta su aprobación por el Consejo de Indias: *Vid.* Vargas Ugarte, *ibidem*, p. 236.

<sup>677</sup> Rípodas, *op. cit.*, pp. 125-128.

<sup>678</sup> *Ibid.*, pp. 135-136; Seco, *op. cit.*



infidelidad tomaron y viven todavía, y que el tal matrimonio sin escrúpulo alguno se tenga por legítimo..."<sup>679</sup>.

La legislación civil indiana prohibió a los indios que ya fuesen cristianos el casar con dos mujeres de lo que no estaban excluidos los caciques aunque fuesen infieles<sup>680</sup>. A veces, el celo excesivo inducía a algunos prelados a aplicar sanciones muy duras, como ocurrió en el siglo XVII con el arzobispo de Charcas, que condenó a pena de muerte a un indio polígamo. Fue reprendido duramente por real cédula de 28 de febrero de 1695 aun cuando la pena no se había llegado a consumar<sup>681</sup>.

El irrespeto al sacramento hizo que este delito fuera perseguido por el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición y que se tomaran serias medidas en lo tocante a las amonestaciones e informaciones matrimoniales de modo que, a través de ellas, no quedase duda sobre la calidad de viudo o viuda de quien intentara nuevas nupcias<sup>682</sup>. En esta materia, como en varias de las de Derecho de Familia, se yuxtaponían disposiciones canónicas y civiles, lo que originaba dudas sobre qué tribunal debía ser competente dándose la posibilidad de pudiesen eventualmente chocar los tribunales reales, ordinarios eclesiásticos e inquisitoriales. La cuestión pasó por diversas etapas: a) ser de injerencia exclusiva del Santo Oficio; b) ser considerada de mixto fuero entre las justicias reales y el Tribunal del Santo Oficio; c) que fuese este último el competente, permitiendo practicar las primeras diligencias a los juzgados seculares; d) que fuesen los juzgados reales los primariamente competentes; e) que se aplicase en Indias este criterio aclarándose el sentido y extensión de las nuevas disposiciones y f) tras un estudio de la cuestión se zanjó en forma definitiva como se verá más abajo, con incidencias netamente regalistas.

a) Originariamente fueron los tribunales inquisitoriales -sea a cargo de los prelados que ejercieran estas funciones antes del establecimiento del Santo Oficio, del Santo Oficio mismo o de sus comisarios- los que entendieron en estos delitos, sin perjuicio de que conociesen también los prelados aunque hubiese Inquisición o comisarios de la misma;

b) Fernando VI determinó en 1754 que el delito de bigamia fuese de fuero mixto, tanto del conocimiento, a prevención, de la justicia ordinaria como de la Inquisición<sup>683</sup>. Si

---

<sup>679</sup> *Ibid.*, p. 138. Sobre la trascendencia del alcance dado al privilegio paulino dice Aznar en "El matrimonio en Indias..." cit. (Valparaíso, 1986), pp. 41-42: "fue la superación de la clásica interpretación canónica medieval sobre la aplicación del privilegio paulino en los casos de separación forzosa, repudio y poligamia en el matrimonio de los infieles: ni la existencia de un verdadero y primer consentimiento matrimonial ni las interpelaciones al cónyuge infiel, cuestiones ambas firmemente defendidas por la canonística medieval, fueron óbices para el posterior desarrollo de la conciencia que la Iglesia adquirió de poder disolver los matrimonios meramente legítimos por razones de fe. Diferentes circunstancias (amplitud de las situaciones problemáticas, mayor importancia concedida a la fe que al propio matrimonio legítimo, desarrollo de la autoridad vicaria sobre los matrimonios legítimos...) contribuyeron a la nueva formulación canónica de este instituto canónico que ya se integraría en el derecho universal de la Iglesia..."

<sup>680</sup> *Rec. Ind.* 6, 1, 4 y 5.

<sup>681</sup> Colón, *op. cit.*, T. IV (ed. 1789), p. 49.

<sup>682</sup> Villafuerte, *op. cit.*, pp. 66-67. De interés por su aproximación al tema es M. H. Sánchez Ortega, *La mujer y la sexualidad en el Antiguo Régimen. La perspectiva inquisitorial*. Madrid: 1992.

<sup>683</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 328: real decreto de 18 de febrero de 1754 y real cédula de 19 de marzo del mismo año. Se refiere a ella Rípodas, *op. cit.*, p. 163. Vid. Colón, *op. cit.*, T. IV (ed. de 1789), p. 45. Sobre bigamia e Inquisición, vid. E. Gacto, "El delito de bigamia y la Inquisición española" en Tomás y Valiente, F. et al., *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas* (Madrid, 1990), pp. 127-153.

eran las justicias reales las que previnieran, continuarían con la tramitación hasta su fenecimiento, de modo que después de ejecutado el castigo civil en los culpables podría iniciarse el procedimiento inquisitorial

"sin que por ello se pudiese formar ni admitir competencia con otra jurisdicción extraña, aunque fuese con pretexto de cualquiera costumbre en contrario, pues ésta no podía de modo alguno prevalecer contra las Regalías sin el Real consentimiento..."

Cuando hubiese, pues, sospecha de herejía, se podían remitir los reos a la Inquisición después de "executado el castigo en ellos".

c) Diversas consultas, entre otras, de 18 de abril de 1757 y 17 de abril de 1766 y 2 de abril de 1765<sup>684</sup>, movieron a Carlos III a tomar otra determinación y por real decreto de 21 de julio de 1766 declaró que de estos delitos conocería "peculiar y privativamente" la Inquisición. Dada la enorme extensión de las Indias era posible que los tribunales inquisitoriales no alcanzasen a perseguir su perpetración por lo que se encargaba a las justicias reales que, cuando tomasen conocimiento "teniendo noticia cierta, segura y bien fundada" de ello, practicasen inmediatamente la "sumaria averiguación o justificación", asegurando y prendiendo al reo. Si el hecho acaeciese a menos de cien leguas del asiento del Tribunal inquisitorial, se comunicaría lo actuado a éste y al comisario más inmediato en caso contrario.

d) Contra lo ya dispuesto expidió, a 5 de febrero de 1770, una real cédula general, a consulta del Consejo de Castilla, declarando que correspondía a las justicias reales el conocimiento del delito de poligamia, solicitándose, posteriormente<sup>685</sup>, por los fiscales del Consejo de Indias, la extensión a esos dominios de la referida disposición.

e) Con motivo de un juicio por bigamia seguido en contra de Manuel Gabriel de Valencia, el Consejo de Indias elevó consulta al monarca con fecha 8 de julio de 1785 instándole a que se aplicase en el Nuevo Mundo la misma solución castellana. Resultó de ello una real orden de 3 de abril de 1786 que reclamaba el estudio de la materia para poder resolver adecuadamente.

f) A 10 de marzo de 1788 elevó su consulta el Consejo al monarca originándose por fin la real cédula de 10 de agosto de ese año<sup>686</sup>. Al efecto y para evitar competencias, se señalaron las reglas siguientes:

1. Las justicias reales, como se ha dicho, conocerían privativamente del delito de doble matrimonio o poligamia, imponiendo las penas de P. 7, 17, 16 y *Rec. Cast.* 5; 1; 5, 6 y 7 constituyendo esta última una interpretación de la ley del Rey Sabio.

2. Siempre que resultase de la investigación "mala creencia acerca del sacramento", se debía de entregar el conocimiento del delito a la Inquisición y "sentenciada la causa y castigado el reo de mala creencia con las penas correctorias y penitenciales, se remitirá a la justicia real" para la ejecución de las penas aflictivas -vergüenza pública, azotes, presidio, galeras, etc.- y las que mereciese de acuerdo a las leyes reales.

---

<sup>684</sup> Esta última del Consejo de la Suprema Inquisición.

<sup>685</sup> Consulta de 2 de marzo de 1770.

<sup>686</sup> Se encuentra en Colón, *op. cit.*, T. IV, 1a. ed., p. 45; Rodríguez de San Miguel, *op. cit.*, t. III, no. 4908, pp. 479-481 y constituye *Nuevo Código de Leyes de Indias* 1, 10, 9 (Muro, "Estudio general...", pp. 210-212).

3. En caso que no hubiese indicios de mala creencia, no había obligación de dar parte de los antecedentes a la Inquisición, pero ésta tenía facultad de hacer cuantas averiguaciones estimase convenientes para la averiguación de la existencia o no de aquel delito, pasando oficio al juez real para que le remitiese el reo.

4. Por su parte, el Santo Oficio y sus comisarios, al tener conocimiento de estos delitos, debían dar aviso al juez real para la aprehensión del inculcado y formalización del respectivo proceso de acuerdo a las leyes reales.

5. Cuando el procesado por la Inquisición fuese declarado inocente por ésta, debía de enviar a los jueces reales testimonio a la letra de la sentencia, de la que, además debía darse copia al reo para que pudiese evitar su difamación.

6. Si para la recepción u obtención de pruebas necesitaran las justicias reales del auxilio de otras justicias, habían de recurrir al medio de los exhortos o suplicatorias correspondientes. Caso de negarse el auxilio por tales justicias, habían de acudir a la Real Audiencia respectiva para que emitiese una Real Provisión.

7. Cuando el reo hiciese caudal de ser nulo uno o más matrimonios, debía conocer de ello el juez ordinario eclesiástico sin entorpecer al juez real en su proceso, así como tampoco al del Santo Oficio, debiendo de permanecer el reo en la cárcel real.

8. Aun cuando fuese declarado nulo el primer matrimonio, no por ello dejaba de ser pasible el inculcado "en la pena de alevé" con pérdida de la mitad de sus bienes.

9. Para efectos de que el Santo Oficio pueda conocer del juicio por sí o por medio de su Comisario, debía de remitírsele el reo suspendiendo el juez real el cumplimiento de su sentencia hasta que el Santo Oficio cumpliera la suya.

10. Las penas del Santo Oficio debían ser "puramente correctorias, penitenciales y medicinales" correspondiendo a los jueces reales aplicar las de mayor gravedad.

Bien hacía el monarca al limitar las penas a los bigamos en la forma indicada, pues con anterioridad se les aplicaban drásticas medidas. Por ejemplo, en la relación del auto de fe de 23 de enero de 1639 se expresa:

"*Casados dos veces.* Juan López de Mestanzo mestizo, carpintero de ribera, natural de la ciudad de Truxillo en este Reyno, vezino de Puerto viejo, Obispado de Quito, fue preso por casado dos veces: salio al Auto en abito de penitente, en cuerpo, sin cinto, y con corozca, vela verde en las manos, sogá a la garganta, abjuró de leui: fue condenado a 100 açotes, y cinco años de galeras en las del Callao"<sup>687</sup>.

En cuanto al juicio de nulidad por bigamia, su titularidad correspondía a la segunda o tercera cónyuge aparente y no a la del matrimonio primeramente celebrado, como se declaró en alguna ocasión en los tribunales eclesiásticos chilenos<sup>688</sup>, sin perjuicio de que

---

<sup>687</sup> F. Montesinos, *Auto de la fe celebrado en Lima A 23 de Enero de 1639 Al Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición de los Reynos del Perú, Chile, Paraguay, y Tucuman por el Licenciado Don [...], presbítero, Natural de Ossuna. Con Licencia del Ilustrísimo Señor Inquisidor General, y Señores del Consejo de su Majestad, de la Santa, y General Inquisición.* Madrid: En la Imprenta del Reyno, 1640. Las penas indicadas eran las corrientemente asignadas en este delito: Vid. J. T. Medina, *La Inquisición...cit.*, t. I, pp. 165, 319-320, aunque hubo otras: por ejemplo, a Juan Jacinto de Vargas, se lo condenó por bigamia a abjurar *de levi* y a que visitase enfermos por espacio de dos meses y rezara el rosario los sábados en la iglesia de Santo Domingo, t. II, p. 216; a Pablo Maldonado lo condenaron a cien azotes por las calles y destierro a Valdivia por cuatro años; al negro Antonio de Cifuentes Guerrero, también a cien azotes y servicio por dos años en la Casa de Moneda, *ibidem*.

<sup>688</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. 892, caja 173.

estos mismos solieran iniciar de oficio este tipo de juicios cuando tomaban conocimiento de ello<sup>689</sup>. De acuerdo a la disposición de Carlos III de 5 de febrero de 1770 citada más atrás, cuando el acusado de doble matrimonio hiciese caudal de ser nulo uno o más matrimonios, debía conocer de ello el juez eclesiástico ordinario, debiendo de permanecer el reo en la cárcel real. De ninguna manera podían entorpecer su labor ni las justicias reales ni la Inquisición. La constatación de la nulidad del primer matrimonio, según la misma norma carolina, no impedía que se considerase al hechor como incurso "en la pena de aleve" lo que acarreaba la pérdida de la mitad de sus bienes. Incoado el proceso, el tribunal disponía el cese de las relaciones entre los cónyuges mientras no se aclarase su situación<sup>690</sup> y cuando, al final del proceso no podía determinarse con exactitud la existencia del matrimonio anterior, pero había sospechas de algún ilícito, se disponía, a petición de la parte interesada, el divorcio temporal<sup>691</sup>. Se rechazaba, obviamente, la demanda de nulidad de matrimonio si, a pesar de haber existido un matrimonio anterior, éste había sido declarado nulo, caso en que subsistía el único válido<sup>692</sup>. La Guerra de Independencia, al igual que todos los conflictos bélicos, produjo el desaparecimiento de muchos. Hubo mujeres que se creyeron viudas, aunque no habían encontrado los cadáveres de sus cónyuges, y se habían creído con derecho a contraer, en calidad de viudas, nuevo matrimonio. Pero sucedió, a veces, que el presunto fallecido estaba vivo, sólo que había abandonado a su mujer amparándose en el desorden propio de un campo de batalla<sup>693</sup>.

Para efectos de determinar que los contrayentes fueran realmente libres para casarse, se debían extender informaciones<sup>694</sup>. Inocencio XII, por el breve *Pro parte* de 3 de mayo de 1698, mandado cumplir por diversas cédulas reales, había ordenado que los obispos nombrasen vicarios en todos los curatos que distaren dos días, ante quienes se practicaran las informaciones sobre el estado libre de los contrayentes. Cuando la distancia fuera menor, se extenderían ante el cura respectivo. "Y para que por su parte tenga el cumplimiento debido, se manda examinen por sí, con asistencia del notario eclesiástico los testigos de esas informaciones y de las que se hacen para las dispensas del fuero externo, que según los privilegios de la Silla Apostólica puede conceder el obispo, sin cometerlas en el todo a dichos notarios: pena de cuatro pesos; y que se haga conforme al interrogatorio siguiente, sacado de la Instrucción General de la Inquisición de Roma el año de 1637"<sup>695</sup>.

El interrogatorio comenzaba con una exhortación al testigo a decir verdad, tras lo cual se le tomaba juramento, se lo individualizaba, se le inquiría sobre su parentesco con los

---

<sup>689</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. 368, caja 101; exp. 370, caja 1011 y exp. 287, caja 1177.

<sup>690</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. An 1208, caja 240.

<sup>691</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. Bn 238, caja 280.

<sup>692</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. Bn 325, caja 404.

<sup>693</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. 154, caja 1055, juicio entre José Romero y Antonia Agüero por supuesta bigamia de ésta.

<sup>694</sup> Insistía en ellas el IV Concilio Mexicano, no pudiendo ser admitido a segundas nupcias ninguno que no acreditase el fallecimiento de su anterior cónyuge: Archivo de la Real Academia de la Historia, Colección Mata Linares vol.LXXIX, fs. 693 y ss. Igualmente, los que trajesen mujeres desde España diciendo ser las suyas, debían acreditarlo: *ibidem*.

<sup>695</sup> *Instructio Congregationis Generalis Inquisitionis*: an. 1534 ap. De Justis. Lib. 2. Cap. 9 de Dispensat.

contrayentes y si se le había asignado alguna recompensa por la declaración. Las preguntas propiamente tales eran las siguientes:

“[S]i conoce a los contrayentes y desde cuánto tiempo?; ¿si son naturales de la doctrina, provincia o diócesis?; si alguno es extraño, se pregunta ¿de qué reino o lugar?; ¿cuánto tiempo reside en la doctrina? Item: ¿ si sabe que ambos son y han sido solteros o que alguno haya sido casado; y ¿cómo lo sabe? Item ¿si sabe tengan algún impedimento para contraer matrimonio, principalmente de parentesco o de otras esponsales? Item: cuando alguno ha sido casado y no presenta testimonio de la partida de entierro o fe de muerte del cónyuge en forma probante, se pregunta al testigo: ¿si sabe en qué lugar murió?; ¿cuánto tiempo hace?; ¿si lo vio muerto: asistió a su entierro: en qué iglesia se hizo? ¿y si conocía a la persona difunta? para saber era la misma casada con el que pretende contraer de nuevo: o de qué otro modo sabe la muerte?”<sup>696</sup>.

La información predicha, no bastaba para que se pudiera autorizar el matrimonio de los viudos, siendo necesario un instrumento auténtico que acreditara la muerte del cónyuge. Podía suplirse éste con declaración testimonial, que debía ser de un testigo de vista quien debía declarar “sobre la muerte o entierro, y que conozca a esa persona difunta la misma que era casada con el pretendiente, por trato experimental”. Tal declaración no bastaba, pues era necesario acompañarla de la declaración de dos testigos de oídas o fama pública de la muerte. En caso que hubiera sólo un testigo de vista o sólo dos de oídas, el vicario debía dar cuenta al obispo o su vicario general y en los lugares distantes a más de sesenta leguas, al vicario foráneo de la provincia. En el caso de solteros o viudos de otro reino, era necesario instrumento auténtico del ordinario del lugar y, en caso de no tenerlo, podían acopiar testigos que los conocieran por espacio de diez años. Si carecían de una y otra cosa, los párrocos no podían casarlos sin dar parte, con la información que hiciesen, al obispo o su vicario general<sup>697</sup>.

Cuando llegaran forasteros a alguna parroquia acompañados de mujer que decían ser su cónyuge, si al párroco no le constara con certidumbre tal circunstancia, se mandó que pudiera depositarla hasta que aquél probara legítimamente el matrimonio. Esta constitución XIII del título VIII debía publicarse todas las cuaremas en las parroquias<sup>698</sup>.

La inmensidad del continente americano por el que se desplazaban numerosos aventureros daba pie para que se incurriera en este tipo de delitos y lo propio ocurría en razón de la dificultad para acreditar la “soltura” de quien llegaba desde Europa. Al parecer, hubo quienes se especializaron en esta clase de delito, como uno que casó en Chile a fines del siglo XVIII, habiéndolo hecho dos veces antes con mujeres que seguían vivas<sup>699</sup>. Otro, llevaba cuatro matrimonios: en San Juan, Buenos Aires, Coquimbo y Santiago<sup>700</sup>.no faltando quien fuera declarado “polígamo” por el tribunal<sup>701</sup>. Aunque lo normal es que fueran hombres los bigamos, hubo algún caso de mujer que incurrió en ello<sup>702</sup>. Cuando se

---

<sup>696</sup> Tít. IV, const. IV del Sínodo de 1763 en *Sínodos* 2, p. 169.

<sup>697</sup> Tít. IV, const. V del Sínodo de 1763 en *Sínodos* 2, p. 170.

<sup>698</sup> *Sínodos* 2, p. 175.

<sup>699</sup> Archivo Arzobispado de Santiago exp. 594, caja 132, juicio de María del Carmen Barrera con Joaquín Monroy. Otro caso de trigamia, exp. 357, caja 1205.

<sup>700</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. 175, caja 259.

<sup>701</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. 1299, caja 782.

<sup>702</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. 749, caja 387.

daba lugar a la nulidad por ligamen, se remitían los antecedentes al juzgado del crimen para que actuara contra el bigamo<sup>703</sup>, toda vez que se encontraba penado este delito por diversas disposiciones legales.

Los textos castellanos que se referían a bigamia eran: *Fuero Real* 3, 1, 8, que establecía “que ninguno sea osado de casar siendo su mujer viva”, aunque no hubiera sido bendecido todavía el matrimonio y no se hubiese consumado”, siendo la pena de orden pecuniario y, también del mismo *Fuero Real* 3, 1, 11, “que ninguna mujer pueda casar con otro hasta ser certificada la muerte del primer marido” ni pudieran hacerlo con maridos ajenos bajo pena de ser puestos a disposición del cónyuge legítimo, quien podría hacer con su mujer y el nuevo marido lo que quisiese en caso de regresar (norma que fue modificada, como aparece más abajo, por el *Ordenamiento de Alcalá*). Las *Partidas*<sup>704</sup> castigaban con destierro en una isla por cinco años y pérdida de los bienes que tuviese el hechor en el lugar donde casó, los que pasarían a sus hijos o nietos, y si no los tuviese, la mitad sería para el engañado y la otra para la cámara del rey, y si ambos supiesen del anterior matrimonio, debían ser desterrados a islas diversas y los bienes del que no tuviese hijos o nietos debían ser del rey. En la *Nueva Recopilación* se hallaban las siguientes normas: 5, 1, 5, consistente en la disposición 31 de las ordenanzas de Briviesca de 1387, que añadía a la pena que debían sufrir los bigamos la de marcarlos con un ‘Q’ en la frente por medio de un hierro candente (la que se modificó posteriormente, como se lee más adelante); 5,1,6 calificaba la bigamia considerándose a quien lo cometiese como alevé e incurriendo por ello en perdimiento de bienes; 5,1,7, que transformaba la pena de destierro a una isla por servicio en galeras y 5,1,8, que conmutaba la marca en la frente por vergüenza pública y diez años en galeras; por su parte, 8, 20, 1 reiteraba la pena del *Fuero Real* precedentemente señalada y 8, 20, 3 incluía la disposición del título 21, ley 1 del *Ordenamiento de Alcalá* según la cual:

“[T]oda mujer que fuere desposada por palabra de presente con hombre que sea de catorce años cumplidos y ella de doce años acabados, e hiciere adulterio, si el esposo los hallare en uno, que los pueda matar si quisiere, ambos a dos, de modo que no pueda matar a uno y dejar al otro, pudiendo matarlos a ambos; y si los acusare a ambos o a cualquier de ellos, que aquél contra quien contra quien se dictó sentencia condenatoria lo pongan en su poder y haga de él y de sus bienes lo que quisiese, y que la mujer no pueda excusarse de responder a la acusación del marido o del esposo porque diga que quiere probar que el marido o el esposo cometió adulterio”.

Por último, la *Novísima Recopilación* de 1804 dedicaba el título 28 del libro 12 a adulterio y bigamia reiterando las normas contenidas en *Rec. Cast.*, recién señaladas a las que añadía un resumen de la real cédula de Carlos III de 5 de febrero de 1770, señalada más atrás, de mucho interés porque sirvió, como se ha visto, para deslindar las interacciones de los tribunales reales con el de la Inquisición. Este conflicto podía producirse, y de facto se producía, porque si al delito de bigamia se lo examina desde un punto de vista teológico, implica una violación a la santidad del sacramento del matrimonio y una implícita *negación* de su calidad de sacramento.

Así lo había estimado el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición, que conoció de él. Según una moderna investigación, en los dos siglos y medio que funcionó el de Lima,

---

<sup>703</sup> Por ejemplo, Archivo del Arzobispado de Santiago exp. 222, caja 966; exp. 855, caja 166; exp. 963, caja 744 y exp. 370, caja 1011.

<sup>704</sup> *Partidas* 7, 17, 16.

constituyó la bigamia uno de los delitos más abundantes. Junto con el de hechicería habría alcanzado el 49.2% de los casos conocidos sujetos a proceso<sup>705</sup>.

La norma en comento fue dictada con ocasión de una disputa de competencia entre el auditor de guerra de la plaza de Madrid y el Tribunal del Santo Oficio, en que ambos pretendían conocimiento privativo de un caso de bigamia en que había incurrido un soldado inválido madrileño. Consultado el Consejo de Castilla, revisó el derecho canónico y en especial el Concilio de Trento y dispuso, cómo no tratándose del reinado de Carlos III, que la jurisdicción privativa era la real “y he mandado prevenir al Inquisidor General que advierta a los inquisidores que en los casos que ocurran de esta naturaleza observen las leyes del reino: que no embaracen a las justicias reales el conocimiento de estos delitos, que les corresponde según ellas y que se contengan en el uso de sus facultades para entender solamente de los delitos de herejía y apostasía, sin infamar con prisiones a mis vasallos, no estando primero manifiestamente probados...”. Esta áspera resolución trajo cola, pues habiéndose producido diversas dudas al respecto, tuvo que disponer el mismo Carlos III que se juntasen a estudiar el asunto su propio confesor – el arzobispo de Teba–, el Inquisidor General y el gobernador del Consejo. De resultas de esta junta, se produjo una nueva cédula, de 6 de septiembre de 1777. En ella se deja en claro que el delito de bigamia producía tres clases de males: civiles, meramente eclesiásticos y posible herejía. Lo primero, porque por el mismo hecho de contraer segundo matrimonio viviendo la primera mujer, engañaba a la segunda y ofendía a la primera, invertía el orden de sucesión y de la legitimidad establecida por las leyes civiles, pues pasarían por legítimos los del segundo matrimonio que, en realidad, eran adulterinos, recibiendo una herencia que no les correspondía: por ello, las leyes reales “promulgadas a instancias de los reinos juntos en Cortes” habían establecido penas atendida la gravedad de este delito disponiendo que las impusieran las justicias reales “sin que se les pueda embarazar este conocimiento”. Producía males meramente eclesiásticos, porque “el que se casa dos veces ofende la jurisdicción ordinaria eclesiástica engañando al párroco maliciosamente para que asista al segundo matrimonio nulo, sobre lo cual y sobre declarar la validación o nulidad de los matrimonios conoce la jurisdicción eclesiástica sin embarazar a la real en lo que es privativo de su conocimiento”. Por último, podían incurrir los bigamos en el delito de mala creencia del sacramento, del cual debía conocer el Santo Oficio. Así las cosas, el mismo delito daba injerencia a tres autoridades diferentes: justicias reales, justicia ordinaria eclesiástica e Inquisición. La solución de la cédula fue que las tres jurisdicciones “deberán ayudarse recíprocamente, celando todas de evitar la repetición de estos delitos, con la imposición de las penas que a cada una corresponda y la entrega de los reos para que se verifiquen”. Se dejó en claro que por la cédula de 5 de febrero de 1770 no se le quitaba al Santo Oficio su competencia “en los delitos de herejía y apostasía y de los declarados por sospechosos de

---

<sup>705</sup> P. Castañeda Delgado y P. Hernández Aparicio, “Los delitos de bigamia en la Inquisición de Lima” en *Misionaria Hispania* (Madrid, 1985), no. 42, pp. 241-274. Los casos que muestra Medina no son muy abundantes en un comienzo, pero aumentan sobre todo a partir del primer cuarto del siglo XVII: en el primer auto de fe, de 15 de noviembre de 1573, fue condenada Inés de los Angeles llamada también María de la Paz, sevillana “por casada dos veces, salió al cadalso en cuerpo, con una coraza y una soga a la garganta, abjuró *de levi*, condenada en cien azotes por las calles públicas, y cuanto al vínculo del matrimonio remitida al ordinario”; entre 1578 y 1581, dos casos; en el auto de fe de octubre de 1581, cuatro; hasta 1585, dos; uno hasta 1592; en el auto de fe de 1592, siete, de los cuales, una mestiza, tres negros y un mulato; en el auto de fines de 1595, ocho, de los cuales, tres mujeres; ninguno entre 1600 y 1603; dos entre 1603 y 1604; once entre 1604 y 1606; hasta 1608, siete; hasta 1610, cinco; hasta 1611, uno; Medina, J. T., *Historia del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición de Lima (1569-1820)* T. I (Santiago, Imprenta Gutemberg, 1887), pp. 51, 149, 191, 259, 296, 305, 335, 336, 337, etc. Para los delitos producidos a contar del primer cuarto del siglo XVII, vid. T. II, p. ej., p. 33, 100, 101, 125, etc.

mala conciencia por bulas apostólicas recibidas con asenso regio y practicadas en España en los casos que le está reservado este conocimiento”<sup>706</sup>.

10. *Pública honestidad*: se llamaba así al impedimento dirimente de derecho eclesiástico que se originaba en los esponsales, aun disueltos u ocultos<sup>707</sup>, y en el matrimonio rato entre cada una de las partes y los consanguíneos de la otra. Surgió esta construcción jurídica de la discusión entre los que daban para el nacimiento del matrimonio más valor o bien al consentimiento o bien a la cópula. No había duda que en el segundo caso, producido el acceso carnal, se generaba afinidad; pero surgió la duda sobre lo que pasaba con el matrimonio rato. Se vio la necesidad de hallar un vínculo menor que aquél al que se dio el nombre de *pública honestidad*, acomodándole ciertas palabras del Digesto: "*semper in coniunctionibus non solum quid liceat, considerandum est, sed et quid honestum sit*"<sup>708</sup>. Se extendió posteriormente a los esponsales esta consideración<sup>709</sup>.

La cita del Digesto recién aludida fue extendida en el siglo XVIII al impedimento surgido por falta de asenso parental:

"Dice esta ley, que en los matrimonios no solo se ha de mirar lo que es lícito, sino tambien lo honesto, esto es, aunque los hijos pueden contraer matrimonio válido sin el consentimiento de los padres, con todo se requiere por causa de honestidad, como se ha expresado diferentes veces en este título, y se previene en la Pragmática publicada en el Reynado del Señor D. Carlos Tercero en veinte y siete de Marzo de mil setecientos setenta y seis: tambien hay impedimento canónico, que se llama de pública honestidad, v. g. si se contraen esponsales con dos hermanas"<sup>710</sup>.

Había también en el *Corpus Iuris Civilis* un impedimento relativo a la esposa del padre y a la del hijo:

"*Inter me et sponsam patri mei nuptiae contrahi non possunt, quamquam noverca mea non proprie dicatur. Sed et per contrarium, sponsa mea patri meo nubere non poterit, quamvis nurus non proprie dicatur*"<sup>711</sup>.

Las *Decretales* resolvieron conforme el criterio romano diversas situaciones<sup>712</sup> y Bonifacio VIII en el *Liber Sextus* extendió este impedimento aun a los esponsales inválidos, exceptuando sólo los nulos por defecto de consentimiento. El Concilio de Trento<sup>713</sup>

---

<sup>706</sup> La cédula de 6 de septiembre de 1777 se halla en nota a *Nov. Rec.* 12, 28,10.

<sup>707</sup> Aunque había opiniones en contra: Donoso, *op. cit.*, 1861, t. II, p. 166, dejó dicho: "Dos cosas notaremos en orden al impedimento que nace de los esponsales: 1º que permanece aun después de disueltos estos, ora se disuelvan por la muerte, por mutuo consentimiento, o por cualquiera otra causa legal [f]; 2º que, al menos en la opinión mas comun i probable, nace este impedimento, no solo de los esponsales públicos celebrados con las solemnidades legales, sino tambien de los privados i ocultos".

<sup>708</sup> D. 23, 2, 42.

<sup>709</sup> Berardi, *op. cit.*, p. 2a., cap. 31 y cap. 59, sec. 19 y 27.

<sup>710</sup> Rodríguez de Fonseca, *op. cit.*, t. 8o., p. 113.

<sup>711</sup> D. 33, 2, 12, \* 1 y 2.

<sup>712</sup> *Decretales* 4, 1, cap. 3 y 8; *Liber Sextus* 4, 1, cap. 1: "*Sponsalia pura, & certa ex consensu valida, licet alias nulla, inducunt publicam honestitatem, quae habet dirimere sequentia sponsalia, sed non praecedentia*".

<sup>713</sup> Concilio de Trento, Sesión 24: *De reformatione matrimonii*, cap.3: "el santo concilio quita entramente el impedimento de justicia de pública honestidad, siempre que los esponsales no fueren válidos por cualquier motivo que sea; y cuando fueren válidos, no pase el impedimento del primer grado; pues en los grados



reformó esta solución refiriendo la pública honestidad sólo, en lo tocante a esponsales, a los válidos y en cuanto a los que abarcaba, limitó su aplicación hasta el 1er. grado en la línea colateral (hermana) y en toda la línea recta (madre o hija), pues antes se había considerado este impedimento con el mismo alcance que el de consanguinidad. Ya nos hemos referido a él al tratar de los esponsales.

En lo tocante al matrimonio rato, Trento lo consideró hasta el cuarto colateral. A diferencia del criterio seguido con los esponsales, el impedimento operaba aunque el matrimonio fuera nulo, a menos que la nulidad se basara en defecto del consentimiento o en otra situación de pública honestidad.

11. *Demencia*: las personas privadas del uso de razón son incapaces, por derecho natural, de contraer matrimonio, pero era factible que lo hicieran en intervalos lúcidos. Se consideraba, así mismo válido el matrimonio de los llamados ‘semifatuos’, o sea, de los que tenían un imperfecto uso de razón. Debía, eso sí, averiguarse si estaban en condiciones de entender lo que es el matrimonio y afrontar sus cargas. Los párrocos debían consultar al obispo antes de bendecir estas uniones<sup>714</sup>.

A diferencia de los juicios actuales de nulidad matrimonial, que insisten habitualmente en factores psiquiátricos o psicológicos, los indianos y de comienzo de la república no mostraban una preocupación muy grande por estos aspectos. Sólo en tres casos fue la demencia la causal principal esgrimida en juicios de esta índole. En el primero, la solicitante fundaba su petición en la extraña conducta que había observado su cónyuge a poco de haber contraído matrimonio al hacer abandono de sus bienes y, lo más sintomático, internarse en una clínica psiquiátrica<sup>715</sup>. Terminó este proceso por desistimiento de la demanda y reanudación de la vida conyugal. En un segundo juicio en que se arguye demencia, el actor pide derechamente se declare la inexistencia del matrimonio por defecto de consentimiento, toda vez que en la época en que lo contrajo, se encontraba gravemente enfermo y con sus facultades mentales perturbadas, lo que, en definitiva, no acoge el tribunal<sup>716</sup>. Finalmente, hay uno en que la mujer demanda la nulidad porque su marido se habría encontrado en estado de demencia al contraer el matrimonio<sup>717</sup>. En otros dos expedientes, la demencia es alegada en forma subsidiaria al motivo principal, sin que hubiera merecido atención del tribunal, el que ni siquiera se pronunció sobre ella<sup>718</sup>.

12. *Clandestinidad*: Es impedimento que existía por lo menos desde tiempos de Justiniano, quien determinó cómo se debía celebrar el matrimonio de las personas de distinción, a las cuales se conminaba a ir a la iglesia, presentarse al defensor, extender y suscribir el acta en que constara el consentimiento, el que se custodiaría en el depósito

---

ulteriores no se puede ya observar esta prohibición sin muchas dificultades": Rodríguez de San Miguel, *Pandectas...* t. II, p. 430, no. 2651.

<sup>714</sup> Errázuriz, *op. cit.*, p. 218, N° 451.

<sup>715</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. 748 caja 689, juicio entre Athenaïs Pereira de Lira con Enrique Salas Dimas.

<sup>716</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. En 286, caja 1176.

<sup>717</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. 315, caja 295.

<sup>718</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. 1103, caja 1349; exp. 473, caja 108.

donde se guardaban los vasos sagrados<sup>719</sup>. Las *Decretales*, en cambio, reconocían validez a los matrimonios clandestinos, correspondiendo al hombre la prueba negativa, esto es, acreditar que no había matrimonio, pues regía el principio de presumirse éste. Una vez hecho público el matrimonio, debía ser reconocido como tal por las autoridades eclesiásticas<sup>720</sup>. El IV Concilio de Letrán prohibió las alianzas clandestinas, pero no las hizo írritas y la prole sería ilegítima sólo en casos de impedimento dirimente:

*"Si quis huiusmodi clandestina, vel interdicta coniugia inire praesumpserit in gradu prohibito, etiam ignoranter, soboles de tali coniunctione suscepta prorsus illegitima conseatur"*<sup>721</sup>

Consecuencialmente, con anterioridad al concilio de Trento (1563), si bien se consideraba ilícito el matrimonio celebrado sin la presencia del párroco y testigos, no era írrito o nulo<sup>722</sup>. Tal concilio, en atención a que estos matrimonios solían producir muchos problemas, como que la prueba quedara entregada a la buena voluntad de los contrayentes y resultara muy difícil acreditarlos en el fuero externo, declaró nulos los matrimonios que se contrajesen desde entonces sin la presencia del párroco o del obispo y de dos testigos, por lo menos, que asistiesen al acto:

*"Verum cum sancta Synodus animadvertat prohibitiones illas propter hominum inoboedientiam iam non prodesse, et gravia peccata perpenderit, quae ex eisdem clandestinis permanent, dum priore uxore, cum quae clam contraxerant, relicta, cum alia palam contrahunt, et cum ea in perpetuo adulterio vivunt; cui malo cum ab Ecclesia, quae de occultis non iudicat, succurri non possit, nisi efficacius aliquod remedium adhibeatur [...] qui aliter quam presente paroco, vel alio Sacerdote de ipsius parochi seu Ordinarii licentia, et duobus vel tribus testibus matrimonium contrahere attentabunt: eos sancta Synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles reddat, et huiusmodi contractus irritos et nullos esse decernit, prout eos praesenti decreto irritum facit et annullat"*<sup>723</sup>.

Influyó considerablemente en esta determinación el teólogo español Melchor Cano, acerca de cuyas ideas en materia de ministro de este sacramento ya se ha hablado. Hay que dejar constancia que los matrimonios clandestinos contraídos con anterioridad al Concilio eran considerados válidos, fulminándose anatema contra los que afirmasen lo contrario:

---

<sup>719</sup> *Novela* 74.

<sup>720</sup> *Decretales* 4, 3 *De clandestina desponsatione*, cap. 1 -*pro clandestino matrimonio non praesumitur, sed illud alleganti incumbit onus probandi-* y 2 -*qui matrimonium clandestine contraxerunt, altero negante, non apparente legitima ex-inde probatione, simul cohabitare ab Ecclesia non copelluntur: & so illud publicaverint, tamquam in conspectu Ecclesiae factum comprobabitur, quae impediatur. h. d. litterae inhaerendo...*

<sup>721</sup> *Decretales* 4, 3, cap. 3.

<sup>722</sup> Daba pie, eso sí, a casos reservados al obispo: "Sexto, los que casan furtadamente contra mandamiento de la iglesia [...] vigesimo segundo, toda dubda de matrimonio, mayormente del escondido": Agregado de Juan de Monte Alvan a Martínez de Zamora, *op. cit.*, Apéndice III, p. 198. "El Derecho Canónico medieval basa el matrimonio únicamente en el *consensus* de los cónyuges. Incluso el acuerdo matrimonial secreto e informal produce un matrimonio jurídicamente válido": Coing, *op. cit.*, T. I, p. 292.

<sup>723</sup> Concilio de Trento, Sesión 24: *De Reformatione Matrimonii*, cap. I: "Pero advirtiendo el Santo Concilio que ya no aprovechan aquellas prohibiciones por la inobediencia de los hombres; y considerando los graves pecados que se originan de los matrimonios clandestinos, y principalmente los de aquéllos que se mantienen en estado de condenación, mientras abandonada la primera mujer, con quien de secreto contrajeron matrimonio, contraen con otra en público, y viven con ella en perpetuo adulterio; no pudiendo la Iglesia, que no juzga los crímenes ocultos, ocurrir a tan grave mal si no aplica algún remedio más eficaz [...] que los que atentaren contraer matrimonio de otro modo que a presencia del párroco, o de otro sacerdote con licencia del párroco o del ordinario, y de dos o tres testigos, quedan absolutamente inhábiles por disposición de este Santo Concilio para contraerlo aun de este modo; y decreta que sean írritos y nulos semejantes contratos, como en efecto los irrita y anula por el presente decreto".

*"Tametsi dubitandum non est clandestina matrimonia libero contrahentium consensu facta, rata et vera esse matrimonia, quandiu Ecclesia ea irrita non fecit et proinde iure damnandi sint illi (ut eos sancta synodus anathemate damnat) qui ea vera, ac rata esse negant, quique falso affirmant, matrimonia a filis familias sine consensu parentum contracta irrita esse, et parentes ea rata vel irrita facere posse: nihilominus Sancta Dei Ecclesia ex iustissimis causis illa semper detestata est atque prohibuit"*<sup>724</sup>.

Veamos primero las normas que había sobre esta materia para referirnos en seguida a los conflictos que en la praxis judicial chilena se planteaban. El párroco habilitado para participar en el matrimonio debía ser el de los dos contrayentes, y si pertenecieran a distintas parroquias, aquél en cuyo distrito se contrajese el matrimonio. Se entendía por párroco de los contrayentes el de su domicilio o cuasidomicilio, o sea, el lugar donde se ha residido un mes con intención de permanecer ahí seis meses por lo menos habiéndose manifestado tal designio exteriormente<sup>725</sup>. También se consideraba válido el matrimonio celebrado ante aquél en quien delegara el párroco su facultad, quien debía ser sacerdote<sup>726</sup>. Por constitución XI del título VIII del Sínodo de 1763 se aprobó la costumbre del obispado de Santiago de que el párroco asistente al matrimonio de contrayentes de distintas parroquias fuese el de la esposa. Sin embargo, cuando ella se encontrara en la del esposo, podía casar el párroco de éste, publicándose las proclamas en ambas parroquias<sup>727</sup>.

Para quien tuviera domicilio en dos o más parroquias, regía la regla de que pudiera contraer en aquélla donde residiese al momento del matrimonio. Se consideraba que alguien tenía domicilio en dos o más parroquias si en todas ellas habitara por un tiempo "moralmente igual". "Si teniendo domicilio en la ciudad o pueblo, sólo sale a la finca o casa de campo por recreación o por ocuparse de algunos negocios rurales, no puede contraer ante el párroco de la casa campesina"<sup>728</sup>.<sup>729</sup> La mayor parte de los juicios sobre nulidad de matrimonio se refieren a este impedimento, alegándose que ninguno de los contrayentes habría tenido domicilio o cuasidomicilio en la parroquia donde se celebró el matrimonio<sup>730</sup>,

---

<sup>724</sup> *Ibidem.*: "Aunque no se puede dudar que los matrimonios clandestinos, efectuados con libre consentimiento de los contrayentes, fueron matrimonios legales y verdaderos mientras la Iglesia Católica no los hizo írritos; bajo cuyo fundamento se deben justamente condenar, como los condena con excomunión el Santo Concilio los que niegan que fueron verdaderos y ratos, así como los que falsamente aseguran, que son írritos los matrimonios contraídos por hijos de familia sin consentimiento de sus padres, y que éstos puedan hacerlos ratos o írritos; la Iglesia de Dios no obstante, los ha detestado y prohibido en todos tiempos con justísimos motivos". Vid. L. Castán, "El origen del capítulo "Tametsi" del Concilio Tridentino contra los matrimonios clandestinos" en *Revista Española de Derecho Canónico* no. 14 (1959), p. 46 y ss.

<sup>725</sup> Constitución *Paucis ab hic* de Benedicto XIV de 19 de marzo de 1758.

<sup>726</sup> Aunque según la opinión común no era necesario ser sacerdote para ser párroco: Donoso, *op. cit.*, 1861, t. II, p. 170.

<sup>727</sup> *Sínodos* 2, p. 174.

<sup>728</sup> Donoso, *op. cit.*, 1861, t. II, p. 169.

<sup>729</sup> Concilio de Trento, sesión 24: *De Reformatione Matrimonii*, cap. 7.

<sup>730</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. 1042, caja 199 juicio entre Juan Bautista Camilo y Josefa Vergara; exp. An 1094, caja 207 juicio entre Mario Castro y Margarita Flores; exp. 3, caja 249 juicio entre Antonio Calderón y María Urbina; exp. Bn 217, caja 274 juicio entre Antonio Concha y Herminia Ramírez en que ella era de Valparaíso y casó en Peñuelas; exp. Bn 405 caja 326, matrimonio Cousiño Rojas; exp. 623, caja 368, juicio sobre matrimonio de Manuel Fernández de Rebolledo y Juan Antonio Díaz; exp. 667, caja 371, juicio entre Pedro Díaz Lavandero y Rosa Zúñiga; exp. Bn 795, caja 394, juicio entre Eliodoro Dávila y Adelaida Vega; exp. 984 caja 424, juicio entre Fernando Frías y Carmen Ahumada donde se dice que viviendo ambos en Renca, casaron en Ñuñoa; exp. 1147, caja 230 juicio

cuando la causal era acreditada, el tribunal daba lugar a la nulidad respectiva, sin embargo la posibilidad de engaños era alta, por lo que sólo cuando las pruebas eran irredargüibles los jueces acogían este tipo de solicitudes. No faltó el caso en que el vicario capitular advirtiera al tribunal sobre alguna falsedad fraguada expresamente<sup>731</sup>. Como, aunque fuera efectiva la causal de nulidad, había implícita culpa de los contrayentes, no obstante darse lugar a ella, se condenaba a las partes a alguna pena espiritual: por ejemplo decir cierto número de oraciones en su parroquia en días domingos durante un cierto tiempo<sup>732</sup>. En una ocasión se hizo referencia al cuasidomicilio, sin explicarse adecuadamente cuánto tiempo se había habitado el lugar en cuestión<sup>733</sup>. En una oportunidad, exigió el tribunal una prueba negativa, esto es, que se acreditase que no se tenía domicilio donde se celebró el matrimonio sin que bastara la prueba de tenerlo en otro lugar<sup>734</sup> y fue rechazada la pretensión de nulidad por no haberse contraído en la parroquia de alguno de los contrayentes cuando se probó la autorización del párroco<sup>735</sup>. En caso de dudas sobre la veracidad de la inexistencia de domicilio en la parroquia del matrimonio, se dispuso, a veces, divorcio temporal *quoad thorum et habitationem* mientras no se acreditara cabalmente la causal<sup>736</sup>.

Además “no sólo sería inválido el matrimonio del que, sin ánimo de dejar el domicilio, se trasladase a otra parroquia con el objeto exclusivo de contraer ante el párroco de ella, pero aun el de aquél que trasladándose, sin expreso designio, no hubiese adquirido en la misma cuasidomicilio”<sup>737</sup>. Para diversas situaciones, como las relativas a empleados, médicos, residentes en colegios, encarcelados, etc. había presunción de tener cuasidomicilio en su empresa, hospital, colegio, cárcel, etc.<sup>738</sup> En cuanto a los vagos, o sea, personas sin domicilio conocido, existía la regla impuesta por el concilio de Trento de que podían

---

entre Francisco Corral y Juana Ballesteros donde se aduce que el verdadero domicilio de los contrayentes era Codegua y no Doñihue donde lo hicieron; exp. 1226, caja 479 juicio entre José María Fernández Valdés y Carmen Sotomayor; caja 524, juicio entre Andrés Guzmán, representando a Mateo Guzmán y Herminia Aliaga; exp. 339, caja 603, entre Emilia Huerta y Pedro Pascal; exp. 468, caja 632 juicio entre María León y Justo Lamarca; exp. 513, caja 642, juicio entre Mjosé Antonio Jiménez y Josefa Tobar; exp. 779, caja 704, juicio entre Luis Lebila y Matilde Markmann, celebrado en ]Santiago siendo ambos de San Fernando; exp. 573, caja 1050, juicio entre Feliciano Ríos y María Pérez; exp. 1296, caja 779 juicio entre José Eustaquio Morandé y Francisca Valdebenito; exp. 699, caja 1067, juicio entre Juan de Dios Rodríguez y Asunción Maturana, en que siendo ambos de la parroquia de Santa Ana casaron en la de La Estampa; exp. 731, caja 1069, juicio entre José Dolores Romero y Angela Azócar, en que siendo ambos de la parroquia de Santa Ana casaron en la de La Estampa; exp. 837, caja 1083, juicio entre Clorinda Rojas y Juan de Dios Valderrama; exp. 163, caja 1161, juicio entre Encarnación Saavedra y Andrés Pereira; exp. 286, caja 1176, juicio entre Carlos Silva y Gregoria Muñoz; exp. 491, caja 1236, juicio entre Manuel Toro y Manuela Urizar; exp. 695, caja 1258, juicio entre Antonio Tomás y Clarisa Tapia; exp. 883, caja 1314, juicio entre Juan Ignacio Vergara y Josefa Bravo; exp. 1234 caja 1375, juicio entre Felipe Santiago Vega y Dolores Fernández; exp. 388, caja 1382, juicio entre Marta Williams y Ricardo Leber, etc.

<sup>731</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. 3, caja 249.

<sup>732</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. 573, cajón 1050.

<sup>733</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. Bn 217, caja 274.

<sup>734</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. Bn 405, caja 326.

<sup>735</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. 388, caja 1382.

<sup>736</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. 468, caja 632.

<sup>737</sup> Donoso, *op. cit.*, 1861, t. II, p. 169.

<sup>738</sup> *Ibidem*.

contraer matrimonio ante el párroco donde accidentalmente habitasen, pero éste requería licencia del obispo<sup>739</sup>.

A virtud de los breves apostólicos *Quoniam in Exertibus* y *Apostolica Benignitatis* los matrimonios de militares con dependientes del párroco territorial debían ser bendecidos con intervención de éste y del capellán castrense o de quien fuera diputado para ello por el vicario general o su teniente, "pues han de concurrir precisamente ambos juntos". Era castigado con privación de su empleo el militar que incumpliese esta disposición, aunque contase con real licencia para casarse<sup>740</sup>.

Se ha dicho que el matrimonio debía celebrarse ante el párroco y se ha visto cuál debía ser éste en cuanto al domicilio. Bastaba con que lo fuera efectivamente, aunque estuviera en entredicho<sup>741</sup>, suspendido<sup>742</sup>, fuera irregular, cismático o hereje a menos que hubiera renunciado al beneficio o que se le hubiera depuesto canónicamente "y aun ante el que teniendo título colorado se le juzga párroco por error común, puesto que, generalmente, se consideran válidos todos los actos jurisdiccionales que éste ejerce"<sup>743</sup>. Obviamente que en este caso, se requería que fuera sacerdote, habiéndose declarado la nulidad del matrimonio celebrado ante quien no lo era<sup>744</sup>; en cambio, si el sacerdote pasaba por párroco, se consideró válido el matrimonio<sup>745</sup>. No bastaba la presencia física del párroco, pues si éste estuviera dormido, ebrio o demente no se le consideraba presente y bastaba con que oyera el consentimiento aunque no viera a los contrayentes: por consiguiente, el párroco puede ser ciego pero no sordo<sup>746</sup>. Cuando ocurriesen circunstancias extraordinarias o no hubiera párroco católico, bastaba contraer el matrimonio en presencia de dos testigos con tal que no obstara ningún otro impedimento. Así fueron permitidos matrimonios en Francia durante la Revolución Francesa<sup>747</sup>.

---

<sup>739</sup> Concilio de Trento, Sesión 24: *De Reformatione Matrimonii*, cap. 7: "Muchos son los que andan vagando y no tienen mansion fija, y como son de perversas inclinaciones, desamparando la primera muger, se casan en diversos lugares con otra, y muchas veces con varias, viviendo la primera. Deseando el santo concilio poner remedio á este desórden, amonesta paternalmente á las personas á quienes toca, que no admitan fácilmente al matrimonio esta especie de hombres vagos; y exhorta á los magistrados seculares á que los sujeten con severidad; mandando ademas á los párrocos que no concurran á casarles, si ántes no hicieron exactas averiguaciones, y dando cuenta al ordinario, obtengan su licencia para hacerlo": en Rodríguez de San Miguel, *Pandectas...*, t. II, p. 431, no. 2655.

<sup>740</sup> Real orden de 31 de octubre de 1781 dirigida al Cardenal Patriarca, en Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 807.

<sup>741</sup> Pena consistente en una censura eclesiástica que prohíbe el uso de oficios, sacramentos y sepultura eclesiástica: Errázuriz, *op. cit.*, p. 327 no. 795.

<sup>742</sup> Suspensión es pena por la que un ministro de la Iglesia es privado de algún acto eclesiástico para el que es competente: Errázuriz, *op. cit.*, p. 325, no. 790.

<sup>743</sup> Donoso, *op. cit.*, 1861, t. II, pp. 169-170

<sup>744</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. 589, caja 1241, juicio entre Francisco Javier Trucíos y Margarita Aubertin.

<sup>745</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. 1153, caja 462, juicio entre Pedro Martín Figueroa y Pascuala Villalón.

<sup>746</sup> Donoso, *op. cit.*, 1861, t. II, p. 170.

<sup>747</sup> Donoso, *op. cit.*, 1861, t. II, p. 171.

Respecto de los testigos, el Tridentino no exigía mayores calidades, por lo que se estimaba que era suficiente que contasen con habilidad de acuerdo al derecho natural. Se exigía, entonces, sólo uso de razón y que pudieran enterarse de lo que estaba ocurriendo, de modo que pudieran posteriormente testificar sobre ello. Exigiéndose dos testigos al menos, debían estar simultáneamente presentes al acto.

Que el sacerdote oyera a las partes, pero no las viera se utilizó en diversas oportunidades como medio para contraer nupcias cuando había oposición familiar o algún otro estorbo. Aparecen en el archivo episcopal santiaguino cuatro casos<sup>748</sup>, si bien se hace referencia a la abundancia con que se recurría al artilugio de presentarse sorpresivamente los contrayentes ante el párroco y gritarle que se tomaban por marido y mujer recíprocamente. El caso más curioso es el relativo al matrimonio clandestino entre Manuela Fernández de Rebolledo y Juan Antonio Díaz de Salcedo y Muñoz. Ambos habían sido amantes en vida del marido de ella, el arquitecto Joaquín Toesca y, como se ha dicho más arriba, habían celebrado esponsales sin autorización del padre. Requerida ésta, no la dio, por lo que recurrió Díaz a los tribunales para que se declarase irracional el disenso. Habiendo perdido el recurso, el solicitante apeló ante la Audiencia. Entre tanto, decidió junto con su novia, en recurrir a las vías de hecho. El 18 de abril de 1800, el cura de Santa Ana, Francisco Boza, que se encontraba de tertulia donde Miguel del Fierro, fue avisado que había gente que lo necesitaba con urgencia en su casa. Creyendo que se trataba de atender a algún enfermo, acudió prestamente. Al llegar a su residencia oyó desde las sombras que una pareja se declaraba marido y mujer, ante lo que, horrorizado y tapándose los oídos, se devolvió donde Fierro. Enterada la Audiencia del matrimonio, suspendió el conocimiento de la apelación para esperar que, por una parte el tribunal eclesiástico se pronunciara sobre la validez del matrimonio y, por otra, la justicia militar lo hiciera sobre el delito de intento de matrimonio clandestino en violación de la pragmática sobre matrimonio de hijos de familia. El provisor y vicario general José Antonio Martínez de Aldunate declaró nulo el matrimonio y alabó al cura Boza considerando “laudable la diligencia con que dicho cura hubo de rechazar aquel atentado, dando buen ejemplo a los demás párrocos para que en iguales casos, que en los tiempos inmediatos se han repetido y se teme continúen en el futuro, practiquen de su parte lo que puedan a fin de evitar semejantes matrimonios clandestinos que sacrílegamente intentan contraer algunos jóvenes inconsiderados, con infracción y desprecio de las leyes de la Iglesia y del Estado.”<sup>749</sup>

En sede de matrimonios clandestinos<sup>750</sup>, los había de varias clases:

*"Dicitur clandestinum matrimonium tribus modis. Uno modo cum non habentur testes. Secundo cum non fit eum solemnitate. Tertio dicitur clandestinum, quod fit contra tenorem huius constitutionis, videlicet non praemissa denunciatione..."*<sup>751</sup>

---

<sup>748</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. 234, caja 970, juicio entre Fidel Pedragas y Domitila Aliaga; exp. 766, caja 1070, juicio contra Ramón Recasens y Jesús Gutiérrez; exp. 61, caja 1156, juicio contra Manuel Valdés y Antonia Fernandois; exp. 633, caja 368 entre Manuela Fernández de Rebolledo y Juan Antonio Díaz.

<sup>749</sup> ANRACH vol. 2140.

<sup>750</sup> Para Andalucía y su problemática, que en esta materia no difiere grandemente de América, vid. J. Casey, "Le Mariage Clandestin en Andalousie à l'époque moderne" en A. Redondo (ed.) *Amours Légitimes, Amours Illégitimes en Espagne (XVIe-XVIIIe siècles)*. París: 1985, pp. 57-68.

<sup>751</sup> Glosa a *Decretales* 4, 3, 3 en *Decretales D. Gregorii Papae IX. Suae integritati una cum glossis restitutae ad exemplar Romanum diligenter recognitae. Editio ultima* Taurini, Apud Nicolaum Beuilaquam, MDCXXI, fol. 1459.

En la práctica se tenía por tales: a) los contraídos sin concurrencia de párroco; b) los contraídos sin la concurrencia del párroco competente; c) los contraídos sin concurrencia de testigos; c) aquéllos celebrados sin las solemnidades establecidas por el Derecho -que eran el tipo más habitual de matrimonio clandestino, en que se hacía uso del factor sorpresa- y d) los llamados "de segundo orden", celebrados en presencia del párroco, pero sin las amonestaciones previas.

El IV Concilio Limense de 1772 fulminó excomunión *ipso facto*, con absolución reservada al obispo, respecto de aquéllos que, personalmente o por poder y sorprendiendo al vicario general o a los curas, los obligaran a oír forzosamente su consentimiento en presencia de testigos, sin que aquéllos lo pudiesen impedir. Los nombres de los hechores se colocarían en una tablilla en que se señalara su condición de públicamente excomulgados, castigándoselos, además, con multas, destierros y las penas que se consideraran convenientes frente a tan grave irreverencia. El matrimonio, sin embargo, aunque ilícito, era considerado por regla general válido, pues mandaba la disposición canónica que igualmente practicasen las diligencias de informaciones y amonestaciones canónicas<sup>752</sup>.

El tema de los matrimonios clandestinos produjo el reclamo ante el Consejo de Indias del obispo de Cartagena, preocupado por el abuso que de ellos se hacía en su diócesis<sup>753</sup>. Expresaba el 18 de mayo de 1802 que, con el objeto de dejar incumplidas las normas de Carlos III sobre consentimiento paterno, corrientemente se presentaban ante el párroco o aun el obispo las parejas, acompañadas de testigos y

"han expresado y manifestado, sin poderlo evitar ni impedir en aquellas estrechas circunstancias, su recíproco consentimiento y expresa voluntad de contraer matrimonio...".

A diferencia de lo ocurrido en Chile, donde la tendencia imperante frente al uso de la sorpresa era la de declarar nulos los pretendidos matrimonios<sup>754</sup>, en Cartagena, lo corriente había sido darles validez, previas diversas diligencias judiciales<sup>755</sup>. Ante la presentación episcopal, el Fiscal del Consejo recordó que ya se había emitido dictamen respecto de un caso ocurrido en la ciudad de La Plata acerca del matrimonio de Pedro José Agrelo con Isabel Calvimontes. El provisor y vicario general de aquella ciudad había sugerido que, para "contener tan perjudicial desorden" convendría imponer penas pecuniarias a los contrayentes y testigos a proporción de la calidad de las personas, quienes deberían permanecer encarceladas hasta la satisfacción de las mismas. Recordaba que las penas espirituales como la de excomunión resultaban inoperantes porque de ellas "se hace mui poco caso". El Fiscal había sido contrario al parecer del vicario argumentando que no convenía aumentar las penas, toda vez que ya había suficientes disposiciones al respecto:

---

<sup>752</sup> IV Concilio Limense de 1772: 4, tít. único, 14 en Tejada, *op. cit.*, p. 377.

<sup>753</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia. Colección Mara Linares LXXIX fs. 49-54,

<sup>754</sup> Consecuencia de la actitud rigorista del obispo Francisco José Marán: vid. A. Dougnac Rodríguez, "Reforma y tradición en la biblioteca de un obispo ilustrado de Chile. El caso de Francisco José de Marán" en *Revista Chilena de Historia del Derecho* no. 16 (Santiago, 1990-1991), pp. 579-618 (hay separata). Para los casos de falta de información previa y proclamas, la tendencia era más laxa: R. Salinas Meza y N. Corvalán Pino, "Transgresores sumisos, pecadores felices. Vida afectiva y vigencia del modelo matrimonial en Chile tradicional, siglos XVIII y XIX" en *Cuadernos de Historia* no. 16 (Santiago, Departamento de Ciencias Históricas Universidad de Chile, 1996), p. 13.

<sup>755</sup> En el documento del prelado cartagenero se expresa que siete matrimonios habían sido declarados válidos y pronto pasaría lo mismo con otros tres.

"correspondiendo el conocimiento de estas causas en quanto conllevan la omision de las formalidades y requisitos dispuestos por el Concilio y Sagrados Cánones para la lícita celebracion de los matrimonios a la Jurisdiccion Eclesiástica ya para graduar su valor ya para la imposicion de las penas penitenciales y correccionales propias de su fuero, y a la jurisdiccion real por lo que interesa al estado de la observancia de las leyes reales, pragmáticas cédulas que rigen en la materia, no habrá necesidad de añadir cosa alguna a las sabias disposiciones de los cánones y leyes..."

El Consejo se conformó con el dictamen del Fiscal por disposición de 7 de junio de 1803. No obstante, y atendidos los muchos abusos que continuaban produciéndose en diversas partes de América, pidió el Fiscal se expidiese real cédula circular encargando a los arzobispos, obispos, provisoros y jueces eclesiásticos que, en cuanto advirtiesen este tipo de conductas diesen cuenta inmediata al juez real. Entre tanto, debían formar la correspondiente causa por lo que tocase a la jurisdiccion eclesiástica, sin dar lugar a artículos impertinentes ni dilaciones, substanciándolas y determinándolas con brevedad en el "preciso término que baste para salvar la formalidad del juicio y necesaria defensa de los delinquentes, haciendo según su mérito la declaracion de nulidad o validacion del matrimonio" e imponiendo a los culpables las penitencias y correcciones acordes con la calidad de las personas y contravención en que hubiesen incurrido. Concluido este proceso eclesiástico, los autos debían ser enviados al juez real para que, con consulta de las Audiencias respectivas, impusiesen las penas propias de su fuero. Era de rigor el envío de una circunstanciada cuenta anual al Consejo de Indias, con indicación del número de causas, mérito, delinquentes y sentencias recaídas. Debía de encargarse a los arzobispos, obispos y jueces eclesiásticos y mandarse a los virreyes, gobernadores y jueces reales que estudiasen las medidas que estimasen más adecuadas para extirpar estos vicios. En definitiva, el Consejo en su segunda sala acordó que se actuara como lo proponía el Fiscal respecto del obispado de Cartagena, pero que en lo tocante a las demás diócesis indianas, se pasaran los antecedentes a la otra sala para determinar lo que se considerase más oportuno.

El matrimonio clandestino estaba prohibido también por la ley civil. La *Novísima Recopilación*<sup>756</sup> disponía:

“Mandamos que el que contrajere matrimonio que la Iglesia tuviere por clandestino con alguna mujer que, por el mismo fecho, él y los que en ello interviniere y los que del tal matrimonio fuesen testigos, incurran en perdimiento de todos sus bienes y sean aplicados a nuestra Cámara y Fisco; y sean desterrados de estos nuestros reinos, en los cuales no entren so pena de muerte; y que ésta sea justa causa para que el padre y la madre puedan desheredar, si quisieren, a su hijos o hijas que el tal matrimonio contrajeren; en lo cual otro ninguno no pueda acusar sino el padre y la madre, muerto el padre”.

También se castigaba al sacerdote: un párroco que actuó a sabiendas de su incompetencia fue suspendido y subrogado por otro. Para los militares había norma del Reglamento del Monte Pío Militar conforme la cual no tendría derecho a beneficios las viudas ni los hijos de los oficiales que hubiesen casado clandestinamente, aunque la unión tuviese valor como sacramento<sup>757</sup>.

---

<sup>756</sup> *Nov. Rec.* 10, 2, 5.

<sup>757</sup> Artículo 9 del *Reglamento del Monte Pío Militar*.



Incoado proceso acerca de la validez de un célebre matrimonio clandestino -el del gobernador Francisco Meneses y Catalina Bravo de Saravia, producido en 1664- fue declarado válido, pero se impusieron diversas penas:

"...Declaramos el dicho matrimonio por clandestino y celebrado contra lo dispuesto por el Santo Concilio de Trento, y por haberse celebrado y consumado omitiendo esta solemnidad con conocimiento de los testigos y personas que intervinieron, y asistieron al dicho matrimonio ocultándolo de propósito, multamos y condenamos a dicho señor don Francisco Bravo de Saravia en 1.000 pesos de a 8 reales y a la señora doña Catalina Bravo de Saravia Inestrosa y a doña Marcela de Inestrosa y contador don Jerónimo Hurtado de Mendoza Quiroga a cada uno de 500 pesos de a 8 reales todas las dichas penas aplicadas por mitad para la Santa Cruzada y fábrica de la Santa Iglesia Catedral de esta ciudad, por lo que resulta de la declaración de los susodichos. Y en cuanto al doctor don Fernando de Toledo, reverendo padre maestro fr. Pedro de Inestrosa, religioso de la Orden del Señor San Agustín y sargento mayor don Melchor de Cárdenas, por ser difuntos, no hacemos juicio con ellos: y por esta nuestra sentencia definitiva juzgando así la pronunciamos y mandamos concertas en que condenamos a los susodichos. Fray Diego [de Humanzoro], obispo de Santiago de Chile"<sup>758</sup>.

La sentencia se cumplió en cuanto a las velaciones, que tuvieron lugar el 12 de mayo de 1670<sup>759</sup>; pero fue apelada en lo respectivo a las multas. El tribunal limeño, que conoció en segunda instancia, la confirmó, pero eliminó la multa. A la fecha de su dictación, 26 de abril de 1674, Francisco Meneses ya había fallecido.

Los juicios por matrimonio clandestino eran normalmente denunciados a los tribunales civiles competentes cuando se consideraba que se había actuado maliciosamente, como lo asevera expresamente un expediente<sup>760</sup> y no era raro el caso en que se decretara arraigo<sup>761</sup>. Igualmente aparecen corrientemente fugas de los que temían el peso de la justicia<sup>762</sup>. Su castigo, como se ha visto, era en principio el destierro perpetuo y perdimiento de bienes. Si llegasen a volver a los dominios reales se hacían pasibles a pena de muerte<sup>763</sup>. Para efectos hereditarios, constituía justa causa de desheredación.

El conocimiento de las causas de matrimonios clandestinos de los militares estaba encargado al tribunal eclesiástico castrense. Durante este proceso, tanto el reo contrayente como los testigos debían ser arrestados en su Cuerpo, si fuesen militares, o en lugar proporcionado a su clase. Declarado clandestino el matrimonio, el eclesiástico debía pasar testimonio de la sentencia al comandante militar de la jurisdicción del reo o de los testigos

---

<sup>758</sup> Vicuña Mackenna, *Historia crítica...cit.* t. 1, p. 297.

<sup>759</sup> Espejo, *op. cit.*, p. 567.

<sup>760</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. 699, caja 1067. Algunos casos de matrimonios clandestinos sometidos a justicia criminal son: exp. 468, caja 632; exp. 61, caja 1156; exp. 883, caja 1314 (en éste se había condenado a los contrayentes a cinco años de relegación antes del juicio eclesiástico). Un demandante reclama de que no se hubieran enviado los antecedentes al juzgado del crimen: exp. Cn 1016, caja 747. El IV Concilio Mexicano de 1771, que en definitiva no fue sancionado por la Corona, daba competencia para el castigo de los matrimonios clandestinos al párroco.

<sup>761</sup> *V. gr.* Archivo del Arzobispado de Santiago exp. 234, caja 970.

<sup>762</sup> *V. gr.* Archivo del Arzobispado de Santiago exp. 1296, caja 779.

<sup>763</sup> Estas penas se aplicarían también a los testigos: Colón, *op. cit.*, T. IV, p. 49 y 51.

militares para que se les aplicasen las penas de Ordenanza pertinentes<sup>764</sup>. Sólo era dado al tribunal eclesiástico castrense imponer penas espirituales de mortificación o penitencia<sup>765</sup>.

Aun haciendo uso los tribunales de su arbitrio judicial con el que morigeraban considerablemente las draconianas normas legales, no dejaban de disponer unas penas muy fuertes, manteniendo, sin embargo, sea por falta de pruebas o haciendo uso de su arbitrio, la validez del matrimonio. A lo dicho se sumaba la situación, contraria al principio de *non bis in idem*, que por el mismo delito, se fulminasen por dos tribunales distintos sendas penas. La severidad excesiva de las penas que se aplicaban conmovió las entrañas de las autoridades civiles, de lo que es muestra una presentación del director supremo Ramón Freire a la Asamblea de Diputados de la Provincia de Santiago, a 19 de septiembre de 1825, por la que sugiere veladamente se acoja una solicitud del ciudadano José Manuel Escanilla, quien había contraído matrimonio, sin asenso de sus padres y en clandestinidad, con Rosario Vera. Dos penas, provenientes de dos tribunales había recibido la pareja: por parte del juez civil, él había sido condenado a cinco años de destierro en la provincia de Concepción y ella a cinco de reclusión en el convento que eligiese su padre; el tribunal eclesiástico, por su parte, había condenado a ambos a desheredación y, en conjunto, al pago de una multa de cincuenta pesos en favor del Hospicio. Llama la atención que, contra las disposiciones de la época de Carlos III, que habían limitado la injerencia de los juzgados eclesiásticos en asuntos civiles, se continuase por éstos con la dictación de sentencias como la reseñada, que constituye una clara intromisión en el ámbito sucesorio. Además, la prolongación del juicio había significado para ambos contrayentes la pérdida de libertad por largo tiempo –seis meses– y, en el caso de él, haber contraído una enfermedad. Por ello decía Freire a los diputados:

“El prolongado arresto que ha sufrido y las enfermedades que ha contraído durante su arresto han excitado la sensibilidad del Director; mas, como la ley prohíbe indultar o conmutar pena sin acuerdo de la autoridad legislativa, somete ahora este asunto a la consideración de los representantes nacionales, para que, teniendo presente las razones que alega en su memorial, tenga a bien la sala expedir, con su acostumbrada prudencia, la resolución conveniente; en inteligencia de que, por parte del Gobierno, no habrá embarazo en que la pena quedase reducida a una multa de cincuenta pesos en favor del hospital de mujeres”<sup>766</sup>.

La presentación de Escanilla hacía referencia a lo absurdo que resultaba que el matrimonio hubiese sido declarado válido no obstante la clandestinidad, pero ilícito:

“A estas poderosas reflexiones que demuestran la injusticia de la pena se añade su inutilidad, porque ella no consigue disolver un vínculo que las leyes dan por válido, aunque se haya contraído sin guardar las fórmulas accidentales que ella prescribe. Acumúlense sobre mí y mi desgraciada esposa cuantos castigos se quiera, nada será capaz de destruir el mutuo consentimiento en que descansa el vínculo; y sólo se habrá conseguido dar una lección muy funesta con un castigo inútil, que desmoralizará nuestras costumbres mucho más que el indulto de un crimen que por todos respectos merece la indulgencia del legislador”<sup>767</sup>.

---

<sup>764</sup> Contenidas en reales órdenes de 19 de marzo de 1775 y 31 de octubre de 1781, artículo 6.

<sup>765</sup> *Nov. Rec.* 10, 2, 6.

<sup>766</sup> V. Letelier, *Sesiones de los cuerpos legislativos de la república de Chile 1811 a 1845 Recopiladas según las instrucciones de la Comisión de Policía de la Cámara de Diputados por [...] Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de Chile* T. XI (Santiago, Imprenta Cervantes, 1889)... t. XI, p. 398, anexo N° 473.

<sup>767</sup> Letelier, *Sesiones...* t. XI, p. 399.

Años más tarde, en 1832, el espíritu moralista y la adhesión a la ley del fiscal de la Corte Suprema Mariano Egaña, lo movió a solicitar al juzgado eclesiástico, con abierta intromisión en un fuero que no le correspondía, pero acorde con su posición regalista, la

“prohibición de oír a las partes acerca de la nulidad de su matrimonio mientras no se cumpla la pena de relegación por el tiempo de cinco años en provincias distantes por parte de los contrayentes”,<sup>768</sup>.

La práctica nos muestra que los juicios por esta causal se iniciaban a veces de oficio por el tribunal eclesiástico<sup>769</sup>, generalmente por demanda de alguno de los pretendidamente casados y, con mucha frecuencia, por parientes de éstos<sup>770</sup>. De acuerdo a la ley, si embargo, este tipo de causas sólo podían ser iniciadas por el padre y muerto éste, por la madre. En un expediente, el promotor fiscal, refiriéndose a la gran cantidad de matrimonios clandestinos, tendía a culpar a la mujer y aducía al respecto que:

“No hay cosa de mayor interés en las mujeres que el matrimonio; su verificativo es el último escalón de su carrera y es regular que deslumbradas con la felicidad de un estado que les promete, en el futuro, la libertad de infortunios de que es susceptible su sexo, no vean las leyes que metodizan el contrato o que, por su ejecución, los atropellen; principalmente cuando de su puntual observancia se inutiliza o frustra el contrato; esta razón generalmente milita a favor de todas, y debe servirles de excepción para que se minore la pena, así como la embriaguez le sirve al homicida para que no se le aplique pena ordinaria de muerte ... porque no es menor la privación o embargo de sentidos que causa el deseo de la condición marital, el que se aumenta a proporción de las circunstancias que le ocurran a la contrayente...”<sup>771</sup>.

13. *Impotencia*: es la incapacidad para llenar un objeto muy importante del matrimonio cual es la cohabitación encaminada a la procreación de los hijos. Las *Partidas*<sup>772</sup> dicen que es “enfermedad e embargo de non poder yazer con las mugeres”. De los ejemplos que la misma disposición da, se colige que puede deberse a cualquiera de los cónyuges, pues si bien puede ocurrir en el varón que sea “de fría natura” o castrado o afectado por algún maleficio, en la mujer, a su vez, puede suceder que tenga “su natura cerrada que non puede el varon yazer con ella” o “que son tan estrechas que por maestría que les fagan sin peligro grande dellas, nin por uso de sus maridos que se trabajan de yazer con ellas”<sup>773</sup>. Es, en consecuencia, una inhabilidad para el acto conyugal perfecto o ineptitud para la generación. Justiniano concebía una espera de dos años para que se acreditara si el marido sufría de impotencia, que luego se aumentó a tres<sup>774</sup>, norma que recogieron el Derecho Canónico y posteriormente, las *Partidas*.

---

<sup>768</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. Cn 1016 caja 747, 1832.

<sup>769</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. 779, caja 704; exp. 840, caja 1034; expediente 766, caja 1070.

<sup>770</sup> Demanda el padre del novio en Archivo del Arzobispado de Santiago exp. 883, caja 1314; exp. Bn 405, caja 326; exp. An 1147, caja 230; exp. Bn 795, caja 394; caja 524; exp. 1016, caja 747; el padre de la novia en exp. An 1114, caja 218; la curadora del novio en exp. 984, caja 424.

<sup>771</sup> Cita tomada por Salinas, “La transgresión...”, pp. 5-6 de Archivo del Arzobispado de Santiago exp. B-623 (1800).

<sup>772</sup> *Partidas*, 4, 8, 1.

<sup>773</sup> *Partidas*, 4, 8, 2.

<sup>774</sup> “*Triennium enumerari volumus ex ipso tempore copulationis computandum*” C. 5, 17, 10.

Conforme el Derecho Romano, no podían contraer matrimonio los eunucos y los *spadones*, esto es el *incapax generandi*<sup>775</sup>, lo que fue recogido posteriormente por el Derecho Canónico<sup>776</sup>, que aceptó, sin embargo, las nupcias si se quería vivir como hermanos.

El Derecho Procesal bajomedieval daba un ejemplo de las demandas de nulidad matrimonial que se podían incoar por esta causal, cuyo tenor no es muy diverso del que se observaba varios siglos después en las Indias:

"Ante Vos Fulano Vo. yo Juana serva de Fulano propongo contra Juan et digo que yo case con el dicho Juan ha tres años et mas tiempo et el dicho Jno. es frio et ligado et de tal manera et condicion que non ha poder nin puede fazer nin complir por lo que yo tome et recebi por marido et case con el eso mesmo maguer quel el dicho tiempo ha que stamos et continuo moramos et dormimos de consumo et feziesmos obra maridable non me conosco ni puede conocer carnalmente nin puede pasar a mi nin fazer obra de varon. et como yo quiera ser madre et aver fijos et por eso le recebi et tome por marido, lo qual el non es para ello nin puede cumplirlo, por lo qual pido ser fecho divorcio et que por vuestra sentencia lo declaredes asi et me dedes licencia pra casar con otro"<sup>777</sup>.

La *praxis* chilena nos muestra que la mayor parte de los juicios guardan relación con impotencia masculina. Entre los pocos de impotencia femenina, resultó probado en uno no ser apta la mujer para la realización de la cópula<sup>778</sup>, prueba que no resultó positiva en dos, de 1723<sup>779</sup> y 1873<sup>780</sup>. Aunque la Medicina de la época estaba modestamente desarrollada, se observa un cuidado bastante grande por obtener pruebas periciales adecuadas<sup>781</sup>.

Se la clasifica, atendiendo al momento en que se produce, en antecedente al matrimonio o consiguiente a él; tomando en cuenta su duración, en perpetua, la que no puede curarse por medios lícitos o sin una operación que entrañe peligro de muerte y temporal, la que es curable por medios naturales y sin riesgo de morir y, por último, considerando su extensión, en absoluta, la que tiene lugar respecto de todas las personas de otro sexo y respectiva, la que inhabilita respecto de tal persona en particular<sup>782</sup>. Las Partidas tratan de estas clases de impotencia<sup>783</sup>. La impotencia perpetua e incurable es invocada

---

<sup>775</sup> A. Di Pietro, *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 314. no. 528, C) 3.

<sup>776</sup> Así lo declararon Sixto V y, posteriormente, Benedicto XIV en su tratado *Sínodo Diocesana* lib.6, cap. 11, no. 3.

<sup>777</sup> *Formulario de Sabagún* agregado a Martínez de Zamora, *op. cit.*, Apéndice III, p. 212.

<sup>778</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. 531, caja 651 (1865).

<sup>779</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. 1035, caja 752 (1723).

<sup>780</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. 891, caja 1089 (1873). En este juicio, la fundamentación se encuentra en las *Partidas* 4, 8, 2.

<sup>781</sup> Así en Archivo del Arzobispado de Santiago exp. An 65, caja 15; exp. 417, caja 622; exp. 1698, caja 886; exp. En 858, caja 1304.

<sup>782</sup> Santo Tomás de Aquino acogía la impotencia absoluta, pero para la impotencia de maleficio aceptaba su relatividad, "porque el demonio es causa voluntaria, y no obra por necesidad, y porque el impedimento puede nacer de la impresión que él haga, y de la imaginación del hombre respecto de una mujer y no de otra": González Vigil, *Defensa... Disertación 11a.*, p. 100.

<sup>783</sup> *Partidas*, 4, 8, 2.

como causal en varios juicios chilenos<sup>784</sup>. Uno de ellos, de 1801, se refiere a este mal en el marido como “defectos ocultos y psicológicos”<sup>785</sup>.

Dirime el matrimonio la impotencia antecedente y perpetua, sea absoluta o relativa, lo que según Donoso es de derecho positivo y natural. La consiguiente no dirime —ni aun la castración, según P. 4, 8, 4— y tampoco la temporal, que sólo inhabilita por cierto tiempo el cumplimiento de la obligación matrimonial. Si no obstante la impotencia, quieren los cónyuges continuar su vida como hermanos, pueden hacerlo, pues sólo a ellos corresponde la titularidad de la acción. Las *Partidas* dicen que “si quisiere callar su embargo e beber en uno, non como marido e muger para ayuntarse carnalmente: mas como hermanos, puédenlo facer”<sup>786</sup>.

Para el caso de que la impotencia fuese producida por un maleficio<sup>787</sup> o naturalmente, daban las *Partidas* unas normas que procuraban acreditar lo más fehacientemente posible la causa del mal. Los cónyuges debían vivir aun tres años juntos intentando cohabitar y si no lo lograban quería decir que el mal era de carácter perpetuo: así se practicó, por ejemplo, en juicio de 1768 y resultando, al cabo de los tres años lo irremediable de la impotencia, el matrimonio fue declarado nulo<sup>788</sup>.

“Pero antes que los departan, deuelos fazer catar omes buenos, e buenas mugeres si es verdad que ha entre ellos tal embargo como razonan. E demas desto deue fazer jurar a cada uno dellos...”.

Es éste un raro caso en las *Partidas* en que nos encontramos con *coniuradores* a la usanza germánica:

“[E] deuen jurar con el [el marido] siete omes buenos de sus parientes, si los ouiere en aquel lugar, o si no, con otros que crean que juro verdad. E la muger deue jurar en esa misma guisa con siete parientas, o con otras siete buenas mugres de aquel lugar”.

Tras ello, se daba por disuelto el matrimonio (*Partidas*, 4, 8, 5)<sup>789</sup>. Una situación especial era la que ocurría cuando una mujer ya desflorada casaba con un hombre impotente. Como en principio se presumía que el matrimonio era válido, se lo tenía por tal a menos que la mujer reclamase en un breve plazo de un mes. Una vez efectuado en tiempo oportuno este reclamo, empezaba a correr el plazo de tres años de que se ha hablado. Si lo hacía con posterioridad, podía el marido afirmar que sí la había conocido carnalmente y debía ser creído pues resultaba sospechoso que ella dejase pasar tanto tiempo sin haber reclamado del mal de su marido (*Partidas*, 4, 8, 6).

---

<sup>784</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. Bn 1535, caja 525 (1853); exp. 1698, caja 886 (1882); exp. 1103, caja 1349 (1874); exp. 1228, caja 1371, abandonado a poco de iniciado (1879).

<sup>785</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. 858, caja 1304 (1801).

<sup>786</sup> *Partidas*, 4, 9, 1.

<sup>787</sup> Lo que el Derecho Canónico aceptaba como posibilidad, ya que el Demonio podía intervenir: “*si per sortiaras atque maléficas diabolo preparante concubitus non sequitur*”: Graciano, *Concordia...causa* 33, quaest. 1a., cap. 4.

<sup>788</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. 417, caja 622.

<sup>789</sup> En el siglo VIII los concilios francos consideraban nulo el matrimonio por impotencia bajo la declaración de ambos cónyuges: Beneyto, *Instituciones...*, t. I, p. 66.

Si disuelto el matrimonio por impotencia de uno de los cónyuges, resultara en un nuevo matrimonio que fuera capaz del acto conyugal, había de entenderse que subsistía el matrimonio anterior, pues la sentencia dada contra el matrimonio jamás produce cosa juzgada. Al efecto, solía imponerse un veto a aquel cónyuge de cuya impotencia se trataba<sup>790</sup>. En esta materia, hace el rey sabio una distinción que guarda relación con la impotencia absoluta y la relativa. En el primer caso, si el que posaba de impotente absoluto ha resultado ser apto, “semeja que lo fizo en desprecio de la Santa Egleſia, casando engañosamente otra vez”. Pero otra situación es la del que no puede tener relaciones sino con la segunda mujer, pues ello se debería a un maleficio<sup>791</sup>, caso en que valdría el segundo enlace y no el primero. Algo similar ocurre en cuanto a la mujer estrecha<sup>792</sup>, pues si contrae nuevo matrimonio, y el segundo marido puede tener relaciones con ella, ha de entenderse que el primer enlace era válido, pues también habría podido hacerlo el primero. Sin embargo, en este caso podría ser que el miembro viril del primer marido fuera demasiado grande (lo que había que probar en una exhibición de miembros del primero y el segundo) en cuyo caso sólo valdría el segundo matrimonio, interesante norma del Rey Sabio que venía a zanjar una dificultad de interpretación canónica que Inocencio III había dejado sin resolver<sup>793</sup>.

“[C]errada seyendo la muger, segund dize la ley ante desta, de manera que la ouiessen departir de su marido: si acaesciese que despues casasse con otro, que la conosciere carnalmente: deuela departir del segundo marido, e tornarla al primero, porque semeja que sin con el ouiesses fincado todavia, tambien la pudiera conocer, como el otro, Pero antes que los departan, deuen catar si son semejantes, o eguales en aquellos miembros que son menester para engendrar. E si entendieren que el marido primero non lo a mucho mayor que el segundo, estonce la deuen tornar al primero. Mas si entendieren que el primero marido auia tan grande miembro o en tal manera parado, que por ninguna manera non la pudiera conocer sin grande peligro della, maguer con el ouiesses fincado, por tal razon non la deuen departir del segundo marido, porque parece manifestamente, que el embargo, que era entre ella, e el primero marido duraua para siempre”.

Un interesante caso que arroja la *praxis* chilena, si bien ya del período republicano, pero en una época en que rigen las disposiciones canónicas ya referidas, nos muestra una situación de hermafroditismo. El marido, aparentemente hombre al contraer matrimonio, era en realidad mujer, aunque, al excitarse manifestaba una posible naturaleza masculina que bien pudo ser un clítoris desarrollado. No se pudo determinar con precisión el sexo y se estimó que habría impotencia para realizar el acto sexual, aunque se plantea en la sentencia la posibilidad de una inexistencia porque, en caso de ser mujer el presunto marido, habría una unión de personas del mismo sexo<sup>794</sup>. El juicio, iniciado en 1869, sólo concluyó en 1876. Entre los autores citados se encontraban Tomás Sánchez y su *De Sancto*

---

<sup>790</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. 417, caja 622.

<sup>791</sup> *Partidas*, 4, 8, 7.

<sup>792</sup> Había que practicar, de acuerdo al Derecho Canónico una serie de diligencias "*ut mulierem ipsam prudenter inspicirent, et perquirent diligenter utrum idonea esset ad viriles amplexus*".

<sup>793</sup> Inocencio III había declarado, frente a la situación de una mujer cuyo primer matrimonio había sido nulo por estrechez y, sin embargo, había sido exitoso en un segundo matrimonio, que "*si ab eo sit per iudicium Ecclesiae separata, et nubat alteri cui arcta non sit, et per frequentem usum secundi reddatur etiam apta primo, de talibus autem non est facile iudicandum; cum finale iudicium pendeat ex futuro*". Graciano, *Discordia...* causa 33, quaest. 4a., cap. 1, 2 y 3.

<sup>794</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. 332, caja 298.

*Matrimonii sacramento*, Pedro Murillo Velarde y su *Cursus iuris canonici, hispani et indici*<sup>795</sup>, Anacleto Reiffenstuel y su *Ius Canonikum Universum*, Benedicto XIV y sus *Quaestiones*<sup>796</sup> y las *Instituciones de Derecho Canónico Americano* de Justo Donoso. Entre autores médicos, son citados Pedro Mata y Churchill.

En lo relativo a la prueba en materia de impotencia, operaban el peritaje, la inspección personal, las declaraciones testimoniales y aun del atestado de los cónyuges. Según el *Decreto* de Graciano y las *Decretales* de Gregorio IX, en caso de contradicción en las declaraciones de los consortes, debía estarse a la palabra del marido *-in veritate viri consistat, quia vir caput es mulieris*<sup>797</sup> -.

14. *Edad*: el impedimento de edad es similar al de impotencia, toda vez que quien no es de edad competente para el matrimonio –14 años en el hombre y 12 en la mujer según la obra cumbre alfonsina<sup>798</sup>–, normalmente no puede realizar el acto conyugal. Sin embargo, no siempre es así, pues puede suceder que puedan realizarlo muchachos menores de 14 años y chicas de menos de 12, razón por la cual existía la excepción *nisi malitia suppleat aetatem* o como dice el rey sabio, “ca la sabiduría e el poder que tienen para esto fazer [ayuntarse carnalmente] cumple la mengua de la hedad”. Según los canonistas debían darse dos circunstancias en el caso de matrimonios de menores de las edades mínimas señaladas: aptitud para la generación y discreción suficiente como para poder apreciar tanto las obligaciones del matrimonio como la perpetuidad del vínculo<sup>799</sup>. Si se daban ambas, no se requería dispensa, mas sí en la situación contraria, la que correspondía al Sumo Pontífice y, urgentemente, al obispo<sup>800</sup>.

Entre los casos que nos presenta la práctica chilena, se encuentra uno de una muchacha de once años, obligada a casarse por imposición de una tía. Más que en el aspecto físico, la sentencia de nulidad se basó en la falta de consentimiento tanto por la edad como por la fuerza que se había ejercido sobre ella<sup>801</sup>. Otras dos ocurrencias en que se invocó la edad implicaron, en una el engaño acerca de ello de que se hizo víctima al párroco (no obstante lo cual el matrimonio fue declarado subsistente)<sup>802</sup> y la circunstancia de tener

---

<sup>795</sup> Lib. 4, tít. 15, no. 38, cap. 6 *De Frigidis* y cap. 4 y 14 *De Probationibus*.

<sup>796</sup> Benedicti XIV (olim cardinal Lambertini), *Quaestiones canonicae et morales*... Venetiis, 1767, 2 t. en un vol.

<sup>797</sup> González Vigil, *Defensa... Disertación 11a.*, p. 98.

<sup>798</sup> *Partidas*, 4, 1, 6.

<sup>799</sup> Donoso, *op. cit.*, 1861, t. II, p. 162.

<sup>800</sup> Disponía el III Concilio Mexicano en 4, 1, 6 que "*nullus Parochus, aut Sacerdos Secularis, sive Regularis, quemquam per verba de praesenti Matrimonio coniungat, qui non sit aetatis legitimae a iure statutae, cuius aetatis per librum Baptismi, aut per sufficientem probationem constare debeat, nec sponsalitiis similium Personarum, quae per verba de futuro fiunt, assistat nisi de Episcopi licentia. Si quis vero secus fecerit, Ordinarii arbitratu punietur*": Rodríguez de San Miguel, *Pandectas*... t. II, p. 433. Por su parte, el IV Concilio Mexicano de 1771 ordenaba se cumpliera con las normas que sobre edad había dispuesto el Concilio de Trento: Archivo de la Real Academia de la Historia, Colección Mata Linares, vol. LXXIX, fs. 693 y ss.

<sup>801</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. Cn 294, caja 595.

<sup>802</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. 621, caja 669 (1827).

el marido catorce años al contraer el vínculo (en que igualmente se desestimó la causal de nulidad)<sup>803</sup>.

Razones morales -impedir desórdenes sexuales en la juventud- y de interés social -aumento de la población- movieron a Felipe IV a disponer ciertos privilegios en favor de los que casaran antes de cumplir 18 años de edad, siendo de particular relevancia el que pudiesen administrar, "en entrando en los diez y ocho" sus bienes y los de su mujer<sup>804</sup>. Todos los casados, hasta los 25 años, en

"los quatro años siguientes al día en que uno se casare, sea libre de todas las cargas y oficios concejiles, cobranzas, huéspedes, soldados y otros, y los dos primeros destos quatro, de todos los pechos Reales y concejiles, y de la moneda forera (si acertare á caer en ellos)<sup>805</sup>".

Cesaba la exención, al tenor de la misma disposición, para los que teniendo 25 años estuviesen por casar, aunque estuviesen todavía bajo patria potestad.

15. *Rapto*<sup>806</sup>: se entiende por rapto de violencia "el acto de arrebatarse violentamente a una mujer de un lugar seguro a otro donde se la pone bajo el poder del raptor con el objeto de casarse con ella"<sup>807</sup>. Ya en el período postclásico del Derecho Romano hubo una posición general de las autoridades en contra de esta violencia de que habitualmente era víctima la mujer y desde Constantino se prohibió el matrimonio entre el raptor y la raptada:

*"Si quis puellam invitam rapuerint vel volentem abduxerit, patrociniū ex eius responsionem abduxerit, patrociniū ex eius responsioneans, nihil ei secundum ius vetus prosit puellae responsio"*<sup>808</sup>

En el derecho galo-visigodo, el *Código de Eurico*, de fines del siglo V, influido por la normativa romana, más elegante que la germánica consuetudinaria, nos muestra una reacción frente a lo que había sido una de sus prácticas ancestrales de matrimonio, la *Frauenraub* o rapto de la mujer<sup>809</sup>, prohibiéndose la unión de los los participantes<sup>810</sup>. En

---

<sup>803</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago exp. 912, caja 1322 (1852).

<sup>804</sup> *Rec. Cast.* 5, 1, 14, que devino *Nov. Rec.* 10, 2, 7.

<sup>805</sup> El servicio de moneda forera, que se pagaba cada siete años, fue suprimido por regla general por Luis I a 10 de enero de 1724: *Nov. Rec.* 6, 17, 10.

<sup>806</sup> Relata diversos casos Salinas, "La transgresión delictiva...", pp. 6-11.

<sup>807</sup> Donoso, *op. cit.*, 1861, t. II, p. 172.

<sup>808</sup> *C. Th.* 9, 24, 1.

<sup>809</sup> R. Huebner, "Germanic Law of the Family and Marriage" en: L. Krader, (ed.), *Anthropology and early Law*. New York: Basic Books, 1966, p. 136, quien afirma que se trata de una costumbre indoeuropea, fácilmente detectable en pueblos de la India, griegos, romanos, eslavos y otros. Tanto entre los germanos orientales como occidentales el matrimonio era conocido como *Brautlauf* o *Brautlaufst* en que "braut" hace referencia a la novia y "lauf" o "laufen" a correr, huir. Sobre la persistencia de estas prácticas vid. Joan Frigolet Reixach, "*Levarse la novia*". *Matrimonios consuetudinarios en Murcia y Andalucía*. Barcelona, 1986.

<sup>810</sup> A este respecto véase también lo que dice Álvaro D'Ors en su magnífica edición de *El Código de Eurico*. Edición, *palíngenesia, índices por ...* Roma-Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Delegación de Roma, 1960, pp. 140-143. Al inicio del capítulo, informa: "Con su rúbrica recibida de CTh 9,24, LV 3,3, de raptu virginum et viduarum, corresponde muy probablemente a un tit. De CE; la base Euricana es considerable".



cambio, en el *Fuero Viejo de Castilla*<sup>811</sup> se recoge una norma mucho más afín con las costumbres germánicas, pues producido el rapto, podía la mujer decidirse entre sus padres y su seductor a través de una prueba ordálica:

“[E]sto es Fuero de Castiella: Que si un Cavallero, o Escudero, o otro ome lieva una Dueña robada, e el padre, o la madre, o los ermanos, o los parientes se querellan, que la levó por fuerca, deve el Cauallero, o Escudero, o otro ome aducir la Dueña; e el atreguado, deven venir el padre, o los ermanos, o los parientes, e deven sacar fieles, e meter la Dueña en comedio del cauallero e de los parientes, e si la Dueña fuer al Cauallero, devela levar, e ser quito de la enemistat, e si la Dueña fuer a los parientes, e dijier que fue forçada, deve ser el cauallero o escudero enemigo dellos, e deve salir de la tierra, e si el rey lo pudier auer, deval justiciar”.

Las *Decretales*, entre otras disposiciones, contenían una que paladinamente permitía a la mujer robada casarse con el raptor:

*"rapta puella legitime contrahit cum raptore, si prior dissensio transeat postmodum in consensum: & quod ante displicuit, tandem incipiat complacere: dummodo ad contrahendum legitimae sint personae"*<sup>812</sup>.

Es disposición que dio pie para que quienes no pudiesen casarse por resistencia familiar u otras causas, pudiesen hacerlo imponiendo su voluntad en un medio en que el matrimonio normalmente era decidido en otras instancias. Una autora contemporánea dice no sin gracia que el joven deshonra a la novia para honrarla después<sup>813</sup>.

Muchos años después, el Concilio de Trento, consecuente con la valoración que asignaba al libre consentimiento de los contrayentes, reiteró la prohibición de matrimonio entre el raptor y la raptada mientras ella estuviera en esa condición. Cuando se garantizase la libertad de la mujer, lo que ocurría al encontrarse en lugar seguro y con plena posibilidad de dar a conocer su voluntad sin cortapisas, podría consentirse en unirla al raptor. Fue éste uno de los dos impedimentos dirimentes que el concilio incorporó<sup>814</sup>.

Este era un medio habitual de matrimonio entre los araucanos, si bien con el paso del tiempo llegó a ser meramente ritual. La novia sabía que iba a ser raptada y el acto se limitaba a un mero simulacro. Como resabio de estas antiguas costumbres aborígenes, subsistía “el abuso ordinario de sacar los hombres a las mujeres con quienes pretenden casarse de la casa de sus padres, o para presentarlas al párroco, muchas veces después de algunos días o para llevarlas a otra parroquia”, lo último por temor que se les impidiera por sus padres, amos, encomenderos, etc. el matrimonio.

Diversas normas se dictaron al respecto en el Sínodo de Concepción de 1744 (5.24) y Santiago de 1763 (8.8). Dispuso este último que los curas reprendieran a los hechores y los castigaran y que

---

<sup>811</sup> *Fuero Viejo de Castilla*, 2, 2, 1.

<sup>812</sup> *Decretales* 5, 17, cap. 7.

<sup>813</sup> V. Stolcke, *Marriage, Class and Colour in Nineteenth Century Cuba. A study of racial attitudes and sexual values in a slave society*, Cambridge: Cambridge University Press, 1974, p. 9. Esta obra fue traducida como *Racismo y sexualidad en la Cuba colonial*. Madrid: Alianza América, 1992.

<sup>814</sup> *Concilio de Trento*, Sesión 24: *De Reformatione Matrimonii*, cap. 6.

“si recelan se les impida el matrimonio, bastará ocurrir al párroco para que éste dé providencia a fin de conservar su libertad”

y que el párroco al que hubiesen acudido

“asegurando a la mujer, despache al varón para que en la parroquia donde debiera hacerse el casamiento, se hagan todas las diligencias previas a él; y practicadas, el párroco propio, sin perjuicio de todos sus derechos, dará facultad al otro donde se refugiaron para que los case y vele, y se le acudirá por las partes con la obvención acostumbrada de velaciones, sirviendo en parte de pena este coste duplicado”.

Seguía en esto el sínodo santiaguino el precedente del sínodo pencopolitano capítulo 5, constitución 24<sup>815</sup> donde, por la abundancia de araucanos, sería muy corriente la práctica del raptó<sup>816</sup>. En Nueva España existía la costumbre de sacar los indígenas a las novias de sus casas la noche anterior a la boda, lo que fue prohibido por el IV Concilio Mexicano<sup>817</sup>.

La Real Audiencia, al elaborar un reglamento sobre aplicación en Chile de la Pragmática sobre matrimonio de hijos de familia de 1776, pretendió incluir la situación que ocurría en el campo, de extraer de sus casas a las mujeres llevándolas a descampado, bajo pretexto de no consentir sus padres en el matrimonio<sup>818</sup>. Planteaba que se castigara al raptor y aun a la raptada, a menos que probara su inocencia. El Consejo de Indias rechazó esta norma por ya existir otras disposiciones al respecto<sup>819</sup>.

Para los casos de raptó y, en general, cuando hubiera existido amistad ilícita previa al matrimonio, se encargaba a los curas que exhortasen a la confesión a los contrayentes para que pudiesen celebrar el matrimonio con las disposiciones debidas, cumpliéndose con las recomendaciones del Tridentino y otros concilios como el Mexicano (L. 4 tit. 1 \*1) y *Sínodo Limense* (3 cap. 72)<sup>820</sup>. Así lo mandó el Sínodo Santiaguino de 1763 (título VIII, constitución IX). Se abría, además, expediente para la dispensa del impedimento respectivo, como puede verse en un expediente de 1794 en que Rafael Correa, lo pide en razón de haber sacado de su casa a Mercedes Martínez ante la negativa de su madre, Juan Ferraz, al matrimonio de ambos<sup>821</sup>.

Además del raptó de violencia algunos canonistas consideraban la existencia del de seducción, que se produciría cuando con dádivas, halagos, etc. se pretendía inducir a la mujer menor de edad y de buena conducta a seguir al raptor contra la expresa voluntad de los padres o de aquéllos de quien dependía. Produciría los mismos efectos que el de

---

<sup>815</sup> *Sínodos* 2, p. 172.

<sup>816</sup> Salinas, “El matrimonio según...”, cit., p. 510.

<sup>817</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid, Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 693 y ss. Para Cuba, puede consultarse Stolcke, *op. cit.*, p. 9, *passim*..

<sup>818</sup> Era, efectivamente, un sistema bastante habitual, que la justicia castigaba con severidad: por ejemplo, se condenó por ello a un mulato a cincuenta azotes en el rollo de la ciudad de Talca más destierro a Purén por tres años: Salinas y Corvalán, *op. cit.*, p. 18.

<sup>819</sup> Vial, “Aplicación...”, cit., p. 358.

<sup>820</sup> *Sínodos* 2, p. 173

<sup>821</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago N° 220 as. matr.

violencia<sup>822</sup>. Muchos opinaban lo contrario. Napoleón pidió para su hermano Jerónimo la nulidad de su matrimonio por raptó de seducción y falta de consentimiento de los padres. Al efecto, Pío VII por carta de 26 de junio de 1805 le expresó:

“La Iglesia, lejos de declarar nulos en cuanto al vínculo los matrimonios contraídos sin el consentimiento de los padres o tutores, aun cuando los vitupera, los ha declarado válidos en todos tiempos y sobre todo en el Concilio de Trento. Es igualmente contrario a las máximas de la Iglesia deducir la nulidad del matrimonio del raptó de seducción: el impedimento de raptó no tiene lugar sino cuando el matrimonio se ha contraído entre el raptor y la rapta, antes que ésta haya sido restituida en su plena libertad. Empero en el caso de que se trata no hay verdadero raptó, pues lo que se designa en la memoria con la expresión raptó de seducción significa lo mismo que el defecto de consentimiento de los padres, de donde se deduce la seducción del menor, lo cual no puede por consiguiente constituir un impedimento dirimente en cuanto al vínculo”<sup>823</sup>.

Había, eso sí, diferencias en cuanto a las exigencias para uno u otro tipo de raptó, pues en el de violencia no se requería diferencia de edad entre raptor y raptada, lo que sí era exigido en el de seducción: la mujer debía ser menor que su seductor<sup>824</sup>.

Según la opinión más común, citada por el canonista Donoso, sólo constituía impedimento el raptó de la mujer, mas no el del hombre porque la disposición debía ser interpretada y aplicada restrictivamente por ser penal y odiosa, como lo habían manifestado Agustín Barbosa, Manuel González Téllez, Tomás Sánchez, Basilio Ponce de León, etc.<sup>825</sup>

*5.4 Dispensas de impedimentos dirimentes:* en 1549, por la bula *licet debitum*, de Paulo III (1534-1549), se facultó a los jesuitas para dispensar impedimentos que no tuvieran atinencia con el 1er. Grado ni fueran prohibidos por derecho divino. Más tarde, en 1563, a través de breve de Pío IV (1559-1565) estas facultades fueron renovadas y volvieron a serlo por breve *provisioniis nostrae* de Gregorio XIII (1572-1585), en el cual se estableció, además, la necesidad de prorrogarlas cada veinte años. Los neófitos, o sea, los recién convertidos, naturales de ambas indias, oriental y occidental, por el referido privilegio<sup>826</sup> de Pío IV podían ser dispensados de los impedimentos de consanguinidad y afinidad, excepto el primer grado, Paulo V (1605-1621), a 10 de mayo de 1614 dio facultad al general de los jesuitas, Acquaviva, para dispensar en los matrimonios de indios neófitos en grados no prohibidos por derecho divino, continuando con lo que ya se había establecido con anterioridad<sup>827</sup>. En 1690, mediante bula *animarum saluti* de Alejandro VIII, se particularizaron las facultades de los religiosos y se concedieron también a los obispos de indias, situación que se amplió por Clemente XI (1700-1721) a los mestizos y mulatos con exclusión de los cuarterones<sup>828</sup> y puchueles<sup>829</sup>. Este último papa aclaró dudas sobre las

---

<sup>822</sup> Según Bouvier, *Tractatus de matrimonio* Cap. 4, art. 2 \*13 y Gousset, *Du mariage*, chap. 1, art. 2 \*5 citados por Donoso, *op. cit.*, 1861, t. II, p. 173, nota n.

<sup>823</sup> Cfr. Donoso, *op. cit.*, 1861, t. II, p. 173.

<sup>824</sup> González Vigil, *Defensa... Disertación undécima*, p. 171.

<sup>825</sup> Donoso, *op. cit.*, 1861, *ibidem*.

<sup>826</sup> Constituyen privilegio, ciertas normas eclesiásticas particulares o singulares dictadas u otorgadas para el bien de una persona, comunidad o cosa

<sup>827</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. XCVIII, fs. 255-256.

<sup>828</sup> Eran cuarterones los hijos de español y mestiza o mulata (o viceversa)

facultades de los Padres de la Compañía de Jesús respecto de los neófitos a través de breves dados en roma a 2 de abril de 1701<sup>830</sup> y 29 de igual mes y año<sup>831</sup> y las confirmó por breve dado en roma a 11 de junio del mismo año<sup>832</sup>. Por breve *in apostolicae* de Clemente XIV, de 1770, se concedieron nuevamente, siendo prorrogadas en 1816 por Pío VII en el breve *in supremo*. Entre las facultades solitas, otorgadas por la Santa Sede a los obispos americanos por término de diez años, y renovables por otros tantos, se encontraba: la de poder dispensar, en matrimonios de futuro, los que se contrajesen entre personas que se encontraran en 4º grado de consanguinidad o de afinidad (primos terceros)<sup>833</sup>; igualmente, podía dispensar los matrimonios entre personas que se encontraran en 3º grado de consanguinidad o afinidad (primos segundos); también, para matrimonios de futuro, podían dispensar el matrimonios entre quienes se encontraran en 2º grado mixto con 3º, tanto en consanguinidad como afinidad. Respecto de los matrimonios ya celebrados, podían dispensar los contraídos por personas que se hallaran en el 2º grado de consanguinidad o afinidad (primos hermanos) siempre que se convirtieran al catolicismo viniendo de la herejía o infidelidad. Dice al respecto Justo Donoso:

“...los obispos de América dispensan en virtud de las *sólitae*: 1º, en el 3º y 4º grado así de consanguinidad como de afinidad, y aun en el 3º mixto con 2º; y tratándose de matrimonio ya celebrado, aun en el 2º puro; pero sólo respecto de los que se convierten al catolicismo, de la herejía o infidelidad: 2º en el impedimento de honestidad pública, proveniente de esponsales válidos: 3º en el impedimento de crimen, *neutro tamen coniugum machinante*; 4º en el impedimento de cognación espiritual, *praeterquam inter levantem et levatum*”<sup>834</sup>.

Habiéndose producido abuso al pedir dispensas de neófitos quienes realmente no lo eran, obteniéndolas indebidamente, declaró el Sínodo de Santiago de Chile de 1763 “que los curas, cuando se les presentare alguna, concedida por el privilegio de neófitos o hicieren información para que se conceda en el fuero externo, averigüen con exactitud la naturaleza de los padres y abuelos del dispensado; para que pueda constar si es mestizo o puchuelo, de quien sólo un bisabuelo tiene la sangre de indio o negro”<sup>835</sup>. El mismo Sínodo se refirió al privilegio de los indios de casarse en tercer y cuarto grado de consanguinidad o afinidad:

“Los concilios limenses, segundo y tercero<sup>836</sup>, expresan, por Breve de Paulo II está concedido a los indios que puedan casarse aunque sean parientes en tercero o cuarto grado de consanguinidad o

<sup>829</sup> Puchueles o puchuelos eran los hijos de español y cuarterona (o viceversa). Breve *Alias pro parte* de 29 de abril de 1701, conservado en el Archivo Episcopal.

<sup>830</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. CI, fs. 37-40. Esta disposición extiende las facultades aun a los no neófitos.

<sup>831</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. CI, fs. 41-44,

<sup>832</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. CI, fs. 51-54.

<sup>833</sup> H. Hanisch Espíndola, “Pedro Murillo Velarde S.J. canonista del siglo XVIII. Vida y obras” en: *Revista Chilena de Historia del Derecho* N° 12, p. 65 (Santiago, 1986).

<sup>834</sup> Donoso, *op. cit.*, 1861, t. II, p. 188, N° 14.

<sup>835</sup> Título IX, constitución IV en *Sínodos* 2, p. 232.

<sup>836</sup> 2º Concilio Limense Part. 2. Cap. 69 y 3º Concilio Limense Tert. infine, *Privilegia Indorum*.

afinidad, el cual privilegio harán observar los curas: y en cuanto a los mestizos o mulatos, guardarán la costumbre que hay, de que pidan dispensa”<sup>837</sup>.

Respecto del concepto de neófito hubo algunas variaciones a través del tiempo. Gregorio XIII en una constitución de 21 de septiembre de 1585 había dispuesto que los mestizos debían ser considerados neófitos, pudiendo, por tanto, acogerse a los privilegios que se habían otorgado. Así se observó hasta 1698 en que el estricto Antonio Pignatelli, Inocencio XII, determinó que en concepto de neófitos debían ser excluidos los cuarterones, criterio que, como se ha visto, fue seguido con posterioridad<sup>838</sup>.

Las peticiones de dispensa debían someterse a una tramitación estricta, toda vez que se trataba de situaciones excepcionales que había que probar fehacientemente. La constitución sexta del título VIII del Sínodo de 1763 distinguía entre peticiones de dispensa en el fuero externo o en el interno y señaló que:

“Como la benignidad de la Santa Sede atendiendo a las distancias de estas partes, concede a los obispos de Indias facultad para dispensar en algunos impedimentos del matrimonio, así en el fuero externo cuando son públicos, como en el interno para los ocultos, ha parecido a esta Sínodo, a fin de evitar cualquiera vicio de la dispensa, por omisión en expresar lo que para su valor es necesario, que en el pedimento para las dispensas de fuero externo, se especifiquen todos los impedimentos públicos que tengan los oradores; y en los de consanguinidad o afinidad, el grado puro o mixto de la línea transversal en que se hallan, principalmente, cuando la mixtura es con primer grado; como también en los propios y en los de cognación legal o espiritual, si se alega por causa la cópula y difamación ocasionada por ella, se exprese igualmente si se tuvo por fragilidad o con el fin de evitar por ese medio la dispensa; y que lo expresado con las causas para ella, se justifique de manera que pueda despacharse; pero cuando se solicita para fuero interno, se hará proporcionalmente el mismo informe; y el de que sea oculto el impedimento sin que sea necesaria justificación distinta de lo que las partes informaron, ni tampoco expresión de sus nombres”<sup>839</sup>.

El canonista chileno Justo Donoso aconsejaba a los párrocos que, para evitar defectos en las solicitudes de dispensa, especificaran la especie de impedimento, pues si se dijese que el parentesco era de consanguinidad siéndolo de afinidad o, viceversa, la dispensa sería nula<sup>840</sup>. También se debía hacer presente el número de impedimentos, señalándose sólo los públicos, debiendo de hacerse presente los ocultos en esuela separada. Era menester indicar si los parentescos por consanguinidad o afinidad eran simples o si afectaban a ambos contrayentes. Se hacía necesario, además, mencionar la línea y el grado de consanguinidad o afinidad,

"previniéndose que si el parentezco es en línea trasversal desigual, aunque para calificar el grado se atiende a la persona que mas dista del tronco; hase de espresar, sin embargo en la peticion de dispensa el grado en que la otra dista del mismo tronco, v. g. "Son consanguíneos en tercer grado misto con segundo, o en cuarto misto con tercero, &c." y nótese que sería nula la dispensa si siendo v.g. parientes en tercer grado, se dijese que lo eran en cuarto; mas no lo sería, si al contrario se espresase que lo eran en tercero, siéndolo en cuarto; porque lo mas incluye lo menos”<sup>841</sup>.

---

<sup>837</sup> *Sínodos 2*, pp. 232-233.

<sup>838</sup> Y así siguió hasta la constitución *Trans Oceanum* de 18 de abril de 1867.

<sup>839</sup> *Sínodos 2*, pp. 170-171.

<sup>840</sup> J. Donoso, *Manual del Párroco Americano o Instrucción teológica canónico-legal, dirigida al párroco americano, y particularmente al chileno sobre sus derechos, facultades y deberes, y cuanto concierne al cabal desempeño del ministerio parroquial* Santiago: Imprenta del Progreso, 1844, p. 279.

<sup>841</sup> *Ibidem*, p. 280.

Más allá de las sólitas, Carlos III pidió en 1770 a Clemente XIV facultades vicenales (que se otorgarían cada 20 años) para los obispos americanos, de mayor amplitud que las que hasta entonces regían. Tratábase de licencia para dispensar, por ejemplo, en 2o. grado de consanguinidad colateral, sin necesidad de que proviniesen los solicitantes de herejía o infidelidad ni de que ya se hubiese celebrado el matrimonio. Justo Donoso recuerda que en una nota a la *Nov. Rec.* 10, 2, 21 sobre observancia en España de un Breve de 28 de junio de 1780 se leía lo siguiente:

“Por Breve de Clemente XIV. expedido en 27 de Marzo de 1770, se concedió á los RR. Arzobispos y Obispos de los reynos de Indias indulto por tiempo de 20 años, para dispensar acerca de los matrimonios ya contraidos y los que se hubieren de contraer entre parientes de cualquier grado de consanguinidad y afinidad. Por otro Breve de 23 de Julio de 1778 el Papa Pio VI. amplió por diez años á dichos Prelados la facultad de dispensar en tercero y segundo grado de afinidad con atingencia del primero, solo en la línea transversal. Y por otro Breve de 8 de Septiembre de 1789, inserto en cédula del Consejo de Indias de 15 de agosto de 1790 para su observancia y cumplimiento en los reynos de América é islas Filipinas, se concedió indulto a los mismos prelados por espacio de 20 años contados desde el día en que expirase el citado de Clemente XIV., para que puedan dispensar en ambos fueros con fieles cristianos residentes en sus respectivas diócesis, a efecto de que aunque sean parientes ó tengan atingencia entre sí en cualquier grados de consanguinidad y afinidad en la línea transversal, puedan contraer matrimonio o permanecer en él, si estuvieren ya casados, aunque lo hayan contraído con noticia del impedimento; pero renovando en este caso su mutuo consentimiento en presencia del párroco y del competente número de testigos; y para declarar legítima la prole que hubieren tenido de semejantes matrimonios”<sup>842</sup>.

Manténía, pues, el impedimento en el 1<sup>er</sup> grado de consanguinidad –hermanos– y en el 1<sup>o</sup> de afinidad –cuñados–, si bien en este último podría dirimirse el impedimento si procediese de cópula ilícita y pudiera probarse que ninguno de los contrayentes hubiese sido procreado por el otro”<sup>843</sup>. Facultaban también a los Prelados para absolver a los que, con conocimiento del impedimento, hubiesen contraído penas y censuras eclesiásticas y para declarar legítima la sucesión desde entonces habida<sup>844</sup>.

¿De dónde este interés de Carlos III? Por una parte, se debía a la realidad americana en que, siendo tan grandes las distancias, la posibilidad de solicitar dispensas a Roma se tornaba imposible. Por otra, hay que considerar que la Compañía de Jesús ya había detentado facultades vicenales por concesión de Pío IV, a contar de 15 de junio de 1563, las que habían sido confirmadas por Gregorio XIII. Ellas también habían operado en favor de los obispos indios y en 1701 habían sido nuevamente confirmadas por Clemente XI. Eran perpetuas sólo en el fuero interno y en cuanto al externo, temporales por hasta veinte años y renovables si se solicitaban. Como se ha visto, los llamados “privilegios de Indias” permitían la dispensa al neófito y mestizo para contraer matrimonio entre sí o perseverar en el ya contraído “en cualquier o cualesquier grados de consanguinidad y afinidad no prohibidos por derecho divino o en otros que de otro modo se tocaren”, mas no autorizaba el matrimonio de 2<sup>o</sup> mixto con 1<sup>o</sup>, o sea, matrimonios entre tíos y sobrinas<sup>845</sup>. La

---

<sup>842</sup> Donoso, *op. cit.*, 1861, Lib. 3<sup>o</sup>, Cap. X, N<sup>o</sup> 14, nota m. Transcribo en el texto el contenido original de la nota a *Nov. Rec.* 10, 2, 21.

<sup>843</sup> R. M. Martínez de Codes, “Las dispensas matrimoniales y su problemática en los últimos años del dominio español en Indias” en: *IX Congreso del Instituto Internacional de Historia de Derecho Indiano Madrid, 5 a 10 de febrero de 1990*, t. II, pp. 489 y ss., donde trata este espinoso tema con gran claridad. La importancia de la investigación de este asunto había sido insinuada por R. I. Peña, en *Notas...*, p. 327.

<sup>844</sup> Martínez de Codes, *op. cit.*, p.491 en nota.

<sup>845</sup> *Ibid.*, p. 492.

Compañía de Jesús se preocupó por hacer renovar este privilegio, no ocurriendo lo mismo con los obispos a contar de 1768<sup>846</sup>.

Al producirse la invasión napoleónica de España y comenzar el proceso de emancipación, pasó desapercibido en Indias que el papa Pío VI hubiera prorrogado por veinte años las facultades vicenales a contar de 27 de marzo de 1790 y que Pío VII las hubiera renovado, con efectos retroactivos, en 1816, a petición de Fernando VII, tomando en cuenta las anormales vicisitudes que se habían vivido tanto por la Santa Sede como por Fernando VII, cautivos ambos de la férula bonapartista<sup>847</sup>. Ignorantes de ello, algunos vicarios capitulares y provisores continuaron otorgando dispensas amparados, algunos, como el deán Funes, en la doctrina de que la dificultad de dirigirse a la Santa Sede les daría estas facultades. Otros pensaban que actuaban por voluntad tácita del Papa y sujetos a su ratificación<sup>848</sup>. Digo de algunos porque otros conocían la concesión de Pío VI: concretamente, los obispos reunidos en el IV Concilio de México de 1771 hacen referencia a la concesión por 20 años que Pío VI había hecho de la autorización para dispensar impedimentos de consanguinidad y afinidad lícita excepto el 1<sup>er</sup> grado y el 2<sup>o</sup> lícito que toque con el 1<sup>or</sup>.

El tema de las dispensas matrimoniales produjo, además, conflictos bastante agudos en Chile hacia 1808, cuando el vicario capitular de Santiago, José Santiago Rodríguez Zorrilla, que presidía el obispado por muerte del titular, Francisco José de Marán, pretendió intervenir en ello. Frente a su actitud, el Cabildo eclesiástico hizo presente que a él le correspondía su conocimiento en atención a una delegación de facultades que le había hecho el referido anterior obispo. La no intervención del Cabildo acarrearía la nulidad de diversas dispensas que se habían otorgado y que afectaban a conspicuas personalidades como los matrimonios de Isidoro Errázuriz y Aldunate con Antonia de Salas, hija de Manuel de Salas y nieta de José Perfecto de Salas o el de Ramón Ovalle con una cuñada suya. A consecuencia de ello hubo oficios descalificadores entre las dignidades eclesiásticas. Los recursos ante el Presidente y la Real Audiencia culminaron habitualmente en resoluciones favorables al vicario capitular. Detrás de estas incidencias se encontraban diversas apetencias de poder que motivaron no sólo este choque sino cantidad de otros sobre las materias más diversas<sup>849</sup>. No eran, pues, los fundamentos jurídicos los relevantes sino las odiosidades personales.

Entre tanto, mediante rescripto, la Santa Sede autorizó en 1826 a los obispos de Filipinas para determinadas dispensas, lo que se hizo extensivo a América, si bien fue desconocido también por los obispos de estas tierras. De ello vino a enterarse la Santa Sede cuando los vicarios de Buenos Aires, Córdoba y Santiago pidieron autorización para dispensar en impedimentos de segundo grado de afinidad y consanguinidad con atingencias al 1<sup>o</sup> (primos políticos y tío y sobrina). Se ordenó al Nuncio en Río que comunicara las prórrogas de Pío VI, Pío VII y León XII, pero ahora obraría la prórroga por cierto número

---

<sup>846</sup> *Ibid.*, pp. 491 y 492, n.7.

<sup>847</sup> Martínez de Codes, *op. cit.*, p. 493 n. 10.

<sup>848</sup> Martínez de Codes, *op. cit.*, pp. 497 y 498.

<sup>849</sup> D. Amunátegui Solar, "El deán Recabarren" en *Estudios... cit.*, p. 125; J. Retamal Favereau, "El Cabildo Eclesiástico de Santiago en los Prolegómenos de la Independencia de Chile" en *Historia* no. 6. Santiago:1967, p. 298; B. Bravo Lira, "José Santiago Rodríguez Zorrilla 1752-1815-1832" en *Episcopologio...* t. 3o., pp. 200-201.

de casos, lo que permitiría “someter a revisiones futuras las facultades concedidas, para recortarlas o recuperarlas según indicasen las circunstancias”<sup>850</sup>.

Ya se ha citado más arriba el concepto que el obispo de La Serena Justo Donoso tenía respecto de las amplias facultades de que estaban investidos los ordinarios americanos quienes no sólo podían dispensar en 2o. grado de consanguinidad mixto con primero y en el primero de afinidad en línea colateral sino que también en todo impedimento que solía dispensar la Santa Sede. Recuerda al efecto que

“Por breve de Clemente XIV expedido en 27 de marzo de 1770, se concedió a los RR. Arzobispos y obispos de los reinos de Indias indulto por tiempo de 20 años, para dispensar acerca de los matrimonios ya contraídos y los que se hubieren de contraer entre parientes de cualquier grado de consanguinidad o afinidad... Y por otro breve de 3 de septiembre de 1789, inserto en cédula del Consejo de Indias de 15 de agosto de 1790, se concedió indulto a los mismos Prelados por espacio de veinte años desde el día en que expirase el citado de Clemente XIV, para que puedan dispensar en ambos fueros con fieles cristianos residentes en sus respectivas diócesis, a efecto de que aunque sean parientes, o tengan atingencia entre sí en cualquiera grados de consanguinidad y afinidad en la línea transversal, puedan contraer matrimonio o permanecer en él, si ya estuvieren casados, aunque lo hayan contraído con noticia del impedimento; pero renovando en este caso su mutuo consentimiento en presencia del párroco y del competente número de testigos; y para declarar legítima la prole que hubieren tenido de semejantes matrimonios”.

Más tarde, y con la experiencia acumulada, Pío IX limitó las concesiones disponiendo que donde ya había representantes de la Santa Sede, habría que recurrir a ellos para alcanzar las dispensas.

“Las restantes concesiones de las vicinales se mantuvieron vigentes, acortando su uso a diez años como las solitas, pasando a conocimiento de los obispos en el momento de su institución canónica”<sup>851</sup>.

Al restablecerse la Nunciatura en Río en 1830, se dieron al Nuncio amplias facultades, de las que debía hacer uso parsimonioso, de modo que notaran los fieles americanos “la necesidad de recurrir a la Silla Apostólica y evitarse posible roces con los obispos americanos”<sup>852</sup>. “Roma jugaba con ventaja: nombraba Delegados Apostólicos para la América Meridional con facultades amplísimas, que apenas debían ser usadas para evitar interferencias en el ejercicio de los poderes extraordinarios de los Prelados americanos y roces con los gobiernos de turno. Pero simultáneamente, les encomendaba la delicada tarea de sugerir a éstos la necesidad del recurso a la Santa Sede”<sup>853</sup>.

## 6. El divorcio

6.1 *Antecedentes*: Basada en los dichos de Cristo de que los cónyuges “ya no son dos, sino una sola carne; lo que Dios unió, el hombre no lo puede separar”<sup>854</sup> y en Pablo: “que la mujer no se aparte de su marido, y si se aparta que quede sin nuevo matrimonio o se

---

<sup>850</sup> *Ibid.*, pp. 501 y 502.

<sup>851</sup> Martínez de Codes, *op. cit.*, p. 502.

<sup>852</sup> *Ibid.*, p. 503.

<sup>853</sup> *Ibid.*, p. 504.

<sup>854</sup> Mateo, 19, 16.



reconcilie con su marido; y el varón no repudie a su mujer”<sup>855</sup>, la Iglesia Católica sostuvo la indisolubilidad del matrimonio.

En ello se mostró contraria a unas prácticas largamente vividas por la humanidad e incluso por el judaísmo. En Roma, fuera de la muerte de uno de los cónyuges o su caída en *capitis deminutio maxima*, el matrimonio podía romperse a través del divorcio. Sus causales eran originalmente amplísimas, pues bastaba con la desaparición de la *maritalis affectio*<sup>856</sup>. Tal repudio, que en el período clásico podía ser de iniciativa de cualquiera de los cónyuges, debía ser comunicado oralmente o por escrito. Una de las pocas cortapisas que tenía el marido que provocaba el divorcio sin razones justas era la de restituir la dote recibida. Con la *Lex Iulia de adulteriis coercendi* se exigió que se notificase al otro cónyuge por medio de un liberto y siete testigos ciudadanos romanos. Las causales fueron restringidas por Constantino en 331, quien sólo permitió el divorcio unilateral respecto de marido homicida, envenenador o violador de sepulcros y respecto de mujer bruja, adúltera o alcahueta. En 421 Constantino disminuyó las causales y Honorio las abolió casi totalmente. En 449 Teodosio y Valentiniano fijaron las causas de repudio y dispusieron pena para los que repudiaran sin justificación. Justiniano tuvo dos posiciones al respecto: en un comienzo, año 533, fue abierto en materia de divorcio, añadiendo causas de repudio; pero en 540 cambió de opinión por medio de la Novela 117 y sólo permitió el divorcio en ciertas causas de gravedad. Al efecto se distinguieron cuatro clases de divorcio:

- a) *Commune consensu*, por mutuo consentimiento, prohibido por Justiniano y restablecido por Justino en 556;
- b) *Repudio por culpa del otro cónyuge*: por ejemplo cuando hubiese complotado contra el emperador, incurrido en adulterio o adquirido la mujer malas costumbres, *v. gr.*, ir a los baños con hombres o acudir a banquetes o asistir a espectáculos sin autorización del marido;
- c) *Repudio sin causa*, considerado válido, pero ilícito por lo que era castigado el que lo perpetraba y
- d) Divorcio *bona gratia* que procedía en casos de impotencia incurable, voto de castidad o cautiverio en guerra<sup>857</sup>.

Mucho costó a la Iglesia que se aceptara su posición antidivorcista. En el siglo IX se prohibió insistentemente en la prohibición de contraer nuevo matrimonio al que se hubiese separado de su mujer y Carlomagno reafirmó con disposición civil la norma canónica prohibitiva de nuevo connubio. En el derecho español, los visigodos habían acogido en el *Liber Iudicum* normas contrarias al divorcio, admitiéndolo sólo respecto de mujer adúltera y de marido sodomita o inductor a adulterio<sup>858</sup>. Posteriormente, el *Fuero Real* determinó “que ninguno sea osado de casar, seyendo su mujer viva”<sup>859</sup> aunque no hubiera habido bendiciones ni hubiesen vivido juntos y lo mismo se aplicaba a la mujer. Regulaban el

---

<sup>855</sup> *Epístola a los Corintios*, 7, 10 y 11.

<sup>856</sup> T. Giménez-Candela, *Derecho Privado Romano* Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 235.

<sup>857</sup> E. Lozano Corbi, “Estudio sobre el instituto del divorcio en Roma”, en: *Revista de Derecho*, Vol. VI, N° 6, pp. 19-27. Concepción: Universidad Católica de la Santísima Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1998.

<sup>858</sup> *Liber Iudicum*, 3, 6, 2.

<sup>859</sup> *Fuero Real*, 3, 1, 8.

divorcio las *Partidas* en el título 10 del libro 4º y sus ocho leyes que tratan “de el departimiento de los matrimonios”<sup>860</sup>. El texto alfonsino consideraba el matrimonio como totalmente indisoluble, pues “despues que es fecho entre alguno como deve non se puede desatar que matrimonio non sea; maguer que alguno dellos se faga hereje o judío o moro o fiziese adulterio”<sup>861</sup>. Sólo admitía el divorcio por causa de entrada en religión –o sea, ingreso en alguna orden religiosa– (de que se habla más abajo) y por adulterio, pero ninguno de ellos habilitaba para contraer nuevo vínculo.

Admitía, sí, el privilegio paulino refiriéndolo al matrimonio entre cristianos y moros o judíos:

“[S]i algunos que fuessen moros, o judios seyendo ya casados segund su ley, se fiziesse alguno dellos christiano, e el otro queriendo fincar en su ley non quisiere morar con el, o si quisiesse morar con el, denostasse, antel muchas vezes a Dios, e a nuestra fe: o se trauasse con el cada dia, que dexasse la fe de los christianos, e se tornasse a aquella que auia dexado. Ca por qualquier destas tres razones el christiano o la christiana puedese partir del otro, non demandando licencia a ninguno: e puede casar con otro o con otra, si quisiere...”<sup>862</sup>.

Este privilegio tendrá una importancia bastante grande en la regulación del tránsito de los indios desde la gentilidad a la fe cristiana, como se verá en seguida.

Concebido el matrimonio en muchos grupos indígenas como un contrato de contenido económico, el divorcio resultaba fácilmente admitido. Entre los mapuches, por ejemplo, la mujer en caso de incurrir en adulterio era devuelta a casa de sus padres o se la vendía a otro para recuperar el precio. Este debía ser pagado por el nuevo marido al desechado cuando la mujer lo abandonaba por otro<sup>863</sup>.

6.2 *Definición y clasificación*: Llámase divorcio a la legítima separación de los cónyuges<sup>864</sup>. El efecto normal del matrimonio es el de la vida común indisoluble entre marido y mujer, pero la indisolubilidad podía interpretarse en sentido estricto, esto es, en cuanto al vínculo y en sentido lato, o sea, en cuanto al lecho y cohabitación. De ahí que se considerasen tres clases de divorcio:

a) *Quoad vinculum*, que corresponde generalmente a la declaración de nulidad del matrimonio y a situaciones excepcionales como el privilegio paulino y otras relacionadas con matrimonios ratos;

b) *Quoad thorum et mensam*, que implica sólo separación de lecho, pero continuaban viviendo juntos y

---

<sup>860</sup> E. Martínez Marcos, "Fuentes de la doctrina canónica de la 4a. Partida" en *Revista Española de Derecho Canónico* no. 18 (1963), pp. 897-926 y *Las causas matrimoniales en las Partidas de Alfonso X el Sabio*. Salamanca: 1966.

<sup>861</sup> *Partidas*, 4, 2, 7.

<sup>862</sup> *Partidas*, 4, 10, 3.

<sup>863</sup> Zapater, *op. cit.*, p. 49, quien cita al jesuita Diego de Rosales.

<sup>864</sup> Donoso, *Diccionario...*t. I, p. 97. Para Nueva España puede consultarse S. Ortega (ed.), *De la santidad a la perversión. O de por qué no se cumplía la ley de Dios en la sociedad novohispana*. México, Grijalbo, 1985; para Lima, Lavallé, *op. cit.*, pp. 427-464. Para Argentina, P. Grenon, "Nuestros divorcios históricos" en *Historia* no. 11, Buenos Aires, 1958.

c) *Quoad thorum et cohabitationem*, al que propiamente se denominaba divorcio, que suponía separación de lecho y de habitación, situación que podía ser, a su vez, perpetua o temporal<sup>865</sup>.

a) Divorcio *quoad vinculum*

Por el primero el tribunal eclesiástico declaraba que el vínculo nunca había existido en razón de haber sido contraído bajo el efecto de algún impedimento dirimente<sup>866</sup> o, en casos excepcionales, se disolvía el vínculo en razón de determinadas circunstancias. Estas excepcionales situaciones eran:

1. La conversión a la fe de uno de los cónyuges infieles, situación conocida con el nombre del *privilegio paulino* por basarse en la autoridad de San Pablo y que fuera declarado por Inocencio III. Si, casados dos infieles, uno de ellos se hacía cristiano, le era lícito repudiar a su cónyuge infiel por no querer éste continuar con él o por posibilidad de ofensa de la religión o inducción a grave pecado. Era necesario, previamente interpelar jurídicamente al infiel para que se convirtiera o bien, aunque no lo hiciera, para que se comprometiera a seguir viviendo con el cristiano sin injuria de la religión o intento de apartarlo de ella. En caso que ello no fuera posible, había que pedir dispensa al Papa según lo declaró Benedicto XIV. El matrimonio con el infiel sólo se disolvía cuando el cristiano contrajese nuevo matrimonio. Por ende, si en el tiempo intermedio, el infiel se convertía, no se habría producido la disolución apuntada<sup>867</sup>.

El privilegio paulino ha de contarse, pues, entre los privilegios otorgados por la Santa Sede en favor de los naturales de las Indias. Ello aparece en el 2º Concilio Limense const. 37<sup>868</sup> y en el 3º Mexicano, lib. 4, tít. 1 \*13. La constitución 38 del citado limense consideró írritos los matrimonios dentro del primer grado, pero los contraídos dentro del 2º y 3º debían ser convalidados al producirse el bautismo de los cónyuges indios. También en ese concilio se exigió que la interpelación al cónyuge no católico se hiciese ante notario y testigos, reiterándose en siete oportunidades a lo largo de seis meses. Pío V por letra apostólica de 2 de agosto de 1571 concedió a los indios conversos que en su infidelidad tenían muchas mujeres, pudiesen retener como legítima a aquella que con el mismo se convirtiera a la fe y fuera bautizada, aunque no fuera ésta la primera con que vivieron:

*"Pius V concedit quod Indi ad fidem conversi qui in sua infidelitate plures habebant uxores, eam pro legitima retineant, et cum ea contrahant, quae simul cum ipsis ad fidem conversa et baptizata fuerit, quamvis non fuerit prima uxor earum"*

---

<sup>865</sup> Errázuriz, *op. cit.*, p. 231, N° 577. Nadie, en principio, podía, por propia iniciativa, separarse de su cónyuge. Por ello, el 3er. Concilio de Quito castigó a los indios que se apartasen de sus mujeres sin autorización eclesiástica. Si se trataba de indio del común, el castigo consistía la primera vez en cincuenta azotes en público y declarar su pecado por medio de un pregonero; la segunda, cincuenta azotes y trasquilamiento; la tercera, cincuenta azotes, trasquilamiento y servicio en un hospital o iglesia por un año. Si el indio fuese cacique o principal, la primera vez, un mes de cárcel y seis pesos de multa; la segunda, la pena doblada; la tercera, un año de destierro de su comunidad. Si aun perseverase, se debía dar cuenta al obispo para que aplicara las penas que estimara convenientes: Botero, *op. cit.*, p. 80.

<sup>866</sup> Al tratar de los diversos impedimentos dirimientes he hecho mención de casos de divorcio producidos invocándolos por lo que me remito a ello: véase lo explicado respecto de los de error; condición servil; voto; parentesco; crimen; disparidad de culto; fuerza; orden; ligamen; honestidad pública; demencia; clandestinidad; impotencia; edad y rapto. De mucho interés por lo que toca a historia social y de las mentalidades es el estudio de Lavallé, *op. cit.* donde, basado en 927 expedientes de divorcio y 605 de nulidad de matrimonio, analiza su incidencia en la vida familiar limeña.

<sup>867</sup> Donoso, *op. cit.*, 1861, t. II, p.

<sup>868</sup> Vargas Ugarte, *Historia...*, t. I, pp. 52-54.

*ad huc viventium, quas in infidelitate duxerint, et quod eiusmodi matrimonium absque nullo scrupulo habeatur pro legitimo*<sup>869</sup>.

Lo notable del privilegio es que, de acuerdo al Derecho Natural, sólo la primera mujer era legítima y, si ella se convertía junto con el marido, no era necesario nuevo matrimonio; distinto era el caso de que eligiera a otra, en cuya ocurrencia era preciso matrimonio ante el párroco y testigos<sup>870</sup>. En el Sínodo de Santiago de 1626 se tomaron en consideración diversas situaciones relacionadas con el privilegio paulino. Eran ellas las de si se había producido bautismo, condicional o no, de los indígenas y si el connubio hubiese tenido lugar *in facie ecclesiae*, o no. Si un indio casado *in facie ecclesiae* era bautizado *sub conditione*, debía revalidar el matrimonio en presencia del párroco. En caso que los indios estuviese casados a su usanza y luego se bautizaran podían darse dos circunstancias: a) que se bautizara uno de ellos sin condicionamiento y no fuera necesario bautizar al otro ni siquiera *sub conditione*, situación en que había que hacerles presente que estaban libres de vínculo y que podían dejar de estar casados, pero que era conveniente que consintiesen nuevamente en el matrimonio y b) que el bautismo de uno de los cónyuges fuera condicionado y no hubiera que bautizar al otro o que el bautismo de ambos fuera *sub conditione*: en tal caso no podían ser considerados libres del vínculo, aunque no quisieren persistir en él y se les solicitaba que consintiesen nuevamente<sup>871</sup>;

2. La profesión solemne en religión aprobada cuando se trata de matrimonio rato. Al efecto, se otorgaba a los cónyuges un bimestre para deliberación. La disolución del matrimonio se producía por la profesión solemne del otro y mientras así no ocurriera, debía considerarse subsistente el vínculo<sup>872</sup> y

3. Dispensa del Sumo Pontífice respecto del matrimonio rato, aunque muchos le negaban esta facultad. Al tratar de los temas de probabilismo, probabiliorismo, antiprobabilismo y las escuelas de pensamiento ético el moralista Hermenegildo Vilaplana, hacía referencia a que en diversas oportunidades los Papas habían dispensado el matrimonio rato, siendo más probable la opinión de que se lo considerara indisoluble por derecho divino<sup>873</sup>. De esta última opinión eran Santo Tomás de Aquino, Anacleto Reiffenstuel, San Buenaventura, el sutil Scoto, Soto, Pedro de Ledesma, San Alfonso María de Liguorio, y mucho más, quienes, siguiendo a Buenaventura estimaban que así como el matrimonio consumado no se podía disolver sino por muerte corporal, el rato no podía serlo sino por muerte espiritual como ocurría con la profesión religiosa o el voto solemne de castidad. Siguiendo tal doctrina, Inocencio III había declarado expresamente que no

---

<sup>869</sup> Cap. *Quanto* 7 de Divortiis, Cfr. Donoso, *op. cit.*, 1861, t. II, pp. 184-185.

<sup>870</sup> Donoso, *op. cit.*, 1861, t. II, p. 185.

<sup>871</sup> Salinas, "El matrimonio...", pp. 515 y 516.

<sup>872</sup> Donoso 1861, t. II, p. 186.

<sup>873</sup> H. Vilaplana, *Centinela domático-moral con oportunos avisos al confessor, y penitente. Vigilias apostólicas en que Daniel, y Maximino, Sacerdotes Misioneros, proponen, y resuelven algunas dudas, especialmente sobre el uso de las Opiniones, Tratos, y Contratos. Su Author el P. Fr. [...], Predicador Apostolico del Colegio de la Santissima Cruz de Queretaro, Ex-Lector de Sagrada Theologia, Calificador del Santo Oficio, Chronista General de todos los Colegios de Menores Observantes de esta Nueva España, y de la Seraphica Provincia de San Pedro, y San Pablo de Michoacan, y Padre de nuestra Señora de Guadalupe de Zacatecas. Tomo Primero, que dedican los Colegios de la Santissima Cruz de Queretaro, y del Sr. S. Fernando de México, a D. Antonio de Lanzagorta, Caballero del Orden de Calatrava en la Villa de San Miguel el Grande. México: en la Imprenta de la Bibliotheca Mexicana en el Puente del Espiritu Santo, 1767, Vigilia 9, no. 4, pp. 45-46.*

podía dispensar en matrimonio rato y en un texto señaló sin dejar lugar a dudas que no se podía disolver sino por divina revelación<sup>874</sup>. Sin embargo de ser esta postura la más probable, Gregorio VII, Adrián IV, Martín V, Eugenio IV, Paulo III, Julio III, Pío IV, San Pío V, Gregorio XIII, Clemente VIII, Paulo V, Urbano VIII, Inocencio X y, en 1720 Clemente XI habían dispensado en tal matrimonio rato<sup>875</sup>. De ello concluía Vilaplana que, si los propios Papas habían dado el ejemplo de recurrir a la opinión menos probable y menos segura en casos dudosos, también podrían hacerlo los demás cristianos. El chileno Justo Donoso, que reconocía la facultad papal<sup>876</sup>, decía al respecto:

“la disolución del matrimonio rato, por dispensa del Sumo Pontífice, es una cuestión gravísima acerca de la cual están divididos tanto los teólogos como los canonistas, lidiando en gran número por una i otra parte, con armas más o menos poderosas. Los que atribuyen esta facultad al Sumo Pontífice aducen, en su apoyo, el uso que de ella hicieron pontífices dignos de la mayor veneración, tales como Martino V, Eugenio IV, Pablo III, Pío IV, Gregorio XIII, Clemente VIII, Urbano VIII, etc. Los que se la niegan insisten en la indisolubilidad del matrimonio rato, por derecho divino; i si bien confiesan que los pontífices mencionados la ejercieron, aseguran que muchos otros han reconocido expresamente que no la tenían, i en fin, que ninguno de ellos, antes de Martino V, la puso en ejercicio”<sup>877</sup>.

Discutido en el concilio de Trento, sesión 24, sobre si cabía la disolución del matrimonio por causa de herejía, cohabitación molesta o excesiva ausencia de uno de los cónyuges, se rechazaron estas posibilidades<sup>878</sup>.

En cuanto a la tramitación de los juicios de nulidad<sup>879</sup>, se debía observar lo dispuesto en la bula *Dei miseratione* de Benedicto XIV, de 3 de noviembre de 1741, que se había mandado cumplir en Indias, salvo en lo tocante a apelaciones. Estas se tramitarían de acuerdo al anterior breve, de Gregorio XIII, de fines del siglo XVI<sup>880</sup>, que había permitido que las causas eclesiásticas fenecieran en Indias al tomarse en cuenta las grandes distancias que mediaban entre este continente y Roma<sup>881</sup>. Era competente para conocer de los juicios de divorcio el obispo respectivo, lo que había sido asentado tanto por el Primer como por el Segundo Concilio Limense<sup>882</sup>. Las muchas ocupaciones del obispo le impedían la tramitación directa de estas causas por lo que era lo normal que conociera de ellas el vicario general. Se le encargaba en especial que, en causas matrimoniales, recibieran personalmente las probanzas y dichos de los testigos y, en caso de excusarse en el conocimiento de estas causas, debían nombrar persona eclesiástica "de instrucion, probidad y respeto"<sup>883</sup>. Era de

---

<sup>874</sup> Cita Vilaplana *de convers. conjug.* cap. 14.

<sup>875</sup> Cita Vilaplana a Mastrio, Leonardo, Ferraris, Torrecilla, Acacio de Velasco, Holzman y Ursaya.

<sup>876</sup> Aceptaban como probable la facultad papal de dispensar en matrimonio rato Holzman en Tr. 3 *De Matrimon.* cap. 3, art. 2, \* 2, no. 371, Clericato y Pichler: Vilaplana, *ibidem*.

<sup>877</sup> Donoso 1861, t. II, p. 186.

<sup>878</sup> Peña, *Notas...*, p. 320.

<sup>879</sup> Vid. R. Reimundin, "Naturaleza jurídica del proceso eclesiástico en los litigios matrimoniales" en *Jurisprudencia Argentina* 1961-V, pp. 93-97.

<sup>880</sup> J. N. Rodríguez de San Miguel, *Pandectas...*, t. I, no. 2728.

<sup>881</sup> Vid. IV Concilio Limense de 1772: 1, 6, 8, publicado en Tejada, *op. cit.*, t. 6, p. 337.

<sup>882</sup> IV Concilio Limense: 1, 6, 10, *ibidem*.

<sup>883</sup> *Ibidem*.

rigor la participación del promotor fiscal en las causas de nulidad de matrimonio, encargándosele que observase lo prevenido en el Concilio Mexicano de 1583 y la instrucción formada por San Carlos Borromeo para su oficio<sup>884</sup>.

En éste y los demás tipos de divorcio siempre existía la posibilidad de hacer depósito de la mujer involucrada<sup>885</sup>. Se trata de una institución que favorecía a los débiles frente a los posibles abusos que pudiesen cometerse en su contra por quienes fueran más fuertes - amos, padres, maridos- y que tenía particular cabida en temas de familia. Así, los esclavos que reclamaban por los malos tratamientos o acosos de que hubiesen sido objeto, los menores y las mujeres. Al referirme a los esponsales, he indicado que para resguardar la libertad de consentimiento de la mujer se la podía depositar en casa honesta. Lo mismo sucedía en caso de divorcio. El IV Concilio Limense de 1772 dispuso que en los juzgados eclesiásticos se llevara un libro en que se tomara nota de las casadas que se mandaba depositar por causa de divorcio. Su posición, sin embargo, no estaba propiamente orientada en favor de la mujer. Más bien se advierte en él una actitud de prejuicio a su respecto que venía de tiempo atrás<sup>886</sup>. Así, para el caso que ésta quebrantara el depósito, debía ser restituida a él y si el marido desamparara la causa matrimonial, se conminaba al promotor fiscal a continuar los autos hasta su conclusión. Si la causa negaba lugar al divorcio, la mujer debía ser restituida al hogar común a hacer vida maridable<sup>887</sup>.

d) Divorcio *quoad thorum et mensam*

Habilitaba a las partes para interrumpir las relaciones conyugales en ciertos casos como podría ser, por ejemplo, la posibilidad de que la mujer se infectase por alguna enfermedad del marido.

e) Divorcio *quoad thorum et habitationem*

Este último tipo, podía producirse en forma excepcional por mutuo consentimiento y normalmente a petición de uno de los cónyuges:

i) Por mutuo consentimiento, cuando ambos entraban en religión o bien sólo uno, pero el otro hacía voto perpetuo de continencia, lo que se permitía sólo cuando por su edad y costumbres fuera exento de sospechas y

ii) A petición de uno de los cónyuges procede este tipo de divorcio:

---

<sup>884</sup> IV Concilio Limense 2, 1, 16 en Tejada, *op. cit.*, p. 344.

<sup>885</sup> Tercer Concilio Mexicano 4, 1,15 en Rodríguez de San Miguel, *Pandectas...* t. II, p. 434, no. 2659.

<sup>886</sup> Por ejemplo, el III Concilio Mexicano en 1585 estatuía en la disposición recién citada: "*quoniam vero aliqui, eo animo lites de divortio movent, easque minime prosequuntur, ut libere in suis insordescant vitiiis; quo diabolicae eorum fraudi occurratur, statuit, ac praecipit haec Synodus, ut quaecumque lis de divortio mota fuerit, uxor statim in aliqua domo honesta constituatur. Casu vero, quo pars litem non prosequatur, Fiscali detur facultas petendi, ut simul cobabitent. Quod si sententia lata fuerit de divortio quoad thorum, uxor in domo honesta, ac minime suspecta proratione suae aetatis, et conditionis collocetur, ne ulla in Deum committatur offensa; Fiscalis vero, qui in hoc negligenter egerit, in pondo triginta condemnetur, et iuxta causae qualitatem usque ad officii suspensionem puniatur, si Episcopo ita videbitur*": Rodríguez de San Miguel, *Pandectas...* t. II, p. 434, no. 2659.

<sup>887</sup> IV Concilio Limense: 4, tít. único, 15: "En los juzgados eclesiásticos se hará un libro donde se apunten las casadas que se mandasen depositar, con el motivo de seguirse causa de divorcio; y el promotor fiscal celará el que lo cumplan, restituyendo al depósito á la que lo quebrantase, y seguirá de oficio la causa en caso de haberla desamparado el marido, hasta su conclusion: y no teniendo lugar el divorcio, los obligarán á hacer vida maridable" en Tejada, *op. cit.*, t. 6, p. 377.

1. El adulterio espiritual o lapso de herejía: en este caso, el cónyuge que permanece en la fe podía, por propia iniciativa, separarse del otro, pero había de volver a la convivencia cuando el hereje se convirtiera; si para proceder a la separación había solicitado autorización de la iglesia, aun produciéndose la conversión del cónyuge no se le podía obligar a volver a la convivencia. El concilio de Trento declaró que en estos casos no cabía disolución de matrimonio (Ses. 24, c. V);

2. El peligro de salud espiritual o provocación al pecado mortal de modo que, en razón de la invitación del otro cónyuge a pecar mortalmente, hubiera de separarse el inocente;

3. La sevicia, de tal modo que no pudiera uno de los cónyuges habitar con el otro sin peligro grave de su vida o de grave daño corporal. Bastaban para estos efectos que se temiesen graves males al otro cónyuge, la familia o allegados como peligro de muerte, frecuentes disensiones que hiciesen extremadamente molesta la cohabitación y en general, todo maltrato que hiciese peligrosa o insostenible la vida común "y por eso, muchas veces es causal para una mujer de condición elevada lo que no lo sería para otra de condición humilde"<sup>888</sup>. No es raro que en los juicios de divorcio por esta causal la mujer más que un castigo penal del marido por los malos tratos, señale que lo que desea es sólo vivir con tranquilidad. En un expediente de 1804, Josefa Oteiza, que ha demandado de divorcio por sevicia a su marido, Pedro de Olivares, señala palmariamente que no es su intención seguir acción criminal. sino sólo que se declare el divorcio perpetuo, la restitución de su dote de 2.000 pesos y una "compensativa de tan altas delinquencias cometidas contra mí"<sup>889</sup>;

4. La enfermedad contagiosa que, a juicio de expertos, pudiera producir ciertamente o probablemente infección al otro cónyuge;

5. El adulterio, que implicaba acto consumado de lujuria por lo que: ósculos o tactos impúdicos no daban lugar a él. Era causa de divorcio perpetuo de modo que aunque se arrepintiese y corrigiese el hechor, no tenía el inocente obligación de recibirle. Cesaba, sin embargo, la acción para pedir el divorcio: a). por el perdón del ofendido, de palabra o hecho; b) si ambos eran reos del mismo delito; c) si el adulterio hubiera sido sólo material, o sea, sin culpa de uno de los cónyuges, como lo explica el rey sabio en las *Partidas* 4, 10, 7<sup>890</sup> y 8<sup>891</sup>, y d) respecto del marido, si prostituye a la mujer, le aconseja el adulterio o consiente en él. Sobre el adulterio decía sabiamente Tomás Sánchez:

---

<sup>888</sup> Errázuriz, *op. cit.*, p. 232, N° 578. Cfr. R. Salinas Meza, "La violencia conyugal y el rol de la mujer en la sociedad chilena tradicional. Siglos XVIII y XIX" en Norambuena y Salinas (ed.), *Demografía...*, pp. 117-133; M. T. Rojas Fabris, "Agresión de hombre, defensa de mujer: una aproximación a la violencia conyugal y la justicia en el mundo popular. Zona Central de Chile 1760-1830" en *Revista de Historia Social y de las Mentalidades. Sociabilidad y vida cotidiana en el Chile tradicional*. Año III, no. 3 Santiago: Departamento de Historia Universidad de Santiago de Chile, Invierno 1999, pp. 89-116. Un interesante caso de divorcio por sevicia, relativo a Mendoza, es estudiado por P. S. Martínez, "Demanda de divorcio por sevicia (Un caso ocurrido en Mendoza en 1806)" en *Revista Chilena de Historia del Derecho* no. 16, pp. 301-314. Santiago, 1990-1991. Véase, además, en la Segunda Parte, cap. IV, párr. 2.7.

<sup>889</sup> ANRACH vol. 2621, p.3a.

<sup>890</sup> "Yaziendo algun ome por fuerza con muger casada,trauando della rebatosamente, de manera que se non pudiesse del amparar, si caeciesse desta guisa, non faze ella adulterio, nin la podrian acusar por tal razon. Otrosi non pueden acusar a la muger, con quien yoguiesse algun ome, cuydando ella que era su marido, aquel que con ella yazia. E esto sería como si el marido se leuantasse de noche del lecho de su muger por alguna cosa quel fuesse menester, e estonce otro alguno que yoguiesse en la casa se fuesse echar con ella, y lo recibiesse ella, cuydando que era su marido. Ca si en tal manera yoguiesse con ella, non la pueden acusar por ende que fizo adulterio Fuera ende si ella fuesse

“[M]ultae alie causae possunt accidere ob quas ius divinum naturale, causa incolumitatis corporis vel animae a coniuge discedere concedit. Quae rationes communes sunt matrimonio et aliis confoederationibus. Quippe ob haesim aut aliud periculum, etiam inter parentes... Atque hinc inferitur ratio cur ob fornicationem concedatur divortium perpetuum, ob alias tamen causas solum ad tempus quo durant. Quoniam causa in fornicatione est ex ipsa coniugii natura, eo quod fides promissa est violata et cum haec sit perpetua ita et dimissio. Ceterae autem causae cum non sint e natura ipsius coniugii, non sin perpetuae; ac proinde tantum dum ipsae permanen permittitur divortium”<sup>892</sup>.

Como se ha dicho más arriba, el divorcio de lecho y habitación podía ser perpetuo o temporal. En la práctica, solía pedirse el divorcio temporal, en espera de que el culpable se enmendase<sup>893</sup>. Para decretarlo bastaba cualquier causa que hiciese gravemente incómoda o peligrosa la cohabitación<sup>894</sup>. El perpetuo, a su vez, era comúnmente invocado en subsidio de la nulidad de matrimonio que se había solicitado. Ya se ha visto el caso, mutuamente aceptado, de los que entrasen en religión así fuera uno como ambos cónyuges. Pero también podía darse aun contra la voluntad de alguno de ellos en los casos reseñados más arriba, tomando en consideración la gravedad de las diversas situaciones<sup>895</sup>.

Las autoridades civiles debieron preocuparse por la facilidad con que los tribunales peruanos, a mediados del siglo XVII, admitían estos divorcios. El virrey conde de Santisteban hacía presente en carta de 23 de febrero de 1662 que muchas mujeres, haciendo uso de informaciones falsas, obtenían el divorcio con el fin de vivir amancebadas con sus amantes<sup>896</sup>.

6.5 *Tribunales competentes para conocer del divorcio, procedimiento y normas aplicables al mismo:* La jurisdicción eclesiástica era, en principio, privativa para conocer de divorcios, de acuerdo a las *Partidas*<sup>897</sup>:

“[A]dulterio: assi como acusando la muger al marido, o el a ella, para partirse vno de otro, que non morassen en vno, o como si acusassen algunos que fuessen casados, por razon de parentesco, o de otro embargo que ouiessen, porque se partiese el casamiento del todo.se deuen judgar e librar por juyzio de santa iglesia”.

Correspondiendo fallar casos de divorcio por adulterio a los obispos y arzobispos o sus vicarios y el delito mismo al juez seglar. Jamás podían intervenir árbitros en estas

---

sabidora en alguna guisa de aquella enemiga: o si lo fiziesse maliciosamente, consintendolo despues de yazer con ella, sabiendo que non era su marido”.

<sup>891</sup> “Saliendo de su tierra alguno que fuesse casado para yr en hueste, o en romeria o a otro lugar aluene de su tierra si acaesciese que tardasse mucho alla, de guisa que fiziessen algunos, creer a su muger, que era muerto, e se casasse con otro, en tal manera casando ella, non la podrian acusar que fiziera adulterio, maguer fuesse biuo el marido primero. Ca escusala el non saber... Otrosi non puede acusar de adulterio a su muger el que se tornasse hereje, o moro, o judio: e esto porque hizo adulterio espiritual...”

<sup>892</sup> Sánchez, *op. cit.*, 1. X, d. 18, n. 4.

<sup>893</sup> Un acucioso estudio realizado respecto de Salta revela la efectividad de este aserto: por ejemplo, mujeres hubo que solicitaron dejar el hogar común hasta que el marido se librara del vicio de la embriaguez: Cuesta y Silva, *op. cit.*, p. 232.

<sup>894</sup> Errázuriz, *op. cit.*, p. 233, N° 579.

<sup>895</sup> *Ibid.*, pp. 231-232, N° 578.

<sup>896</sup> Lavallé, *op. cit.*, p. 4.

<sup>897</sup> *Partidas* 1, 6, 58; 4, 10, 2.



materias<sup>898</sup>. La *Recopilación de Leyes de Indias* era categórica en que los eclesiásticos no usurpasen las facultades de los tribunales civiles. En todo caso, habían de actuar en conformidad los jueces eclesiásticos y los civiles y éstos debían prestar auxilio real a aquéllos en caso necesario. Gregorio XIII, por un breve de febrero de 1573, a petición de Felipe II, dispuso que, dada la lejanía de las Indias respecto de Roma, se resolviesen los asuntos matrimoniales en el Nuevo Mundo, lo que fue mandado poner en vigencia por Felipe III mediante disposición de 7 de marzo de 1606. Contra la disposición común de tres instancias, en Indias, dos sentencias conformes producían efecto similar al de cosa juzgada (pues este efecto no cabe en este tipo de juicios): la del obispo sufragáneo confirmada por el metropolitano; la del metropolitano, confirmada por el sufragáneo más cercano. En caso de discordia en la sentencia, se podría apelar ante otro metropolitano o el obispo más cercano al que dio la sentencia<sup>899</sup>. Solórzano, como vicarialista que era, estimaba que no podía recurrirse al Papa porque ya se habría hecho dejación de su jurisdicción. Benedicto XIV, por constitución *de Miseratione* de 3 de noviembre de 1741<sup>900</sup> estableció el defensor del matrimonio, hoy llamado, defensor del vínculo, disponiendo que en cada diócesis el obispo nombrase un canonista “de probidad y pericia” para que interviniese, so pena de nulidad, en los juicios sobre nulidad de matrimonio. Este tenía obligación de apelar, aunque ninguna de las partes lo hiciese, salvo que el tribunal declarara la validez del matrimonio<sup>901</sup>.

El regalismo borbónico fue muy enfático en delimitar el rol de los tribunales eclesiásticos. Habiendo uno de éstos determinado en Lima un divorcio, pronunciándose, además, sobre el destino de los bienes dotales y gananciales, una real cédula de 22 de marzo de 1787 puntualizó que la jurisdicción eclesiástica no podía mezclarse, ni bajo pretexto de incidencia, anexión o conexión con asuntos temporales como alimentos, litis expensas o

---

<sup>898</sup> *Partidas* 4, 10, 8.

<sup>899</sup> Peña, *Notas...*, p. 330-331.

<sup>900</sup> Puede consultarse en Rodríguez de San Miguel, *Pandectas...* t. II, pp. 459-466. En la misma constitución Benedicto XIV hace referencia a otra suya, de 26 de agosto del mismo año 1741, *Quamvis paternae vigilantiae*, relativa a los jueces eclesiásticos, sobre cuya provisión debía tenerse particular cuidado: "que los ordinarios elijan en sus respectivos obispados, á lo menos cuatro jueces llamados sinodales, ó mas si lo juzgan necesario, por la demasiada estension de su diócesis, á los cuales se cometan dichas causas. Que los referidos ordinarios elijan á estos jueces en los sínodos diocesanos, (que se deben celebrar cada año, conforme al precepto del concilio) ó fuera del sínodo con consejo del cabildo...": Rodríguez de San Miguel, *ibidem*, p. 461 en nota. Se señala ahí que una real orden circular de 26 de noviembre de 1767 hizo particular referencia al cumplimiento de esta constitución.

<sup>901</sup> Peña, *Notas...*, p. 332. Por real cédula de 21 de julio de 1766 se encargó a los obispos indianos la observancia de la bula *Dei Miseratione* de Benedicto XIV "que trata de las formalidades con que se deben seguir las causas de nulidad de matrimonios, y que á este fin se remita á los preladados diocesanos un ejemplar de la traduccion que se ha hecho de ella, previniéndoles, como va notado á su márgen, que en cuanto á apelaciones que de su sentencia se interpusieren, se debe observar puntualmente lo dispuesto en el breve de la Santidad de Gregorio XIII, que se refiere en la ley último, título 9 libro 1o. de la Recopilacion de las de esos reinos...", en Rodríguez de San Miguel, *Pandectas...* t. II, p. 466, no. 2728 y *Nuevo Código de Leyes de Indias* 1, 8, 13, en Muro Orejón, "Estudio General...", p. 197. La disposición citada, de fines de febrero de 1578, ordenaba que todos los pleitos eclesiásticos, de cualquier especie, se siguiesen en todas las instancias y se acabasen en Indias. El IV Concilio Mexicano de 1771 insistió en el cumplimiento de las normas de Benedicto XIV en materia de divorcios: Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 693 y ss.

restitución de dotes<sup>902</sup>. Esta real cédula fue dictada gracias a la postura abiertamente regalista de los consejeros de minoría: el conde de Tepa, José García León y Pizarro y Jacobo Andrés de Huerta. Ellos citaban numerosos autores, entre los cuales, Jerónimo de Ceballos y Pedro Frasso. Su posición es totalmente similar a la que tendrá más tarde Francisco de Paula González Vigil en Perú: a saber, que el poder espiritual y el temporal son independientes, pudiendo los tribunales eclesiásticos intervenir sólo en asuntos de carácter espiritual. Siendo los temas de dotes, litis-expensas y alimentos de carácter temporal, su conocimiento correspondía, pues, a los jueces civiles. No obstaba para nada que durante muchos años los tribunales eclesiásticos hubieran estado conociendo de estos temas por vía de conexión o incidencia, pues contra los derechos reales no cabía prescripción<sup>903</sup>.

Es constante el conocimiento de los casos de sevicia por parte de los tribunales reales si bien se entremezclan diversos elementos de competencia real como amancebamiento, lesiones<sup>904</sup>, devolución de dote, alimentos, etc. con otros de competencia eclesiástica como el divorcio mismo, aduciéndose en algún pleito, con intención de evitar la intervención real, la preeminencia del juicio eclesiástico. Un caso, de 1684, entre María de Hevia y el médico Antonio Carneaceda, su marido, se desarrolla ante la Real Audiencia en cuanto caso de corte por ser la demandante pobre y forastera ventilándose situaciones de amancebamiento, sevicia y restitución de dote. Habiendo contraído esta pareja matrimonio en Guayaquil, él se trasladó posteriormente a Lima donde dejó a su cónyuge, procediendo luego a dirigirse a Chile donde se estableció. Por espacio de dieciséis años permaneció ella en la Ciudad de los Reyes hasta que decidió presentarse en Chile, donde encontró a su marido cohabitando con otra mujer “que a estado en reputacion de donzella por cuya causa no especifico su nombre...” En razón de haber él intentado estrangularla, dejó la víctima constancia de estos hechos ante el escribano Francisco Vélez, quien tomó nota de las lesiones causadas en el cuello. Presentada la víctima ante la Audiencia, ésta ordenó apresar al hechor y su amante, Isabel Iturbe y, habiéndolos interrogado el juez semanero, se los dejó en libertad, con advertencia de no comunicarse entre sí bajo pena de multa de cien pesos y destierro, en el caso de él, a Valdivia, y en el de ella, a Chiloé, las que, en definitiva, fueron aplicadas a la manceba por sentencia del alcalde ordinario de Santiago, a quien había pasado el conocimiento de la causa en febrero de 1686<sup>905</sup>. Como se ha dicho más arriba, la sevicia podía afectar no sólo al cónyuge sino también a otros miembros de la familia. En un juicio de 1723 entre Mariana Mariluz y su marido Alberto de Leiva, en que las discusiones familiares se originaban en el amancebamiento por parte de él, la principal discusión se centró en las heridas causadas a Juana, hija de ambos. En definitiva, se absuelve al marido, pero se le prohibió acercarse a sus hijas y, en especial, a Juana, so pena de dos años de

---

<sup>902</sup> Hállase copiada en Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXX, fs. 449-450.

<sup>903</sup> *Vid.* Sánchez Bella, “Reducción...”, pp. 254 y ss.

<sup>904</sup> No pocas veces la sevicia acarrea la muerte de la víctima. En un caso, ocurrido en el valle de Limarí a 9 de junio de 1682, un indígena, de la encomienda de Jerónimo Pastene y Aguirre, mató a rebencazos a su mujer, razón por la que fue condenado a 200 azotes, ser rapado (lo que era asaz infamante para los aborígenes) y destierro “para escarmiento y ejemplo de otros que pretendieran tales excesos con sus mujeres”: Pinto, *La Serena...*, p. 187. El mismo autor da cuenta, a fs. 206, del destierro por seis meses a 20 leguas de La Serena, de Pascual Espinoza, mulato libre, a causa de haber golpeado a su mujer en el ojo izquierdo, hecho ocurrido a 15 de diciembre de 1752.

<sup>905</sup> ANRACH vol. 1426, p. 2a. (1684).

destierro en la plaza de Valdivia<sup>906</sup>. Otro juicio también nos muestra amancebamiento, habiendo tenido el hechor de la sevicia, un carpintero de nombre José Pérez, el atrevimiento de llevar la manceba a su casa, ocasionando, de paso, heridas a su mujer legítima. Alegó la incompetencia del tribunal civil por existir un juicio de divorcio pendiente ante el juzgado eclesiástico. Desestimada su posición, fue condenado a dos años de destierro en Valdivia, los que, por su mala conducta, fueron duplicados<sup>907</sup>. La interacción de la justicia eclesiástica y civil se muestra en un caso de maltrato ocurrido en 1785, en que la víctima era María Meza y el hechor Manuel Villarroel. Durante la secuencia del juicio, la mujer fue puesta, por orden del vicario, en una casa de respeto donde servía y él encarcelado. Como al término del juicio él había estado privado de libertad por seis meses, se le deja libre previa fianza o caución juratoria de que “en lo subsesivo tratará a su mujer con el amor y venignidad que corresponde”, de lo que el párroco y el lugarteniente de corregidor debían ejercer vigilancia<sup>908</sup>.

En cuanto a la efectividad del divorcio en Santiago de Chile, una estadística selectiva relativa a 140 demandas de nulidad de matrimonio y sus resultados entre 1702 y 1840 ofrece los siguientes resultados:

Causal	Número de juicios	Número de juicios	Sentencias Sent.		
	Incoados	sentenciados	favorables	desf	aband
Clandestinidad	40	23	18	5	17
Consentimiento	10	4	1	3	6
Crimen	3	1	0	1	2
Demencia	1	0	0	0	1
Edad	1	1	1	0	0
impotencia	9	6	4	2	3
ligamen	29	16	13	3	13
consanguinidad	17	10	9	1	7
afinidad	29	18	11	7	11
voto solemne	1	1	1	0	0
total	140	80	58	22	60 <sup>909</sup>

Ello nos muestra que sólo el 57,1% de las causas de esta muestra era efectivamente fallado. El 42.9% restante o bien sufría abandono de los que lo habían incoado o concluía por avenimiento. De esta última posibilidad carecemos de información. Se llega en Chile al

<sup>906</sup> ANRACH vol. 2671, p. 7a. (1723).

<sup>907</sup> ANRACH vol. 2477, p. 1a. (1768).

<sup>908</sup> ANRACH vol. 2156, p. 14 (1785).

<sup>909</sup> Según S. Tupper Benavente y A. Gándara Velasco, *Nulidad de matrimonio en el Derecho Indiano en Chile*, memoria de prueba para obtener el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales Universidad de Chile ms. Santiago: 1993, p. 54. Aunque la muestra no refleja todos los casos de nulidad de matrimonio del período indicado, el número relativamente bajo de causas es acorde con lo que se ha observado en otros lugares para el siglo XVIII. Así, A. Flores Galindo y M. Chocano, "Las cargas del sacramento" en *Revista Andina* III, no. 2. Cuzco: 1984, pp. 403-434 señalan el descenso en las causas de divorcio y nulidad en Lima para el siglo XVIII, habiendo períodos extraordinariamente bajos.

mismo resultado a que se ha llegado en México<sup>910</sup> y el Río de la Plata<sup>911</sup>, esto es, que una buena cantidad de matrimonios habiendo iniciado los trámites de divorcio y, obtenidos ciertos visos de aceptabilidad jurídica para su situación de separados, se contentaban con ello sin seguir adelante con los trámites hasta obtener sentencia de término.

7. *El derecho matrimonial durante la precodificación*: Una de las primeras normas patrias en materia de matrimonio corresponde al 24 de septiembre de 1811, al decidirse abolir las contribuciones que los fieles debían hacer a los párrocos por matrimonios y otros sacramentos y respecto de las dispensas de proclamas o de impedimentos matrimoniales en cualquier grado. Se sospechaba que los novios preferirían vivir juntos sin casamiento *in facie ecclesiae* para evitar el pago de los derechos correspondientes. Producida la restauración absolutista, los derechos señalados fueron restablecidos con fecha 10 de diciembre de 1814. En noviembre de 1817 el Director Supremo Bernardo O'Higgins dispuso que no se cobrara derechos a los pobres por informaciones o derechos matrimoniales<sup>912</sup>. Más amplia fue la orden del Director Supremo Ramón Freire, quien dispuso en 1825 que la administración de todos los sacramentos fuese gratuita<sup>913</sup>.

En el período patrio nos encontramos con una disposición del gobierno del general O'Higgins 9 de octubre de 1819, que provocó bastantes problemas a las autoridades eclesiásticas. Se trata de aquella que ordenaba que “ningún español que no tenga carta de ciudadanía revisada por el Senado y despachada según las prevenciones del *Monitor Araucano* N° 15 podrá contraer matrimonio en el Estado de Chile y para su cumplimiento se avisará la resolución al señor Gobernador del Obispado”<sup>914</sup>. Nos encontramos con un verdadero impedimento dirimente establecido por el poder civil en virtud del patronato, herencia del régimen indiano. No obstante esta prohibición, algún caso de matrimonio se produjo como uno denunciado en el Senado Conservador a 30 de julio de 1821 entre Ramón Arbello con una señora Arteaga. El Gobernador del Obispado, preocupado por el bien espiritual de los españoles que no podían casarse, muchos de los cuales, hacían vida de concubinato, solicitó en varias oportunidades que se los dejara contraer matrimonio<sup>915</sup>. En 1822, O'Higgins amnistió, con ocasión de las fiestas de conmemoración del 18 de septiembre, a los españoles casados con chilena que estuviesen presos, expatriados o confinados por divergencias políticas u otras circunstancias señaladas al efecto.

Ya se ha comentado más arriba, con ocasión del estudio del contrato de esponsales, las reglas que se arbitraron sobre matrimonio de hijos de familias a través de “pragmática” de 9 de septiembre de 1820 por lo que me remito a lo dicho.

---

<sup>910</sup> S. Arrom, *Las mujeres de la ciudad de México. 1790-1857*. México: Siglo XXI, 1988, p. 277. Según esta autora, aproximadamente la cuarta parte de los procesos de divorcio fueron abandonados inmediatamente después de presentados.

<sup>911</sup> Rípodas, *op. cit.*, p. 52 y Kluger, *La familia ensamblada...*, p. 194.

<sup>912</sup> *Boletín...* p. 131.

<sup>913</sup> Zenteno, Ignacio, *El Boletín de Leyes reducido a sus disposiciones vijentes*, p. 476.

<sup>914</sup> En *Colección de leyes y Decretos del Gobierno desde 1810 hasta 1823*, p. 142.

<sup>915</sup> Letelier, *Sesiones...* T. IV, p. 348, anexo 605 y T. 5, p. 185-186, anexo 654.

Caído el gobierno de O'Higgins, Ramón Freire envió al Senado el 3 de junio de 1823 una proposición de derogación del referido artículo 3. A raíz de ello, se autorizó el matrimonio de los españoles si presentaban fiadores de su conducta a futuro.

Afectó indirectamente a los matrimonios la norma de 13 de noviembre de 1821, también bajo el gobierno de O'Higgins, que negaba a quienes ocuparan cargos en los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, incluidos los secretarios de gobierno y ministros de la Cámara de Justicia, el poder servir de padrinos en matrimonios y bautizos respecto de personas vecindadas o residentes en la República de Chile por el tiempo durante el cual ejercieran dichos cargos. No regía esta disposición recíprocamente entre funcionarios públicos o sus parientes<sup>916</sup>. Obviamente, esta disposición es la reiteración de las normas indianas<sup>917</sup>. El Director Supremo hizo demostración de su cumplimiento cabal al solicitar autorización a la Corte Suprema para apadrinar a un hijo del general José Joaquín Prieto<sup>918</sup>.

Dejando de lado el proceso de codificación, una de las disposiciones de mayor interés dictadas en el período patrio en materia de matrimonios fue la que autorizó los de los disidentes. Mediante ley de 6 de septiembre de 1844 se determinó que los que, no profesando la fe católica, quisiesen contraer matrimonio en Chile, debían sujetarse a lo prevenido en las leyes chilenas sobre impedimentos, permiso de padres, abuelos o tutores, proclamas y demás requisitos. Si bien no eran obligados al rito nupcial católico, pudiendo seguir los de su iglesia, debían contraer el matrimonio en presencia del párroco respectivo u otro sacerdote autorizado y en presencia de dos testigos, declarando los contrayentes su intención de contraer matrimonio o que se reconocían el uno al otro como marido y mujer, respectivamente. Los matrimonios así celebrados eran válidos para los efectos civiles, por lo que su prole se consideraría legítima<sup>919</sup>. Las autoridades eclesiásticas encomendaron muy celosamente a los párrocos que se abstuvieran de cualquier ceremonia religiosa en estos matrimonios y que no los realizaran en la iglesia misma para evitar cualquier malentendido. Las normas señaladas sobre matrimonio de los que profesaban una religión distinta a la católica fueron reiteradas posteriormente en el *Código Civil* en su artículo 118<sup>920</sup>.

---

<sup>916</sup> *Boletín* p. 182.

<sup>917</sup> *Rec. Ind.* 2, 16, 48: "que los presidentes, oidores, alcaldes y fiscales no sean padrinos de matrimonios ni bautismos ni los vecinos lo sean suyos y los ministros lo puedan ser unos de otros", norma atribuida a Felipe IV en disposiciones de 20 de octubre de 1627 y 20 de febrero de 1628.

<sup>918</sup> Letelier, *Sesiones...* T. 4, p. 428.

<sup>919</sup> *Boletín* lib. 12, no. 9, p. 229.

<sup>920</sup> El texto decía a la letra: "*Art. 118.* Los que profesando una religión diferente de la católica quisieren contraer matrimonio en territorio chileno, podrán hacerlo, con tal que se sujeten a lo prevenido en las leyes civiles i canónicas sobre impedimentos dirimientes, permiso de ascendientes o curadores, i demas requisitos; i que declaren ante el competente sacerdote católico i dos testigos, que su ánimo es contraer matrimonio, o que se reconocen el uno al otro como marido i mujer; i haciéndolo así, no estarán obligados a ninguna otra solemnidad o rito".

## SEGUNDA PARTE LA VIDA MATRIMONIAL

### CAPÍTULO IV

#### LA POTESTAD MARITAL Y LOS DERECHOS DE LA MUJER CASADA

##### *1. Obligaciones derivadas del matrimonio y potestad marital.*

El matrimonio producía numerosos efectos entre sus contrayentes y aun afectaba a terceros, lo que se derivaba de la hermosa descripción que de él hace el Rey Sabio:

"Marido, e muger, son vna compañía, que ayunto nuestro señor Dios, entre quien deue siempre ser verdadero amor, e gran auenencia"<sup>921</sup>.

Entre los más relevantes se contaban: a) que quien estuviese bajo potestad paterna, saliera de ella y adquiriera el usufructo de los bienes adventicios de que el padre disfrutaba hasta ese momento; b) el establecimiento, en lo económico de una sociedad conyugal y la adquisición por el marido, si bien con cargo de restitución, de los bienes dotales; c) la legitimidad de los hijos que se concibieran durante el matrimonio y la legitimación de los concebidos con anterioridad; d) la patria potestad respecto de los hijos y la correlativa obligación de criarlos y e) una serie de mutuas obligaciones entre los cónyuges.

Estas podían clasificarse en: obligaciones que afectaban a ambos; obligaciones de la mujer hacia el marido y obligaciones del marido hacia la mujer, seguidas todas de los correlativos derechos.

a) Obligaciones que afectaban a ambos eran: 1. que debían guardarse fidelidad, cumpliendo con los mandamientos sexto y noveno de la Ley Mosaica; 2. se debían alimentar el uno al otro<sup>922</sup>; 3. debían criar sus hijos, educándolos y propordinandoles el oficio pertinente<sup>923</sup>; 4. no podían negarse el débito conyugal, salvo en casos de necesaria abstención:

*"Ad eius concubitum vir suus accedere non debet quousque genitus ablactetur. Prava autem in coningatorum moribus consuetudo surrexit, ut mulieres filios quos gignunt, nutrire contemnant, eosque aliis mulieribus ad nutriendum tradant: Quod videlicet ex sola causa incontinentiae videtur inventum; quia dum se continere nolunt, despiciunt lactare quos gignunt. Haec itaque quae filios suos ex prava consuetudine aliis ad nutriendum traden, nisi purgationes tempus prius transferit viris suis non debent admisceri"*<sup>924</sup>.

---

<sup>921</sup> Partidas 3, 2, 5.

<sup>922</sup> Partidas 3, 2, 5: "touiéron por bien los sabios antiguos, que los maridos vsen de los bienes de sus mugeres, e se acorriesen dellos, quando les fuesse menester".

<sup>923</sup> Partidas 4, 19, 1, 2, 3, 4 y 5.

<sup>924</sup> M. S. Martínez, , *Librería de Jueces, utilísima y universal para toda clase de personas literatas, y en especial para los que exercen Jurisdicción Eclesiástica, Real, y Mista en ambos Fueros, y en el de la Conciencia: para Abogados, Alcaldes, Corregidores, Intendentes, Regidores, Personeros, Diputados del Comun, Notarios, Escribanos, Parrocos, Sacerdotes, Religiosos, y Jueces Eclesiásticos: Tomo Segundo. En que por exposicion universal decisiva del Derecho Canonico, se explican todos sus Títulos, y Leyes Eclesiásticas, desde su origen, el de los Sagrados Canones, y Concilios: El Tratado de Sacramentos segun las Leyes del Rey don Alonso el Sabio: Bulas de Benedicto XIV, y nuestro Santísimo Padre Clemente XIII. la de la Cena, y otras, con las Concordancias del Derecho Real, Decretos, y Cédulas, publicadas hasta el presente sobre diferentes Materias, y particularmente sobre Contribuciones Eclesiásticas, concordato, y otras cosas; arreglado todo á las Synodales de los Obispados de*

Como obligaciones que afectaban a la mujer respecto del marido se contaban las de que 1. ella no sólo le debiera fidelidad sino que también obediencia; 2. debía seguirle en su domicilio, salvo excepciones de que hablaré más adelante; 3. requería, por regla general, autorización del marido para actuar civil y procesalmente<sup>925</sup>, sea adquiriendo derechos sea obligándose: aun la aceptación de una herencia debía hacerla con beneficio de inventario; 4. siendo la mujer menor de 25 años, no podía hipotecar, ceder ni enajenar sus bienes sin curador que el juez le nombrase<sup>926</sup>; 5. no podía actuar como comerciante sin autorización del marido, etc.

Por lo que toca al marido, éste tenía respecto a la mujer una serie de derechos, que constituían la potestad marital y, correlativamente, una cantidad de obligaciones, a que paso a referirme.

Sin entrar en el tema, por demás arduo, del origen de la potestad marital, es muy aceptable el dicho de Biondo Biondi según el cual ésta habría aparecido bajo la férula de la influencia cristiana, primero de hecho, precisándose jurídicamente con posterioridad. Trataríase de un poder de asistencia y protección que el marido, en calidad de *caput mulieris* tendría respecto de la mujer, que vendría a reemplazar a la arcaica *manus* de egoístas repercusiones<sup>927</sup>. El *mundium* germánico habría tenido también un contenido muy protector<sup>928</sup>, aunque hay quienes no lo vean tan claro<sup>929</sup>. Una y otra vertiente habrán influido

---

*España, è Indias: à la Practifca de sus Tribunales, en toda naturaleza de Juicios: De los Recursos de Fuerza, y Real Proteccion, con que Seculares, y Regulares acuden à los Magistrados Reales: Y asimismo sobre la Práctica de los Jueces in Curia, Nunciatura, y Apelaciones de todos los de España: como tambien sobre Procesiones, Dignidades y Testamentos; con que todo Juez puede decidir con acierto, y encontrar facilmente por el Indice, que está al fin, qualesquier Punto: Dedicado al Excmo. Sr. Conde de Aranda. Su autor el Lic. D. Manuel Sylvestre Martinez, Abogado de los Reales Consejos, y del Colegio de los de esta Corte, etc.* Madrid: en la Imprenta de Blas Román, 1771, t. 2, cap. 1, no. 127, quien cita la disposición de Gregorio I en *Can. 4, dist. 5*.

<sup>925</sup> Ley 55 de Toro: "La muger durante el el matrimonio syn licencia de su marido como no pueda hacer contracto alguno, asimismo no se pueda apartar ni desistir ni ningun contracto que á ella toque, ni dar por quito à nadie del, ni defendiendo sin la dicha licencia de su marido: y si estuviera por si, ó por su procurador, mandamos que no vala lo que hiciere". Es *Rec. Cast.* 5, 3, 2 y *Nov. Rec.* 10, 1, 11. Podía, sin embargo, actuar, aun sin contar con la venia del marido, en asuntos urgentes. Por ejemplo, en 1826 Teresa Molina se querrela 'por sí y en representación de su marido Tomás Ponce contra Calixto del Villar por hurto de ganado mayor y menor: Archivo Nacional, Real Audiencia de Chile [en adelante, ANRACH] ANRACH vol. 1329, p. 1a.

<sup>926</sup> Ley 61 de Toro, que devino *Rec. Cast.* 5, 3, 9 y *Nov. Rec.* 10, 11, 3: "De aquí adelante la muger no se pueda obligar por fiadora de su marido, aunque se diga y alegue que se convirtió la tal deuda en provecho de la muger: y asimismo mandamos que quando se obligaren á mancomun marido y muger en un contrato, ó en diversos, que la muger no sea obligada á cosa alguna; salvo si se probare que se convirtió la tal deuda en provecho de ella, ca entonces mandamos, que por rata del dicho provecho sea obligada: pero si lo que se convirtió en provecho de ella fué en las cosas que el marido le era obligado á dar, asi como en vestirla, y darla de comer, y las otras cosas necesarias, mandamos, que por esto ella no sea obligada á cosa alguna: lo qual todo que dicho es, se entienda, si no fuere la dicha fianza y obligacion de mancomun por maravedis de nuestras rentas é pechos ó derechos de ellas".

<sup>927</sup> B. Biondi, *Il diritto romano cristiano*. Milano, 1954, t. III, p. 106: "Si tratta di un potere di assistenza e protezione che si inquadra nelle provvidenze a favore delle donne [...1; in vista dell' unità della famiglia, il migliore protettore della moglie non può essere che il marito. Al posto della manus, potere egoistico attribuito al paterfamilias, subentra l'autorità maritale, avente fondamento e contenuto etico, attribuito al marito come tale, quale conseguenza della concezione cristiana del matrimonio".

<sup>928</sup> E. Ahrens, *Historia del Derecho*, Buenos Aires, 1945, p. 323. Habría sido el Derecho Germánico el que habría otorgado a la mujer una potestad concreta de cara a la economía familiar, si bien por regla general carecería de ella. "Como dice Hübner, *Grundzüge des deutschen Privatrechts*, Leipzig, 1930, p. 673, [la mujer] no está en situación de influir sobre el patrimonio conyugal por medio de actuaciones independientes: si contrae

en el derecho castellano medieval, en algunos de cuyos fueros aparece la representación de la mujer por el marido y la necesidad de aquélla de obtener licencia de éste para celebrar algunos contratos, sobre todo compraventas y prendas<sup>930</sup>. La reviviscencia del derecho romano, sobre todo cuando se lo estudia con precisión humanista, hace que en el siglo XVI se intensifique la concepción de la mujer casada como incapaz, haciéndose indispensable la representación o autorización del marido para que ella pueda actuar en la vida jurídica<sup>931</sup>. Sin embargo, la misma legislación y la práctica judicial y extrajudicial dieron pie para que la mujer obtuviera resquicios que aliviaran su excesivo sometimiento.

La potestad marital encuentra justificación en diversas consideraciones. Una de ellas es la fragilidad de la mujer –*imbecilitas* en latín–<sup>932</sup>, que a veces es traducida impropriamente por ‘imbecilidad’, no faltando quien diga que me “*mulieres sunt viris longe inferiores et animo et corpore*” y que “claramente se observa que el varón impere sobre la mujer presidiéndola y dominándola como dueño, con la misma potestad que tiene sobre sus sirvientes... y es del orden natural que sirvan las mujeres al varón, porque es de justicia que el más débil sirva al más fuerte”<sup>933</sup>. Sin embargo, la mujer soltera mayor de veinticinco años que no está bajo patria potestad puede actuar con plena capacidad celebrando contratos y obligándose como

---

deudas a espaldas de su marido u otorga contratos sin el asentimiento del mismo, tales actuaciones, ni obligan el patrimonio de aquél, ni el de la mujer que se encuentra en su *Genere*; si ésta enajena sin su consentimiento y cooperación cualquier objeto del patrimonio conyugal, el marido puede recuperarlo, sin más del adquirente". Sin embargo, gozaba la mujer de una "potestad de las llaves" en virtud la cual "puede contraer deudas de pequeña cuantía y obligar a su marido mediante los negocios jurídicos de adquisición de determinados objetos necesarios para su uso personal. Durante las enfermedades o ausencias del marido, así como en otros casos de necesidad, esta facultad de disposición de la mujer se amplía notablemente. ": J. L. Lacruz Berdejo, *La potestad doméstica de la mujer casada* Barcelona, Ediciones Nauta, 1963, p. 11.

<sup>929</sup> J. Beneyto Pérez, *Instituciones de Derecha Histórico Español*, Barcelona, 1930, t. II, p. 16.

<sup>930</sup> El *Fuero Viejo* 5, 1, 9 expresaba: “Esto es por fuero de Castiella que ninguna Dueña que marido aya, non puede comprar iredamiento, nin puede facer fiadura contra otro, sin otorgamiento de suo marido e si lo fecier, e el marido mostrare, quel pesa ante testigos, si le dier una pescosada, e dijier que non quier que vala esta compra o fiadura que ella fiço, es todo desfecho, e non vale por fuero”, lo que se tomó de los Fueros de Molina, Fuentes y Alcalá y "ordenamiento" de Nájera, tít. XXXIII: F. Martínez Marina, *Ensayo histórico crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de D. Alonso el Sabio*. Madrid, 1834, t. I, p. 288. Interesante estudio el siguiente: M. A. Durán, *Las mujeres medievales y su ámbito jurídico*. Madrid, 1990.

<sup>931</sup> J. Beneyto Pérez, *Manual de historia del derecho español*, 2ª ed., Zaragoza, 1948, p. 200 y J. Lalinde Abadía, *Iniciación histórica al derecho español*. Barcelona, 1970, p. 585. El mismo fenómeno se observa en Francia, también en el siglo XVI: R. Foignet, *Manuel Élémentaire d'Histoire du Droit Français*, 14ª éd., París, 1946, p. 340.

<sup>932</sup> "L'evoluzione storica della potestà maritale mostra che assai spesso norme giuridiche e di costume hanno senza giustificazione tartassato la donna, considerata inferiore e talvolta perfino abbassata al livello di cosa; fattori extradomestici di natura disparata hanno ampliato l'originario e naturale contenuto della potestà domestica, quale semplice strumento di unità del gruppo, e ne hanno deformato al tempo stesso il principio informatore, trasformando in strumento di persecuzione e di potere personale una supremazia che si giustifica solo nell'interesse di coloro che vi sono soggetti": V. Lojacono, *La potestà del marito nei rapporti personali tra coniugi* Milano, Dott. a Giuffrè Editore, 1963, p. 329.

<sup>933</sup> J. de Montealegre, *Praxis civilis de exercitio practicarum actionvm, Tam in communi, quam Regio iure sancita, iuxta bodiurnum stylum*. Matriti: Ioannis à Herrera, 1614, L. 1º, cap. 5, Nº 96, quien cita a Tiraquelo, San Agustín y Aristóteles.



principal deudora “lo mismo que cualquier hombre”<sup>934</sup>, aunque hay algunas prohibiciones que la afectan, como la de ser fiadora<sup>935</sup> y otras<sup>936</sup>.

Se ve, pues, que más que la fragilidad femenina (que, en general no se predica respecto de la soltera), es la condición de casada la que trae consigo la incapacidad. El régimen económico matrimonial de comunidad de bienes restringido a los gananciales hace que durante el matrimonio el marido aparezca como dueño de los bienes existentes. El tiene respecto de los gananciales, conforme al gráfico decir de los tratadistas, el dominio en hábito y en acto, en tanto que la mujer sólo lo tiene en hábito, que devendrá acto a la disolución de la sociedad conyugal<sup>937</sup>. En ese momento, de acuerdo a la ley 203 de que Estilo, originó *Rec. Cast.* 5, 9, 1, se consideraba que los bienes pertenecían a ambos cónyuges por mitades, salvo prueba en contrario. Los bienes propios de marido y mujer eran administrados, asimismo, por el marido, con la salvedad que, para disponer de los bienes de su mujer, requería de la autorización de ésta<sup>938</sup>. La idea pauliana de asimilar la unión matrimonial a la de Cristo con su iglesia hacía que se trasladara al campo doméstico la concepción del cuerpo místico: así como Cristo es considerado cabeza de la iglesia, el marido lo es de la familia. Por ende, es a él al que le correspondía la administración económica, según se ha expresado. Pero hay más: él tiene también ciertos derechos no patrimoniales respecto de su cónyuge. Al conjunto de derechos del marido sobre la personas y bienes de la mujer se lo denominó potestad marital.

En el aspecto político, en cambio, se reconocía a la mujer una capacidad bastante relevante. Como no existía la Ley Sálica en el sistema jurídico castellano, las mujeres podían ser reinas a defecto de varón:

"[P]or escusar muchos males que acaescieron, e podrian aun ser fechos, pusieron que el Señorío del Reyno heredassen siempre aquellos, que viniessen por la liña derecha. E por ende establescieron, que si fijo varon, y non ouiesse, la fija mayor heredasse el reyno"<sup>939</sup>.

Hubo, además, diversos casos en que mujeres asumieron roles políticos de relevancia como María de Toledo en ausencia del virrey Diego Colón o Ana de Borja reemplazando al virrey conde de Sotomayor. Beatriz de la Cueva, mujer de Pedro de Alvarado, fue elegida por el Cabildo de Santiago y se desempeñó como gobernadora de Guatemala hasta su fallecimiento. Catalina de Montejó, de los colonizadores de Yucatán, heredó y ejerció el

---

<sup>934</sup> Se trata de Gregorio Vicente de Santa María y González, quien llenó varios cuadernos con apuntes de clases en que inserta resúmenes de las obras de Febrero, Paz, etc. A lo largo de las páginas de estos cuadernos, empastados en un solo volumen, se advierten los diversos grados que va obteniendo: bachiller en septiembre de 1800; licenciado en noviembre de 1803 y doctor en diciembre de 1806. El volumen se custodia en el Archivo Nacional de Santiago de Chile, Fondo Antiguo vol. 73. La cita corresponde a fs. 130.

<sup>935</sup> *Rec. Cast.* 5,12, 3.

<sup>936</sup> Por ejemplo, *Partidas*: 3,16, 17; 6, 1, 1; 7, 1, 2 y 3, 5, 5.

<sup>937</sup> J. de Matienzo, *Comentaria... in librum quintum recolectionis Legum Hispaniae*. Mantua: Petrus Madrigal, 1597, glosa 3 N° 18 a *Rec. Cast.*, 5, 9, 2. y J. de Solórzano Pereira, *Política Indiana*. Madrid: Imprenta Real de la Gazeta, 1776, Lib. 3, Cap. 16, N° 29.

<sup>938</sup> Hay varios casos en que las mujeres reclaman la nulidad de ventas hechas por sus maridos sin su consentimiento, véase por ejemplo ANRACH, vol. 211 y vol. 1727, p. 2°.

<sup>939</sup> *Partidas*, 2, 15, 2.

cargo de Adelantada e Isabel de Barreto, mujer del adelantado Alvaro de Mendaña, descubridor de las Islas Salomón, a la muerte de éste tomó el mando de la escuadra y, con la ayuda del navegante Pedro Fernández de Quirós, descubrió las Islas Marquesas en un momento en que la tripulación se hallaba desalentada, sin víveres y decidida a sublevarse<sup>940</sup>. Aunque excepcionales, las situaciones indicadas nos muestran que, no obstante las limitaciones jurídicas civiles, para las que había medios de escurrimiento, en lo político ciertas mujeres de empuje pudieron desempeñar importantes funciones sin cortapisas.

El típico casuismo del sistema jurídico en boga –heredero en no poca medida de la aproximación jurisprudencial romana– impidió que se regularan *in extenso* las relaciones patrimoniales y extrapatrimoniales entre marido y mujer. Aun las *Leyes de Toro* de 1505, que fijaron el marco institucional fundamental del derecho de familia, lo hicieron solucionando los conflictos, dudas y dificultades de interpretación que, en cada caso concreto, ofrecía el derecho precedente. La circunstancia de que el matrimonio presente dos perspectivas –de sacramento y de contrato– implicó que el derecho civil, por una parte, y el canónico, por otra, entraran a regularlo. Los juristas, a su vez, aunque tenían sobrados conocimientos de *utriusque iuris*, solían dedicarse o a uno o a otro y, en consecuencia, dejaban inatendido aquel derecho que no era totalmente de su especialidad. Por otra parte, muchos autores más que tratar instituciones completas, se dedicaban a formular comentarios, glosas y observaciones a la legislación vigente, siguiendo el orden de ella. Tal es el caso de Antonio Gómez, Juan de Matienzo y Gregorio López, por mencionar sólo a los más destacados. Hay, sin embargo, un autor indiano, Juan de Montealegre, que trata con cierta organicidad este tema cuando se refiere a las personas que no pueden parecer en juicio como los monjes, siervos, sordomudos, pródigos, etc. y dedica el capítulo 5º del libro 1º de su obra<sup>941</sup> a la *potestas maritalis*.

Sin definirla, señala cuáles son sus consecuencias. Veámoslas. De carácter no patrimonial son la reverencia que la mujer debe al marido; su obligación de servirlo; la de seguir su domicilio, habitando en su casa y en el lugar adonde él quisiere migrar; el poder del marido de “reivindicarla” sea con intervención judicial o de propia autoridad; el de castigarla moderadamente y aun encadenarla; sigue la mujer el fuero del marido perdiendo el suyo propio; pasa ella a pertenecer a la familia del marido y deja la de sus padres; por último, sigue la condición social de su cónyuge, disfrutando, en su caso, de las honras y preeminencias que a él correspondan. En lo económico, no puede la mujer contratar ni parecer en juicio sin licencia marital; si ella hiciera o diera algo en beneficio del marido y en perjuicio suyo propio, se presume haberlo hecho por miedo y reverencia al marido; durante el matrimonio el marido es mirado como dueño de los bienes dotales y no le corre prescripción a la mujer sobre tales bienes. Como consecuencia de carácter penal señala que la mujer, por reverencia al marido, no está obligada a denunciar los delitos de éste; mas, una vez muerto, ha de hacerlo igual que cualquier otro que, estando bajo su potestad, hubiera tomado conocimiento del hecho. La práctica judicial corrobora muchas de estas expresiones de la potestad marital. Una sentencia canónica de 1746, tras rechazar una demanda de nulidad de matrimonio, expresaba:

---

<sup>940</sup> E. Vázquez Montes, "Notas históricas sobre la capacidad jurídica de la mujer en los Derechos Español, Indiano y del México independiente, para el desempeño de oficios públicos y disfrute de los derechos subjetivos públicos" en *Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho Mexicano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1988, t. II, p. 1035.

<sup>941</sup> Montealegre, *op. cit.*

“Mandamos que la dicha doña Isabel siga a su marido y con él haga vida maridable y le respete y reverencie como es obligada, con apercibimiento que de lo contrario, se procederá contra ella por todo rigor de derecho”<sup>942</sup>.

Montealegre explica a continuación las conexiones y limitaciones que ofrecen estos derechos del marido, lo que dejaré de lado en esta ocasión a objeto de detenerme en los que competen a la mujer. En cuanto al inicio de la *maritalis potestas*, lo fija en la celebración del matrimonio por palabras de presente, sin que sea necesario que los cónyuges vivan juntos y mucho menos que haya tenido lugar cópula<sup>943</sup>.

## **2. Derechos no patrimoniales de la mujer frente al marido.**

Del examen del material reunido, se sigue que la mujer tenía los siguientes derechos de contenido no patrimonial o preferentemente personales frente a su cónyuge: a) derecho a la fidelidad de su marido<sup>944</sup>; b) ciertos derechos o privilegios en caso que fuera ella quien se amancebase con otro hombre casado o con clérigo; c) ciertos derechos o privilegios en caso de adulterio cometido por ella; d) derecho-obligación de ambos cónyuges a la unidad del domicilio; e) derecho a no seguir el domicilio común en ciertos casos; f) derecho un débito normal; g) derecho a buen trato; h) derecho a disfrutar de los honores y preeminencias del marido; i) derecho a ser socorrida en caso de enfermedad; j) derecho a alimentos<sup>945</sup> y k) derecho a no realizar tareas excesivas o innobles. Veámoslos con algún detenimiento a continuación.

2.1 *Derecho de la mujer casada a la fidelidad de su marido*: hay cierta relativa equivalencia entre las obligaciones de fidelidad de marido y mujer. Esta, cuando es infiel, comete el delito de adulterio, que es “el acceso que tiene un hombre con mujer casada, sabiendo que lo era”<sup>946</sup>. El marido, por su parte, comete delito de amancebamiento cuando tiene concubina públicamente. Es de observar que era necesaria la publicidad para que se diera por tipificado el delito, por el que, si el marido era cauto y tenía manceba secretamente, no era posible de pena alguna.

---

<sup>942</sup> R. Peña, “Fuentes del Derecho Indiano: los Autores, Anacleto Reiffenstuel y el Jus Canonicum Universum”, en: *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, t. XXVI, p. 151. Córdoba, 1988, donde se transcribe en esencia el fallo recaído en juicio de nulidad de matrimonio ventilado en Córdoba entre Manuel Romero e Isabel Martínez por supuesta cópula ilícita.

<sup>943</sup> Montealegre, *op. cit.*, Lib. 1, Cap. V, N<sup>os</sup> 70 y 76.

<sup>944</sup> Sobre la intervención del Estado frente a determinados pecados, vid. J. Jiménez Lozano *et al.*, *Pecado, Poder y Sociedad en la Historia*. Valladolid, 1992.

<sup>945</sup> Incluyo el derecho a alimentos entre los no patrimoniales o personales, en lo cual sigo a L. Fernández Clérigo, *El derecho de familia en la legislación comparada*. México, 1947, pp. 66-70; a F. Fueyo Laneri, *Derecho Civil*, t. VI, *Derecho de Familia*, Santiago, 1959, Vol. 1 pp. 233 y ss., y a F. Puig Peña, *Compendio de Derecho Civil Español*, 3<sup>a</sup> ed., Madrid, 1976, t. V, pp. 104 y ss. Lo mismo se desprende de las explicaciones de L. Jossierand, *Cours de Droit Civil Positif Français*, 2<sup>a</sup> ed., París, 1932, pp. 450 y ss.

<sup>946</sup> J. M. Gutierrez, *Práctica criminal de España*, Madrid, 1804, t. 3, p. 182. Al amancebamiento se refiere A. de Villadiego, Vascañana y Montoya, *Instrucción Política y Práctica Judicial*, Madrid, 1747, p. 255, y A. de Azevedo, *Commentarium iuris civilis in Hispaniae Regias constitutiones*. Salmanticae, 1583-1598, t. 52, pp. 300-312, donde trata de amancebamientos y pp. 312-314, donde habla del adulterio.

“Fúndase esta diferencia en que por el acceso del marido con otra muger, aun quando sea casado, no causa daño ni deshonra a la suya, siendo así que, además de la afrenta, mayor por cierto de lo que publica la depravación, puede seguirse de la deshonestidad de ella gran perjuicio al marido; pues si quedase embarazada del adúltero, sería heredero de aquél un hijo de otro y percibiría lo que debería distribuirse entre sus propios hijos”<sup>947</sup>.

Es, pues, la diversa consecuencia social de ambos delitos la que acarrea el trato diferente que se les da, criterio que ya aparece en las *Partidas*<sup>948</sup>: “del adulterio que faze el varón con otra mugier non nace daño nin deshonra a la suya”. Con todo, podía exigir la mujer a su marido formal promesa de no tener concubina<sup>949</sup>.

Se diferenciaban ambos delitos en que el de adulterio era de acción privada, como se verá, en tanto que el de amancebamiento lo era de acción pública, constituyendo uno de los “pecados públicos”, cuya persecución se encargaba principalmente a los corregidores. En los *Capítulos de corregidores* dados en Sevilla por los Reyes Católicos en 1500 se leía:

“XLVII Iten que tenga cargo especial de castigar los pecados públicos y juegos y amancebados y blasfemias y otros casos semejantes. Y cerca de los marcos que se han de llevar a las mancebas de los Clérigos e Frailes y casados: mandamos que por la primera vez que fuere hallada la muger ser manceba pública de Clérigo o Frayle o casado la condene a pena de un marco de plata, y destierro de un año, de la Ciudad, o Villa, o Lugar donde viviere y de su tierra; y por la segunda vez la condene a pena de un marco de plata, y destierro de dos años: e por la tercera vez sea condenada a pagar un marco de plata, e a que la den cien azotes públicamente, e la destierren por un año. Y que el Corregidor o Alguacil o otro Juez que llevare pública o secretamente marco o maravedís algunos, por razón de lo susodicho, sin ser sentenciado y executado el ducho destierro e otras penas primero, por orden de como en este capitulo se contiene, pague por el mismo hecho lo que llevó con las setenas para la nuestra Cámara o Fisco, y sea privado del Oficio”<sup>950</sup>.

De la negligencia en pesquisar estos delitos se hacía cargo a los corregidores en sus juicios de residencia<sup>951</sup>. Los párrocos debían averiguar si los que pasaban por maridos de algunas lo eran efectivamente, según se ordena en el sínodo de 1763, presidido por el obispo de Santiago Manuel de Alday: “porque sucede muchas veces venir de otras partes algunas Personas diciendo ser casados con las Mugeres que traen, no siéndolo en realidad”; si no acreditaban debidamente su estado, “depositen la Muger hasta que el Varón ocurra por el referido testimonio u otra Probanza suficiente”<sup>952</sup>.

---

<sup>947</sup> J. M. Gutierrez, *ibidem*.

<sup>948</sup> *Partidas* 7, 17, 1.

<sup>949</sup> Azevedo, *op.cit.*. t. V in Rubrica, tít. 20 N° 29 (Lib. 8 *Rec. Cast.*).

<sup>950</sup> En Villadiego, *op.cit.*, pp. 136-137.

<sup>951</sup> F. Campos Harriet, “La institución del corregidor en el reino de Chile”, en: *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios*. Madrid, 1973, p. 686.

<sup>952</sup> M. de Alday y Aspee, *Synodo Diocesano que celebró el Ilustrísimo señor doctor don Manuel de Alday y Aspee, obispo de Santiago de Chile, del Consejo de Su Magestad, en la Iglesia Catedral de dicha ciudad. A que se dio principio el día quatro de enero de mil setecientos sesenta y tres y se publicó en veintidós de abril de dicho año*. Lima, 1764, tít. 89, constitución 13, fol. 56.

Las Cortes de Briviesca, de 1387, castigaron al marido amancebado públicamente, pero que continuaba viviendo con su mujer legítima, con la pérdida de la quinta parte de sus bienes hasta monto de 10.000 maravedís cada vez que fuera hallado en ello, lo que incorporó la *Recopilación de Leyes de Castilla* a su disposición de 8, 19, 5. Esa suma era puesta en manos de parientes de la manceba para que tomase estado, casándose o ingresando en algún convento; pero si recaía en vida licenciosa, tal cantidad se entregaría por terceras partes a la cámara real, juez y acusador. Si el casado, en vez de vivir con su cónyuge, lo hacía públicamente con manceba, era castigado con la pérdida de la mitad de sus bienes para el Fisco. En igual pena incurría el hombre casado que hubiese sacado de su casa a mujer casada y se amancebara con ella cuando requerido por el marido o la justicia, no la devolviese<sup>953</sup>. Estas penas pecuniarias debían ser aplicadas dobladas en Indias<sup>954</sup>.

La manceba, a su vez, sufría como castigo el pago de un marco de plata o sesenta y cinco reales (que se aplicaba por terceras partes, una para el acusador –si lo había, en caso contrario, favorecía al juez– y dos para la cámara) y un año de destierro del pueblo donde morase; la segunda vez que fuera sorprendida, debería satisfacer otro marco y ser desterrada por dos años, y la tercera, nuevamente pagaría un marco, sufriría destierro por tres años y recibiría cien azotes en público. El juez que no aplicase estas penas sería privado del oficio<sup>955</sup>. También se aplicaba a la mujer el aumento de la pena pecuniaria de que hablaba:

“Mandamos que la pena de marco contra los amancebados y las otras penas pecuniarias impuestas por las leyes de estos reinos de Castilla a los otros delincuentes sean y se entiendan el doble en los de las Indias...”<sup>956</sup>.

La práctica judicial demuestra que en Chile nunca se aplicaban tan drásticos castigos, operando en favor de los delincuentes un favorable arbitrio judicial. Eran punidos ellos generalmente con destierro y ellas con reclusión en algún convento<sup>957</sup>. Muchas veces alguna pena impuesta por la justicia de primera instancia era rebajada por la Real Audiencia, por ejemplo, un amancebado condenado a dos años de destierro en Valdivia vio liberalizada su pena a un año de destierro... en Valparaíso, donde debía de ir a vivir con su mujer legítima<sup>958</sup>.

2.2. *Privilegios de la mujer casada, amancebada con casado o clérigo*: sólo el marido podía iniciar juicio en contra de su mujer amancebada con casado o con clérigo o fraile, aun cuando ello fuera público:

---

<sup>953</sup> *Rec. Cast.* 8, 19, 6.

<sup>954</sup> *Rec. Ind.* 7, 8, 5.

<sup>955</sup> *Rec. Cast.* 8,19,1. El *Liber Iudiciorum* y su versión castellana, el *Fuero Juzgo*, 3, 4, 9, contemplaban que la manceba fuera puesta en poder de la mujer “daquel marido con quien fizo el adulterio que se vengue della cuemo se quisiere...”.

<sup>956</sup> *Rec. Ind.* 7, 8, 5.

<sup>957</sup> *Vid* ANRACH vol. 1175, p. 2ª (cinco años de destierro); vol. 2698, p. 19 (dos años de destierro); Vol. 2460, p. 10 (dos años de destierro y azotes); Vol. 2037, p. 6ª (1 año de destierro); Vol. 2903, p. 36 (10 años de destierro).

<sup>958</sup> *Vid* ANRACH vol. 2307, p. 6ª (año 1º53).

“Ninguna muger casada pueda decirse manceba de Clérigo, Fraile ni casado, salvo seyendo soltera i tenida por el Clérigo por manceba pública; i que la tal muger casada no pueda ser demandada en juicio, ni fuera de él, salvo si su marido la quisiere acusar...”<sup>959</sup>.

Había dos excepciones que miraban al castigo de los amancebamientos de clérigos con casadas. Una se refería al caso del marido que, siendo criado de clérigo, hubiera contraído matrimonio para ocultar la torpe relación de éste con su mujer, situación en la que ella podía ser perseguida aun sin acusación de su complaciente marido<sup>960</sup>. También hacía excepción la situación de lenidad del marido frente al público amancebamiento de su mujer con un clérigo<sup>961</sup>.

2.3. *Privilegios de la casada adúltera*: la posibilidad de que mediante su adulterio la mujer introdujera hijos espurios a la familia formada con su marido hacía que este delito fuera castigado con dureza. En el *Liber Iudiciorum* y su versión castellana, el *Fuero Juzgo* se establecía que, probados los hechos, la mujer y su correo fueran puestos en poder del marido “e faga dellos lo que quisiere”<sup>962</sup>. La muerte de la “mugier hy el adulterador” es impune “non peche nada por el omecillo”<sup>963</sup>. La misma regla repitió el *Fuero Real*: “ambos sean en poder del marido e faga dellos lo que quisiere e de quanto han: assi que no pueda matar al uno e dexar al otro”<sup>964</sup>; pero si hijos derechos hubieren amos, o el uno dellos, hereden sus bienes...”. De la misma manera castigó tal delito la *Nueva Recopilación*<sup>965</sup>, insistiendo en que el agraviado no podía matar a uno y dejar al otro; igualmente repitió la regla sobre el destino de sus bienes, de los que se apoderaba el burlado<sup>966</sup> salvo que tuviesen

---

<sup>959</sup> *Rec. Cast.* 8, 19, 2.

<sup>960</sup> *Rec. Cast.* 8, 19, 3.

<sup>961</sup> *Rec. Cast.* 8, 19, 2.

<sup>962</sup> *Fuero Juzgo*, 3, 4, 3, "si la muger casada faze adulterio, é non la prisieren con el adulterio, el marido la puede acusar antel iuez por sennales é por presumpciones é por cosas que sean convenibles. E si pudiere seer mostrado el adulterio connozuda mentre, la muger é el adulterador sean metidos en poder del marido, assí cuemo es dicho en la ley de suso, é faga dellos lo que quisiere".

<sup>963</sup> *Fuero Juzgo*, 3, 4, 4. Cabe hacer presente que los códigos de Toledo, del Marqués de Malpica, así como del Escorial del *Fuero Juzgo* añaden: "nin muerte non reciba por ello". Vid. Real Academia Española, *Fuero Juzgo en latin y castellano...* Madrid: Ibarra, 1815, p. 56 de la 2a. parte.

<sup>964</sup> *Fuero Real*, 4, 7, 1. La ley 93 de Estilo aclaraba que si se encontraba sólo a uno de los culpables, el marido debía de mantenerlo hasta hallar al otro y sólo entonces podía darles muerte. El Ordenamiento de Alcalá, en la ley 1<sup>o</sup> del título 21, facultaba al marido para dar muerte a ambos culpables si los hallaba en flagrante delito: ambos debían ser muertos, a efectos de que no se produjeran acuerdos, por ejemplo con sim mujer para dar muerte al rival o con éste para deshacerse de la mujer. Consta haberse aplicado estas disposiciones en 1625 en Potosí, cuando Francisco González, noble caballero que estaba tullido en cama, al observar el adulterio que en frente de él cometía su mujer aprovechándose de su estado, recuperó repentinamente el vigor y, levantándose, apuñaló a su mujer y el amante: B. Martínez y Vela, *Anales de la Villa Imperial de Potosí*. La Paz: Artística, 1939, p. 118.

<sup>965</sup> *Rec. Cast.* 8, 20, 1.

<sup>966</sup> La ley 82 de Toro corrigió estos efectos patrimoniales: “El marido que matare por su propia autoridad al adúltero, y a la adúltera, aunque los tome *in fragranti delicto*, y sea justamente hecha la muerte, no gane la dote ni los bienes del que matare: salvo si los matare o condemnare por autoridad de nuestra justicia, que en tal caso mandamos que se guarde la ley del fuero de las leyes, que en este caso dispone”.

hijos legítimos. Sin embargo, algunos autores opinaban que esta venganza privada estaría derogada por el auto acordado 8, 8, 2 de Felipe V que prohibía “duelos y satisfacciones privadas”. Expresaba ahí el monarca que “para que no queden sin castigo las ofensas y las injurias que se cometan...” él mismo tomaría la pertinente venganza, aunque para ello debiera llegar al último suplicio<sup>967</sup>.

Las *Partidas*, a su vez, castigaban a la mujer con azotes públicos, pérdida de sus derechos económico-matrimoniales y reclusión en un convento, de donde el marido, si la quería perdonar, podía sacarla en el término de dos años; de lo contrario, permanecería ahí de por vida<sup>968</sup>. El que adulteró con ella, a su vez, era condenado a muerte. Sobre estas penas se expresaba así el fiscal Joaquín Pérez de Uriondo en un célebre juicio relativo a un adulterio de fines del siglo XVIII:

“[U]n autor español anotando las *Partidas* dice: “Todas estas penas son mui justas, pero la practica las ha atemperado se verán (prosigue) decisiones superiores más suaves unas que otras porque el arbitrio del Juez templa, habida consideración a las circunstancias y personas delinqüentes; pero lo regular es que las adúlteras de mediana esfera entran en clausura y al hombre se le destierra y si acontece en gente baja, se encarcela a la mujer y el hombre va a un presidio; esto es, después de los trámites de la averiguación y dio ser proveída la causa, sin que obste lo que sucede quando las personas son de otro rango y esfera visible”<sup>969</sup>.

La aseveración del fiscal se halla confirmada por la práctica que se observa en Chile: uno o dos años de destierro eran la pena corriente para los hombres, en tanto que para las mujeres bastaban de cuatro a seis meses de reclusión en algún convento<sup>970</sup>.

La ley 81 de Toro aclaró que no obstaba al castigo de este delito la pretensión de

---

<sup>967</sup> J. M. Gutierrez, *op.cit.*, t. III, p. 185.

<sup>968</sup> *Partidas*, 7, 17, 15.

<sup>969</sup> ANRACH. vol. 2037, fs. 95 v. La reclusión en un convento era reemplazada frecuentemente por depósito en casa de la familia no sospechosa, como aparece en el juicio contra Leonardo Morales y María de Abrego, ANRACH. vol. 2543, p. 2<sup>a</sup> (1697). También se observa depósito en juicio contra Lorenzo Palomino y María Bermejo, ANRACH. vol. 2783, p. 3<sup>a</sup> (1698-1701) y en juicio contra el capitán Pedro Palacios e Isabel Suárez, ANRACH vol. 1282, p. 19 (1716).

<sup>970</sup> Un año de destierro a Valparaíso y otro de destierro a Valdivia son las penas asignadas a los hombres adúlteros en ANRACH vol. 568, p. 2 y ANRACH Vol 2307, p. 6; dos años de destierro es la pena asignada en ANRACH vol. 2698, p. 1<sup>a</sup>. Un año de destierro a Yumbel en ANRACH vol. 2629, p. 6<sup>a</sup> y un año de destierro a San Fernando en ANRACH vol. 3022, p. 1<sup>a</sup> (1758), juicio contra Dionisio Henríquez y María Santibáñez. La pena más alta es destierro por diez años a Lima, que aparece en ANRACH vol. 2903, p. 36. En otro caso se condena al adúltero a seis meses de trabajos forzados en obras públicas prohibiéndosele el ingreso, por diez años, al curato de Rancagua, donde se había producido el delito (ANRACH vol. 2365, p. 19 (año 1787)). Las penas asignadas a las mujeres adúlteras son cuatro meses de reclusión en el monasterio que elija el marido (ANRACH vol. 568, p. 2<sup>a</sup>) y seis meses de reclusión en ANRACH vol. 2365, p. 19. En otra oportunidad, se la recluye sin señalársele término en su propio hogar, ANRACH vol. 2365, p. 19. Anacleto Reiffenstuel en el lib. V, tít. XVI N<sup>o</sup> 10 de su obra va citada expresaba que “*poenae feminae adulterae detrusio in arcum Monasterium ad agendam ibi poenitentiam perpetuam, si maritums eam amplius recipere non vult*”. Un acucioso promotor fiscal recordaba las duras penas establecidas por la ley: “el adúltero [merece] la pena de excomunión que prescriben las instituciones canónicas en el título *de adulteriis et aliis coniunctionibus illicitis*, asimismo la de amisión de bienes si los tuviere que pone la ley 6, tít. 19, lib. 8 de las Recopiladas de Castilla; y aun la de muerte corporal del adúltero y azotes de la adúltera que impone la ley 15 tít. 17, par. 7<sup>a</sup> cuyo rigor modera la piedad con la inobservancia de su tenor en el todo...” (ANRACH Vol. 2365, p. 19, año 1767).

“Que el dicho matrimonio fue ninguno, ora por ser parientes en consanguinidad o afinidad dentro del quarto grado, ora porque qualquiera dellos sea obligado antes a otro matrimonio o aya fecho voto de castidad o de entrar en religión, o por otra cosa alguna, pues ya por ellos no quedó deshacer lo que no debían”<sup>971</sup>.

La jurisprudencia atemperó, no obstante, esta dura disposición, habida consideración a lo que Antonio Gómez, Acevedo y otros afirmaban, respecto de que no podía acusarse de adulterio a la mujer cuyo matrimonio hubiera adolecido de falta de consentimiento.

Tampoco podía ser acusada la mujer cuando no hubiera dolo suyo en la comisión del delito como cuando había sido forzada<sup>972</sup> o cuando, creyéndose viuda por desaparecimiento comprobado del marido, hubiera contraído nuevo matrimonio y después apareciera éste<sup>973</sup>. Privilegiaba fundamentalmente a la mujer el que sólo el marido pudiera deducir querrela por este delito conforme a *Rec. Cast.* 8, 19, 2, debiendo considerarse derogada la disposición de las *Partidas* 7, 17, 2 que admitía que en ciertos casos lo hicieran el padre, hermano o tío de la adúltera<sup>974</sup>. Decía el fiscal Pérez de Uriondo en el juicio reseñado más arriba: “el delito de adulterio es de tan especial naturaleza que sólo puede acusarse por el marido y no por el juez de oficio si no es con consentimiento de aquél...”<sup>975</sup>.

Por otra parte, sólo podía acusarse a ambos correos y no a uno solo, en razón de la conexión del delito, “y esto aunque se haya profugado el adúltero, no habiendo muerto ni precediendo la transacción que sobre ello recaiga”<sup>976</sup>, de acuerdo a la ley 80 de Toro<sup>977</sup>. Estas disposiciones castellanas se aplicaban en Indias por particular remisión de la *Recopilación de Indias*<sup>978</sup>.

La jurisprudencia doctrinal favorecía a la mujer, en cuanto había opiniones según las cuales no podía acusar de adulterio el marido que también lo hubiera cometido<sup>979</sup>, concordante con *Fuero Real*:

“[S]i el marido que fiziere adulterio quisiere acusar a su muger que hizo adulterio: y ella dixere ante que diga de sí, o de no, que no la pueda acusar, porque el hizo adulterio si gelo provare puédalo desechar de la acusación”<sup>980</sup>.

---

<sup>971</sup> *Rec. Cast.* 8, 19, 3.

<sup>972</sup> *Partidas*, 7, 17, 4.

<sup>973</sup> *Partidas*, 7, 17, 5.

<sup>974</sup> Villadiego, *op.cit.*, p. 291 y Gutiérrez, *op.cit.*, t. 1, p. 105.

<sup>975</sup> ANRACH vol. 2037, Ls. 94.

<sup>976</sup> ANRACH vol. 2037, fs. 9-1.

<sup>977</sup> *Rec. Cast.* 8, 20, 2. Esta disposición es expresamente citada en ANRACH Vol. 2119, p. 9, impidiéndose que el marido se querellara sólo contra uno de los coautores.

<sup>978</sup> *Rec. Ind.* 7, 7, 4.

<sup>979</sup> Matienzo, *op.cit.*, p. 14, N° 102, quien cita al célebre Martín de Azpilcueta.

<sup>980</sup> *Fuero Real* 4, 7, 4.



Esta disposición se consideraba, sin embargo, derogada por las *Ordenanzas Reales de Castilla*<sup>981</sup> según lo expresaba el propio Alfonso Díaz de Montalvo en su glosa al *Fuero Real*<sup>982</sup>. Mas, desde el punto de vista doctrinario, la compensación de delitos era indiscutible.

Favorecía igualmente a la mujer el que el marido la hubiera aconsejado incurrir en adulterio, caso de lenocinio en el cual no podía acusarla, según Matienzo<sup>983</sup>, quien tomaba pie en el *Fuero Real*<sup>984</sup> así como en las *Partidas*<sup>985</sup>.

La misma disposición foral y las *Partidas*<sup>986</sup>, contemplaban que si el marido, tras el adulterio, tuviera a la mujer a su mesa y en su lecho, no podía después acusarla, por haber intervenido un perdón tácito, lo que asimismo acoge Matienzo<sup>987</sup>.

Dos situaciones más de privilegio femenino son sacadas a luz en un proceso que el marido instara causa de adulterio y después no prosiguiese en ella (entendiéndose perdón) y que él renunciase expresamente a actuar en contra de su cónyuge<sup>988</sup>, basadas en las *Partidas*<sup>989</sup>.

Constituía, por último, un privilegio que este delito tuviera un breve plazo de prescripción extintiva –cinco años– frente al corriente de veinte años<sup>990</sup>.

Sin embargo de estas normas, no faltó en la América Hispana el marido desbocado que, por sospechas de ser manchada su honra, dio muerte a su mujer<sup>991</sup>.

2. 4. *Derecho-obligación de los cónyuges de vivir en el domicilio común*: las obligaciones de la mujer relativas al domicilio conyugal a que se refiere Juan de Montealegre tratando de las consecuencias de la potestad marital<sup>992</sup> son, desde el punto de vista de la mujer, derechos que le permiten ser admitida en el hogar común. De la comunicación de cuerpos y obras que ha de seguir al matrimonio, dice Matienzo, se desprende que deban de vivir juntos, materia de la que ha de conocer el juez eclesiástico, quien puede compelerlos a ello

---

<sup>981</sup> Lib. 8, tít. 15.

<sup>982</sup> A. Díaz de Montalvo, *El Fuero Real de España diligentemente hecho por el noble Rey. Don Alonso noueno: Glossado por el egregio Doctor... Assimesmo por un sabio Doctor de la universidad de Salamanca addicionado y concordado con las siete partidas y leyes del Reyno: dando a cada ley la addicion que conuenia*. Salamanca, 1569, fol. 232.

<sup>983</sup> Matienzo, *ibidem*.

<sup>984</sup> *Fuero Real*, 4, 7, 5.

<sup>985</sup> *Partidas* 7, 17, 7.

<sup>986</sup> *Partidas* 7, 17, 8.

<sup>987</sup> Matienzo, *ibidem*.

<sup>988</sup> ANRACH vol. 2037, fs. 95 y 96.

<sup>989</sup> *Partidas* 7, 17, 8.

<sup>990</sup> *Partidas*, 7, 17, 4 y 7.

<sup>991</sup> Los casos son abundantes. Para Potosí menciona varios casos Martínez y Vela, *op. cit.*, p. 197.

<sup>992</sup> Montealegre, *op.cit.*, fs. 95 y ss.: “*quintus effectus est quod uxor tenetur habitare cum viro in eius domo & civitate [...] sextus effectus est quod uxor sequit maritum suum quocumque migrare voluerit & si domicilium mutare vellit...*”.

fulminando censuras, aun con auxilio del juez secular<sup>993</sup>. Si el marido quisiera cambiarse de domicilio o de ciudad, la mujer debía seguirlo: "*fit etiam ut quocumque migrare voluerit vir, uxor eum sequi teneatur, si domicilium mutare velit*"<sup>994</sup>. La separación del marido y mujer no podía producirse de común acuerdo, ya que requería de sentencia judicial en un juicio de divorcio *quoad thorum et cohabitationem*, cuyas causas más frecuentes eran adulterio, sevicia o enfermedad contagiosa<sup>995</sup>. Se suspendía la obligación de vivir juntos durante la tramitación de tal divorcio. Parece que algunas veces las mujeres abusaban de esta franquicia, promoviendo un juicio que después no proseguían, disfrutando, entre tanto, de la separación provisoria pertinente. El obispo Manuel de Alday, en una de las constituciones del Sínodo de 1763, ordenó que tales mujeres fueran depositadas en parte segura mientras durara el litigio, y si éste no fuera proseguido, "el Promotor Fiscal pida se junten a vivir maridablemente"<sup>996</sup>. Se consideraba pecado público la separación voluntaria de marido y mujer. De este modo, cuando el marido, cuyo domicilio estaba en España, quería pasar a Indias debía, en principio, llevar a su mujer, como lo expresa una real cédula de 18 de febrero de 1549<sup>997</sup>, dirigida a los oficiales de la Casa de Contratación:

"ya sabeys como por nos vos está mandado que no dexeys pasar a las Indias a ninguna persona que fuere casado, sin que lleve a su muger",

en lo que quedaban incluidos los que tuvieren

"oficios nuestros ansi de gouernacion, como de alguacilazgos, escriuanias, y Regimientos como cargos de Oydores...".

Que marido y mujer vivieran juntos importaba para efectos económicos y morales, tales como el socorro que así recibirían ésta y su prole y el evitarse amancebamientos, adulterios o bigamias<sup>998</sup>. Pero existía también una razón netamente jurídica: el régimen económico matrimonial imperante en Indias era, como se ha dicho, el de comunidad de bienes restringido a los gananciales modificado por algunas donaciones por causa de matrimonio esponsalicias, (dotales, arrales). Dentro de este régimen, los bienes que marido y mujer adquirían y multiplicaban durante el matrimonio, mientras *vivían juntos* o estaban *de consuno*, eran comunicables entre ellos por mitad. ¿Qué debía entenderse por estar *de consuno*? Si bien para la mayor parte de los tratadistas ello era considerado más bien como un *animus* (así Matienzo<sup>999</sup> y Solórzano<sup>1000</sup>), para otros, la necesidad de cohabitación era

---

<sup>993</sup> Matienzo, *op.cit.*, fo. 13, No. 90.

<sup>994</sup> Matienzo, *op.cit.*, fo. 13, No. 94.

<sup>995</sup> Peña, *Notas...*, p. 333. Sobre el tema, Rípodas, *op.cit.*, pp. 383 y ss.

<sup>996</sup> Alday, *op.cit.*, tít. 8º, constitución 16, fo. 58.

<sup>997</sup> En D. de Encinas, *Cedulario Indiano recopilado por... Reproducción facsímil de la edición de 1596 con estudio e índices de Alfonso García Gallo, Libro Primero*. Madrid, 1945, p. 400, que es *Rec. Ind.* 9, 26, 28. Esta última reza: "Declaramos por personas prohibidas para embarcarse, y pasar á las Indias, todos los casados, y desposados en estos Reynos, si no llevaren consigo sus mugeres, aunque sean Vireyes, Oidores, Gobernadores, ó nos fueren á servir en qualesquier cargos, y oficios de Guerra, Justicia, y Hacienda, porque es nuestra voluntad, que todos los susodichos lleven á sus mugeres: y asimismo concurra la calidad de llevar licencia nuestra para sus personas, mugeres, y criados".

<sup>998</sup> *Vid.* Capítulo IV de este mismo libro, a continuación.

<sup>999</sup> Matienzo, *op.cit.*, glosa 1, N° 42 y 43 a *Rec. Cast.* 5. 9. 2.

entendida en forma estricta, exigiendo que marido y mujer vivieran juntos sin separarse jamás<sup>1001</sup>. Tal posición entroncaba con los textos forales castellanos: en el *Libro de los Fueros de Castilla*, por ejemplo, se establecía que para que las ganancias de los cónyuges fueran comunes era menester que vivieran bajo un mismo techo, pues en caso contrario lo ganado por cada uno le pertenecía exclusivamente y las deudas de cada cual gravarían al que las contrajo y no al otro<sup>1002</sup>. Interesaba, pues, bastante a la mujer ser admitida en el domicilio común, arriesgándose, de lo contrario —en caso que se siguiera la corriente de interpretación estricta de la cohabitación—, a que lo que el marido produjera fuera exclusivamente suyo, privándola del derecho a gananciales. Esta interpretación es acogida beneficiando a la mujer en un juicio ventilado en Santiago a principios del siglo XIX entre Carmen Navarro y Esteban de Salamanca. Habiendo huido Salamanca de casa, la mujer trabajó duramente, logrando adquirir un terreno y construir unos ranchos. Vuelto aquél, adujo ser administrador de los bienes gananciales y vendió el terreno referido. Ante la reclamación de la mujer, se declaró que tales bienes eran exclusivamente suyos, anulándose la venta que había hecho el marido<sup>1003</sup>.

El derecho-obligación de vivir juntos era recíproco. El marido cuya mujer no quisiera vivir con él podía *vindicarla* como consecuencia de su potestad marital, lo que podía hacer por su propia mano o bien recurriendo a la intervención judicial<sup>1004</sup>. Para que ella se alejase de la familia, se requería de una licencia del marido de las que hay ejemplos en los archivos notariales chilenos<sup>1005</sup>. Pero, por reciprocidad, tenía, a su vez, la mujer derecho a que el marido no se ausentara del hogar. En virtud de *Rec. Ind.* 7, 3, 7, los casados en Indias podían alejarse de sus hogares por tiempo limitado<sup>1006</sup>, siempre que las autoridades les dieran licencia, examinando las causas invocadas. Atendidas las edades de marido y mujer y el número de hijos, era necesario que dejaran suficientemente provisto su sustento y debían, además, otorgar fianza de que volverían dentro del tiempo señalado. Estas normas aparecen cumplidas en la práctica jurídica chilena. Las mujeres dan licencia a sus maridos para ir a España, Buenos Aires o Perú. Dejan constancia de por qué la otorgan. El caso corriente es que los malos negocios del marido lo obligan a buscar nuevos horizontes para

---

<sup>1000</sup> Solorzano, *op.cit.*, lib. 3, cap. 16, N° 29, t. 1°, fo. 319.

<sup>1001</sup> En todo caso, si el matrimonio había sido sólo rato y no había existido cohabitación entre los cónyuges, quedándose la mujer en su casa, se estimaba que ningún derecho tenía a gananciales siendo ésta la opinión de Palacios Rubios al comentar las Leyes de Toro, de Matienzo al comentar *Rec. Cast.* 5, 9, 2, glosa 1a., no. 41 y Covarrubias, *De Sponsal.* part. 2, c. 7, \*1, no. 6. En un *Tractatu de contractu dotalis et societate bonorum inter coniuges inita*, que está en dos manuscritos de la Biblioteca Nacional de México, ms. 1190, de 1714, y 414 de 1738, al referirse a que marido y mujer deben estar de consuno, de acuerdo al Fuero Real, expresa: "*ide si simul habitant*": 414, fs. 207. Cita *Rec.Cast.* 5, 2, .2 y 5 y entre los autores a Menchaca, Sánchez, Gregorio López, Gutiérrez, etc.

<sup>1002</sup> Dougnac, *Esquema...*, p. 170.

<sup>1003</sup> ANRACH vol. 2770, p. 7.

<sup>1004</sup> Matienzo, *op.cit.*, fo. 13, N° 92: "*Infertur etiá propter hanc mutuam cohabitationem maritum posse uxorem vindicare adiecta causa iuris divini, quod ei tribuit ipsum ius agendi, secundum Abb. [...] & poterit coniux ad vindicandum coniugem officium iudicis secularis invocare ex sententia Bernardi...*".

<sup>1005</sup> Archivo de Escribanos de Santiago, vol. 930, fs. 380 (1791).

<sup>1006</sup> Para viajar a España.

atender a su familia. Se deja muy en claro que la manutención familiar queda asegurada. En una sola oportunidad el permiso fue otorgado por un plazo determinado, cuatro años<sup>1007</sup>.

Si el marido no cumplía con estas normas, podía también la mujer *vindicarlo*, de lo que hay sobrados ejemplos. La santiaguina Rosa Quiroga, casada con Francisco Xavier Benavides, residente en Lima, solicitaba que éste viniera a hacer vida maridable<sup>1008</sup>. En 1802 María del Carmen Trucíos, distinguida y opulenta santiaguina, obtiene orden de detención contra su cónyuge, Joaquín Ruiz de Alcedo, quien se había ausentado rumbo a Buenos Aires sin su permiso, olvidando dejar alimentos para ella y para su hija<sup>1009</sup>. Son muchos los casos de maridos requeridos por sus mujeres desde diversas partes de Indias o de España. En 1773 Josefa Ramírez, residente en Cádiz, se dirige al gobernador de Chile refiriendo que su marido, Juan Joseph de Landa, que se hallaba separado de ella por espacio de siete años, no cumplía con su obligación de darles el alimento necesario a ella y su hijo, por lo que solicitaba se ordenara que el referido “se presente a este Puerto a hacer vida Marital precediendo el recobro de los bienes que tubiere”<sup>1010</sup>. Mónica Silva, también gaditana, pide en 1775 el envío de su marido, Juan Antonio Martínez<sup>1011</sup>. María Gómez, vecina de Córdoba, solicita en 1789 el regreso de su marido, Silvestre Morales, fundidor de campanas, separado doce años de ella<sup>1012</sup>. Los casos pueden multiplicarse. Matienzo utiliza paladinamente la expresión ‘vindicación’ para referirse al derecho de las mujeres respecto de sus maridos:

*“[Q]uotidie fieri videmus in his Indiarum requis uxores si quidem in Hispania degentes, a viris suis derelictae, vendicant eos coram reges senatoribus consilii Indiarum, qui regias litteras decernunt ut a iudicibus secularibus mittantur, vitam cum uxoribus suis acturi, utque simul habitente”*<sup>1013</sup>.

A veces las circunstancias impedían que el marido acudiera al domicilio conyugal, lo que ocurría, por ejemplo, al estar aquél condenado a permanecer en algún presidio a causa de algún delito cometido. Hubo casos en que las cónyuges solicitaron ser enviadas a Valdivia, donde sus maridos cumplían condena. Tal ocurrió con Micaela Sánchez y Francisca Cruzat, que solicitaron autorización para trasladarse con sus hijos al presidio de Valdivia junto a sus maridos, Santiago Alemán y Julián Leiva. La autoridad no sólo les dio el permiso necesario, sino que les facilitó el embarque en el navío del situado y dio orden al gobernador de aquel lugar para que “propenda a su establecimiento y subsistencia en aquel destino”<sup>1014</sup>.

---

<sup>1007</sup> Archivo Capitanía General, vol. 184, fs. 148 y ss. (1787); Archivo de Escribanos de Santiago vol. 852, fs. 257 (1789); vol. 930, fs. 64 (1790); Archivo Notarial de Santiago vol. 15, fs. 214v. (1803).

<sup>1008</sup> Archivo Capitanía General, vol. 668, fs. 219 y ss.

<sup>1009</sup> Archivo Capitanía General, vol. 159, 9. 20.

<sup>1010</sup> Archivo Capitanía General, vol. 10, fs. 296.

<sup>1011</sup> Archivo Capitanía General, vol. 214, fs. 73y SS.

<sup>1012</sup> Archivo Capitanía General, vol. 670, fs. 159.

<sup>1013</sup> Matienzo, *op.cit.*, fol. 13, N° 92.

<sup>1014</sup> A. Dougnac R., "La unidad de domicilio conyugal en Chile Indiano" en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 7, n.o 1-6, Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, 1980, p. 577.

Con todo, el marido podía rehuir la cohabitación en caso que, habiéndosele prometido una dote, ésta no se le hubiera entregado, en lo que estaban de acuerdo autores regnicolas como Covarrubias, Palacios Rubios y Matienzo<sup>1015</sup>.

Tanto la legislación real como la canónica velaban por la unidad del domicilio conyugal. La primera, en atención a que muchos de los que pasaban a Indias se declaraban falsamente solteros, ordenó en 1552 que las respectivas informaciones se otorgaran “en sus tierras y naturalezas [...] con aprobación de la justicia de la ciudad, villa o lugar”<sup>1016</sup>. La desconfianza llegó al extremo de que los informes sobre el fallecimiento de las mujeres de los pasajeros debían ser aprobados por el Consejo de Indias, prohibiéndose su embarque sin este preciso requisito<sup>1017</sup>. En algunos casos especiales dábanse autorizaciones a los casados para ir a América sin sus mujeres; pero era de rigor que otorgaran fianzas suficientes de que volverían dentro de cierto plazo y aun podían sufrir pena de prisión en caso de no cumplir con el regreso en el tiempo estipulado<sup>1018</sup>.

Virreyes, audiencias, sus presidentes y fiscales, gobernadores, corregidores, alcaldes mayores, alcaldes ordinarios y cualesquiera otros jueces debían examinar si los casados habían tenido alguna vez licencia para permanecer en Indias sin sus mujeres y, no teniéndolas, se los debía hacer embarcar, sin que valiera el que dijeran que habían enviado por ellas o que lo harían o que se irían en el futuro a España<sup>1019</sup>. Junto con erigirse la real audiencia de Concepción en 1567, recibió una real cédula por la que, al igual que lo que se mandaba a las de Charcas y Quito, debía abstenerse de dar “licencias ni prorrogaciones dellas para estar en aquellas partes ningunas personas que fueren casados y tuvieran sus mujeres en España, antes los envíen a ella conforme a lo que está mandado”. En la misma ocasión se envió a dicha audiencia una carta acordada por la que se prevenía que Pedro de Salcedo, escribano estante en Chile, fuera a hacer vida maridable<sup>1020</sup>. Se encomendaba a los generales de las armadas de la mar del Sur y del Norte “que por lo tocante a su jurisdicción así lo cumplan precisamente”<sup>1021</sup>.

En cuanto a legislación canónica, el Segundo Concilio Limense de 1567 disponía que los casados debían ser “compelidos por la justicia a bolverse con sus mugeres luego”, siendo de resorte de los obispos averiguar si “los que vienen desde España a estas partes

---

<sup>1015</sup> Matienzo, *op.cit.*, fol. 13, N° 91.

<sup>1016</sup> Encinas, *op.cit.*, t. 1, fo. 397.

<sup>1017</sup> *Rec. Ind.* 7, 3,9.

<sup>1018</sup> *Rec. Ind.* 7, 3, 3, y 9, 26, 30 y 33.

<sup>1019</sup> *Rec. Ind.* en su título 3o. del libro 7o. recoge las principales normas sobre esta materia: “De los casados, y desposados en España, é Indias, que estén ausentes de sus mugeres, y esposas”.

<sup>1020</sup> Pedro de Salcedo vino a Chile con García Hurtado de Mendoza; fue escribano entre 1558 y 1559, año en que cesó sus funciones. Permanecía en Chile en 1585, en que era contador de real hacienda en Valdivia: T. Thayer Ojeda, *Formación de la Sociedad Chilena y censo de la Población de Chile en los años de 1540 a 1565 con datos estadísticos, biográficos, étnicos y demográficos*, t. III (Santiago, 1941), p. 187.

<sup>1021</sup> *Rec. Ind.* 7, 3, 1.

[...] traen mancebas en son de mugeres y si así lo hallasen, ásperamente los castiguen”<sup>1022</sup>. Hay muchas otras disposiciones sobre la materia dictadas en diversos lugares y épocas<sup>1023</sup>. De particular interés para Chile son las constituciones del sínodo de 1763, presidido por Manuel Alday. Se decía en un acápite que siendo corriente que los casados se apartaran de sus mujeres “pasándose a vivir en Parages distantes, donde permanecen por muchos años y si algún cura en cumplimiento de su Oficio o por interpelación de Prelado, les manda volver en solicitud de la Muger se tundan a otra Parrochia, con que se frustran todas las Providencias”, se manda que ningún párroco permita en sus doctrinas a hombre casado “que esté ausente de su Muger mas tiempo de dos años, mientras no manifieste *licencia de ella aprobada por el Ordinario Eclesiástico* y que, faltando esta circunstancia, los apremien con censuras a su regreso en cada Curato”<sup>1024</sup>. Encontramos respecto de los indios normas sobre unidad conyugal similares a las que se han visto. La mujer debía seguir el domicilio del marido y podía negarse al traslado para servir en casa de español si no trabajaba también ahí su consorte<sup>1025</sup>. Los esclavos también gozaron de una protección semejante, si bien no se observa ninguna que favorezca particularmente a la mujer<sup>1026</sup>.

Aun la mujer adúltera tenía derecho a pedir vida maridable con su cónyuge. En 1800 hubo un juicio bastante escandaloso entre el marido burlado, Domingo Larraín, su mujer, Tomasa Avila y el amante de ésta. Aunque el marido pidió pena de muerte para ambos, fue condenada ella a la Casa de Recogidas y el amante a destierro. Mas, habiendo enfermado gravemente la encarcelada, fue trasladada al Hospital de San Francisco de Borja, ante lo que su madre ofreció una fianza con tal que se permitiera curar a su hija en casa. Al evacuar el marido el traslado que se le confirió de esta petición, se negó a su ejecución aduciendo, por el contrario, que jamás se debería de haber permitido sacarla de la Casa de Recogidas. A consecuencia de ello, reclamó ante la Audiencia que se lo habría sobrepasado en sus derechos. Dada la situación, Tomasa Avila solicitó que se exigiera a su marido que hiciera vida maridable con ella, lo que la Real Audiencia acogió, bajo pena de ser castigado con todo el rigor de la ley a la primera queja de su mujer. De nada valieron las reclamaciones del marido, pues la Audiencia decidió no entregarle los autos y lo conminó a cumplir con lo decretado<sup>1027</sup>.

2. 5. *Derecho de la mujer a no seguir el domicilio común*: no pudo menos el derecho que considerar ciertas circunstancias en que la mujer, no obstante su obligación de seguir el

---

<sup>1022</sup> Constitución 22 de las que tocan a los españoles en R. Vargas Ugarte, *Constituciones Limenses (1551-1772)*, t. 1º (Lima, 1951). Los cánones de este concilio debían cumplirse por ordenarlo así el tercer concilio limense de 1582-1583 en su capítulo 1º: Vargas, id., 6, p. 322.

<sup>1023</sup> Vid. D. Rípodas Ardanaz, *El matrimonio en Indias. Realidad social y regulación jurídica*. Buenos Aires, 1977, p. 369.

<sup>1024</sup> Alday, *op.cit.*, constitución 17, tít. 8º, fols. 58 a 59.

<sup>1025</sup> Dougnac, "La unidad...", pp. 577 a 580.

<sup>1026</sup> Dougnac, "La unidad...", pp. 580 a 582.

<sup>1027</sup> ANRACH vol. 2671, p. 3a. (1800).

domicilio del marido, pudiera excusarse por razones poderosas. Desde luego tenemos el caso de divorcio<sup>1028</sup>.

Este se dividía, como se ha visto en la Primera Parte, en divorcio *quoad vinculum*, esto es, el productivo de disolución del vínculo matrimonial; en la sola separación de lecho y en la separación de lecho y cohabitación, que recibían, respectivamente, los nombres de divorcio *quoad thorum et cohabitationem* y *quoad thorum et mensam*<sup>1029</sup>. En el primer caso, declarándose nulo el matrimonio, cesaba totalmente la obligación de vivir juntos. Lo propio ocurría cuando se producía respecto de un matrimonio natural el llamado privilegio paulino, o sea, que convirtiéndose al catolicismo un infiel, podía desvincularse de su consorte si no quisiera vivir con él u ofendiera gravemente la religión o indujera al católico a grave pecado<sup>1030</sup>. Este privilegio tuvo características peculiares en América, sobre todo por la poliginia, y fue aplicable frecuentísimamente a los indígenas y africanos a la luz de la doctrina pontificia de los papas Paulo III, S. Pío V y Gregorio XIII, lo que ha sido estudiado con amplitud por Daisy Rípodas<sup>1031</sup>. Producíase, también, el divorcio *quoad vinculum* cuando uno de los cónyuges en un matrimonio sólo rato y no consumado, decidía, aun sin el acuerdo del otro, entrar en religión. La razón de esta particular situación era que el matrimonio no consumado llevaba la condición tácita *nisi Deus ad meliora vocaverit*<sup>1032</sup>.

La simple separación de lecho era practicable en determinados casos morales y algunas situaciones de enfermedad<sup>1033</sup>.

El divorcio *quod thorum et cohabitationem* producía efectos personales y económicos de mayor entidad. Se daba cuando alguno de los cónyuges, con el acuerdo del otro, entrara en religión; cuando fuera lapso de herejía; provocara al otro a cometer delitos graves; cometiera sevicia; padeciera de enfermedad contagiosa y en el caso que hubiera cometido adulterio<sup>1034</sup>. Estas tres últimas situaciones, que eran las más frecuentes en la práctica, requieren una explicación. La sevicia era, generalmente, el trato cruel que sufría la mujer y se consideraba tal, para los efectos del divorcio indicado, el que ella “no puede habitar con el marido sin probable peligro de la vida, o de grave daño corporal”. También había sevicia de la mujer hacia el marido, si “éste es acechado por aquélla para quitarle la vida”<sup>1035</sup>. Con mayor detalle me refiero a la sevicia en el párrafo 2. 7 de este capítulo, al cual me remito.

La enfermedad daba pie para este divorcio cuando era grave y contagiosa. Al respecto, había diversas opiniones: desde la de aquéllos para los que la lepra o la sífilis –

---

<sup>1028</sup> Sólo podía tener lugar por sentencia judicial eclesiástica y no por mutuo acuerdo de los cónyuges, de acuerdo a *Partidas* 4, 10, Proemio y 9 y *Partidas*. 4, 9, 2. Si los cónyuges pedían su separación, debía actuar el defensor de matrimonios, cargo creado por Benedicto XIV por constitución de 3 de noviembre de 1741.

<sup>1029</sup> J. Donoso, *Instituciones de Derecho Canónico Americano*, 2ª ed., Santiago, 1861, t. 2, p. 186.

<sup>1030</sup> Donoso, *ibidem*.

<sup>1031</sup> Rípodas, *op.cit.*, pp. 120 a 143 y p. 383.

<sup>1032</sup> P. Murillo Velarde, *Cursus Juris Canonici Hispani et Indici*. Madrid, 1743, lib. 3, N° 177, 308 y otros.

<sup>1033</sup> Donoso, *op.cit.*: *ibidem* y Montealegre, *op.cit.* p. 95 N° 298.

<sup>1034</sup> Donoso, *ibidem*.

<sup>1035</sup> Donoso, *op.cit.*, p. 186, quien cita *Cap. Extramissa* 8 et *cap. Litteras* 13, de *Restit. spoliat.*

*morbus gallicus*— del marido sólo permitían la separación de lecho<sup>1036</sup>, hasta otros que estimaban que *ordinaria charitas incipit a seipso*, por lo que la mujer podía en tales casos obtener el divorcio *quoad thorum et mensam*<sup>1037</sup>.

Tanto el adulterio como el amancebamiento daban motivo para el divorcio de que hablamos. El adulterio debía ser consumado, sin que bastaran los actos imperfectos como “ósculos y tactos impúdicos”<sup>1038</sup>. Adelantemos que, en lo económico, el adulterio de la mujer la privaba de los bienes gananciales<sup>1039</sup> y de la dote<sup>1040</sup>. Si el divorcio se hubiera producido por amancebamiento público del marido, debía de restituir la dote. En los textos de constitución de donaciones dotales se hacía referencia a esta obligación que pesaba sobre el marido, quien tenía esos bienes “de manifiesto y depósito”, debiendo devolverlos

“en qualquier tiempo quel matrimonio entre ella y mí fuere disuelto y departido por muerte o por *diborcio* o por cualquier otro caso que el d[e] r[ech] o permite por que se apartan y separan y disuelben los matrimonios”<sup>1041</sup>,

lo que sólo podía referirse al divorcio de vínculo y al provocado por el marido, puesto que, como se ha visto, la mujer adúltera no tenía derecho a recibir tales bienes. El regalismo borbónico llevó a Carlos III a disponer, por real cédula de 22 de marzo de 1787 dirigida a las autoridades de Indias, que los jueces eclesiásticos al conocer de asuntos matrimoniales, como divorcio y otros, se abstuvieran de intervenir en alimentos, litisexpensas o restitución de dotes, de lo que debían conocer las justicias civiles<sup>1042</sup>.

En alguna oportunidad resultó que los padres de la mujer, enfrentados a la posibilidad de que ésta, que había recibido sentencia de divorcio, viviese sola con los consiguientes peligros para su honra, decidían recluirla en un convento. En un juicio del siglo XVII, producido el divorcio entre Ana María Maldonado y su marido Pedro Gómez Pardo, los padres de ella, posiblemente temerosos de que ella pudiese ser mal vista en sociedad, la encerraron en un convento. En 1621 presentó en el Juzgado Eclesiástico demanda de nulidad de tal profesión religiosa, por haber sido violentada por su padre. En su favor obraba una escritura pública de protesta y exclamación en la que declaraba que nunca había tenido intención de profesar y que si lo hiciese sería sin consentimiento suyo. Al morir su padre, solicitó al Padre Guardián que se la dejase abandonar el convento, señalándole éste como condición para acceder a ello que volviese a la casa de su marido a hacer vida maridable con él. Ella,

---

<sup>1036</sup> Montealegre, *op.cit.*, fol. 95 N° 298 y 299.

<sup>1037</sup> Montealegre, *op.cit.*, fol. 95 N° 300. Citando a Antonio Nattale expresa que *cum morbus gallicus ut est notorium, sin contagiosus non poterit uxor sine suae personae periculo reddere debitum quo caso non tenetur reddere ex notatis Abb..*

<sup>1038</sup> Donoso, *op.cit.*, p 186.

<sup>1039</sup> *Rec. Cast.* 5, 9,11.

<sup>1040</sup> *Partidas.* 4, 11, 23.

<sup>1041</sup> Fórmula tomada de Archivo de Escribanos de Santiago, vol. 9, fs. 182.

<sup>1042</sup> I. Sanchez-Bella, "Reducción de la jurisdicción eclesiástica en América bajo Carlos III (Testamentos y matrimonio)" en: *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 12, pp. 252 y ss. Santiago, 1986.



" [I]gnorando como mujer el derecho que me pertenecía y pertenece por la sentencia del dicho divorcio para no cohabitar contra mi voluntad con el dicho mi marido y creyendo por entonces al dicho Padre Guardián, no pedí mi derecho ni le seguí..."<sup>1043</sup>.

Pasado el tiempo, y habiendo recibido el apoyo de su yerno, se decidió a pedir la nulidad de la profesión y que se le devolviesen la dote aportada al convento y sus bienes, juicio que prosperó.

La jurisprudencia doctrinal estimaba que no estaba la mujer obligada a seguir a su marido cuando, habiéndose éste comprometido a no cambiar de domicilio, sin embargo lo hacía<sup>1044</sup>. Tampoco lo estaba cuando el viaje no era cómodo o hacía peligrar su vida, defecto que podía aplicarse a las travesías transoceánicas. Solórzano expresaba al respecto que "si ella da en decir que teme los peligros del mar, no puede ser forzada a exponerse a ellos, ni a seguir a su marido contra su voluntad"<sup>1045</sup>. Considerábase que los viajes cortos no obligaban a la cónyuge al acompañamiento ni los largos cuando eran a ciudades próximas. No obstante, cuando al tiempo del matrimonio conocía la mujer las costumbres peregrinantes del marido, debía seguirlo "*etiam extra provinciam & in partes quantumque remotas, quia contrahendo considerata personae quadtate visa fuit consensisse & mores eius aprobasse...*", pues se estimaba que, teniendo conocimiento del modo de vivir del que iba a ser su marido, lo aprobaba<sup>1046</sup>.

Un interesante caso es el que afectó a María Josefa de Corvalán y Chirinos, mujer del célebre jurista José Perfecto de Salas, la que invoca una autorización expresa del monarca, hecha al tiempo de su matrimonio, en orden a que no pudiera ser ella extraída del reino de Chile. Al ser promovido su marido a la Audiencia de la Casa de Contratación, en son de castigo antes que de ascenso, hizo ella una interesantísima presentación, que habla por sí misma, en que invoca las "costumbres generales de éstos y aquellos dominios" y aun el Derecho de Gentes:

"Señor, la suplicante entiende que no está obligada a seguir a su marido con quien se caso a consecuencia de un expreso Real Permiso que se le concedió a este fin, con la particularidad de habersele al mismo tiempo franqueado la facultad de poderse arraigar en Chile, y esto la pone claramente a cubierto de toda coacción a hacerle venir a España, puesta que celebró su matrimonio en la firme inteligencia de quedar radicada en aquel Reyno: al mismo propósito se halla guarnecida de las leyes y costumbres generales de éstos y aquellos dominios, que en tochos tiempos han declarado libre a las mugeres de toda obligación a deber acompañar a sus maridos del uno al otro mundo y para imponerse esta obligación en Castilla se ha creído necesario un Decreto particular reciente que previene no se admita memorial de ningún pretendiente casado sin que le acompañe el consentimiento de su muger, un categórico allanamiento a ir con el marido. ¿Cómo pues se ha de poder imponer a la suplicante la dura condición de deber venir a España no habiendo pretendido Dn.

---

<sup>1043</sup> ANRACH vol. 483, p. 4a.

<sup>1044</sup> Matienzo, *op.cit.*, fol. 13 N° 95, quien cita a Covarrubias "in epitome de sponsal. 2 p., cap. 7, N° 5" y Montealegre, *op.cit.*, fol. 96 v., N° 305.

<sup>1045</sup> J. de Solórzano Pereira, *Política indiana*, tomo 2, Madrid, 1776, fol. 298. Vid. Rípodas, *op.cit.*, pl 362 nota 3, quien cita ahí a Alonso de la Peña Montenegro en su *Itinerario para párrocos de indios*.

<sup>1046</sup> Montealegre, *op.cit.*, fol 96 v.

Joseph Perfecto de Salas? ¿Habrá acaso alguna consideración sublime que la degrade y haga indigna de gozar de la libertad que le dispensan las leyes y costumbres? Si hasta en la guerra, donde parece que se olvidan todos los derechos, se trata con humanidad y distinción a las mugeres. ¿Cómo podrá persuadirse a que el justo y benigno corazón de Vuestra Majestad, que sin distinguir el suelo mira a todos sus vasallos con igual paternal amor, la decrete tantos martirios?”<sup>1047</sup>

El "paternal corazón" de Carlos III le concedió permiso para permanecer en Mendoza durante dos años mediante disposición dada en San Ildefonso a 17 de septiembre de 1777<sup>1048</sup>.

2. 6. *Derecho de la mujer a un débito normal*: la obligación de dar al otro el débito conyugal es recíproca, aunque se reconoce que hay ciertas circunstancias en que puede negarse: desde luego, cuando falta la bendición nupcial<sup>1049</sup>. La abstención del acto sexual entre cónyuges era grave desorden que debía ser desarraigado<sup>1050</sup>. Podía la mujer negarlo cuando se pedía de manera innatural. Teníase por natural el acto que se realizaba acostado, de pie, sentado, de lado o aun “*retrorsum more brutorum*”, éste, eso sí, sólo por urgente necesidad y siempre que no llegase a constituir habitualidad. Se exigía que se conservara el uso del vaso natural, recibíendose el semen por la mujer y conservándolo dentro de lo posible<sup>1051</sup>. Si tal retención no se producía, podía incurrirse en pecado venial, que degeneraba en mortal cuando se buscaba impedir la concepción. Esto último sólo podía excusarse por ignorancia invencible, como la de los indios neófitos que no han oído de la malicia de tal acto<sup>1052</sup>.

En estado de embarazo y para evitar un aborto podía la mujer vedar el débito, el cual, no temíendose tal accidente, podía llevarse a cabo aunque fuera infértil, pues “*matrimonium*

---

<sup>1047</sup> Fondo Varios vol. 957, p. 3ª, fs. 20. Está publicada en *Escritos de Don Manuel de Salas y documentos relativos a él y su familia* t. 2 Santiago: Imprenta, Litografía y Encuadernación Barcelona, 1914, pp. 62 y ss.

<sup>1048</sup> Me refiero incidentalmente a este conflicto de José Perfecto Salas en: “Anotaciones a las leyes de Indias de Manuel José de Ayala, Manuscrito hallado en el Archivo Nacional de Chile. Estudio, transcripción e índices”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* N° 14, p. 143 y ss. Santiago, 1991. La real orden se halla en *Escritos...cit.* t. 2, p. 69.

<sup>1049</sup> “*Veluti si ante solennem nuptiarum benedictionem in templo a proprio parochi vel alio sacerdote de ipsius vel ordinarii licentia recipiendam, fiat coitus, qui illicitus est ut constat ex Sancta Synodo Tridentina sess. 24, decreto 1 de reformatione matrimoni...*”, Matienzo, *op.cit.*, fol. 13, N° 98. Era, sin embargo, corriente que hubiera acceso carnal entre esposos de futuro, lo que originaba innumerable cantidad de pleitos sobre cumplimiento de la promesa de matrimonio, de que hay abundantísima prueba en el Archivo de la Real Audiencia de Santiago de Chile. Sobre la tensión delito-pecado, cfr. A.Lavrin, “Sexuality in Colonial Mexico: a Church dilemma” en la obra editada por la misma, *Sexuality and Marriage in Colonial Latin America*. Lincoln: University of Nebraska Press, 1989, pp. 47-95; en castellano, “La sexualidad en México colonial: Un dilema para la iglesia” en *Sexualidad y Matrimonio en la América Hispánica, Siglos XVI-XVIII*. México: Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, Grijalbo, 1991, pp. 55-104.

<sup>1050</sup> Matienzo, *op.cit.*, fol. 15, N° 108 in fine.

<sup>1051</sup> Este y muchos temas más relativos al acto conyugal trata detalladamente Tomás Sánchez en *op.cit.*, lib. IX, *De redditione debiti conyugalís* “*Primo desseritur an actis conyugalís ex se sit licitur & obligatorius. Deinde de obligatione ad cobabitandum. Postmodum, qui actus quicumque bonus potest ex circumstantiis vitiari, disputabitur de circumstantiis, ex quibus reddatur actus conyugalís vitiosus, nec teneatur coniux exactus ad debiti redditionem. Tandem de tactibus, caeterique libidinosi delectationibus inter coniuges sponsoque de futuro & huius occasione etiam inter solutos*”.

<sup>1052</sup> Matienzo, *op.cit.*, fol. 15, N° 109.

*non solum institutum fuit in officium naturae propter prolem, verum etiam in remedium contra concupiscentiam*”<sup>1053</sup>.

También podía negarse la mujer durante la menstruación, pues era de temer que se engendrara algún monstruo en tal período, como lo sostenían, entre otros, Alfonso de Castro y Martín de Azpilcueta. Mas podía correrse este riesgo si se procuraban evitar la concupiscencia del marido o de la mujer<sup>1054</sup>.

Dentro de la casuística con que estos temas eran tratados, se tenía por lícito el rechazo del acto conyugal en ciertas fiestas de la iglesia, como Asunción, Jueves Santo y otros<sup>1055</sup>.

2. 7. *Derecho de la mujer a un buen trato por parte del marido*: podía el marido corregir a la mujer, esto es, castigarla cuando estimase que obraba mal, pero no en forma brutal, como el amo al sirviente, sino suavemente, de la manera con que el padre corrige al hijo<sup>1056</sup>. La suavidad del castigo daba para una amplia gama de opiniones, existiendo quienes creían que era dable al marido azotarla y hasta encadenarla. Esta desmesurada facultad es defendida para el marido nada menos que por un obispo de Santiago, Francisco Sobrino y Minayo, en un juicio de 1793<sup>1057</sup>. Ahí cita la opinión de Juan de Montealegre, “que después de muchos y muy distinguidos empleos que obtuvo en España se le premiaron sus méritos con una Plaza de oydor en la Real Audiencia de Charcas: este sapientísimo jurisconsulto en su erudita obra *De Exertitio Practicarum Actionum*, lib. 1, cap. 5, en los números 279, 280 y 281 da por sentado que el Marido con justa causa puede moderadamente *uxorem verberare et in vinculos retinere...*”. Al encuentro de una posición tan severa salió el fiscal de la Audiencia santiaguina Joaquín Pérez de Uriondo, para quien “esta es una opinión menos probable”, aunque reconoce haber sido suscrita por varios, entre ellos, Próspero Farinaccio en *su Práctica Criminal*; “pero es muy débil, añeja y no está en uso”<sup>1058</sup>.

---

<sup>1053</sup> Matienzo, *ibidem*.

<sup>1054</sup> Matienzo, *op.cit.*, fol. 15, N° 111.

<sup>1055</sup> Matienzo, *op.cit.*, fol. 15v., N° 112. Relata Ricardo Palma: “como en esos tiempos de exagerado misticismo marido y mujer tenían padre confesor, éste les imponía castidad absoluta en Jueves y Viernes Santo; y para evitar que los cónyuges, por el roce de los cuerpos bajo las sábanas incurriesen en tentación pecaminosa, armábase una tablilla de pulgada y media que dividía en dos la cama desde los pies hasta la almohada. El Sábado Santo, tan luego como en la parroquia repicaban gloria, desaparecía la barrera, guardándose en el cuarto de los cachivaches hasta el año venidero”: R. Palma, *Tradiciones Peruanas*. Madrid: Espasa-Calpe S. A., 1953, t. VI, p. 332. Sobre el tema de las relaciones sexuales en el matrimonio, interesantes disquisiciones trae J. A. Brundage, *Lam, Sex and Christian Society in Medieval Europe*. Chicago & London: University of Chicago Press, 1987, XXIV+674 p. El autor hace uso de los *Penitentiales*, del *Decreto* de Graciano (así como de los decretistas desde Paucapalea a Uguccio) y de las *Decretales* para esbozar las normas jurídicas en torno a las relaciones conyugales que primaban en la Edad Media y que continuaron en uso con posterioridad. También puede hallarse buena información en R. Wheaton y T. K. Hareven, ed., *Family and Sexuality in French History*. University of Pennsylvania Press, 1980 y V. L. Bullough y J. A. Brundage, *Sexual Practices and the Medieval Church*. Buffalo, 1982. Estas y otras obras han sido reseñadas por G. F. Margadant, “Derecho y sexo en la Europa medieval” en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho* II, pp. 323-336. México, 1990.

<sup>1056</sup> Sánchez, *op.cit.*, lib. IX, disp. IV, quaest. II, N° 22.

<sup>1057</sup> ANRACH, vol. 2037, fs. 63.

<sup>1058</sup> ANRACH vol. 2037, fs. 96v.

La sevicia de que ella fuera objeto a pretexto de corrección la autorizaba para impetrar el auxilio de la justicia, de que es modelo el escrito siguiente:

“M. como mejor aya lugar de derecho, me querello de P. mi marido, y digo que havra tanto tiempo que me case con él por palabras de presente según orden de la Santa Madre Iglesia: y siendo como es obligado a hacerme buen tratamiento, assi por ser muger, como por ser muy honrada, y principal, y haver llevado en dote mucha quantia de maravedís, no lo ha querido, ni quiere hacer, antes me trata tan mal de obras y de palabras continuamente, que en ninguna vecindad nos pueden sufrir: en particular, & c. Y si yo no tuviesse sufrimiento, me mataría, como ha dicho muchas veces que lo ha de hacer; y por ser como es honmbre soberbio, y mal acondicionado, me temo que lo hará, &c. Pido y suplico a V.m. que havida información de lo susodicho, condene al dichio P. mi marido, a que me trate bien como debe, y esto debaxo de fianzas que dé; y en defecto de ello, que me buelva, y restituya los bienes que le entregué en dote quando con él me casé; y que debaxo de grave pena, no entre, ni atraviesse la casa y calle donde yo estuviere, sobre que pido justicia: juro en forma y Para ello &c. Otrosí digo, que atento que el dicho mi mando, por ser tan soberbio, como dicho es, sabiendo que me he querellado ante V.m. me matará, o cometera en mi algun grave delito, a V.mn. suplico, que en el inter me mande sacar de su casa, y depositarme a mi costa en una casa honrada y recogida. Y para ello, &c.”<sup>1059</sup>.

Reclamaba, pues, la mujer que se la tratase correctamente, dando fianza al efecto el marido, la que recibía el nombre de fianza de sevicia. Si no la otorgaba, podía exigir devolución de su dote. Temiendo por su integridad, se le permitía solicitar se la depositara “en una casa honrada y recogida”. No sólo bastaban para esta solicitud los malos tratamientos ya perpetrados, “sino aun antes habiendo justa causa de temor que los havrá [...] como si huyo riña entre ellos y amenazas del marido, que es acostumbrado a ponerlas en execución: y especialmente si hiuviessse gran pleyto entre ellos sobre mucha parte de su hacienda, siendo gente de calidad. O si huyo acometimiento, o probó de matarla con veneno...”<sup>1060</sup>.

El castigo duro y riguroso daba motivo para la separación *quoad thorum et cohabitationem*, en lo que estaban de acuerdo todos los autores<sup>1061</sup>, fundamentalmente en base al *Código* de Justiniano “1. Consensu C. de repudiis”. No sólo podía la mujer reclamar ante el tribunal su separación, sino aun huir si cobrase un gran miedo por las referidas crueldades, no debiendo ser restituida sino cuando el marido remediase la situación<sup>1062</sup>. Ante cualquier intento del cónyuge por recuperarla, podía ella oponer la excepción de sevicia,

---

<sup>1059</sup> Villadiego, *op.cit.*, fol. 383.

<sup>1060</sup> Villadiego, *ibidem*. Un caso de devolución de dote por malos tratamientos del marido en Archivo Real Audiencia, vol. 1428, p. 2ª, juicio de María de Hevia con su marido el médico Antonio Carreaceda por sevicia, año 1684.

<sup>1061</sup> Así Matienzo, *op.cit.*, fol. 12: “*Prima causa separationis est propter sevitiám mariti, propter quam separatio tienda est quoad thorum & mutuam cohabitationem, nisi vir dederit sufficientem cautionem de uxore non offendenda*”, para lo que cita al Abad Panormitano, Hipólito, Covarrubias y otros. Montealegre concuerda en ello y acopia otros autores, como Menochio, Palacios Rubios, etc.

<sup>1062</sup> Montealegre, *op.cit.*, fol. 94, N° 283, quien cita a Antonio de Lara.

que era alegable aun si él diese caución. “*Ubi odium est capitale non tenetur nec debet mulier se committere fragilitate cautionis, cum in hoc caso cautio sufficiens considerari non possit*”<sup>1063</sup>.

La caución de sevicia no era, pues, remedio infalible para que el marido lograra recuperar a su mujer, ya que podía el juez inspeccionar la calidad de las personas y la causa de las sospechas, según Baldo, el Abad, Parisio, Menochio, Covarrubias y otros.”<sup>1064</sup>

Aparte de la caución y de la separación de lecho y habitación, la mujer, en caso de ser acremente tratada, por ejemplo, azotada con crueldad, podía incoar una *actione in factum* contra el marido para su castigo<sup>1065</sup>.

En lo económico, el marido que maltratase a su mujer o la expulsase de casa perdía el lucro y aumento de la dote. Ella no perdía su derecho a la cuarta por la circunstancia de huir por causa de la sevicia “*nam vir et uxor sunt correlativa & dispositum in altero etiam in correctionis*”<sup>1066</sup>.

El ya citado fiscal de la Audiencia santiaguina Joaquín Pérez de Uriondo expresaba en sentidas palabras su posición en esta materia, avalada por años de ejercicio profesional:

“[N]i la verberación ni la carceración ni la acritud del humor ni lo negro de la malignidad ni los gritos ni la irritación pueden conducir al remedio ni aligar el corazón de sus mandos al de sus mujeres que se resienten de tales pasiones mirándolas como una desgracia y un infortunio de su suerte y de su estado”<sup>1067</sup>.

No obstante las asperezas con que el marido pudiera tratar a su mujer, hay corrientes evidencias de la efectividad de una unión mutua entre los cónyuges. En el siguiente capítulo, relativo a la unidad de domicilio matrimonial, se verá cómo muchas mujeres luchaban por el mantenimiento de la vida maridable. Aunque excepcional es decidior un acontecimiento, ocurrido en Potosí en 1662 cuando, llevando presos las autoridades a Angel Mejía y Juan de Olivos, la mujer del primero, Mariana Alvarez y la hermana del segundo, uniéndose a otras dos, con riesgo de sus vidas, pero usando pistolas y puñales, arrebataron a los cautivos, hirieron al juez y mataron a dos soldados, huyendo con posterioridad a Chile<sup>1068</sup>.

---

<sup>1063</sup> *Ibidem*, fol. 94, N° 285.

<sup>1064</sup> *Ibidem*, fol. 94, N° 286.

<sup>1065</sup> *Ibidem*, fol. 94, N° 289, quien cita a Juan Andrés, Tiraquelo, Covarrubias, entre otros. Villadiego da la misma solución, fol. 383, y cita también a Juan Andrés, al Abad, a Covarrubias, etc. Son abundantes los casos de querellas interpuestas por mujeres ante el mal trato recibido de sus maridos: ANRACH, vol. 1428, p. 2ª (1684); vol. 2671, p. 7ª (1723); vol. 2477, p. 1ª (1768); vol. 2156, p. 14 (1785), etc. Como recuerda un historiador chileno, no siempre se consideraban dignas de separación las violencias del marido sobre su mujer. Un Agente Fiscal manifestaba en 1813 que "sólo se comprueba que el esposo demandado "palmeó" en una ocasión a su mujer, en otra le tiró los cabellos y en distintas le dio empujones. Pero esto no comprueba genio agrio, pues éstas son formas de tratar niños más que severos y crueles tratos que infunden pánico en la consorte": R. Salinas Meza, "La violencia conyugal y el rol de la mujer en la sociedad chilena tradicional. Siglos XVIII y XIX" en C. Norambuena Carrasco y R. Salinas Meza (ed.), *Demografía, Familia e Inmigración en España y América*. Santiago, Serie Nuevo Mundo: Cinco Siglos. no. 6, 1992, p. 130.

<sup>1066</sup> Montealegre, *op.cit.*, fol. 95, N° 291.

<sup>1067</sup> Archivo Real Audiencia, vol. 2037, fs. 98.

<sup>1068</sup> Martínez y Vela, *op. cit.*, p. 191.

2. 8. *Derecho de la mujer a disfrutar de los honores del marido*: expresa Biondi que, aunque hay precedentes clásicos, es en el derecho romano cristiano que la mujer asume el mismo rango que el marido: “*mulieres honore maritorum erigimus et genere nobilitamus iisdem in forum ex eorum persona statuimus et domicilium mutamus*”<sup>1069</sup>. Así, las *Partidas*<sup>1070</sup> hacen partícipe a la mujer de los honores y dignidades del marido. Por ello, la mujer pechera que casa con noble pasa a ser noble y conserva esta calidad durante su viudez. Al revés, la noble que casa con plebeyo sigue la condición del marido, aunque por la *Nueva Recopilación*<sup>1071</sup>, recupera su antigua condición una vez viuda”<sup>1072</sup>.

De acuerdo con tales principios, las mujeres de los oidores tenían derecho a la misma dignidad y trato que sus maridos, según lo observa Solórzano en su tratado sobre las plazas honorarias<sup>1073</sup>. En un juicio por adulterio ventilado en Santiago a fines del siglo XVIII se atribuye a la mujer de un militar el fuero y los privilegios de éste:

“A la sujeción de la mujer sólo como compañera se une que ambos cónyuges con correlativos en el derecho: que el estatuto que habla del marido procede de la mujer, que el privilegio concedido al marido por razón de dignidad o nobleza es común a la consorte en fuerza de la correlación, que esto mismo acontece en el privilegio por razón de arte o profesión y su fuero; que si al marido corresponde el ser exento de la pena de tormento o de la encarcelación o el salvoconducto, lo mismo corresponde a la mujer y que por eso se dijo: *uxor quasi ad usum viri*”<sup>1074</sup>.

En ese juicio la mujer había sido detenida y conducida a un beaterio en un lejano lugar: valiéndose el fiscal que defiende la posición de ella de los principios de reciprocidad anotados, manifiesta: “sería decente que a un militar por semejante delito, aun siendo examinado y probado, se le aprisionase y submoviese con escolta armada, reclusándolo, por ejemplo, en la Recoleta Franciscana de Curicó o Higuierillas de este reyno y que con cualquier designio, figurado o devoto se le molestase con una relegación de tres meses y por un tiempo indefinido”<sup>1075</sup>.

Como una consecuencia de este derecho podría considerarse el montepío para las viudas, huérfanos y madres viudas de los oficiales militares, que establecido con altibajos a contar de 1728, fue aplicable en América particularmente por la Real Declaración de 17 de junio de 1773<sup>1076</sup>. Implicaba mantener a la viuda con el decoro condigno a su estado social. El fondo o "monte" se formaba con el primer mes de sueldo, las diferencias de sueldos por ascensos o promociones perennes y ocho maravedís de plata por cada peso fuerte de

---

<sup>1069</sup> Biondi, *op.cit.*, p. 105, quien cita *Cod. Th.* 2, 1, 7; *Cod. Inst.* 10, 40 (39), 9; *Cod. Inst.* 12, 1,13, etc.

<sup>1070</sup> 4, 2, 7.

<sup>1071</sup> 2, 11, 9.

<sup>1072</sup> Montealegre, *op.cit.* fol. 97, N° 316 y fol. 98v., N° 322..

<sup>1073</sup> J. de Solórzano, *Obras Varias Postumas*, Madrid, 1776.

<sup>1074</sup> ANRACH vol. 2037, fs. 102. ‘

<sup>1075</sup> Idem

<sup>1076</sup> Implicó una cantidad de trabas para el matrimonio por lo que lo he tratado en la primera parte de este trabajo, capítulo III.

sueldo<sup>1077</sup>. Gozaban de pensión las viudas y madres viudas mientras conservaran tales calidades, los huérfanos varones hasta los 18 años y las mujeres hasta que casaran o tomaran el velo de religiosas<sup>1078</sup>. El monto variaba según la categoría del causahabiente y oscilaba entre 1.125 y 75 pesos<sup>1079</sup>. Antes de establecerse el sistema de montepío, las pensiones de viudez eran gratuitas y se sacaban del producto de las vacantes mayores y menores de Indias<sup>1080</sup>. Extendido a ingenieros, personal subalterno del Ministerio Político de Marina, intendentes de ejército y provincia, oficiales del cuerpo de inválidos y otros<sup>1081</sup>, fue modelo para su aplicación a otros campos de la sociedad. Surgieron así montepíos para los ministros de justicia y Real Hacienda, que se diferencian del militar, que era centralizado, en cuanto se regían por estatutos jurisdiccionales con autonomía administrativa<sup>1082</sup>. Quedaban resguardadas viudas de oidores, fiscales<sup>1083</sup>, alcaldes, protectores de indios, jueces de media anata y sisa, contadores, tesoreros, directores, superintendentes y oficiales del Tribunal de Cuentas, Casa de Moneda y Real Estando de Tabacos, a quienes se agregaron las de contadores, secretarios y tesoreros del propio Montepío, empleados de Aduana, etc. El monte se formaba con un descuento de medio mes de sueldo como primera contribución; la primera diferencia en los ascensos; una mesada íntegra al ingresar en el ministerio y descuento de ocho maravedíes en escudo sobre todos los haberes<sup>1084</sup>. Al igual que lo ocurrido con los militares, antes del establecimiento del montepío, las pensiones eran gratuitas. Por ejemplo, Catalina Ledesma, viuda del oidor Hernando Talaverano Gallegos, pidió al Consejo de Indias 6.000 ducados de renta por haberse quedado "sin remedio"<sup>1085</sup>. En otras ocasiones, se descontaba al salario de algún oidor cierta suma en favor de la viuda de algún colega fallecido. Hubo, todavía, otro montepío que favoreció a las viudas, hijos y madres viudas de los pilotos de la Real Armada<sup>1086</sup>.

2. 9. *Derecho de la mujer a ser socorrida en las enfermedades: el principio de la reverencia entre los cónyuges, que implicaba "respeto, honor, caridad que los cónyuges se deben*

---

<sup>1077</sup> R. R. Moles, *Historia de la Previsión Social en Hispanoamérica*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1962, p. 112.

<sup>1078</sup> Una real orden de 21 de marzo de 1769 permitió a las viudas sin hijos y a las hijas la mitad de la pensión anual, no obstante su matrimonio o monjío.

<sup>1079</sup> Moles, *op. cit.*, p. 120.

<sup>1080</sup> Esto es, las sumas de diezmos que no se gastaban en obispos y otros cargos eclesiásticos por haber fallecido sus detentadores.

<sup>1081</sup> Moles, *op. cit.*, pp. 110-121.

<sup>1082</sup> Moles, *op. cit.*, p. 121.

<sup>1083</sup> M. A. Burkholder y D. S. Chandler, *De la impotencia a la autoridad. La Corona española y las Audiencias en América 1687-1808* México: Fondo de Cultura Económica, 1984, pp. 159-160 estima que el establecimiento del montepío para los oidores y fiscales constituyó un freno a los matrimonios sin licencia, pues, en tal caso, la viuda y los hijos quedaban privados de pensión.

<sup>1084</sup> Moles, *op. cit.*, p. 126.

<sup>1085</sup> Medina, *Diccionario...*, p. 850.

<sup>1086</sup> Moles, *op. cit.*, p. 133.

recíprocamente en consideración a la santidad del sacramento”<sup>1087</sup>, fue incorporado como principio general de la legislación por Justiniano. De este modo, el marido debía preocuparse por la mujer demente, a la que se le designaba curador que velara por su sustento y socorro<sup>1088</sup>. Puntualiza respecto de esta materia Juan de Montealegre, en decidora frase, que “*maritus uxorem sive sterilem, deformem, claudam, surdam, cecam vel quacumque infirmitate confectam pro societate fideque substinare debet, eius salute succurrere...*”<sup>1089</sup>. Su contenido está tomado de las *Partidas*:

“Si algunos de los que fuesen casados cegase o se ficiese sordo o contrechado o perdiese sus miembros por dolores o por enfermedades o por manera cualquier, por ninguna destas cosas nin aun que se ficiese gafo non debe el uno desamparar al otro por guardar la fe et la lealtat que se prometieron en el casamiento, ante deben vevir en uno et servir el sano al otro et proveerle de las cosas que menester le fueren segunt su poder...”<sup>1090</sup>.

Esta obligación de socorro del marido a la mujer en sus enfermedades es una consecuencia, para el autor citado, de la *reverentia* que ella debe a su cónyuge.

2. 10 *Derecho de la mujer a alimentos*<sup>1091</sup>: expresión económica del deber de socorro es el de dar alimentos el marido a ha mujer y aun ésta a aquél. La norma de las *Partidas*<sup>1092</sup>, citada en el párrafo anterior, indica claramente que los alimentos deben ser dados “segunt su poder”, manifestando además el Rey Sabio que “gobiernen ellos a ellas e que les den aquello quem les convenga, según la riqueza y poderío”<sup>1093</sup>. Lo último indica que los alimentos deben ser congruos, acordes con la situación social de la mujer y no meramente necesarios, para su pura subsistencia.

Con todo, se tomaba también en cuenta si la mujer daba o no el débito conyugal: cuando lo rehusaba, cesaba el derecho a obtener alimentos, siguiéndose una estricta regla sinalagmática en que a la obligación del marido de alimentar corresponde la de la mujer de darle el acceso carnal:

“*intelligite tamen, quando viro cohabitatur, si enim absque viri culpa, propria temeritate, ab eius consortio recedat, alenda minime est a viro, quia uxor debet esse in viro obsequio ac proinde si obsequium debitum minime praestare velit, receptura non est alimenti sibi debita. Qui enim non facit quod debet non recipit quod oportet*”<sup>1094</sup>.

Pero si el rechazo femenino era por sevicia de que fuera objeto, los alimentos debían ser congruos.

---

<sup>1087</sup> Biondi, *op.cit.*, t. III, p. 104.

<sup>1088</sup> Biondi *op.cit.*, t. III, pp. 103 a 104, quien cita textos seguramente interpolados: D. 24, 3, 22, 8; UIp. 33 ed.

<sup>1089</sup> Montealegre, *op.cit.*, foI. 93.

<sup>1090</sup> *Partidas*, 4, 2, 7.

<sup>1091</sup> Para el Río de la Plata, cfr. V. Kluger, "Los alimentos entre cónyuges. Un estudio sobre los pleitos en la época de la segunda Audiencia de Buenos Aires (1785-1812)" en *Revista de Historia del Derecho* no. 18 Buenos Aires: 1990, pp. 183-213.

<sup>1092</sup> *Partidas* 4, 2, 7.

<sup>1093</sup> *Partidas* 3, 2, 5.

<sup>1094</sup> Sánchez, *op.cit.*, lib. IX, disp. IV, quaest. II, N° 19.



Similarmente a lo indicado, cuando la mujer no quería seguir al marido, se entendía cesar su obligación de alimentarla. Tal es la argumentación de Manuel de los Ríos, demandado por su cónyuge Ignacia Fernández. Tras haber vivido en Mincha, se trasladó él en 1800 a la villa de San Rafael de Rozas, donde su mujer no lo quiso acompañar; por lo que dejó de mantenerla<sup>1095</sup>. Al revés, la mujer que está dispuesta a seguir a su consorte, tiene derecho a manutención congrua, aunque de hecho esté separada de él. María Gómez, vecina de Córdoba, obtiene en 1789 que su marido, Silvestre Morales, fundidor de campanas residente en Santiago y separado doce años de ella, le otorgue una pensión adecuada<sup>1096</sup>. Rosa Quiroga, natural de Santiago, casada con Francisco Xavier Benavides, residente en Lima, obtiene en 1795 que le dé la mitad de su pensión de inválido del ejército<sup>1097</sup>, y María Lucero, casada con José Antonio Gutiérrez, obtiene, en atención a que su marido la ha abandonado, que se le impida enajenar un retazo de tierras, heredado por él de sus padres –bien propio–, conservándolo ella a título de alimentos para sí misma y sus hijos<sup>1098</sup>. Se ha examinado en el apartado 2. 4. de este capítulo cómo, en virtud de la *Recopilación de Leyes de Indias*<sup>1099</sup> y la praxis judicial y extrajudicial los maridos no podían separarse de sus mujeres sin autorización de ellas y siempre que dejaran suficientes bienes para proveer a su mantenimiento.

Estimaba, en posición aislada, Antonio Gómez, que si la mujer no aportaba la dote prometida, cesaba la obligación del marido de alimentarla:

*“si dos promisa non solvatur, non tenetur maritus alere uxorem, imo potest eam expellere et remittere in domus patris vel dotantis.”*<sup>1100</sup>

La mayor parte de los autores estimaba que la obligación de dar alimentos emanaba del matrimonio mismo, siendo, por ende, de derecho natural, sin que la entrega o no de la dote pudiera interferir en ello.

La obligación del marido de dar alimentos a su cónyuge no cesaba con el juicio de divorcio, ni aunque éste fuera motivado por adulterio. Distinto era, evidentemente, el derecho de la mujer si se le imputaba este delito, caso en el que sólo podía recibir alimentos necesarios. Mas si el divorcio era provocado por amancebamiento del marido, sevicia u otra causa a él imputable, los alimentos debidos eran congruos. Un caso santiaguino nos muestra la obligación impuesta judicialmente al marido renuente a vivir con su mujer de contribuirle con cinco pesos mensuales, enviándole, además, diariamente un esclavo para que le acarree el agua. La práctica judicial demuestra el cumplimiento de esta obligación por ejemplo, Manuela Fernández de Rebolledo, mujer de calidad, recibe de su marido, Joaquín Toesca, quince pesos mensuales durante su separación y juicio de divorcio<sup>1101</sup> y Petronila Rivas, acusada de ilícita amistad con Isidro Bravo y Sepúlveda, recibe de su

---

<sup>1095</sup> ANRACH vol. 1480, p. 1ª.

<sup>1096</sup> Archivo Capitanía General, vol. 670, fs. 159

<sup>1097</sup> Archivo Capitanía General, vol. 668, fs. 219 y ss.

<sup>1098</sup> ANRACH, vol. 2363, p. 7ª, 1801-1803.

<sup>1099</sup> 7, 3, 7.

<sup>1100</sup> A. Gómez, *Ad Leges Tauri Commentarium Absolutissimum*. Madrid: Viuda e Hijos de Marín, 1794, a ley de Toro 53, Nº 31.

<sup>1101</sup> ANRACH vol. 2037.

marido, el maestro de platería Antonio Hernández, tres pesos semanales,<sup>1102</sup> lo cual indica cómo había alimentos provisorios durante la secuela del pleito, según lo expresa, además, Elizondo<sup>1103</sup>. La obligación del marido de alimentar a su mujer no cesaba ni aun cuando ella hubiera sido condenada por adulterio, como se observa en el juicio seguido contra Jacinta Gallardo en 1790. Fue ella condenada a reclusión por diez años en el monasterio de la Enseñanza de Mendoza, debiendo contribuir su marido, José María Fuentes, con doce pesos mensuales para su manutención<sup>1104</sup>.

No sólo podía consistir el derecho de alimentos en dinero, sino que también, si bien en raras ocasiones, podía consistir en cosas o servicios. En un juicio sostenido en 1770 por Sebastiana Ayala con su marido, Domingo Caballero, exige que se cumpla con una sentencia pre-existente, emanada del alcalde ordinario, según la cual le debía pagar 5 pesos mensuales y mandarle a diario un esclavo que le acarrease el agua. No habiendo dado cumplimiento cabal su marido a la sentencia, solicita se le dé el esclavo

"...principalmente no teniendo como no tengo otro criado ni persona alguna que me asista en los ministerios indispensables de una infeliz mujer abandonada de su propio marido"

La Real Audiencia revocó la sentencia del alcalde ordinario y dispuso la entrega del esclavo a la actora, sin perjuicio de que su marido debiera de contribuirle con 5 pesos mensuales en razón de alimentos<sup>1105</sup>.

2. 11. *Derecho de la mujer a no realizar tareas excesivas o innobles*: de acuerdo a las reglas de la potestad marital, la mujer debía servir a su cónyuge no sólo en el aspecto sexual, sino también en el doméstico. Pero bien podían producirse abusos, por lo que los tratadistas intentaban aclarar el alcance de su obligación. Decíase, así, por la vía casuística, que podía ella hacerse cargo del lavado de paños de la mesa y sábanas del lecho; pero no ser dedicada a trabajos fabriles o artesanales que, evidentemente, superaban lo doméstico<sup>1106</sup>.

Constituía, asimismo, una limitación al servicio de la mujer a su cónyuge la nobleza de aquélla. La hidalga no podía servir a su marido en oficios viles ni siquiera durante la enfermedad de él, quien debía proporcionarle fámulos y siervas<sup>1107</sup>.

### **3. Derechos patrimoniales de la mujer casada.**

Además de los alimentos de que se ha hablado, la mujer tenía derecho a ser representada por su marido y poseía varios beneficios patrimoniales, propios de su condición de tal, que, por cierto, no perdía por el matrimonio. Podía actuar por sí misma

---

<sup>1102</sup> ANRACH vol. 568, p. 2ª y vol. 2898, p. 6ª.

<sup>1103</sup> F. A. Elizondo, *Práctica universal forense de los tribunales superiores de España y de las Indias*. Madrid: Viuda de Ibarra, Hijos y Compañía, 1779-1789, vol. 1, cap. 13, N° 30.

<sup>1104</sup> ANRACH, vol. 2926, p. 6 (1790).

<sup>1105</sup> En definitiva no pagó esta suma por encontrarse sin trabajo: ANRACH vol. 2577, piezas 4a. y 7a. (1770), juicio de Sebastiana Ayala con Domingo Caballero.

<sup>1106</sup> Montealegre, *op.cit.*, fol. 93 y., N° 277.

<sup>1107</sup> Montealegre, *op.cit.*, fol. 93, y., N° 278.

en ciertos casos; intervenir en la enajenación o gravamen de los gananciales; exigir que el marido rindiera caución por la administración de los bienes propios de ella, y aun tenía derecho a impedir que el marido vendiese bienes propios de él. Gozaba, además, del beneficio de competencia y de diversos derechos con respecto a su dote, que se han tratado en la primera parte de este libro<sup>1108</sup>.

3. 1. *Derecho de la mujer casada a ser representada por su marido*<sup>1109</sup>: la incapacidad de la mujer casada, que consagró con claridad la ley 55 de Toro<sup>1110</sup>, lejos de tener por objeto que se abusara de ella, tenía por norte su protección. Se partía de la base que, por razón de sus ocupaciones, tenía normalmente poco acceso a cuestiones de papeles, comercio y negocios en general; por ello es que el marido debía representarla:

“La muger durante el matrimonio sin licencia de su marido no pueda hacer contrato alguno, asimismo no se pueda apartar ni se desistir de ningún contrato que a ella toque, ni dar por quitto a nadie del, puedan hacer quasicontrato, ni estar en juicio haciendo ni defendiendo sin la dicha licencia de su mando: y si estuviere por sí, o por su procurador, mandamos que no vala lo que hiciere”.

Quedaba aclarado, así, el sentir de las *Partidas* de que por su fragilidad -“de mejor condición es el varón que la mujer en muchas cosas e muchas maneras”<sup>1111</sup>-, lo que hacía asimilarla a los menores y labriegos que podían alegar ignorancia de la ley.

La licencia podía ser otorgada en el mismo instrumento o en otro diverso:

“Si lo hace en el mismo instrum[en]to lo firmará o un test[ig]o por él a ruego suyo si no sabe escribir, expresándose así en la concl[usió]n y de la conc[esió]n dara Fee el Escrib[an]o poniendo así la cláusula como sigile: “En tal parte, a tanto de tal mes y año ante mí el Escrib[an]o y test[igo]s María de tal muger de tal Juan, vecinos de ella, usando la licencia marital que el derecho previene o prescriben las leyes del fiero real y la 55 de Toro que las corrobora y de cuya concesión y aceptac[ió]n doy fee, dijo &a”, bien que para charla es indispensable también que al tiempo del otorgamiento pregunte a la muger si pide licencia a su Marido para él y a éste si se le concede p[o]r q[u]e de no hacerlo así sería fee falsa. Si se la da en otro instrumento debe insertarse en el que otorgue la muger p[ar]a documentarse y entonces no necesita el escribano dan Fee en éste de la concesión”<sup>1112</sup>.

La práctica jurídica chilena muestra distintos modos de actuación de las mujeres casadas en lo tocante a licencias. A veces comparecen juntos marido y mujer y se deja constancia de la venia y licencia que él le da para, por ejemplo, renunciar a las leyes de la

---

<sup>1108</sup> El beneficio de competencia ha sido objeto de estudio por S. Martínez Baeza, "La protección del deudor: el beneficio de competencia" en: *Revista Chilena de Historia del Derecho* no. 16, pp. 383-390, Santiago: 1990-1991, al que me remito.

<sup>1109</sup> Sobre los antecedentes históricos de la licencia marital cfr. M. Pérez-Victoria de Benavides, "La licencia marital en la Historia del Derecho castellano" en *Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos* no. 6, pp. 219-255, Granada, 1977.

<sup>1110</sup> *Rec. Cast.* 5, 3, 2. Comenta esta ley, entre otros autores, Azevedo, *op.cit.*, fol. 49 a 62. Cfr. M. J. Muñoz García, *Las limitaciones a la capacidad de obrar de la mujer casada: 1505-1975*. Madrid, 1991.

<sup>1111</sup> *Partidas* 4, 23, 2.

<sup>1112</sup> Santa Maria, *op.cit.*, fs. 127.

mancomunidad;<sup>1113</sup> pero en otras oportunidades, se subentiende por la comparecencia del marido que la autoriza para contratar<sup>1114</sup>. Esta licencia tácita estaba contemplada en autores como Suárez de Paz<sup>1115</sup>, Gómez<sup>1116</sup> y Montealegre<sup>1117</sup>.

En cuanto a la prueba de la licencia, no era necesaria que fuese *in scriptis*, bastando la prueba de testigos, a menos, según Baldo, que el marido estuviera excomulgado<sup>1118</sup>.

La existencia o no de unidad de domicilio conyugal, o, como se decía en la época, el que se hiciese o no vida maridable, influía en la posibilidad de la mujer de actuar por sí misma. En un juicio ventilado en 1792 ante el alcalde ordinario de segundo voto de Santiago entre gente de pocos recursos, el marido, Manuel Olmos, reclamaba que su mujer, María José Maturana, que lo había expulsado del hogar, hubiese dado en arriendo una viña perteneciente a ella, sin autorización marital. El alcalde dispuso que ella se mantendría en la administración de la viña hasta que Olmos regresase a hacer vida maridable<sup>1119</sup>.

La comunidad creada por el matrimonio entre marido y mujer no se concedía con pleitos entre los integrantes de tal consorcio, razón por la cual, en principio, no podía haberlos<sup>1120</sup>. Sin embargo, la realidad, más fuerte que la aspiración legal, tuvo que permitir las demandas entre cónyuges en asuntos de divorcio, relaciones económicas, alimentos, delitos y otros<sup>1121</sup>. Había en la autoridad una indiscutible intención de solucionar cuanto antes estos juicios, generalmente escandalosos, para lo que se arbitaban diversos medios como conciliación judicial -incluidas ahí promesas y reconciliaciones- o convenio extrajudiciales<sup>1122</sup>.

Nada sacaría la mujer con tener derecho a demandar a su marido si no contara con los medios económicos para hacerlo. De ahí la importancia de las litis expensas. En un

---

<sup>1113</sup> Entre ejemplos que podían sumar miles: Archivo Escribanos de Santiago, vol. 716, fs. 136 (1772), en que Juan Antonio Morales y su mujer, Josefa de España, venden, renunciando la ley de la mancomunidad, un sitio en la calle de la Compañía; vol. 721, fs. 305v. (1777), en que Juan Francisco de Herrera y su mujer, Luisa Gómez, se comprometen a devolver cierta suma recibida en mutuo.

<sup>1114</sup> Archivo de Escribanos de Santiago, vol. 662, fs. 319 (1749), en que Mateo Ibáñez y su mujer, Josefa de Molina, marqueses de Corpa, otorgan, de mancomún, que deben cierta suma de pesos a Antonio del Villar por otros tantos que confiesan haber recibido de él. Otro caso, también entre miles, Archivo Notarial de Valparaíso, vol. 21, fs. 62 y., en que comparecen juntos Gabriel Fernández de Valdivieso y María Eulalia Portusagasti, dando poder al capitán y maestro del navío "El Hércules" Francisco Puertas y a Francisco de Echavarría para que vendan sin esclavo suyo en Lima.

<sup>1115</sup> Suárez de Paz, *op.cit.*, t. 1, p. 1, tpo. 2 N° 27y 28.

<sup>1116</sup> Gómez, *Variarum...*, lib. 2, cap. 2, N° 3.

<sup>1117</sup> Montealegre, *op.cit.* fol. 87v., N° 2311

<sup>1118</sup> J. de Hevia Bolaños, *Curia Filípica*. Madrid: Imprenta de la Real Compañía de Impressores, y Libreros del Reyno, 1767, p. 1, párr. 10, N° 9, fol. 55 a 56, quien cita a Montalvo.

<sup>1119</sup> ANRACH, vol. 2685, p. 1a. (1792).

<sup>1120</sup> *Partidas* 3, 2, 5.

<sup>1121</sup> Trata el tema V. Kluger, "Algunas particularidades de los pleitos familiares en el virreinato del Río de la Plata. 1785-1812" en *Revista de Historia del Derecho* no. 27 Buenos Aires: 1999, pp. 221-222.

<sup>1122</sup> Kluger, *ibidem*, pp. 227-238 donde pasa revista a diversas vías de solución.

expediente de 1804 se señala que para los juicios de divorcio era una suma normal corrientemente fijada la de 500 pesos<sup>1123</sup>. Como ya se ha dicho en otra parte, una real cédula dada en El Pardo a 22 de marzo de 1787 dispuso que los jueces eclesiásticos sólo podían entender en las causas de divorcio "que es espiritual y privativo del fuero de la Iglesia"; pero todo lo temporal, como alimentos, litis expensas o restitución de dotes, eran las justicias reales las que debían entender en el conocimiento<sup>1124</sup>.

3. 2. *Beneficios patrimoniales de la mujer en atención a su condición de tal*: Las *Partidas*<sup>1125</sup>, siguiendo lo establecido por el senadoconsulto Veleyano<sup>1126</sup>, prohibían como regla general que la mujer se constituyera en fiadora:

“Otro sí dezimnos que muger ninguna non puede entrar fiador por otri. Ca non sería cosa guisada que las mugeres andouiessen en pleyto, por fiaduras que fiziessen, auiendo a llegar a logares do se ayuntan muchos omes, a usar cosas que fuessen contra castidad, o contra buenas costumbres, que las mugeres deuen guardar”.

No obstante, según otra de sus disposiciones<sup>1127</sup>, había algunos casos en que podía serlo, como por causa de la libertad de un esclavo; por razón de dote, como para que otra pudiera contraer matrimonio; cuando renunciaba a este beneficio expresamente, sabiendo que no debía serlo; cuando siendo fiadora por espacio de dos años y terminado ese tiempo, renovaba la fianza o entregaba prenda al acreedor; cuando recibía precio por la fianza; cuando se vestía de hombre o se valía de otro engaño para figurar como tal y así ser fiadora; cuando fiaba por cosas propias en su utilidad y provecho; cuando extendía fianza en favor de quien era su fiador y cuando heredaba los bienes de aquel por quien se constituía fiadora.

Aunque el senadoconsulto Veleyano mismo no estaba en vigor en Indias, era continuamente citado en las escrituras públicas y son constantes las renunciaciones a él. Leo en un tratado práctico para el uso de un estudiante de Derecho de la Universidad de San Felipe, que al referirse al Veleyano dice que:

“Las [leyes] del D[e]r[e]cho Romano no tienen en España fuerza de leyes ni han de llamarse así, si no autoridades y dichos o sentencias de sabios fundadas en razón, que sólo

---

<sup>1123</sup> ANRACH vol. 2621, p. 3a. Juicio de Josefa Oteiza con Pedro Olivares sobre divorcio y alimentos.

<sup>1124</sup> ANRACH vol. 1866, p. 3a.

<sup>1125</sup> 5, 12, 2.

<sup>1126</sup> Sendos edictos de Augusto y Claudio habían prohibido a las mujeres ser fiadoras de sus maridos. En el 46 d.C. por el senado consulto Velleianum se extendió esta prohibición a las mujeres en general. La jurisprudencia y la legislación imperial desarrollaron sus principios ora restringiéndolos ora ampliándolos. “La prohibición sólo afectaba a la responsabilidad por deudas, no al pago, de éstas; había de tratarse de deudas ajenas y la intercesión debía ser tal que concediese a la intercesora un derecho de reintegración, porque de otro modo el supuesto no diferiría del pago de una deuda de otro, y además solamente cuando el acreedor (por razón de dolo, de error excusable, etc.) no apareciese más necesitado de protección que la mujer que intercedía. La protección consistía en una *exceptio*, que competía no sólo a la mujer, sino también a sus fiadores y que podía interponerse dentro de la misma instancia ejecutiva (contra la *actio indicati*)”: R. von Mayr, *Historia del Derecho Romano*. Barcelona: Labor, 1926, t. 2, p. 141. Vid. A.Cattan Atala, “La invocación del Senadoconsulto Veleyano en América” en *Revista Chilena de Historia del Derecho* no. 16, pp. 59-65. Santiago, 1990-91.

<sup>1127</sup> *Partidas* 5, 12, 3.

pueden seguirse en defecto de ley y en q[uan]to a ser conformes a n[ues]tro D[e]r[ech]o R[ea]l y se ayudan p[or] el natural como lo dice el auto l<sup>o</sup> t[ítulo] 1<sup>o</sup> 1. 2 R[ecopilación]<sup>1128</sup>.

La referencia a él debe, pues, entenderse a las leyes de *Partidas*, que contenían una norma similar.

La anotada prohibición de fiaduría afectaba a toda mujer en obsequio de “su imbecilidad y falta de conocimiento”<sup>1129</sup> [...] “pues como por la fianza nada se le quita o pierde de presente, se la puede persuadir o engañar con facilidad”<sup>1130</sup>, lo que afectaba también, por ende, a la casada. Esta, conforme la ley 61 de Toro, “no se puede obligar por fiadora de su marido, aunque se diga y alegue que se convirtió la tal deuda en provecho de la muger”<sup>1131</sup>; se exceptuaba el caso de fianza por pechos y derechos reales: “lo cual todo lo que dicho es se entienda si no fuere la dicha fianza [...] a mancomún por maravedís de nuestras Rentas, o pechos o derechos dellas”.

La misma norma disponía que cuando la mujer se obligara a mancomún con el marido –esto es, ambos como principales deudores sea a prorrata o solidariamente–, “en un contrato, o en diversos, que la muger no sea obligada a cosa alguna: salvo si se proware que se convirtió la tal deuda en provecho della: ca entonces mandamos que por rata del dicho provecho sea obligada: pero si lo que se convirtió en provecho della, fue en las cosas que el marido le era obligado a dar, así como vestirla, y darla de comer, y las otras cosas necesarias, mandarnos que por esto ella no sea obligada a cosa alguna”. Igual que en el caso de la fianza reseñado ut supra, hacía excepción la obligación que la mujer contrajese mancomunadamente con el marido por pechos, rentas y derechos reales. La regla de la ley 61 vino a corregir al *Fuero Real* y la ley 207 del *Estilo*, que disponían que toda deuda contraída en común por marido y mujer debía ser pagada también en común<sup>1132</sup>.

Ambos beneficios de la ley 61 podían ser renunciados por la mujer a sabiendas. Advierte al respecto el ya mentado estudiante santiaguino:

“debe el Esc[riban]o estar instruido de las referidas L[eyes] enterar a la casada de la l[ey] 61 de Toro y de la 2, t. 12, P. 5 p[ar]a q[u]e si se obliga como fiadora de Su marido otro o concurre con él como principal a la celebrac[ió]n del contrato, sepa lo q[u]e renuncia y a q[u]é se obliga”.

---

<sup>1128</sup> Santa María, *op.cit.*, fol. 129.

<sup>1129</sup> Como en desafortunada expresión dice Llamas, *op.cit.*, p. 187.

<sup>1130</sup> Santa María, *ibídem*.

<sup>1131</sup> *Rec. Cast.* 5, 3, 9.

<sup>1132</sup> *Fuero Real* 3, 20, 14 decía que “todo deudo que marido e muger fizieren en uno, páguenlo otrosí en uno”. La ley 207 del *Estilo* expresaba: “Todo el deudo que el marido y la muger fizieren en uno páguenlo otrosí en uno. Y es a saber que el deudo que faze el marido, maguer la muger no lo otorgue ni sea en la carta del deudo tenida es a la meytad de la deuda. E otrosí es a saber, que si la muger se obliga con el marido al deudor de mancomún, y cada uno por todo, que si a la muger demandan toda la deuda que lo puede fazer, es tenida de pagar toda la deuda. Otrosí, si la muger es menor de edad que el fuero manda, y es casada e se obliga con su usando en el emprestido en la carta de del deudo, tenida es ella a su meytada del deudo e si se obligo de mancomun, e cada uno por todo sera tenida a todo el deudo si ge lo demanda, maguer sea menor de edad, ca el casamiento e la malicia suple la edad. E como quiere parte en las ganancias assi se deue parar a las deudas, mas si la que es menor de edad no se obligo en la carta con su marido no sera tenida a la deuda. Y el hombre menor de edad desque casado es sera tenido a todo emprestido e obligamiento de deuda que faga, pero en las otras donde es otorgada restitucion a los menores podra demandar restitucion”.

Correspondía al escribano dejar constancia que la mujer estaba debidamente al cabo de sus derechos

“y dar fee de ello caso q[u]e no exprese en la escritura el contenido de ellas, pues expresándolo, q[ut]e es lo más seguro p[ar]a q[u]e no se alegue ignorancia es superfluo darlo”.

Una declaración falsa del escribano sobre el punto citado acarrearía severas penas en su contra, la nulidad del contrato y pesaría además, sobre él la obligación de indemnizar a la mujer o sus herederos por los perjuicios que se hubiesen causado:

“Si da semejante fee sin haberla enterado de lo prevenido en d[ic]has L[eyes], a más de q[u]e se le podría cortar la mano por falsario, quedará infamado para siempre 1.16, t. 19, P. 3 y constando su ignorancia por declaración Chile se le tome de lo q[u]e mandan o prohíben las L[eyes] cuya renuncia pone, se declara nulo el contrato y estará obligado a resarcir a la mujer casada y a los herederos, esto es a los interesarlos con quienes contraiga el daño q[u]e se les origine, pudiendo aquella disculparse con q[u]e no se la instruyó ni supo lo q[u]e hizo y renunció”<sup>1133</sup>.

Beneficiaba, asimismo a la mujer la ley 62 de Toro (Rec. Cast. 5, 3, 10), que la libraba de caer en prisión a causa de deudas, salvo que provinieran de un delito o que ella fuese de mala fama: “ninguna muger por ninguna deuda, que no descienda de delito pueda ser presa, ni detenida si no fuere conocidamente mala de su persona”. Decía, no sin humor, el estudiante que vengo citando: “cuyo privilegio en honor del bello sexo es inútil renunciar”<sup>1134</sup>.

3. 3. *Casos en que se reconoce derecho a la mujer casada para actuar por sí misma*<sup>1135</sup>: una de las consecuencias de la potestad marital era, como se ha dicho, que la mujer no podía, como regla general, aceptar o repudiar una herencia sin autorización de su cónyuge. Decía al efecto la ley 54 de Toro<sup>1136</sup>:

“La muger durante el matrimonio no pueda sin licencia de su marido repudiar ninguna herencia que le venga *ex testamento*, ni *ab intestato*: pero permitimos que pueda aceptar sin la dicha licencia cualquier herencia *ex testamento*, *et ab intestato* con beneficio de inventario, y ni de otra manera”.

De lo dicho se desprende que, produciéndose por la mujer un inventario formal de los bienes en que consistía la herencia testamentaria o intestada, podía, por sí sola y sin autorización del cónyuge, proceder a aceptarla. Así le era dable enterarse de si le convenía o

---

<sup>1133</sup> Santa María, *op.cit.*, fol. 128. Atingente al tema —aunque no corresponde a lo tratado en el presente trabajo—, se quejaba el profesor de Santa María de muchas renunciaciones que solían poner los escribanos, vinieran o no a cuento:

en todos los contratos de las mujeres suelen los escribanos poner indistintam[en]te renuncia de las leyes del Emp[erado]r Justiniano, del senado-consulto Velejano, de Toro, Madrid y Partidas, sean solteras o viudas, monjas o seglares, ya se obliguen como p[ri]ncipales o como fiadoras, manifestando así su gran ignorancia. Hacer igual renuncia en todos los casos es absurdo ya por no haber leyes q[u]e traten de ello y ya por no venir al intento. Tocante a las de Madrid, ninguna se ha de renunciar porq[u]e no hablan de contratos de mujeres sino q[u]e no anden con la cara tapada, l[ey] pen[última] y ult[íma]. t. 3 l. 5 R.”

<sup>1134</sup> Sobre ello, G. Suárez de Paz, *Praxis ecclesiastica et. secularis cum actionum formulis et actis processum hispano sermone compositi*. Salmanticae, 1584, t. 1, p. 1. tpo. 2.

<sup>1135</sup> Sobre los orígenes de la capacidad procesal de la mujer en el Derecho Común, cfr. G. Minucci, *La capacità processuale della donna nel pensiero canonistico classico. Da Graziano a Ugoccione da Pisa*. Milano: Quaderni di Studi Senesi dir. da P. Nardi, vol. 68, 1989.

<sup>1136</sup> *Rec. Cast.* 5, 3, 1. Comenta esta ley, entre otros autores, Azevedo, *op.cit.*, fol. 46 a 49.

no tal aceptación, lo que liaría si las deudas fueran inferiores al activo. Las solemnidades del inventario están regladas en las *Partidas*<sup>1137</sup> . .

Los tratadistas señalaban diversas situaciones en que la mujer casada podía actuar por sí misma. Un primer caso está dado por las propias leyes de Toro, en que la 56<sup>1138</sup>, preceptuaba:

“[M]andamos que el marido pueda dar licencia general a su muger para contraer, y para hacer todo aquello que no podía hacer sin su licencia: y si el marido se la diere, vala todo lo que la mujer hiciere por virtud de la dicha licencia”.

Esta autorización general del marido tenía, según los autores, un límite, cual era la enajenación de los bienes dotales, vedada al marido por las *Partidas*<sup>1139</sup>. Tal licencia se manifestaba normalmente mediante el otorgamiento de un poder general del marido a la mujer.<sup>1140</sup>

Se discutía por los autores si la licencia marital debía ser expresa o si bastaba la tácita. La primera posición ostentaba Suárez de Paz<sup>1141</sup>, la que Hevia Bolaños dice seguir en la *Curia*<sup>1142</sup>; sin embargo, se contradice en el *Laberinto*<sup>1143</sup>, donde al referirse a si la mujer podía ser mercadera con autorización tácita, lo considera posible. Por la licencia tácita estaban autores como Antonio Gómez, Cifuentes, Matienzo, Acevedo y Montealegre<sup>1144</sup>. Podía, pues, también actuar sola la mujer cuando el marido le había dado poder especial para tratar o contratar,<sup>1145</sup> caso en el que estaba implícita, aunque tácitamente, la autorización pertinente.

En cuanto a la duración de la licencia, se entendía que el marido podía revocarla cuando lo estimara conveniente. No obstante, en el caso de la que se daba para que la mujer ejerciera como comerciante, estimaban autores como Casaneo y Tiraquelo, que no procedía revocación, a lo que se suma Hevia Bolaños<sup>1146</sup>.

---

<sup>1137</sup> Véase el título 6º de la *Partida* 6ª y 3, 18, 100

<sup>1138</sup> *Rec. Cast.* 5, 3, 3.

<sup>1139</sup> *Partidas* 4, 11, 7 y Llamas, *op.cit.*, p. 179.

<sup>1140</sup> Por ejemplo, José de Rada, vecino de Santiago, da “poder general, sin limitación y con libre y general administración” a su mujer, María Josefa de Aragón, para representarlo en todas las causas, pleitos, tanto civiles como criminales, eclesiásticos o seculares, etc.: Archivo Escribanos de Santiago, vol. 662, fs 171 v. (1749). Otro caso, que puede multiplicarse: Francisco de Morales otorga poder general de administración a su legítima mujer Juana Barahona, sin limitación y con libre y general administración, Archivo Escribanos de Santiago, vol. 510, fs. 337 (1718).

<sup>1141</sup> Suárez de Paz, *op.cit.*, 1, t. 1, p. 2, temp. 27 y 28

<sup>1142</sup> Hevia, *op. cit.*, 1ª p., párr. 10, N° 9

<sup>1143</sup> Hevia, *Laberinto...*Cap. 1, N° 26.

<sup>1144</sup> Este último en fol. 87 v., N° 234. Los autores anteriormente señalados son citados por Hevia en los lugares indicados en las notas precedentes.

<sup>1145</sup> A. Gómez, *Variarum Resolutionum iuris civilis communis et regii, libri III* Salamanca, 1552, lib. 2, cap. 2, N° 3; Santa Maria, *op.cit.*, fs. 127 y Hevia, *Curia...*, 1a. p., párr. 10, N° 9, fol. 55.

<sup>1146</sup> Hevia, *Laberinto*, cap. 1, No. 26.



Era corriente que compareciera la mujer sola aduciendo que actuaba con consentimiento del marido, sin que tal licencia constara en el documento<sup>1147</sup>. Aun a veces actuaba sola expresando que lo hacía en ausencia de su marido, pero con la seguridad de que él lo ratificaría, para lo cual otorgaba caución de rato. Así se observa en un instrumento de 1743 en que Leonor del Pozo, casada con Miguel de Aristegui, ausente en el Perú, acepta una novación por cambio de deudor, expresando que será ratificado por su marido, otorgando caución de rato al efecto<sup>1148</sup>. Este documento contraría lo mandado por la ley 59 de Toro, a la que me refiero más abajo.

Pero podía darse el caso que la mujer actuara sin licencia del marido y éste encontrara, posteriormente, que ello era beneficioso. La ley 58 de Toro<sup>1149</sup> le permitía ratificar lo actuado por la mujer: “el marido pueda ratificar lo que su muger oviere hecho sin su licencia no embargante que la dicha licencia no haya precedido: oca la ratificación sea general o especial”. La procedencia de esta ratificación llevaba a discriminar sobre el sentido jurídico que tenía la autorización del marido. Si ella hubiera sido en beneficio de la mujer, habría constituido una solemnidad o comparecencia *pro forma*, que siempre debía ser anterior al acto o cuando menos concomitante con él. Mas, si se estimaba que la autorización se hacía en provecho del que debía prestarla, esto es el marido, no cabía la limitación en cuanto al tiempo, por lo que podía ser dada, mediante la ratificación, con posterioridad al acto realizado. Tal era la postura de Matienzo y Tiraquelo<sup>1150</sup>. Esta ratificación debía hacerse, en todo caso, antes que la contraria reclamara la nulidad del acto o contrato<sup>1151</sup>.

También, hablando de mandato, podía la mujer actuar sola cuando lo confirma a su marido para enajenar, gravar u obligar sus bienes<sup>1152</sup>. Es de notar que la enajenación (aunque fuera en principio) de bienes propios de la mujer requería su autorización personal, so pena de nulidad, de que hay muchos ejemplos en Chile<sup>1153</sup>. Asimismo podía ella actuar sin licencia del marido cuando era mandataria de algún extraño<sup>1154</sup>.

---

<sup>1147</sup> Por ejemplo, Archivo Escribanos de Santiago, vol. 510, fs. 5 (1718), en que María Josefa Naranjo expresa actuar en el otorgamiento de un poder con consentimiento de su marido, que no comparece. Lo propio puede hallarse en Archivo Escribanos de Santiago, vol. 673, fs. 37 (1759), donde María de Ureta, casada con Miguel de Astorga, da poder haciendo referencia a la venia y licencia de su marido, quien no comparece ni apareciendo tampoco la venia citada. Los casos pueden multiplicarse.

<sup>1148</sup> Así se ve en un documento: *Vid.* Archivo de Escribanos de Santiago, 1743.

<sup>1149</sup> *Rec. Cast.* 5, 3, 5.

<sup>1150</sup> A la que adhiere Llamas, *op.cit.*, p. 181.

<sup>1151</sup> Llamas, *ibidem*.

<sup>1152</sup> Gomez, *Variarum...*, lib. 2, cap. 2, N° 3 y Santa Maria, *op.cit.*, fs. 127.

<sup>1153</sup> Archivo Real Audiencia, vol. 211 y vol. 1727, p. 2° Ambos expedientes se refieren a esclavos propios de la mujer, vendidos por el marido sin aquiescencia de ella.

<sup>1154</sup> Montealegre, *op.cit.*, fol. 92, N° 271.

Ejerciendo la mujer acciones civiles y criminales en contra de su marido, lo propio podía actuar por sí misma<sup>1155</sup> y o podía hacer para defenderse, pues era esto de derecho natural: “*quae est de iure naturali*”<sup>1156</sup>. Las razones son obvias y las manifestaciones en nuestros repositorios, numerosas.

Guarda relación con lo anterior la facultad de la mujer (que deberá ejercer por sí) de hacer protestas o reclamaciones para no ser perjudicada. Un largo párrafo dedica al tema Gregorio Vicente Santa María, estudiante de Derecho de fines del siglo XVIII, quien capta las aprensiones de sus maestros frente a los abusivos reclamos de las casadas. Por su interés lo transcribo:

“[S]uelen m[u]cha[s] veces las mugeres casadas celebrar contratos co[n]finadas y violentadas p[or] sus maridos, y alg[un]as veces q[u]e no lo son alegan q[u]e lo han sido, p[ar]a eximirse de la obligación contraída. P[or] tanto p[ar]a q[u]e no les sirba esta ecepción y no p[ar]a otro efecto, se corroborarán estas con juram[en]to en la f[or]m[a] sig[uien]te: “Y la expresada M. renuncia la 61 de Toro, q[u]e dice q[u]e la muger no puede ser fiadora de su marido y q[u]e qu[an]do marido y muger se obligan de mancomun en un contrato o en diversos o esta como fiadora de aquel no quede obligada a cosa alg[un]a si no es q[u]e se prueba haberse combertido la deuda en su provecho, en cuyo caso ha de pagar a prorrata del q[u]e tubo, no s[ien]do de las cosas q[u]e el marido está obligado a darle y además jura por Dios n[uestro] S[eñ]or y una señal de la Cruz tal como esta + q[u]e p[ar]a realizar este contrato no la ha persuadido con eficacia, intimidado ni violentado directa ni indirectam[en]te en el d[ic]ho su marido ni otra persona en su nombre y q[u]e antes bien le otorga de su libre voluntad p[or] haber de convertirse en utilidad suya: Q[u]e no tiene echo ni hará juram[en]to de no enagenar ni gravar sus bienes ni protesta ni reclamación contra este instrum[en]to p[or] no haber precedido p[ar]a efectuarla y si parecieren, las revoca y anula enteram[en]te desde aora, q[u]e de este juram[en]to no ha pedido ni pedirá absolucion ni relajacion a ningun Prelado Ecl[esiastic]o y q[u]e aunq[u]e de motu proprio se las conceda, no usara de ellas pena de perjura. En cuyo testim[oni]o así lo otorga, &”.

Y continúa el estudiante con manifiesta ironía:

“[C]on la expresada clausula y la lic[iencia] marital en los casos en q[u]e la necesitan, no podrán alegar q[u]e han sido violentadas ni p[or] consig[uien]te reclamar el contrato aunque tenga echo antes juram[en]to de no enagenar ni gravar sus bienes; y si lo hacen incurrirán en la pena de perjuradas, y deberán ser castigadas p[or] su dolo bien q[u]e aunq[u]e la muger casada jure q[u]e la deuda se combirtió en su utilidad, si el acreedor no lo prueba con arreglo a la ley de Toro d[ic]ha, será amparada en su dote o a lo menos en su mitad exepcto q[u]e lo sea el Fisco...”.

Concluyendo con estas sabias palabras:

“¡Y así es muy bueno no meterse en nada con mugeres casadas!”<sup>1157</sup>.

---

<sup>1155</sup> Gomez, *Variarum...*, lib. 2, cap. 2, N° 3 y Hevia, *op.cit.*, 1° p., párr. 10, N° 10. Expresamente hace valer este derecho María de Hevia al demandar a su marido, Antonio Carreaceda: Archivo Real Audiencia, vol. 1428, p. 2ª (1684).

<sup>1156</sup> Montealegre, *op.cit.*, fol. 92, N° 268.

<sup>1157</sup> Santa María, *op.cit.*, fs. 129.

Los archivos notariales de Chile indiano demuestran la efectividad de estas reclamaciones que llevan aquí el nombre de exclamación<sup>1158</sup>.

Si la mujer hiciera un contrato que es útil para ella o para el marido no requiere autorización de éste:

*“quando contractus a muliere absque viri licentia factus vel iudicium cum ea agitatum est utile ipsi mulieri vel marito, nam tunc valet etiamsi deficiat mariti consensu”*<sup>1159</sup>.

Los más destacados juristas avalaban esta posición: Gómez,<sup>1160</sup> Matienzo<sup>1161</sup> y Covarrubias<sup>1162</sup>.

La circunstancia de ejercer la mujer públicamente, con consentimiento expreso o tácito del marido, algún oficio como comadrona, comerciante, etc., hacía presumir que poseía licencia suya para contratar, “quod uxor de voluntate viri officium exercet visus est consensum uxore praestare”<sup>1163</sup>.

Cuando el testador que instituyó heredera a la mujer le encarga la formalización de algún contrato, debe hacerlo aun sin licencia del marido<sup>1164</sup>. Montealegre lo concretiza así:

*“[N]on procedere [obtener licencia marital] in alienatione ex testatoris praecepto facta quam absque viri licentia mulier potest facere testatoris praeceptum ad implendo argumento quod in minore dicitur qui licet praedium sine iudicis decreto alienare prohibebatur...”*<sup>1165</sup>.

El otorgamiento de escritura, relativa al capital aportado por el marido al matrimonio, era factible a la mujer, sin licencia alguna, si habían precedido capitulaciones o pactos al respecto<sup>1166</sup>.

Era la libertad de las personas tan importante que podía la mujer, en el sentir de los doctores, actuar sin licencia del marido para obtener la redención de él o la suya propia<sup>1167</sup>.

---

<sup>1158</sup> Véase al efecto el ilustrativo trabajo de S. Martínez Baeza, "La exclamación" en *Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano*, t. V, pp. 231 y ss. En la página 232 consigna con detalle la exclamación hecha en 1761 por Josefa Pavón, mujer del comerciante Lucas Bacho, quien debió obligarse mancomunadamente con su marido hipotecando un bien de su particular dominio. En Archivo Escribanos de Santiago, vol. 943, fs. 14, ha encontrado el siguiente ejemplo, de 22 de junio de 1795, en que Manuela de Zañartu, casada con Bernardo de Irigoyen, declara que por tratar su marido de tomar dos mil pesos de las cajas del Banco de Minería se la ha propuesto como fiadora, cuya escritura había de firmar sin poder negarse, por lo que contradecía todo lo que en ella se señalaba.

<sup>1159</sup> Montealegre, *op.cit.*, lib. 1, cap. 5, N° 222, fol. 85 v.

<sup>1160</sup> Gómez *Ad Leges Tauri...* a ley 55, N° 2.

<sup>1161</sup> Matienzo, *op.cit.*, glosa 1 a Rec. Cast. 5, 3, 2; N° 13 y ss.

<sup>1162</sup> D. Covarrubias a Leiva, *Practicarum quaestionum*. Valencia, 1775, cap. 28, N° 10.

<sup>1163</sup> Montealegre, *op.cit.*, fol. 89, N° 42, quien cita a Matienzo, Gómez, Faber, Boerio, Rodrigo Suárez y otros.

<sup>1164</sup> Gómez, *Variarum...*, lib. 2, cap. 2, N° 3.

<sup>1165</sup> Montealegre, *op.cit.*, fol. 86, N° 225.

<sup>1166</sup> Gómez, *Ad Leges Tauri* a la ley 55, N° 2 y Santa María, *op.cit.*, fs. 127.

<sup>1167</sup> Montealegre, *op.cit.*, fol. 86, N° 226.

Considerábase, a todo evento, que el derecho a defenderse, aun sin la referida autorización, era de derecho natural<sup>1168</sup>.

Tanto valor como la libertad tenía el derecho a mantener la vida, por lo que, si para procurarse alimentos debiera la mujer contratar o parecer en juicio sin licencia del marido, podría hacerlo.<sup>1169</sup> Igualmente, podía actuar por sí misma si estuviese aquejada de alguna otra necesidad urgente.<sup>1170</sup> Con todo, la compra al fiado por la mujer casada no sería posible, según algunos autores, sin licencia del marido.<sup>1171</sup>

En el caso que la mujer hubiera sido despedida del hogar, sin culpa suya ni causa justa, podía proceder a contratar o actuar judicialmente sin autorización de su cónyuge.<sup>1172</sup> La misma facultad se reconocía a la mujer cuando el marido se hubiera ausentado del hogar común. María Josefa Maturana obtuvo, en 1792, que el alcalde ordinario de Santiago le reconociera su derecho a la administración de una viña, contra la reclamación de su marido, Manuel Olmos, quien postulaba la nulidad de lo actuado por ella al haberlo hecho “sin autoridad para semejante contrata que la que por sí se ha advocated, pues es inconcuazo que la muger casada no puede celebrar trato alguno sin venia y licencia de su marido”. El alcalde, al reconocer la capacidad de María Josefa para actuar por sí misma, puso como limitación que podría hacerlo hasta que el marido regresara a hacer vida maridable.<sup>1173</sup>

La ley 57 de Toro<sup>1174</sup> prevenía que “el Juez con conocimiento de causa legítima y necesaria compela al marido que de licencia a su muger para todo aquello que ella no podría hacer sin licencia de su marido, et si compelido no se la diere, que el Juez solo se la pueda dar”. La coacción del juez podía efectuarse mediante multas o cárcel.<sup>1175</sup> Pero, si se presentare una situación urgente cuya demora ocasionara peligro, podría la mujer actuar por sí misma aunque hubiera denegación del marido y aun sin licencia judicial.<sup>1176</sup>

La última situación descrita está extrapolada de la ley 59 de Toro<sup>1177</sup>, que trata del caso de ausencia del marido:

“Quando el marido estuviere ausente, y no se espera de proximo venir, o corre peligro en la tardanza: que la justicia con conocimiento de causa seyendo legitima, o

---

<sup>1168</sup> Montealegre, *op.cit.*, fol. 92v. N° 268.

<sup>1169</sup> Montealegre, *op.cit.*, fol. 86, N° 227.

<sup>1170</sup> Montealegre, *op.cit.*, fol. 86v., N° 230.

<sup>1171</sup> Hevia, *Laberinto...*cap. 12, N° 11, fol. 323, quien cita a Matienzo y a Acevedo.

<sup>1172</sup> Montealegre, *op.cit.*, fol. 87, N° 233.

<sup>1173</sup> ANRACH vol. 2685, p. 1<sup>a</sup>

<sup>1174</sup> *Rec. Cast.* 5, 3, 4.

<sup>1175</sup> Matienzo, *op.cit.*, gl. 2 a *Rec. Cast.* 5, 3, 4. Procedía esta autorización marital o la judicial subsidiaria aun cuando la mujer estuviere divorciada “y todos los autos se insertarán en la escritura p[ar]a su estabilidad, pues aunq[u]e no incurra en pena [el escribano] p[or] autorizarla, sin este requisito ni estimarse nulo el contrato p[or] los fundamentos q[ue] trae Gutiérrez De Juram Conf. p. 1, c. 1, N° 54 y sig. no es razon poner en contig[enci]as y opiniones el din[er]o del comprador, Santa María, *op.cit.*, fol. 129.

<sup>1176</sup> Montealegre, *op.cit.*, fol. 91 v., N° 258.

<sup>1177</sup> *Rec. Cast.* 5, 3, 6.

necessaria, pueda dar licencia a la muger, la que el marido le había de dar: la qual asi dada vala como si del marido sea”.

Hevia puntualiza, en cuanto a posibles actuaciones judiciales de la mujer, que basta con que el marido esté ausente del pueblo donde se ha de litigar, aunque esté en el territorio jurisdiccional del tribunal, bastando que no se espere su próxima venida<sup>1178</sup>. Sin embargo, como apunté ut supra, era corriente que, quizá por costumbre contraria a la ley, se otorgara caución de rato. La demencia del marido o la sordumudez, que le impidiera entender la substancia y naturaleza del contrato, daba lugar a que la mujer pudiera pedir autorización al juez, quien debía actuar con conocimiento de causa<sup>1179</sup>. En estos casos, era necesario nombrar un curador al marido que adolecía de tales incapacidades o bien, según Carleval, podía el juez habilitar a la cónyuge, precediendo competente información de ser apta y juiciosa para gobernar el patrimonio familiar. Se requería, además, el asenso del curador y de los hijos casados<sup>1180</sup>. Apartándose un tanto de lo dicho, una escritura de 1754 nos muestra a la mujer, Mariana Baldenegro, pidiendo autorización al juez para vender un bien común, pues su marido, Santiago Bozo, se encontraba enfermo y no podía hacerlo. El juez dio la licencia pedida<sup>1181</sup>.

El contrato de la mujer con el rey o las autoridades reales, aunque careciera de licencia marital, era considerado válido, siempre que no perjudicase al marido<sup>1182</sup>.

Era también válido el contrato realizado por la mujer, aun sin la pertinente autorización, si había sido efectuado para que tuviera efecto después de la disolución del matrimonio<sup>1183</sup>.

El principio según el cual la mujer seguía el fuero y domicilio del marido acarrea que, cuando ella hubiera casado con extranjero, no exigiéndose en el reino de éste la licencia que preceptuaba la ley castellana, podía contratar con plena libertad<sup>1184</sup>. Lo mismo podía hacer, si extrañados marido y mujer de los reinos de la corona castellana, residieran en lugar donde no se exigiera la licencia marital, siempre que se tratara de bienes que se encontraran fuera de los territorios castellanos<sup>1185</sup>.

Finalmente, podía actuar por sí misma la mujer cuando era albacea:

*“in executione ultimae voluntatis nam mulier potest esse executrix ultimae voluntatis”*<sup>1186</sup>.

---

<sup>1178</sup> Hevia, *Curia...*, 1ª p. párr. 10, N° 9. En este punto de vista sigue a Paz contra la opinión de Avendaño.

<sup>1179</sup> Montealegre, *op.cit.*, fol. 91 v., no. 260, 261 y 262.

<sup>1180</sup> T. Carleval, *Disputationes juris variae ad interpretationem Regiarum legum Regni Castellae...* Madrid, 1656, t. 3, disp. 19, N° 14 y Santa María, *op. cit.*, fol. 127.

<sup>1181</sup> Archivo Escribanos de Santiago vol. 694, fs. 196.

<sup>1182</sup> Montealegre, *op.cit.*, fol. 92, N° 263

<sup>1183</sup> Montealegre, *op.cit.*, fol. 92, N° 264.

<sup>1184</sup> Montealegre, *op.cit.*, fol. 92, N° 266.

<sup>1185</sup> Montealegre, *op. cit.*, fol. 92, N° 267, quien cita a Tiraquelo, Labertenga, Palacios Rubios, Rodrigo Suárez, Gregorio López, Matienzo y Bartolo.

<sup>1186</sup> Montealegre, *op.cit.*, fol. 91 v., N° 260, 261 y 262.

Basándose en los atestados de cronistas y viajeros, una historiadora contemporánea da el siguiente diagnóstico de la situación de la mujer chilena en el período indiano:

"La mujer casada tiene de hecho una cierta independencia del marido. Ella maneja las estancias y todos los asuntos domésticos, además de cuidar de la familia y educar a los hijos. Las mujeres son responsable de todos los gastos de la casa, mientras los maridos atienden el comercio o el empleo que tienen en la ciudad. Desempeñan bien esta labor porque "no son desperdiciadoras, sino que tocan mucho en económicas, industriosas y laboriosas"; desde que las casan ellas saben hilar, coser, bordar, tejer y cortar un vestido. Carvallo y Goyeneche observa que por prudencia la mujer prefiere no recargar el trabajo del marido, "ni éste hace tanta falta en casa como en otros países; en nada se conoce su ausencia cuando salen a viajar y por lo regular nada tiene que reprender a su regreso". Por eso mismo, cuando quedan viudas con hijos pequeños "se saben gobernar tan bien que para los intereses no se echa menos al padre", pues como conocen el manejo de las haciendas y de las despensas y bodegas de la casa, no se dejan engañar por los mayordomos. Como todas saben montar a caballo, en el campo acompañan al marido a presenciar las cosechas. A pesar de la libertad de que ellas gozan para disponer de los productos de la hacienda, en los matrimonios no hay "disturbio y alteraciones, porque bien educadas, saben que deben disponer de ellos en bien de las casa" y viven en perfecta armonía con sus maridos..."<sup>1187</sup>.

Es obvio que tan idílica muestra de la mujer chilena corresponde a una idealización, existiendo algunas que harían la excepción. Con todo, da una línea gruesa, corroborada por la documentación, acerca de la libertad de que gozaba la mujer casada en el aspecto patrimonial. Como no todo puede ser rosa en estas materias, afeaba el carácter de las chilenas, según las mismas fuentes, su excesiva afición al lujo, que las llevaba a gastos desmesurados<sup>1188</sup>.

3. 4. *Derecho de la mujer a intervenir en la enajenación o gravamen de los bienes gananciales:* Como se ha dicho más arriba, quien aparece como dueño de los gananciales durante el matrimonio es el marido; pero su derecho es limitado, pues carece de facultad para hacer

---

<sup>1187</sup> L. Santa Cruz, "La mujer en el reino de Chile vista por cronistas y viajeros" en L. Santa Cruz, T. Pereira, I. Zegers, V. Maino, *Tres ensayos sobre la mujer chilena*. Santiago: Editorial Universitaria, 1978, p.65. La autora se basa en los cronistas V. Carvallo y Goyeneche, P. de Córdoba y Figueroa, F. Gómez de Vidaurre, A. de Góngora y Marmolejo, A. González de Nájera, P. Mariño de Lovera, J. I. Molina, F. Núñez de Pineda, M. de Olivares, A. de Ovalle, J. Pérez García, J. de Quiroga, D. de Rosales, C. Suárez de Figueroa y J. de Vivar. En cuanto a viajeros, utiliza a L. A. de Bougainville, el holandés Brouwer, J. Byron, A. de Frézier, T. P. Haenke, J. F. Galaup de La Pérouse y G. Vancouver. La mayoría de los cronistas están editados en la obra *Colección de Historiadores de Chile y de Documentos relativos a la Historia Nacional*. Santiago: (varias imprentas y editores), 1861-1992. La serie fue iniciada por Juan Pablo Urzúa, bajo cuya dirección se editaron los seis primeros tomos; Luis Montt siguió con los volúmenes 7 a 11; luego, en 1888, José Toribio Medina tomó la tarea, editando los tomos 12 a 45. En 1934 la Sociedad Chilena de Historia y Geografía tomó a su cargo la colección, publicando desde los tomos 46 en adelante.

<sup>1188</sup> Santa Cruz, *op. cit.*, p. 57: "en opinión casi unánime de cronistas y viajeros, la mujer chilena tenía un afán desmedido por el lujo y era especialmente extravagante y dispendiosa para vestir [...] la competencia de unas con otras sobre aventajarse en galas, joyas y perlas para su adorno y libreas de sus criados es tal que por ricos que sean los maridos han menester todo lo que tienen, particularmente si es gente noble, para poder satisfacer la obligación y decencia de su estado", atestado este último del cronista Alonso de Ovalle, corroborado por Felipe Gómez de Vidaurre.

donaciones excesivas o enajenaciones fraudulentas al tenor de la *Nueva Recopilación*<sup>1189</sup> .. Aunque, como se ve, la intervención de la mujer no es necesaria, la práctica nos muestra que sí participa en tales contratos: por ejemplo, en una imposición de censo sobre bienes gananciales hecha por el capitán José Pérez de Carmona mediante escritura de 5 de agosto de 1772, su mujer Inés Cabrera, doce días después, ratifica lo actuado por él<sup>1190</sup>.

3. 5. *Derecho de la mujer a intervenir en la enajenación de sus bienes propios y a que su marido rinda caución por la administración de ellos*: Los bienes de la mujer podían ser dotales, parafernales o propios. En los dos primeros actúa el marido sin intervención de su cónyuge. Pero en los últimos requiere, como se ha dicho más arriba, la aquiescencia de ella so pena de nulidad<sup>1191</sup>. Se exigía que el marido prestara por esta administración caución “*tamquam coniuncta persona*”<sup>1192</sup>.

Aunque la mujer era tenida por emancipada desde que se casaba, ello sólo significaba que dejaba de estar bajo la autoridad de su padre. Siendo ella menor, no podía, pues, actuar por sí misma y, consecuentemente, le estaba vedado dar autorización a su marido para vender sus bienes propios. En esta situación, debía designársele un guardador, que no podía ser su marido:

“el marido non deue ser dado por guardador de los bienes de su muger que fuesse menor de edad; porque sospechamos, que la muger, por amor que ha a su marido, non le demandaria emienda del daño, o del menoscabo, que fiziesse en ellos, e que gelo perdonaría todo de ligero. E por ende deue pedir el marido al Juez, que de a los bienes della otro guardador que sea sin sospecha”<sup>1193</sup>.

3. 6. *Derecho de la mujer a impetrar medidas respecto a los bienes dotales*: Como se ha dicho más atrás, el marido sólo se hacía dueño de los bienes entregados en dote en algunos casos de dote estimada y en la inestimada, cuando la aportación había consistido en bienes fungibles.<sup>1194</sup> En los demás era sólo usufructuario y como tal había de administrar estos bienes, pudiendo aprovecharse de los frutos para sostener las cargas del matrimonio.

Cuando la dote era inestimada y no se producía la situación descrita más arriba, el marido debía restituir tales bienes, por lo que no podía enajenarlos sin autorización de la mujer.

La restitución de los bienes dotales podía adelantarse cuando el marido era pródigo o se arruinaba por su culpa<sup>1195</sup>, lo que era procedente tanto en la dote estimada como en la inestimada. Citando en 1751 la disposición del Rey Sabio decía Clemencia de Quiroga cuando litigaba por la devolución de su dote de parte de su marido Juan de Camargo:

---

<sup>1189</sup> *Rec. Cast.* 5, 9, 5.

<sup>1190</sup> Archivo Escribanos de Santiago, vol. 716, fs. 229

<sup>1191</sup> Hevia, *Laberinto...* Cap. 1, no. 26.

<sup>1192</sup> Gómez, *op.cit.*, fol. 630.

<sup>1193</sup> *Partidas* 6, 7, 3.

<sup>1194</sup> Dougnac, *Esquema...*, p. 179.

<sup>1195</sup> *Partidas* 4, 11, 29.

"[E]ste es un derecho de las mujeres casadas para conservar sus dotes para cuya determinación basta cualquiera prueba, semiplena o presumptiva de ser el marido desgastador para compelérsele a que restituya la dote a la mujer para que ella lo administre...".

A su juicio, el marido no podía oponerse a ello, máxime que siempre le quedaba expedita acción para el caso de que si la mujer disipase sus bienes o procediese mal en la administración, pudiera pedir que ella otorgara cauciones. En ese juicio, al marido, para dificultar la devolución, había argumentado que previamente ella debía afianzar los resultados de su gestión<sup>1196</sup>.

La obligación de restituir que pesaba sobre el marido acarrea una hipoteca tácita sobre todos sus bienes. La mujer tenía un derecho de prelación para evitar daños en su patrimonio; en su virtud prefería ella a todos los acreedores del marido, aun anteriores a la constitución de la dote, salvo los que tuvieran hipoteca expresa especial o general; prefería a los posteriores aunque tuvieran hipoteca general expresa y aun llegaba a preferir al Fisco<sup>1197</sup>. Conforme la glosa de Gregorio López, la hipoteca tácita pasaba a todos los herederos; pero el privilegio sólo a los hijos y herederos legítimos.

3. 7. *Derecho de la mujer a impedir que el marido dilapide bienes propios suyos*: No aparece en la legislación, pero sí en la práctica judicial, que la mujer pudiera impetrar al juez que prohibiese a su marido enajenar bienes propios de él. Es el caso, ocurrido en 1802, en que María Lucero, mujer legítima de José Antonio Gutiérrez, y casada con él por espacio de veintiocho años, pidió al tribunal que se impidiera a su cónyuge enajenar un retazo de tierras que él había heredado de sus padres. Daba como razón que temía que empleara el dinero que le pagaran en juegos y otros usos prohibidos. Solicitaba se le conminara "pena de nulidad y de veinticinco pesos aplicados en la forma ordinaria", a lo que el alcalde, Pedro José González, accedió<sup>1198</sup>.

## CAPÍTULO V LA UNIDAD DEL DOMICILIO CONYUGAL

### 1. Introducción

Una política de la Corona en Indias consistió en evitar que sus súbditos quedaran sin el conveniente sustento, pues ello podía desembocar, a la larga, en que la propia autoridad debiera de ocuparse de la mujer desatendida, de las doncellas pobres e indotadas o de los mancebos sin trabajo. Por eso, al pasar domiciliados de América a España, se les exigía que

---

<sup>1196</sup> ANRACH vol. 2141, piezas 16a. y 19a. (1749-1751).

<sup>1197</sup> Hevia, *Laberinto...*, lib. 2, cap. 12, N<sup>o</sup> 32, y J. M. Domínguez Vicente, *Ilustración y Continuación a la Curia Filipica*. Madrid, 1790, lib. 2, cap. 3, N<sup>o</sup> 26. "Regularmente se prefieren los acreedores por su antigüedad: el primero en tiempo, y luego el segundo, y por su orden los demás, teniendo igual hipoteca especial, ó expresa general en los bienes del deudor, y aun tacita, l. 2. *C. qui potiores in pign.* l. 1 *C. si propter pub. pens.* l. 27 tit. 13 part. 1. Pero teniendola todos tacita, primero será pagado el Fisco, siendo acreedor, ó la muger por su dote, aunque por esta hipoteca tacita no será preferida la muger, ni el Fisco al que tuviere la especial, ó general expresa de persona, y bienes anterior...": Villadiego, *op. cit.*, fol. 451.

<sup>1198</sup> ANRACH vol. 2363, p. 7<sup>a</sup>



—atendidas las edades de la mujer y el marido y el número de hijos— dejaran el sustento necesario<sup>1199</sup>.

Podemos señalar, además, una razón de carácter meramente jurídico. El régimen económico matrimonial imperante en Indias era el de comunidad de bienes restringido a los gananciales, modificado por una serie de donaciones por causa de matrimonio (esponsalicias, dotales, arrales). Dentro de este régimen, los bienes que marido y mujer adquirían y multiplicaban durante el matrimonio, mientras *vivían juntos* (estaban *de consuno*), eran comunicables entre ellos por mitad<sup>1200</sup>. ¿Qué debía entenderse por estar *de consuno*? ¿Lo estaban marido y mujer cuando uno se encontraba en Indias y el otro en España? Si bien para la mayor parte de los tratadistas el estar de consuno era considerado más bien como un *animus*<sup>1201</sup>, para otros la necesidad de cohabitación era entendida en forma estricta, al punto de exigir que marido y mujer vivieran en una misma casa sin separarse jamás. Tal posición entroncaba con los textos forales castellanos: en el *Libro de los Fueros de Castilla*, por ejemplo, para que las ganancias entre los cónyuges fueran comunes debían vivir bajo un mismo techo, pues en caso contrario lo ganado por cada uno le pertenecía exclusivamente y las deudas de cada cual gravarían al que las contrajo y no al otro<sup>1202</sup>. Aunque no me atrevo a afirmar que la sociedad conyugal indiana no funcionara por la separación de los cónyuges, hay que considerar que el asunto estuvo alguna vez en discusión y se prestó a dudas, como lo atestiguan Matienzo directamente y Solórzano en forma indirecta<sup>1203</sup>.

El problema de la unidad de domicilio entre los cónyuges era considerado de tal gravedad que se reputaba pecado público su separación voluntaria e injustificada<sup>1204</sup>. Todo el que tuviera conocimiento de un pecado de tal naturaleza debía denunciarlo. Sobré el que nos ocupa, dice Solórzano, haciendo suya la definición del padre Esteban Dávila, que “los que los conociesen están obligados a delatarlos, y si sobre esto se pusiese censuras, incurren en ellas si no los delatan, porque miran al bien común”<sup>1205</sup>. Pesaba sobre los párrocos impedir los escándalos que produjeran los pecados públicos usando de su propia jurisdicción y, aun, en caso necesario, podían acudir a las justicias reales<sup>1206</sup>. En los juicios

---

<sup>1199</sup> *Rec. Ind.*, 7, 3, 7.

<sup>1200</sup> *Rec. Cast.* 5, 9, 2.

<sup>1201</sup> J. de Matienzo. *Comentaria... in librum quintum recolectionis legum Hispaniae*, glosa 1, N<sup>os</sup> 41, 42 y 43 a *Rec. Cast.* 5, 9, 2. Mantua: Petrus Madrigal, 1597 y Solórzano, *op. cit.*, Lib. 3, Cap. 16, N<sup>o</sup> 29, t. XIX, p. 319.

<sup>1202</sup> A. Dougnac Rodríguez, “Esquema del régimen económico matrimonial en Chile indiano”, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 2, N<sup>os</sup> 3-6, p. 167 y ss. Santiago: Universidad Católica de Chile, Escuela de Derecho, junio-diciembre de 1975.

<sup>1203</sup> *Ibidem*. La discusión en referencia es similar a la que hubo en Roma respecto de la *maritalis affectio* y su subsistencia no obstante la separación de marido y mujer. Predominó ahí la opinión favorable a un sentido ético, de mantenimiento del *honor matrimonii*. R. Panero Gutiérrez, *Derecho Romano*, 2a. ed. Madrid: Tirant lo Blanch, 2000, p. 294.

<sup>1204</sup> D. Ripodas Ardanaz, *El matrimonio en Indias. Realidad social y regulación jurídica*. Buenos Aires: Fundación para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 1977, p. 363. Esta historiadora del derecho se ha referido magistralmente y con gran acopio de antecedentes a esta materia. Soy tributario de ella en mucho de lo expresado en el presente capítulo.

<sup>1205</sup> Solórzano, *op. cit.*, t. 2, p. 298.

<sup>1206</sup> M. de Alday y Aspeé, *Synodo Diocesana que celebró el Ilustrísimo señor doctor don Manuel de Alday y Aspeé, obispo de Santiago de Chile, del Consejo de Su Majestad, en la Iglesia Catedral de dicha ciudad. A que se dio principio el día quatro de enero de*

de residencia se hacía especial hincapié en si se había perseguido los pecados públicos, castigándose severamente tal omisión<sup>1207</sup>. Corroborar la atención prestada por la corona a este pecado el que en 1688 indultara a todos los españoles que estuvieran en Indias sin licencia, excepto a los que tenían sus mujeres en España<sup>1208</sup> y en 1790 autorizaba a los polizones solteros a quedarse en el Caribe, negando esa facultad a los casados, que debían ser compelidos a volver donde sus mujeres<sup>1209</sup>. Comprueba, asimismo, lo dicho, el que a los “soldados casados que sirvieran... y tuvieran sus mugeres en lugares y partes tan distantes que no puedan hacer vida de matrimonio” los eliminara de sus plazas<sup>1210</sup>.

## **2. La unidad de domicilio conyugal de españoles y criollos**

La Corona castellana presenta una política colonizadora que da abierta preferencia a los casados que vivan con sus cónyuges y familia, lo que quedó evidenciado desde los primeros momentos en que se trajo inmigrantes a América. Como dice el gran historiador alemán Konetzke “ya en los primeros contratos de colonización (1501), los reyes exigían que los emigrantes fueran casados y llevaran consigo a sus mujeres e hijos”<sup>1211</sup>. La separación de los cónyuges, por consiguiente, fue combatida desde temprano<sup>1212</sup>. Nicolás de Ovando, en 1504, hubo de disponer que los casados sin sus mujeres volvieran a España a buscarlas, lo que fue aprobado por el rey don Fernando<sup>1213</sup>.

El problema interesó al gran jurista Juan de Matienzo, quien fue oidor de la audiencia de Charcas en el siglo XVI y gran especialista en derecho de familia. Proponía que el presidente de cada Audiencia averiguara quiénes eran casados o desposados fuera de su distrito jurisdiccional o en España y los “mande ir por sus mujeres e que no estén en el distrito sin traerlas”, bajo pérdida de la mitad de sus bienes. Se les daría ocho meses de plazo para vender sus haciendas y arreglar sus asuntos. Camino a España, al pasar por otra Audiencia, debían solicitar certificación de que habían estado ahí, enviándola a la autoridad que ordenó su regreso, dentro del plazo que ésta les hubiera fijado. De no hacerlo así, se decretaría su apresamiento. Si hubiesen dejado partir la flota sin embarcarse, se les confiscaría la cuarta parte de sus bienes, sin perjuicio de que los “envíen preso[s] y a su costa”, asunto de que debían tener especial cuidado los presidentes. y fiscales de cada

---

*mil setecientos sesenta y tres y se publicó en veintidós de abril de dicho año*, Lima: en la oficina de la calle de la Encarnación, 1764, p. 76; Constitución 6ª del título 10.

<sup>1207</sup> Puga, *op. cit.*, fol. 6-6 vta. Trae. las instrucciones para residenciar a Hernán Cortés en que, en primerísimo lugar, se contemplaba si “han usado los dichos oficios e cargos y executado la nuestra justicia especialmente en los pecados públicos”.

<sup>1208</sup> J. M. Ots Capdequí, “Instituciones”, en: *Historia de América y de las pueblos americanos*, dirigido por A. Ballesteros y Beretta, Barcelona: Salvat Editores, 1959, p. 368.

<sup>1209</sup> Rípodas, *op. cit.*, p. 362, cita real cédula de 15 de septiembre de 1790. Esta se halla en Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXX, fs. 462.

<sup>1210</sup> *Rec. Ind.*, 3, 10, 18.

<sup>1211</sup> R. Konetzke, *América Latina. II. La época colonial*. Madrid: Siglo Veintiuno México-España, 1971, p. 54.

<sup>1212</sup> Solórzano, *Política...*, t. 2., p. 298, cita a Antonio de Herrera y a Matienzo como los primeros que se refirieron a este tema.

<sup>1213</sup> Konetzke, *op. cit.*, p. 55.

Audiencia “so pena de que lo pagarán de sus bienes”. Podía pedir el casado plazo para traer a su mujer, propiciado Matienzo se le dieran dos o tres años, según la distancia en que se encontrase, a menos que ya antes hubiera solicitado otro plazo. En todo caso, era menester exigírsele una fianza entre quinientos y mil pesos, según el caudal del petionario, suma que serviría para pagar a los que lo llevasen por tierra. El viaje marítimo debía costearlo el expulsado. Transcurrido el término otorgado, se hacía efectiva la pena, sin perjuicio de otorgársele otro plazo improrrogable de hasta ocho meses, sí no hubiera podido vender sus pertenencias y acabado sus pleitos pendientes. Llegando la mujer hasta “un año después de pasado el término”, se le devolvería al marido la pena en que había incurrido. Al demostrar, por otra parte, éste que efectuaba diligencias para traer a su cónyuge, era facultativo dársele seis meses para ir a esperarla a Panamá. Respecto de los encomenderos, no hacía Matienzo especial comentario, limitándose a lo establecido en la legislación vigente: que se les diera un plazo de dos años para ir por sus mujeres, gozando entretanto de los tributos de los indios y de las demás granjerías que tuvieran. Si no regresaban en el plazo fijado, debían integrar en el erario los tributos recibidos<sup>1214</sup>. Esta solución ya se encontraba en real cédula de 19 de octubre de 1544<sup>1215</sup>. Cabe recordar, a propósito de encomiendas, que en época tan temprana como 1525 Hernán Cortés había ordenado que los que hubieran recibido indios en ese carácter:

“Por que más se manifieste la voluntad que los pobladores destas partes tienen de residir e permanecer en ellas, mando que todas las personas que tobiesen indios e fuesen casadas en Castilla e otras partes *traigan e’ tengan* sus mujeres a estar tierra dentro de un año e medio después que fuesen pregonadas estas ordenanzas. E que no faziéndolo, por el mesmo caso *sean privados e pierdan* los tales indios que ansí tobiesen”<sup>1216</sup>.

Fácil resulta suponer que la Corona, antes que adoptar medidas contra los casados que ya estuvieran en Indias, las tomara para prevenir que pasasen a América fingiéndose solteros. El paso al Nuevo Mundo no era en absoluto irrestricto: desde el segundo viaje de Colón, se exigía la inscripción de los colonizadores en un registro “porque se sepa las personas que van, et de qué calidad e oficio son cada una dellas”<sup>1217</sup>. Una vez creada la Casa de Contratación, se le encomendaba, en 1509, que llevara un registro de los pasajeros, lo que fue reiterado en las ordenanzas de 1510 y 1531. Era función suya, además, averiguar si las mujeres que acompañaban a los viajeros eran verdaderamente sus cónyuges “casados y velados a ley y bendición como lo manda la Santa Madre Iglesia”<sup>1218</sup>. Por último, se declaró:

“Por personas prohibidas para embarcarse y pasar a las Indias *todos los casados y desposados en estos Reinos*, sí no llevasen consigo sus mugeres, aunque sean virreyes, oidores, gobernadores o nos fuesen a ,servir en cualesquier cargo y oficios de guerra,

---

<sup>1214</sup> Matienzo, *Gobierno...*, pp. 349-350.

<sup>1215</sup> *Ibidem*. Véase además: “Ordenanzas de buen gobierno dadas por Hernán Cortés para Nueva España (México, 20 de marzo de 1524)”, en: García Gallo, Alfonso. *Manual de Historia del Derecho: Metodología Histórico-Jurídica, Antología de Fuentes del Derecho Español*. Madrid: A.G.E.S.A., 1967, t. 2, p. 791.

<sup>1216</sup> Konetzke, *op. cit.*, p. 50.

<sup>1217</sup> Encinas, *op. cit.*, t. 19, fol. 400 y 497; *Rec. Ind.* 9, 26, 26; Ots, *op. cit.*, p. 368.

<sup>1218</sup> *Rec. Ind.*, 9, 26, 28.

justicia y hacienda, porque es nuestra voluntad que todos los susodichos lleven a sus mugeres”<sup>1219</sup>.

Los referidos titulares de oficios habían de obtener licencia para sí mismos, sus mujeres y criados, lo que se cumplía religiosamente. Por ejemplo, mediante una real cédula de 31 de marzo de 1555 se ordenaba a los oficiales de la Casa de Contratación que dejaran pasar a Chile a don Jerónimo de Alderete, a su mujer doña Esperanza de Rueda y a algunas criadas y criados para su servicios, advirtiéndose que los veinte criados debían acreditar mediante

“[I]nformación hecha en su tierra ante la justicia della y con aprobación de la dicha justicia de como los dichos veinte criados no son casados ni ellos ni las dichas mujeres de los prohibidos a pasar a aquellas partes y de las señas de sus personas”.

En la misma cédula se autorizaba el paso de ocho hombres casados “llevando consigo a sus mujeres”<sup>1220</sup>.

Como las informaciones rendidas ante la Casa eran muchas veces falsas, apareciendo como solteros individuos casados, se dispuso, el 5 de abril de 1552, que fueran otorgadas “en sus tierras y naturalezas [...] con aprobación de la justicia de la ciudad, villa o lugar”<sup>1221</sup>. La desconfianza llegó al extremo de que los informes sobre el fallecimiento de la mujer del pasajero a Indias debían ser aprobados por el Consejo de Indias, pues sin ello no podía embarcarse<sup>1222</sup>.

En algunos casos especiales, se daba autorización a casados para ir a América sin sus mujeres; pero era de rigor que otorgaran fianzas suficientes de que volverían dentro de cierto plazo<sup>1223</sup> y aun podían sufrir pena de prisión en caso de no cumplir con el regreso en el tiempo estipulado<sup>1224</sup>.

Un tratamiento especial recibían los comerciantes casados. Resulta evidente que a una persona cuyo oficio es traer y llevar mercaderías de un lugar a otro, no se le pudiera exigir que anduviese con su mujer permanentemente. A éstos se les daba autorización para pasar a Indias por tres años a contar de la fecha de la licencia de la Casa de Contratación. Transcurridos treinta y dos meses de permanencia en América, se los invitaba a abandonar el continente, bajo pena de ser apresados y devueltos a España. Pero podía suceder que desearan traer a sus cónyuges, lo que se les permitía, previa fianza no inferior a mil ducados, equivalente a la cuarta parte de sus bienes. Se les asignaba, entonces, un plazo improrrogable de dos años para la venida de sus mujeres, tras el cual debían ser

---

<sup>1219</sup> J. T. Medina, *Colección de documentos inéditos para la historia de Chile desde el viaje de Magallanes hasta la batalla de Maipo, 1518-1818*. Santiago: Imprenta Elzeviriana, 1897, t. XIII, p. 450.

<sup>1220</sup> Encinas, *op. cit.*, t. 1, fol. 397.

<sup>1221</sup> *Rec. Ind.*, 7, 3, 9.

<sup>1222</sup> *Rec. Ind.*, 7, 3, 3.

<sup>1223</sup> Real cédula de 13 de octubre de 1554. Aunque se hiciera efectiva la fianza debían ser apremiados “por prisión. y todo rigor a que vuelvan a hacer vida maridable con sus mujeres”, *Rec. Ind.* 7, 3, 3. Los devueltos a España si “quisiesen volver (a Indias) a título de mercader o de otro .cualquiera sin llevar a sus mugeres, el presidente y jueces (de la Casa de Contratación) no los dejen pasar: *Rec. Ind.*, 9, 26, 30.

<sup>1224</sup> Real cédula de 16 de julio de 1550, más tarde *Rec. Ind.* 9, 26, 29; capítulo de carta de 1563 ,en Encinas, *op. cit.*, t. 19, fol. 421; Puga, *op. cit.*, fol. 175 y *Rec. Ind.* 9, 26, 33.

expulsados<sup>1225</sup>. Desde comienzos del siglo XVIII, según Daisy Rípodas, se exigía para entrar en Indias, además de lo expresado, el permiso de sus mujeres<sup>1226</sup>. El mercader que hubiera entrado sin su cónyuge y volviera a la metrópoli después de expirado el plazo que se le había fijado, no podía pasar nuevamente a menos que fuera acompañado por ésta<sup>1227</sup>.

A pesar de tanta norma, era corriente que los casados se entretuvieran en América más allá de lo permitido, con ausencias de tres, cuatro, cinco y hasta quince años<sup>1228</sup>. Por real cédula de 17 de octubre de 1544, reiterada mas tarde, se ordenaba que se notificara a tales sujetos que, en los primeros navíos que salieran de los respectivos puertos, volvieran a España por sus mujeres, impidiéndoseles el regreso a menos de llevarlas consigo o “con provança bastante q[ue] erá[n] ya muertas”. Podían, sin embargo, dar fianzas “legas llanas y abonadas” que en el término de dos años las traerían, bajo las penas que estableciera la Real Audiencia. Sí no venían en el plazo indicado, se los prendería embarcándolos para España, haciéndose efectiva las penas y fianzas<sup>1229</sup>. El plazo, por real provisión de 10 de mayo de 1544, podía ampliarse hasta tres años.

Los virreyes, las audiencias, los presidentes y los fiscales debían preocuparse del cumplimiento de estas normas. Incumbía a los virreyes del Perú y Nueva España comisionar a un oidor o alcalde del crimen de las Audiencias de sus distritos para que averiguasen qué españoles vivían sin sus mujeres, enjuiciándolos<sup>1230</sup>. Estaba vedado a los oidores de Lima y México entrometerse en estos asuntos<sup>1231</sup>. Las audiencias subordinadas a los virreyes debían conocer de estas materias, sin que aquellos pudieran impedirselo “con pretexto o color de gobierno superior”<sup>1232</sup>, comisionando al efecto “un oidor, persona de mucha satisfacción y diligencia”. Los presidentes habían de preocuparse de nombrar jueces especiales que pesquisasen a estos pecadores públicos<sup>1233</sup>. Hubo ocasiones en que se dictaron reales cédulas para casos particulares instando a las autoridades a buscar a los que habían dejado sus mujeres obligándolos a ir a hacer vida maridable con ellas<sup>1234</sup>. Como

---

<sup>1225</sup> Rípodas, *op. cit.*, p. 366.

<sup>1226</sup> *Rec. Ind.* 9, 26, 30. Las fianzas eran otorgadas ante el escribano de cámara o el de la causa (según si se tramitara ante la Real Audiencia o no). El fiador debía pagar la “cantidad que fuere justa” en caso de incumplimiento “de forma que el temor de esta pena obligue a no caer en la culpa”, *Rec. Ind.* 7, 3, 3.

<sup>1227</sup> Encinas, *op. cit.*, t. 1, fol. 421.

<sup>1228</sup> Puga, *op.cit.*, fol. 125 y Encinas, *op. cit.*, t. 19, fol. 415-416; Rípodas, *op. cit.*, p. 364; Matienzo, *Gobierno...*, p. 349.

<sup>1229</sup> *Rec. Ind.* 3, 3, 59. En el caso de la Audiencia de Quito, debía conocer ésta y no el Virrey del Perú, atendida la distancia: real cédula de 18 de enero de 1576, Encinas, *op. cit.*, t. 1, fol. 419.

<sup>1230</sup> Encinas, *op. cit.*, t. 2, fol. 79: real cédula de 4 de mayo de 1571 y *Rec. Ind.* 2, 1,14

<sup>1231</sup> *Rec. Ind.*, 2, 15, 53.

<sup>1232</sup> *Rec. Ind.*, 7, 3, 1. Con cierta periodicidad se insistía en que las autoridades dieran cumplimiento a estas disposiciones: así, por ejemplo, real cédula de 20 de abril de 1770 reiterada por otra dada en San Lorenzo el Real a 3 de noviembre de 1776: Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. CVII, fs. 420.

<sup>1233</sup> Encinas, *op. cit.*, t. 2, fol. 272.

<sup>1234</sup> He aquí un ejemplo: "El Rey. Presidente é oidores de la nuestra Audiencia Real que reside en la ciudad de Concepción de las provincias de Chile y otros cualesquier jueces y justicias de las dichas provincias é á cada

todos fueran negligentes en cumplir con sus obligaciones, una real cédula, de 26 de mayo de 1573, impuso a los fiscales de las Audiencias que “sigan estas causas hasta que se fenezcan y acabé sin remisión alguna”<sup>1235</sup> pues los casados “se van y ausentan a otras partes donde no pueden ser avidos ni se executan las penas de los fiadores y los pleitos que sobre ello se mueuen no se fenecen y acauan”. La *Recopilación de Leyes de Indias* ampliaba la gama de autoridades, contemplando, además de los ya nombrados, a gobernadores, corregidores, alcaldes mayores, alcaldes ordinarios y cualesquier jueces y justicias, quienes debían examinar si los casados habían tenido alguna vez licencia para permanecer sin sus mujeres, y no teniéndolas, se los hiciera embarcar, sin que valiera el que pretextaran que habían enviado por sus mujeres o que enviarían por ellas o que se irían en el futuro a España. Terminaba mandando a los generales de las armadas de los Mares del Norte y del Sur “que por lo tocante a su jurisdicción así lo cumplan precisamente”<sup>1236</sup>. Ya a fines del siglo XVIII el diligente gobernador Ambrosio Higgins estableció en su Bando de Buen Gobierno que los casados que no hicieran vida marital con sus legítimas mujeres en el plazo de treinta días serían desterrados de la ciudad de Santiago<sup>1237</sup>.

No menor era la preocupación de la Iglesia frente a esta materia que tanto tocaba a la moralidad pública y privada. Entre las disposiciones existentes al efecto pueden citarse las de los Sínodos de Tucumán, de 1597 y Paraguay y Río de la Plata, de 1603. El primero daba un término perentorio de seis meses a los que tuviesen mujer en Castilla u otra parte para ir a hacer vida común con su cónyuge. Daba también norma para los noveles pobladores - "pobleros"- de modo que tuviesen sus cónyuges en los respectivos pueblos, so pena de

---

uno é cualquier de vos a quien esta mi cédula fuere mostrada ó su traslado signado de escribano público. Sabed que yo mandé dar y di para vos una mi cédula firmada de mi mano y refrendada de Francisco de Eraso, nuestro secretario, su tenor de la cual es este que se sigue. La de casados. E agora el Licenciado Gerónimo de Ulloa, nuestro fiscal en el nuestro Consejo de las Indias, me ha hecho relación que podía haber más de quince años que un Pedro de Salcedo, que por otro nombre se llama Cristóbal de Valderrábano, pasó a las provincias del Perú sin licencia nuestra, y siendo como es, casado en estos reinos en la villa de San Martín de Valdeiglesias á ley y bendición como lo kmanda la santa madreIglesia de Roma con Juana de la Puente, su legítima mujer, dejándola en ellos con dos hijos y llevó consigo a una mujer, su amiga, con la cual se casó, y habiéndose muerto aquélla se casó con otra, y al presente está y reside en las dichas provincias de }Chile, á donde diz que es escribano del número de esa ciudad de Santiago, sin querer venir á hacer vida con la dicha Juan de la Puente, su legítima mujer, como era obligado, á cuya causa ella y los dichos sus hijos padecían mucha necesidad, demás que Dios Nuestro Señor era deservido; suplicándome vos mandase que luego prendiésedes al dicho Pedro de Salcedo y sin remisión alguna lo enviásedes á estos reinos con todos sus bienes y hacienda á buen recaudo para que hiciese vida maridable con la dicha su mujer, ó como la mi merced fuese: lo cual visto por los de dicho nuestro Consejo, fue acordado que debía mandar dar esta mi cédula para vos é yo túvelo por bien; por ende, yo a vos mando que veais la dicha nuestra cédula que desuso va incorporada y la guardéis y cumpláis y executéis con al dicho Pedro de Salcedo, llamado Cristóbal de Valderrábano y hagáis guardar, cumplir y ejecutar en todo y por todo, según y como en ella se contiene y declara, y contra el tenor y forma della no vais ni paséis, ni consintáis ir ni pasar en manera alguna y no fagades ende al. Fecha en Madrid, á 13 de Julio de 1567 años. Yo el Rey. Refrendada de Eraso. Señalada del Consejo". En J. T. Medina, *Diccionario Biográfico Colonial*. Santiago: Imprenta Elzeviriana, 1906, pp. 796-797-

<sup>1235</sup> *Rec. Ind.*, 7, 3, 1.

<sup>1236</sup> Solórzano, *op. cit.*, p. 298. Recordemos que Andrés Bello estableció en el artículo 133 del *Código Civil* chileno, en vigencia desde 1857, que el marido tiene derecho para obligar a su mujer a vivir con él y a seguirle adonde quiera que traslade su residencia. “Cesa este derecho cuando su ejecución acarrea peligro inminente a la vida de la mujer”.

<sup>1237</sup> Vicuña Mackenna, *Historia crítica...* t. 2, p. 338, n. 1.

pérdida de sus derechos de tales. El segundo ampliaba el plazo a un año y sólo amenazaba con castigo a los pobleros incumplidores<sup>1238</sup>.

Dado que es la mujer la causa de tanta legislación, conviene averiguar si estaba o no obligada a pasar a América siguiendo a su marido. Solórzano expresaba, siguiendo a fray Juan Bautista y a Fernando Zurita, quienes, a su vez, se basaban en Santo Tomás, que hacía mal la mujer que se negara a embarcarse tras o con su marido “en tiempo oportuno y cómoda navegación”, reconociendo, sin embargo, que ello no era del todo obligatorio porque sí ella da en decir que teme los peligros del mar, no puede ser forzada a exponerse a ellos, ni a seguir al marido contra su voluntad<sup>1239</sup>.

Siguiendo con el aspecto moral del problema, veamos ahora la actuación de las autoridades eclesiásticas. Su papel, más que meramente moral, era jurídico. Desde luego, la corona encargaba a los obispos indios que informaran a las autoridades civiles sobre los casados sin cónyuges que hubiera en sus diócesis<sup>1240</sup>. Pero el rol de la Iglesia no era sólo pasivo. Su legislación canónica concordaba plenamente con los deseos reales y sancionaba a estos individuos. Encontramos, así, en el segundo concilio limense de 1567, que los casados debían ser “compelidos por la justicia a bolverse con sus mugeres luego”, siendo de resorte de los obispos averiguar si “los que vienen desde España a estas partes “traen mancebas en son de mugeres y si así lo hallasen, ásperamente los castiguen”<sup>1241</sup>. Hay muchas otras disposiciones sobre la materia, dictadas en diversos lugares y épocas<sup>1242</sup>. De particular interés para Chile son las constituciones del sínodo de 1763, presidido por el sabio obispo don Manuel de Alday. Se decía en un acápite que siendo corriente que los casados se apartaran de sus mujeres:

“[P]asándose a vivir en Parages distantes, donde permanecen por muchos años y si algún cura en cumplimiento de su Oficio o por interpelación de Prelado, les manda volver en solicitud de la Muger se mudan a otra Parrochia, con que se frustran todas las Providencias”.

Se manda que ningún párroco permita en sus doctrinas a hombre casado que “esté ausente de su Muger mas tiempo de dos años, mientras no manifieste *licencia de ella aprobada por el Ordinario Eclesiástico* y que, faltando esta circunstancia, los apremien con censuras a su

---

<sup>1238</sup> Rípodas, "El Sínodo...", p. 267. El sínodo tucumano de 1597 más los de 1606 y 1607 fueron publicados por J. M. Arancibia y N. C. Dellaferrera, *Los sínodos del antiguo Tucumán celebrado por fray Fernando de Trejo y Sanabria, 1597, 1606, 1607, edición crítica con introducción y notas preparada por [...]* Buenos Aires: Edic. de la Facultad de Teología de la Pontificia Universidad Católica Argentina, 1979. Las normas sobre matrimonio de estos sínodos ha sido estudiada por N. C. Dellaferrera, "El matrimonio en las sinodales del obispo Trejo" en *Anuario Argentino de Derecho Canónico*, vol. 6. Buenos Aires: 1999.

<sup>1239</sup> *Rec. Ind.*, 1, 7, 14.

<sup>1240</sup> Constitución 22 de las que tocan a los españoles en: Vargas Ugarte, Rubén. *Concilios Limenses (1551-1772)*, tomo 1, Lima: Tipografía Peruana, 1951. Los cánones de este concilio debían cumplirse por ordenarlo así el tercer concilio limense de 1582-1583 en su capítulo 1º: Vargas Ugarte, *Id.*, 6, 322.

<sup>1241</sup> Rípodas cita el primer sínodo de Tucumán (1597); el primer sínodo rioplatense (1603); el sínodo de Santa Fe (1606), que reservaba al obispo la absolución del pecado de vivir separado de su mujer tres años; el sínodo de Arequipa (1684); el primer concilio de Santo Domingo, etc. *Vd. Rípodas, op. cit.*, p. 369.

<sup>1242</sup> Alday, *op. cit.*, Constitución 17, título 8º, pp. 58-59.

regreso en cada Curato”<sup>1243</sup>. En otra constitución se lee que “porque sucede muchas veces venir de otras partes algunas Personas, diciendo son casadas con las Mugerres que trahen, no siendolo en la realidad”, se manda a los párrocos que sí no les consta “con certidumbre” (mostrando la partida de matrimonio u otra prueba legítima) “deposíten la Muger hasta que el Varon ocurra por el referido testimonio u otra Probanza suficiente”<sup>1244</sup>.

El cumplimiento de las normas que hemos comentado oscilaba entre lo draconiano y lo estulto. La obligación de que los casados pasaran con sus mujeres implicaba que se les diera una licencia conjunta, especificándose el lugar al cual se les permitía el acceso. Ciertas autoridades de América Central, con criterio cerril, impedían al marido seguir adelante si fallecía su cónyuge, pretextando que, al manifestar la cédula autorizante que fueran juntos marido y mujer, faltando ésta, cesaría el permiso. La corona rechazó tan pedestre interpretación<sup>1245</sup>. La historiadora Rípodas hace notar que en muchas ocasiones las denuncias de ser alguno casado sin cónyuge eran efectuadas por sus deudores, quienes, deseosos de librarse de sus acreedores, recurrían a tal expediente. En cambio, para los que no eran acreedores de nadie, no había mayor solicitud por lograr su expulsión<sup>1246</sup>.

Lo normal parece haber sido que los maridos buscaran modo de esquivar lo mandado. A mediados del siglo XVI, los expulsados de Perú, Guatemala y otros lugares, en vez de irse a España, marchaban a México, sin que las autoridades novohispanas les impidieran la estancia. Resultaba así que algunos quedaban hasta veinte años en América alejados de sus familias. La Corona llamaba ásperamente la atención a la Real Audiencia respectiva:

“[D]e todo lo qual estamos maravillados de vosotros, que ayais tenido en el cumplimiento de la execucion de una cosa tan importante como esta, e que por nos vos avia sido tan écargado y mandado, que la cumplísedes, tan gran descuydo e negligencia devriendola cumplir y executar por todas las vías posibles”<sup>1247</sup>.

Otros expulsados, creyendo que los tesoreros de la Bula de la Santa Cruzada<sup>1248</sup> estaban autorizados para instituirlos oficiales de ella, obtenían ese nombramiento. El interés estribaba en la facultad de los tesoreros para llevar a América hombres casados sin sus cónyuges. Una real cédula vino a aclarar que si bien los tesoreros podían traer casados

---

<sup>1243</sup> Alday, *op. cit.*, Constitución 13, título 8º, p. 56. Se cita el Concilio Mexicano, lib. 4, tít. 1, N° 12. Aunque diferente de los temas de que venimos preocupándonos en este trabajo, hay una constitución que guarda relación con la unidad de domicilio. Es la constitución 16 del título 8º, que se refiere al caso de que algunas mujeres casadas interpusieran demanda de divorcio contra sus cónyuges y después no prosiguieran la causa, viviendo entretanto separadas de ellos. Como tal situación se prestara a equívocos, se ordenó que dichas mujeres fueran depositadas en parte segura, mientras durara el litigio y si éste no fuera proseguido “el Promotor Fiscal pida se junten a vivir maridablemente”, *Ibid.*, p. 58.

<sup>1244</sup> Encinas, *op. cit.*, tomo 19, fol. 401, cédula de 26 de junio de 1563.

<sup>1245</sup> Rípodas, *op. cit.*, p. 367. Cita al efecto un interesante texto del virrey Amat.

<sup>1246</sup> Puga, *op. cit.*, fol. 126.

<sup>1247</sup> En virtud del ejercicio del real patronato, la corona estaba autorizada para administrar ‘la bula de la Santa Cruzada. Consistía ésta en el indulto de la prohibición de consumir ciertos alimentos en días de ayuno, mediante el pago de una limosna, que se invertía en la guerra contra ‘los infieles. Otorgado por Gregorio XIII, en 1573, a los reyes castellanos; el derecho a percibir este producto les rindió buenos resultados económicos. J. Eyzaguirre, *Historia de Chile*, Santiago: Editorial Zig-Zag, 1964, t. 1º, p. 121.

<sup>1248</sup> *Rec. Ind.*, 7, 3, 5.



desde España, no les era lícito hacerse de oficiales en Indias. En todo caso éstos eran expulsables<sup>1249</sup>.

En América Central se producían a veces auténticas aglomeraciones de expulsados en espera de barcos<sup>1250</sup>, que aprovechaban para volverse a escapar<sup>1251</sup>, o bien para negociar. Cuando iban a ser embarcados, llegaban los acreedores “con las obligaciones ante las justicias para que les hagan pagar; y aunque algunas son verdaderas, otras son muy cautelosas para tener ocasión que por ellas los dejen de embarcar”, A pesar de ello, disponía la Corona que la expulsión siguiera su curso<sup>1252</sup>. La pobreza de que algunos hacían gala les impediría costearse el viaje de regreso: mandaba la corona que para estos casos el general de la flota o armada supliera con tales pobres la tripulación que le faltara por muerte o enfermedad<sup>1253</sup>.

Se prohibía terminantemente a los virreyes, presidentes, oidores, gobernadores y, en general, a cualesquiera justicias que prorrogaran los plazos de permanencia de los casados, salvo “caso tan raro, preciso e inexcusable y forzoso” con información “cierta y verdadera que haga plenísima probanza”, y aun en estas circunstancias “con la limitación de tiempo que el caso permitiese, sobre que les encargamos las conciencias”<sup>1254</sup>. En el juicio de residencia se hacía cargo a los virreyes por la violación de estas disposiciones<sup>1255</sup>. Con todo, los moralistas justificaban la permanencia de los casados en contadas excepciones: caso de enfermedad que le impidiera trasladarse; estar con consentimiento de su mujer “buscando dinero para pasar la vida después con más comodidad”; la de “estar pobres trabajando en buscar su remedio en estas partes donde con más facilidad se halla” (aunque falte la autorización de la mujer); el tener en España amenaza de prisión por deudas y el haberse apartado de la mujer por haber cometido ésta adulterio<sup>1256</sup>.

La *praxis* judicial chilena nos muestra algunos casos de maridos requeridos por sus consortes, sea que éstas residieran en España o en algún otro lugar de América. De los documentos examinados se desprende que lo que más interesaba a las abandonadas no era el marido en sí, sino el sustento económico. En buenas cuentas, éste era un expediente para obtener una pensión alimenticia para la mujer y los hijos, si los había. El contenido económico queda patente en la siguiente petición, de 1773, de doña Josefa Ramírez, residente en Cádiz, quien se dirige al gobernador de Chile, refiriéndose a su marido don

---

<sup>1249</sup> Encinas, *op. cit.*, tomo 1º, fol. 418.

<sup>1250</sup> *Rec. Ind.*, 7, 3, 6: “que los tenga a buen recaudo y toda seguridad hasta Portobelo, donde sean embarcados, puesto en el registro y dirigidos a la Casa de Contratación de Sevilla”. Una vez a bordo, se encargaba a los generales de armadas y flotas que “no los dejen ausentar ni quedar en otras partes del viaje”, *Rec. Ind.*, 9, 15, 103.

<sup>1251</sup> *Rec. Ind.*, 7, 3, 4.

<sup>1252</sup> *Rec. Ind.*, 9, 15, 104.

<sup>1253</sup> *Rec. Ind.*, 7, 3, 2; 7, 7, 15.

<sup>1254</sup> *Rec. Ind.*, 3, 3, 60.

<sup>1255</sup> Rípodas, *op. cit.*, p. 370, cita las fuentes respectivas. En un expediente de 1795 se expresa: “la obligación de los maridos para hacer vida con sus mugeres se entiende solo quando no estan legitimamente impedidos o puedan hacerlo sin perjuicio de su subsistencia y de su propia salud, porque el derecho de la propia salud propenderá a todas esas leyes”, Archivo de la Capitanía General (en adelante, CG), vol. 668, fs. 219 y ss.

<sup>1256</sup> CG, vol. 10, fs. 296.

Juan Joseph de Landa, separado siete años de ella. Manifiesta que en los cinco primeros, la socorrió

“Con la muí limitada asignacion que sufragava únicamente a su precisa manutencion y la de un hijo de lexitinio matrimonio, no obstante de la posibilidad en que se hallava de favorecerla con mayor subsidio”.

Y que en los dos años siguientes no le envió suma alguna “reduciéndola al extremo del mayor sentimiento, por medio de un olvido q[u]e recahe en la presencia de graves inconvenientes al verdadero sosiego del espíritu, mayormente con la consideracion de no tener lo indispensable a la subsistencia humana”. Termina pidiendo que su marido “se presente a este Puerto a hazer vida Marital *precediendo* al recobro de los bienes que tubiere”<sup>1257</sup>. Otra señora, residente también en Cádiz, doña Mónica Silva, pide en 1775 el envío de su marido, don Juan Antonio Martínez, poniendo énfasis en que se asegure y prenda su persona en la Cárcel Pública, “embargándole y depositando sus bienes y procurando se conserten con la custodia y seguridad competente”<sup>1258</sup>. Otro caso: doña María Gómez, vecina de Córdoba, solícita en 1789 el regreso de su marido, Silvestre Morales, fundidor de campanas, separado doce años de ella. Durante la tramitación del proceso debe él depositar una suma de dinero, circunscribiéndose su cónyuge a cobrar la cantidad depositada<sup>1259</sup>. Más aún, la santiaguina Rosa Quiroga, casada con Francisco Xavier Benavides, pide en 1795 que su marido, residente en Lima, venga a aliviarle sus males. Al comprometerse éste a entregarle la mitad de su pensión de inválido del ejército, cesa la petición conyugal<sup>1260</sup>. En 1802, doña María del Carmen Trucíos, distinguida y opulenta santiaguina, obtiene orden de detención contra su cónyuge, don Joaquín. Ruiz de Alcedo, quien se había ausentado rumbo a Buenos Aires sin su permiso, a pesar de tener pleito pendiente con ella por su dote de crecidos diez mil pesos, sin dejarle alimentos para ella ni su hija<sup>1261</sup>. La finalidad económica es, pues, evidente. En vez de expulsión, hay una compensación pecuniaria. Los maridos, por otra parte, eran reacios a marcharse y los pretextos esgrimidos eran varios: enfermedad<sup>1262</sup>, trabajos urgentes<sup>1263</sup>, deudas pendientes<sup>1264</sup>. Salvo dos casos, en que el gobernador es inflexible con la aprehensión de los maridos, en los demás se nota una cierta laxitud para aplicar la ley, admitiéndose informes que no llegan nunca, aceptándose excusas, permitiéndose el otorgamiento de fianzas o, simplemente, dejándose los procesos inacabados.

Veamos ahora la situación de los casados en Indias que debían viajar a España o a otros lugares de América.

---

<sup>1257</sup> CG, vol. 214, fs. 73 y SS.

<sup>1258</sup> CG, vol. 670, fs. 159.

<sup>1259</sup> CG, vol. 668, fs. 219 y ss.

<sup>1260</sup> CG, vol. 159, fs. 20.

<sup>1261</sup> CG, vol. 668, fs. 49.

<sup>1262</sup> CG, vol. 670, fs. 159.

<sup>1263</sup> CG, vol. 10, fs. 296 y ss.

<sup>1264</sup> *Rec. Ind.*, 6, 1, 16.

Aunque la legislación indiana prohibía, por regla general, que los indios fueran llevados a la metrópoli<sup>1265</sup>, las indias que quisieran ir a Europa con sus maridos podían hacerlo<sup>1266</sup>. Si ellos querían ausentarse solos, el viaje sólo procedía otorgando las mujeres su consentimiento ante el gobernador de la provincia<sup>1267</sup>. Las normas de aplicación general fueron dispuestas en 1618 y luego incorporadas a la Recopilación de Leyes de Indias<sup>1268</sup>. Conforme a éstas, los casados en el nuevo mundo podían ausentarse de sus hogares, por tiempo limitado, siempre que las autoridades americanas les dieran licencia, examinando si las causas invocadas eran o no legítimas; atendidas las edades de marido y mujer y el número de hijos, era necesario, como lo hemos adelantado, que dejaran suficientemente provisto su sustento y debían, finalmente, otorgar fianza de que volverían dentro del plazo señalado. Esta fianza había que inscribirla en, un libro de cuenta y razón en el archivo de la Audiencia o ciudad cabecera del distrito. Se reiteró el cumplimiento de estas disposiciones en 1783 y 1793<sup>1269 1270</sup>.

Estas normas aparecen cumplidas en la práctica jurídica chilena, Las mujeres dan licencia a sus maridos para ir a España, Buenos Aires o Perú.

Dejan constancia de por qué la otorgan. El caso corriente es que los malos negocios del marido lo obliguen a buscar nuevos horizontes para atender a su familia. Se indica que la manutención familiar queda asegurada. En una sola oportunidad el permiso fue otorgado por un plazo determinado, cuatro años<sup>1271</sup>.

La situación de los casados en América y residentes en España sin sus cónyuges es totalmente paralela a la que se ha examinado más atrás, culminando con su expulsión “para remediar el daño que las mugeres padecen en ausencia de sus maridos y obviar otros inconvenientes”<sup>1272</sup>. Sólo por motivos muy excepcionales se podía prorrogar su permanencia en la metrópoli<sup>1273</sup>.

La ausencia de la mujer del domicilio conyugal debía ser autorizada por el marido, explicando las causas y fijando el tiempo por el que concedía la licencia<sup>1274</sup>.

Terminemos con unos casos muy particulares: presos que piden hacer vida maridable con sus mujeres y, lo que es más sorprendente todavía, cónyuges deseosas de, compartir la pérdida de libertad de sus maridos. De la primera situación, hay dos expedientes, sin

---

<sup>1265</sup> *Rec. Ind.*, 6, 1, 8.

<sup>1266</sup> *Ibid.*

<sup>1267</sup> *Rec. Ind.*, 7, 3, 7. Un caso especial, con una solución semejante, es el de los viajeros de Nueva España a Filipinas: *Rec. Ind.*, 9, 45, 30. *Vd. también*: Ots, *op. cit.*, p. 368.

<sup>1268</sup> Real orden de 8 de abril de 1783 y real cédula de 27 de febrero de 1793.

<sup>1269</sup> CG, vol. 184, fs. 148 y ss. (1787); Archivo de Escribanos de Santiago, vol. 852, fs. 257 (1789); Archivo de Escribanos de Santiago, vol. 930, fs. 64 (1790); Archivo Notarial de Santiago, vol. 15, fs. 214 y. (1803).

<sup>1270</sup> Archivo Notarial de Santiago, vol. 15, fs. 214.

<sup>1271</sup> *Rec. Ind.* 7,3,8.

<sup>1272</sup> Real Cédula de 1789 citada por Rípodas, *op. cit.*, p. 366.

<sup>1273</sup> Archivo de Escribanos de Santiago, vol. 930, fs. 380 (1791).

<sup>1274</sup> CG, vol. 119, fs. 147 (1749) y CG, vol 10, fs. 132 (1804).

resultados prácticos<sup>1275</sup>. De la segunda, hay uno, en que Micaela Sánchez y Francisca Cruzat solicitan autorización para trasladarse con sus hijos al presidio de Valdivia, donde sus maridos, Santiago Alemán y Julián Leiva, habían sido destinados por la Real Audiencia. La autoridad les da el permiso necesario, les facilita el embarque en el navío del situado y aún da orden al gobernador de Valdivia para que “propenda a su establecimiento y subsistencia en aquel destino”. Ante hechos así, uno no sabe sí maravillarse más de la fidelidad de estas humildes mujeres o de la hidalguía de quien les franqueaba la reunión con sus maridos,

### **3. La unidad de domicilio conyugal entre los indígenas**

El domicilio conyugal indígena requería tanta protección como el criollo y el español; pero la Corona tenía aun otra razón para impedir su disgregación, que consistía en impedir su rápida extinción. La autoridad, consciente de que un hogar estable y protegido propendería a la conservación y aumento de los indígenas, dictó, desde temprano, normas para favorecer la unidad de marido y mujer. Unas ordenanzas de 1528 sobre su buen tratamiento disponía que los encomenderos no retuvieran a las casadas de su repartimiento, separándolas de sus maridos e hijos, aunque dijeran que lo hacían voluntariamente y que se les pagaba<sup>1276</sup>. Dentro del mismo orden de ideas, se ordenaba que la mujer siguiera a su marido al pueblo de éste<sup>1277</sup>, mandando el tercer concilio limense, en 1585, que las indias que se apartaran de sus maridos, so pretexto de ser oriundo de otro lugar, fueran devueltas donde ellos, sin perjuicio de sufrir algún castigo ejemplarizador. Los corregidores de indios del Perú recibían encargo de averiguar “si los residentes en sus provincias estuviesen casados en otro lugar, a fin de requerirlos para que reanudaran su vida conyugal”<sup>1278</sup>. Se procuraba, pues, que los cónyuges residieran en el mismo lugar. En 1604 se negaba la autorización, como norma general, a los indios para vivir fuera de sus pueblos o reducciones<sup>1279</sup>.

El traslado de indios de un sitio a otro, que solían hacer los conquistadores, era también atentatorio contra la unidad del matrimonio. Tal corruptela quedó terminantemente prohibida<sup>1280</sup>. Las dificultades del marido para tener acceso a su mujer eran morigeradas por algunas disposiciones, que tendían a disminuir los períodos de mita, a circunscribir ésta a determinados lugares no muy alejados de su domicilio conyugal, a disminuir “trajines y carretajes”, etc.<sup>1281</sup> De no menor importancia era la prohibición de que

---

<sup>1275</sup> *Rec. Ind.* 6, 9, 20. Ots, *op. cit.*, p. 370.

<sup>1276</sup> *Rec. Ind.* 6,1,7, Rípodas, *op. cit.*, p. 372.

<sup>1277</sup> Rípodas, *op. cit.*, p. 371. G. Lohmann Villena, *El corregidor de Indios en el Perú*, Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1957, p. 220.

<sup>1278</sup> *Rec. Ind.* 6,3,19. En el primer concilio mexicano se dispuso el castigo y la obligación de que volvieran a su hogar los indios que vagabundeaban, dejando abandonados a sus mujeres e hijos: Rípodas, *op. cit.*, p. 371.

<sup>1279</sup> Puga, *op. cit.*, fol. 162 y. y Encinas, *op. cit.*, tomo 49, fol. 281.

<sup>1280</sup> Rípodas, *op. cit.*, p. 373.

<sup>1281</sup> *Rec. Ind.* 6, 13, 14.

ninguna indígena se concertase en casa de español, a menos que su marido trabajara en el mismo hogar<sup>1282</sup>.

En lo tocante a Chile, el servicio personal obligatorio del encomendado dispuesto por la tasa de Santillán (1558) fue considerado por algunos como causante de la disminución indígena que se observaba. fray Gil González de San Nicolás habla de que se les estorba “la generación y procreación”<sup>1283</sup> al apartarse por el trabajo al indio de la india por el trabajo de aquél en otros lugares. Aun era posible al encomendero, conforme la tasa de Santillán, tener a su servicio mujer casada por cuatro años, pasados los cuales, era obligado a “enviarla a su naturaleza con su marido, bajo pena de doscientos pesos y que no pueda servirse más de las tales indias”<sup>1284</sup>. Hubo, pues, por ésta y otras razones —que no viene al caso analizar aquí— un fuerte menoscabo de la población aborígen de la zona central de Chile.

Los muchos abusos cometidos por los encomenderos al exigir el servicio personal llevaron a la dictación de una nueva tasa por el gobernador Martín Ruiz de Gamboa, en 1580, la que sería, a la postre, de exigua duración. En vez de trabajo obligatorio, los indios tributarían. Para que trabajaran —pues no tenían costumbre de hacerlo, al menos al estilo europeo— “y para que los indios sean reformados al ser de hombres” —o sea, incorporados a los usos de los conquistadores— se los reduciría a pueblos, administrados por españoles y supervigilados por un corregidor *ad hoc*. A éstos competía velar por las familias indígenas y que las mujeres fueran respetadas. “La vida tranquila, la distribución equilibrada de la población de ambos sexos, eran factores que facilitarían la salud, procreación y reproducción de los naturales”<sup>1285</sup>. La integridad de los pueblos y de las familias era claramente protegida, al extremo que se prohibía a los encomenderos que entraran en los reductos indios<sup>1286</sup>.

El problema de la unidad de domicilio, vinculado al aumento de los naturales, continuará vigente. El malogrado gobernador Martín García Oñez de Loyola, deseoso de la “conservación y aumento” de los indios, dispondrá en unas instrucciones y ordenanzas de 1593 que se casen en sus mismos pueblos. La razón es obvia: evitar que se separen posteriormente “porque se ha visto por experiencia que Las indias que se casan fuera de sus pueblos son maltratadas”<sup>1287</sup> y por ende, huyen. En las mismas instrucciones encargaba a los administradores de los pueblos indios que no se enviara “a esta ciudad indias casadas a

---

<sup>1282</sup> A. Gligo Viel, *La Tasa de Gamboa*, Santiago, Universidad Católica de Chile, Estudios de Historia del Derecho n° 6, 1962, p. 70.

<sup>1283</sup> A. Jara, *Fuentes para la historia del trabajo en el Reino de Chile*, Santiago: Editorial Universitaria, 1965, p. 27.

<sup>1284</sup> Gligo, *op. cit.*, p. 141.

<sup>1285</sup> F. Silva Vargas, *Tierras y pueblos de indios en el reino de Chile. Esquema histórico-jurídico*, Santiago: Universidad Católica de Chile, Estudios de Historia del Derecho n° 7, 1962, p. 90.

<sup>1286</sup> Jara, *op. cit.*, p. 61.

<sup>1287</sup> G. Feliú Cruz, *Las encomiendas según tasas y ordenanzas*, Buenos Aires: Talleres SA., Casa Jacobo Peuser Ltda., 1941, p. VII.

R.I. 6,1,9 y 6,1,10.

criar”, por la separación del hogar conyugal. Por iguales motivos, era prohibido en forma indirecta que las casadas sirvieran en tambos o en casa del sacerdote<sup>1288</sup>.

Nos encontramos en el siglo XVII con una nueva tasa, la del príncipe de Esquilache, que fue confirmada, con pequeñas modificaciones, por el rey, recibiendo el nombre de tasa real. En su capítulo 63 la unidad de domicilio era salvaguardada en el caso de las sirvientas. Las indias de servicio que, dentro del tiempo concertado, se casaran con indio de otra familia, debían cumplir el contrato, pero el marido estaba facultado para ir a dormir con su mujer. Concluido el término laboral, podían entrar a servir juntos a quien quisieran<sup>1289</sup>.

Las frecuentes trasgresiones de la legislación proteccionista vigente, impelían a efectuar visitas periódicas para corregir abusos. Estas eran obligatorias para los corregidores, quienes habían de hacerlas anualmente. Como las instrucciones no siempre fueran cumplidas, la Real Audiencia instaba a que se las pusiera en ejercicio, sin perjuicio de llegar a nombrar jueces de comisión. En unas instrucciones secretas a uno de ellos, datadas en 1671, se le ordenaba averiguara “si los tienen apartados o dibididos de sus mujeres o hijos”<sup>1290</sup>. Que la situación no mejoraba con el transcurso del tiempo lo demuestra una disposición de la Audiencia, de 1748, en que se encargaba interrogar a los encomendados si se los había trasladado de pueblos sin licencia y si se les había quitado contra su voluntad sus mujeres o hijos<sup>1291</sup>. Sobre los intendentes y subdelegados recayó el peso de estas visitas a fines del siglo XVIII. Las encomiendas para entonces estaban muy decaídas, al punto que en 1791 fueron abolidas sin clamor alguno en contra.

Un caso destacable de violación de la unidad conyugal lo encontramos en el siglo XVII. El decrecimiento de la población aborígen chilena acarreaba una merma considerable de la mano de obra. Se vio modo de compensar el déficit laboral con indios huarpes, traídos desde Cuyo en condiciones, muchas veces, lastimosas. En un sínodo celebrado en Santiago en 1626, entre otras lamentaciones por estos hechos se decía que “resulta que haya muchas mujeres apartadas de sus maridos y muchos hijos de sus padres por traer a los dichos indios casados y solteros sin discreción a las dichas mitas”. A consecuencia de ello, las indias que quedaban solas solían amancebarse y los que venían a Chile, también, temiendo los eclesiásticos que “no sean frustrados los fines del matrimonio entre dichos indios casados”; De regreso «para cobrar los maridos a sus mujeres después de larga ausencia, acontece quitar la vida a los que las tienen usurpadas o perder la suya en la demanda»<sup>1292</sup>. Se dispuso excomunión y multa de cien pesos por cada indio que fuera traído a Santiago, lo que no fue probado por la corona, quien tomó otras medidas<sup>1293</sup>. Con

---

<sup>1288</sup> *Rec. Ind.* 6,16,58, que hace referencia a *Rec. Ind.* 6, 13, 15 y E. Lizana, *Colección de Documentos Históricos del Archivo del Arzobispado de Santiago*, tomo 2º, Santiago, Imprenta Chile, 1920, p. 512.

<sup>1289</sup> Feliú, *op. cit.*, p. XVIII.

<sup>1290</sup> M. I. González Pomés, *La Encomienda Indígena en Chile durante el siglo XVIII*, Santiago: Ediciones Historia, 1966, p. 59.

<sup>1291</sup> C. Oviedo Cavada, "Sínodo Diocesano de Santiago de Chile celebrado en 1626 por el Ilustrísimo señor Francisco González de Salcedo", en *Historia*, n° 3, pp. 351 a 352. Santiago, 1964.

<sup>1292</sup> Rípodas, *op. cit.*, p. 374.

<sup>1293</sup> A. Jara, "Importación de trabajadores indígenas en el siglo XVII", en *Revista Chilena de Historia y Geografía*, n° 124 (1956), p. 188; R. Mellafe, "Aproximaciones al esclarecimiento de la coyuntura de la población autóctona de Chile" en C. Norambuena Carrasco y R. Salinas Meza (ed.), *Demografía, Familia e Inmigración en España y América*.

anterioridad a lo relatado, en 1609, la Real Audiencia de Chile se había visto obligada a prohibir el servicio personal de las indias huarpes y de los menores de 18 años, salvo que sus maridos o padres los autorizaran para ausentarse a trabajar por el término de un año y con intervención del protector o de la justicia, a cambio de un salario<sup>1294</sup>. Se trataba, como puede apreciarse, de aminorar el daño que provocaba la separación, poniendo ciertas reglas a un tráfico que, a pesar de los pesares, se presentaba como necesario.

Para terminar este capítulo, haré una breve referencia a los hijos indios. La Corona, como ya hemos adelantado, impedía su separación de los padres. Una real cédula de 11 de mayo de 1697 llegó a penar con muerte al que obrara tal separación “aunque sea para criarlos”<sup>1295</sup>. Claras normas consigné la Recopilación de Leyes de Indias en torno al domicilio de los hijos, quienes habían de juntarse en el pueblo del padre, siendo sus progenitores casados, o en el de la madre, en el caso inverso.

#### **4. La unidad de domicilio conyugal de los esclavos**

También hubo preocupación por la familia de estos infelices seres. La norma fundamental estuvo dada por una real cédula de 1º de febrero de 1570 que prohibía el paso a Indias de esclavos casados sin sus mujeres e hijos, pues de ellos “se siguen inconvenientes en deservicio de Dios y nuestro”<sup>1296</sup>. Quienes intentaran ingresarlos en América, debían declarar, bajo juramento prestado ante la Gasa de Contratación, si eran casados. Con poca antelación a esta cédula, el rey había solicitado informe a la Audiencia de Nueva España, encargándole tomara medidas para que se evitara un abuso, denunciado por mulatos de esa provincia, ya que algunos españoles habían llevado esclavos desde las Indias a la metrópoli, separando a los cónyuges<sup>1297</sup>.

La atomización de esta clase de familia fue prohibida por la Iglesia. A guisa de ejemplo, el tercer concilio limense y el tercero mexicano impedían que, por llevar los amos a sus siervos a lugares alejados, no pudieran hacer uso del matrimonio<sup>1298</sup>. Un sínodo celebrado en Concepción en 1744 dispuso que, siendo los cónyuges de diversos amos y si uno de éstos debía ausentarse, no por ello podía separar la familia servidora. La solución era que el que dejaba el lugar vendiera al esclavo casado para que permaneciera ahí, o bien,

---

Santiago, Serie Nuevo Mundo: Cinco Siglos No. 6, 1992, p.22.

<sup>1294</sup> Lizana, *op. cit.*, tomo 39, p. 546.

<sup>1295</sup> *Rec. Ind.* 6, 1, 9 y 6, 1, 10.

<sup>1296</sup> Encinas, *op. cit.*, tomo 1º, fol. 385. La corona procuraba, por otra parte, que los negros esclavos contrajeran nupcias: en real cédula de 1804, se expresaba que “en los ingenios y haciendas donde sólo hay negros varones, se pongan negras, limitando el permiso de introducción a sólo esta clase o sexo, hasta que estén casados todos los que desean este estado”; vid. G. Vial Correa, Gonzalo, *El africano en el reino de Chile. Ensayo histórico-jurídico*, Santiago Universidad Católica de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Instituto de Investigaciones Históricas, 1957, p. 141.

<sup>1297</sup> Encina, *Ibid.*

<sup>1298</sup> Igual preocupación tuvo el IV Concilio Limense de 1772, 4, tít. único, 13: "Ningun amo venderá á su esclavo ó esclava casados, á parte donde no puedan hacer vida maridable, separándolos de propia voluntad, y teniendo justa causa, la justificará ante el ordinario para que le conceda licencia de separarlos, y no haciéndolo, se mandará restituir á costa del amo".

comprara al consorte, llevándose la familia al lugar de destino<sup>1299</sup>. El sínodo de Santiago de 1763 prohibió la venta “en Partes distantes, quedando el otro cónyuge en el Lugar, con que se les imposibilita el uso del Matrimonio”. Sólo con autorización del juez eclesiástico era factible la separación y, sin ella, era obligado el vendedor a traer de vuelta al marido o mujer alejado<sup>1300</sup>.

Una real cédula del siglo XVIII tardío, contagiada de altruismo iluminista, mandaba que cuando se casaran esclavos de distintos dueños, siguiera la mujer al marido, comprándola el dueño de éste a justo precio. Si el dueño del marido no conviniera en la compra, tendría la misma acción el amo de la mujer<sup>1301</sup>. La ley favorecía también a los cónyuges de un mismo dueño, quienes tenían derecho a dormir solos en un cuarto<sup>1302</sup>.

La observación de un caso práctico nos permitirá vislumbrar cómo se aplicaba realmente este derecho proteccionista. En julio de 1797 un esclavo, Valentín Hermida, solicitaba al gobernador que su legítima mujer, Antonia Guzmán, esclava de la liberta Juliana Mesías, no fuera llevada a Lima para ser vendida ahí, porque con ello se rompería su unión de tres años “durante el qual hemos echo vida maridable, no obstante servir distintos amos, como es notorio y constante”. El ama de la esclava había pretendido adquirir al cónyuge de ésta, con el fin de mandarlos a ambos a la Ciudad de los Reyes, encontrándose con la resistencia del marido y de su dueño. Argumentaba el negro a su favor:

“[Y]a verá V. E. q.e este repentino y aselerado apartam.to es enteram.te opuesto a las leyes humanas, y -divinas, mayormente q.do semejante enlace prohíbe al dueño del servo la facultad de enagenar al uno fuera del Reyno quedando el otro, a menos que se perpetre en los dos, p.a por este medio precaver las fatales inconsecuencias q.e traen semejantes separaciones”.

Se quejaba así de la malhadada libertad:

“[P]ero a nada de esto ha atendido la nominada Juliana, sino q.e de autoridad propia se ha resuelto a verificarlo, assi p.r q.e no he accedido a sus mal ideados consejos como p.r un efecto de picarería, quando en esta ciudad a cada paso se presentan infinitos compradores y de q.e no ha hecho la menor dilig.cia. p.a desprenderse en el caso de no acomodarle su servicio”. Terminaba pidiendo se mandase que el gobernador político y militar de Valparaíso “no proceda a verificar su embarque, en v(i)r(tu)d de la Liz(enci)a q.e es regular lleve y q.e caso de alcanzarle en el Camino qualq.r Jus (ici) a embarase su regreso, imponiéndose alguna pena a los arrieros en el caso q.e lo contrario executen”.

El gobernador Avilés confirió traslado de esta presentación a la dueña de la esclava, quien debió contestar con toda brevedad. Expresó que había dado a Antonia “papel p.a que buscase Amo a su satisfacción y havisandome de que no lo podía encontrar” la llevó

---

<sup>1299</sup> Rípodas, *op. cit.*, p. 380.

<sup>1300</sup> Alday, *op. cit.*, p. 56. Es la constitución 14 del título VIII de ese sínodo. Se cita al margen de esa disposición al tercer concilio limense, act. 2, cap. 36 y el mexicano, li. 4, tít. 1, nº9. Los hijos, en cambio, sí podían ser separados de sus padres, vid. Vial, *op. cit.*, pp. 155 y 156.

<sup>1301</sup> Real cédula de 31 de mayo de 1789 sobre educación, trato y ocupaciones de los esclavos, citada por Rípodas, *op. cit.*, p. 254; Vial, *op. cit.*, p. 142 y Archivo de la Real Audiencia, vol. 2108, pieza 88, expediente sobre el cumplimiento de la real cédula de 1789 sobre tratamiento de esclavos.

<sup>1302</sup> Vial, *op. cit.*, p. 142.



donde un corredor del número para que intentara su venta. Entretanto, se le presentó la oportunidad de mandarla a Lima para venderla y, como era casado, solicitó al maestre de campo Antonio Hermida le diera “papel deventa” a su siervo, esto es, autorización para que buscara nuevo amo, a lo que, como ya se ha dicho, Hermida se negó. Ante tan infructuosos resultados, consultó al obispo de Santiago, el que le aconsejó informara al gobernador, lo que hizo, despachando en seguida a su esclava a Valparaíso. Conocedora de que actuaba contra derecho, manifestaba allanarse a mantener a Antonia en el puerto durante un término “preciso y perentorio”, durante el cual el interesado marido buscara comprador para su cónyuge. La proposición de la liberta satisfizo al gobernador y dio ocho días para ello, so pena de ser vendida la esclava “donde y como le parezca” a su ama. El asunto tuvo un epílogo feliz, pues, habiendo obtenido el afligido marido que su mujer fuera devuelta a Santiago —a pretexto de que debía ser inspeccionada por los compradores—, logró por fin que fuera adquirida y que se quedara en el reino<sup>1303</sup>. El expediente, cuyo contenido hemos narrado, es una verdadera síntesis de lo explicado anteriormente. Puede notarse cómo los esclavos hacían vida marital, aun cuando pertenecieran a diversos amos; cómo no debían ser separados, a menos que, habiéndose procurado por todos los medios que se mantuvieran unidos, ello resultara materialmente imposible y cómo estos seres, podían invocar las “leyes humanas y divinas” en defensa de su unión indisoluble.

## **5. Conclusión**

La normativa que se ha reseñado muestra con claridad que las autoridades españolas querían que, a todo trance, se conservara la unidad domiciliar del matrimonio. Las razones para ello eran meramente sociales, económicas, jurídicas y, sobre todo, religiosas. No olvidemos al respecto la definición del matrimonio que, basados en Trento, han dado los teólogos: “signo sensible que confiere la gracia al hombre y a la mujer, unidos por legítimo consentimiento, para la *perpetua convivencia* de la vida y para educar pía y santamente a la prole”<sup>1304</sup>. Las disposiciones del concilio tridentino eran, al fin y al cabo, normas internas de Castilla y, por ende, derecho común para Indias.

## **CAPÍTULO VI**

### **ESQUEMA DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL**

#### **1. Aspectos previos.**

El presente capítulo no tiene mayores pretensiones que las que se desprenden de su título, así como del propósito general de este libro: ser un esquema del derecho matrimonial que se aplicaba en todas las Indias durante la administración española. Una profundización de los temas tratados en él tendrá que venir con el tiempo; por el momento, sólo he procurado poner un poco de orden en un sistema aparentemente inconexo, en que se entrecruzan instituciones de muy varia procedencia. De este entrecruce surge un régimen propio de Castilla, que con las matizaciones que las nuevas circunstancias

---

<sup>1303</sup> CG, vol. 660, fs. 25 y ss.

<sup>1304</sup> J. Donoso, *Instituciones de Derecho Canónico Americano*, 2ª ed., Santiago, Imprenta Nacional, 1861, tomo II, p. 151.

americanas le imprimen, rige en Chile por un tiempo prolongado. Sin exageraciones, podríamos decir que, en su esencia, es el mismo que conocemos hoy.

Para tratar de mostrar el derecho que realmente se vivía en las Indias, y particularmente en Chile, he acudido a las fuentes documentales que, en bastante abundancia, se encuentran en el Archivo Histórico Nacional de Santiago: los fondos Real Audiencia y Escribanos de Santiago y de otros lugares me han proporcionado valioso material, cuya procedencia indico en cada cita; he utilizado, además, la colección de piezas notariales extractadas que ha ido acumulando el Departamento de Ciencia del Derecho de la Universidad de Chile en varios años de labor; así he tenido al alcance de mi mano y sin mayores esfuerzos, más de veinte mil extractos de documentos indios del siglo XVIII.<sup>1305</sup>

En lo relativo a la jurisprudencia, debo hacer notar que las sentencias son por lo general muy escuetas: en ellas simplemente se expresa que el demandante probó sus alegaciones, que éstas se dan por bien probadas y que se declara que ha o no lugar a la demanda, sin referencia a los motivos que han movido a los sentenciadores a pronunciarse en tal o cual sentido. Por ello es que he tenido que examinar los argumentos esgrimidos por los abogados, lo que me ha ilustrado sobre la opinión de los letrados frente a muchos puntos jurídicos de interés.

Por otra parte, me he valido, como en otros acápite de este libro, de varios cuadernos de apuntes y resúmenes pertenecientes a Gregorio Vicente Santa María y González, estudiante de la Universidad de San Felipe, y practicante de la Academia de Leyes y Práctica Forense, de fines del siglo XVIII y comienzos del XIX.

Saltará a la vista de los lectores la inmensa protección que el derecho indiano brinda a la mujer: si ella ha aportado bienes al matrimonio, éstos le son salvaguardados severamente; si no los aportó, su contribución al acrecentamiento económico del hogar le es reconocido por medio de los gananciales. Y aun más, resurge fuertemente la institución foral del lecho cotidiano que da a la mujer la posibilidad de retirar cuantiosos bienes a tal título. El intento de proteger a los desvalidos se hace carne en este derecho, no sólo en lo sustancial, sino también en lo procesal, ya que, por ser viudas las que por lo regular solicitan el amparo de la justicia, ésta se les brinda en casos de corte, a nivel del más alto tribunal americano de la época: la Real Audiencia. Una vez más, la leyenda negra antiespañola debe esfumarse frente a la rigurosa evidencia documental.

Las conclusiones que fluyen de este trabajo son aplicables a Chile; pero pueden serlo también a otros lugares de América. No me atrevo a enfatizarlo desde ya, en espera de ulteriores investigaciones que corroboren o desvirtúen tal aserto.

## ***2. El sistema de comunidad de gananciales.***

### *2. 1. Generalidades.*

Llamamos régimen económico matrimonial a la regulación de los intereses pecuniarios de los cónyuges entre sí y en sus relaciones con terceros. Esta regulación ha variado según los diversos sistemas jurídicos que ha conocido la humanidad. Los más

---

<sup>1305</sup> Sobre tal trabajo puede consultarse mi escrito: "Plan de investigación sobre la vida jurídica práctica contenida en los archivos notariales chilenos del

Período Indiano", en *Revista Chilena de Historia del Derecho* no. 6, p. 84. Santiago, 1970.

sobresalientes en el derecho comparado son: el de comunidad de bienes; el de separación; el sin comunidad; el de participación en los gananciales y el dotal. Una breve reseña de las características de cada uno permitirá apreciar con mayor claridad el sistema indiano.

El régimen de comunidad de bienes existe cuando los bienes de los cónyuges forman un fondo común, administrado por el marido, que pertenece a ambos y que se divide entre ellos a la disolución de la comunidad. Cuando ocurre lo expresado en esta definición, se está en presencia de una comunidad universal<sup>1306</sup>. Pero también es posible que la comunidad sea restringida a determinados bienes.

Hay dos formas fundamentales de comunidad restringida: la comunidad de muebles y gananciales, y la comunidad de gananciales. En la primera, entran al fondo común los muebles que los cónyuges aportan al matrimonio y los que adquieren durante su vigencia a título gratuito u oneroso; respecto de los inmuebles, sólo entran en el haber común los adquiridos durante el matrimonio a título oneroso. Tanto los bienes propios como los comunes son administrados por el marido.

En el régimen de comunidad de bienes restringidos a los gananciales, forman el fondo común los bienes adquiridos durante el matrimonio a título oneroso por cualquiera de los cónyuges y los frutos que producen tanto los bienes sociales como los propios de los cónyuges. Los muebles o inmuebles adquiridos a título gratuito durante la vigencia del matrimonio son propios de cada cual. También aquí la administración de todos los bienes compete exclusivamente al marido.

El régimen de separación de bienes se caracteriza porque no hay un fondo común: cada consorte es dueño de los bienes que tenía al contraer matrimonio y de los que adquiere durante él. Puede ser total o parcial según los bienes que comprenda. En él, cada cónyuge administra lo suyo<sup>1307</sup>.

El régimen sin comunidad tampoco presenta un fondo común; pero la mujer, a diferencia del de separación, sólo puede administrar ciertos bienes que se llaman reservados.

El régimen de participación en los gananciales consiste en que durante el matrimonio cada cónyuge conserva el dominio y administración de los bienes que tenía al contraerlo y de los que adquiere posteriormente, pero, a la disolución del matrimonio, se dividen los bienes adquiridos durante él (gananciales) entre ambos.

Finalmente, el régimen dotal presenta la existencia de un conjunto de bienes afectos a la finalidad de satisfacer las necesidades de la familia. En la sección II de este capítulo me refiero extensamente a él.

De los regímenes esbozados, el de comunidad de bienes restringido a los gananciales es el que se aplica fundamentalmente en Indias, y por ende, en Chile. Es el sistema

---

<sup>1306</sup> Para Valdeavellano éste habría sido el sistema más primitivo -si se le compara con el de gananciales-, derivado de las comunidades germánicas mancomunadas: L. García de Valdeavellano, "La comunidad patrimonial de la familia en el Derecho español medieval" en *Estudios medievales de Derecho Privado*. Sevilla, 1977, pp. 305 y ss. No he encontrado documentos que justifiquen la existencia en Indias de "pactos de hermandad", modificados por *Fuero Real* 3, 6, 9 o regímenes "de unidad o de mitad". Vid. M. F. Gámez Montalvo, *Régimen jurídico de la mujer en la familia castellana medieval* Granada: Editorial Comares, 1998, pp. 100-102.

<sup>1307</sup> Así ocurría, por ejemplo, en el matrimonio romano *sine manu*: Panero, *op. cit.*, p. 308.

castellano trasplantado al nuevo mundo junto con los conquistadores<sup>1308</sup>. Pero no se da químicamente puro, pues la práctica de una serie de donaciones por causa de matrimonio –esponsalicias, dotales, arrales– modifican sus efectos como se verá.

En tal sistema, hay que distinguir entre los bienes comunes y los bienes propios de cada cónyuge, así como entre las deudas que puedan gravar a unos u otros.

## 2. 2. Bienes comunes o gananciales

Dado que nos estamos refiriendo a las Indias, resulta de interés averiguar cuál era el concepto que había aquí sobre estas materias. Para ello, recurriré, una vez más a los apuntes

---

<sup>1308</sup> La primera manifestación legal española del régimen de comunidad de bienes se encontraría en el *Liber Iudicum* en la ley *Dum cuiuscumque* (*Liber* 4,2,16 y *Fuero Juzgo* 4,2,17). No están de acuerdo quienes se han preocupado de esta materia sobre si dicha ley sancionaba el sistema visigodo ya vigente, o si, por el contrario, su objeto fue reformar el sistema anterior. En el primer sentido opinaron F. de Cárdenas -"Ensayo histórico sobre las leyes y doctrinas que tratan de los bienes gananciales en el matrimonio" en *Estudios Jurídicos* t. II Madrid: 1884, pp. 63-116- y E. de Hinojosa -"La comunidad doméstica en España durante la Edad Media" en *Obras* t. II Madrid, 1955, pp. 331-341- , quienes vieron en el sistema visigodo previo a la ley de Recesvinto el de comunidad de bienes. También en el primer sentido se pronunció Ficker, quien vio ahí, sin embargo, el sistema tradicional germánico de separación completa de bienes (*volle Güterscheidung*). Por el segundo sentido se han inclinado Schroder, quien detectó una innovación respecto del sistema anterior de unión de bienes y usufructo marital; Lefebvre, para quien el precepto en cuestión no contiene una verdadera comunidad de bienes adquiridos y Merèa, según el cual Recesvinto no pretendió sino fijar criterios para la solución de las dificultades suscitadas al liquidarse las adquisiciones hechas durante el matrimonio, dentro de un sistema de separación de bienes; P. Merèa, *Estudios de Derecho Privado Visigótico*, EN *Anuario de Historia del Derecho Español* no. 16, p. 100 passim (1945); E. de Hinojosa, *El Elemento Germánico en el Derecho Español*. Madrid: Imprenta Clásica Española, 1915, p. 20. Lo interesante es, en todo caso, que la norma referida acarrea una comunión de bienes entre marido y mujer, sean o no nobles, que no es de carácter universal, sino limitada a las ganancias o adquisiciones hechas durante el matrimonio. Tales ganancias, salvo escritura en contrario, se atribuían a los cónyuges en proporción a sus respectivos aportes y se distribuían por mitad cuando no había una diferencia apreciable entre los patrimonios. F. Martínez Marina, *Ensayo Histórico-Crítico Sobre la Legislación y Principales Cuerpos Legales de los Reinos de León y Castilla*. t. II, Madrid: Imprenta E. Aguado, 1834, p. 313; J. Lalinde Abadía, *Iniciación Histórica al Derecho Español*. Barcelona, Ediciones Ariel, 1970, p. 621 y *Los Pactos Matrimoniales Catalanes (esquema histórico)*, 33 *Anuario de Historia del Derecho Español* no. 16, p. 136, (1963). Este sistema prende notablemente en España, posiblemente por concordar con resabios iberoceceltas y germánicos H. Brunner & C. von Schwerin, *Historia del Derecho Germánico* J.L. Alvarez López trad., Barcelona, 1936, pp. 229-231; J. Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Madrid, Instituto Editorial Reus S.A., 1960, t. 1, p. 213 . La comunidad de bienes limitada será la regulación económico matrimonial más frecuente, incluso en aquellos lugares en que, por la invasión musulmana, el *Liber* desaparece o su aplicación se hace difícil. Para la tradición castellana, la división de las ganancias del matrimonio se ejecuta generalmente por mitades, Martínez Marina *supra* en 313, quien cita al efecto los fueros de Cuenca, Plasencia, Baeza, Alcalá, Fuentes, Cáceres, el Viejo Castilla, etc., lo que se aplica a la barragana que se ha mantenido fiel hasta la muerte de su conviviente, J. Ficker, *Sobre el Intimo Parentesco entre el Derecho Godo-Hispánico y el Noruego - Islándico*, Barcelona, Librería Bosch, 1928, p. 39. Incorporado el régimen de comunidad de bienes restringido a los gananciales a la mentalidad jurídica castellana, lo encontramos regulado en múltiples textos legales como el *Fuero Viejo* (5.1.1.), el *Fuero Real* (título 3, libro 3), las *Leyes del Estilo* (203, 205, 206, 207), el *Espéculo* (4, 12, 39), las *Ordenanzas Reales de Castilla* (libro 5, título 4), las *Leyes de Toro* (14.16.53.60.77.78), la *Recopilación de Leyes de Castilla* en el libro 5, título 9, etc. Las *Partidas*, no obstante su claro carácter romanista, no impidieron la sociedad de ganancias, ya que algunas leyes admiten la posibilidad de pactarla (4, 11, 24, y P. 7, 17, 15); véase a S. de Llamas y Molina, *Comentario Crítico-Jurídico-Literal a las Ochenta y tres Leyes de Toro*. Madrid, Imprenta de la Compañía de Impresores y Libreros del Reino, 1852, p. 132; J. Castán Tobeñas *supra* en p. 254. El *Ius Commune*, basándose en las *societates omnium bonorum* y la *societas quaestus* romanas admitieron una comunidad matrimonial de bienes cuyos pormenores quedaban entregados a los derechos consuetudinarios y estatutarios locales: H. Coing, *Derecho Privado Europeo* T. I, *Derecho Común más antiguo (1500-1800)* Traducción y apostillas de A. Pérez Martín, Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1996, p. 309.

o resúmenes de clases utilizados por el ya referido Gregorio Vicente Santa María y González<sup>1309</sup>. En estas notas se encontrará un reflejo de lo que se enseñaba en Chile en aquel momento.

Comienza nuestro estudiante diciéndonos que los bienes que marido y mujer adquieren y multiplican durante el matrimonio, mientras viven juntos, son comunicables entre ellos por mitad<sup>1310</sup>. Examinemos qué bienes constituyen gananciales.

Desde luego, son de ambos cónyuges lo que ganan o compran estando de consuno<sup>1311</sup>. Esta disposición merece algunas observaciones. La compra que hagan ambos consortes no ofrece mayores dificultades: hay un contrato oneroso en que marido y mujer han hecho un sacrificio para obtener el bien, por lo que resulta de justicia que lo así logrado se incorpore al haber común y sea luego partible. No es, sin embargo, absolutamente necesario que marido y mujer concurren juntos a la compraventa: puede intervenir el marido solo o la mujer con su licencia ya que para que el bien sea común, según aparece en un documento, “se atiende al tiempo de la adquisición y no a la persona en cuyo nombre suene la venta”<sup>1312</sup>. Por más que el marido compre a nombre de su mujer y para ella (salvo que compre con bienes privativos de ella) el bien será considerado común.

Más difícil se hace la cuestión con la voz *ganar*, toda vez que la ganancia puede ser gratuita u onerosa.

Si la adquisición es gratuita, como ocurre cuando se recibe una herencia o una donación del rey o de otra persona, los bienes así obtenidos serán comunicables si han sido otorgados para ambos cónyuges<sup>1313</sup>.

Si la adquisición es onerosa, como cuando el marido va en hueste a costa suya y de su mujer, lo obtenido (por ejemplo, como recompensa), será partible “ca assí como la costa es comunal de ambos, lo que assí ganaren sea comunal de ambos”, norma que es aplicable al marido y la mujer<sup>1314</sup>. Sería el caso de la encomienda obtenida por el marido con gastos hechos por su mujer; no obstante existir autores partidarios de hacerlas comunicables en este caso, Solórzano Pereira rechaza dicha solución por no ser las encomiendas bienes susceptibles de división<sup>1315</sup>.

Pero la disposición que comento tiene más bemoles: ¿qué se ha de entender por estar de consuno? Al parecer, no hay uniformidad en su interpretación. La mayor parte de los tratadistas veía en esta norma la obligación de mantener una misma casa y familia, o sea,

---

<sup>1309</sup> Santa María, *op. cit.*, fs. 68.

<sup>1310</sup> *Rec. Cast.* 5, 9, leyes 1 y 2.

<sup>1311</sup> *Rec. Cast.* 5, 9, 2.

<sup>1312</sup> Así aparece en un juicio de 1802, ANRACH vol. 222, fs. 99.

<sup>1313</sup> La norma dada a este respecto en el F. Real 3.3.1 es más amplia que la de *Rec. Cast.* 5, 9, 2, toda vez que en el F. Real se habla de “donación de Rey o de otri”, en tanto que en la Recopilación se habla sólo de “donadío de Ref”.

<sup>1314</sup> *Rec. Cast.* 5, 9, 3.

<sup>1315</sup> J. de Solórzano Pereira, *Política Indiana*. Madrid, Imprenta Real de la Gazeta, 1776, Lib. 3, cap. 16, N° 29.

que permanezca entre los cónyuges la unión establecida por el matrimonio<sup>1316</sup>. De la misma opinión parece era Solórzano, quien expresa en su *Política* que aun cuando el marido que vive en Indias esté separado de su mujer, los bienes ahí adquiridos se comunican a ésta, por lo que si ella fallece, aun desconociéndolo el marido, estará administrando bienes proindiviso<sup>1317</sup>.

Prosigue el estudiante santiaguino indicando que lo que el marido gana, ejerciendo los oficios llamados cuasicastrenses o asimilados a ellos como abogado, juez, etc., es reputado común y, por lo tanto, susceptible de partición por mitades<sup>1318</sup>.

Finalmente, son comunicables los frutos y las mejoras de todos los bienes existentes durante el matrimonio, propios o comunes, raíces o muebles<sup>1319</sup>. La doctrina manifiesta al respecto que los aumentos o mejoras ocurridos sin industria ni trabajo, sólo por el transcurso del tiempo o la acción de la naturaleza, acceden al bien propio del cónyuge respectivo. He encontrado recogido en la práctica chilena este afinamiento doctrinario: es el caso de una casa adquirida durante el matrimonio con las legítimas de la mujer, y que más tarde sube enormemente de precio. Los herederos del marido, provenientes de un anterior matrimonio suyo, alegan que el aumento de precio es partible: lo contrario aduce la viuda

---

<sup>1316</sup> J. de Matienzo, *Comentaria... in librum quintum recolectionis legum Hispaniae*, Mantua, Petrus Madrigal, 1597, glosa 1, N° 41, 42 y 43 a *Rec.Cast.* 5.9.2. Este mismo tratadista indica que hay otros autores para quienes la cohabitación se toma muy estrictamente, al punto que exigen que los cónyuges deban vivir en una misma casa y no separarse jamás. Parece que los apuntes de Santa María se suman a este último derrotero. Así, él dice que “mientras viven juntos” los bienes del marido y mujer adquieren y multiplican durante el matrimonio son comunicables entre ellos por mitad, y más adelante indica que en el caso en que la mujer permanece en su casa sin haber ido a vivir con su marido no hay comunicabilidad de bienes. Esta posición parece estar acorde con lo que se desprende de los textos forales castellanos: en el libro de los Fueros de Castilla para que las ganancias entre marido y mujer sean comunes, deben vivir bajo un mismo techo y si viven separados, lo que cada uno gane le pertenece exclusivamente; las deudas contraídas en tales circunstancias gravan a cada cual. *Libro de los Fueros de Castilla*, G. Sánchez ed. Barcelona, 1924, 240, p. 128, citado por M. Salvat Monguillot, “Factores que Determinan la Capacidad Civil en el Derecho Castellano Leonés Alto Medieval”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*. no. 2, p. 31. Santiago, 1961. Me pregunto si hay alguna vinculación entre esta posición de algunos autores –para los cuales sí no hay convivencia entre marido y mujer no hay sociedad conyugal– y las normas indígenas tendientes a que marido y mujer hagan “vida maridable”, debiendo los maridos solos enviar por sus mujeres o afianzar que así lo harían. Véanse los capítulos de carta y cédula sobre la materia en Encinas, *op. cit.*, t. I, pp. 415-423; sobre las abundantísimas disposiciones al respecto antes de la *Recopilación de Leyes de Indias*, en ella y en tiempos posteriores, J. M. Ots y Capdequí, “El sexo como circunstancia modificativa de la capacidad jurídica en nuestra legislación, de Indias” *Anuario de Historia del Derecho Español* no. 7, pp. 315-318 (1930) y “Bosquejo histórico de los derechos de la mujer en la legislación de Indias” en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* no. 97. Madrid, 1919. Aunque en las disposiciones referidas se dan razones exclusivamente morales, podría eventualmente haberlas, implícitas, de carácter jurídico y de harta importancia, como que, si está la mujer en España y el marido en Indias, lo que éste adquiera aquí será privativamente suyo: de ahí que la corona se preocupe por la situación de la mujer, cuyos derechos a la mitad de lo ganado por el marido pueden quedar burlados. El asunto es oscuro y quizás merezca alguna nueva ojeada.

<sup>1317</sup> Solórzano Pereira, *supra* en Lib. 3, cap. 16, N° 29. Sigue ahí los criterios romanos para los cuales la unión marital era más ética que física. Para Ulpiano, *si mulier et maritus diu seorsum quidem habitaverint sed honorem invicem matrimonium habebant* cit. por R. Panero Gutiérrez, *Derecho Romano*, 2a. ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 294.

<sup>1318</sup> *Rec.Cast.* 5, 9, 5.

<sup>1319</sup> *Rec.Cast.* 5, 9, leyes 4 y 5; *vid.* Solórzano, *ibidem* no. 23, donde hace hincapié en la comunicabilidad de los frutos de las encomiendas.

indicando que el mayor valor sólo se debió al transcurso del tiempo y no a la industria del marido<sup>1320</sup>.

Cabe observar que, aun cuando haya bienes gananciales, no puede llevarlos la viuda que vive escandalosamente ni la mujer adúltera ni la que se vuelve mora o judía<sup>1321</sup>. Tampoco los lleva la mujer que ha renunciado a los gananciales la que, como contrapartida, no respondía de las deudas sociales<sup>1322</sup>.

De lo dicho se desprende que para que haya comunicabilidad de los bienes habidos durante el matrimonio es necesario:

- a) que ellos sean divisibles;
- b) que se hayan adquirido durante la vigencia del matrimonio;
- c) que los cónyuges estén de consuno;
- d) que la mujer no haya renunciado a los gananciales, y
- e) que la adquisición sea hecha a título oneroso, y si lo es a título gratuito, que los bienes hayan sido otorgados a ambos cónyuges.

Los frutos de cualesquiera bienes, propios de los consortes o comunes, cumpliendo con los requisitos a), b) y c) son comunicables.

Durante el matrimonio quien aparece como dueño de los bienes existentes es el marido. El tiene respecto de los gananciales, conforme el gráfico decir de los tratadistas, el dominio en hábito y en acto, en tanto que la mujer sólo lo tiene en hábito (o virtualmente como dice Hevia Bolaños), que pasará al acto a la disolución de la sociedad conyugal<sup>1323</sup>. Por ello, la mujer no puede enajenar intervivos los gananciales durante la vigencia del matrimonio; en cambio, el marido puede hacerlo, con tal que actúe moderadamente: donaciones excesivas y enajenaciones fraudulentas son sancionadas con la nulidad<sup>1324</sup>.

Con todo, se reconocía a la mujer algún derecho respecto de los gananciales, aun antes de disuelta la sociedad conyugal. En un juicio de la primera mitad del siglo XVIII se expresa que

"[L]as leyes castellanas señalan que los bienes que se adquieren durante el matrimonio sean partibles disuelta la compañía legal, teniendo uno y otro dominio en su respectiva porción aun durante el matrimonio, no obstante recaer la tenencia en el marido como administrador legítimo de los bienes comunes".

Por esta razón, la mujer pidió que de ciertos bienes que habían sido embargados a su marido, se sacase la mitad por tratarse de gananciales<sup>1325</sup>.

---

<sup>1320</sup> ANRACH vol. 222, fs. 21 v.

<sup>1321</sup> *Rec. Cast.* 5, 9, 11. El mismo principio ya aparecía en *F. Real* 3, 2, 6; *Partidas*, 4, 11, 23; 7, 17, 15 y 7, 2, 6.

<sup>1322</sup> *Rec. Cast.* 5, 9, 9.

<sup>1323</sup> Matienzo, *op. cit.* en glosa 3 N° 18 a *Rec. Cast.* 5, 9, 2.

<sup>1324</sup> *Rec. Cast.* 5, 9, 5.

<sup>1325</sup> ANRACH vol. 1271, p. 3a. (1735-1749).

La casi totalidad de los tratadistas se inclinaba por pensar que la mujer carecía de hipoteca tácita sobre los bienes del marido para seguridad de su mitad de gananciales<sup>1326</sup>. Antonio Gómez, en posición minoritaria, creía que sí tenía la mujer tal derecho<sup>1327</sup>.

Disuelta la sociedad conyugal, normalmente por la muerte de alguno de los cónyuges, queda un conjunto de bienes que es menester determinar a quién corresponden. Las *Partidas* establecían la presunción de que eran del dominio del marido<sup>1328</sup>. La costumbre fue contraria a este sistema y en la ley 203 del Estilo encontramos que dichos bienes se considerarían de ambos cónyuges por mitades, a menos de prueba del dominio de alguno de ellos. La referida norma fue, finalmente, incorporada a la Recopilación de Leyes de Castilla y constituyó la regla general a seguir en esta materia<sup>1329</sup>. Por esta razón, era de interés dejar en claro la situación económica de los novios al contraer matrimonio, lo que se verificaba, generalmente, por la formación de un estado de los bienes de cada cual, que recibía el nombre de *capital*. En 1790, por ejemplo, el comerciante Manuel Galancha pide a la justicia confección de inventario solemne de sus bienes, pues habiendo expirado su anterior matrimonio con Rosa Tivar por muerte de ésta, se proponía contraer nuevas nupcias con Alfonsa de la Rosa, para cuyo fin deseaba quedasen en evidencia los bienes suyos que traía al matrimonio. Practicado el inventario y tasación, resultaba que tenía la importante cantidad de 8.396 pesos con 4 reales y medio<sup>1330</sup>.

Se estimaba negligencia no proceder a efectuar tales inventarios: tanto era así que en una sentencia de 1802, el juez expresa que la dicta

“con la ambigüedad y perplejidad que es consiguiente a no haberse hecho capital por el finado D.n Juan Hurtado”<sup>1331</sup>.

Otro medio para deslindar los patrimonios estaba constituido por los testamentos, mediante declaraciones como la siguiente:

“item, digo y declaro que al tiempo que me casé con Miguel de la Cerda, mi marido, tenía todos los bienes que al presente poseo que abajo irán declarados y que el dicho Miguel de la Cerda no truxo a mi poder bienes ningunos ni sean aumentado durante n[uest]ro matrimonio”<sup>1332</sup>.

---

<sup>1326</sup> Hevia, *Curia...* Lib. 2, cap. 3, N° 27.

<sup>1327</sup> Gómez, *Ad leges Tauri...* glosa 41 a las leyes 50, 51, 52 y 53.

<sup>1328</sup> *Partidas* 3, 14, 2: "e otrosi dezimos que quando el marido muere, e fallan dineros, e ropa, e otras cosas en poder de su muger, que solia beuir con el, e pedian los herederos aquellas cosas, en nome del finado, si la muger negare en juyzio, que aquellas cosas non eran de su marido, e las razonare por suyas, o que ha algund derecho en ellas, tenuta es de lo prouar: e si desto non pudiere dar prueua verdadera, deuen ser entregados todos aquellos bienes a los herederos del finado...". De ahí que se recomendara que se hiciera escritura pública, al contraerse matrimonio, en que constase qué bienes traía cada cónyuge: A. Gómez, *id.*, glosa 70 a las leyes 50, 51, 52 y 53 de Toro. Corresponde a la *praesumptio Muciana* del Derecho Romano, según relato de Pomponio: Panero, *op. cit.*, p. 308.

<sup>1329</sup> *Rec.Cast.* 5, 9, 1. Es de interés el comentario de A. Gómez a la ley 33 de Toro, no. 72.

<sup>1330</sup> ANRACH vol. 1333, p. 2a.

<sup>1331</sup> ANRACH vol. 222, fs. 134.

<sup>1332</sup> Testamento de 27 de diciembre de 1586 en Escribanos de Santiago [en adelante, E.S.], vol. 3, fs. 288 v.; en igual sentido, testamento de 17 de agosto de 1710, E.S., vol. 46-9, fs. 28. En otras oportunidades se



Socialmente era muy conocido el capital que aportaba cada cónyuge. Un proto-genealogista del siglo XVIII, Ignacio de Andía y Varela, afirmaba respecto de un matrimonio del siglo anterior:

"Pedro de Miranda Rueda. Natural de Santiago de Chile, fue capitán, alcalde y regidor de su patria y vecino encomendero en segunda vida de su padre Pedro de Miranda [...] y trajo dicho Pedro 2o. al matrimonio un molino a dos piedras al pie austral del cerro San Cristóbal, una hacienda llamada Putuén en Maipo, y a 200 cuabras de tierra en Tinguiririca, casas con alto en la plaza de esta ciudad (hoy del Conde de Sierrabella); y su mujer dicha doña Baltasara Jufre, una chacra en Ñuñoa, que la donó su madre doña Constanza de Meneses..."<sup>1333</sup>

La revisión de numerosa cantidad de testamentos en que se hace mención de la situación económica matrimonial al ocaso de la unión conyugal, nos muestra que son raros los casos en que no haya habido incremento en los bienes sociales. Concuere con nuestra posición un historiador contemporáneo quien afirma:

"...casi todo matrimonio podía y de hecho lograba aumentar sus bienes: no importaba cómo se empezara: a veces, sin herencia alguna, ni siquiera un peso; en otras, entrando al matrimonio "solo la decencia personal"; algunos, con la calidad de ser "igualmente pobres": todos, sin embargo, pudieron capitalizar..."<sup>1334</sup>.

Este régimen prendió bien entre los indígenas, por lo menos, los más aculturados a la usanza castellana. En un interesante estudio relativo a Chile, aparecido en 2000, acerca de los testamentos de aborígenes entre 1564 y 1801<sup>1335</sup>, aparecen numerosas menciones al sistema de gananciales. En uno de 15 de agosto de 1598, Pedro Poma, natural de Guayaquil, criado del obispo fray Diego de Medellín, hijo legítimo de Pedro, cacique de Guayaquil, y de Beatriz, su mujer, declara haber sido casado con María de Lastur en cuyo matrimonio adquirieron un solar, que es considerado ganancial:

"yten declaro que soy casado y belado en faz de la santa madre yglecia con maría de lastur y durante nuestro matrimonio ube y compre el dicho solar que tengo declarado quiero y es my voluntad que asi de la parte que a my toca como de la suya *por bienes gananciales durante el matrimonio*<sup>1336</sup> que la susodicha durante los dias de su vida lo aya y posea y gose del usuffructo del y despues de sus dias lo herede el conbento del señor san agustin desta zibdad..."<sup>1337</sup>.

---

hace presente que ninguno de los cónyuges trajo bienes al matrimonio, como en Archivo Notarial de Valparaíso [en adelante A.N.V.], vol. 3, fs. 531, testamento de 3 de febrero de 1702.

<sup>1333</sup> La cita en Medina, *Diccionario...*, p. 537.

<sup>1334</sup> E. Cavieres F., "Aspectos materiales y sentimentales de la familia tradicional colonial (Aproximaciones a su estudio)" en Sonia Pinto V., *Familia, matrimonio y mestizaje en Chile Colonial*. Santiago, 1990, p. 55.

<sup>1335</sup> J. Retamal Avila, *Testamentos de "indios" en Chile colonial: 1564-1801*. Santiago: Universidad Andrés Bello, 2000, 280 p.

<sup>1336</sup> El subrayado es mío.

<sup>1337</sup> Retamal, *op. cit.*, pp. 112 y 115.

En otro testamento, de 7 de abril de 1602, de don Diego Pichunpangui Apincha, cacique principal del pueblo de Lora<sup>1338</sup>, se señalan los bienes que poseía al momento de casarse -cien ovejas- y el multiplico de ellas como gananciales -mil ovejas-:

"declaro que soy cassado y belado segun orden de la santa madre yglesia con doña Tereza picuntuvi y al tiempo que con ella me casse no tenia a mas de cien caveças de obejas con las quales durante nuestro matrimonio las hemos llegado al número que tengo declarado<sup>1339</sup> declaro *la mitad del dicho ganado pertenescerle por sus bienes por ser gananciales*"<sup>1340</sup>.

También hay mención a los bienes existente al momento del matrimonio, y su aumento posterior por vía de gananciales, en el testamento de Joan Obispo, indio natural de Chile, de 4 de marzo de 1617:

"yten declaro que no trujo a mi poder la dicha catalina en segundo matrimonyo cossa ninguna y a mas de veynte y quatro años que somos cassados en el cual dicho tiempo me a sservido mucho y muy bien y en el hubimos por *bienes gananciales* un solar en la chimba en que bibo y me a ayudado a hazer en el un pedazo de cassa declaro le perteneze la mitad del"<sup>1341</sup>.

Otra referencia a los bienes primitivos se aprecia en testamento de Andrés Banado Pongo, natural de Huánuco, de 16 de marzo de 1624:

"...y atento a que lo que tengo es poco y la mitad es de la dicha mi mujer como *bienes gananciales* porque cuando nos casamos no tiniamos nada y asi mando que se parta todo ygualmente y se le de la mitad y la otra mitad se pague mi entierro y mandas..."<sup>1342</sup>.

A veces son los confesores los que aclaran al indígena su situación respecto de los bienes habidos durante el matrimonio. Así aparece en el testamento de Gaspar Guanca, natural de Jauja, en Perú, de 2 de junio de 1612, quien expresa que habiendo hecho vida maridable con su mujer adquirieron ciertos bienes que debían ser considerados gananciales. Con ellos instituye una capellanía de modo que se rezaran cinco misas cada año por él mismo y otras tantas por su mujer:

"por quanto el fue cassado y belado segunda vez con ysavel india e *biso vida maridable* con ella muchos años en los quales *por la yndustria y travaxo de ambos*<sup>1343</sup> adquirieron bienes muebles y raysses y en especial los tres solares y cassas que d epresente tiene y posee en esta chinba<sup>1344</sup> linde con Juan chico y manuel gonçales chaparro de que ha

---

<sup>1338</sup> En la zona de Curicó a la costa, a las proximidades de Licantén.

<sup>1339</sup> "...un mil caveças de obejas se señal y mas los multiplicos que parecieren..."

<sup>1340</sup> Retamal, *op. cit.*, p. 123. El subrayado es mío.

<sup>1341</sup> Retamal *op. cit.*, p. 148. El subrayado es mío. Otros casos similares pueden verse en pp. 210 y 264.

<sup>1342</sup> Retamal, *op. cit.*, p. 169 El subrayado es mío.

<sup>1343</sup> El subrayado es mío.

<sup>1344</sup> Barrio al norte del río Mapocho en Santiago de Chile.

gozado y goza de sus frutos por ser plantados de biña y arboleda y le an dicho sus confesores y otras personas pertenecer la mitad a la dicha ysavel diffunta..."<sup>1345</sup>.

En alguna otra ocasión, se hacía necesario declarar que nada se había adquirido durante el matrimonio. Así se lee en testamento de Lorenzo Ramírez Yáñez, indio ladino, natural de Santiago, de 24 de mayo de 1619:

"Declara ques cassado con Magdalena yndia que antes se llamava Ines y se mudo el nombre en la confirmacion y que no trajo a su poder cossa alguna de dote ni en otra manera ni a adquirido cosa alguna durante su matrimonio ni tienen hijos"<sup>1346</sup>.

Aun los matrimonios de extranjeros no autorizados para permanecer en Indias daban origen a sociedad conyugal. Fue cuestión discutida en un juicio ventilado entre 1735 y 1749 con ocasión del fallecimiento del francés Joseph de las Rosas, casado con Josefa Molina. Una primera sentencia, emanada del oidor Juan del Corral Calvo de la Torre en cuanto juez de bienes de difuntos, determinó que el referido Rosas, al haber conculcado disposiciones que le prohibían tratar y contratar en Indias, era pasible de perdimiento de sus mercaderías y todos los demás bienes que se hallasen. Se alegó, sin embargo, con posterioridad, que, al haber permanecido por largo tiempo en Chile, manifestando con sus hechos su intención de no volver nunca más a su patria, casado con "vasalla de este reino" y servido al rey en numerosas campañas contra los indios, daba a entender su intención de naturalizarse, por lo que sus bienes debían quedar libres de decomiso. Así lo declaró la Real Audiencia, de modo que, habiendo adquirido todo lo que quedó a su muerte durante el matrimonio, resultaba existir sociedad conyugal entre él y su mujer, correspondiendo, por ende, a ésta, la mitad de todo ello<sup>1347</sup>.

### 2. 3. Bienes propios de los cónyuges.

Volvamos a nuestro estudiante Santa María, quien, salvo error u omisión (que pretenderé salvar), habrá de transmitirnos lo que se le enseñaba. Nos dice que no se produce comunicabilidad de los bienes, aunque sean adquiridos durante el matrimonio en los siguientes casos<sup>1348</sup>:

1. Cuando la novia permanece en su casa sin haber ido a vivir con su marido, y cita las normas en que se funda (R.C. 5, 9, 2). Ya he hecho caudal sobre este aspecto, por lo que me remito a lo expresado;

2. Cuando se produce divorcio por culpa de uno de los cónyuges, no llevando nada aquél que tuvo la culpa. O sea que los bienes que multiplica el inocente son privativamente suyos; en cambio, los que aumenta el culpable son susceptibles de división por mitades. Al parecer, se hace extensiva al marido, por analogía, la norma de la ley 11, título 9 libro 59 de la *Recopilación de Castilla*, aplicable a la mujer;

3. Cuando los bienes son adquiridos por donación del rey u otra persona o por testamento o *abintestato*, en cuyo caso, probando el consorte que son suyos por alguna de

---

<sup>1345</sup> Retamal, *op. cit.*, p.137.

<sup>1346</sup> Retamal, *op. cit.*, p. 161.

<sup>1347</sup> ANRACH vol.1271, p. 3a.

<sup>1348</sup> Santa María, *op. cit.*, en fs. 68 v.

estas causas, nada llevará el otro, y cita las normas en que se apoya<sup>1349</sup>. Los bienes adquiridos gratuitamente, pues, son por regla general del cónyuge que los obtuvo; pero hay que probarlo. En el caso del donado del rey la ley indica claramente que para que lo así obtenido sea bien propio del cónyuge beneficiado, es necesario que haya sido dado determinadamente a uno solo<sup>1350</sup>.

Conviene recalcar en esta materia, que no sólo los bienes donados a uno de los cónyuges privativamente o los adquiridos por herencia testada o intestada son propios, sino que también entran en esta categoría los bienes adquiridos con el producto de la enajenación de tales bienes propios: opera una suerte de subrogación. Así, una casa adquirida con el producto de las legítimas de la mujer es bien privativo suyo, según consta en una sentencia de 20 de junio de 1802: “siendo el riesgo del dueño de la cosa el aumento o disminución de ella, lo es también el de la cosa comprada con el caudal propio de uno de los cónyuges, etc.”<sup>1351</sup> Más aún: las mejoras introducidas a estos bienes comprados con el caudal propio de un cónyuge ceden a favor de éste, según se lee en igual sentencia:

“y q.e los mejoramientos o edificios q.e se construyen en ella ceden a beneficio del consorte dueño del Fundo con solo la obligación de pagar por mitad el costo de los edificios al tipo de hacerse según lo prebenido por la Ley R[ea]l del Fuero”<sup>1352</sup>;

4. Cuando los bienes castrenses, cuasicastrenses, salarios y estipendios militares no sean adquiridos a expensas de ambos cónyuges<sup>1353</sup>. Deben incluirse aquí las encomiendas que, según Solórzano, son bienes “castrenses o dados por el rey”; sus frutos, sin embargo, son comunicables<sup>1354</sup>;

5. Cuando la mujer renuncia a los gananciales antes, durante o después del matrimonio, y se cita a este respecto las disposiciones correspondientes<sup>1355</sup>;

6. Cuando un cónyuge lleva una finca de la que es nudo propietario y, por fallecimiento del tercero usufructuario, se consolidan en él usufructo y nuda propiedad. El caso referido es bastante alambicado; seguramente ha sido propuesto en base a uno de los comentarios (el N° 78) de Antonio Gómez a la ley 50 y siguientes de Toro. Sin embargo, lo interesante de esta situación planteada estriba en las consecuencias que de ella se pueden concluir: que no es necesariamente relevante para determinar si un bien es propio o común la oportunidad en que se incorpora al patrimonio en forma definitiva, sino la oportunidad en que, digamos, comienza la incorporación. Por ejemplo, un bien que ha comenzado a obtenerse por prescripción por un cónyuge antes del matrimonio, y se incorpora definitivamente durante el matrimonio, no será bien común partible, sino bien propio del que comenzó a adquirirlo por tal medio.

---

<sup>1349</sup> *Rec. Cast.* 5, 9, 1 y 3.

<sup>1350</sup> *Rec. Cast.* 5, 9, 2: “I si fuere donadío de Rei i lo diere a ambos ayanlo marido y muger; y si lo diere al uno ayalo solo aquel a quien lo diere”.

<sup>1351</sup> ANRACH, vol. 222, fs. 134 v.

<sup>1352</sup> ANRACH, vol. 222, fs. 135.

<sup>1353</sup> *Rec. Cast.* 5, 9, 3.

<sup>1354</sup> Solórzano, *Política...* Lib. 3, cap. 106, N° 23.

<sup>1355</sup> *Rec. Cast.* 5, 9, 9.

Los seis casos señalados son los únicos que contempla Santa María en sus apuntes. Pero hay algunos más:

7. Desde luego, una situación que va implícita en el enunciado del alumno: son propios los bienes que tenían los cónyuges antes de contraer matrimonio, muebles o inmuebles. De ahí se desprende que, si durante el matrimonio se compra alguna finca con el dinero proveniente de la venta de otra, propia del marido o la mujer, o se produce permuta, la nueva finca comprada o permutada, será propia de aquel con cuyo bien se realizó el negocio. Opera entonces una subrogación real;

8. No hay tampoco comunicabilidad en las mejoras que se hacen en bienes de mayorazgo consistentes en edificios<sup>1356</sup>;

9. Tampoco es comunicable, y debe llevarlo la mujer, haya o no gananciales, el llamado *lecho cotidiano*<sup>1357</sup> que, en Chile es considerado extensivamente. Esta materia ha sido estudiada con agudeza por un historiador del derecho chileno<sup>1358</sup>, quien encontró en un texto de práctica forense la siguiente mención respecto de esta institución:

“en el reyno de Chile, por costumbre executoriada por los Tribunales, se les da por lecho cuanto contiene el cuarto de dormir en cama, ornato, taburetes, espejos, cortinas, repisas, láminas, pila de plata, bacinilla, mesa de estrado, cajuela, mate, brasero, espejos, etc.”<sup>1359</sup>.

La revisión de innumerables documentos chilenos indios demuestra la efectividad de lo aseverado por dicho autor; por ejemplo, en una partición de 1667 se comprende en el lecho cotidiano, además de la cama, cuja y ropa pertinente, espejo, estrado, manto con puntas, polleras, mantellina, vestidos, etc.<sup>1360</sup>. Tanta amplitud no dejó de prestarse para abusos, como aparece de manifiesto en el inventario de una viuda de 1802, quien inteligentemente incluye entre los bienes de su habitación (y, por tanto, integrantes de su lecho cotidiano) taburiles de estrado, otros de madera, cama de damasco imperial, ropero con coronación, papeleras de cedro (varias), cajuela de albaricoque con chapas de plata, etc. En cambio, en el cuarto de su marido fallecido sólo aparecen inventariados “una mesa vieja con su papelería antigua, un catrecito de armas con su colgadura de angaripola y un baúl

---

<sup>1356</sup> *Rec. Cast.* 5, 7, 6.

<sup>1357</sup> Conocido también como ajovar o assuvar.

<sup>1358</sup> A. Bascuñán Valdés, *El Lecho Cotidiano – Noticia de una Institución Singular en un Manuscrito Olvidado en Boletín del Seminario de Derecho Público de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile* no. 39/42, pp. 77-94, Santiago 1945.

<sup>1359</sup> A. Bascuñán ha visto en esta institución la persistencia de normas forales relativas a la viudedad: “es el caso de un antiquísimo germen jurídico de posible raigambre romano-germano-cristiana, que floreciente en Castilla durante los siglos XI y XII, recibe su última y circunscrita mención legal en el Fuero de las Leyes o Fuero Real (1255) y que, trasplantado a América, especialmente al Reino de Chile, en los hábitos de los conquistadores y en el valor supletorio concedido a dicho fuero y a los fueros municipales en uso, rebrota y se expande más allá del restricto texto de aquél hasta aproximarse a la institución primitiva, gracias a usos y prácticas generales que adquieren el valor de norma consuetudinaria ‘ejecutoriada’ por los tribunales chilenos, de modo que podemos comprobarla en plena lozanía al comenzar el siglo XIX”, Bascuñán, *id.* 83-84. Efectivamente, se lee en el *Fuero Viejo de Castilla* 5, 1, 1: “...quando el marido murier, puede ella levar todos suos paños, e suo lecho, e sua mula ensellada e enfrenada, si la adujo, o si gela diò el marido, o si la eredó de otra parte, e el mueble que trajo consigo en casamiento...”

<sup>1360</sup> ANRACH, vol. 983, fs. 127 v.

forrado en baqueta”<sup>1361</sup>. Debo advertir que el marido que aparece con tan menguados bienes en su habitación era nada menos que caballero de la Orden de Montesa.

Los bienes que forman el lecho cotidiano debían ser deducidos del cuerpo común de bienes<sup>1362</sup>;

10. No hay comunicabilidad, como se ha visto, en los aumentos o mejoras experimentados en los bienes propios de cada cónyuge sin industria o trabajo, sino tan sólo por el transcurso del tiempo o la pura acción de la naturaleza;

11. Termina la comunión de bienes cuando los de uno de los cónyuges son confiscados: el inocente percibe la mitad de los ganados hasta entonces<sup>1363</sup>, y

12. Finalmente, no son comunicables los llamados *alfileres*, o sea, bienes que el marido da a la mujer para su administración, generalmente con el objeto de ser invertidos en trajes y adornos. Tampoco lo son los bienes dotales, arrales ni parafernales, si bien sus frutos, como se ha indicado, ingresan a la sociedad conyugal. Estos tipos de bienes serán estudiados más adelante.

Los bienes propios de marido y mujer son administrados por el marido. Sin embargo, para la disposición de ellos por acto entre vivos, el marido requiere la autorización de la mujer, tratándose de bienes privativos de ésta. La práctica judicial chilena contempla numerosos casos de nulidades demandadas por mujeres cuyos bienes propios fueron enajenados por sus maridos sin su autorización<sup>1364</sup>.

#### 2. 4. *Deudas que gravan los bienes comunes.*

La regla general es que las deudas que contraen marido y mujer “estando en uno” obligan a ambos por mitad. De esta clase son los gastos ocasionados para el mantenimiento de la casa y familia.

Un caso especial, normado por la ley 53 de Toro, es el referido a las dotes y donaciones *propter nuptiae* que marido y mujer, o el marido solo, prometen al casar a su hija o hijo. Estas liberalidades gravan los gananciales, salvo que hayan sido efectuadas por el solo marido, situación en que, a falta de bienes suficientes en los gananciales, quedan gravados exclusivamente los del marido<sup>1365</sup>.

#### 2. 5. *Deudas que gravan los bienes propios de los cónyuges*

---

<sup>1361</sup> ANRACH, vol. 222, fs. 4 v. a 5 v.

<sup>1362</sup> P. Murillo Velarde, *Práctica de Testamentos en que se Resuelven los Casos mas Frecuentes Que Se Ofrecen en la Disposición de las Ultimas Voluntades, Dedicada a María Santísima del Carmen*. Santiago de Chile: Imprenta del Estado, 1820, pp. 12-13. Debo hacer resaltar que ésta es la primera edición chilena de la *Práctica* de Murillo Velarde, dada a la luz en Lima en 1792 y ampliamente conocida en Chile.

<sup>1363</sup> *Rec. Cast.* 5, 9, 10.

<sup>1364</sup> ANRACH., vol. 211 y ANRACH, vol. 1727, p. 2ª. Ambos expedientes se refieren a esclavos propios de la mujer, vendidos por el marido sin aquiescencia de ella.

<sup>1365</sup> *Rec. Cast.* 5, 9, 8.

Verificado el matrimonio, y teniendo lugar la formación de la sociedad conyugal, las deudas contraídas por cada cónyuge gravan corrientemente el patrimonio social. Las deudas de marido y mujer, anteriores al matrimonio, gravan sus bienes personales, como aparece paladinamente declarado en un juicio de 1802: “del capital que trajo el Marido al Matrimonio se pagan sus deudas de antemano contrahidas”<sup>1366</sup>. Caso común era el del marido que casa en segundas nupcias, cuya obligación de alimentos para con los hijos de su primer matrimonio grava sólo sus bienes y no los de la sociedad conyugal nuevamente constituida.

Hay algunos casos en que, no obstante existir sociedad conyugal, quedan obligados los bienes propios de alguno de los cónyuges:

(a) el ya señalado de la dote o donación *propter nuptiae* prometida únicamente por el marido, cuando los bienes gananciales no son suficientes para cubrir la donación, situación en que quedan afectados sólo sus bienes<sup>1367</sup>;

(b) las liberalidades hechas por disposiciones *mortis causa* del marido a favor de su mujer afectan exclusivamente los bienes de éste<sup>1368</sup>. Lo contrario haría ilusorio el beneficio prometido a la mujer, pues se le descontaría de su mitad de gananciales;

(c) cuando la mujer renuncia a los gananciales, las deudas contraídas por el marido durante el matrimonio lo afectan exclusivamente, y

(d) finalmente, el delito del marido o de la mujer grava los bienes del culpable y no puede perjudicar las expectativas del cónyuge inocente a los bienes comunes<sup>1369</sup>.

### **3. El sistema de donaciones por causa de matrimonio.**

#### **3. 1. Generalidades**

Insertas en el sistema de sociedad conyugal se encuentran ciertas donaciones que alteran en alguna medida la aplicación irrestricta de los principios de aquélla, y que constituyen bienes no comunicables, aunque sí lo sean los frutos que de ellos provengan. Ello resulta por la persistencia de donaciones de origen fundamentalmente germánico, que serán confundidas con donaciones romanas bajo imperiales y por la introducción de la dote romana, incorporada en tiempos de la recepción del derecho común.

Distinguimos tres grandes tipos de donaciones por causa de matrimonio: las dotales, aportadas principalmente por la parentela de la mujer o por ella; las arrales, aportadas principalmente por el marido y las llamadas donaciones esponsalicias, necesariamente prematrimoniales, que serán consideradas en las Partidas como un tipo de arras.

Aunque nos encontramos con la superposición de elementos provenientes de ordenamientos jurídicos diversos, la totalidad de tales elementos se ensambla en un solo sistema, bastante armónico: no hay cabos sueltos visibles y si algún nudo de esta trabazón

---

<sup>1366</sup> ANRACH, vol. 222, fs. 191 v.

<sup>1367</sup> *Rec. Cast.* 5, 9, 8.

<sup>1368</sup> *Rec. Cast.* 5, 9, 7.

<sup>1369</sup> *Rec. Cast.* 5, 9, 10.

se desatara, ahí estarán las jurisprudencias teórica y judicial y la práctica, para restablecer la armonía.

### 3. 2. *Donaciones dotales*<sup>1370</sup>

#### (a) *Concepto*

Si volvemos al estudiante de la Universidad de San Felipe, y practicante de la Academia de Leyes y Práctica Forense, veremos que sus apuntes nos muestran la dote en el capítulo de las *Donaciones entre vivos*<sup>1371</sup>, entre las que llama *impropias* por hacerse “con causa o bajo cierto modo”. Estas donaciones impropias no necesitan insinuación aunque valgan más de 500 maravedíes.

Define la dote como

---

<sup>1370</sup> Un antiguo estudio es el de M. Danvila y Collado, "De la dote" en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. XVI, Madrid, 1860. Modernamente, se refiere al tema M. I. Seoane, *Historia de la Dote en el Derecho Argentino*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1982, 202 p., quien acopia elementos prácticos de la institución en el Río de la Plata. Para Chile, desde un punto de vista de Historia Social, cfr. R. Salinas Meza, "Lo público y lo no confesado. Vida familiar en Chile tradicional. 1700-1880" en *Revista de Historia Social y de las Mentalidades. Sociabilidad y vida cotidiana en el Chile tradicional* Año III, no. 3. Santiago: Departamento de Historia Universidad de Santiago de Chile, Invierno 1999, pp. 49-55.

<sup>1371</sup> Santa María, *op. cit.*, en fs. 90.



“una especial donación que hace la mujer de sus propios bienes a su marido por razón de casamiento o todo lo que la mujer lleva al matrimonio y entrega ella u otro a su nombre a su marido para ayudar a sostener con sus frutos las cargas matrimoniales”<sup>1372</sup>.

Debo hacer presente que a esta donación en Chile, en los siglos XVI, y XVII, se la llama habitualmente “dote y casamiento”; más tarde se la llamará simplemente “dote”. Es institución que, aunque no era corriente en la vida jurídica de los indígenas, a veces aparece en la praxis. En un testamento, de 10 de mayo de 1742, el indio Juan Pereira, natural de San Francisco de la Selva (Copiapó, Chile), declara haber sido casado con Ana Normilla

"Iten declaro que cuando me case con la suso dicha mi mujer me dieron sus padres en dote hasta sien pesos en bueies vacas y otras cosas declarolo asi para que conste..."<sup>1373</sup>

No obstante el carácter de donación que tiene la dote, el marido no siempre se hace dueño de los bienes que le son entregados<sup>1374</sup> y, en todo caso, ha de restituir a la mujer a la disolución del matrimonio, por lo menos, el valor de ellos. La dote es, pues, patrimonio

---

<sup>1372</sup> La clásica definición de las *Partidas* expresa: “el algo que da la mujer al marido por razón de casamiento”, 4, 11, 1. La dote, como conjunto de bienes entregados al marido con ocasión del matrimonio, se conoce en España en tiempos de la dominación romana. Reaparece mucho más tarde, al ser normada en las referidas *Partidas*, que incorporan principios de Derecho Común. Su origen, pues, debemos encontrarlo en Roma. La forma más antigua conocida consistía en la entrega de ciertos bienes que la familia de la novia hacía al marido en el matrimonio cum manu, para compensar la pérdida de los derechos sucesorios de ella en su familia. Más tarde, su sentido fue el de un aporte para contribuir a las cargas del matrimonio (*onera matrimonii*) y podía ser efectuada, además de por el padre de familia o un ascendiente paterno de la mujer (*dos profecticia*), por la madre, un tío, un extraño o incluso la misma mujer (*dos adventicia*). Aunque excepcional, hay algún caso en que la dote adventicia es constituida por el propio marido (*vid.* ANRACH vol. 1087, p. 4a.). La obligación de dotar estaba entregada en un comienzo al honor de la familia. Sólo en tiempos de Justiniano la dote se hizo necesaria, siendo deber jurídico del padre, ascendiente paterno, la mujer y excepcionalmente la madre. Las dotes constituidas por cualesquiera otras personas eran voluntarias. La dote podía ser *aestimata*, cuando era tasada al constituirse, lo que dice relación con la obligación del marido de devolverla a la disolución del matrimonio. Se distinguía la *dos aestimata venditionis causa*, en que se considera que ha operado una compraventa cuyo precio es la tasación que el marido ha de entregar al término del matrimonio y la *dos aestimata taxationis causa*, en que la finalidad es sólo establecer el límite de responsabilidad del marido en caso de falta de restitución. Finalmente, se habla de *dos recepticia* cuando se ha convenido dicha devolución. La dote es considerada propiedad del marido. En la época republicana, sin embargo, se la concibe como una *res uxoria* que el marido ha de restituir a la disolución del matrimonio: por la *lex Iulia de fundo dotalis* se impide al marido que enajene los fundos itálicos dados en dote sin el consentimiento de la mujer. El derecho justiniano reconoce formalmente la propiedad del marido sobre la dote, lo que es calificado como sutileza jurídica; pero en la práctica el marido sólo tiene un derecho de usufructo, lo que concuerda con las ideas bizantinas. Se establece para la devolución de la dote la *actio ex stipulatu* aún en aquellos casos en que no ha existido *stipulatio*, entendiéndose que ella se produce por el ministerio de la ley. La prohibición de la *lex Iulia* se extiende a los fundos de todas clases y, para seguridad de la devolución, se concede a la mujer una hipoteca general sobre los bienes del marido, véase P. Jörs & W. Kunkel, *Derecho Romano Privado*. Barcelona: Editorial Labor, 1965, pp. 403-09 y J. Arias Ramos, *Derecho Romano*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963 pp. 742-744. En la Baja Edad Media, como se ha adelantado, se introduce nuevamente la dote romana en España, esta vez con las características que le dio el derecho romano postclásico. La importancia de la institución queda de manifiesto en la obra *De Iure Dotium* de Martín de Gosia (*circa* 1140). Se ha planteado la tesis de que la dote habría reaparecido, además de por la razón meramente jurídica, debido a un aumento demográfico de mujeres en Europa: M. W. Labarge, *La mujer en la Edad Media*. Madrid, 1988, p. 20 y *passim*.

<sup>1373</sup> Retamal, *op. cit.*, p. 254.

<sup>1374</sup> Ello ocurrirá en algunos casos en dote estimada y en la inestimada cuando la aportación ha consistido en bienes fungibles, como se verá más adelante.

(por lo menos, nudo) de la mujer; el marido es sólo usufructuario y como tal ha de administrar los bienes pudiendo aprovecharse de los frutos para sostener las cargas del matrimonio. Este carácter de usufructuario que tiene el marido le acarrea las obligaciones correspondientes y, en su virtud, ha de cuidar los bienes dotales como si fueran suyos propios; sin embargo, no está obligado a dar fianza para asegurar la buena administración de estos bienes, salvo situaciones especiales, como se verá.

La dote que llega a Indias es la configurada por el *Ius Commune*, tributario, a su vez, del Derecho Romano Justiniano por lo que para entenderla hay que formular algunas básicas referencias a este último sistema jurídico. Era un conjunto de liberalidades aportadas por la mujer u otra persona, en su nombre, al marido *ad onera matrimonii sustinenda*<sup>1375</sup>. Comenzó como una mera costumbre, pero terminó transformándose en una obligación jurídica que pesaba sobre el padre o abuelo y eventualmente sobre la madre<sup>1376</sup> -*dos necessaria*-. Su monto dependía de las capacidades económicas del que la constituía, pudiendo impugnarse a través de una *querella inoficiosae dotis* la que fuera manifiestamente desproporcionada<sup>1377</sup>. Era primeramente prometida, al través de la *dotis dictio*<sup>1378</sup> o *promissio dotis*, caso en que se hablaba de una *dos cauta*, o sea de la que había sido sólo prometida, pero no entregada aunque constase en un documento. Posteriormente procedía la *datio dotis*, esto es, la incorporación de la misma al patrimonio del marido por el medio jurídico pertinente. Se hablaba de *dos adventicia* cuando era aportada por la mujer o un extraño que no fuese ascendiente paterno -*dos voluntaria*- pudiendo obtenerse a su respecto una *stipulatio* relativa a su devolución -*dos recepticia*-; de *dos profecticia* cuando la daba el padre o un ascendiente paterno; de *dos aestimata* cuando se evaluaba su monto, lo que para los romanos constituía una venta por lo que el marido estaba obligado a la entrega de su equivalente pecuniario; de *dos inaestimata* para mencionar la no apreciada, que obligaba al marido a la devolución de los mismos bienes entregados

#### (b) *Constitución*

La dote puede constituirse y aumentarse antes y después de celebrado el matrimonio, salvo que exista costumbre en contrario, la que no se da en Chile<sup>1379</sup>, y puede referirse a bienes muebles o inmuebles, presentes o futuros<sup>1380</sup>. La variedad de bienes susceptibles de ser dados en donación dotal es extraordinariamente amplia: los más corrientes son casas, sitios, fundos, ropa de vestir y de cama, menaje de casa, animales, joyas, esclavos, censos y créditos por cobrarse. Su monto también es infinitamente variable: desde los pobres cien pesos referidos más arriba llevados por la india Normilla hasta la principesca de 2.300.000

---

<sup>1375</sup> Paulo: *ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt* : D. 23, 3, *de iure dotium*, 56, 1.

<sup>1376</sup> "La madre no está obligada a dar dote por la hija sino en virtud de causa importante y admisible o especialmente expresada en la ley; el padre no tiene facultad alguna para darla de los bienes de su mujer contra la voluntad de ella", C. 5, 12, *de iure dotium*, 14 (Diocleciano y Maximiano).

<sup>1377</sup> F. Gutiérrez-Alviz y Armario, *Diccionario de Derecho Romano* 4a. ed. Madrid: Reus, 1995, p. 207-208.

<sup>1378</sup> Contrato verbal unilateral y *stricti iuris* en virtud del cual la mujer que no fuera *filia familiae*, su ascendiente paterno o su deudor se obligaban frente al futuro marido respecto de la dote. Al hacerse obligatoria la simple *promissio dotis* en tiempos de Teodosio II y Valentiniano III (428) aquella forma cayó en desuso: C. 5, 11, *de dotis promissione*, 6.

<sup>1379</sup> *Partidas* 4, 11, 1.

<sup>1380</sup> *Partidas* 4, 11, 14.

pesos en oro, plata, joyas y perlas que llevó Plácida Eustaquia Pereira, hija del general Juan Pereira, de Potosí, en 1579<sup>1381</sup>. Pero hay algunos otros que requieren algún comentario.

La encomienda de indios podía darse “a título de capital o dote en favor del hijo o hija llamado a suceder”, pero sólo por vía de “permisión”, sin que fuera posible hacer nuevo título de encomienda hasta la muerte del primer poseedor<sup>1382</sup>; parientes en la línea transversal y extraños no podían obtenerlas en donación dotal, salvo que quien constituyera la dote fuera la propia mujer. En realidad, se cede a la hija la nuda propiedad sobre la encomienda y al yerno el usufructo; el siguiente párrafo de una carta dotal de 1673 es ilustrativo: por él la suegra cede al yerno

“[S]u derecho para cobrar los tributos de los dichos indios (ya individualizados) como la susodicha pudiera por todos los días de su vida conforme a las ordenanzas de la tasa y le da poder y facultad en su mismo fecho y causa propia para la cobranza de los dichos tributos y para que pida la Redusión de los dichos indios y use de todos los demás derechos que a la d.ha doña Petronila de Morales competen como tal encomendera y lo que los dichos tributos cobrarse eso sea por aumento de la dotte de la dicha doña María de Arcaya”<sup>1383</sup>.

En la misma carta, la mujer da en dote al marido una encomienda a que tiene derecho, reconocida por el Superior Gobierno, aunque no se le había despachado aún el título. Expresamente Carlos I había dado autorización para que estas mercedes fueran aportadas:

---

<sup>1381</sup> Martínez y Vela, *op. cit.*, p. 38. Menciona otras dotes importantes, como las de 1.000.000 de pesos de a 8 reales que llevó Anarda Mejía al casar con Nicolás de Mendoza, de la Orden de Calatrava en 1612, *ibid.*, p. 71; 600.000 pesos "en oro, plata, joyas, con más una cabeza del Ingenio" que aportó en 1631 Sinforosa Orzales, *ibid.*, p. 129; 400.000 pesos con más dos cabezas de ingenios y unas tierras de pan llevar que dio en dote a su marido Mariana de la Mata en 1641 y 500.000 pesos con que dotó al suyo Juan de Aguilera en el mismo año, *ibid.*, p. 138. En 1643, Laura de la Cerda dio 200.000 pesos con unas viñas y una cabeza de ingenio a título de dote y Estefanía de Azaña 100.000 pesos más tierras, casas y esclavos, *ibid.*, pp. 140-141. Como puede apreciarse, a la par que la riqueza de Potosí decaía, lo propio ocurría con las dotes matrimoniales. También en Perú se observa cierta moderación en las dotes desde mediados del siglo XVII. Según Lavallé, *op. cit.*, p. 8, la más alta se da en 1637 y fue la dada por Graciana de Arraso Villavicencio, ascendente a 130.000 pesos; le sigue una de María Messía de la Cerda, de 60.000 en 1660 y luego sólo hay siete dotes entre 24.000 y 40.000 pesos. Hay lugares en que aun las personas de mayor distinción aportaban dotes modestas: en Curicó, Ana Josefa Urzúa llevó 775 pesos en animales al casar don Matías Grez en 1791 y años antes, en 1779, Bartolo Muñoz había dado a su hija María Gracia 500 pesos al casar con Manuel Mardones: R. León Echaiz, *Historia de Curicó* t. I, La Era Colonial, Santiago: Edit. Neupert, 1968, p. 248. La decadencia en la cuantía de las dotes y aun en su otorgamiento ha sido estudiada para Sao Paulo, Brasil, por M. Nazzari, *Disappearance of the dowry. Women, families and social change in Sao Paulo, Brazil, 1600-1900*, Stanford: Stanford University Press, 1991. Para esta autora, la dote habría sido un vínculo de control patriarcal y al decaer éste, aquélla habría seguido su misma suerte. Con respecto a México, se ha sostenido, en estudio relativo a fines del siglo XVIII, que las nuevas costumbres de atracción recíproca individualista entre los sexos en que se hacía primar el amor por sobre las conveniencias económicas habría acarreado una debilitación de la dote: R. Gutiérrez, *When Jesus came, the corn mothers went away. Marriage, sexuality and power in New Mexico, 1500-1846*, Stanford: Stanford University Press, 1991. El tema de los matrimonios por amor por sobre los matrimonios por conveniencia ha sido tratado por el mismo Gutiérrez, "From honor to love: transformations of the meaning of sexuality in colonial Mexico" en R. T. Smith (ed.), *Kinship ideology and the practice in Latin America*, Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1964, pp. 237-263.

<sup>1382</sup> *Rec. Ind.* 9, 2, 13.

<sup>1383</sup> ANRACH, vol. 215, fs. 100 a 100 v.

"Quando algun Encomendero quisiere casar hijo, ó hija, y dar los aprovechamiento de la encomienda á título de capital, ó dote, y por estos, ú otros fines se desistiere de la encomienda, gócenlos desde luego el hijo, ó hija, y los Virreyes, y Gobernadores puedan permitir, que en vida de los padres comience la permission en los hijos, para que gocen la encomienda en vida de sus padres, pues no tiene inconveniente. Y mandamos que esto se haga por via de permission, sin dar título de encomienda al hijo, ó hija, hasta que muera su padre."<sup>1384</sup>.

Determinados cargos públicos eran dados en dote, aunque estos hechos son raros. Se trata de oficios vendibles y renunciables como los de corregidor de Colchagua que Alonso Prado y Covarrubias obtuvo en el siglo XVIII de su suegro<sup>1385</sup>; de contador de Real Hacienda de Concepción que Miguel Cárcamo de Lastra recibió de su suegro Diego Martínez de Prado en el siglo XVII<sup>1386</sup>; de corregidor, aportado por Elvira Tello de Guzmán a Gaspar de Escalona y Agüero<sup>1387</sup> y de Tesorero de la Santa Cruzada que fue traspasado en el siglo XVIII por Juan Briand de la Morandais a su yerno Francisco García Huidobro<sup>1388</sup>. Menos frecuente es que un oficio de tanta relevancia, no venal por ser de justicia, como el de oidor pudiese ser incluido en una dote. En 1661 Juan de la Peña Salazar obtuvo, al tratar matrimonio con Isabel de Alba, el cargo de oidor en la Audiencia de Chile, avaluado en 16.000 ducados. Este se le otorgaba por los servicios prestados por su suegro, Pedro de Alba y Alvarado. Un segundo caso se dio en 1664 al obtener José de Meneses y Allendesalazar, como dote aportada por Gabriela de Barrios, el cargo de oidor de la Audiencia de Guadalajara. El padre de la novia, Gabriel de Barrios, piloto mayor de la Real Armada en la carrera de Indias había obtenido de la corona la merced de que quien casase con su hija y tuviese los méritos necesarios, obtendría una plaza audiencial. En definitiva terminó en Chile, donde llevó una bochornosa vida<sup>1389</sup>.

Una dote curiosa en cuanto a su contenido es la prometida a 15 de julio de 1699 por Mariana de Villarroel y Escobar a su yerno, Diego de Cañedo, natural de Balmaceda en Vizcaya, al casar con Francisca Romero, su hija. Además de recibir el novio casa, dinero, esclavos, muebles y, en general, las cosas habituales en este tipo de actos, la suegra se compromete a alimentar a la nueva pareja y mantenerla por espacio de seis años, otorgándole, además, el usufructo de los esclavos Nicolás y Juan por un año para que los tuvieran a su servicio como curtidores<sup>1390</sup>.

---

<sup>1384</sup> *Rec. Ind.* 6, 10, 13.

<sup>1385</sup> D. Amunátegui Solar, *La sociedad chilena del siglo XVIII- Mayorazgos y Títulos de Castilla*. Santiago: Imprenta Barcelona, 1901, T. II, p. 336.

<sup>1386</sup> *Id.*, 314 y 354.

<sup>1387</sup> J. Barrientos Grandon, *La Real Audiencia de Santiago de Chile (1605-1817). La institución y sus hombres en Colección "Proyectos Históricos Tavera (I) Nuevas Aportaciones a la Historia Jurídica de Iberoamérica"* J. Andrés-Gallego (coord.) en CD-Rom, p. 564. Fue avaluado en 8.000 pesos y lo obtuvo la novia por merced otorgada por el virrey Conde de Chinchón.

<sup>1388</sup> Amunátegui, *id.* t. I, 39 y 85.

<sup>1389</sup> Barrientos, *op. cit.*, pp. 560 y 716.

<sup>1390</sup> E. S. vol. 428, fs. 292.

El carácter fastuoso de los españoles los llevó a exagerar el monto de las dotes. Los excesos cometidos en estas liberalidades movieron a los reyes a limitar, en 1534, la cantidad que se podía donar a las hijas por este concepto. Las dotes debían determinarse según la fortuna y rentas del constituyente<sup>1391</sup>, aunque esta disposición parece haber sido letra muerta en Chile, pues en ninguna carta dotal he encontrado referencia alguna a la fortuna del constituyente ni a su relación con la dote<sup>1392</sup>. Más aún: hay casos en que, por haber dispuesto el constituyente de más bienes que los que podía por sus deudas, las dotes respectivas han sido dejadas sin efecto a petición de los acreedores<sup>1393</sup>. A comienzos del siglo XVIII, habiendo dado una madre dotes manifiestamente diferentes a dos hijas -a una \$ 6.459 y a la otra sólo \$ 3.762-, el casado con la segunda, pidió que se trajera a colación a los bienes quedados por muerte de su suegra el exceso dado a la primera por sobre los 3.762 que él había recibido, pues se estaría en presencia de una dote inoficiosa, que era la que excedía de la legítima que correspondería a la hija<sup>1394</sup>.

También se prohibió dar o prometer en razón de dotes mejoras (tercio de la herencia) o la parte de libre disposición (quinto de la herencia)<sup>1395</sup>. Esta prohibición, en lo relativo a las mejoras, era aplicable sólo al caso de constituirse por acto entre vivos; las mejoras *mortis causa* a título de dote eran perfectamente posibles<sup>1396</sup>. El derecho tradicional

---

<sup>1391</sup> *Rec.Cast.* 5, 2, 1: "...Mandamos que de aquí adelante, en el dar y prometer de las dichas dotes, se tenga y guarde la manera y orden siguiente: que auqlquier caballero ó persona que tuviere 200.000 maravedís, y dende arriba hasta 500.000 maravedis de renta, pueda dar en dote á cada una de sus hijas legítimas hasta un cuento de maravedis y no mas; y el que tuviere ménos de los dichos 200.000 maravedis de renta, no pueda dar ni dé en dote arriba de 600.000 maravedís; y que el que pasare de los dichos 500.000 maravedís hasta un cuento y 400.000 maravedis de renta, pueda dar hasta un cuento y medio de maravedis; y que el que tuviere cuento y medio de renta y dende arriba, pueda dar en dote á cada una de las hijas legítimas que tuviere la renta de un año y no mas, con que no pueda exceder de doce cuentos de maravedis, no embargante que la dicha su renta de un año sea mas de los doce cuentos en qualquiera cantidad..."

<sup>1392</sup> Un caso de dote inusitadamente alta fue la prometida por Gonzalo de los Ríos a su yerno Alonso Ortiz de Zúñiga en razón de ser éste de muy ilustre abolengo. Al enfrentarse con la necesidad de dar cumplimiento a la entrega respectiva, pretextó no hacerlo pues la promesa habría sido sólo fingida, por ostentación y vanidad. Fue, sin embargo, demandado para el efectivo cumplimiento: Thayer, *op. cit.*, t. III, pp. 126-127. En Potosí se conocieron dotes de hasta 2.300.000 pesos de a 8 reales, la más alta de que tengo noticia, que fue la de Plácida Eustaquia Pereira: Martínez y Vela, *op. cit.*, p. 38.

<sup>1393</sup> Tal ocurrió, por ejemplo, a Luis José de Santa María, quien hubo de devolver parte de su dote por haber dispuesto su suegro y tío, Francisco González Blanco, de una suma superior a la que le dejaban sus cuantiosas deudas: Archivo Notarial de Santiago, vol. 167, fs. 614 a 617 y vol. 325, fs. 658 y ss.

<sup>1394</sup> La situación fue la siguiente: Apolinarda de Toro, dio 6.459 pesos en dote a su hija Antonia Ramírez para el matrimonio con el capitán Joseph Jofré, en tanto que a su hija Inés Ramírez, para el matrimonio con Valeriano de Arcas sólo le dio 3.762. Fallecida Apolinarda de Toro, Valeriano de Arcas exigió que se colacionaran a los bienes de ésta 2.697 pesos, que era la diferencia entre la dote por él recibida y la que había recibido su conuñado. A su juicio el exceso de dote había sido inoficioso: ANRACH vol. 1712, p. 5a. (1717-1721).

<sup>1395</sup> *Rec.Cast.* 5, 2, 1: "...Y mandamos, que ninguno pueda dar ni prometer, por via de dote ni casamiento de hija, tercio ni quinto de sus bienes, ni se entienda ser mejorada tácita ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos; so pena, que todo lo que demas de aquilo contenido diere y prometiере segun dicho es, lo haya perdido y pierda". Ha de entenderse esta parte de la disposición de acuerdo a la limitación de que se ha hablado líneas arriba.

<sup>1396</sup> Así lo hallamos en testamento de 30 de junio de 1792, E.S., vol. 873, fs. 292.

hacía imputables a las legítimas las donaciones hechas con ocasión de bodas y casamientos<sup>1397</sup> y lo propio señalaba la ley 29 de Toro<sup>1398</sup>:

"Quando algún hijo ó hija viniere á heredar ó partir los bienes de su padre, ó de su madre, ó de sus ascendientes, sean obligados ellos y sus herederos á traer á colacion y particion la dote y donacion *propter nuptias*, y las otras donaciones que ovieren recibido de aquel cuyos bienes vienen á heredar..."

En todo caso, la ley 28 de Toro<sup>1399</sup> impedía que el que tuviese hijo o descendiente legítimo

"pueda mandar el padre ni la madre á ninguno de sus hijos ni descendientes mas de un quinto de sus bienes en vida y en muerte".

Esta disposición era interpretada, concordándola con las *Partidas*<sup>1400</sup> y *Fuero Real*<sup>1401</sup> en la siguiente forma: quien tuviese descendencia legítima podía disponer en liberalidades para ellos de su tercio y quinto y respecto de extraños, sólo del quinto de su haber. La ley 28 de Toro fue sacada a colación por la sucesión del marqués de Montepío en el juicio sostenido en 1776 por la viuda del mismo, Antonia Balbontín y Caldera, pretendiendo se le restituyeran los 28.000 pesos de dote que su marido había constituido en su favor. Argumentaba la sucesión que quien tuviese descendencia legítima -cuyo era el caso del marqués- no podía disponer por vía de donaciones de cantidades que excedieran del quinto de libre disposición, pues con ello atentaría contra los derechos de sus descendientes. En el caso de la sucesión del marqués, el quinto había debido soportar ingentes cantidades por concepto de funerales así como con numerosas liberalidades que aquél había practicado. Contra ello el abogado de la marquesa viuda, Manuel José de Morales, arguyó que

"esta ley siempre se ha mirado como odiosa, como prohibitiva de la libertad que todo hombre tiene en el mando de lo que es suyo, y así los Autores han entendido siempre que esta ley sólo prohíbe a los que tienen hijos a hacer donaciones puramente liberales y graciosas, pero no las que son remuneratorias, ni menos han pensado negar que los que tienen hijos no puedan obligarse *ultra quintum* por razón de contratos onerosos [...] de otra suerte, diríamos que el que tiene hijos en fuerza de

---

<sup>1397</sup> Pueden citarse al efecto el Fuero de Cuenca (cap. 10, ley 22) y el de Burgos (ley 125). La ley 29 de Toro, incorporada *Rec. Cast.* 5, 8, 3 establece indirectamente que las dotes (y donaciones *propter nuptias*) no pueden exceder de la legítima y mejoras de tercio y quinto, considerándose el valor de los bienes conforme al tiempo en que la dote, fue constituida o mandada. En la práctica notarial chilena por lo general se observa imputación de las dotes a las legítimas.

<sup>1398</sup> *Rec. Cast.* 5, 8, 3 y más tarde, *Nov. Rec.* 10, 3, 5.

<sup>1399</sup> *Rec. Cast.* 5, 6, 12 que devino *Nov. Rec.* 10, 20, 8.

<sup>1400</sup> 5, 4, 8: "...e si por aventura alguno que ouiesse fijos legitimos, quisiesse fazer donacion a otro, puedelo fazer: en tal manera que todavia finque en saluo a los fijos la su parte legitima, tambien en vida de sus padres, como despues de la su muerte...".

<sup>1401</sup> 3, 5, 9: "Ningun home que hubiere fijos, ó nietos, ó desde ayuso que hayan de heredar, no pueda mandar ni dar á su muerte mas de la quinta parte de sus bienes; pero si quisiere mejorar á alguno de los fijos, ó de los nietos, puedalos mejorar en la tercia parte de sus bienes, sin la quinta sobredicha, que puedan dar por su alma ó en otra parte do quisiere, é no á ellos". La ley 214 del Estilo señalaba que el quinto se sacaba primero que el tercio, a menos que hubiese otro fuero o costumbre en contrario.

aquella ley no podría tratar ni contratar ni gastar su hacienda según las reglas de prudencia en aquellos usos que le son útiles, convenientes o necesarios"<sup>1402</sup>.

Según Morales, sería común opinión de los autores que la odiosa limitación aludida sólo debía aplicarse a las donaciones puramente liberales y gratuitas, mas no a las remuneratorias u onerosas, pues lo contrario sería atentatorio al Derecho de Gentes<sup>1403</sup>. Los 28.000, que de sus bienes había tomado el marqués en beneficio de su nueva mujer, se dividían en 8.000 de arras y 20.000 de dote, y habrían sido dados a la novia con causa onerosa, no "gratuita ni liberal", toda vez que entre el sexagenario marqués, que padecía gota y su joven mujer había tal diferencia que las sumas prometidas venían a compensar las molestias que a ella le iba a causar el unirse a una persona de esas características. Tales sumas debían salir, en opinión del defensor de la marquesa, del cúmulo de bienes que el marqués tenía y no únicamente del quinto por no ser donaciones gratuitas. Además, él podía disponer arbitrariamente de las sumas que, por concepto de gananciales, hubiese adquirido de su primer matrimonio, de acuerdo a la Ley 14 de Toro<sup>1404</sup>, aunque hubiese habido hijos a los cuales no estaban obligados a reservar propiedad ni usufructo de aquellos bienes.

La dote y arras había sido primero, prometida a 1o. de septiembre de 1766, señalando el marqués que los 20.000 de dote se sacarían de su caudal libre y los 8.000 de donación arral estarían destinados a alhajas y hechura de trajes. Igualmente señalaba que se trataba de un contrato oneroso, y que estas donaciones las hacía a conciencia, aunque se perjudicara en parte a sus hijos. Se determinaba, asimismo, que si nacían hijos de este matrimonio, se debía constituir un mayorazgo con los 20.000 de dote y, en caso contrario, la marquesa podría usar de esa suma libremente fundando, antes de su muerte o por testamento uno o más patronatos de legos. En el mismo instrumento, el marqués se comprometía a que, después del matrimonio, separaría la legítima materna de sus hijos, correspondiente a los bienes dejados por su primera mujer, y otorgaría ante notario carta dotal, lo que no hacía de momento "por motivos políticos"<sup>1405</sup>. A 3 de noviembre de 1768 se otorga la carta dotal confirmando lo ya expresado en la promesa de dote y asegurando el marqués que ya se habrían practicado las particiones de la legítima materna de sus hijos.

En la práctica, rara vez se entregaba la dote antes del matrimonio. Generalmente, hay primero una promesa de dote que se hace con los esponsales, y luego la carta de dote, en que consta la entrega efectiva de los bienes aportados. La promesa de dote no tiene mayores formalidades y ni siquiera es necesario que conste por escrito, ya que puede probarse con testigos, según aparece fallado varias veces<sup>1406</sup>. Cuando la promesa de dote se

---

<sup>1402</sup> ANRACH vol. 1087, p. 2a. (1776-1777).

<sup>1403</sup> Es muy interesante que se haga referencia al "Derecho de Gentes" y no al Derecho Natural, lo que nos muestra que las nuevas orientaciones que en materia de Derecho habían ido incorporando los Borbones iban dando fruto, para bien o para mal.

<sup>1404</sup> *Rec. Cast.* 5, 9, 6 que devino *Nov. Rec.* 10, 4, 6.

<sup>1405</sup> ANRACH vol. 1087, p. 4a.

<sup>1406</sup> Puedo señalar un interesante juicio seguido contra la testamentaria de doña Catalina de los Ríos y Lisperguer, la célebre Quintrala, en que la dote prometida por ella a una sobrina es probada testificalmente, lo que fue admitido por sentencia de 12 de octubre de 1669, confirmado por sentencia de vista de la Real Audiencia, de 15 de marzo de 1672, y por sentencia de revista de 12 de octubre del mismo año, ANRACH.

hace por escrito es posible que el novio exija seguridades que garanticen el cumplimiento de lo acordado. Así, hallamos que a veces exige fianzas<sup>1407</sup>; en otras ocasiones pide hipotecas<sup>1408</sup> y aun impone pena al prominente para el caso de incumplimiento. Por ejemplo, en una escritura de 1597 los promitentes se obligan a entregar los bienes dotales

“sin querer dever ni gozar de ningún plazo de alongam[ien]to so pena de el doblo y costas y la d[ic]ha pena pagada o no, que esta carta y lo en ella contenido firme sea y valga”;

en la misma oportunidad la mujer promitente, para mayor firmeza expresa:

“e yo la d[ic]ha maría gallego por ser muger rrenuncio las leyes de elbeliano<sup>1409</sup> y su ausilio y rremedio y a mayor abundam[ien]to juro por dios n[uest]ro s[eñor] de guardar y cumplir esta escritura segun y como en ella se c[ontien]e q[u]e para la hacer y otorgar no esido compulsa ni apremiada y que no pedire ausolucion ni rrelajacion de este juramento a n[uest]ro muy santo padre ni a prelado que me lo pueda conceder auto[riza]c[i]on aunque sea p[ar]a efecto de ser oyda en juizio y tantas y quantas vezes fuere aut[orizad]a tantos juramentos hare y uno mas en forma...”<sup>1410</sup>.

La referida promesa puede hacerse bajo modalidades<sup>1411</sup>. Compete entonces al marido una acción para pedir su integro, la *actio ex stipulatu pro dote*, que es de buena fe, o sea, que puede ser minorada o cercenada por el juez según le parezca justo<sup>1412</sup>. En caso de fijarse plazo para el cumplimiento de la promesa dotal, el término corre desde la celebración del matrimonio<sup>1413</sup>. El marido tiene hipoteca tácita sobre los bienes del que constituyó la dote hasta que ésta le sea entregada<sup>1414</sup>. Una vez entrado el marido en posesión de los bienes dotales, puede perseguirlos aun de manos de la mujer cuando haya cesado la vida marital<sup>1415</sup>.

En los documentos indianos suele hablarse de ciertas donaciones hechas por el marido a su mujer, a las que se da el nombre de *aumentos de dote*. La verdad es que no nos encontramos en presencia de dote sino de arras. Lo único que se obtiene con tal denominación es una prelación de la mujer para obtener su restitución, semejante a la que tiene para repetir la dote.

---

vol. 432, fs. 73 y 163. En el mismo sentido, hay sentencia en un juicio ventilado por 1667, ANRACH., vol. 983, fs. 124.

<sup>1407</sup> Como figura en escritura de 2 de marzo de 1596, E.S., vol. 11, fs. 120 v.

<sup>1408</sup> Como figura en escritura de 22 de marzo de 1673, E.S., vol. 215, fs. 103 v.

<sup>1409</sup> Senadoconsulto Velezano.

<sup>1410</sup> E.S., vol. 14, fs. 247 v. y 248.

<sup>1411</sup> *Partidas*. 4, 11, leyes 10, 11, 12, 13 y 30.

<sup>1412</sup> Santa María, *op. cit.*, en fs. 60.

<sup>1413</sup> *Partidas* 4, 11, 12.

<sup>1414</sup> *Partidas* 5, 13, 23.

<sup>1415</sup> Al haberse separado a causa de adulterio Jesús Villarroel de su marido Rafael Ruiz de Arbulu, éste obtuvo que se le entregaran diversos esclavos que ella se había llevado del hogar conyugal a pretexto de pertenecer a su dote: ANRACH vol. 2786, p. 3a. (1806-1807).



La constitución de la dote era materia de interés para toda la familia, si bien, por cierto, interesaba particularmente al padre<sup>1416</sup>. En una carta de 1804 se hace referencia a la preocupación de un hermano por juntar dinero, vendiendo diversas mercaderías, para contribuir con ello al fondo que debía de llevar su hermana como dote<sup>1417</sup>. Si bien encontramos dotes cuantiosas en los grupos más altos de la sociedad, no dejaba de haberlas, aunque modestas, en otros sectores sociales. En aquéllos implicaba un cierto seguro para el porvenir de la mujer una vez viuda<sup>1418</sup>; en éstos, la determinación del ajuar aportado con ocasión de las nupcias.

Son muchos los expedientes producidos en Chile que muestran demandas de maridos a los que se había prometido ciertas sumas en dote, que reclamaban judicialmente su adecuado entero. Por ejemplo, habiendo prometido el capitán Francisco de Peraza y su mujer Isabel de Espinosa a su yerno el capitán Diego del Castillo una dote ascendente a 22.000 pesos, mediante escritura de 26 de noviembre de 1666, no se cumplió íntegramente con ello. Como tal escritura gozaba de mérito ejecutivo, la Real Audiencia despachó mandamiento de ejecución en contra de los aludidos suegros en julio de 1671. Las incidencias judiciales fueron aclarando la situación de lo que resultó haberse enterado una buena parte de lo prometido<sup>1419</sup>.

(c) *Clases de dote.*

Siguiendo de cerca la praxis chilena, puedo clasificar las dotes en: a) estimadas e inestimadas; b) necesarias y voluntarias; c) muebles y raíces, y d) civiles y penales<sup>1420</sup>. Una

---

<sup>1416</sup> Recordemos que el primer suicidio que se conoce en Chile se debió a causa de dote: El escribano Juan Pinel había logrado reunir 5000 pesos de oro con los que pensaba regresar a España en 1547 a fin de dotar a sus hijas. Pedro de Valdivia, sin embargo, se incautó de estos bienes y se embarcó sorpresivamente para el Perú. Ello produjo tan fuerte impresión en Pinel que anduvo por algún tiempo "asombrado" y finalmente se colgó de una viga en su casa en 1550: Thayer, *op. cit.*, t. III, p. 90; C. Errázuriz, *Historia de Chile. Pedro de Valdivia*. Santiago: Imprenta Cervantes, 1912, t. II, cap. II; D. Amunátegui Solar, "El primer suicidio de Santiago" en *Personajes de la Colonia*. Santiago: Imprenta y Litografía Balcells & Co., 1925, pp. 7-35.

<sup>1417</sup> Cartas de Ramón de Andía y Varela a N. Cristi, Archivo Fondo Varios, vol. 699, p. 8a., en que se refiere a las mercaderías que debió vender para la dote de su hermana Chepita, Josefa de Andía y Varela. Para el matrimonio concertado entre Margarita de Meza y Zúñiga con Tomás de Herrera y Soto a 2 de julio de 1697, se ofreció al novio una dote de 2.927 pesos de a 8 reales, contribuyendo a integrar esta suma un medio solar que la hermana de la novia, Ana de Meza, dona para estos efectos: E. S. vol. 402, fs. 139. En testamento de 8 de octubre de 1697 Nicolasa Bravo de Luna, casada con el capitán Pedro de Lara, manifiesta que su tía Ana de Leiva le dio los bienes que aportó en dote: E. S. vol. 429, fs. 153. En el matrimonio concertado entre Andrés de Mendoza y Posada y María de Urueta y Hermúa, en 17 de septiembre de 1697, se ofreció una dote de 7.000 pesos, a la que contribuyeron la monja Eusebia de Hermúa con 1.000 pesos y Mariana de Hermúa, mujer del licenciado Juan de la Cerda, con otros mil: E.S. vol. 403, fs. 141. En el matrimonio entre María de Carvajal y Campofrío y Pedro Velásquez de Covarrubias y Lisperguer, se deja constancia a 5 de septiembre de 1698 que de los bienes recibidos en dote, 1.827 habían sido aportados por los generales Antonio y Melchor de Carvajal, tíos de la novia: E. S. vol. 428, fs. 18.

<sup>1418</sup> Un estudio relativo a México muestra que las dotes con la finalidad que señalamos en el texto habrían desaparecido en la práctica hacia fines del siglo XVIII: E. Couturier, "La mujer y la familia en México del siglo XVIII: legislación y práctica" en *Historias* no. 36 octubre 1995-marzo 1996, pp. 27-37.

<sup>1419</sup> ANRACH vol. 1994, p. 1a.

<sup>1420</sup> De las *Partidas*, se pueden deducir varias clasificaciones, algunas expresas, como la que distingue entre dotes profecticias y adventicias (4, 11, 30), y otras tácitas, que fueron desarrolladas por los glosadores. Se advertirá que no incluye en el texto alguna distinción expresa o tradicional; la razón es que muchas clasificaciones carecen de vigencia inmediata en Chile. Se llamaba adventicia a la dote que daba la mujer por sí

misma dote puede ser incluida en varias de estas clasificaciones al mismo tiempo, toda vez que los puntos de vista en que se fundan son diversos.

Se llama dote estimada a la que es tasada en el momento de la constitución e inestimada a la que no lo es. Esta clasificación tiene gran importancia porque, en ciertos casos, con el aprecio el marido se hace dueño de las cosas entregadas en dote, son de su cuenta el aumento o daño de las cosas y está obligado a restituir sólo su valor<sup>1421</sup>. No toda estimación de la dote transfiere el dominio, según se expresa claramente en el siguiente pasaje de un escrito de 1693:

“es menester distinguir apresios porque ay apresios de apresios. Ay apresios q[u]e transfieren dominio y ay apresios que no lo transfieren. *Los q[u]e le transfieren son aquellos q.e se basen en su Justa estimación y aviendo presedido pacto entre los contraientes de q[u]e por arbitros nombrados se estimasen las especies con el respeto a q[u]e se transfiriese el dominio en el marido;* pero en el caso q[u]e el apresio o la estimación se base solo para abaluar las especies dotales y hacer el computo de lo que importa la escritura dotal p[ar]a q[u]e el marido se obligue a volber las especies en el propio precio quién duda que este apresio no hace venta ni transfiere el dominio<sup>1422</sup>”.

En el mismo juicio la parte contraria acepta el distingo y hace presente que en el caso concreto

“el apresio se hizo con toda la formalidad conveniente para la constitución de la benta por terceros nombrados por ambas partes y juramentados y el marido se obligo a restituir la cantidad en que fueron apreciados los bienes dotales y no a restituir las especies como era necesario para que el aprecio no constituiese benta”<sup>1423</sup>.

De manera que, para que la estimación trajese consigo la venta de los bienes al marido y el cambio de su obligación de especie o cuerpo cierto a obligación de dinero, era menester que los bienes fueran avaluados por terceros y que constase que el marido se obligaba a volver a la mujer dinero y no los bienes mismos. En lo referente a los tasadores, solía dejarse constancia de quiénes eran éstos y si habían sido nombrados o no de común acuerdo<sup>1424</sup>

---

misma o su madre u otro pariente que no fuese ascendente, y profecticia a la otorgada por un ascendente: padre, abuelo "o de los otros parientes que suben por la línea derecha". De *Partidas* 4, 11, 11 se desprende la distinción entre dotes puras y simples y condicionales. Amén de la condición de celebrarse el matrimonio, ínsita en la promesa de dote, podían establecerse diversas otras: M. I. Seoane, "Una escritura del siglo XVIII sobre dote condicional" en *Revista de Historia del Derecho* no. 3, Buenos Aires: 1975, pp. 405-415.

<sup>1421</sup> A. de Villadiego, *Instrucción Política y Práctica Judicial* (Madrid, 1747), cap. 7, N° 11.

<sup>1422</sup> ANRACH., vol. 1727, p. 2ª, fs. 29 v.

<sup>1423</sup> ANRACH, vol 1727, p. 2ª, fs. 32. La distinción referida constituye una novedad respecto de la regulación de las Partidas, donde no se encuentra. Es un caso de integración a través de la Teoría, la cual, a su vez, encuentra su fuente en el Derecho Romano, *vid.* Jörs y Kunkel, *op. cit.* Ello demuestra con claridad, como lo da a entender el profesor García-Gallo, que el Derecho Indiano no puede estudiarse sólo en los textos legales, sino que se ha de recurrir a las demás fuentes del derecho para poder lograr un panorama completo del fenómeno jurídico americano. A. García Gallo, *Metodología de la Historia del Derecho Indiano*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 177.

<sup>1424</sup> E.g. E.S., vol. 5, fs. 96 (s. XVI) y E.S., vol. 900, fs. (s XVIII), por tomar sólo dos extremos.

En la dote estimada en que se produce venta, su constituyente está obligado a la evicción y saneamiento de las cosas entregadas, lo que, en una carta dotal de 1590, se expresa así:

“y nos obligamos a la evisión y saneam[ien]to del dicho pedaço de casa con su corral y del dicho pedaço de chacara y del dicho pedaço destançia en tal manera que por ningu[n]a persona vos sera pedido ni demandado diziendo perteneserles de fuero ni de dro ni por otra cabsa ni Razon que sea ni por uia de hipoteca enpeño y senso y q[uan]do tal suseda saldremos a la bos y defension del dho pleyto o pleytos y los seguiremos y feneceremos a n[uest]ra costa y minsion hasta os dexar en pas y en salvo con el d[ic]ho pedaço de casa y corral pedaço de dha casa y estançia lo que dello os saliere insierto lo cual haremos luego dentro de quarto dia que por v[uest]ra parte nos fuere fecho saber y aunque sea despues de la publicacion de las provanças y si sanear bos no pudieramos Vos bolveremos y Restituyremos los d[ic]hos ochocientos p[eso]s en que seavaluaron las d[ic]has posesiones en la cantidad de la cosa que así os saliere ynsierta con mas todas las costas daños labores y mejoram.os que obieredes tenido y fecho<sup>1425</sup>”.

No todos los novios o maridos, sin embargo, eran tan puntillosos como el que acabamos de conocer; los había también generosos, que renunciaban a la ley 16 del título 11 de la Partida 4ª, o sea, a pedir que se deshiciera el engaño que pudiera haberse producido al evaluar los bienes, aun cuanto tal engaño significara más de la mitad del justo precio de los bienes<sup>1426</sup>.

La apreciación de los bienes dotales originaba exageraciones que distorsionaban la cuantía de las mismas como se relata satíricamente en los siguientes versos:

"Verás que cuando proponen  
mujer para casamiento  
suelen ofrecer de dote  
catorce o quince mil pesos.  
Y después de celebrado  
se reducen a doscientos  
y si en la espalda no son  
puede quedar satisfecho.  
Se otorga carta dotal  
en la que apuntan por cierto  
un canapé y cuatro silla  
en mil y quinientos pesos.  
Una saya en otro tanto,  
un velador en cien pesos  
y una calesa *ab initio*  
aun es más que un coche nuevo.  
Verás en cuenta del dote  
medias y zapatos viejos  
y otros muebles inmuebles  
por los que se mueven pleitos.

---

<sup>1425</sup> E.S., vol. 5, fs. 189 a 189 v.

<sup>1426</sup> Escritura de 12 de noviembre de 1799, Archivo Notarial de Quillota, vol. 31, fs. 116 v.

Que arreglado a tasación,  
avalúo y justiprecio,  
asciende a la cantidad  
de los quince mil completos"<sup>1427</sup>.

En la dote inestimada, el marido debía restituir las mismas cosas que se le dieron<sup>1428</sup>; el aumento o disminución de su valor era de cuenta de la mujer, y si se venden los bienes dotales “se le ha de bolver a la muger lo que se compre con el tal dinero en propria especie”<sup>1429</sup>. Concretamente se dice en un escrito de 1803:

“si la mujer trajo dote al Matrimonio se ha de distinguir si el marido la recibió apreciada o no: si la recibió apreciada en tal caso sólo está obligado a pagar el Marido el valor en q[u]e la recibió, y si las especies q[u]e trajo la mujer al Matrimonio no las recibió el marido apreciadas, entonces el mayor aumento q[u]e les de el tiempo o disminucion zede empro o encontra de la mujer; y si con dinero de ella compro el Marido algun fundo expresando q[u]e es para su mujer, por haberlo hecho con dinero De ella, tambien zede en su veneficio el aumento y en su contra el deterioro porque las cosas perezen para su dueño”<sup>1430</sup>.

En esta clase de dote, sólo cabe obligación de saneamiento para el constituyente cuando así se ha pactado o cuando ha procedido de mala fe entregando cosas ajenas (P. 4, 11, 22).

La necesidad en que se encuentra el marido de restituir lo que se le dio en dote no apreciada trae una importante consecuencia para la enajenación de los bienes comprendidos en ella, y es que, de no intervenir autorización de la mujer, la disposición que haga el marido es nula. Es lo planteado en un juicio de 1693: el marido, que recibió una esclava como especie dotal no apreciada, la vendió sin autorización de su mujer; ésta demandó la nulidad de la compraventa expresando:

“resulta que al otorgamiento de la escritura de venta debio intervenir mi consentimiento para que tuviese valor y como quiera que este faltase, es sin duda que la venta fue nula”<sup>1431</sup>.

O sea, estos bienes siguen la misma regla, que ya se ha visto, sobre disposición de los bienes propios de la mujer por el marido.

Dote necesaria es la otorgada por los ascendientes paternos en la línea recta, quienes pueden ser compelidos por la fuerza a cumplir con este deber, en caso de negativa

---

<sup>1427</sup> Son versos de Terralla en el *Descanso Décimo de Lima por dentro y por fuera* que trae Vicuña Mackenna, *Historia crítica...* t. 2, p. 462.

<sup>1428</sup> Si los bienes son fungibles, deberá devolverse otros tantos de la misma especie, A. de Villadiego, *supra* nota 46, en cap. 7, N°15. Sobre el tema en Derecho Romano, A. Calonge, "Aestimatio Dotis" en *Anuario de Historia del Derecho Español* no. 35 (Madrid, 1965), pp. 41 y ss.

<sup>1429</sup> *Id.*, cap. 7, N°13.

<sup>1430</sup> ANRACH, vol. 222, fs. 89 v.

<sup>1431</sup> ANRACH., vol. 1787, p. 2a., fs. 1.

injustificada. El padre legítimo debe dotar a su hija, aunque ella tenga bienes propios<sup>1432</sup>. El abuelo y el bisabuelo son obligados a ello cuando la descendiente constituida en su poder carece de bienes propios (P. 4, 11, 8). En virtud de la Pragmática de 23 de marzo de 1776, perdía derecho a pedir la dote a sus padres o abuelos la mujer que, siendo menor, hubiese contraído matrimonio sin autorización de quienes debían concurrir con su asenso<sup>1433</sup>. Eran, por otra parte, necesarias, las dotes que las mujeres que quisiesen contraer matrimonio con oficiales del Ejército y Armada debían aportar. De acuerdo al *Reglamento del Montepío Militar* expedido a 20 de abril de 1761<sup>1434</sup> a que siguió una nueva regulación en 1796<sup>1435</sup>, las hidalgas que casasen con oficiales debían llevar una dote de 20.000 reales de vellón, en tanto que las del estado llano, una de 50.000. Sólo se permitía casar sin dote a las hijas de oficiales y ministros de guerra que hubieran contribuido a la formación del fondo de Montepío<sup>1436</sup>. El artículo 10 de dicho Reglamento preceptuaba que todas las autorizaciones

---

<sup>1432</sup> En ms. 1190 de 1714 custodiado en la Biblioteca Nacional de México, en la obra anónima intitulada *Tractatu de contractu dotalis et societate bonorum inter coniuges inita* se lee: "*dotem tenetur pater dare filiae (si promisit ei) si alicui nupsit, co inito, etiam ante 25 annum. Et ad dandum dotem est compellendus. Et etiam si non pomissit dotem se daturum p. 651 v. de Speculum coniugiorum de fr. Alonso de la Veracruz*. En teoría, se discutía si los padres estaban obligados a dotar a sus hijas naturales. Pará algunos, no correspondía por carecer el padre de la patria potestad. Para otros, en cambio, era imperativo, por ser la obligación de dotar una consecuencia de la de darle alimentos. En la práctica, algunos padres naturales preferían hacer una donación a sus hijas, antes que concurrir directamente con una dote, como aparece en Archivo Notarial de Valparaíso, vol. 1, p. 239 v. (13 de octubre de 1688). En tales casos, la propia hija aportaba la dote a su matrimonio.

<sup>1433</sup> G. Vial, *Aplicación en Chile de la Pragmática sobre Matrimonio de los Hijos de Familia*, 6 R.CH.H.D. 357. No dejaba de tener importancia esta sanción, pues en algunos casos era obligatoria la dote: las mujeres nobles que quisieran casarse con militares debían llevar 20.000 reales de vellón de dote y las del estado llano, 50.000 en virtud de una Real Orden de 20 de enero de 1763, que se remite a otra de 30 de octubre de 1760. Si la dote estaba constituida por tierras, casas, censos u otras cosas, debía hacerse constar su depósito previo. En el Apéndice N°5 a la *Real Declaración de su Magestad, de 17 de junio de 1773, sobre el método de observancia uniforme con que debe cumplirse en los dominios de América. lo dispuesto en el Reglamento del Montepío militar expedido por su Magestad en 20 de abril de 1761*. Madrid: Juan de San Martín, 1773.

<sup>1434</sup> En sus 22 artículos se daban normas sobre quiénes serían las personas afectas al sistema, los descuentos a que estarían sometidas, las pensiones de que gozarían las viudas y huérfanos y las normas relativas a licencias para contraer matrimonio: Colón, *op. cit.*, T. I 1a. ed., p. 355. Las justificaciones para casar los oficiales debían de enviarse, además de al Supremo Consejo de Guerra, al Director del Montepío: "...en la propia conformidad se han de dirigir también las justificaciones que está prevenido deben presentarse en solicitud de la pensión en el Montepío Militar, y por artículo 11 de la Instrucción de 1o. de febrero de 1763 mandó S.M. se remitiesen al Director de él y lo mismo las demás instancias y recursos que se ofrezcan en Indias, por lo tocante al citado Montepío Militar; en inteligencia que la correspondencia de quanto ocurre sobre relativos á lo económico y gubernativo del referido Monte, se ha de seguir con el Director de él, consiguiente a lo dispuesto en el artículo 6 del capítulo 1, fol. 18 del Reglamento": Colón, *op. cit.*, T. I 1a. ed., pp. 355-356 en nota.

<sup>1435</sup> Moles, *op. cit.*, p. 104.

<sup>1436</sup> Artículo 4o. del Reglamento en Archivo de la Real Academia de la Historia (Madrid), Colección Mata Linares vol. LXXIX, fs. 747 v. Las solicitudes debían ir acompañadas "de la efectiva y real existencia del dote que correspondiese a su clase". La calidad social de los provenientes de reinos no peninsulares debía justificarse "con documentos igualmente válidos de las respectivas Audiencias, Chancillerías y Tribunales de donde fueren naturales u oriundas". No valían certificaciones de particulares por muy graduados que fueran. Para las hijas de oficiales, bastaba con acompañar copia auténtica de la Real Patente del último empleo que hubiese tenido su padre: artículo 5o. de este Reglamento. Según el artículo siguiente, las oriundas de otros reinos justificarían su calidad con despacho de los tribunales, senados o parlamentos del reino o provincia de donde provinieran. Conforme al artículo 7o., los documentos se entregaban al superior inmediato, quien

para contraer matrimonio debían ser examinadas por una Junta integrada por el Consejo Supremo de Guerra y el Director y Gobernador del Montepío, quienes "reconozcan y examinen rigurosamente su legitimidad y nos consulte después con su dictamen para nuestra Real determinación..."<sup>1437</sup>. En caso de ser autorizado el matrimonio y la dote resultara fingida, había diversa sanción según si el oficial conociese la situación y hubiese participado en ella o si no hubiesen ocurrido estos extremos. En la primera circunstancia, en que el oficial se hubiese obligado a restituir los bienes después de efectuado el matrimonio, se lo sancionaba con pérdida del cargo, privándose a la mujer e hijos a las pensiones del Montepío. En la otra posibilidad, los bienes pasaban al oficial de buena fe y a sus hijos y herederos<sup>1438</sup>.

Dote voluntaria es la que da la mujer, algún pariente que no sea ascendiente paterno en línea recta o algún extraño. La mujer menor de 25 años no puede entregar bienes raíces en dote sin autorización judicial; respecto de los muebles, sólo requiere aquiescencia de su curador<sup>1439</sup>.

La distinción entre dote mueble y dote raíz posee bastante relevancia y aparece en documentos de aplicación práctica<sup>1440</sup>. Su consecuencia jurídica más sobresaliente es que la dote consistente en bienes raíces debe ser restituida a la mujer o a sus herederos inmediatamente que se produce la disolución del matrimonio, en tanto que para la dote mueble existe el plazo de un año desde dicha disolución<sup>1441</sup>. Además, como se ha visto, la mujer menor de 25 años requiere autorización judicial para dar dote raíz.

Las dotes que he señalado son meramente civiles. Pero también hay dotes penales: cuando a determinados delincuentes (violadores, estupradores, raptos, etc.), se les impone a título de pena la obligación de dotar a sus víctimas. En estos casos normalmente se fija una pena alternativa: o el matrimonio del hechor con la agraviada o su dotación conveniente, fijada por el juez. Es claro que la mujer podía destinar esta dote para casarse o no, según su voluntad. La solución penal apuntada la he encontrado en algún caso chileno<sup>1442</sup>, ella, al decir de Tomás y Valiente, era corriente en España<sup>1443</sup>.

En la práctica jurídica de Chile la dote cuantiosa es corriente entre los grupos adinerados. En algunos distritos del reino implicó un factor destacable en el cambio de tenencia de la tierra, pues los padres solían entregar importantes extensiones con ocasión del matrimonio de sus hijas: sería el caso, por ejemplo, de la parroquia de San Antonio de

---

debía de emitir un dictamen que se alzaba al Secretario de Estado y del Despacho de Guerra y de ahí pasaba "a las reales manos".

<sup>1437</sup> Archivo de la Real Academia de la Historia, Colección Mata Linares vol LXXIX, fs. 749.

<sup>1438</sup> Colón, *op. cit.*, T. IV, p. 83.

<sup>1439</sup> *Partidas* 4, 11, 14

<sup>1440</sup> ANRACH, vol. 215, fs. 69. Se trata de un juicio iniciado el 24 de febrero de 1684.

<sup>1441</sup> *Partidas* 4, 11, 31. Generalmente renuncia el novio o marido al plazo de un año para restituir los bienes muebles.

<sup>1442</sup> Se trata de una querrela interpuesta por Bárbara Galaín contra Juan José Manso, que se ventiló entre 1790 y 1803. El fue condenado a la pena alternativa de casarse con la estuprada o dotarla con \$ 3.000, ANRACH, vol. 417, fs. 161.

<sup>1443</sup> F. Tomás y Valiente, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta* (Madrid: Editorial Tecnos, 1969), p. 83.

Mar o Barraza, cerca de La Serena<sup>1444</sup>. Algo similar se observa en la rica región de Colchagua, donde las aportaciones matrimoniales permitieron la constitución de extensos latifundios<sup>1445</sup>. Para los elementos sociales no adinerados la dote implicaba fundamentalmente aportación de vestuario y modesto mobiliario<sup>1446</sup>.

(d) *Restitución de la dote*

El Derecho Romano más antiguo, la dote pasaba ser propiedad del marido; pero desde que se hicieron frecuentes los divorcios, se pensó en la manera de asegurar su devolución. Al efecto, se utilizaba una *cautio* o *stipulatio rei uxoriae* por la que el marido se comprometía a la restitución: de ahí la existencia de una *actio ex stipulatu*, creando más tarde el pretor una *actio rei uxoriae*<sup>1447</sup>. Esta última desapareció con Justiniano, quien daba siempre por supuesta una *stipulatio* lo que permitía el uso de la *actio ex stipulatu actio de dote*. En el Derecho Común y tal como la dote pasó a Indias, era, en definitiva, un patrimonio de la mujer, y por lo tanto, debía serle entregada a ella o a sus herederos a la disolución del matrimonio en especie (dote inestimada) o en el valor apreciado (en la dote que podríamos llamar estimada propiamente tal), salvo que la mujer haya cometido adulterio<sup>1448</sup>. La dote se deduce del cuerpo común de bienes, junto con las demás deudas que haya tenido el difunto<sup>1449</sup>.

En los textos de constitución de dote se deja siempre en claro esta obligación de restitución que pesa sobre el marido; a veces se dice que los bienes dotales los tiene él como “precario poseedor”<sup>1450</sup>. La cláusula de una carta dotal de 1595 que copio a continuación corrobora lo que dejo dicho:

“[Q]ue todo lo que así e Rescivido segun y de la manera que esta declarado suma y monta once mill y doscientos y veinte y siete p[eso]s ... de buen oro de contrato de 20 q[uilate]s y medio toda la qual d[ic]ha cantidad quiero y es mi boluntad que la d[ic]ha mi muger la aya y tenga sobretodos mis bienes muebles y Rayçes y semobientes que agora tengo y tubiere de aqui adelante en lo mejor y mas bien parado dellos donde la d[ic]ha mi muger los quisiere haver y tener y señalar y meobligo de no los disipar ni

---

<sup>1444</sup> S. Peña Alvarez, *La Parroquia de San Antonio del Mar, Barraza (1680-1824). Historia religiosa, social y económica de una jurisdicción eclesiástica del valle del Limarí, Norte Chico, Chile*. La Serena: Imprenta Sudamericana, 1994), p. 53, 56, 57.

<sup>1445</sup> C. Celis Atria, "Origen de la propiedad rural en Colchagua. Mercedes de tierras entre los ríos Cachapoal-Rapel y teno-Mataquito 1575-1706" en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia*, no. 97, Santiago:1986, en especial, páginas 271 y ss.

<sup>1446</sup> Salinas Meza, "Lo público...", p. 49, quien ejemplifica con citas documentales. Interesa también C. Policzer Boiser, "El matrimonio, la dote y el testamento: un estudio del poder económico de la mujer colonial en el siglo XVIII" en *Revista de Historia Social y de las Mentalidades. Sociabilidad y vida cotidiana en el Chile tradicional*. Año III, no. 3 Santiago: Departamento de Historia Universidad de Santiago de Chile, Invierno 1999, pp. 117-135, en que se dan diversos datos sobre mujeres de Quillota e Illapel.

<sup>1447</sup> J. Arias Ramos y J. A. Arias Bonet, *Derecho Romano* 7a. ed., t. II Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1997, pp. 766-767.

<sup>1448</sup> P. 4, 11, 23.

<sup>1449</sup> Así aparece en las particiones: v. g. en instrumentos de 5 de marzo de 1729 (E. 5., vol. 900, fs. 340) y de 4 de enero de 1745 (E. 5., vol. 554, fs. 134).

<sup>1450</sup> Carta dotal de 24 de febrero de 1684, R. A., vol. 215, fs. 68 v.

enagenar ni obligar a mis propias deudas crímenes ni excesos ni a otra cosa alguna que. sea antes los terne *de manifesto* y *deposito* bien labrados y salvados como tales bienes dotales y me obligo de dar y pagar a la d[ic]ha mi esposa o muger o a sus herederos y sucesores o quien por ella lo obiere de haver los d.hos once mil y doscientos y beynte y siete p[eso]s ... de la d[ic]ha docte y donacion que asi e Rescivido cada y quando y en qualquier tiempo quel matrimonio entrella y mi fuere disuelto y departido por muerte o por diborcio o por cualquier otro caso que el d[e]r[ech]o permite por que se apartan y separan y disuelben los matrimonios y se deven entregar los tales dotes luego de presente sin ningún plaço ni delaçión ni el año q[u]e el d[e]r[ech]o me concede<sup>1451</sup>”.

La fórmula transcrita se repite en lo esencial en todas las cartas dotales chilenas. A veces, el marido ha de garantizar la restitución de la dote estableciendo una pena para el caso de incumplimiento<sup>1452</sup>.

Usando de la autonomía de la voluntad, podía el constituyente ordenar que, por muerte de la mujer, no pasaran los bienes dotales a los herederos de ella. En una promesa dotal de 1663, por ejemplo, se dispone que, por principio de troncalidad, vuelvan al constituyente o a; sus sucesores<sup>1453</sup>.

Cuando el marido había invertido los bienes dotales en la causa del rey, se entendía que se había producido una subrogación por lo que la Real Hacienda estaba obligada a restituir a la mujer el monto respectivo. Es lo que argumentó la viuda de Pedro de Valdivia, Marina Ortiz de Gaete, quien siguió juicio con los oficiales reales

"[S]obre tres mil pesos de dote que truxe al tiempo que me casé con don Pedro de Valdivia, por haberlos gastado el susodicho en servicio del Rey en este reino y en el del Pirú: dejó ordenado y mandado en su testamento, debajo de cuya disposición murió, se cobrasen de S. M. y de su Real Hacienda, con tra mucha más cuantía, y de lo que se cobrase se me pagasen los dichos tres mil pesos para en cuenta de mi dote, y delo tengo una sentencia dada en mi favor por la Real Audiencia que residió en la ciudad de la Concepción de este reino, y al presente está pendiente en la Real Audiencia de la ciudad de los Reyes"<sup>1454</sup>.

La restitución de los bienes dotales puede adelantarse cuando el marido es pródigo o se arruina por su culpa<sup>1455</sup>, lo cual es procedente tanto en la dote estimada como en la inestimada; dice al efecto un pasaje en un escrito del siglo XVIII:

“[Q]uando el marido biene a ynopia rebibe el dominio de la mujer sin embargo del apresio que constituyo la benta”<sup>1456</sup>.

---

<sup>1451</sup> E. S., vol. 9, fs. 182.

<sup>1452</sup> En escritura de 7 de noviembre de 1589 el marido se obliga, para el caso de no devolver los bienes recibidos, a pagar el doble y las costas, E. S., vol. 5, fs. 18 v.

<sup>1453</sup> En un caso en que la abuela materna de la desposada aporta los bienes dotales. Estipula que si la nieta fallece sin descendencia “todo lo que assi le doy por razón no a otra persona aunque sea necesario o voluntario heredero de la dicha doña Ana Theresa de la Zerda”, ANRACH, vol. 215, fs. 67.

<sup>1454</sup> En Medina, *Diccionario...*, p. 622.

<sup>1455</sup> *Partidas*. 4, 11, 29.

<sup>1456</sup> ANRACH, vol. 1727, p. 2a., fs. 19.



En igual caso puede la mujer impetrar medidas conservativas como el nombramiento de un fiador que garantice la restitución o el depósito de los bienes dotales<sup>1457</sup>.

Se consideraba suficiente causal para la devolución de los bienes dotales la no contribución del marido al mantenimiento del hogar. En un juicio iniciado en 1735 en Colchagua, María de Soto obtuvo que se retiraran del domicilio de su marido, Antonio Rodríguez, diversos bienes correspondientes a su dote, lo que se llevó a efecto no obstante las alegaciones de éste en cuanto a que no había entre él y su mujer sentencia de nulidad de matrimonio o de divorcio<sup>1458</sup>.

La acción para la repetición de los bienes dotales la llamaban los autores *actio ex-stipulatu pro dote* siguiendo la terminología romana<sup>1459</sup> y, como se ve, tenía el mismo nombre que la que competía al marido para exigir el cumplimiento de la dote prometida.

Sobre el poder que se requería para fines de recuperar los bienes dotales un tratado de Derecho Procesal bajomedieval expresa:

*"Item quo modo factum procurator et quando non, aut procurator est specialis et tunc si fines mandanti excedat non nocet, aut est generalis et tunc indistincte nocet, Extra, ut litis non contestata, capitulo 1 in glosa per Hostiensem. Item uxori competit actio ad recuperandum dotem suam quando maritus vergit ad inopiam et no habet facultates sufficientes ad dotem reddendam, Digesto, soluto matrimonio, lege Si constante"*<sup>1460</sup>.

Muchas veces, al morir el marido, los bienes dotales y gananciales se confundían con los demás de la herencia. Como una salvaguarda de sus derechos la mujer solía solicitar que se practicara un inventario, de modo que se distinguieran los dotales de los demás. Tal hizo en 1734 Francisca Ramón, viuda de Joseph Martínez, en los bienes del que había sido albacea de su marido<sup>1461</sup>.

La obligación de restituir que pesa sobre el marido acarrea una hipoteca general, tácita y legal sobre todos sus bienes. Se otorga a la mujer un derecho de prelación o hipoteca privilegiada para evitar daños en su patrimonio; en su virtud, prefiere ella a todos los acreedores del marido, aun anteriores a la constitución de la dote, salvo los que tengan hipoteca expresa especial o general; prefiere a los posteriores aunque tengan hipoteca general expresa y aun llega a preferir al Fisco<sup>1462</sup>. En caso de conflicto para cubrir dos dotes

---

<sup>1457</sup> Este derecho puede intentarlo la mujer respecto del marido o de sus herederos, cuando ya ha fallecido, como ocurre en la acción intentada por la marquesa viuda de Piedrablanca de Guana, doña Mariana de Argandoña, por 1775, para obtener la separación de sus bienes dotales respecto de los vinculados al marquesado, ANRACH, vol. 371.

<sup>1458</sup> ANRACH vol. 1198, p. 1a. (1733-1735).

<sup>1459</sup> Santa María, *op. cit.*, en fs. 60. Referencia a esta acción hay en C. García Gallo Peñuela. *El Promptuario de Acciones del Derecho Indiano de José Lebrón*, 6. R.CH.H.D. 253.

<sup>1460</sup> "Ordo Iudicarius "Iudex debet citare"" en A. Pérez Martín, *El Derecho Procesal del "Ius Commune" en España*. Murcia: Instituto de Derecho Común Europeo, 1999, Apéndice IV, p. 227.

<sup>1461</sup> ANRACH vol. 1178, p. 2a. (1734-1739).

<sup>1462</sup> Santa María, *op. cit.*, fs. 101; Hevia Bolaños, *Curia...*, en Lib. 2, cap. 12, N°32 y J. M. Domínguez Vicente, *Ilustración y continuación a la Curia Filípica*. Madrid: Imprenta de don Gerónimo Ortega e hijos e Ibarra, 1790, Lib. 2, cap. 3, N° 26. La mujer, pues, era preferida por su dote respecto de: 1. todos los acreedores hipotecarios anteriores que tuviese el marido, mas no respecto de los que gozaran de hipoteca expresa o convencional, general o especial; 2. todos los acreedores posteriores del marido, aunque tuvieran hipoteca

(por ejemplo, cuando fallece un individuo casado dos veces, que recibió dote en ambas oportunidades), prefiere la de título más antiguo <sup>1463</sup>. Se consideraban justificantes de estos derechos de la mujer

"las grandes cargas matrimoniales que sufren y son: el obsequio y reverencia al marido, el peligro de los partos, el cuidado, procreación y crianza de los hijos, el gobierno de su casa, la conservación y aumento de sus bienes y otras; y porque no estén indotadas, pues conviene a la república que se casen para el aumento de la población..."<sup>1464</sup>

El ocultamiento de bienes dotales para evitar su restitución puede acarrear graves inconvenientes al hechor, según se desprende del siguiente juicio de 1660: la abuela y heredera de la cónyuge fallecida interpuso demanda civil y criminal contra el consorte supérstite por ocultación de algunos bienes dotales; tras varias averiguaciones, se despachó mandamiento de prisión contra el ocultador y más tarde se le condenó al pago del valor de los bienes ocultos más una multa de cien pesos, debiendo permanecer en la cárcel hasta el entero de ambas cantidades. La pena fue cumplida inflexiblemente, no obstante los recursos entablados <sup>1465</sup>.

La restitución de la dote cabía incluso frente al embargo de bienes por parte de los tribunales, y aun del de la Inquisición. En un caso célebre, -el relativo al bachiller Francisco Maldonado de Silva, que en definitiva fue condenado a morir quemado vivo por judaizante recalcitrante-, su mujer, Isabel Otáñez, pidió se le restituyese su dote, la que se había constituido con 576 pesos que le había donado el oidor Cristóbal de la Cerda, que la había criado, y 1.800 de que le había hecho gracia su marido para que fueran imputados igualmente a la dote <sup>1466</sup>. Se hizo cuestión sobre si la donación de 1.800 pesos hubiera sido real, pues se afirmaba que Maldonado no habría tenido bienes suficientes para hacerla. Por ello, el Santo Oficio reconoció su derecho, pero, sólo por la suma no discutida, esto es, 576 pesos:

"Auto: En la ciudad de los Reyes, a diez y ocho días del mes de Septiembre del año de mil y seiscientos y cuarenta: el señor Inquisidor Licenciado Andrés Juangaitán, juez de bienes Confiscados, estando en su audiencia de la mañana, habiendo visto estos autos de Francisco Maldonado de Silva, relajado, en persona en el artículo de lo pedido por el Receptor General de este Santo Oficio y lo que el contador de él dice por su ajustamiento de la foja antes de esta y la carta de dote que tiene presentada por doña Isabel de Otáñez su mujer, mando que se despache comisión para que el Comisario de este Santo Oficio de la ciudad de Santiago de Chile, venda en almoneda

---

general expresa; 3. el Fisco cuando el crédito de éste fuera del mismo tiempo que la dote, a menos que él ya estuviera en posesión de los bienes del deudor, pues en tal caso el preferido resultaba ser el Fisco y no la mujer; 4. los acreedores hipotecarios posteriores simples, ya que la mujer debía anticiparse en el pago. Aplicábase básicamente *Partidas* 5, 13, 33. El privilegio de tácita hipoteca se transmitía a los herederos de la mujer, incluso terceros, pero el privilegio de preferencia en el pago -prelación- en perjuicio de los demás acreedores hipotecarios, sólo pasaba a sus hijos y herederos legítimos y no a terceros.

<sup>1463</sup> Es la solución dada en ANRACH vol. 222, fs. 91 v.

<sup>1464</sup> E. de Tapia, *Febrero Novísimo*. París: Librería de Rosa Bouret, 1861, lib. I, tit. II, cap. IV, p. 50.

<sup>1465</sup> ANRACH vol. 657, p. 3ª, fs. 95 y 167..

<sup>1466</sup> Transcribo más abajo, al referirme a las arras, los aspectos pertinentes de la promesa de donación extendida en Santiago a 3 de septiembre de 1622, Fondo Varios vol. 268, fs. 13.

pública los bienes muebles y raíces del dicho Francisco Maldonado de Silva, y de lo procedido de ellos y de la plata que tiene en su poder por sus bienes, entere a la dicha doña Isabel de Otáñez su mujer, trescientos setenta y seis pesos de a ocho reales que con doscientos pesos de a ocho que tiene recibidos en virtud de los recaudos que para ello se le pagaron está de [sic] quinientos y setenta y seis pesos que llevó efectivamente de dote, a poder del dicho su marido, y lo que obrase el dicho Comisario lo remita este Santo Oficio con los autos originales..."<sup>1467</sup>.

El derecho de la mujer para la restitución de su dote resultó providencial para muchas durante la restauración absolutista -entre 1814 y 1817-, pues al través de ese arbitrio pudieron impedir la total absorción de los bienes familiares por obra de la confiscación que operaba respecto de sus maridos, tildados de insurgentes. Al respecto, son muy interesantes los dictámenes del jurista chileno y oidor que oficiaba de Fiscal, doctor José Antonio Rodríguez Aldea quien, no obstante su posición realista, favoreció sin tapujos la situación de numerosas matronas. Al referirse en 1815 a la petición de Silvestra Ordenes, casada con el prófugo Gregorio Aravena, sobre restitución de su dote y mitad de gananciales, decía:

"...[S]on terminantes las disposiciones de derecho en orden a que la mujer no pierda su dote ni bienes gananciales por delito del marido..."<sup>1468</sup>.

El mismo, en igual año, dio curso a la petición de Antonia Villota y Pérez de Cotapos respecto de la dote de 11.191 aportada en su matrimonio con Mariano Asta Buruaga aunque no se hubiese probado legalmente la misma

"[P]ues siendo demasiado público en esta ciudad que sus hermanos lo han tenido igual o mayor, se deben desembargar y entregar a la esposa los bienes o dineros que cubran aquella cantidad..."<sup>1469</sup>.

Igual criterio favorable a la restitución le hizo acoger la solicitud de Teresa Larraín, casada con el ferviente patriota Agustín de Eyzaguirre en colisión con los intereses del Fisco, caso en el que hace interesantes disquisiciones sobre el aumento de dote y las oportunidades en que podía hacerse:

"...[Q]ue con lo fundado por la recurrente en el suyo de fs. 42, con las particiones de fs. 23 v. y con la carta dotal de fs. 35 ha justificado la plenitud de su crédito y con preferencia a las acciones que pudiera tener el Fisco sobre los bienes del dicho Don Agustín. Conforme a la ley 1, tít. 11 de la Partida Cuarta, las dotes pueden hacerse antes o durante el matrimonio, no obstante el que la escritura se otorgue mucho después de consumado el matrimonio. El aumento de la dote por el marido puede hacerse igualmente en cualquier tiempo y también en este mismo aumento goza la mujer de los indicados privilegios; pero es tan pródiga la ley y el Soberano a beneficio de las mujeres, que la ley 2a. tít. 2o. Partida Séptima, después de condenar a los delincuentes de alta traición en la pena de confiscación de sus bienes, exceptiona expresamente la dote privilegiada de la mujer y aun otras dependencias y enajenaciones hasta la declaración de aquella delincuencia: Don Agustín Eyzaguirre

---

<sup>1467</sup> Transcripción del expediente en G. Böhm, *Historia de los Judíos en Chile*. vol. I *Período Colonial. El bachiller Francisco Maldonado de Silva 1592-1639*. Santiago: Editorial Andrés Bello, 1984, p. 257.

<sup>1468</sup> Archivo Nacional Fondo Varios vol. 841, fs. 6.

<sup>1469</sup> Archivo Nacional Fondo Varios vol. 841, fs. 8 v.

no se halla comprendido en este caso; su causa está pendiente y cualquiera decisión no puede obrar contra los privilegiados derechos de Doña Teresa..."<sup>1470</sup>.

También fue favorecida María del Rosario Larraín, mujer de Juan Enrique Rosales, integrante de la Primera Junta Nacional de Gobierno, respecto de los bienes de su dote a cuya restitución se accedió

"no pudiendo dudarse de los derechos preferentes de la interesada..."<sup>1471</sup>.

Otra patricia favorecida fue Mercedes Contador, mujer de Antonio de Hermida. Estando arrendada una chacra de su marido, pidió que de la renta se le reservara cierto interés hasta el reintegro de su dote que, en su opinión había sido mal apreciada. El Fiscal opinó que debía resarcírsele por los daños que hubiera padecido<sup>1472</sup>, entendiéndose lo mismo respecto de los parafernales de acuerdo a la ley siguiente de igual título y partida. Se le reconoció, pues, derecho a los intereses de un 5% por sobre un principal de 25.386 pesos<sup>1473</sup>.

Por último, dentro de esta ejemplificación del uso que en esa época se dio a los privilegios dotales, sépase que Josefa Vicuña, casada con el insigne patriota Juan Mackenna, pidió que se reconociera su derecho a la dote, otorgada en 1809, ascendente a 14.300 pesos, integrada por el valor de una casa, numerario, unas cortas alhajas, incluyéndose 2.000 pesos de arras. El Fiscal accedió a que se suspendiese el depósito de los bienes del marido hasta concurrencia de los 14.300 pesos señalados<sup>1474</sup>.

No obstante la obligación que pesa sobre el marido de restituir la dote a los herederos de la mujer tras el fallecimiento de ésta, en algunos casos, se permitía que aquél, siendo extremadamente pobre, continuara en posesión de los bienes en carácter de alimentos proporcionados por los hijos, sin perjuicio de que, si mejoraba de condición económica, cumpliera con su obligación jurídica. Así se da en Talca en 1807 en un juicio por el que Juan Antonio Azócar, a nombre de su mujer, pretende que su suegro, Santiago López, restituya a ésta la dote aportada por su suegra, consistente en dos esclavas y una corta porción de tierras. Sometido el proceso al dictamen del asesor letrado, José Gregorio de Argomedo, determinó que debía ser alimentado por su hija en atención a su extrema pobreza<sup>1475</sup>, mas cuando obtuviese mejor fortuna, podría ésta repetir por los bienes maternos en que se creyese insoluta, lo que fue acogido por el subdelegado que oficiaba de juez<sup>1476</sup>.

---

<sup>1470</sup> Archivo Nacional Fondo Varios vol. 841, fs. 44 v.

<sup>1471</sup> Archivo Nacional Fondo Varios vol. 841, fs. 57-57 v.

<sup>1472</sup> Tomaba en consideración *Partidas* 4, 11, 16.

<sup>1473</sup> Archivo Nacional Fondo Varios vol. 841, fs. 73 v.-74.

<sup>1474</sup> Archivo Nacional Fondo Varios vol. 841, fs. 96-96 v.

<sup>1475</sup> De acuerdo a *Partidas* 4, 19, 2, tomaba en cuenta las obligaciones recíprocas de alimento que ligaban a padres e hijos.

<sup>1476</sup> ANRACH vol. 1306, p. 4a. (1807).

(e) *Bienes parafernales*

Habiendo dote, cualesquiera bienes que la mujer aporte al matrimonio o que adquiriera durante su vigencia a título gratuito reciben el nombre de parafernales o, lo que es lo mismo, bienes extradotales<sup>1477</sup>.

Este tipo de bienes es regulado en las Siete Partidas donde se le asigna un relieve mayor que el que tuvo prácticamente; en efecto, en aquel Código se contemplaba la posibilidad que la mujer administrara tales bienes personalmente o los entregara al marido. En este último caso, gozaba la mujer de hipoteca tácita para asegurar su devolución. Sin embargo, al conjugarse esta norma con la de la sociedad conyugal, resultó que la mujer carecía de posibilidad de administrar lo suyo mientras permaneciera casada, salvo que el marido la autorizara<sup>1478</sup>. Se hacía, pues, ilusoria la regla del Rey Sabio. Como bien dice Domínguez Vicente, el dominio de los parafernales es de la mujer, pero su administración corresponde al marido<sup>1479</sup>. Quizás por esta razón no haya sido corriente su invocación en Chile, ya que, en los muchos expedientes y escrituras de los siglos XVI, XVII, XVIII y comienzos del XIX que he manejado, sólo encontré una referencia a ellos de carácter mas bien accidental.

Los frutos de estos bienes, como ya lo he expresado, eran comunes.

La mujer goza de hipoteca tácita sobre los bienes del marido, en garantía de la devolución de los parafernales. Uno de los pocos casos de utilidad de la condición de parafernales de ciertos bienes es el siguiente. Producido el movimiento independentista, numerosos bienes fueron secuestrados a los partidarios del rey<sup>1480</sup>. En ese caso se encontraron los del cirujano del ejército realista Juan Campos, a quien, por haber huido de Chile, se le secuestró la hacienda El Manzano sita en Itata, en la jurisdicción de Concepción. Fallecido, su viuda, Petronila Montega, solicitó la devolución de la hacienda aduciendo que había sido adquirida por herencia de sus padres antes de su matrimonio y que la había aportado al matrimonio en calidad de parafernales. Alegaba que ni ella ni su marido habían hecho traición a la patria ya que éste tenía que cumplir con su obligación de médico y, por consiguiente, marchar con el ejército al que servía. Con informes favorables

---

<sup>1477</sup> *Partidas*. 4, 11, 17.

<sup>1478</sup> Decía la Ley 55 de Toro que "la muger durante el matrimonio syn licencia de su marido como no puede hazer contrato alguno, asy mismo no se puede apartar ni desister de ningun contrato que a ella toque, ni dar por quito a nadie dél; ni pueda hazer casi contrato, ni estar en juyzio faziendo ni defendiendo syn la dicha licencia de su marido; e sy estoviere por sy o por su procurador, mandamos que no vala lo que fiziere". Es *Rec. Cast.* 5, 3, 2 y *Nov. Rec.* 10, 1, 11.

<sup>1479</sup> Domínguez Vicente, *op. cit.*, en p. 123.

<sup>1480</sup> Lo propio hicieron los realistas durante la restauración absolutista. Bajo el gobierno de O'Higgins, con fecha 19 de febrero de 1817, se dictó el primer bando que reguló los secuestros, creándose al efecto una Comisión Central de Secuestros, integrada por Juan Francisco León de la Barra, Juan Laviña y José Manuel Astorga.. A 24 de febrero del mismo año, a solicitud de la referida Comisión, se crearon Juntas de Secuestros en las principales ciudades del país: O. Dávila Campusano, *El secuestro de bienes en la Independencia de Chile*, Santiago, memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, ms, Santiago, 1988, p. 77.

del gobernador y de las Comisiones de Hacienda y de Secuestros, se terminó acogiendo la solicitud de la peticionaria<sup>1481</sup>.

(f) *Dote mapuche.*

Entre los mapuches existía, como hemos relatado en otro lugar, la compra de la mujer. El cronista del siglo XVII Alonso de Ovalle califica de dote la aportación que el marido ha de hacer en estos casos. Según él ella pasaba *in solidum* a los padres de la novia

"por manera que el novio queda con cargo de sustentarla sin haberse mejorado de hacienda, antes habiendo dado de la suya al suegro"<sup>1482</sup>.

Como se ve, utiliza para conceptualizarla los criterios de la dote castellana, pareciéndole un desatino que alguien se haga cargo de una mujer sin recibir alguna contribución económica al sustento común.

(g) *La dote y los bienes parafernales tras la codificación.*

La dote para Andrés Bello es una especie de donación, inscrita entre las llamadas "donaciones por causa de matrimonio". En éstas se incluían, además, las donaciones esponsalicias, las arras y cualesquiera otras que tuviesen por causa el matrimonio. Más que ocuparse de los bienes dotales y su destino, su principal meta fue dejar en claro cuáles debían ser las formalidades que habían de cumplirse para que ciertos bienes fueran considerados dotales. ¿Por qué se preocupaba de las formalidades? Para proteger a los terceros de sospechosas maquinaciones que los esposos o cónyuges pudiesen realizar para burla de los intereses de aquéllos. El Código contempló la posibilidad de donaciones entre cónyuges con tal de que fueran siempre revocables. Según el artículo 1138:

"Son nulas las donaciones revocables de personas que no pueden testar o donar entre vivos.

Son nulas asimismo las entre personas que no pueden recibir asignaciones testamentarias o donaciones entre vivos una de otra.

Sin embargo, las donaciones entre cónyuges valen como donaciones revocables".

Así, el artículo 172 señalaba que

"El cónyuge inocente podrá revocar las donaciones que hubiere hecho al culpable, siempre que éste haya dado causa al divorcio por adulterio, sevicia atroz, atentado contra la vida del otro cónyuge u otro crimen de igual gravedad".

Toda donación entre vivos requería, al tenor del artículo 1400, ser otorgada por escritura pública, inscribirse en el respectivo Registro -por ejemplo, en el de Propiedad- y, conforme al artículo 1401, insinuarse, esto es, ser autorizada por el juez competente, a solicitud del donante o donatario. La donación no insinuada sólo podía tener efecto hasta por un valor de 2.000 pesos y sería nula en el exceso según el artículo 1401. Se exceptuaban

---

<sup>1481</sup> ANRACH vol. 1191, p. 2a. En enero de 1814 se había alojado en tierras del realista Miguel Campos Ceballos en El Manzano el guerrillero chillanejo Juan Antonio Olate, quien fue expulsado de ahí por el patriota Santiago Bueras: F. Campos Harriet, *Los defensores del Rey*. Santiago: Editorial Andrés Bello, 1958, p. 42.

<sup>1482</sup> A. de Ovalle, *Histórica relación del Reyno de Chile*. Santiago: Instituto de Literatura Chilena, 1969, lib. 3, cap. 5, p. 119.

de insinuación las donaciones practicadas en las capitulaciones matrimoniales, como se verá más abajo.

Cuando la donación tuviese una causa onerosa, como la de ser a título de dote, debía ser otorgada por escritura pública en que constase tal causa, considerándose, en caso contrario, como gratuita. De acuerdo al inciso 1o. del artículo 1404:

"Las donaciones con causa onerosa, como para que una persona abraze una carrera o estado, o a *título de dote* o por razón de matrimonio, se otorgarán por escritura pública, prespando la causa; i no siendo así, se considerarán como donaciones gratuitas".

Dedicó, además, Bello a la dote el párrafo 7 del título XXII del libro 4o., intitulado "*De la dote i de las donaciones por causa de matrimonio*". Parte ahí refiriéndose a las que, en términos generales debían considerarse "donaciones por causa de matrimonio", las que, al ser practicadas entre esposos o cónyuges tenían la limitación de no poder ser superiores a la cuarta parte de los bienes de su propiedad que aportasen. Cabían bajo tal expresión tanto las donaciones esponsalicias<sup>1483</sup> como las arras, las dotes y cualesquiera otras donaciones que tuviesen como causa el matrimonio. Al efecto decía el artículo 1789 que "las donaciones por causa de matrimonio, *sea que se califiquen de dote, arras o con cualquiera otra denominación*<sup>1484</sup> ..." estarían sujetas a las reglas generales sobre donaciones -y a las particulares del título XXII-, y admitirían modalidades así como cualquier otra estipulación lícita, entendiéndose existir en todas ellas la condición de celebrarse o haberse celebrado el matrimonio.

Según el artículo 1791, en las donaciones entre vivos por causa de matrimonio no se entendería la condición resolutoria de faltar el donatario ni ninguna otra que no se expresara en el respectivo instrumento o que la ley no prescribiera.

Declarada la nulidad del matrimonio, podían revocarse todas las donaciones que por causa del matrimonio se hubiesen hecho al que lo contrajo de mala fe, con tal que de la donación y su causa hubiese constancia por escritura pública. Carecía de esta acción revocatoria el cónyuge putativo que también contrajo el matrimonio de mala fe. Todo ello, de acuerdo al artículo 1790.

---

<sup>1483</sup> Se entendían por tales "las donaciones que un esposo hace a otro ántes de celebrarse el matrimonio i en consideracion a él, i las donaciones que un tercero hace a cualquiera de los esposos antes o despues de celebrarse el matrimonio i en consideracion a él". Revive Bello la limitación a las donaciones esponsalicias que venía desde los visigodos, extendiéndola a toda clase de donaciones al señalar en el artículo 1788 que "ninguno de los esposos podrá hacer donaciones al otro por causa de matrimonio, sino hasta el valor de la cuarta parte de los bienes de su propiedad que aportare". De acuerdo al artículo 1406, las donaciones que con los requisitos debidos se hacían los esposos uno a otro en las capitulaciones matrimoniales, no requerían insinuación ni más escritura que las mismas capitulaciones, cualquiera que fuese la clase o valor de las cosas donadas. Con ello, pues, se hacía excepción a las formalidades requeridas para las donaciones entre vivos en general. Las donaciones esponsalicias, así fueran hechas por los esposos como por un tercero, podían materializarse de inmediato o consistir en promesas a futuro. Estas se sujetaban a las mismas reglas que las donaciones de presente, pero debían constar por escritura público o por confesión de un tercero. Si se sujetaban a las mismas reglas que las donaciones de presente, era necesaria en ellas la insinuación. En la escritura del esposo donante siempre se presumía la causa de matrimonio aunque no se expresara, conforme el artículo 1790, inciso 2o.

<sup>1484</sup> El destacado es mío.

Cuando el matrimonio se disolvía por el hecho de uno de los cónyuges, antes de consumarse, podían revocarse las donaciones que por causa de matrimonio se le hubieren hecho en la misma forma que si se tratara de nulidad del matrimonio. Se consideraba, por ejemplo, "hecho" de uno de los cónyuges el haber abrazado la vida monástica dentro de los dos meses de contraído el matrimonio, conforme el Derecho Canónico. No correspondía esta acción revocatoria al cónyuge por cuyo hecho se hubiese disuelto el matrimonio, según el artículo 1792.

El Código Civil suprimió los privilegios de la dote, acabando con la distinción entre bienes dotales y parafernales y con la hipoteca general tácita y legal que favorecía a la mujer para su restitución. Pero

"en recompensa se ha organizado y ampliado en pro de la mujer el beneficio de la separación de bienes; se ha minorado la odiosa desigualdad de los efectos civiles del divorcio entre los dos consortes; se ha regularizado la sociedad de gananciales; se han dado garantías eficaces a la conservación de los bienes raíces de la mujer en manos del marido"<sup>1485</sup>.

En vez, pues, de la hipoteca general tácita se contempló en favor de la mujer por los bienes de su propiedad que el marido administrara, un privilegio consistente en crédito de cuarta clase referido en el artículo 248 no. 3 del Código.

En consecuencia, y, como la manifiesta el civilista José Clemente Fabres,

"en nuestro Código no se reconoce la dote, o más bien dicho, no tiene en él una significación técnica o legal. Pudiera decirse que dote, según el Código Civil, son todos los bienes y derechos que la mujer aporta al matrimonio y que administra el marido, porque a todos ellos acuerda los mismos privilegios o garantías, y todos ellos son destinados al mismo fin, esto es, para ayudar al marido a soportar las cargas del matrimonio. El Código ha repudiado, sin embargo, en parte las disposiciones del derecho antiguo relativas a las diversas calidades de la dote, sus efectos, privilegios y derechos de los esposos sobre ella, al tratar en la sociedad conyugal de los bienes aportados al matrimonio y en el título "De las obligaciones y derechos entre los cónyuges". Ha cesado, por consiguiente, la diferencia que había entre dote, bienes parafernales y diversas especies de donaciones"<sup>1486</sup>.

Más bien, se amplió el campo de aplicación de diversas disposiciones que el derecho indiano había contemplado originalmente para las dotes. Por ejemplo, al tratar en el artículo 1725, no. 3 de la incorporación al haber relativo del dinero que cualquier cónyuge aportase o adquiriese gratuitamente durante el matrimonio, utilizó Bello la misma solución que la normativa castellana daba para las dotes inestimadas compuestas de bienes que se cuentan, pesan o miden. El numerando siguiente de la misma disposición, relativo a cosas fungibles y especies muebles trae un origen similar. Viene, igualmente, de la legislación sobre dotes, esta vez inestimadas, la disposición del n° 6 del artículo 1725, sobre bienes raíces aportados al matrimonio, a la que me referí oportunamente. Es también de estirpe dotal la norma del n° 2, del artículo 1727 sobre subrogación de inmueble a valores.

Al tratar de la porción conyugal, definida en el artículo 1172 como

---

<sup>1485</sup> Mensaje del Código Civil.

<sup>1486</sup> J. C. Fabres, *Instituciones de Derecho Civil Chileno* Santiago: Imprenta y Librería Ercilla, 1902.



"aquella parte del patrimonio de una persona difunta, que la lei asigna al cónyuge sobreviviente, que carece de lo necesario para su congrua sustentacion",

determinó en el artículo 1176, inciso 1o. que

"Si el cónyuge sobreviviente tuviere bienes, pero no de tanto valor como la porcion conyugal, solo tendrá derecho al complemento, a título de porcion conyugal".

La redacción original de esta disposición es la del artículo 37 del título VIII del *Proyecto de Código Civil* de 1841-1842, que hacía referencia a la circunstancia de que el cónyuge sobreviviente tuviese "algunos bienes en propiedad o usufructo vitalicio", expresando Bello en una nota que se imputarían a esta cuarta "los gananciales, los parafernales, la dote. etc."<sup>1487</sup>.

La jurisprudencia consideró derogadas orgánicamente las disposiciones relativas a dote. Por ejemplo, en un juicio incoado en 1858 por Julio Bereaud contra su suegro Nolberto Jorquera, pretendiendo cumpliera éste con la obligación de dotar a su hija, establecida en P. 4, 11, 8, se falló negativamente por sentencia de 15 de agosto de ese año

"considerando que D. Julio Bereaud haya contraído su matrimonio con Doña Carmen Jorquera antes de 1o. de enero de 1857, ha sido entablada la demanda de fs. 1 en el presente año, cuando estaba vigente el Código Civil de la República, y por consiguiente *derogada* la ley 8a., tít. 11, partida 4a. que imponía al padre la obligación de dotar a sus hijas que a su lado se casaren..."<sup>1488</sup>.

### 3. 3. *Donaciones arrales*

La voz *arras* tiene una gran cantidad de significados relacionados con el matrimonio; todos resaltan su carácter cautelar. Así, recibe el nombre de arras lo que se da en señal de haberse producido el desposorio y en prenda del futuro matrimonio<sup>1489</sup>. Igual designación tienen la pena que se impone al marido en caso de no restituir la dote recibida y la donación que hace el hombre a la mujer para seguridad de la dote o en atención a las calidades de la mujer.

En lo que a este capítulo respecta, interesan dos acepciones de esta palabra: a) la donación que hace el varón a la mujer para seguridad de la dote, y b) la donación del esposo a la esposa o del marido a la mujer en consideración a su dote y prendas personales.

Las Partidas, como ya se adelantó, dan el nombre de arras, además, a las donaciones esponsalicias, pero, por sus especiales características, serán tratadas en párrafo aparte.

#### (a) *Donaciones arrales para seguridad de la dote aportada*

---

<sup>1487</sup> *Obras Completas de Don Andrés Bello. Edición hecha bajo la dirección del Consejo de Instrucción Pública en cumplimiento de la ley de 5 de setiembre de 1872. Volumen XI Proyectos de Código Civil. Santiago de Chile: Impreso por Pedro. G. Ramírez, 1887, p. 98. El Proyecto, en la parte referida a De la sucesión por causa de muerte, comenzó a publicarse en El Araucano no. 561, correspondiente al 21 de mayo de 1841, y continuó saliendo hasta el no. 626, de 19 de agosto de 1842, con algunas interrupciones.*

<sup>1488</sup> Archivo Judicial de Santiago, legajo 19 b), 1858. El destacado es mío.

<sup>1489</sup> Igual nombre reciben las trece monedas que se dan en la velación o bendición del matrimonio por el novio a la novia. Las Partidas definen las arras como "peño que es dado entre algunos porque se cumpla el matrimonio que prometieron de fazer", P. 4, 11, 1. Pueden darlas los esposos o sus padres, P. 3, 18, 84 y P. 4, 11, 1. Es ésta una novedad introducida por el Código alfoncino al derecho común, en el cual las arras no estaban expresamente reconocidas, por lo menos, en lo referente a los esponsales y el matrimonio. P. Merêa, "Sobre a palabra arras" en *Estudos de direito hispânico medieval* Coimbra, 1952, I, pp. 139-145.

Están establecidas en las Partidas bajo el nombre de *arras* o *donaciones propter nuptias*<sup>1490</sup>, debido a que se trató de unificar las antiguas donaciones germánicas del marido con las *donaciones propter nuptiae* del derecho justiniano, produciendo con ello una confusión<sup>1491</sup>.

En el derecho romano anterior a Justiniano, el esposo podía dar bienes a la mujer antes del matrimonio, lo que se conocía como *donationes ante nuptiae*<sup>1492</sup>. Con Justiniano pudieron otorgarse incluso durante el matrimonio y pasaron a llamarse *donationes propter nuptiae*, lo que constituía una excepción a la prohibición de donaciones entre cónyuges. El sistema, por influencias bizantinas, aparece en los últimos tiempos del Derecho Romano como una especie de contradote<sup>1493</sup>. Con estas características es adoptada por Alfonso X.

Como estas donaciones dicen relación directa con la dote, al igual que ésta, pueden hacerse antes del matrimonio o durante él y les son aplicables las mismas reglas ya analizadas referentes a las dotes<sup>1494</sup>. La existencia de tantas seguridades establecidas por la ley para garantizar la restitución de las dotes hizo inoperante este sistema, como lo expresan los juristas Gómez, López y Covarrubias. Se pretendía que hubiera igualdad entre la dote y esta donación<sup>1495</sup>.

En Chile no aparece ningún texto que establezca estas donaciones con su característica de paralelismo con la dote, aunque es frecuente que se hable de "arras y propter nuptias".

Obsérvese en el siguiente cuadro la desproporción entre dote y arras que arroja la praxis chilena, lo que demuestra cabalmente la ninguna aplicación de las donaciones aludidas:

RELACIÓN DOTE-ARRAS		
<i>Fecha</i>	<i>Dote</i>	<i>Arras</i>
19 octubre 1595	1.127	1.000 <sup>1496</sup>
10 noviembre 1596	3.700	1.000 <sup>1497</sup>

<sup>1490</sup> Partidas 4, 11, 1.

<sup>1491</sup> J. Beneyto Pérez, *Instituciones de Derecho Histórico Español*. Barcelona: Librería Bosch, 1930, p. 111; M. I. López Díaz, "Arras y dote en España. Resumen histórico" en *Actas de las I Jornadas de Investigación Interdisciplinar sobre la mujer*. Madrid, 1982, p. 82, passim.

<sup>1492</sup> E. Lozano Corbi, "Las donaciones nupciales en el Derecho Romano" en *Ius Fugit* no. 2 (1993), pp. 229-235.

<sup>1493</sup> Arias Ramos, *op. cit.* en p. 750; M. García Garrido, "El régimen jurídico del patrimonio uxórico" en *Anuario de Historia del Derecho Español* no. 29 (1959), p. 397-399.

<sup>1494</sup> Partidas 4, 11, 1.

<sup>1495</sup> Partidas. 4, 11, leyes 1, 7 y 23.

<sup>1496</sup> ANR.ACh, vol. 1787, p. 2a, fs. 9.

<sup>1497</sup> ES., vol. 12, fs. 218.

13 noviembre 1596	8.823	1.500 <sup>1498</sup>
31 diciembre 1596	4.350	1.650 <sup>1499</sup>
3septiembre1622	2.366	300 <sup>1500</sup>
9 agosto 1643	16.000	2.000 <sup>1501</sup>
15 octubre 1650	17.000	1900 <sup>1502</sup>
21 julio 1661	7.337	4.000 <sup>1503</sup>
15 junio 1663	15.642	4.000 <sup>1504</sup>
22 junio 1673	6.398	1.000 <sup>1505</sup>
24 febrero 1684	17.000	2.000 <sup>1506</sup>
30 enero 1686	100.000	12.000 <sup>1507</sup>
1691	14.051	4000 <sup>1508</sup>
1696	29.000	10.000 <sup>1509</sup>
1705	59.400	10.500 <sup>1510</sup>
1705	18.650	6.000 <sup>1511</sup>
9 noviembre 1710	3.990	2.000 <sup>1512</sup>

<sup>1498</sup> E.S., vol. 12, fs. 210.

<sup>1499</sup> ES., vol. 12, fs. 252.

<sup>1500</sup> F. Varios, vol. 268, fs. 13. Se trata de una situación singular, en que la novia, Isabel Otáñez, es una huérfana criada por el oidor Cristóbal de la Cerda. Este le da sólo 566 pesos por concepto de dote y el esposo se la aumenta de 1.800 pesos más. A título de arras le dona 300 pesos "por honrar la virginidad y limpieza de la dicha mi esposa". El esposo, era el doctor en Medicina Francisco Maldonado de Silva, que posteriormente sería condenado como judaizante por la Inquisición.

<sup>1501</sup> Amunátegui Solar, *op. cit.*, en p. 321.

<sup>1502</sup> ANRACH, vol. 160, fs. 4.

<sup>1503</sup> T. Thayer Ojeda, *La Familia Irarrázaval en Chile*. Santiago: Imprenta Cervantes. 1931, p. 94.

<sup>1504</sup> ANRACH, vol. 215, fs. 42.

<sup>1505</sup> ANRACH, vol 1787, p. 28, fs. 9.

<sup>1506</sup> ANRACH, vol. 215, fs. 69.

<sup>1507</sup> Amunátegui, *op. cit.*, t. I, pp. 49 y 58.

<sup>1508</sup> Dote obtenida por el oidor Francisco Rojas y Acevedo: Barrientos, *op. cit.*, p. 565.

<sup>1509</sup> Dote obtenida por el oidor Pablo Vásquez de Velasco: Barrientos, *ibidem*.

<sup>1510</sup> Dote obtenida por el oidor Gonzalo Remírez de Baquedano: Barrientos, *ibidem*.

<sup>1511</sup> Dote obtenida por el oidor Melchor de Santiago Concha: Barrientos, *ibidem*.

16 mayo 1714	777 y 4 r.	2.000 <sup>1513</sup>
1727	8.742	2.000 <sup>1514</sup>
1734	56.174	6.000 <sup>1515</sup>
9 noviembre 1746	4.881 y 2 r.	300 <sup>1516</sup>
1756	53.596	10.000 <sup>1517</sup>
28 abril 1783	4.308	1.000 <sup>1518</sup>
1787	72.847	12.000 <sup>1519</sup>

---

<sup>1512</sup> E.S., vol. 469, fs. 173 v.

<sup>1513</sup> A.N. Varios, vol. 5, fs. 292 y ss.

<sup>1514</sup> Dote obtenida por el oidor Alvaro Bernardo de Quiroz: Barrientos, *ibidem*.

<sup>1515</sup> Dote obtenida por el oidor José de Santiago Concha: Barrientos, *ibidem*.

<sup>1516</sup> ANRACH, vol. 806, p. 28, fs. 100.

<sup>1517</sup> Dote obtenida por el oidor Juan Joseph de la Puente: Barrientos, *ibidem*.

<sup>1518</sup> E.S., vol. 900, fs. 77.

<sup>1519</sup> Dote obtenida por el oidor José de Rezábal y Ugarte: Barrientos, *ibidem*.

(b) *Donaciones arrales en consideración a la dote y a las prendas personales de la mujer*<sup>1520</sup>

Nuestro ya tan citado estudiante Santa María nos da una definición de arras: “lo que el marido u esposo da u ofrece a su mujer u esposa en remuneración de la dote q[u]e trae consigo y en atención a su virtud, honestidad y otras apreciables prendas que la adornan”<sup>1521</sup>. Corresponden a las donaciones que denomina impropias por efectuarse con causa o bajo cierto modo<sup>1522</sup>.

Podían verificarse antes del matrimonio o durante su vigencia y aun *post-mortem*. Cuando se practicaban durante el matrimonio, como podía producirse una burla de la disposición que prohibía las donaciones entre marido y mujer<sup>1523</sup>, debía aparecer de manifiesto la causa de la donación: la especial cuantía de la dote aportada, la nobleza, juventud o virginidad de la mujer, etc. Insistiendo Santa María en que las arras son

---

<sup>1520</sup> La donación de bienes del marido a la mujer es sumamente antigua en España: ya apuntaba Estrabón esta costumbre entre los cántabros. La llegada de los romanos no trajo su extinción, pues presentaba cierta consonancia con las donaciones ante nuptiae. J. Martínez Gijón, "El Régimen Económico del Matrimonio y el Proceso de Redacción de los Textos de la Familia del Fuero de Cuenca", *Anuario de Historia del Derecho Español* no. 29, p. 50. Madrid, 1959. Los germanos, al invadir la península, conocían fundamentalmente dos donaciones del marido a la mujer: el Wittum o dos, dado primitivamente al padre de la novia como precio del mundium o poder sobre ella y otorgado más tarde a la mujer como asignación de viudedad, y la *morgengabe* o *pretium virginitatis*, entregado a la mujer a la mañana siguiente a la noche de bodas, en razón de su virginidad, Brunner & Schwerin, *op. cit.*, en pp. 229 y 230. R. Huebner, "Germanic Law of the Family and the Marriage" en L. Krader, *Anthropology and Early Law* New York: Basic Books, 1966, pp. 138-39. Para las viudas habría existido una *abdengabe* o donación de la tarde, en que la donación no suponía el precio de la virginidad sino una cuota de viudedad, Beneyto, *op. cit.*, p. 96. La existencia de una *morgengabe visigoda* es dudada por A. Otero, "Liber Iudiciorum 3, 1, 5 — En Tema de Dote y “Donatio Propter Nuptias”", *29 Anuario de Historia del Derecho Español* no. 29, p. 547, Madrid, 1959. La legislación visigoda, profundamente romanizada, desconoce la existencia de las referidas donaciones y presenta una dote aportada por el marido más cercana a la regulación bajo imperial que a la germánica tradicional. M. García Garrido, "El régimen jurídico del Patrimonio Uxorío en el Derecho Vulgar Romano", *29 Anuario de Historia del Derecho Español* no. 29, p. 420, Madrid, 1959. Producida la ruptura de la unidad jurídica española por la invasión musulmana, reviven las arras con diversos nombres en que, al parecer, hay referencias entremezcladas a las arras propiamente tales y a las donaciones esponsalicias: dos arras, esponsalicio, pretium, vestidos, bodas, etc. Martínez Gijón, *op. cit.*, en p. 53 e Hinojosa, *op. cit.*, en p. 19. El nombre de arras derivaría del anillo nupcial que el marido entregaba a la mujer al verificarse los esponsales, por coincidir la donación con ese momento, Castán, *op. cit.*, en p. 372. Según una interesante sugerencia de Martínez Gijón, en las arras altomedievales —por lo menos, en las reguladas en los fueros de la familia del de Cuenca— aparecían refundidas en una sola dos donaciones: la dote *ex-marito* y la *morgengabe*, lo que explicaría por qué la doncella recibía más donación que la viuda. En todo caso, en muchos documentos de aplicación práctica del derecho aparece viva la presencia, aunque lejana, de la *morgengabe* al concederse las arras *propter tuae virginitatis intemerata pudicitia*; Martínez Gijón, *op. cit.*, en pp. 54, 55 y 60. Dejando de lado el intento de las Partidas de conciliar esta institución tradicional con la donación romana, el grueso de la legislación española se refiere a las arras con las características de una mezcla de la dote *ex marito* y la *morgengabe*. Las Leyes de Toro y luego las Recopilaciones, se acercaron más al sistema tradicional, si bien las de Toro incorporaron un tecnicismo jurídico al denominar donaciones *propter nuptias* a las entregadas por los padres a los hijos al contraer matrimonio para llevar con más desahogo las cargas del matrimonio - (ley 29 de Toro, incorporada a *Rec.Cast.* 5, 8, 3). En Chile no se conocen las donaciones *propter nuptias* de las leyes de Toro.

<sup>1521</sup> Santa María, *op. cit.*, fs. 95.

<sup>1522</sup> Santa María, *ibidem.*, fs.90.

<sup>1523</sup> Existente desde el Derecho Romano: M. J. García Garrido, "Observaciones sobre el origen y estructura de la donación romana" en *Anuario de Historia del Derecho Español* no. 30, pp. 240, Madrid, 1960 y ss. Partidas 4, 11, 5

donaciones remuneratorias y no lucrativas, expresa que debe producirse “notoria desigualdad entre marido y mujer sea en calidad o edad y que conste que por este respecto se le hizo la donación remuneratoria”<sup>1524</sup>. Al efecto sirva de ejemplo lo expuesto en una carta de arras de fines del siglo XVIII, donde se dice se otorga una determinada suma

“en atención a la virtud, honestidad y loables prendas que la adorna a su mujer la Providencia, hermosura, nobleza y niñez, siendo el otorgante viudo y de mayor edad...”<sup>1525</sup>.

En otras oportunidades se hace especial referencia a la

“honra, virginidad y limpieza de la mujer”<sup>1526</sup>,

expresiones que, como se ha dicho, tienen mucho de sabor a *morgengabe*.

Estas donaciones, que pueden consistir en bienes muebles o raíces, presentes o futuros, son administrados por el marido cuando se constituyen antes o durante el matrimonio, quien no puede enajenarlos y deben ser entregados a la mujer o a sus herederos a la disolución del matrimonio, junto con la dote (R.C. 5, 2, leyes 1 y 2)<sup>1527</sup>. La práctica chilena demuestra que se constituyen por escritura pública a título de arras, donaciones *propter nuptias* o aumento de dote, términos que se usan indistintamente, lo que demuestra que no se hacía una caracterización muy definida de la institución<sup>1528</sup>. Por ejemplo, en un documento de 3 de septiembre de 1622 se lee:

"...Que todos los dichos géneros apreciados y valuados por Juan de Villegas, oficial de sastrería nombrado por ambas partes y juramentado, suman y montan los dichos quinientos setenta y seis patacones de plata de a ocho reales cada uno y *por honrar la virginidad y limpieza de la dicha mi esposa le mando en arras y propter nuptias y para acrecentamiento de su dote* de la dicha mi esposa trescientos pesos de la dicha plata de a ocho reales, que confieso caben en la décima parte de mis bienes que al presente tengo y demás de lo dicho porque este matrimonio tenga cumplido efecto dono y hago donación pura, perfecta e irrevocable que el derecho llama entre vivos a la dicha mi esposa para la dicha su dote otros mil y ochocientos pesos más de la dicha plata que por todos suman y montan dos mil y quinientos y sesenta y seis pesos de la dicha

---

<sup>1524</sup> Santa María, *op. cit.*, fs. 25.

<sup>1525</sup> Escritura de 12 de noviembre de 1799, en Archivo Notarial de Quillota, vol. 31, fs. 116 v.

<sup>1526</sup> Tales términos se utilizan en escritura de 22 de junio de 1673, ANRACH, vol. 1787, p. 2?, fs. 9 y en otra de 4 de noviembre de 1765 en Archivo Notarial de La Serena, vol. 42, fs. 59. En otras oportunidades se habla de “honra y limpieza” como en escrituras de 16 de octubre de 1595, E.S., vol. 12, fs. 5; de 16 de noviembre de igual año, E.S., vol. 12, fs. 35 y de 9 de noviembre de 1746, ANRACH vol. 806, p. 2, fs. 201. Encontramos mención a la “limpieza”, “virginidad” y “linaje” en escritura de 25 de octubre de 1688, A.N.V., vol. 2, fs. 135 v. (extracto en mi trabajo: “Índice del Archivo Notarial de Valparaíso, 1660-1700”, *Historia*, N°7, p. 262). Referencia a la “limpieza” de la mujer puede hallarse en escritura de 23 de noviembre de 1595, E.S., vol. 11, fs. 44 v

<sup>1527</sup> Murillo, *op. cit.*, en pp. 12 y 13.

<sup>1528</sup> Sin embargo, al darse a título de aumento de dote, los bienes arraales pasan a tener el privilegio de la prelación que, de otra manera, no tendrían; Hevia Bolaños, *Curia...*, Lib. 2, cap. 12, N°32. En todo caso, cuando las arras se dan para acrecentamiento de la dote, ello es expresado cabalmente, como en escrituras de 28 de enero de 1590, E.S., vol. 5, fs. 160; de 24 de mayo de 1590, E.S., vol. 5, fs. 223 v. y de 16 de noviembre de 1595, E.S., vol. 12, fs. 35, escritura de 9 de noviembre de 1710, E.S., vol. 469, p. 89.

plata los cuales quiero haya y tenga la dicha mi esposa sobre lo mejor y más bien parado de todos mis bienes así de los que a el presente tengo como los que adelante tuviera así los de dote y arras como de esta donación que le hago de los dichos mil ochocientos pesos de la dicha plata..."<sup>1529</sup>.

Jurídicamente en el acta precedente, nos hallamos con tres donaciones distintas: a) dote aportada por un tercero; b) arras y c) donación pura y simple, que es imputada a dote. La distinción entre las dos últimas donaciones es clara: para la primera, se expresa que cabe en la décima parte de sus bienes, de acuerdo a la regulación a que ya hemos hecho referencia y no está sujeta a insinuación. Para la segunda donación, en cambio, no hay referencia alguna a la décima parte de los bienes del donante y sí hay insinuación y referencia al límite que las donaciones tenían a virtud de las *Partidas*<sup>1530</sup>, esto es, quinientos maravedís de oro:

"y desde luego doy la dicha donación de los dichos mil y ochocientos pesos por aceptada, insinuada y legítimamente manifestada y renuncio la insinuación de los quinientos sueldos y la ley dellos y las demás de mi favor y hago la dicha donación con todos los requisitos en derecho necesario y que sea en favor de la dicha mi esposa..."<sup>1531</sup>.

Las arras *post-mortem* aparecen en testamentos. Así, el del poeta y militar Fernando Alvarez de Toledo, extendido en Santiago en 1630 ante el escribano Miguel Miranda de Escobar, expresaba en una de sus disposiciones:

"Item, declaro que fui casado i velado, según orden de la santa madre iglesia, con doña Jerónima de Lemos, hija legítima de Gaspar de Lemos i de doña Teresa Jil, i que me dieron en dote i casamiento con la susodicha lo que parecerá por los recaudos y cartas de dote que de él consigno, a que me refiero. Mando que en las arras se le dé de mis bienes..."<sup>1532</sup>

Habiéndose incurrido desde antiguo en excesos en materia de arras, se limitó su cuantía a la décima parte de los bienes del marido<sup>1533</sup>. No podían los constituyentes renunciar al límite establecido y el escribano que lo permitiese incurría en la pena de pérdida de su oficio. La disposición se observa cabalmente en Chile y en las escrituras se

---

<sup>1529</sup> Fondo Varios, vol. 268, fs. 13. El destacado en el texto es mío.

<sup>1530</sup> *Partidas* 5, 4, 9.

<sup>1531</sup> Fondo Varios, vol. 268, fs. 13.

<sup>1532</sup> Transcrito en la forma señalada por D. Amunátegui Solar, "Don Fernando Alvarez de Toledo" en *Personajes de la Colonia*. Santiago: Imprenta y Litografía Balcells & Co., 1925, p. 88.

<sup>1533</sup> En el *Líber Indicum* se estableció que no podían exceder de la décima parte de los bienes del varón, o cuando las arras las diere su padre, de la décima parte de lo que le correspondiese heredar (*Lib. Ind.* 3,1.6). En virtud del *F. Viejo* 5.1.1 sólo podía darse a la mujer un tercio del heredamiento del marido, en tanto que en los fueros municipales se contemplan variadas limitaciones; véase Martínez Gijón, *op. cit.*, en pp. 54 y 55; Martínez Marina, *op. cit.*, t. II, p. 302. En *F. Real* 3,2,1 se vuelve a la limitación de la décima parte de los bienes del marido, lo que es reiterado por la ley 50 de Toro e incorporado a *Rec. Cast.* 5, 2, 2. Por pragmática de Felipe IV, de 1623, incluida en *Rec. Cast.* 5, 2, 5 se obligaba a los escribanos ante quienes se otorgaban cartas de arras que dieran cuenta a las justicias del lugar, las cuales debían examinar si se excedía de la limitación de la décima parte. No me consta que esto se haya cumplido.

declara normalmente que lo donado cabe en la décima parte de los bienes presentes o futuros del marido o esposo<sup>1534</sup>.

Consumado el matrimonio, o sea, cuando se ha producido cópula carnal, los bienes arrales quedaban definitivamente para la mujer, quien los recuperaba a la disolución del matrimonio, salvo que hubiera también donaciones esponsalicias, situación que será analizada más adelante. Para la entrega de los bienes arrales la mujer goza del privilegio de tácita hipoteca sobre los bienes del marido, pero carece de prelación como en la dote porque en el caso de las arras se persigue un lucro, en tanto que en el de la dote, se trata de precaver un daño<sup>1535</sup>. Pierde su derecho a la restitución la mujer que ha cometido adulterio<sup>1536</sup>.

Modificando ciertos principios de troncalidad existentes en textos anteriores<sup>1537</sup>, las Leyes de Toro permitieron a la mujer sin hijos del matrimonio en que se le hizo la donación arral, que pudiera disponer de ellos libremente a favor de quien quisiera, y que en caso de fallecer intestada, pasaran a sus herederos *abintestato*<sup>1538</sup>. Si había hijos, la mujer tenía respecto de las arras sólo un derecho de usufructo<sup>1539</sup> y, en virtud de una disposición de las Partidas, debía reservar estos bienes para ellos, quienes los percibirían a su fallecimiento<sup>1540</sup>.

#### 3. 4. *Donaciones esponsalicias*

Llamábanse donaciones esponsalicias a las que hacía el esposo pura y simplemente a la esposa antes del matrimonio, y que consistían en joyas, vestidos y objetos preciosos<sup>1541</sup>. Recibían variados nombres: *sponsalitiaie largitates*; donadíos; dádivas de esposos; donas, etc. Esta última voz, que aparece en el *Fuero Real*, se utiliza habitualmente en Chile.

De la definición apuntada se derivan sus más relevantes características, que las diferencian netamente de las arras: (a) consisten necesariamente en bienes muebles; (b) se otorgan una vez celebrados los esponsales e indispensablemente antes del matrimonio<sup>1542</sup>; y (c) se otorgan sin más condición que la celebración posterior del matrimonio.

---

<sup>1534</sup> Así puede hallarse, entre otras escrituras, en las de 13 de febrero de 1593, E.S., vol. 7, fs. 241 y 247; de 19 de octubre de 1595, ES., vol. 12, fs. 146 v., de 22 de agosto de 1597, ES., vol. 9, fs. 366 v.; de 31 de diciembre de 1783, E.S., vol. 900, fs. 373, etc.

<sup>1535</sup> Gómez, *Ad Leges Tauri...* en glosa 41 a las leyes 50, 51, 52 y 53 de Toro y Hevia Bolaños, *Laberinto...* en Lib. 2, cap. 12 N<sup>o</sup>s. 2 y 31 y ss. y Lib. 2, cap. 3, N<sup>o</sup> 27.

<sup>1536</sup> La disposición viene de antiguo y puede encontrarse en *Liber Iudicum* 5, 2, 5.; *F. Real* 3, 12, 9; *Ley 78 de Toro* y *Rec. Cast.* 5, 9, 11.

<sup>1537</sup> *Liber Iudicum* 3, 1, 6; *F. Juzgo* 3, 1, 5; *F. Viejo* 5, 1, 1 y *F. Real* 3, 2, 1.

<sup>1538</sup> *Rec. Cast.* 5, 2, 3.

<sup>1539</sup> J. Ignacio de Asso & M. de Manuel, *Instituciones de Derecho Civil de Castilla*. Madrid: Imprenta de don Tomás Alban, 1806,t. I, p. 90.

<sup>1540</sup> *Partidas* 5, 13, 26 y Llamas, *op. cit.*, en p. 137.

<sup>1541</sup> Murillo Velarde, *op. cit.*, en p. 13.

<sup>1542</sup> *Partidas*. 4, 11, 2: “ante que el matrimonio sea acabado por palabras de presente”. Igual regulación se observa en *F. Viejo* 5,1,2: “a la ora del casamiento ante que sean jurados”.



También estas donaciones estaban limitadas, pues no podían exceder de la octava parte de la dote aportada por la mujer (R.C. 5, 2, 1)<sup>1543</sup>, si bien esta disposición no la he encontrado cumplida en la práctica. Al revés, todo indica que, por lo menos en los grupos sociales más elevados, los gastos en que se incurría en razón de tales regalos eran particularmente altos:

"Los [gastos] que se hacen en los desposorios son mucho mayores porque además de las galas y libreas, han dado en hacer ricos presentes a las novias a las primeras vistas, después de hechas las capitulaciones, y yo los he visto hacer de mucho valor, como son de esclavos, vestidos, estrados y escritorios llenos de preseas y joyas de oro y piedras preciosas, perlas y otras curiosidades y regalos de mucha estima, que apreciadas valen muchos ducados..."<sup>1544</sup>

Falleciendo el esposo antes de verificarse el matrimonio, el destino de las donas variaba según si hubiese besado o no a la esposa, correspondiendo a ésta, en el primer caso, la mitad de ellas y perdiéndolas en el segundo<sup>1545</sup>.

Consumado el matrimonio, ganaba la mujer las donas, las que debían ser separadas del resto de los bienes al fallecer el marido y debían ser entregadas a la mujer de inmediato<sup>1546</sup>. Sin embargo, habiendo arras y donas, la mujer, a requerimiento de los herederos del marido, debía elegir en el plazo de veinte días entre unas u otras<sup>1547</sup>.

#### **4. Donaciones entre cónyuges.**

Como nos ha ido aclarando en cada caso nuestro estudiante del siglo XVIII, las donaciones dotales y arrales son impropias, por hacerse con causa o bajo cierto modo. Veamos ahora qué sucede con las restantes donaciones entre marido y mujer.

En principio, estaban prohibidas por las *Partidas* -que dan la regla general en esta materia siguiendo el modelo romano-, todas aquellas liberalidades que enriquezcan a un cónyuge a costa del otro<sup>1548</sup>:

"Dvrando el matrimonio facen a las vegadas donaciones el marido a la muger, o ella al marido, non por razon de casamiento, mas por amor que han de consuno vno

---

<sup>1543</sup> La idea de limitarlas viene de antiguo: en el *Liber Iudicum* 3, 1, 6 se legislaba que las personas de alta jerarquía podían agregar a las arras un donadío estimable en 1.000 sueldos. En *F. Viejo* 5,1,2 se señalan los bienes que pueden ser entregados a la mujer por este concepto: una piel de abortones, tres cenefas de oro, un vaso de plata y una mora e después de esto usaron en Castiella de poner una quantia a este donadio e pusieronle en quantia de mil maravedis".

<sup>1544</sup> Ovalle, *op. cit.*, lib. 5, cap. 8, p. 191.

<sup>1545</sup> *Rec.Cast.* 5,2,4, que incorpora la ley 51 de Toro. Sobre la misma materia *F. Juzgo* 3,1,5; *F. Viejo* 5,1,4 y *F. Real* 3,2,5. Sobre la difusión de esta norma a través del tiempo, A. García Ulecia, "El régimen económico del matrimonio en los derechos locales leoneses" en *Historia. Instituciones. Documentos* no. 9, p. 176, Sevilla, 1982.

<sup>1546</sup> Murillo Velarde, *op. cit.*, en p.13. En un juicio de 1802 la mujer pide que se escalfen de los bienes indivisos una saya y un faldellín de terciopelo por haber sido "donas" que le fueron dadas por su marido. Así se hace: ANRACH, vol. 222, fs. 22.

<sup>1547</sup> *Rec. Cast.* 5, 2, 4.

<sup>1548</sup> La prohibición comienza con la velación de los esposos, Elizondo, *op. cit.*, VII, pp. 30-31.

con otro. Et tales donaciones como estas son defendidas, que las non fagan, porque non se engañen despojandose el vno al otro, por amor que han de consuno: e porque el que fuesse escasso seria de mejor condicion, que el que es franco en dar. E por ende, si las ficieren, despues que el matrimonio es acabado, non deuen valer, si el vno se ficiere por ello mas rico e el otro mas pobre..."<sup>1549</sup>

Sin embargo, eran consideradas válidas las siguientes:

- (a) las no revocadas durante la vigencia del matrimonio;
- (b) las donaciones *mortis causa*, que debían cumplirse al fallecer el donante;
- (c) las otorgadas para fines de piedad;
- (d) las otorgadas para fines de honor o dignidad de uno de los cónyuges;

(e) aquéllas en que un cónyuge se enriquecía sin empobrecerse el otro, como cuando se instituye heredero al marido y éste, antes de entrar en la tenencia de la cosa, la dona a la mujer, o cuando el marido da a la mujer algo que no es suyo para que ella lo adquiriera por prescripción adquisitiva<sup>1550</sup>, o cuando la mujer renunciaba a los gananciales durante el matrimonio;

(f) aquéllas en que el cónyuge donante se empobrecía sin enriquecerse, no obstante, el donatario, cómo, según Alfonso X, cuando el marido donaba a la mujer una sepultura que ésta no podría aprovechar en vida, y

- (g) las de poca importancia, por mero cariño familiar<sup>1551</sup>.

Las *Partidas* recogían en esta materia la prohibición que se había impuesto ya en el Derecho Romano Clásico. Una *lex Cincia* de 204 había exceptuado a los conyuges de las limitaciones de donación que dispuso, lo que permite suponer que con anterioridad no estuvieran prohibidas. La costumbre había ido introduciendo esta veda, por una parte, como modo de proteger a la mujer en la restitución de su dote, que sólo lo estaba a través de *cautiones* privadas<sup>1552</sup>, y, por otra, en base a fundamentos éticos sobre no devenir más rico un cónyuge en desmedro del otro. Para que fuera aplicable la prohibición era indispensable

---

<sup>1549</sup> *Partidas* 4, 11, 4.

<sup>1550</sup> En una escritura ya citada en este trabajo, de 12 de noviembre de 1799, Archivo Notarial de Quillota, vol. 31, fs. 118, se encuentra aplicación de esta disposición: "declara (el marido) que por ello ni su valor no se hace rica su muger ni el mas pobre para que balga conforme a lo prevenido en la ley 5ª, tít.11, p. 4ª". *Partidas* 4, 11, 5.

<sup>1551</sup> *Partidas* 4, 11, leyes 4, 5 y 6. De menor rigurosidad en estas materias eran el *Liber Iudicum* 3,1,5 que es *F. Juzgo* 3,1,6 y el *F. Real* 3,12,3. El primero, permitía las donaciones entre cónyuges, con tal que se hicieran pasado el primer año de matrimonio, período que, se suponía, entibiaba las pasiones que podían llevar a los consortes noveles a despilfarro de sus patrimonios. Tal lapso fue introducido por Ervigio en 681 y tenía, a su vez, la contraexcepción de poder hacerse donaciones marido y mujer antes del año "por grand enfermedad, ó grand pavor de muerte". El segundo, las regulaba atendiendo al tiempo de casados y a la existencia o no de hijos.

<sup>1552</sup> J. Calvo G., "Abstracción y deshistorización de la norma a propósito de la prohibición de las donaciones entre cónyuges" en *Revista Chilena de Derecho* vol. 7, n.os 1-6 (enero-diciembre 1980), p. 446.

que un cónyuge se hiciera más pobre *-pauperior-* y el otro más rico *-locupletior-*<sup>1553</sup>, principio que, como se ha visto, acoge plenamente el Código alfonsoí.

## CAPÍTULO VII

### EL HABER DE LA SOCIEDAD CONYUGAL EN LA CODIFICACIÓN CIVIL CHILENA

#### **1. El régimen económico matrimonial anterior a la codificación.**

A la entrada en vigencia del *Código Civil*, se aplicaba en Chile un derecho multiseccular que reglaba las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. Esas normas habían demostrado su efectividad al ser aplicadas en sistemas culturales muy diferentes. Piénsese en la Edad Media española y en la expansión ulterior de su cultura –y por ende de su Derecho– a regiones que ninguna relación guardaban con el ambiente en que se fraguaron aquellas disposiciones. Tales normas resultaron, sin embargo, perfectamente aplicables en toda la monarquía hispanoindiana y, por consiguiente, en Chile.

Este régimen económico matrimonial aplicable en Chile entre los siglos XVI y XIX, como se ha visto en el capítulo anterior, es el de comunidad de bienes restringido a los gananciales modificado por una serie de donaciones por causa de matrimonio, de las que las más importantes son las dotales.

#### **2. El haber de la sociedad conyugal en la codificación**

Conocido ya cuál era, esquemáticamente, el régimen económico matrimonial anterior a la codificación, corresponde ver de qué manera fue cristalizando lo que constituiría nuestra legislación civil en torno al haber de la sociedad conyugal<sup>1554</sup>.

Para mayor facilidad en la exposición, partiré del texto definitivo, que se refiere a esta materia en su artículo 1725. Se dice ahí que el haber de la sociedad conyugal se compone: “de los bienes que a continuación indica”<sup>1555</sup>. El primer grupo que menciona este artículo es:

“1. De los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios, devengados durante el matrimonio”<sup>1556</sup>. El contenido de esta disposición guarda, en general, concordancia con el sistema anterior, al punto que Bello cita al respecto a Eugenio de

---

<sup>1553</sup> A. Guzmán Brito, *Derecho Privado Romano* t. II *El Derecho de las Obligaciones. El Derecho de la Sucesión por causa de muerte. El Derecho de las Liberalidades*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, pp. 604 y 605.

<sup>1554</sup> Para México cfr. G. Macedo, "Supervivencia del derecho colonial en el régimen matrimonial de bienes en la codificación civil mexicana" en *Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho Mexicano* t. II México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1988, pp. 635-654, refiriéndose en pp. 641-651 a la sociedad de gananciales y la dote en la legislación civil mexicana.

<sup>1555</sup> Esta redacción existe desde el proyecto de 1853, que suprimió la referencia al “haber de la sociedad conyugal *de gananciales*” contenida en el primer proyecto publicado entre 1841 y 1842 (artículo 7º del párrafo 2º del título XXI) y en el proyecto 1846-1847 (artículo 245 del título XXII).

<sup>1556</sup> Idéntica redacción tenían los proyectos primero y segundo, sólo que con número 2. La posición en N° 1 corresponde al proyecto de 1853, en que correspondía al artículo 1892 (1725 en el proyecto aprobado).

Tapia en su *Febrero Novísimo*<sup>1557</sup>. Indica que se amplía lo preceptuado en *Nov. Rec.* 10, 4, leyes 2 y 5 (*Rec. Cast.* 5, 9, leyes 3 y 5) y hace referencia a Juan de Matienzo en su glosa 5 N° 4 a *Rec. Cast.* 5, 9, 3<sup>1558</sup>

El sistema anterior hacía diferencia entre bienes castrenses (donaciones regias o recompensas hechas a un combatiente en tiempo de guerra y lo que el marido podía obtener militarmente) y bienes cuasicastrenses (lo ganado ejerciendo algún oficio no militar como juez, abogado, escribano, etc.). En el primer caso, el ingreso a la sociedad conyugal se producía si el marido se había mantenido a costa de ella. En el segundo, se distinguía entre el oficio en sí (que muchas veces, por ser vendible tenía su propio valor) y lo que ello producía. Lo último era, sin duda, partible. Bello hace un solo grupo con estas dos clases de bienes: por eso habla de “salarios y emolumentos de *todo género de empleos y oficios*”. Elimina, simplificando lo relativo a la mantención del marido en la guerra (si a costa o no del matrimonio) y da, entonces, una regla general. Por lo tocante a los bienes cuasicastrenses, suprime la referencia al oficio mismo, pues el sistema republicano había acabado con la posibilidad de venta de cargos<sup>1559</sup>.

Menciona, en segundo lugar, el artículo referido: “2. De todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquiera naturaleza que provengan, sea de los bienes sociales, sean los bienes propios de cada uno de los cónyuges y que se devenguen durante el matrimonio”<sup>1560</sup>. Es evidente que la sociedad, así es dueña de los bienes sociales, lo será también de los frutos que ellos produzcan. Menos evidente resulta la incorporación al haber social de los frutos de los bienes propios de los cónyuges: la razón es que son concedidos al marido para soportar las cargas del matrimonio. Bello menciona al efecto a *Nov. Rec.* 10, 4, 3 (*Rec. Cast.* 5, 9, 4) y la glosa 1 N° 1 de Matienzo.<sup>1561</sup> No hace ampliación de la legislación hasta entonces vigente, aunque por los términos extensos que utiliza —“frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquiera naturaleza”— parecería incluir los aumentos ocurridos naturalmente en los bienes propios de los cónyuges. La legislación castellana atribuía individualmente a éstos el mayor valor de una propiedad ocasionado por el transcurso del tiempo o el mejoramiento del vecindario. Mantiene el ilustre venezolano lo observado hasta entonces por la jurisprudencia chilena indiana<sup>1562</sup>, como lo comprueban

---

<sup>1557</sup> Lib. 1, tít. 2, cap. VIII, N°s. 15 y 16.

<sup>1558</sup> Decía Matienzo que “*Fructus vero omnium bonorum castrensiuum inter coniuges communicantur nulla facta bonorum distincione ut in 1. 4 & 5 infra coque quo ad proprietatem non corrigunt lege ista ut asseruit idem Greg. Lupi in d. 1. 3 glo. magna in fi. tit. No paf. 5 dicam in 1. 5 glos. 3 infra codem*”, o sea, que los frutos de todos los bienes, incluso castrenses, se comunican entre los cónyuges, sin distinción, concordando así con lo afirmado por Gregorio López en el dictamen que menciona.

<sup>1559</sup> La supresión de la venta de oficios públicos data de 7 de agosto de 1821, *Boletín de Leyes í decretos del gobierno, años 1821 y 1822*, Santiago: Imprenta Nacional, 1901, p. 98. En el sistema anterior, si el cargo había sido adquirido con bienes sociales, era partible y debía adjudicarse por el precio que tuviera al tiempo de la partición: Matienzo, *Comentaria...* glosa 4 n° 6 a *Rec. Cast.* 5,9,5 y Tapia, *op. cit.*, t. 1, lib. 1, cap. 8, n° 13, p. 101.

<sup>1560</sup> La redacción de este numerando no experimentó variación en ninguno de los proyectos; sólo hubo cambios en cuanto a su posición, que era la de n° 3 del artículo 7 en el primer proyecto y n° 3 del artículo 245 en el segundo, pasando a ocupar el n° 2 en el artículo 1892 del proyecto de 1853, situación en que se mantuvo hasta su consagración legal numerado, ahora, 1725.

<sup>1561</sup> Indicaba Matienzo, citando a Diego de Segura, que ingresaban al haber social los frutos de todos los bienes propios de los cónyuges, no importando cuántos tuviera uno u otro consorte.

<sup>1562</sup> Ejemplo de ello en ANRACH vol. 222, fs. 21 y. En *Febrero Novísimo*, T. 1, lib. 1, tít. 2, cap. 8, n° 9, p. 99 se

los artículos 1727 N° 3: “... no entrarán a componer el haber social, 3” Todos los aumentos materiales que acrecen a cualquiera especie de uno de los cónyuges formando un mismo cuerpo con ella, por aluvión, edificación, plantación o cualquiera otra causa”, y 1771, inciso 20: “Por el aumento que provenga de causas naturales e independientes de la industria humana, nada se deberá a la sociedad”.

En el n° 3 del artículo en comento leemos: “3. Del dinero que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio o durante él adquiriere obligándose la sociedad a la restitución de igual suma”. Dejando de lado el cambio de numeración, hubo a través de los diversos proyectos, varias modificaciones. El primero se refería sólo al dinero aportado al matrimonio. El de 1853 agregó la referencia al dinero que se adquiriera durante su vigencia, adquisición que el proyecto inédito calificaba de “a título lucrativo”. Esta frase fue eliminada finalmente. No hay aquí gananciales, sino sólo bienes que entran al haber social para que el marido los utilice, debiendo devolverlos al disolverse la comunidad. En el antiguo sistema, para que algún bien adquirido lucrativamente ingresara a la sociedad conyugal, era menester que hubiera sido otorgado a ambos cónyuges, pues, de lo contrario, se lo consideraba propio de cada cual. Por ello es que la situación descrita en este numerando no era contemplada en las normas castellanas, en que no existía lo que hoy llamamos el “haber relativo o aparente” de la sociedad conyugal. Sí tenía el Derecho hispánico una solución semejante en lo tocante a bienes dotales. Se trata de las dotes inestimadas consistentes en bienes que se cuentan, pesan o miden, los que pasan al dominio del marido, con cargo de devolver éste, al finar el matrimonio, otra tanta cantidad de la misma especie<sup>1563</sup>.

Semejante en su estructura al numerando anterior, es el cuarto de este artículo: “4. De las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio o durante él adquiriere quedando obligada la sociedad a restituir su valor según el que tuviere al tiempo del aporte o de la adquisición”. Continúa su segundo inciso: “Pero podrán los cónyuges eximir de la comunión cualquiera parte de sus bienes muebles, designándolos en las capitulaciones o en una lista firmada por ambos y por tres testigos domiciliados en el departamento”. Muchas variaciones presenta este texto en los diversos proyectos. El primero y el segundo decían escuetamente:

“De las cosas fungibles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, obligándose la sociedad a restituir su valor según el que tengan al tiempo del aporte”  
(el segundo decía “al tiempo del matrimonio”).

El de 1853 rezaba:

“De las cosas fungibles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio o durante él adquiriere quedando obligada la sociedad a restituir su valor según el que tuvieren las cosas de la misma especie y calidad a la fecha de la disolución de la sociedad”.

---

dice: “cuando el aumento intrínseco sobreviene a la misma cosa por su propia fuerza, virtud y naturaleza, v.g. el marido lleva al matrimonio un fundo que vale mil reales y durante el matrimonio llega al valor de dos mil, porque el tiempo se lo dio sin su industria, trabajo ni obra hecha en él: pues este valor intrínseco y aumento es propio y privativo del marido, y así no se debe comunicar a su mujer, ni por consiguiente tasarse por más que el que tenía y se le dio al tiempo que lo llevó”.

<sup>1563</sup> Villadiego, *op. cit.*, p. 296.

En el cuarto proyecto toma ya la redacción su forma definitiva, salvo la mención que ahí se hacía a que la adquisición fuera lucrativa, lo que fue suprimido finalmente. De este proyecto data el inciso segundo, al que se cercenó en 1853 la posibilidad de excluir los bienes muebles mediante lista firmada por ambos cónyuges y tres testigos.

Como fundamento de esta disposición cita Bello el *Febrero Novísimo*<sup>1564</sup>. La inspiración del codificador fue la mecánica de la dote inestimada consistente en cosas que se cuentan, pesan o miden, de las que, como lo indicaba Tapia<sup>1565</sup> y lo hará Bello en el artículo 575 “no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan”. A diferencia de lo que opinaban los más sesudos tratadistas, como Gregorio López<sup>1566</sup>, en cuanto a que el valor que debía recibir el cónyuge debía ser el que tuviera el bien al tiempo de disolverse el matrimonio, se optó, en definitiva, por el de la época del aporte o adquisición, si bien en el proyecto tercero se había retomado el procedimiento clásico. En el sistema castellano la solución que, como excepción, da el inciso 20 de este numerando, era la normal, esto es, que los bienes muebles que los cónyuges poseían antes del matrimonio no ingresaran a la sociedad conyugal. Sin embargo, como existía la presunción de que los bienes fueran comunes, era ahí necesario que se dejara en claro cuáles pertenecían a cada consorte<sup>1567</sup>. A la larga, entonces, en el régimen español, si bien los muebles que marido o mujer tenían al casarse seguían siendo suyos, por obra de la presunción de que todos los bienes que se hallaran al finalizar la sociedad conyugal debían ser considerados comunes, era necesario incluirlos en un instrumento que los especificara para que no se confundieran con el haber social, solución que, siguiendo otro derrotero, adopta el codificador.

Las reglas recién señaladas se hacen extensivas al caso del tesoro a que se refiere el artículo 1731.

En el siguiente numerando del artículo 1725 leemos: “5. De todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso”. Los proyectos primero y segundo contemplaban esta situación en una redacción menos neta:

“1. De todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a cualquier título, menos a título de donación, herencia o legado”.

El proyecto de 1853, que incorporó este numerando, lo encabezaba con las palabras “de los demás bienes”, que fueron substituidas en el inédito por “de todos los bienes”. La médula de la disposición es puro Derecho castellano tradicional: lo original estriba en que se abstraigo su esencia de las primitivas normas, que estaban cargadas de casuismo. La redacción definitiva es, sin duda, mucho más perfecta que la de las antiguas normas de Castilla, cuya formulación, por otra parte, era, en gran medida, del siglo XIII. Se evitan cabos sueltos y términos susceptibles de diversas interpretaciones. Por ejemplo, en vez de

---

<sup>1564</sup> T. 1, lib. 1, tít. 2, cap. 5, que dice así: “si el marido hubiese recibido los bienes dotales sin aprecio alguno, y fuesen de los que consisten en número, peso o medida, y con el uso se consumen, le pertenece también su incremento y deterioro, porque sin embargo de no haberse valuado, se le transfirió su dominio; pero en este caso debe restituir a su elección otros tantos en número, especie, medida, peso y calidad, o el precio que tengan al tiempo de la disolución del matrimonio, y no el que tenían al de su recibo y contrato matrimonial, ya valiesen entonces más baratos o más caros: y así no habiendo gananciales, lo pagará de sus propios bienes”.

<sup>1565</sup> T. 1, lib. 1, tít. 2, cap. 5, n.º 7, p. 63.

<sup>1566</sup> Glosa 3ª a *Partidas*. 4,11,18.

<sup>1567</sup> Ver nota 5.

los verbos ganar y “comprar” que utilizaban *Nov.Rec.10,4,1* y *Rec.Cast.5,9,2*, se emplea “adquirir”, de mayor comprensión. Es eliminada la circunstancia de estar los cónyuges “de consuno”, tipificada en las antiguas normas, lo que, como lo señalé en su oportunidad, había provocado más de alguna dificultad. Aclarando esos textos los tratadistas habían descartado que la adquisición debiera ser hecha conjuntamente por ambos consortes<sup>1568</sup>. Igualmente, habían interpretado el estar “de consuno como que siguieran unidos marido y mujer, aunque por diversas circunstancias no habitaran bajo el mismo techo<sup>1569</sup>. Sin embargo, incrementaba el haber de cada cónyuge lo obtenido por ellos, aunque hubiera matrimonio, si no habían vivido juntos<sup>1570</sup> y una norma semejante existía cuando se producía divorcio, respecto del inocente. Bello, pues, soslaya la dificultad poniendo “durante el matrimonio”, situación de derecho, fácilmente comprobable, a ‘diferencia de las circunstancias antaño consideradas, susceptibles de pruebas engorrosas. Digamos, por último, que la expresión “cualquiera de los cónyuges” que usa el legislador guarda absoluta relación con la opinión de los tratadistas, como lo afirma Matienzo: “sea que la compra se haga por el marido en su nombre o por la mujer con ‘dinero del marido o de la mujer o de ambos, se comunica ipso iure entre ellos lo adquirido tanto en cuanto al dominio como a la posesión...”<sup>1571</sup>.

El proyecto inédito agregó al artículo 1725:

“6. De los bienes raíces que la mujer aporta al matrimonio apreciados para que la sociedad le restituya su valor en dinero”.

Dice el inciso 2º:

“Se expresara así en las capitulaciones matrimoniales o en otro instrumento público otorgado al tiempo del aporte, designándose el valor y se procederá en lo demás como en el contrato de venta de bienes raíces”.

Concluye el inciso 3º:

“Si se estipula que el cuerpo cierto que la mujer aporta, pueda restituirse ‘en dinero a elección de la mujer o del marido, se seguirán las reglas de las obligaciones alternativas”.

Esta situación es nueva en cuanto a la sociedad conyugal; pero existía en el Derecho castellano respecto a la dote estimada. De ahí que el legislador se refiera sólo a los inmuebles de la mujer. No habla de los del marido porque un caso de esa naturaleza no era entonces fácilmente imaginable, aunque, realmente, no hay razón para no aplicar estas normas al hombre<sup>1572</sup>. La dote castellana, como ya dijimos, podía ser estimada o inestimada.

---

<sup>1568</sup> Matienzo, *op. cit.*, glosa 2, nº 1 a R.C. 5,9,2: “*In lege fon & ordinationum, unde lex haec deprompta fuit, dicebat litera, compraren de consuno, quasi necessarium esset ubi altero que simul emerentur, quod tamen Doctores non admitterebant, satis enim erat, secundum eos quod ab altero eorum quaerentur ut communicatio ni inter eos locus esset*”.

<sup>1569</sup> Matienzo, *op. cit.*, glosas 1, 2 y 3 a R.C. 5,9,2 y Llamas, *op. cit.*, comentario 28 a la ley 77 de Toro, quien cita a Acevedo.

<sup>1570</sup> Fondo Antiguo, vol. 73, fs. 68, v.

<sup>1571</sup> Matienzo, *op. cit.*, glosa 2, nº 3 a R.C. 5,9,2.

<sup>1572</sup> Vid. A. Alessandri Rodríguez, *Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada (artículo 150 y Título 22 del Libro VI del Código Civil)*, Santiago: Imprenta Universitaria, 1935, pp. 82 y 202.

En el primer caso, sólo debía devolverse el bien mismo, aprovechando sus mejoras o perjudicándose con sus deterioros la mujer. Cuando la dote se daba apreciada, podía serlo sólo para que quedara constancia sobre los bienes que la integraban, o bien con la intención de que el marido devolviera su valor. Este se hacía dueño, entonces, de ellos por una suerte de compraventa y las mejoras y deterioros le afectaban. El modo de practicarse la tasación era solemne<sup>1573</sup> y debía constar que se hacía para que el marido devolviera el valor y no los bienes mismos. Si compararnos esta regulación con la del n° 6 del artículo 1725, encontraremos un completo paralelo. La voz “apreciados” es la misma que se lee en *Partidas* 4,11,16. Que la tasación produzca los efectos de una compraventa lo contempla indirectamente el inciso 2°. La necesidad de indicar que la apreciación es para la restitución del valor, la trae, asimismo, el inciso 2° cuando dice: “se expresará”. La solemnidad, en fin, del viejo Derecho es mantenida en la nueva legislación. La obligación alternativa que menciona el inciso 3° la contemplaba *Partidas* 4,11,18 respecto de un ejemplo de dote apreciada: “en tal manera, que si el casamiento se partiesse, que fuese en escogencia del marido de tornar las cosas o dozientos maravedís”. La doctrina había ampliado la posibilidad de escoger a la mujer y sus herederos. Dice, por ejemplo, Tapia, citando a Antonio Gómez y Juan Gutiérrez:

“eligiendo la muger o sus herederos los bienes dotales y no su precio, pueden repetirlos de los terceros poseedores a quienes su marido los haya enagenado sin ser necesario hacer excusion en los de este”<sup>1574</sup>.

Es obvio que, para que se dieran estas obligaciones alternativas, debían estipularse expresamente en el instrumento respectivo.

Siguiendo el orden del Código, hallamos, en seguida, el artículo 1726, que varía totalmente las normas castellanas sobre bienes adquiridos a título gratuito por ambos cónyuges. Se leía en *Nov. Rec.* 10, 4, 1 (*Rec. Cast.* 5, 9, 2): “si fuere donadío de Rey o de otri, y lo diese a ambos, háyanlo marido y muger”. Esta clase de bienes hacía excepción a la regla general de que las adquisiciones gratuitas incrementaran el haber de cada consorte. El codificador decidió innovar y quiso mantener la norma común de que todo lo adquirido gratuitamente –salvo que ingresara al haber relativo– fuera de cada cónyuge:

“Las adquisiciones hechas por cualquiera de los cónyuges a título de donación, herencia o legado, se agregarán a los bienes del cónyuge donatario, heredero o legatario; y las adquisiciones hechas por ambos cónyuges simultáneamente, a cualquiera de estos títulos, no aumentarán el haber social, sino el de cada cónyuge”.

La solución es ratificada por el artículo 1732: “Las cosas donadas, o asignadas a cualquier otro título gratuito, se entenderá pertenecer exclusivamente al cónyuge donatario o asignatario; y *no se atenderá* a si las donaciones u otros actos gratuitos a favor de un cónyuge han sido hechos por consideración al otro”.

En nota puesta a este artículo recalcaba el codificador que se reformaba el Derecho vigente<sup>1575</sup>.

---

<sup>1573</sup> Puede consultarse una escritura en Dougnac, *Esquema...*, p. 203 y SS.

<sup>1574</sup> T. 1, lib. 1, tít. 2, cap. 5, n° 4, p. 61.

<sup>1575</sup> Bello, Andrés, *Código Civil de la República de Chile, II Introducción y Notas de Pedro Lira Urquieta*, Caracas: Ediciones del Ministerio de Educación, 1955, p. 591.



Aclara Bello en el artículo 1727 que bienes no entrarían en el haber social. En el número 1o. encontramos algunos adquiridos a título oneroso durante la vigencia de la sociedad conyugal y que, sin embargo, no son comunicables: “1º El inmueble que fuere debidamente subrogado a otro inmueble propio de alguno de los cónyuges”, lo que, como ya apunté al referirme al sistema indiano, era la norma vigente. En el inciso 1º del artículo 1733 se encarga el legislador de reglar cómo ha de operar la subrogación:

“Para que un inmueble se entienda subrogado a otro inmueble de uno de los cónyuges, es necesario que el segundo se haya permutado por el primero, o que, vendido el segundo durante el matrimonio, se haya comprado con su precio el primero; y que en la escritura de permuta o en las escrituras de venta y de compra se exprese el ánimo de subrogar”.

No estamos aquí tampoco frente a una modificación del Derecho castellano, sino ante la consagración legal de lo opinado por juriconsultos de la talla de Alonso Díaz de Montalvo, Rodrigo Suárez, Juan López de Palacios Rubios y Juan de Matienzo<sup>1576</sup>. La prueba queda, sin embargo, aquí limitada: antiguamente no se exigía la expresión del ánimo de subrogar, lo que podía acreditarse aun por confesión de alguno de los cónyuges<sup>1577</sup>. Tal confesión era reputada donación que se confirmaba por la muerte, que es la solución que consigna Bello en el artículo 1739, inciso 3º.

En ésta y en las demás subrogaciones de que trata el Código en este lugar se exige por el artículo 1735 autorización judicial con conocimiento de causa, lo que fue introducido en el proyecto inédito y que no es, aparentemente, de origen castellano. Sí lo son las normas que consigna el artículo 1734 en sus incisos 1º, 2º y 3º sobre la diferencia de valor entre los bienes que se subrogan, como lo trae Tapia<sup>1578</sup>. El inciso final del artículo 1734 consigna, según Alessandri, una solución propia de nuestro Código, que obvia la dificultad que aún se plantea en el derecho francés ante una desproporción enorme entre los bienes en subrogación<sup>1579</sup>.

El número 2º del mismo artículo exceptúa de ingreso al haber social a

“las cosas compradas con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio”.

Tenemos aquí ampliada una situación que los autores prácticos habían considerado en relación a los bienes dotales. Leemos, al efecto, en Tapia, que no ingresa a la sociedad la finca adquirida por el marido “con dinero dotal y consentimiento de su muger... pues en este caso se hará propia de ella y ganará su señorío como comprada con su mismo dinero”<sup>1580</sup>. La vinculación de la norma indicada con lo recién descrito queda de manifiesto al examinarse la primitiva redacción dada por Bello, en la que se refería, además, a los

---

<sup>1576</sup> Matienzo, *op. cit.*, p. 257 v.

<sup>1577</sup> Tapia, *op. cit.*, T. 1, lib. 1, tít. 2, cap. 8, nº 7, p. 98.

<sup>1578</sup> Tapia, *op. cit.*, T. V, *Tratado de los juicios de inventario y partición de Herencias*, tít. 2, cap. 3, nº 10, pp. 99-100. Alessandri hace, sin embargo, referencia al derecho francés: *op. cit.*, p. 244.

<sup>1579</sup> Alessandri, *op. cit.*, p. 244, nota 4.

<sup>1580</sup> Tapia, *op. cit.*, T. 1, lib. 1, tít. 2, cap. 8, nº 7, pp. 98-99.

valores destinados a compra “en la constitución de una dote”<sup>1581</sup>. En el inciso 2º del artículo 1733 se señalan los requisitos que han de cumplirse para que opere la subrogación de inmueble a valores: será necesario que los valores hayan sido destinados a ello, en conformidad al número 2º del artículo 1727, y que en la escritura de compra del inmueble aparezca la inversión de dichos valores y el ánimo de subrogar”. Más específicamente puntualizaba el proyecto de 1853:

“1º Que los valores hayan sido destinados a ello, en los términos de la excepción número 2 del artículo 1892 (se refiere al artículo 1727 nº 2); 2º Que conste de un modo auténtico que la sociedad debe al dicho cónyuge los valores con que se hace la subrogación; 3º Que si los valores pertenecen a la mujer, se haga la subrogación con el consentimiento de ésta; 4º Que en la escritura de compra del inmueble aparezca el ánimo de subrogar”<sup>1582</sup>.

Como se ve, el legislador civil corrigió el antiguo derecho en cuanto a la prueba, para proteger los intereses de los terceros. Llama la atención que, salvo en el proyecto de 1853, en los demás no se haga referencia al consentimiento de la mujer, respecto a lo cual en los tratadistas –por lo menos, para la subrogación de bienes dotales– se hacía mucho caudal. Hablando sobre el problema que se planteaba al hacer el marido la compra con bienes dotales, decía Tapia:

“aunque quien compra en su propio nombre alguna cosa con dinero ajeno la hace suya regularmente, y por la tradición adquiere el dominio y la posesión de ella (bien que haciéndose responsable, y quedando deudor del dinero a su dueño), no obstante, entre los socios conyugales, si consta haberla comprado el marido, con *voluntad, consentimiento* y dinero que su mujer llevó en dote, se la transferirá su dominio y no a su marido, y la cosa se constituirá dotal, sin embargo de que suene comprada en nombre del mismo marido”<sup>1583</sup>.

Al comentar el artículo 1725 nº 2 ya me referí al 1727 nº 3 y al 1771 inciso 2º, que reproducen el Derecho existente hasta entonces sobre mejoras en bienes propios de los cónyuges. Dice el artículo 1727 nº 3:

“... no entrarán a componer el haber social: 3o. Todos los aumentos materiales que acrecen a cualquiera especie de uno de los cónyuges formando un mismo cuerpo con ella por aluvión, edificación, plantación o cualquiera otra causa”.

En el proyecto inédito se eliminó la frase “con cargo de abonarse a la sociedad las expensas según después se dirá”<sup>1584</sup>, situación que contempla el artículo 1746.

En el artículo 1728 Bello y sus legisladores dieron la solución que ahí se consigna al problema que podría suscitarse por condominio entre la sociedad y uno de los cónyuges. No conozco que esta situación haya sido abordada en el Derecho castellano: norma expresa, por lo menos, no hay. En los proyectos primero y segundo se decía que si entre la finca de uno de los consortes y la adquirida por la sociedad se hubiera formado una

---

<sup>1581</sup> Esta referencia a la dote sólo fue eliminada en el *Proyecto Inédito*: Lira, *Introducción...*, T. II, p. 589.

<sup>1582</sup> Lira, *Introducción...*, T. II, p. 592.

<sup>1583</sup> Tapia, *op. cit.*, T. y, *Tratado...*, tít. 2, cap. 3, nº 9, pp. 98-99.

<sup>1584</sup> Ella aparecía así en los proyectos de 1847 y 1853. Una redacción ligeramente diferente contemplaban los proyectos anteriores.

heredad o edificio del que el terreno últimamente adquirido no pudiese desmembrarse sin daño, “la heredad o edificio pertenecerá enteramente a dicho cónyuge” sin perjuicio de la recompensa por la adquisición y demás expensas. El proyecto de 1847 mantiene la misma solución, siempre que el nuevo terreno sea accesorio al perteneciente al cónyuge y da una nueva solución para cuando no se produzca accesoriedad: “la sociedad y el dicho cónyuge serán condueños del todo a prorrata de los valores de sus porciones respectivas al tiempo de la incorporación. Queda, pues, en evidencia que no existía un criterio claro para zanjar este alambicado caso.

Contempla el Código en su artículo 1729 la regla que debe seguirse cuando uno de los cónyuges, que posee un bien proindiviso, adquiere a título oneroso el resto del bien: “pertenecerá proindiviso a dicho cónyuge y a la sociedad, a prorrata del valor de la cuota que pertenecía al primero y de lo que haya costado la adquisición del resto”. En el Derecho castellano no se encuentra norma expresa al respecto. El Código Napoleón consigua un modo diverso de tratar este caso<sup>1585</sup>. Parece ser, pues, invención de Bello.

De acuerdo al sistema español de minas, el dominio eminente de ellas correspondía a la corona, con el solo objeto de conceder su propiedad a los particulares, bajo ciertas condiciones determinadas en las ordenanzas respectivas<sup>1586</sup>. Su condición jurídica era, entonces, semejante a la de los bienes llamados castrenses o dados por el rey, y, por ende, no debían ser comunicables, de la misma manera como no lo eran las encomiendas<sup>1587</sup>. La mujer tenía plena capacidad para la adquisición de la propiedad minera<sup>1588</sup> y, de hecho, no es extraño encontrarlas dedicadas a estas labores en los siglos XVIII y XIX<sup>1589</sup>. Si las minas no ingresaban al haber social en el período indiano, el artículo 1730 que dice: “las minas denunciadas por uno de los cónyuges o por ambos se agregarán al haber social” constituye una novedad introducida por Bello, en que se aparta tanto de la antigua legislación española como de la francesa<sup>1590</sup>. Como refieren todos los comentaristas del Código Civil, obró en pro de esta regla la consideración de la asociación de esfuerzos que supone esta clase de trabajos<sup>1591</sup>.

---

<sup>1585</sup> Alessandri, *op. cit.*, p. 223, nota 1.

<sup>1586</sup> Ordenanzas 1 y 2 del *Nuevo Cuaderno*; ordenanzas 1 y 2 del título V de las de *Nueva España*. ver G. Rochefort Ernst, *Esquema del Derecho de Minas en Chile Colonial*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1950, p. 327.

<sup>1587</sup> Solórzano, *Política...* lib. 3, cap. 106, n° 23.

<sup>1588</sup> Rochefort, *op. cit.*, p. 327.

<sup>1589</sup> Ver A. Dougnac Rodríguez, "Mineros y asientos de minas en Chile (1787-1817)" en *Revista Chilena de Estudios Históricos* n° 18 (Santiago, 1973), p. 76 (n° 644); p. 53 (n° 40); p. 56 (n°s. 164, 174, 177, 195); p. 57 (n° 230); p. 58 (n° 251); p. 59 (no. 304); p. 61 (n° 358); p. 63 (n° 368); p. 65 (n° 435), etc.

<sup>1590</sup> Esta última decía en su artículo 1403: “... les produits... des mines tombent dans la communauté pour tout ce qui en est considéré comme usufruit, d’après les règles expliquées au titre de l’Usufruit, de l’Usage et de l’Habitation. Si les ... mines ont été ouvertes pendant le mariage, les produits n’en tombent dans la communauté que sauf récompense ou indemnité á celui des époux á qui elle pourra étre due”.

<sup>1591</sup> Vid., por ejemplo, A. Barros Errázuriz, *Curso de Derecho Civil*, vol IV, Santiago: Editorial Nascimento, 1931, p. 126; Alessandri, *op. cit.*, p. 226; R. Vera, *Código Civil de la República de Chile comentado y explicado*, Santiago: Imprenta de “El Correo”, 1896, tomo V, p. 327.

Bello resume en el artículo 1736 lo que casuísticamente había sido elaborado por los juriconsultos castellanos:

“la especie adquirida durante la sociedad, no pertenece a ella aunque se haya adquirido a título oneroso, cuando la causa o título de la adquisición ha precedido a ella”.

Enumera, en seguida, por vía ejemplar y no taxativa una serie de circunstancias en que se produce este fenómeno. Veamos algunas: la del nº 3 encuentra su origen, según el mismo codificador, en Tapia: “...los bienes que vuelven a uno de los cónyuges por la nulidad o resolución de un contrato, o por haberse revocado una donación”. Da Bello un alcance general a lo que había sido tratado respecto de un caso particular: en Tapia se estimaba del marido la finca que él hubiera vendido con anterioridad al matrimonio con pacto de retroventa y que recuperaba durante la vigencia de la sociedad conyugal por efecto de tal pacto<sup>1592</sup>. Extiende, como puede verse, el sentido primitivo de la afirmación del juriconsulto invocado. El nº 4 halla, igualmente, su antecedente en Tapia: “...los bienes litigiosos y de que durante la sociedad ha adquirido uno de los cónyuges la posesión pacífica”. También aquí Bello, encontrando en el sistema castellano la médula de la regulación, otorga un alcance más vasto a lo que había sido tratado en forma casuista<sup>1593</sup>. El nº 5 resume un tema ampliamente desarrollado por los autores españoles: “tampoco pertenecerá a la sociedad el derecho de usufructo que se consolida con la propiedad que pertenece al mismo cónyuge: los frutos solos pertenecerán a la sociedad”. Sobre el particular se habían pronunciado las egregias figuras de Juan López de Palacios Rubios<sup>1594</sup>, Gregorio López<sup>1595</sup>, Antonio Gómez<sup>1596</sup>, Juan de Matienzo<sup>1597</sup>, Juan Gutiérrez y otros.

El mismo principio que informa el artículo 1736 preside el 1737, esto es, que se atienda a la época de la causa o título. Si ésta data de cuando la sociedad conyugal estaba vigente, aunque el bien de hecho ingrese sólo después de su disolución, pertenecerá a aquélla:

se reputan adquiridos durante la sociedad los bienes que durante ella debieron adquirirse por uno de los cónyuges, y que de hecho no se adquirieron sino después de disuelta la sociedad, por no haberse tenido noticias de ellos o por haberse embarazado injustamente su adquisición o goce”. El inciso 2º se refiere a los frutos que debieron pertenecer a la sociedad y que no se percibieron durante su vigencia por ignorancia o embarazo. Llegados a poder del cónyuge o sus herederos “se mirarán como pertenecientes a la sociedad”. Una vez más hallamos aquí una afirmación general cuyo fundamento se encuentra en el Derecho castellano. Este, a través de sus tratadistas, se había ocupado de la suerte que deben correr los frutos, cuando la parte de herencia o legado que un testador

---

<sup>1592</sup> Tapia, *op. cit.*, T. 1, lib. 1, tít. 2, cap. 8, nº 17, p. 102.

<sup>1593</sup> Tapia, *op. cit.*, T. 1, lib. 1, tít. 2, cap. 8, nº 12, p. 100.

<sup>1594</sup> J. López de Palacios Rubios, *De Donationibus inter virum et uxorem*, parr. 62, nº 13.

<sup>1595</sup> Glosa 2, a P. 4, 11, 18.

<sup>1596</sup> Gómez, *Ad Leges Tauri...*, glosa 78 a las leyes 50,51,52 y 53,y glosa 28 a la ley 70.

<sup>1597</sup> Matienzo, *op. cit.*, glosa 1, nº 87 a *Rec. Cast.* 5,9,2: “...*limita praecipuam assertionem ex lege nostra elicitam, ut communicationi lucrorum locus non sit, si maritus matrimonio constante natus sit ex consolidatione usumfructum fundi, cuius proprietatem ante matrimonium acquirerat, nam is usufructus communi non erit coniugum sed mariti, cuius erat proprietas, quamvis fructus communi sint!*”.

deja a uno de los cónyuges, ha sido atacada en cuanto a su validez y por ello se retarda la partición y la entrega de los bienes<sup>1598</sup>. Aunque la mayor parte de los juristas estaban por la incorporación de esos frutos a la sociedad, alguna voz aislada creía que debían pertenecer al heredero o legatario

“fundándose en que no se llama tener perfectamente la cosa mientras no se posee realmente y en que los cónyuges no pusieron trabajo en su producción, lo que es el motivo fundamental de la ley para que participen de ellos”<sup>1599</sup>.

Bello, pues, zanja legalmente la discusión doctrinaria y proclama con caracteres de generalidad el principio que se encontraba incipiente en las obras de Derecho castellano.

La cuestión sobre el destino de las donaciones remuneratorias, hechas a uno o ambos consortes durante la vigencia de la sociedad conyugal, había merecido sesudas cavilaciones de los tratadistas. Diego de Covarrubias y Gregorio López se habían pronunciado por su incorporación al haber social en cuanto igualaran el precio del trabajo o servicio que se intentaba remunerar con ellas. Si sobrepasaban tal valor, no se las debía considerar sociales, sino que incrementarían el haber de cada cónyuge<sup>1600</sup>. Tal es el fundamento del artículo 1738:

“Las donaciones remuneratorias hechas a uno de los cónyuges o a ambos, por servicios que no daban acción contra la persona servida, no aumentan el haber social, pero las que se hicieren por servicios que hubieran dado acción contra dicha persona, aumentan el haber social, hasta concurrencia de lo que hubiera habido acción a pedir por ellos, y no más, salvo que dichos servicios se hayan prestado antes de la sociedad, pues en tal caso no se adjudicarán a la sociedad en parte alguna”.

El último acápite no hace más que reiterar la doctrina, ya asentada en los artículos anteriores, sobre qué ha de atenderse a la época de la causa o título respectivo.

Como dije al tratar del régimen económico matrimonial antes de la codificación, en el Derecho castellano había primado la idea de que los bienes que se encontraran al disolverse la sociedad conyugal, debía estimarse que le pertenecían. Las *Partidas*, con su régimen de corte romanizante, habían dado una regulación totalmente diversa y presumían que eran propiedad del marido<sup>1601</sup>. La costumbre, sin embargo, dio al traste con esta ley y en la 203 del *Estilo* encontramos con que dichos bienes se considerarían de ambos cónyuges por mitades, a menos de prueba del dominio de algunos de ellos. La referida norma fue, finalmente, incorporada a la *Recopilación de Leyes de Castilla*<sup>1602</sup> y más tarde a la *Novísima Recopilación*<sup>1603</sup>. De ahí la tomó Bello para el inciso 1º del artículo 1739:

“Toda cantidad de dinero y de cosas fungibles, todas las especies, créditos, derechos y acciones que existieren en poder de cualquiera de los cónyuges al tiempo de

---

<sup>1598</sup> Tapia, *op. cit.*, T. 1, lib. 1, tit. 2, cap. 8, nº 11, p. 100.

<sup>1599</sup> Ayora, cit. por Tapia, *ibid.*

<sup>1600</sup> Tapia resume la posición de estos tratadistas en T. 1, lib. 1, tit. 2, cap. 8, nº 14, p. 101.

<sup>1601</sup> *Partidas* 3,14,2, que sigue la presunción muciana, de que se ha hablado en el lugar correspondiente.

<sup>1602</sup> *Rec. Cast.* 5,9,1

<sup>1603</sup> 10,4,4.

disolverse la sociedad, se presumirá pertenecer a ella, a menos que aparezca o se pruebe lo contrario”.

La generalidad de la regla transcrita es rota por la disposición del último inciso de ese artículo: “Sin embargo, se mirarán como pertenecientes a la mujer sus vestidos y todos los muebles de su uso personal necesario”. Tenemos aquí la consagración de la vetusta institución del lecho cotidiano, a que me referí anteriormente, llamado también “dormitorio o lecho de la mujer” contemplada en el *Fuero Real*<sup>1604</sup>. En Chile indiano, como se ha adelantado más atrás, se le daba una enorme extensión y puede leerse al efecto en un texto de práctica forense de esa época:

“en el reyno de Chile, por costumbre executoriada por los tribunales, se les da por lecho quanto contiene el cuarto de dormir en cama, ornato, taburetes, espejos, cortinas, repisas, láminas, pila de plata, bacinilla, mesa de estrado, cajuela, mate, brasero, espejos, etc.”<sup>1605</sup>.

Seguramente por haberse producido más de un abuso<sup>1606</sup>, el codificador intentó limitar la institución a los “vestidos y muebles de su uso personal necesario”. La práctica jurisprudencial tendió, sin embargo, a retomar el camino indiano. Sirvan de ejemplo los dos casos siguientes. En 1885 doña Natafia Palazuelos obtuvo que se reconocieran como muebles de uso necesario “un cupé, arneses y caballos que fueron comprados por su esposo don Santiago Pérez Matta para el uso personal y exclusivo de ella”<sup>1607</sup>. En 1888, doña Enriqueta Fresno de Echeverría recibía, por decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago, unos “pendientes o dormilonas de brillantes de valor de \$ 2.500” que debían “considerarse como muebles de uso personal necesario”, atendida la fortuna cuantiosa de su cónyuge don Joaquín Echeverría<sup>1608</sup>. Con esta jurisprudencia, se dan la mano en pleno acuerdo, a pesar de la limitación introducida por Bello, los jueces de antes y después de la codificación.

### 3. Conclusiones

Del examen comparado de las disposiciones del *Código Civil* con las del Derecho castellano, surge como inevitable corolario que Bello sólo en muy contadas ocasiones modificó el Derecho anterior. Se limitó, como por otra parte lo expresa él mismo en época tan temprana como 1833, a recopilar el Derecho existente<sup>1609</sup>. Claro está que no pudo dejar de reformar algunos puntos, a veces siguiendo su personal opinión, en otras, eligiendo entre varias posibilidades, sobre todo jurisprudenciales, o por último, en aras de la debida congruencia entre las diversas partes del Código. Es muy notable constatar con cuánto

---

<sup>1604</sup> Vera, *op. cit.*, T. V, p. 331. Antes que en el *Fuero Real*, lo encontramos en *Fuero Viejo* 5,1,5.

<sup>1605</sup> Citado por Bascañán, *op. cit.*, pp. 83-84.

<sup>1606</sup> Vid. Dougnac, *Esquema...*, p. 175.

<sup>1607</sup> *Gaceta de los Tribunales*, año 1885, p. 2165, sent. 3651, cit. por M. Somarriva Undurraga, *Derecho de Familia*, Santiago, Editorial Nascimento, 1937, p. 239.

<sup>1608</sup> *Gaceta de los Tribunales*, año 1888, T. 1, p. 674, sent. 834, cit. por Somarriva, *op. cit.*, p. 239.

<sup>1609</sup> Codificación del Derecho Civil en El Araucano, 1833, en *Obras Completas de Don Andrés Bello*, vol. IX, *Opúsculos Jurídicos*, Santiago: Impreso por Pedro G. Ramírez, 1885, p. 36.

cuidado se ciñó, al tratar estas materias, a lo que había sido la idea matriz al iniciarse el proceso: simplificar la legislación dispersa en textos diversos “conservando su carácter y forma, si no es en lo que disonase con los intereses sociales y con el espíritu de las instituciones republicanas”<sup>1610</sup>. No había, pues, en principio, intención alguna de innovar, toda vez que el Derecho castellano era apreciado en su verdadero valor: ¿...por qué empeñarnos en innovaciones más extrañas? Nuestra legislación civil, sobre todo la de Siete Partidas, encierra lo mejor de la jurisprudencia romana, cuyo permanente imperio sobre una tan grande e ilustrada parte de Europa atestigua su excelencia”<sup>1611</sup>. En un artículo periodístico de la época se sugería que el nuevo derecho fuera construido sobre la base de lo ya experimentado, pues no había “datos positivos” en qué sustentar las posibles modificaciones. Primaba, en consecuencia, al empezar el fenómeno de codificación, un espíritu conservador, al que Bello se avino perfectamente al tratar estas materias de régimen económico matrimonial.

Estimo que la labor desarrollada por el ilustre venezolano, en lo que se refiere al tema que he estado tratando, se puede compendiar en las siguientes conclusiones:

1. Adecua el antiguo Derecho a las leves patrias. Cuando comenté el artículo 1725 n° 1, hice mención de cómo el Derecho castellano, en razón de ser vendibles muchos oficios, los contemplaba al tratar de la sociedad conyugal. Decía Tapia al respecto, resumiendo las opiniones de Gómez y Matienzo:

“la estimación o valor de los oficios de regidor, escribano, procurador, alguacil y otros enajenados de la Corona, que durante el matrimonio compran los cónyuges, se les debe comunicar en los propios términos, porque estos oficios por costumbre de estos reinos y tácita permisión del Soberano se venden, dan en pago y hace ejecución en ellos y como transmisibles a los herederos se colacionan al modo que otros bienes y se les aplican en las particiones”<sup>1612</sup>.

Como la práctica de vender los cargos había sido eliminada en Chile, repugnaba referirse a ello en el nuevo Derecho.

2. Incorpora una distinción que era desconocida en el Derecho castellano en cuanto a la forma en que ingresan los bienes al haber social. De acuerdo a esta distinción, existen lo que posteriormente fue denominado el haber absoluto o real y el haber relativo o aparente. Corresponden al primer grupo los bienes del artículo 1725 n°s 1, 2 y 5, que son propiamente gananciales e ingresan definitivamente al haber social, sin cargo alguno de recompensa. Los de los números 3, 4 y 6 sólo entran al haber social para que el marido disponga de ellos; pero con cargo de restituir, cuando se disuelva la sociedad conyugal, el valor que tenían al tiempo del aporte. El sistema castellano estimaba que los bienes de los números 3 y 4 eran propios de los cónyuges. En el caso de pertenecer a la mujer, su administración competía al marido, con la cortapisa de que no podía disponer de ellos por actos entre vivos sin contar

---

<sup>1610</sup> *El Araucano*, Editorial de 6 de diciembre de 1839. El artículo 12 de la ley de 1840 que creó la comisión codificadora decía: “El objeto de los trabajos de la comisión es la codificación de las leyes civiles, reduciéndolas a un cuerpo ordenado y completo, descartando lo superfluo o lo que pugne con las instituciones republicanas del Estado, dirimiendo los puntos controvertidos entre los intérpretes del Derecho y no admitiendo fuera de éstas otras innovaciones que las necesarias para la simplicidad y armonía del cuerpo legal”.

<sup>1611</sup> *Ib.*

<sup>1612</sup> Tapia, T. 1, lib. 1, tít. 2, cap. 8, n° 13, p. 101.

con la autorización de ella, so pena de nulidad<sup>1613</sup>. El Código Civil, al ingresar estos bienes de la mujer al haber relativo, da al marido la facultad de administrarlos prácticamente sin intervención de ella; pero para ciertos actos es necesario su consentimiento: dar en arrendamiento los predios rústicos por más de ocho años o los urbanos por más de cinco<sup>1614</sup>; enajenar y empeñar los bienes muebles<sup>1615</sup>; enajenar y gravar los bienes raíces<sup>1616</sup> exceptuándose los incorporados apreciados, etc.<sup>1617</sup>. Fluye de lo expresado que, aunque en esencia hay diferencia entre el sistema antiguo y el nuevo, en la práctica, sus efectos son similares. Igualmente queda protegida la mujer e igualmente su intervención en la administración x' disposición de estos bienes es más bien débil.

3. Abstrae de la casuística castellana normas generales. El codificador se muestra verdaderamente genial en este aspecto y revela un conocimiento asaz completo, tanto de las obras de los tratadistas como de la legislación imperante. Así, con la sola expresión “de todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso” que utiliza en el artículo 1725 n° 5, compendia lo establecido en *Nov.Rec.* 10, 4, leyes 1, 2 y 5; *Rec.Cast.* 5,9, leyes 2, 3 y 5; *Ordenanzas Reales de Castilla* 5, 4, leyes 1. 2 y 4; *Fuero Real* 3, 3, leyes 1 y 2, leyes 205 y 207 del *Estilo*, más lo que latamente habían escrito al respecto decenas de jurisconsultos. En el artículo 1736, cuando declara que “la especie adquirida durante la sociedad no pertenece a ella aunque se haya adquirido a título oneroso cuando la causa o título de la adquisición ha precedido a ella”, sintetiza muchas líneas de Palacios Rubios, Gómez, López. Matienzo y otros. Semejante es su acción generalizadora en el artículo 1737, que trata de la situación inversa y en el artículo 1738, cuando expresa que no ingresan al haber social las donaciones remuneratorias derivadas de servicios prestados antes de la sociedad.

4. A veces la acción generalizadora lo lleva a modificar el Derecho castellano. Al disponer en el artículo 1725, n° 1, que el haber de la sociedad conyugal se compone “de los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios, devengados durante el matrimonio”, reforma a la *Nov.Rec.* 10,4, leyes 2 y 5. Decía la *Nov.Rec.* 10,4,2: “si el marido alguna cosa ganare.., en la hueste del Rey o de otro que vaya por su soldada, háyalos todo quanto ganare por suyo; y si fuere en hueste sin soldada, a costa de sí y de su muger, quanto ganare desta guisa, todo sea del marido y de la muger”, lo que completaba la *Nov.Rec.* 10, 4, 5:

“mando y ordeno que todos y qualesquier bienes castrenses y oficios de Rey.., que fueron ganados y mejorados y habidos durante el matrimonio entre el marido y muger por el uno dellos, que sean y finquen de aquel que los hubo ganado, sin que el otro haya parte dellos”.

Elimina, entonces, la distinción anterior que miraba al origen de estos emolumentos y a la participación que, en su generación, hubiera correspondido a marido o mujer, adoptando una norma amplia, abstracta, que engloba todas las situaciones. En el fondo, aplicó la máxima de que donde hay la misma razón debe existir la misma disposición.

---

<sup>1613</sup> Dougnac, *Esquema...*, p. 176.

<sup>1614</sup> Artículo 1757.

<sup>1615</sup> Artículo 1755.

<sup>1616</sup> Artículo 1754.

<sup>1617</sup> Vid. Alessandri, *op. cit.*, p. 415 y ss.



5. En ocasiones, el codificador especifica lo que el Derecho castellano trataba en general. Leemos en *Novísima Recopilación* 10, 4, 4:

“la costumbre., es... que los bienes que han marido y muger, que son de ambos por medio, salvo los que probare cada uno que son suyos apartadamente”.

Bello, en cambio, expresa en el artículo 1739:

“toda cantidad de dinero y de cosas fungibles, todas las especies, créditos, derechos y acciones de cualquiera de los cónyuges, al tiempo de disolverse la sociedad, se presumirán pertenecer a ella a menos que aparezca o se pruebe lo contrario”.

De la escueta norma hispánica pasamos a una suerte de enumeración que, técnicamente, evita discusiones sobre la atribución de un determinado bien a la sociedad conyugal.

6. Da a algunas normas que reglaban las dotes un alcance mayor que el que tuvieron originariamente. El legislador no sólo hizo alusión al sistema dotal en el párrafo 7 del título 22 del libro IV. intitulado “De la dote y de las donaciones por causa de matrimonio”: siendo la idea de Bello la de equiparar los bienes dotales con los propios de la mujer, incorpora a las reglas acerca de éstos disposiciones de origen castellano relativas a aquéllos. En el proyecto de 1853, manifiesta paladinamente: “No se hace diferencia entre bienes dotales y parafernales”<sup>1618</sup>.

“Esta asimilación de las parafernias a la dote es todavía si cabe, más necesaria desde que por los fueros españoles y las *Leyes de Toro* se estableció la sociedad conyugal y se inhabilitó a la mujer para todo contrato sin autorización del marido”<sup>1619</sup>.

Por eso, en el artículo 1725, N° 3, al tratar la incorporación al haber relativo del dinero que cualquier cónyuge aportare o adquiriere gratuitamente durante el matrimonio, utiliza la misma solución que el Derecho castellano daba para las dotes inestimadas compuestas de bienes que se cuentan, pesan o miden. El numerando siguiente de la misma disposición, relativo a cosas fungibles y especies muebles trae un origen similar. Viene, igualmente, de la legislación sobre dotes, esta vez inestimadas, la disposición del n° 6 del artículo 1725, sobre bienes raíces aportados al matrimonio, a la que me referí oportunamente. Es también de estirpe dotal la norma del n° 2, del artículo 1727 sobre subrogación de inmueble a valores.

7. Elimina términos jurídicos que habían causado dificultades de interpretación. Tal ocurre con la norma del artículo 1725, n° 5, sobre incorporación a la sociedad conyugal de lo adquirido onerosamente durante el matrimonio. Su origen más remoto es Fuero Real 3, 3, 1 en que se estimaba que era partible toda cosa que marido y mujer “ganaren o compraren estando de consuno”, Esta última frase había sido interpretada de las maneras más diversas, no faltando quien estimara que era necesaria la cohabitación física de los cónyuges. Suprimida la frase en cuestión, quedó cerrada la discusión, No menos problemas se derivaban de la voz “ganaren”, pues la ganancia podía tener origen gratuito u oneroso.

---

<sup>1618</sup> Habiendo dote, todos los bienes que la mujer aporta al matrimonio o que adquiere durante su vigencia a título gratuito reciben el nombre de bienes parafernales, o, lo que es lo mismo, bienes extradotales: *Partidas*.4, 11, 17.

<sup>1619</sup> Lira, *Introducción...*, t. II. pp. 579-580.

Por ello, cuando el legislador utilizó la palabra “adquiera” en esa disposición, erradicó interminables alegatos que doctos juristas habían mantenido durante siglos.

8. Introduce formalidades que tienden a proteger a la mujer. La necesidad de acudir a los tribunales para que autoricen, con conocimiento de causa, la subrogación en bienes de la mujer (artículo 1735), no existía en el Derecho castellano. Su incorporación al Código tiende a brindar mayor amparo a la cónyuge, para que no sea defraudada en sus bienes.

9. Limita los modos de probar el ánimo de subrogar. El artículo 1733 modifica al Derecho castellano, en cuanto introduce una limitación a las pruebas de que los cónyuges podían hacer uso con tal objeto. No había, antes, inconveniente en emplear cualquier medio de prueba, lo que, ciertamente, se prestaba para abusos como que algún marido en mala situación económica probara ser subrogado algún bien perseguido por un acreedor suyo. La buena fe queda salvaguardada con esta disposición.

10. Varía radicalmente, en algunos casos, las normas imperantes. Como ha quedado de manifiesto a través de este estudio, son contadísimas estas modificaciones. En la materia tratada sólo he encontrado dos: la del artículo 1726, que ingresa al haber propio de cada cónyuge la donación, herencia o legado que afectan simultáneamente a ambos, lo que en el Derecho castellano era social, y la del artículo 1730, que hace comunicables las minas denunciadas por uno o ambos cónyuges, y

11. Incorpora situaciones no abordadas por el Derecho castellano, como las de los artículos 1728 y 1729, de las que hablé oportunamente.

## TERCERA PARTE FILIACIÓN Y PATRIA POTESTAD

### CAPÍTULO VIII LA FILIACIÓN LEGÍTIMA

#### 1. Antecedentes

Por filiación entendemos la calidad de hijo que una persona tiene respecto de otra, que es su padre o madre. Esta filiación puede ser legítima —que es la que desarrollará enseguida— ilegítima<sup>1620</sup> y adoptiva<sup>1621</sup>.

En el derecho hispano-visigodo los hijos legítimos figuraban, al tratarse de las líneas de parentesco, en el primer grado, ateniéndose en ello a las reglas romanas<sup>1622</sup>. Por su lado, las *Partidas* contemplaban entre los bienes del matrimonio el de "fazerijos para crescer derechamente el linaje de los omes e con tal entencion deuen todos casar, también los que non pueden haberijos, como los que los han"<sup>1623</sup>. Del matrimonio proceden los hijos legítimos: "legítimo fijo, tanto quier dezir, como el que es fecho segund ley, e aquellos deuen ser llamados legítimos, los que nascen de padre e de madre que son casados verdaderamente, segund manda Santa Iglesia"<sup>1624</sup>. Pero también son considerados legítimos los nacidos bajo un matrimonio *in facie Ecclesiae* que "ouiesse tal embargo, porque el casamiento se deue partir", o sea, los procreados en matrimonio putativo desconociéndose el impedimento por lo menos por uno de los cónyuges, mas no los que lo fueren después que se conoció "tal embargo".

Obraba en favor de los hijos la presunción de su legitimidad cuando naciesen dentro del matrimonio "e [sus padres] biuien en uno a la sazón que la concibio"<sup>1625</sup>, presunción que no era *iuris et de iure* o de derecho sino *iuris tantum* o simplemente legal<sup>1626</sup>. No obstante esta presunción, en alguna ocasión declaraba el padre ser suyo el hijo que llevaba su mujer en el vientre. Por ejemplo, a 28 de julio de 1698 el sargento mayor Juan de la Llana declaraba en su codicilo que, al tiempo de haber extendido testamento, había ignorado que su mujer estuviese embarazada, por lo que venía en declarar que reconocía como suya a la criatura

---

<sup>1620</sup> Véase el Capítulo IX, siguiente, de este mismo libro.

<sup>1621</sup> Véase el Capítulo XII de este mismo texto.

<sup>1622</sup> *Fuero Juzgo* 4, 1, 1.

<sup>1623</sup> *Partidas* 4, 2, 3.

<sup>1624</sup> *Partidas* 4, 13, 1. La regla es similar a la romana, sólo que para ésta eran hijos legítimos *-iusti* o *legitimi* los nacidos de *iustae nuptias*. Según Ulpiano "*filium eum definimus qui ex viro et uxore eius nascitur quos iustis nuptiis procreauimus*".

<sup>1625</sup> Tomado de D. 1. 6. 6.

<sup>1626</sup> D. Covarrubias a Leyva, *Tractatus de matrimonio* en *Opera omnia*. Coloniae Allobrogum, 1679, II, 8, \*3, no. 10.

que naciese de su mujer<sup>1627</sup>. Si la criatura nacía "un día del seteno mes, que es cumplida e biuidera", o sea, a los seis meses y un día, era legítima. Siguiendo a Hipócrates, las *Partidas* afirmaban<sup>1628</sup> que la mujer no podía llevar su hijo por más de diez meses. Consiguientemente, el hijo nacido hasta diez meses después de muerto el marido era igualmente considerado legítimo. Tales presunciones sólo se rompían si durante los cuatro meses de los diez anteriores al parto el marido hubiese estado imposibilitado físicamente de cohabitar con la mujer<sup>1629</sup>. No bastaba para echar por tierra esta presunción la declaración contraria de la mujer, pues

"ensañanse las mugeres a las vegadas<sup>1630</sup> tan fuertemente que por despecho que han de sus maridos dicen que los fijos que tienen en los vientres, o que son nacidos que non son dellos, mas de otros"<sup>1631</sup>.

Aunque el hijo naciese antes de los ciento ochenta días posteriores al matrimonio, no podía el marido desconocer su paternidad cuando previo al connubio hubiese tenido noticia del embarazo, pues resultaba irracional pensar que quisiera casarse con quien tenía en su vientre el hijo de otro. Tampoco podía hacerlo si antes o después del nacimiento hubiese reconocido la paternidad por instrumento público o privado o por medios idóneos. Finalmente, también quedaba vedado el desconocimiento en el caso de que el hijo no hubiese nacido vital —"cumplida e biuidera"<sup>1632</sup>—, pues había que pensar que su nacimiento se había producido antes de tiempo y que, por ende, pertenecía al marido<sup>1633</sup>.

La paternidad podía ser impugnada en caso de impotencia física, como sucedería por ausencia, "non auiendo el marido estado alongado della tanto tiempo que pudiesen verdaderamente sospechar segund natura que el fiyo fuera de otri"<sup>1634</sup> y, en general, ante cualquier imposibilidad de tener el marido acceso sexual a su mujer. Vinculado a la impugnación estaba el delito de suposición de parto, consistente en hacer pasar a un niño por hijo de quien no es su padre:

---

<sup>1627</sup> E. S. vol. 426, fs. 228 v.

<sup>1628</sup> *Partidas* 4, 23, 4: "Ipocras fue vn filosofo en arte de la fisica, e dixo que lo mas que la muger preñada puede traer la criatura en el vientre son diez meses". Refiriéndose a la herencia legítima del nacido después de trescientos días de la muerte del presunto padre, decía Ulpiano "*post decem menses mortis natus non admittitur ad legitimam hereditatem*". La regla de los diez meses vendría, sin embargo, de la Ley de las XII Tablas: A. Guzmán Brito, *Derecho Privado Romano*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, t. I, p. 359. Los seis meses mínimos, contenidos en *Dig.* 1, 5, 12 y 38, 16, 3, 12 sí provendrían de Hipócrates según Guzmán Brito, *ibidem*.

<sup>1629</sup> *Partidas* 4, 23, 4 y la glosa de Gregorio López.

<sup>1630</sup> "A veces".

<sup>1631</sup> *Partidas* 3, 14, 9.

<sup>1632</sup> La Ley 13 de Toro, de 1505, a fin de evitar dudas acerca de la situación de los hijos que muriesen recién nacidos, a los que solía considerarse abortivos, dispuso que se tendría por naturalmente nacido al que lo hubiese sido vivo, que hubiese vivido 24 horas naturales y que hubiese sido bautizado. "Pero si por el ausencia del marido, ó por el tiempo del casamiento claramente se provase que nació en tiempo que no podia vivir naturalmente: mandamos que aunque concurran en el dicho hijo las calidades susodichas, que no sea avido por parto natural ni legitimo".

<sup>1633</sup> J. Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* -3ª ed., corr. y aum.— Madrid, Lima: Librería de la señora viuda e hijos de D. Antonio Calleja, 1847, voz "hijo legítimo".

<sup>1634</sup> *Partidas* 3, 14, 9.

"Trabajanse a las vegadas algunas mugeres que non pueden auer fijos de sus maridos de fazer muestra que son preñadas, non lo seyendo, e son tan arteras, que fazen a sus maridos creer que son preñadas: e quando llegan al tiempo del parto toman engañosamente fijos de otras mugeres, e metenlos consigo en los lechos, e dizen que nascen dellas"<sup>1635</sup>.

Correspondía al marido querellarse por esta causa, y, a su muerte, los parientes más próximos que tuviesen derecho a heredar en caso de no existir el pretendido hijo. Estaban habilitados para ello aun los legítimos hijos de la madre engañadora, quienes, no pudiendo demandarla, podían querellarse respecto del pretendido hermano para que no tuviese parte en la herencia<sup>1636</sup>. Era derecho del padre la impugnación de la paternidad cuando se le demandaba por crianza o alimentos. Procesalmente, este juicio debía ser breve y sumario: "llanamente, e sin alongamiento, non guardando la forma de juyzio, que deue ser guardado en los otros pleytos"<sup>1637</sup>. Durante la tramitación, la crianza pesaba sobre el padre; pero si en definitiva se declarase que no era hijo suyo el que se pretendía por tal, correspondía a la madre solventar los gastos en que se hubiera incurrido<sup>1638</sup>.

La *praxis* indiana nos muestra bastante liberalidad en cuanto al reconocimiento como legítimos en favor de quienes alegaran tal calidad. En un juicio de 1675, seguido ante el Juzgado Mayor de Provincia, el Defensor de Menores presentó un solo testigo para acreditar la legitimidad de Francisca de Zubieta y su calidad de hija de Francisca Hernández y Bernardo de Zubieta, lo que bastó al tribunal para declararlo así<sup>1639</sup>. La posesión notoria de la calidad de hijo legítimo, acreditada por testigos, llevó al alcalde ordinario de primer voto de la ciudad de Santiago a declarar, en 1704, a Gabriel de Avaria como hijo legítimo del general Francisco de Avaria y de Lucía de Zavala. Los testigos, en este caso, eran de muy buena calidad: el general Jerónimo Cortés de Manso, encomendero; Alonso Romero de Saavedra, abogado; Gaspar del Aguila, encomendero y el deán de la Catedral y vicario general, Pedro Pizarro. Avalaba, además, la legitimidad, el haber sido instituido Gabriel de Avaria heredero necesario en el testamento de su madre<sup>1640</sup>. Más curiosa aun es la situación producida en la villa de San Martín de la Concha, hoy Quillota, en 1807, donde el alcalde ordinario, maestre de campo Isidoro Izquierdo, dio por legitimado a un difunto y toda su sucesión:

"Dijo que debía declarar, y efectivamente declaró según el mérito del proceso, y con Audiencia y sition del S. Procurador G[ene]ral de esta Villa y su ayuntamiento, por hijo legítimo, y como de legítimo matrimonio al difunto d[o]n Andrés, hijo del referido d[o]n Pedro Contreras, y de d[oi]ña Teresa Martínez de Caycedo: y en conformidad mandaba q[u]e su subcecion toda fuere tenida por decendiente de legítimos, y de legítimo matrimonio..."<sup>1641</sup>.

---

<sup>1635</sup> *Partidas* 7, 7, 3.

<sup>1636</sup> *Ibidem*.

<sup>1637</sup> *Partidas* 4, 19, 7.

<sup>1638</sup> *Fuero Real* 3, 8, 3.

<sup>1639</sup> ANRACH vol. 2103.

<sup>1640</sup> ANRACH vol 2588.

<sup>1641</sup> Archivo Notarial de Santiago vol. 24, fs. 508.

El caso es el siguiente: aproximadamente cincuenta años antes, Pedro Contreras, importante comerciante de la villa y reputado comúnmente por noble, "trato de amores" con Teresa Caicedo, igualmente noble, resultando de dichas relaciones un hijo llamado Andrés. Se hicieron las informaciones pertinentes "de soltería y libertad" ante el cura y vicario de la villa Bernabé de la Cruz<sup>1642</sup> y, cuando estaba por celebrarse la boda "por palabras de presente", encontrándose el novio en Santiago, le acometió una enfermedad de tal gravedad que hizo promesa de ingresar a la Compañía de Jesús en caso de sanar<sup>1643</sup>, lo que efectivamente practicó. De estos amores había nacido, entre tanto, el referido Andrés, quien había sido dado a criar a María de los Santos Alvarez. Esta, en la ancianidad en 1807, declaraba:

"Que lo unico que se acuerda es que siendo ella mosa, le dio de mamar y crio de sus pechos con su leche a d[o]n Andres por mandado de su ama d[o]ña Petronila Albares todos Difuntos. Que a la declarante se le contribuia con lo nesario por d[o]n Pedro Contreras y por d[o]ña Teresa Caysedo Padre y Madre del d[ic]ho d[o]n Andres y questo le costa de ciencia sierta por reconocimiento de ellos mismos, pero con la circunstansia que se le tenia encargado el secreto, y aun bajo juram[en]to yntertanto no se casaban para lo que ya tenian echas ynformasiones y aun para ese Dia la mesma declarante les tenia un thernero y algunas aves, pero que no berificandose por palabras de presente a causa de aberle dado una enfermedad en Santiago al d[ic]ho d[o]n Pedro no se acuerda de otra cosa quel aber dejado su comercio y a los pocos años aber oido desir se allaba de Religioso Tiatino...".

El ama de esta ama de leche, Petronila Alvarez "como no tubiese hijos lo adopto por tal, y tiene entendido esta le otorgo Donasion de todos sus Bienes..."<sup>1644</sup>. Como puede apreciarse, hay en este ejemplo una rebuscada utilización del sistema de legitimación, como que se verifica sin matrimonio de los padres y sólo en atención a un matrimonio que no fue tal, pues se había frustrado por la entrada en religión de uno de los contrayentes. Más bien se parece a una legitimación por rescripto del príncipe de que, como se ve en el párrafo siguiente, incumple con los requisitos más elementales.

En un expediente de 1811, por el que Mercedes Hidalgo solicitaba se declarara ser hija del legítimo matrimonio habido entre Juan Hidalgo y Mercedes Riveros, así como que se reconociese su limpieza de sangre, presentaba la siguiente minuta de puntos de prueba, que es indicativa de los aspectos que se consideraban relevantes en este tipo de asuntos:

"1. Si saben que es hija legítima de Juan Hidalgo y Mercedes Riveros, personas libres de toda mala raza y de la mejor calidad.

2. Que su padre Juan Hidalgo fue hijo de Marcos Hidalgo y de Gertrudis Meneses.

3. Si su madre Mercedes Riveros es hija legítima de don Juan Riveros y de doña Pastoriza Salinas de conocida limpieza de sangre.

---

<sup>1642</sup> Testimonio de Miguel de Ulloa, *ibidem*.

<sup>1643</sup> "... [S]e obligo p[or] voto solemne a entrar en la Religion expulsa, siempre q[u]e Dios le franquease la salud": *ibidem*.

<sup>1644</sup> *Ibidem*.

4. Cómo sus demás ascendientes y progenitores fueron reputados en este reino por nobles y que muchos de sus ascendientes ocuparon cargos honoríficos así eclesiásticos como seculares..."<sup>1645</sup>

## 2. Legitimación.

Consideraba la ley la posibilidad de legitimar a los hijos naturales nacidos fuera del matrimonio, siguiéndose así la corriente del *Corpus Iuris Civilis*<sup>1646</sup>; por subsiguiente matrimonio<sup>1647</sup>; por rescripto del Príncipe o del Papa<sup>1648</sup>, y aun admitían las Partidas la antigua oblación a la Curia del Derecho Romano<sup>1649</sup>. También procedía mediante testamento<sup>1650</sup> y por acto entre vivos, al través de declaración en instrumento público<sup>1651</sup>. El matrimonio subsecuente legitimaba tanto a los hijos que existiesen al celebrarse como a los ya fallecidos y aun daba carácter legítimo a la descendencia legítima de éstos.

La legitimación por rescripto del Emperador, tras determinados precedentes, había sido acogida por Justiniano<sup>1652</sup>, lo que sirvió de modelo a las *Partidas*<sup>1653</sup>. En la última Partida citada, se contiene el modelo de carta que el rey podía extender concediendo la merced solicitada. El *Fuero Real*<sup>1654</sup>, refiriéndose también a la legitimación, la hacía nacer del paralelo existente entre el poder papal y el real: "ca así como el Apostolico puede legitimar aquel

---

<sup>1645</sup> ANRACH vol. 3231, p. 16a.

<sup>1646</sup> J. Arias Ramos, J. y J. A. Arias Bonet, *Derecho Romano*.— 18ª ed.— Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1997, t. II, pp. 738-740; Panero, *op. cit.*, p. 260.

<sup>1647</sup> *Partidas*, 4, 13, 1: "[O]trosí son legítimos los fijos que ome ha en la muger que tiene por barragana si despues desso se casa con ella. Ca maguer estos fijos atales non son legitimos quando nascen, tan gran fuerza ha el matrimonio, que luego que el padre e la madre son casados, se fazen por ende los fijos legitimos". En igual sentido el Derecho Canónico: *Decretales* 4, 17, 6.

<sup>1648</sup> *Partidas*, 4, 15, 4. La legitimación por rescripto del príncipe nació con Justiniano: Panero, *op. cit.*, p. 260. Véase sobre esta materia el erudito estudio de L. Lira Montt, "La legitimación por rescripto en Indias. Estudio histórico-jurídico" en: *Boletín de la Academia Chilena de la Historia*, N° 103, pp. 49-66. Santiago, 1993. Estas legitimaciones no eran muy abundantes: sólo 244 entre los siglos XVII y XVIII *apud* A. Twinam, "Honor, Sexuality and Illegitimacy in Colonial Spanish America" en A. Lavrin (ed.), *Sexuality and Marriage in Colonial Latin America* Lincoln, Nebraska: University of Nebraska Press, 1989, pp. 47-95, trad. como "Honor, sexualidad e ilegitimidad en la Hispanoamérica colonial" en A. Lavrin (ed.), *Sexualidad y Matrimonio en la América Hispánica*. México: Grijalbo, 1991, pp. 127-171.

<sup>1649</sup> *Partidas* 4, 15, 5. Las curias o senados municipales sufrieron un grave deterioro al finalizar el Imperio en razón de que sus miembros -curiales o decuriones- eran solidariamente responsables por los impuestos que debía pagar la ciudad. De ahí su despoblamiento y que, para interesar en el acceso a este cargo se prometiera la legitimación a los obladados a la curia. Vid. L. G. de Valdeavellano, *Historia de España I De los orígenes a la baja Edad Media. Primera Parte*, 4a. ed. Madrid: Manuales de la Revista de Occidente, 1968, p. 235.

<sup>1650</sup> *Partidas* 4, 15, 6.

<sup>1651</sup> *Partidas* 4, 15, 7.

<sup>1652</sup> En la novela 74, Cap. 2 y reafirmada por novela 79, Cap. 9.

<sup>1653</sup> *Partidas*, 4, 15, 4; 3, 18, 9.

<sup>1654</sup> 4, 15, 4: "Maguer que el fijo que no es de bendicion no debe heredar, segun que manda la Ley; pero si el Rey le quisiere facer merced, puedale facer legitimo é sea heredero tambien como si fuese de muger de bendicion..."

que no es legítimo para haber Ordenes, é Beneficio, así lo puede legitimar el Rey para heredar, é para las otras cosas temporales". La ley 12 de Toro precisó los alcances de la legitimación por rescripto estableciendo que aunque alguno lo fuese para heredar los bienes de sus padres o abuelos y acaeciese que el padre, la madre o abuelos tuviesen después algún hijo o nieto que fuese descendiente legítimo o legitimado por subsiguiente matrimonio, aquél no podría entrar a heredar junto con el o los nacidos después. Sólo cabía que el padre, la madre o el abuelo "en lo que cupiere en la quinta parte de sus bienes que podían mandar por su anima le quisieren alguna cosa mandar"<sup>1655</sup>. Aunque la ley de Toro acordaba a estos legitimados las honras y preeminencias de hijos legítimos, incluida la hidalguía, Carlos I entendió que no quedarían exentos de los pechos, contribuciones y servicios a que estaban obligados con anterioridad<sup>1656</sup>. Felipe II les vedó derechamente la hidalguía<sup>1657</sup>, lo que implicó que, si querían obtenerla, tuvieran que litigarla ante la Real Chancillería pertinente<sup>1658</sup>. Si la procedencia de esta merced afectaba, en principio, sólo a los hijos naturales, se conocen casos en que se otorgó a un sacrílego<sup>1659</sup>. Debía ser solicitado por el padre o el hijo natural<sup>1660</sup>. Normalmente, durante los siglos XVI y XVII eran los méritos y servicios del padre y su familia los que el rey tomaba en consideración a la hora de legitimar<sup>1661</sup>, mas en el XVIII, considerándose esta legitimación entre las "gracias al sacar", se fijaron diversos servicios económicos<sup>1662</sup>. Como regalía de la corona que era, esta legitimación estaba vedada a virreyes, Audiencias y gobernadores de Indias debiendo de acudir al Consejo respectivo<sup>1663</sup>.

---

<sup>1655</sup> *Rec. Cast.* 5, 8, 10 que devino *Nov. Rec.* 10, 20, 7. De acuerdo al *Ius Commune* el legitimado por rescripto no adquiriría derechos sucesorios: H. Coing, *Derecho Privado Europeo* T. I *Derecho Común más antiguo (1500-1800)* Traducción y apostillas de A. Pérez Martín, Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1996, p. 23, quien cita a C. J. Ferrière (*Dictionnaire de droit et de pratique*, París, 1771) y W. A. Lauterbach (*Collegii theoretico-practici ad quinquaginta Pandectarum libros*, I-III, Tubingae: 1706-1714).

<sup>1656</sup> *Rec. Cast.* 6, 2, 12 que devino *Nov. Rec.* 10, 5, 5.

<sup>1657</sup> *Rec. Cast.* 2, 11, 20 que devino *Nov. Rec.* 10, 5, 6.

<sup>1658</sup> Lira, *op. cit.*, pp. 57 y 64.

<sup>1659</sup> J. M. Ots Capdequí, *El Estado Español en Indias*. México: Fondo de Cultura Económica, 1975, p. 90.

<sup>1660</sup> Lira, *op. cit.*, p. 53. El mismo autor nos señala que se consideraron legitimaciones extraordinarias en favor de hijos de caballeros profesos en las Ordenes, y casados y de clérigos: *ibidem*, p. 59, n. 35.

<sup>1661</sup> Lira señala diversos casos de legitimación operada en personas de distinción y méritos relevantes: *ibidem* pp. 58-59.

<sup>1662</sup> A. X. Pérez y López, *Teatro de la Legislación Universal de España e Indias*. Madrid, 1797, t. XV pp. 156-172.

<sup>1663</sup> *Rec. Ind.* 2, 15, 120.



### 3. *Patria potestad.*

Los padres legítimos tenían ciertos derechos y cargaban sobre ellos obligaciones respecto de sus hijos, lo que constituía la patria potestad<sup>1664</sup>. Su origen romano queda en evidencia en la definición que de ella daban las *Partidas*:

"[P]atria potestas en latin, tanto quier dezir en romance, como el poder que han los padres sobre los fijos",

o sea, "ligamiento de reuerencia, e de subiecion, e de castigamiento, que deue auer el padre sobre su fijo"<sup>1665</sup>. Podría definírsela como la autoridad del padre sobre la persona y bienes de sus hijos legítimos, legitimados y adoptados<sup>1666</sup>. Este complejo jurídico implicaba, entre otras cosas, criar y custodiar a los hijos, contribuir a los gastos de crianza, educación y subsistencia de los mismos de acuerdo al rango y facultades de que se dispusiera y corregirlos. En el aspecto económico, significaba la representación de los no emancipados y diversas facultades sobre los bienes de los menores, retaceadas por los peculios. El romanismo del Rey Sabio extendía la patria potestad a hijos legítimos, nietos y bisnietos por línea masculina, excluyéndose, por tanto, los descendientes por línea femenina, que quedaban sometidos a otro padre. Ello fue corregido posteriormente por la Ley 47 de Toro al considerarse al hijo casado "por emancipado en todas las cosas para siempre"<sup>1667</sup>. No obstante, hay varios expedientes en que los abuelos reclaman a sus nietos. Uno, de 1678, muestra cómo el Protector General de Naturales, en representación del indio Alonso López, solicitó se apercibiera a Francisco Barahona para que entregara a aquél inmediatamente su nieto de 9 años de edad en razón de ser su legítimo abuelo. Se ordenó la entrega inmediata, bajo apercibimiento de una multa de 100 pesos<sup>1668</sup>. En 1706, el Protector General de Naturales, representando a la india María Calderón, solicitó que el encomendero Antonio de Carvajal le hiciese entrega de la nieta de aquélla. El tribunal decretó la devolución de la menor bajo apercibimiento de una multa de 100 pesos no obstante las reclamaciones del encomendero<sup>1669</sup>.

---

<sup>1664</sup> Vid. R. P. Yanzi Ferreira, "La patria potestad en el derecho castellano-indiano. Un estudio a través de la jurisprudencia de Córdoba del Tucumán (1776-1810)", en: *Cuadernos de Historia* no. 4, pp. 167-176, Córdoba, 1994; V. Kluger, "Los deberes y derechos paterno-filiales a través de los juicios de disenso. Virreinato del Río de la Plata (1785-1812)", en: *Revista de Historia del Derecho*, N° 25, pp. 365-390. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997 y de la misma, "Consideraciones sobre las relaciones paterno-filiales en el Río de la Plata. Del ámbito doméstico a los estrados judiciales (1785-1812)" en *Actas del XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, t. IV, 151-178, Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997. Las aportaciones del *Ius Commune* son debidamente resaltadas en M. Bellomo, *Problemi di diritto familiare nell'età dei comuni: Beni paterni e "pars filii"* Milano: 1968.

<sup>1665</sup> *Partidas* 4, 17, 3.

<sup>1666</sup> J. Sala, *El Litigante instruido, ó el Derecho puesto al alcance de todos; compendio de la obra del Dr. Don [...], Que se enseña en las Universidades de España*. París: Imprenta de Pillet Ainé, 1836, p.21.

<sup>1667</sup> *Rec. Cast.* 5, 1, 8, que devino *Nov. Rec.* 10, 5, 3.

<sup>1668</sup> ANRACH vol. 2470.

<sup>1669</sup> ANRACH vol. 2166.

Aunque el derecho tradicional español reconocía a la madre la patria potestad en ciertos casos<sup>1670</sup>, las *Partidas* la excluyeron del ejercicio de este derecho<sup>1671</sup>, por lo que, si llegase a faltar el padre, los muchachos menores de catorce años y las muchachas menores de doce, debían ser sometidos a tutela<sup>1672</sup>. Por regla general, la patria potestad era perpetua, admitiéndose, sin embargo, causales de extinción, como se verá. Veamos los efectos de la patria potestad, que he clasificado en: a) derechos, que llevaban consigo sólo facultades para el padre; b) derechos-obligaciones, esto es, aquéllos que, si bien implicaban un poder del padre respecto de sus hijos, entrañaban también cargas en favor de éstos; y c) obligaciones, que significaban para el padre únicamente cargas.

### 3.1 Derechos:

a) *Derecho a la obediencia y respeto de los hijos, con su correlato, la obligación del hijo de obedecer y respetar a sus padres*<sup>1673</sup>: el *Fuero Juzgo* se refería al tema:

"[M]as si el fiiio ó la fiiia, ó el nieto ó la nieta fiziere grand tuerto ó grand desondra al padre ó á la madre, ó al avuelo ó a la avuela quel dé con palma, ó con punno, ó con coz, ó con piedra, ó con palo, ó con correa, ol tira por el pie, ó por la mano, ó por los cabellos desondrada mientre; ó si lo denostró en conceio, estos tales deven recibir cada uno L azotes delante el juez..."<sup>1674</sup>.

La mala conducta de los hijos llevó a varios padres a demandarlos ante los tribunales, advirtiéndose en todos ellos el flagelo de la embriaguez. En el caso que se menciona a continuación, se advierte la aplicación del *Fuero Juzgo* en la pena que el corregidor quiso aplicar al hijo insolente. En 1777, Valentín Navarro, de treinta años, cometió "desacato" en la persona de su padre, Juan de Dios Navarro, de sesenta, "hiriéndole de un mordiscón en la nariz, golpeándole malamente, agarrándole de los cabellos i ultimamente amenazándole con un cuchillo para quitarle la vida". La reyerta había tenido lugar cuando el padre había intentado separar a Valentín de su hermano Antonio, ambos ebrios, que discutían sobre quién había gastado más dinero en el entierro de la madre común. Sentenciado por el corregidor de Santiago a doscientos azotes por las calles públicas "publicándose su delito"<sup>1675</sup> y a ocho años de destierro en algún presidio del reino a servir a ración y sin sueldo, fue rebajada la pena por la Audiencia a dos años de presidio en el castillo del puerto

---

<sup>1670</sup> *Fuero Juzgo* 4, 3, 3: "si el padre fuere muerto, la madre deve aver los fiiios de menor edad en su guarda, si ella quisiere, é si se non casare, assí que de las cosas de los fiiios faga un escripto" y *Fuero Viejo* 5, 4, 1. La patria potestad de la madre ha sido deducida de este último texto, el que, al tratar de los bienes de los huérfanos, da prioridad a los parientes más próximos para arrendarlos, y si de sus padres "el uno dellos que finca viuo lo quisier tanto por tanto, aya el eredamiento, e tenga los fijos, e suos bienes". El *Código de Eurico* atribuía la patria potestad conjuntamente al padre y a la madre: Palimpsesto de París, cap. 320 Cfr.: J. Beneyto, *Instituciones de Derecho Histórico Español*. Barcelona: Librería Bosch, 1930, t. I p. 141, n. 89.

<sup>1671</sup> Lo que es la posición general del *Ius Commune*: M. Bellomo, "Famiglia" en *Enciclopedia del diritto* t. XVI, Milano, 1967, no. 7, p. 749.

<sup>1672</sup> *Partidas* 6, 16, 1.

<sup>1673</sup> Constituye un derecho del padre el de ser respetado y obedecido.

<sup>1674</sup> *Fuero Juzgo* 4, 5, 1.

<sup>1675</sup> Si se examinan los delitos imputados al hechor, ellos eran cuatro. Correspondiendo 50 azotes por cada uno, la pena de 200 azotes señalada por el corregidor se ajusta totalmente al texto visigodo.

de Valparaíso sirviendo en las obras públicas a ración y sin sueldo<sup>1676</sup>. Otro expediente, de 1785, daba cuenta de la querrela de un hombre de buena posición, Marcos de Hurtado, respecto de su hijo Rafael “por incorregible y de las más perversas costumbres hasta llegar a atentar en contra de la vida de su madre y hermanos, no bastándole con los consejos paternos y las diversas ocasiones en que ha estado preso”. El alcalde ordinario, Francisco Gutiérrez de Espejo lo condenó a diez años de destierro:

“[E]n uno de los más rigurosos presidio del reino al servicio de S. M. a ración y sin sueldo, para que tenga enmienda en lo sucesivo ya su ejemplo se repriman otros iguales desastrados hijos desobedientes a sus padres y a la justicia”.

La Audiencia rebajó la pena a seis años confinándolo en el Presidio de Valdivia por seis años para que sirviese en obras públicas a ración y sin sueldo<sup>1677</sup>. Teresa Pezoa se quejó ante el corregidor de Santiago, Melchor Jaraquemada, por las injurias “de obra y de palabra” cometidas en ella por su hijo legítimo Manuel Guerra, de veinte años, vendedor de carne. En este caso, el hechor, arrepentido, reconoció haber empujado a su madre y pidió dramáticamente que, en castigo, se le cortasen ambas manos. El agente fiscal se limitó a solicitar para él por lo menos cuatro años de destinación al Presidio de Valdivia. El expediente se encuentra incompleto<sup>1678</sup>. De 1797 data un juicio criminal en contra de Juan Figueroa, intentado por su madre, seguramente natural, Matea Figueroa, por haber intentado robar un poncho a un ministro de la justicia, lo que constituía uno más de los muchos delitos que había cometido. Pedía que se lo encarcelara por unos ocho o diez años para escarmiento de sus excesos. El agente fiscal convino en ello “para hacerle volver de la senda errada de sus vicios a los deberes de una vida arreglada”, limitando la duración a un espacio de seis a ocho años. Llevado el expediente a un asesor letrado, dictaminó cinco años de presidio en Valdivia, donde el gobernador debía entregarlo a alguno de los maestros artesanos para que aprendiese el oficio de herrero o el que fuese de su elección, conminándosele a que si intentare huir, se le aplicarían las penas más drásticas. El alcalde ordinario se conformó con el dictamen extendiéndose sentencia en el sentido indicado. La Audiencia rebajó la pena a dos años de presidio en Osorno, donde debía ser instruido en herrería u otro oficio<sup>1679</sup>.

b) *Derecho del padre a pronunciarse respecto de la solicitud de sus hijos para contraer matrimonio* : dado que ha sido tratado el tema en otra parte, me remito a ello<sup>1680</sup>.

c) *Derecho de los padres a obtener alimentos de sus hijos* :el *Fuero Real*, primero, y las *Partidas*, después, determinaron la referida carga que pesaba sobre los hijos. Decía aquél que

“[S]i el padre ó la madre vinieren á pobreza en vida de los fijos, quiera sean casados, quier no, mandamos que segun fuere su poder de cada uno, que gobiernen al padre, é á la madre...”<sup>1681</sup>.

Las segundas señalaban

---

<sup>1676</sup> ANRACH vol. 2477, p. 17.

<sup>1677</sup> ANRACH vol. 2758, p. 5a.

<sup>1678</sup> ANRACH vol. 1193, p. 4a.

<sup>1679</sup> ANRACH vol.2308, p. 6a.

<sup>1680</sup> Véase I Parte, cap. II *Los esponsales*, 4. 5.

<sup>1681</sup> *Fuero Real* 3, 8.

“que los fijos deuen ayudar a proueer a sus padres, si menester les fuere pudiendolo ellos fazer: bien assi, como los padres son tenudos a los fijos”<sup>1682</sup>.

La jurisprudencia muestra el cumplimiento de estas normas: Diego Martel obtiene, en 1788, que el albacea de la testamentaria de su fallecida mujer, Catalina Clavería, y curador de sus tres hijos menores, le entregue la suma de 200 pesos para vivir y sanar de sus enfermedades. El Defensor de Menores reconoció que al padre le correspondía tal derecho al tenor de *Partidas* 4, 19, 2 y 6, sentenciando en tal sentido la Real Audiencia<sup>1683</sup>. Tanto los hijos<sup>1684</sup> como las hijas que sucediesen en la encomienda a sus padres tenían la obligación de alimentar a su madre, mientras no se casase nuevamente, y hermanas

"[L]os quales alimentos sean segun la calidad de las personas, cantidad de la encomienda, y necesidad que tuvieran los que han de ser alimentados"<sup>1685</sup>.

### 3.2 Derechos-obligaciones:

a) *Derecho- obligación de custodia*<sup>1686</sup>: como se ha dicho recién, hasta los tres años la custodia del hijo pertenecía a la madre cristiana "e los padres a los que fueren mayores de esa edad". Por razones religiosas, cuando la madre no era cristiana, la custodia correspondía siempre al padre<sup>1687</sup>. En caso de fallecimiento de la madre, correspondía al padre la guarda de los hijos, quien podía renunciar a ella, caso en el que el juez debía señalar guardador<sup>1688</sup>. Aunque los gastos de mantenimiento de los hijos pesaban sobre la sociedad conyugal, si el matrimonio se separaba "por alguna razon derecha", el culpable debía contribuir al mantenimiento de los hijos en tanto que el inocente los tendría bajo su guarda. En caso que se declarara la nulidad del matrimonio y la madre contrajese nueva alianza<sup>1689</sup>, perdía la custodia, la que correspondía entonces al padre quien debía "criarlos si quiere riqueza, con que lo pueda fazer";

b) *Derecho- obligación de corrección*<sup>1690</sup>: ya se ha dicho más arriba que competía al padre la facultad de castigar al hijo con miras a su educación. Aun los reyes estaban sujetos a normas sobre esta materia y, si bien, debían aconsejar a sus hijos, igualmente debían

---

<sup>1682</sup> *Partidas* 4, 19, 2.

<sup>1683</sup> ANRACH vol. 2632, p. 6a. (1788)

<sup>1684</sup> *Rec. Ind.* 6, 11, 3.

<sup>1685</sup> *Rec. Ind.* 6, 11, 4.

<sup>1686</sup> Para los padres constituye una carga, pero también un derecho que pueden reclamar. Mirado desde la perspectiva del hijo, es un derecho.

<sup>1687</sup> *Fuero Real* 3, 8, 3.

<sup>1688</sup> *Fuero Juzgo* 4, 2, 13.

<sup>1689</sup> Unica causal por la que pudiese producirse “que se parta el casamiento por alguna razon derecha” referido en las *Partidas*, 4, 19, 3.

<sup>1690</sup> Desde la perspectiva paterna es un derecho y también una obligación. Desde la del hijo, es un derecho, pues mira a su mejoramiento.

"quando erraren castigarlos: como padre, e como señor"<sup>1691</sup>. El castigo debía ser moderado y dirigido a mejorar la conducta del hijo<sup>1692</sup>. "Mas si los padres están obligados a corregir a sus hijos, y aun a castigarlos a veces con severidad, no deben olvidar que todo castigo debe ser justo, prudente, racional"<sup>1693</sup>. Ya establecía el Derecho Romano que *patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere*<sup>1694</sup>. Como se verá más adelante, el castigo excesivo habilitaba para que el juez pudiese declarar la emancipación del hijo<sup>1695</sup>. No obstante deber ser moderado el castigo, hay constancia de correctivos brutales, sobre todo a causa de honores mancillados. En 1657 hubo en Potosí tres sucesos criminales de índole similar. Josefa Camargo, con un hermano suyo y dos criados, dio azotes a una hija suya durante dos horas en forma tan enérgica que le dio muerte. La causa fue el amor oculto que tenía con un peninsular que se había ausentado momentáneamente a Chuquisaca<sup>1696</sup>. En ese mismo año, una señora noble quitó la vida a su hija, ahogándola con unos colchones por haber sabido que estaba encinta<sup>1697</sup> y un matrimonio de noble estirpe dio muerte a puñaladas a su hija por haber solicitado al vicario que la casara con un muchacho de desigual linaje<sup>1698</sup>.

En Santiago de Chile, dos casos curiosos fueron protagonizados por el rico comerciante canario Antonio de Boza, hermano del primer marqués de Casa-Boza, de Lima, quien se caracterizaba por la mezquidad de que hacía gala para con sus hijos, lo que urgía a éstos a buscar ingeniosos, aunque a veces inmorales medios, para subvenir a sus necesidades. Uno de esos hijos, Tadeo, había jugado a las tabas con un bodegonero ganándole la interesante suma de 700 pesos, que éste no quería pagarle. Para liberarse de su obligación, acusó ante el padre las andanzas del hijo. Perseguido éste para ser azotado, se refugió en el Convento de San Francisco, donde el Prior, para protegerlo, le hizo poner el hábito de la orden, negándose a entregar el muchacho a su padre. Reclamó éste a la Audiencia, la que amparó al Convento y, por ende, al hijo. Este llegó a ser con el tiempo Provincial de los franciscanos<sup>1699</sup>.

Una segunda situación parecida se produjo con otro hijo, Antonio. Necesitado de dinero para sus gastos personales, cortó unas estriberas de plata de una de las visitas que en una ocasión había recibido su padre. Acto seguido, las condujo donde un reducidor que le pagó por ellas cierta suma. El afectado inició la búsqueda de su pertenencia y, habiéndola reconocido en el almacén que la había adquirido, llegó a noticia de haber sido Antonio Boza el hechor. Acusó al muchacho ante su padre. Este, esta vez, guardó para sí la ira e hizo conducir, bajo cualquier pretexto a Antonio a la chacra familiar de Renca, donde,

---

<sup>1691</sup> *Partidas* 2, 7, 13.

<sup>1692</sup> Donoso, *op. cit.*, p. 202.

<sup>1693</sup> Donoso, *op. cit.*, p. 137.

<sup>1694</sup> "La patria potestad debe basarse en el afecto, no en la severidad atroz": Marciano en *Dig.* 48, 9, 5.

<sup>1695</sup> *Partidas*, 4, 18, 18.

<sup>1696</sup> B. Martínez y Vela, *Anales de la Villa Imperial de Potosí*. La Paz: Artística, 1939, p. 179.

<sup>1697</sup> Martínez y Vela, *op. cit.*, p. 181.

<sup>1698</sup> Martínez y Vela, *op. cit.*, p. 182.

<sup>1699</sup> B. Vicuña Mackenna, *Historia crítica y social de Santiago 1541-1868*. 2a. ed. Santiago: Editorial Nascimento, 1926, t. 2, p. 64.

cayendo sobre él unos sirvientes, le dieron una azotaina tan violenta que lo dejaron sin sentido. Fue encerrado para recibir otra tanda de azotes al día siguiente. Sabedora de los designios de su marido la madre del menor, Ana Garcés de Marcilla, pidió amparo ante el gobernador Gabriel Cano de Aponte. Este logró que el enfurecido padre enviase a Antonio a casa de su tío en Lima. También Antonio llegó a ser un importante personaje, casó con su prima Catalina de Boza y Guerra, fue connotado abogado y Rector de la Universidad de San Marcos, amén de haber ostentado título de Castilla<sup>1700</sup>;

c) *Obligación-derecho de representar al hijo judicial y extrajudicialmente*<sup>1701</sup>: en el primer aspecto, debía hacerlo cuando éste fuese demandado y también cuando fuera necesario reclamar sus derechos. Sin expresa licencia del padre, no podía el hijo comparecer en juicio:

"[E] otrosi el fijo non puede aduzir en juyzio a ningun ome sin mandado de su padre, mientras que fuere en su poderío"<sup>1702</sup>

ni tampoco defenderse por sí propio. Sólo en caso de gran necesidad, como, por ejemplo, cuando el hijo hubiese sido enviado por el padre a otro lugar o cuando éste estuviese ausente, se le autorizaba para comparecer mientras se tramitase la autorización paterna pues "por aventura podría entre tanto perder su derecho el o el otro que ouiesse el a demandar"<sup>1703</sup>. Pero para actuar por sí mismo en estas situaciones era necesario que el hijo tuviese más de veinticinco años<sup>1704</sup>; si era menor de esa edad, había que nombrarle un curador *ad litem*<sup>1705</sup>. Si el padre se resistiera a dar la autorización, el juez, con justa causa, podía otorgarla<sup>1706</sup>. Más tarde, se permitió al hijo mayor de veinticinco años litigar por sí mismo; pero aun los mayores de esa edad no podían demandar a su padre o abuelo

"[C]a si fuesse padre, o abuelo que lo touiesse en su poderio, non puede fazer demanda contra el, por el debdo de la naturaleza, e del señorío que sobre el ha: e otrosi, porque biue con el de so vno"<sup>1707</sup>.

Sin embargo, había varias excepciones, pudiendo accionar el hijo en casos de negativa de filiación; respecto de bienes de los peculios castrense, cuasicastrense o adventicio; maltrato

"[E] aun dixerón los sabios antiguos, que si alguno destes [padre o abuelo] fuesse tan brauo contra el que touiesse en poder suyo, quel diesse tan fuerte vida, que la non pudiesse sufrir";

---

<sup>1700</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>1701</sup> Aunque fundamentalmente carga, es también un derecho del padre. Desde el punto de vista del hijo, es un derecho.

<sup>1702</sup> *Partidas* 4, 17, 11.

<sup>1703</sup> *Partidas* 4, 17, 12.

<sup>1704</sup> *Fuero Real* 1, 11, 8.

<sup>1705</sup> *Partidas* 3, 2, 7.

<sup>1706</sup> Vila, *op. cit.*, p. 6.

<sup>1707</sup> *Partidas* 3, 2, 2.

tentativa de hacerlo vicioso<sup>1708</sup>; demanda de alimentos<sup>1709</sup> y de disenso de matrimonio<sup>1710</sup>. Cuando el descendiente demandase a su ascendiente, debía primeramente pedir venia al juez, quien debía darla sin citación de la parte contraria<sup>1711</sup>, lo que en la práctica se limitaba a la expresión "previa la venia en derecho necesaria"<sup>1712</sup>.

Hay ocasiones en que, temiéndose actuaciones paternas lesivas a los intereses de los hijos, se nombraba a éstos un curador *ad litem*. En un juicio de 1653 se muestra la siguiente situación: Juana Pérez ha fallecido dejando como albaceas a su marido Bartolomé Márquez y a Francisco de Zelada. Para efectos de inventarios se nombró un curador *ad litem*, Tomás Dávila, quien denuncia que los bienes maternos están mal administrados por el padre, quien por lo demás, ha contraído nuevo matrimonio y termina solicitando el remate de los mismos -chacra en La Chimba, solares en la ciudad, cuadras de tierras, esclavos-. Ante tal intromisión, el padre responde que considera innecesaria la existencia de un curador *ad litem*, pues él como su padre legítimo está en condiciones de defenderlos "por la patria potestad y por el amor que les tiene". Además, como su padre legítimo sólo a él corresponde la administración de los bienes que les pertenezcan y, aunque ha contraído nuevo matrimonio, ello no obsta para que conserve el usufructo de los bienes de sus menores hijos. La Audiencia ordenó se pagara al curador los honorarios que se le adeudaban y que, en lo tocante a los bienes de los menores, las partes hicieran con ellos lo que más conviniese<sup>1713</sup>.

En lo atinente a la actuación extrajudicial del menor, Felipe II por disposición dada en Valladolid en 1558 ordenó que:

"De aquí adelante ningun hijo familias que esté debaxo del poder de sus padres, mayor o menor, nin ningun menor que tenga tutor o curador, sin licencia de los suso dichos no pueda comprar, ni tomar ni sacar en fiado por si, ni por otros en su nombre, plata ni mercaderías, ni otro ningun género de cosas .."<sup>1714</sup>.

d) *Obligación-derecho de administrar los bienes de los hijos*<sup>1715</sup>, lo que implicaba, siguiéndose la tradición romana —*pater et filius eadem persona esse intelleguntur*<sup>1716</sup>—, que los de éstos "son y

---

<sup>1708</sup> *Ibidem*.

<sup>1709</sup> Trataba el tema I. Pérez de Lara (1565-1639), quien fue designado alcalde del crimen de Lima, en su obra *Tractatus de alimentis*, Vid. J. Barrientos Grandon, "Literatura jurídica indiana de Derecho Privado" en *Revista de Historia del Derecho Privado*, 2, p. 78. Santiago: Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereyra, 1999.

<sup>1710</sup> Vila, *op. cit.*, pp. 5-6.

<sup>1711</sup> J. de Hevia Bolaños, *Curia Philipica*. Madrid: por Juan de San Martín, 1767, 1ª Parte, § 10, N° 5.

<sup>1712</sup> Vila, *op. cit.*, p. 6.

<sup>1713</sup> ANRACH vol. 1597, p. 5a.

<sup>1714</sup> *Rec. Cast.* 5, 11, 22, que devino en *Nov. Rec.* 10, 1, 17.

<sup>1715</sup> Aunque fundamentalmente un derecho, encierra la obligación de administrar que pesa sobre el padre. En la perspectiva filial es tanto derecho como obligación.

<sup>1716</sup> "Se considera que el padre y el hijo son una misma persona": *Codex* 6, 26, 11.

se consideran de sus padres, menos los de su peculio castrense, o cuasi castrense"<sup>1717</sup>. Además de éstos, se contemplaban los peculios profecticio y adventicio. Se entiende por peculio la hacienda o caudal que tiene el hijo de familia con separación de los bienes de su padre"<sup>1718</sup>.

Era el peculio profecticio un conjunto de bienes que el padre daba al hijo para su administración. Este sólo podía administrarlos, pues continuaban siendo propiedad del padre por lo que los frutos a éste pertenecían, "ca quanto quier que ganen desta manera, o por razon de sus padres: todo es de los padres, que los tienen en su poder"<sup>1719</sup>.

El peculio adventicio las *Partidas* lo trataban así:

"Lo quel fijo de alguno ganasse por obra de sus manos, por algund menester, o por otra sabiduria que ouiesse: o por otra guisa: o por alguna donacion que le diesse alguno en su testamento, o por herencia de su madre, o de alguno de los parientes della: o de otra manera: o si fallase thesoro: o alguna otra cosa por aventura..."

Era, pues, todo lo que el hijo adquiriría por su industria, fortuna, donación, herencia de su madre, parientes o extraños"<sup>1720</sup>, o sea, liberalidades no achacables al padre. El estatuto de tales bienes era el de

"[P]ropriedad del fijo que las gano, e el vsufruto, del padre en su vida, por razon del poderio que ha sobre el fijo"<sup>1721</sup>.

En una declaración extendida a 11 de febrero de 1694 en Santiago, Juan Antonio Ureta declara que habiendo fallecido Sebastiana de Cabrera, su mujer, había quedado una dote muy escasa, que debió gastarse en el funeral por lo que sólo habían terminado quedando 200 pesos. Por ello, se obliga a tener en su poder esta suma, que es del hijo quedado de este matrimonio, acrecentándola, sin disiparla,

"[C]omo padre y legítimo administrados de los bienes de su hijo y a entregarlos a éste junto con los gananciales cuando se lo ordene la justicia"<sup>1722</sup>.

El peculio castrense estaba constituido por lo que el hijo ganara por razón de la guerra o de la milicia"<sup>1723</sup>. Propiedad y usufructo del mismo era del hijo"<sup>1724</sup>; pero para efectos de sucesión por causa de muerte, la ley 6 de Toro dispuso que los ascendientes fuesen herederos forzosos, por testamento o *abintestato*, en todos los bienes de los descendientes

---

<sup>1717</sup> Sala, *op. cit.*, p. 21.

<sup>1718</sup> J. Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, p. 1338. *Peculium dictum est quasi pusilla pecunia sive patrimonium pusillum*. "se llamó peculio como (si dijera) pequeña suma de dinero o patrimonio pequeño": Ulpiano en *Dig.* 15, 1, 5, 3.

<sup>1719</sup> *Partidas* 4, 17, 5.

<sup>1720</sup> Escriche, *op. cit.*, p. 1338.

<sup>1721</sup> *Partidas* 4, 17, 5.

<sup>1722</sup> E. S. vol. 425, fs. 34 v.

<sup>1723</sup> Sala, *op. cit.*, p. 22. Vid. *Dig.* 49, 17 y *Cod. Inst.* 12, 36.

<sup>1724</sup> *Partidas* 4, 17, 6. Distinta solución daba el *Fuero Juzgo* 4, 5, 5: "e si alguna cosa ganar el fijo en hueste ó por su trabajo, si bive con el padre de so uno, la tercia parte deve aver el padre, é las dos partes deve aver el fijo por su trabajo".



que muriesen sin hijos o descendientes legítimos, los que sólo podrían disponer libremente del tercio<sup>1725</sup>.

Peculio cuasicastrense era lo que el hijo ganaba por razón de ciencia o de oficios públicos que ejerce —como juez, abogado, escribano, catedrático—, o por beneficio, renta o dignidad eclesiástica. Tanto propiedad como usufructo de ellos pertenecía al hijo<sup>1726</sup>. En el *Fuero Real* se encontraba un adelanto de lo que sería en las *Partidas* este peculio:

"Si el fijo que está con su padre, é con su madre, ante que case ganáre alguna cosa por su trabajo, ó que le dé el Rey, ó su Señor, ó otro home qualquier, no sea tenuto de dar parte á sus hermanos despues de muerte de su padre, ó de su madre..."<sup>1727</sup>.

Aun en materia de bienes, había que considerar los llamados reservables o reservaticios que eran los que el padre viudo o la madre viuda, que pasase a nuevas nupcias, debían guardar para los hijos del primer matrimonio. En esta categoría se incluían todos los bienes que el cónyuge hubiese adquirido gratuitamente "ya universal, como sucesión por testamento o ab intestato, ya singular como arras, donación, legado o fideicomiso; y asimismo los que hubiere heredado ab intestato de alguno de dichos hijos del primer matrimonio, con tal que éste los hubiese heredado antes del difunto padre o madre, como también los dos tercios de la herencia testamentaria que como heredero forzoso hubiere recibido de algún hijo, mas no el otro tercio que éste le hubiese dejado por propia voluntad; ni menos su mitad de bienes gananciales adquiridos durante dicho primer matrimonio"<sup>1728</sup>. Basándose en el Derecho Romano, el *Liber Iudicum* vedaba al padre que, muerta la madre, vendiese o enajenase los bienes de sus hijos conservando el usufructo durante toda su vida si se mantenía en estado de viudez, pasando a los hijos desde que contrajese nuevas nupcias.

"E quando el fiio ó la fiia del padre se quisiere casar, el padre luego dé su parte de la buena de su madre, é retenga pora sí la tercia parte daquello quel diere por la lazera que tomó en elo, y el padre deve dar al fiio ó á la fiia, pues que oviere XX annos complidos, maguer que se non case, la meetad de quanto pertenesze á cada uno de la buena de la madre, y el otra meetad tenga el padre en su vida, é despues de su muerte finque á aquellos fijos"<sup>1729</sup>.

### 3.3. Obligaciones:

---

<sup>1725</sup> *Rec. Cast.* 5, 8, 1, que devino *Nov. Rec.* 10, 20, 1. El Derecho Romano, en cambio, disponía que si el hijo de familia moría intestado, volvía el peculio al padre no como herencia, sino *iure peculii*, como cosa propia: *Digesto* 49, 17, 2 e *Instituta* 2, 12.

<sup>1726</sup> *Ibidem*.

<sup>1727</sup> *Fuero Real* 3, 5, 7.

<sup>1728</sup> Escriche, *op. cit.*, p. 374, quien cita *Fuero Juzgo* 3, 1, 6 y 4, 4, 2; *Fuero Real* 3, 2, 1; *Partidas* 5, 13, 26 y Leyes 6, 14 y 15 de Toro.

<sup>1729</sup> *Fuero Juzgo* 4, 2, 13. La ley 14 del mismo cuerpo legal, que es *lex antiqua* trae la siguiente redacción, similar a la anterior: "e si alguno de los fijos se casare, denle su parte de la buena de su madre, assi que el padre retenga pora si la tercia parte por uso del fructo. E si el fiio ó la fiia oviere XX. annos complidos, maguer que se non case, aya la meetad de quantol pertenesce de la buena de la madre, y el otra meetad tenga el padre en su vida; é despues de su muerte deve fincar á los fijos entregamiente".

a) *Obligación de velar por la fe del hijo*. Es una carga que pesa sobre todo padre o madre respecto de sus hijos. Su primera manifestación ha de ser la de procurarle la entrada en la Iglesia, esto es, hacerle administrar el sacramento del bautismo o administrárselo ellos mismos en caso de necesidad<sup>1730</sup>: con posterioridad se confunde con la de educar a la prole. En una sociedad cristiana, es de tal manera obvio el cumplimiento de esta obligación que, por ejemplo, el *Liber Iudicum* y su correlato el *Fuero Juzgo* sólo reconocían capacidad para heredar a su padre en aquel hijo que hubiese sido bautizado y viviese por lo menos diez días<sup>1731</sup>. El *Fuero Real* mantuvo la necesidad del bautismo para que el póstumo heredase al padre<sup>1732</sup>, lo que no consideraron las *Partidas* y no pasó a Indias.

El bautizo de los hijos de indios infieles presentados al cura voluntariamente por su padre o madre o ambos no causó originariamente mayores dificultades, pues se estimaba que lo mejor que podía ocurrirle a la criatura era el ser ingresado al gremio de la fe católica en virtud de los efectos *ex opere operato* del sacramento. Pero se vio más tarde que ello traía ciertos inconvenientes, pues al crecer estos nuevos cristianos en ambientes paganos las posibilidades de apostatar eran abundantes, lo que motivó disposiciones limitativas en esta materia, las que lo fueron aun más en el rigorista siglo XVIII<sup>1733</sup>.

b) *Obligación de crianza*<sup>1734</sup>. Es carga directa para la madre hasta los tres años de vida de la criatura e indirecta para el padre hasta esa edad, quedando obligado desde entonces. Obviamente, si la madre fallecía antes de alcanzar su hijo el tercer año de vida, correspondía la crianza al padre, aunque casase de nuevo, como lo señalaba el *Fuero Juzgo*<sup>1735</sup>. Dado que la madre era la que amamantaba al hijo, era lógico que ella, aun en caso de divorcio o nulidad del matrimonio, debiera criarlo. Por lo mismo, decía el Rey Sabio que "nodrescer e criar deuen las madres a sus fijos que fueren menores de tres años..."<sup>1736</sup>. Se interconectaba esta obligación con el derecho a la custodia de los hijos, que correspondía a la madre, hasta los tres años, de manera que pudiese cumplir con su obligación. Empero, si la madre fuera tan pobre que no los pudiese criar, el padre debía de contribuir para ello. La obligación de la madre de lactancia implicaba pecado en caso de negativa: "no estaría exenta al menos de leve culpa, la que confiase la lactación a una nodriza extraña, a menos que la excuse la enfermedad, debilidad de complexión, la voluntad absoluta del marido o el

---

<sup>1730</sup> Las parteras debían ser examinadas sobre sus conocimientos para administrar el sacramento, lo que los curas debían hacer gratuitamente. Se exhortaba a las justicias reales a no permitir este oficio a quienes careciesen de la aprobación referida. Así lo establece el Sínodo de Santiago de Chile de 1763, tít. 3, const. 7: *Sínodos de Santiago de Chile 1688 y 1763*. Serie dirigida por Antonio García y García y Horacio Santiago-Otero. Madrid-Salamanca: Instituto "Francisco Suárez" del CSIC e Instituto de Historia de la Teología Española de la UPS, 1983, p. 145.

<sup>1731</sup> *Fuero Juzgo* 4, 2, 19.

<sup>1732</sup> *Fuero Real* 3, 6, 3.

<sup>1733</sup> Trata el tema con profusión de citas M. P. Martini, "Las constituciones sinodales indianas: entre la adecuación y la originalidad" en *Revista de Historia del Derecho* Homenaje a Ricardo Zorraquín Becú no. 28 (Buenos Aires, 2000), pp. 386-387.

<sup>1734</sup> Mirada desde el punto de vista del hijo, esta obligación es un derecho suyo.

<sup>1735</sup> *Fuero Juzgo* 4, 2, 13.

<sup>1736</sup> *Partidas* 4, 19, 3.

dictamen del médico"<sup>1737</sup>. Las llamadas *Leyes de Valladolid*, de 1513, se hacían eco de las normas hispánicas y disponían respecto de las indias que "después que pariere críe a su hijo hasta que sea de tres años sin que en todo ese tiempo le manden ir a las minas ni hacer montones ni a otra cosa en que la criatura reciba perjuicio"<sup>1738</sup>;

c) *Obligación de proporcionar alimentos*<sup>1739</sup>. Se entendía por tales las asistencias que se debían unas personas a otras para su manutención<sup>1740</sup>. En principio, son los padres quienes han de proporcionar alimentos a su prole, pero si fuesen de tal pobreza que no pudiesen criar a sus hijos "si el abuelo, o visabuelo de los mozos fueren ricos, qualquier dellos es tenuto de los criar..."<sup>1741</sup>. Tal obligación existía tanto para los hijos legítimos como para los naturales<sup>1742</sup>. Cesaba el derecho de alimentos en caso de ingratitud, o sea, "como ser desconociente vn ome a otro del bien que rescibe, o rescibio del, que por tal razon como esta, non es tenuto el padre de criar al fijo: nin el fijo de proveer al padre"<sup>1743</sup>. Pone como ejemplos de ingratitud el acusar al otro o buscarle un mal tal que le produjese la muerte, deshonor o pérdida de bienes. Puede graficar esta situación el juicio que, entre 1762 y 1765, sostuvieron Isidora Mery Blanco con su padre, Isidro Mery Blanco, pretendiendo la primera, por vía de alimentos, quedarse con una esclava y su cría, que le habría sido donada por el segundo antes del matrimonio que aquella contrajera. Alegó el padre la ninguna obligación que a él competía de dar ninguna suma a su hija en calidad de alimentos, toda vez que ésta lo había "avergonzado" al contraer matrimonio durante un período de ausencia. El fallo de primera instancia acogió el dictamen del asesor letrado, Miguel Salamanca, según el cual la hija debía restituir la esclava y su cría al padre. La Real Audiencia, en un fallo salomónico, dispuso que la hija continuara con los servicios de la esclava, a la que no podría enajenar, debiendo restituir la cría al padre<sup>1744</sup>.

Tampoco había razón de alimentar al hijo si éste "ouiesse de lo suyo, en que pudiesse biuir, o vudiesse tal menester, porque pudiesse guarescer vsando del, sin mal estanza de si, estonce non es tenuto el padre, de pensar del"<sup>1745</sup>. El matrimonio sin el consentimiento de los padres no obstaba para que éstos mantuviesen su obligación de alimentar al hijo, si bien sólo con los alimentos indispensables para la vida<sup>1746</sup>. Los fundamentos jurídico y moral de

---

<sup>1737</sup> J. Donoso, *Diccionario teológico, canónico, jurídico, litúrgico, bíblico, etc.* Valparaíso: Imprenta i Librería del Mercurio, 1859, t. IV p. 136.

<sup>1738</sup> A. Dougnac Rodríguez, *Manual de Historia del Derecho Indiano*.— 1ª ed.—México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, p. 337.

<sup>1739</sup> Es una obligación de los padres y ascendientes y un derecho del hijo.

<sup>1740</sup> A. X. Pérez y López, *Teatro de la legislación universal de España e Indias, por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopiladas; y alfabético de sus títulos y principales materias*. Madrid, 1792, t. III p. 366.

<sup>1741</sup> *Partidas* 4, 19, 4.

<sup>1742</sup> *Partidas* 4, 19, 5.

<sup>1743</sup> *Partidas* 4, 19, 6.

<sup>1744</sup> ANRACH vol. 1388, p. 2a.

<sup>1745</sup> *Ibidem*.

<sup>1746</sup> Pragmática de Carlos III de 1776 en *Nov. Rec.* 10, 2, 9, N°. 3. El juicio de alimentos señalado más arriba -ANRACH vol. 1388, p. 2a.- es anterior a la disposición carolina recién citada.

esta obligación estaban constituidos por el “movimiento natural, porque se mueven todas las cosas del mundo, a criar e guardar lo que nasce dellas. La otra es por razon del amor que an con ellos naturalmente. La tercera es, porque todos los derechos temporales, e espirituales se acuerdan de ello”. Vale decir que la ley no hacía sino dar obligatoriedad a este deber de la naturaleza. Por ello, los padres que abandonaran a sus hijos, aunque la ley los castigaba con la pérdida de la patria potestad, continuaban obligados a prestar alimentos<sup>1747</sup>. En cuanto al contenido de la prestación, las *Partidas* afirmaban que:

“La manera en que deuen criar los padres a sus fijos e darlos lo que les fuere menester, maguer non quieran es esta: que les deuen dar que comen, e que beua, e que vistan, e que calcen, e lugar do moren, e todas las otras cosas que les fuesen menester sin las cuales non pueden los omes biuir”<sup>1748</sup>.

La prestación, pues, comprendía alimento, vestido, habitación, gastos en recuperación de la salud y todas las demás cosas necesarias para la vida. En lo tocante al monto,

"esto deue cada uno fazer, segund la riqueza, e el poder que ouiere; catando todavía la persona de aquel que le deue rescebir, en que manera le deuen esto fazer..."<sup>1749</sup>.

Por tanto, había que tomarse en consideración tanto la situación económica del alimentante como la del alimentario. La obligatoriedad de los alimentos es evidenciada por la disposición que decía: "e si alguno contra esto fiziere, el Judgador de aquel lugar lo deue apremiar, prendandolo, o de otra guisa, de manera que lo cumpla, assi como sobredicho es..."<sup>1750</sup>. En su momento, pesaría sobre los hijos, nietos y otros descendientes la carga de alimentar a sus deudos mayores en pobreza.

La *praxis* jurídica nos muestra el cumplimiento estricto de estas disposiciones, aun en el caso de encontrarse procesado el obligado a ello. Así ocurrió en 1784, cuando Josefa Díaz, encarcelada primero en su propia casa de Concepción y más tarde en el Monasterio de Agustinas de Santiago por imputársele participación en la muerte de su cónyuge Francisco Riobó, vio todos sus bienes secuestrados, incluyéndose su ropa "y otros utensilios mugeriles". El Defensor de Menores, en resguardo de los intereses de la hija de la procesada, obtuvo que los bienes embargados fuesen liberados de secuestro y pasaran a manos del tío de la menor, Bernardo de Soto, para que se hiciese cargo de ella y la educase mientras se dilucidara la situación procesal de la madre. En definitiva, la Real Audiencia dispuso que el referido tío administrase estos bienes y diese una pensión a madre e hija, sin tocar el capital, quedando ésta bajo la custodia de aquélla<sup>1751</sup>.

Un juicio de 1804 revela a los abuelos en la necesidad de dar alimentos a su nieta en razón de la muerte presunta del padre de la misma. Las pruebas rendidas dieron luz sobre

---

<sup>1747</sup> *Partidas* 4, 20, 3 y 4 y real cédula de Carlos IV de 11 de diciembre de 1796 en *Nov. Rec.* 7, 37, 5, Nos 25 y 26.

<sup>1748</sup> *Partidas* 4, 19, 2.

<sup>1749</sup> *Ibidem*.

<sup>1750</sup> *Ibidem*.

<sup>1751</sup> ANRACH vol. 1857, p. 3a. (1784-1786).

que aquéllos no sólo alimentaban a la menor, sino que aun la tenían en crianza, pues la madre, que vivía en Santiago, se negaba a tenerla y a vivir a su lado en Rancagua<sup>1752</sup>.

Los juicios por alimentos que tenían por demandante a la mujer y sus hijos contra el marido son frecuentes. Los alimentos provisionales solían ser altos cuando se trataba de personas de calidad social. Un expediente de 1804 señala que una pensión provisoria de 150 pesos mensuales más 500 pesos de litis expensas era lo habitual "aunque la mujer no haya hecho aporte alguno al matrimonio"<sup>1753</sup>. Por cierto que si los había hecho, la suma aumentaría de acuerdo a la dote que estuviera en juego.

El procedimiento en los juicios de alimentos era breve y sumario. Recibida la petición, que debía ir acompañada de la respectiva fe de bautismo que acreditase la relación parental, se ordenaba tomar declaración a los testigos de información sumaria. Hecho, resolvía el juez sin más trámite. La parte afectada podía apelar, pero sólo en el efecto devolutivo; "pero como esta sentencia es en cierto modo interina, se sigue después un juicio por vía ordinaria, para que ambas partes puedan adelantar sus pruebas, según les convinieren, resolviéndose en seguida definitivamente, ya reformando o modificando el auto anterior, ya confirmándolo en todas sus partes"<sup>1754</sup>;

d) *Obligación de dotar a las hijas*. Me remito a lo explicado en el capítulo relativo a las relaciones económicas entre marido y mujer, lugar en que se señala de dónde han de salir los bienes para esta particular donación. Además de la dotación matrimonial había la dotación para ingresar en convento o 'monjío'.

"Al obispo corresponde determinar la cantidad de la dote, debiendo, para ello tomar en consideración, las circunstancias del lugar, tiempo, etc., y particularmente los fondos o rentas de cada monasterio, La dote se debe satisfacer en metálico, depositándose antes de la recepción del hábito, en poder de persona honrada y de conocida responsabilidad, con conocimiento y aprobación del obispo, a quien debe exhibirse también una copia de la escritura de depósito [...] Puede admitirse, a veces, a algunas religiosas *conversas*, sin exigirles dote, pero con la obligación de prestar ciertos servicios necesarios al monasterio. Fuera de la dote pueden pactar las monjas que se haga alguna otra moderada erogación, para gastos de la sacristía o de la enfermería, mas no por otro título"<sup>1755</sup>.

Al ingresar al monasterio, la novicia debía llevar una dote, que podía consistir en dinero, objetos valiosos o propiedades raíces, las que eran sometidas a tasación para su aceptación o rechazo. El fin de la dote era sufragar la subsistencia de las monjas. Entregada, había derecho a reclamar la admisión de la novicia en cuestión. En 1590 Antonio González demandó al Convento de las Agustinas por incumplimiento de su obligación de admitir como religiosa a la dotada, por la cual se habían dado 500 pesos de oro de 20 kilates y una

---

<sup>1752</sup> ANRACH vol. 2241. Juicio de Rosa Espinoza con su suegro José García sobre alimentos para ella y su hija.

<sup>1753</sup> ANRACH vol. 2368, juicio por divorcio y alimentos entre Josefa Oteiza y Pedro de Olivares.

<sup>1754</sup> [B. A. Vila], *Prontuario de los juicios, su iniciación, tramitación e incidencias. Obra útil para los abogados, bachilleres* etc. Santiago: Imprenta del Progreso, 1844, pp. 212-213.

<sup>1755</sup> Donoso, *Diccionario...*t. III, p. 490.

casa en que estaba fundado el monasterio<sup>1756</sup>. Entre las dotes de que hay constancia, sabemos de la otorgada por Jerónimo Hurtado de Mendoza a cada una de sus cinco hijas por valor de 2.340 pesos más los gastos ordinarios de entrada y profesión y el coste de la edificación de la celda, que montó 900 patacones. Cada una de ellas había recibido, además, una esclava para su servicio<sup>1757</sup>. Se aceptaban, asimismo, censos: Catalina Lisperguer costeó el monjío de su hija con un censo que afectaba a la mitad de su cuantiosa fortuna. La suma que, en general, se admitía en el convento referido era de 2.340 pesos, que el obispo fray Gaspar de Villarreal alzó a 2.800 para hacer frente a las reparaciones que ocasionó el devastador terremoto de 1647. Subsanaos estos inconvenientes, los montos volvieron a su antiguo cauce<sup>1758</sup>. Aunque de carácter excepcional, se recibieron también encomiendas en carácter de dote, como la de indios en San Juan, aportada por una hija del capitán Diego García de Cáceres para su ingreso al Monasterio de las Agustinas. El ingreso de una hija a un Convento implicaba una fiesta similar a un matrimonio, que podía llegar a costar sumas importantes. Se sabe el importe de la recepción de una de las hijas de Celedonio Villota y Josefa Pérez de Cotapos, que costó 664 pesos, amén de la dote de 2.500 que su padre pagó<sup>1759</sup>.

e) *Obligación de reservar ciertos derechos hereditarios a los hijos.* Todos los bienes de los padres eran considerados legítima de los hijos, a excepción del quinto, que era lo único que podían disponer libremente a favor de su alma o de quien les pareciera<sup>1760</sup>. Sin embargo, podían dejar a uno o más de sus hijos o nietos —en este último caso, aun cuando viva aun su padre— el quinto y tercio de sus bienes o ambos<sup>1761</sup>.

f) *Derecho de los hijos a disfrutar de la nobleza de su padre.* Además de los derechos hereditarios, gozaban los hijos legítimos de la nobleza del padre, la que se transmitía por línea de varón. Por ende, siendo el padre noble, lo era también el hijo "ca maguer la madre sea villana e el padre fidalgo: fijo dalgo es el fijo que dellos nasciere..."<sup>1762</sup>. Sobre la aceptación o rechazo de los títulos de Castilla en que los hijos menores pudiesen suceder a sus padres, se dictó en 1792 una real cédula a la que paso a referirme. Con ocasión de haber fallecido el marqués de Negreiros, dejando como única sucesora en el título a su hija María Mercedes, el curador de ésta, marqués de Sotoflorido, no quiso pronunciarse sobre si aceptaba o no, a nombre de su pupila, el título de Castilla, negándose, al mismo tiempo, a

---

<sup>1756</sup> C. Peña Otaegui, *Una crónica conventual. El Monasterio de las Agustinas de Santiago desde 1575 a 1951*. Santiago: Talleres de El Imparcial, 1951, p. 17.

<sup>1757</sup> *Ibidem*, p. 62.

<sup>1758</sup> *Ibidem*, pp. 43, 63, 64.

<sup>1759</sup> Vicuña Mackenna, *op. cit.*, t. 2, p. 476.

<sup>1760</sup> Leyes 6 y 12 de Toro, que llegaron a ser *Rec. Cast.* 5, 8, 1 y 10 y *Nov. Rec.* 10, 20, 1 y 7.

<sup>1761</sup> Leyes 18 y 19 de Toro, que fueron *Rec. Cast.* 5, 6, 2 y 3 y *Nov Rec.* 10, 6, 2 y 3.

<sup>1762</sup> *Partidas* 2, 21, 3. *Vid.* L. Lira Montt, "La prueba de la hidalguía en el Derecho Indiano", en: *Revista Chilena de Historia del Derecho* no. 7. Santiago, 1978, pp. 131-152; "Las cédulas auxilatorias en el Derecho Indiano" en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 9, pp. 111-121. Santiago, 1983; "Privilegios concedidos a los pobladores de villas fundadas en el reino de Chile en el siglo XVIII", en: *Fundación de ciudades en el reino de Chile* (Santiago, 1986), pp. 93-103 y "El estatuto de la limpieza de sangre en el Derecho Indiano" en *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano: Actas y estudios*, T. IV, Buenos Aires, 1997, pp. 31-47.

satisfacer los derechos de lanzas y media anata pertinentes. El virrey del Perú comunicó esta situación al monarca mediante carta de 28 de febrero de 1789 y la Junta de Lanzas y Medias Anatas consultó sobre si sería procedente conminar al curador a que aceptase o renunciase al título, averiguándose, en la segunda hipótesis, si había parientes dentro del cuarto grado que cumpliesen con lo establecido en real cédula de 6 de septiembre de 1773 relativa a títulos. Decidió Carlos IV, por real cédula dada en Aranjuez a 4 de febrero de 1792, ampliar dicha cédula declarando que cuando los títulos de Castilla recayesen en menores de edad, no se les debía obligar a deliberar sobre si lo aceptaban o renunciaban sino hasta que cumpliesen 21 años los varones y hasta su matrimonio las hembras. Una vez aceptado, debían satisfacer los derechos de Lanzas desde el fallecimiento del último poseedor, si estuviesen afectos a mayorazgo, exceptuándose los de pago en caso contrario<sup>1763</sup>.

#### 4. Emancipación.

Llamábase así el acto por el cual cesaba la patria potestad<sup>1764</sup>. Por el solo efecto de la ley, *ipso iure*, se producía la emancipación del hijo al morir el padre. "ca luego que muere el padre, finca el fijo por si". Las *Partidas* exceptuaban el caso de que viviese el abuelo, situación en que, de acuerdo al Derecho Romano, continuaría la patria potestad<sup>1765</sup>. Pero, como recordamos más arriba, ello fue modificado por la ley 47 de Toro, que señaló otra causal legal de emancipación del hijo, su matrimonio: "el hijo, ó hija casado y velado, sea avido por emancipado, en todas las cosas para siempre", aplicación del principio de *separatio ab oeconomia paterna*<sup>1766</sup>. A la muerte natural del padre, recién referida, se equiparaba su muerte civil, esto es, cuando se le aplicase una pena de gran infamación, como lo eran las de ser enviado a las minas, trabajos forzados de por vida, deportación con pérdida de bienes, etc.<sup>1767</sup>, todo ello de clara raigambre romana. Si la condena fuese sólo a relegación, "que mandan que vaya a morar, a algund logar para siempre mas non le tuellen los bienes que ha"<sup>1768</sup>, no operaba la emancipación.

Había otros tipos de emancipación que no operaban *ipso iure* pues requerían una declaración judicial de haber incurrido el padre en determinadas causales. Tales eran las relativas al castigo excesivo del hijo; la prostitución de las hijas y la situación derivada de la adopción del hijastro menor de catorce años cuando éste alegare, después de llegar a esa edad, su descontento con la patria potestad del adoptante.

---

<sup>1763</sup> ANRCh vol. 663 en que consta el obediencia y cumplimiento de esta cédula.

<sup>1764</sup> Contemplada en la compilación justiniana en *Cod. Inst.* 8, 48, 6 y en *Inst.* 1, 12, 6.

<sup>1765</sup> *Partidas*, 4, 18, 1.

<sup>1766</sup> Coing, *op. cit.*, p. 319.

<sup>1767</sup> *Partidas*, 4, 18, 2.

<sup>1768</sup> *Partidas*, 4, 18, 3.

## CAPÍTULO IX ESTATUTO DEL HIJO ILEGÍTIMO

### 1. Antecedentes

Como se ha visto en el capítulo precedente, para las *Partidas*, hijos legítimos son los que “nacén de padre y de madre que son casados verdaderamente según manda la Santa Iglesia”<sup>1769</sup>, por lo que hijos ilegítimos son los que “no nacén de casamiento según ley”.

Los hijos ilegítimos eran de dos clases: naturales y espurios<sup>1770</sup>. Naturales:

“Son aquellos cuyos P[adr]es al t[iem]po de la concepcion o al del nacim[ien]to están hábiles p[ar]a contraer matrim[oni]o sin dispensa, viban o no juntos en una misma casa como si estuvieran casados<sup>1771</sup> y sea o no la muger una sola con tal q[u]e si el P[adr]e no la tiene en su casa los reconozca p[or] hijos”<sup>1772</sup>.

Que tal distinción era la que se seguía en la *praxis* jurídica chilena, resulta comprobado con lo expuesto por un abogado de 1804 en un escrito:

“No es presiso traer a consideracion las muchas diferiencias de hijos naturales q[u]e antiguam.te se reconocían tanto por el d[er]ech[o] comun como por el de las Partidas, dividiéndolos la ley la. tit.o l5 de la 4a. en espurios, nothos, manzeres, nefarios

---

<sup>1769</sup> *Partidas* 4, 13, 1.

<sup>1770</sup> Así lo contempla el estudiante de la Universidad de San Felipe de Santiago de Chile, don Gregorio Vicente de Santa María y González en su obra *Compendium iuris ordinatum secundum ordinem Februari a Domino Gregorio Vicentio a Santa María et Gonzalez in hac Regali Hujus Regni Chilencis Audientia Advocato Anni Domini Milessimi Octogentesimi Quinti*. La filiación ilegítima está tratada en fs. 277. Mayores antecedentes sobre este autor y su obra véanse en la nota 14 del capítulo IV de la 2a. Parte. "En el derecho justinianeo se llama *filii legitimi* a los nacidos en matrimonio, *naturales* a los nacidos de una unión concubinaría y *spurii* a los nacidos de uniones ocasionales": Guzmán Brito, *op. cit.*, t. I, p. 358.

<sup>1771</sup> Situación de barraganía, que corresponde al concubinato romano del que procedían hijos naturales. Cino da Pistoia distinguía los hijos naturales de los espurios, resultando ser los primeros *filii iusti* al provenir de un *legitimus concubinatus*. "La prole generata in seno ad una rapporto di concubinato, purché questo sia *legitimus*, ovvero *legalis*, ossia non appartenga alle unioni comunque illecite, quali sono le adulterine e le incestuose, dalle quali si generano *filii spurii*, ha una sua propria qualificazione giuridica, essendo, a sua volta, giuridicamente qualificato lo stesso concubinato. Più precisamente, il *filius naturalis tantum*, generato all'interno di un *concubinatus* qualificabile in virtù di una norma del diritto giustiniano, come *legitimus* o come *legalis*, secondo l'argumentazione di Cino da Pistoia prima di tutto è titolare del diritto agli alimenti; ma dall'argomentazione ciniana consegue però anche che a tal *filius* spetta la qualifica di *iustus*: infatti il concubinato è anch'esso un'unione legale, in quanto *per legem nomen accepit*, con rinvio, in particolare alla Nou. 89, 8 di Giustiniano": V. Crescenzi, "Per una fenomenologia della famiglia nell'età Medievale: patrimonio, matrimonio, *concubinatus*" en *Il dret comú i Catalunya Actes del IX Simposi Inretrnacional Barcelona, 4-5 de juny de 1999 La familia i el seu patrimoni*. Edició d'Aquilino Iglesia Fereirós Barcelona: Fundació Noguera, 2000, pp. 113-114.

<sup>1772</sup> Santa María, *op. cit.*, cita al efecto la ley 11 de Toro y *Rec. Cast.* 5, 8, 9. Sobre la situación social de los hijos naturales expresa un historiador social contemporáneo que "el sitio que ocuparon estos hijos en el hogar fue muy ambivalente. A pesar de ser rechazados por la esposa, muchas veces fueron criados junto a sus medio hermanos, con los que crearon buenas relaciones y recibieron frecuentemente atenciones paternas y del resto de los corresidentes": R. Salinas Meza, "Lo público y lo no confesado. Vida familiar en Chile tradicional. 1700-1880" en *Revista de Historia Social y de las Mentalidades. Sociabilidad y vida cotidiana en el Chile tradicional*. Año III, no. 3 Santiago: Departamento de Historia Universidad de Santiago de Chile, invierno 1999, pp. 37-39.



adulterinos, &ca. : basta solo suponer que de las dos especies o diferencias q.e hoy en día se reconocen por el d.ro mas nuevo a saber mere naturales y espurios”<sup>1773</sup>.

Se planteaban los moralistas la duda sobre si, producidos los esponsales, la novia tuviese relaciones sexuales con otro, cuál sería el carácter del hijo así concebido. La conclusión a que se llegaba era la de darle el estatuto de natural, pues no era ni adulterino ni espurio. Se argumentaba que, igualmente, el nacido de quien tiene voto simple de castidad tampoco era considerado espurio sino natural<sup>1774</sup>.

Como se ha explicado al tratar de los esponsales, una corruptela comúnmente aceptada hasta en buenos niveles de la sociedad chilena era la de que los esposos tuviesen, antes del matrimonio de presente, relaciones sexuales. No era raro, como también lo hemos advertido, que de tales uniones naciesen hijos. En más de alguna partida de bautismo se hacía presente esta circunstancia. Así ocurre, por ejemplo en la que transcribo, que debió ser extendida con posterioridad al sacramento en razón de haber sido substraída:

"Yo el Doctor Don Vicente de Aldunate Cura Rector de la Parroquial de Mi señora Santa Ana , certifico en cuanto puedo y ha lugar en derecho, como uno de los libros que tengo a mi cargo en que se escriben las partidas de bautismo de los españoles que comiensa a correr el primero de Enero de 1801. Alli se halla la partida del tenor siguiente. En la Ciudad de Santiago de Chile, el año de mil setesientos noventa y tres años, en esta iglesia parroquial de mi Señora Santa Ana, con lisencia del Cura Rector Doctor Don Francisco Boza puso oleo, y crisma el Prebendado de esta Santa Iglesia Cathedral Doctor Don Gabriel de Egaña a Don Francisco Antonio Manzo español, hijo de Don Juan José Manzo y de Maria Barbara Galein bajo palabra de Casamiento, de edad de tres años. Padrinos, el mismo Doctor Don Gabriel, y Doña Josefa Dueñas, Abuela del citado Francisco Antonio Manzo. Lo batpiso en caso de necesidad el Padre Fray Nicolas Solis del orden militar de mercedes. Fue madrina la misma del oleo, segun se ha justificado por el certificado del dicho padre Solis, verificado el santo Bautismo en el dia de la fecha de dicha certificacion, que es el dia veinte y seis de Enero de mil setesientos noventa años a consecuencia de lo mandado por el Señor Provisor, y Vicario General de este Obispado Doctor Don José Santiago Rodrigues, en decreto de siete de Marzo de mil ochosientos quatro a causa de no haverse encontrado en los libros de esta Parroquia la correspondiente partida por presumirse haverla subtraido; y, en virtud de lo mandado en la citada providencia, se ha formado este asiento, como lo acredita el expediente sustanciado en la materia al que me refiero, de que doy fee. Framon Luque Theniente de Cura. Concuerta con su original de donde ba fielmente traducida, y en lo nesesario a ella me remito. Y para que en todo tiempo conste por cierta, y verdadera, y en cualquiera parte surta los efectos que convengan doy la presente a pedimento departe legitima, en Santiago de Chile, a 13 de Octubre de 1807. Don Vicente de Aldunate"<sup>1775</sup>.

Como la circunstancia de ser hábiles para contraer matrimonio los padres al momento de la concepción era esencial para obtener la calidad de hijo natural, se hacía

---

<sup>1773</sup> ANRACH vol. 1228, pieza 6<sup>a</sup>, fs. 1.

<sup>1774</sup> *Collegii Salmanticensis FF. Discalceatorum B. Mariae Monte Carmeli Primitivae Observantiae Cursus Theologiae Moralis* t. II Madrid: Ex Officina Regia, 1717, tr.IX, punct. 1, no. 5.

<sup>1775</sup> ANRACH vol. 3237.

necesario acreditarlo cuando se formulaba reclamación al efecto. El medio idóneo era la prueba testimonial según aparece en la práctica judicial chilena<sup>1776</sup>.

Espurios son todos los hijos ilegítimos, a excepción de los naturales. Recibían diversas denominaciones según su categoría, a saber: adúlterinos, notos o fornecinos, que son los que tienen mujer casada con soltero o casado que no es su marido. En la ley 9 de Toro se los llamaba “de dañado y punible ayuntamiento”, porque de ello se seguía castigo para la mujer<sup>1777</sup>. A los hijos de casado con mujer viuda o soltera se los llamaba *bastardos*. *Nefarios* eran los procreados por ascendientes en trato carnal con sus descendientes. *Incestuosos*, los habidos en parientes transversales en grado prohibido, a menos que se obtuviera dispensa o bien los padres ignoraran la existencia del impedimento. *Sacrílegos* o *hijos de dañado ayuntamiento* eran los nacidos de clérigos de orden sacro, frailes y monjas profesos. Finalmente, *manceres*, *mancillados* o *hijos de puta* eran los nacidos de ramerías públicas, nobles o plebeyas

“y q[u]e p[or] darse sus M[adr]es a todo hombre e ignorarse p[or] esto sus P[adr]es son de peor condicion q[u]e todos los demás y los q[u]e en propiedad se llama espurios”<sup>1778</sup>.

Los niños expósitos que careciesen de padres conocidos, en virtud de disposición de Carlos IV de 25 de enero de 1794, debían ser considerados legítimos para todos los efectos civiles, quedando en calidad de hombres buenos del estado llano general

"Y mando, que las Justicias de estos mis Reynos y los de Indias castiguen como injuria y ofensa á qualquiera persona que intitulase y llamase á expósito alguno con los nombres de borde, ilegítimo, bastardo, espúreo, incestuoso ó adúlterino, y que además de hacerles retractar judicialmente, le impongan la multa pecuniaria que fuere proporcionada á las circunstancias, dándole la ordinaria aplicacion."<sup>1779</sup>

## 2. Reconocimiento de los hijos naturales

Definidos ya los hijos naturales, corresponde ver cómo se producía su reconocimiento. Conforme las *Partidas*, el reconocimiento del hijo natural no era necesario,

---

<sup>1776</sup> ANRACH vol. 2122, p. 2a., juicio de Agustina Amesquita y Godoy para que se declare ser hija natural del capitán Juan Bautista de Amesquita y de Jacinta de Godoy, iniciado en La Serena en 1709; ANRACH vol. 2720, p. 16 en que Diego Muñoz en 1748 pide se declare que es hijo natural del español Sebastián Muñoz y de la india de Chiloé Lorenza, dado que el encomendero de Quinchao, capitán Marcos de Cárcamo, lo quería reducir, pretendiéndolo indio, al pueblo y encomienda respectivos. El juicio debió seguirse posteriormente con la encomendera Catalina Barrientos, quien no se apersonó.

<sup>1777</sup> Andrés Bello se refirió a los hijos de dañado ayuntamiento en los artículos 270 -"los hijos nacidos fuera de matrimonio, no siendo *de dañado ayuntamiento*, podrán ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos, i tendrán la calidad legal de *hijos naturales*, respecto del padre o madre que los haya reconocido"- y 275, inc. 2o., n.os 3 y 4 del Código Civil chileno -"el reconocimiento podrá ser impugnado por toda persona que pruebe interés actual en ello (inc. 1o.). En la impugnación deberá probarse alguna de las causas que en seguida se expresan: [...] 3a. Haber sido concebido, según el art. 76, cuando el padre o madre estaba casado; 4a. Haber sido concebido *en dañado ayuntamiento*, calificado de tal por sentencia ejecutoriada en los términos del artículo 964..."-

<sup>1778</sup> Santa María, *op. cit.*, fs. 278 e I. Jordán de Asso y M. de Manuel, *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*. Madrid, 1806, t. 1, p. 113.

<sup>1779</sup> *Nov. Rec.* 7, 37, 4.

pues estimaba como naturales únicamente a los procreados en barragana que fuera una sola, libre, soltera, mayor de doce años y que no fuera virgen ni viuda honesta<sup>1780</sup>. Ello fue modificado por la ley 11 de Toro, que estableció la definición de hijos naturales que hemos ya apuntado. Ahí se extendió tal carácter a los hijos de mujeres que no eran propiamente concubinas o barraganas, con lo que dejó de producirse normalmente la situación de hecho para que operara la presunción de que el conviviente de la barragana era padre de la criatura nacida.

No obstante lo expresado, la ley 11 de Toro no fijó el modo de producir el reconocimiento. Se recurrió, entonces, supliendo el silencio de la ley, a las disposiciones de las *Partidas* relativas a la legitimación<sup>1781</sup>. Resultó así que el reconocimiento podía producirse de seis modos:

1) por la partida de bautismo en que se asentara la declaración del padre de ser suyo tal hijo<sup>1782</sup>, lo que se daba con frecuencia en la práctica;

2) por escritura pública firmada por el reconociente ante escribano público y tres testigos, de lo que no he encontrado ningún ejemplo en los protocolos notariales chilenos que he revisado;

3) por testamento, que era el modo más corriente;

4) por acta autorizada por el magistrado, justicia o concejo del pueblo, con asistencia del escribano, en que constase la declaración de la paternidad hecha por el padre, lo que en la práctica no ocurría<sup>1783</sup>;

5) por sentencia judicial en el delito de estupro, si el reo no reconocía voluntariamente al hijo, situación que no era de ordinaria ocurrencia, y

6) por sentencia judicial en que se probara fehacientemente la paternidad<sup>1784</sup>, lo que constituía uno de los modos más usuales. Tal juicio, siendo de los llamados arduos, debía ser tramitado y sentenciado con el auxilio de asesor letrado, como se arguyó en un juicio de

---

<sup>1780</sup> *Partidas* 4, 14, 2; 4, 15, 1 y 6, 13, 8.

<sup>1781</sup> *Partidas* 4, 15, 5, 6 y 7; Badilla, *op. cit.*, p. 26 y Ots, *Instituciones, cit.*, p. 318.

<sup>1782</sup> En algunas partidas de nacimiento de personas cuyas madres eran de categoría, los nombres de éstas no eran consignados. Al revés, en otras partidas, ignorándose el nombre del padre, se expresaba que había sido bautizado N. N., hijo de Fulana de Tal “y de Nuestra Santa Madre Iglesia”, lo que he visto con mucha profusión en el Archivo Parroquial de Quillota. Con ello, el piadoso sacerdote que tal modo de actuar dispuso, impedía que, ante una simple ojeada a los libros de Bautismos, saltase a la vista que en tal o cual partida sólo apareciera un progenitor delatándose así la ilegitimidad.

<sup>1783</sup> En la Alta Edad Media el reconocimiento ante el concejo era muy utilizado, como puede desprenderse de lo dispuesto en los fueros de Alcalá y Cáceres. Este último preceptuaba que debía verificarse en día domingo al salir de misa: F. Martínez Marina, *Ensayo histórico crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de D. Alonso el Sabio*. Madrid, 1834, t. I, p. 248 y J. Beneyto Pérez, *Instituciones de Derecho Histórico Español*. Barcelona: Librería Bosch, 1930, t. I, p. 123.

<sup>1784</sup> Un juicio de 1804 da por acreditada la filiación natural de María del Rosario Macaya respecto de su padre, Vicente Macaya, en base a una crecida donación remuneratoria de 2.000 pesos que éste le hiciera por escritura pública, aduciendo los servicios prestados, además de diversas cartas privadas en que la reconocía como hija. Se la hace acreedora a la 6a. parte de los bienes del padre: ANRACH vol. 1228, p. 6a. Fueron unánimes al respecto las sentencias de primera instancia, vista y revista.

1753<sup>1785</sup>. La Real Audiencia anuló la sentencia que había dictado Antonio Martínez de Apeolaza, corregidor de Quillota, sin asesoramiento y lo condenó, por lo mismo, en costas.

El reconocimiento podía beneficiar no sólo al nacido, sino que aun al que estaba en el vientre materno<sup>1786</sup>. También era factible un reconocimiento tácito: cuando el padre que había vivido con barragana reconocía por carta a un hijo suyo, todos los demás que hubiera tenido con ella quedaban reconocidos, “sin embargo q.e no haga ninguna mención de ellos”<sup>1787</sup>. No siendo el reconocimiento una mera liberalidad del padre, el reconocido lo era irrevocablemente<sup>1788</sup>.

Los procesos en que se pide la declaración de ser alguien hijo natural de otro se ventilan sin forma de juicio, “llanamente et sin alongamiento”<sup>1789</sup>, aun cuando en alguna ocasión se alegara que debía de seguirse la tramitación del procedimiento ordinario. Así, en un proceso de 1753 se hace la siguiente alegación:

“El Juicio de filiasion... es ordinario y devia sustanciarse por los terminos de una causa ordinaria y rresevirse a prueba con el termino ordinario y el de la ordenanza sí las partes lo pedían y necesitavan y despues de las alegaciones de vien probado, sentenciarse con dictamen de asesor letrado por ser lego el correxidior como es notorio. Y despues de dada y notificada la sentencia a las partes, otorgarse llanamente la apelassion que se interpuciese dentro del termino legal. Y en caso de no apelarse declararla por consentida a pedimento de parte legítima y despues llevarla a ejecussion”<sup>1790</sup>.

Habiendo menores, estos juicios eran casos de corte<sup>1791</sup>. Para que los menores pudiesen ser legítimos contradictores, era necesario que contaran con tutor. Así lo exigió Juan José Camus, en juicio ventilado en 1807, a iniciativa de sus sobrinos menores, que pretendían ser hijos naturales de la hermana de aquél, Mercedes Camus. El alcalde ordinario les nombró uno<sup>1792</sup>.

Las demandas de reconocimiento podían ser interpuestas por el propio interesado, siendo capaz; por su madre; por su padre —en los rarísimos casos en que se pide el reconocimiento de alguien como hijo de su madre<sup>1793</sup>—, y en general, por cualquiera que

---

<sup>1785</sup> ANRACH vol. 1273, p. 1a. entre Ignacio Caso Rodríguez y Juan de Arancibia, conjunta persona con su mujer N. Rodríguez, 1753.

<sup>1786</sup> Badilla, *op. cit.*, p. 28.

<sup>1787</sup> Santa María, *op. cit.*, fs. 277, quien cita *Partidas*.4, 15, 7.

<sup>1788</sup> Badilla, *op. cit.*, p. 28.

<sup>1789</sup> *Partidas* 4, 19, 7.

<sup>1790</sup> ANRACH vol. 1273, pieza 1ª, fs. 2 vta.

<sup>1791</sup> ANRACH vol. 1443, p. 1ª y vol. 2354, p. 3ª.

<sup>1792</sup> ANRACH vol. 2354, p. 1a.

<sup>1793</sup> ANRACH vol. 2354, p. 4ª,

quisiera hacerle un servicio al ilegítimo<sup>1794</sup>. Demandado era el que había concebido al hijo, sus sucesores o albaceas. A veces se pedía al tribunal que declarara la calidad de hijo natural con citación “de partes que pueden pretender interesadas”<sup>1795</sup>. Conjuntamente con la demanda solía pedirse se hiciera un inventario de los bienes, cuando el pretendido progenitor había fallecido, a fin de evitar confusión de patrimonios<sup>1796</sup>.

Había algunas presunciones que señalaban el curso de la investigación en el juicio. Desde luego, cuando el hombre tenía una sola concubina o cuando la tenía en su casa (aunque fuera de ella tuviera muchas otras), se presumía que eran suyos los hijos que ella diese a luz, aunque no los reconociera como tales<sup>1797</sup>. Por el contrario, había una presunción de ilegitimidad para aquéllos cuya concepción debió realizarse fuera del matrimonio, atendida la fecha en que éste se produjo o bien en período en que el padre estuvo ausente<sup>1798</sup>. La posesión de la calidad de hijo natural era también originaria de una presunción, como se manifiesta en un juicio ventilado en 1804:

“Cuando el ilegítimo es reo demandado p[o]r que posee aquello que siendo espurio no podría poseer, en ese caso se presume ser Ijo natural puro y avil p.a obtener erencia y que el que quiera quitarsela está obligado a probar que es espurio y mientras no lo pruebe le favorece al Ijo su posesion. Mas cuando este es actor, y otro el que posee, en cuyo perjuicio intenta ser declarado p.r natural hábil para subceder no se presume tal si no lo prueba”<sup>1799</sup>.

En virtud del principio de que lo odioso debe ser restringido, hay presunción de falta de impedimentos al momento de la concepción<sup>1800</sup>, de modo que quien alegara que entre el padre y la madre los había habido, debía de probarlo satisfactoriamente. Que se hubiese producido relación carnal entre dos personas sin impedimento para matrimoniar era, asimismo, presunción de la calidad de hijo natural de quien hubiese nacido de esa unión<sup>1801</sup>. Por cierto que la circunstancia de que el padre o la madre hubiesen criado ostensiblemente como hijo suyo al que pretendía serlo natural, implicaba una presunción valiosa en favor del derecho invocado. De un padre de cuyo reconocimiento se trata dice el actor:

---

<sup>1794</sup> En una ocasión, la mujer solicitaba que se reconociera a su marido como hijo natural: ANRACH vol. 1548, p. 2ª (año 1714). En 1756, el abuelo legítimo de Francisca Valenzuela, capitán Manuel Pérez, demanda el reconocimiento de hija natural de su nieta Francisca Valenzuela, respecto de la sucesión del presunto padre natural, Francisco Valenzuela y Rojas, integrada por Antonio Martínez de Apiolaza, Juan Baptista Fontecilla y Pedro Joseph Valenzuela: ANRACH vol. 2132, p. 3a.

<sup>1795</sup> ANRACH vol. 1273, p. 1ª, fs. 6 (año 1753).

<sup>1796</sup> ANRACH vol. 1588, p. 3ª (año 1813) y ANRACH, vol. 2354, p. 3ª.

<sup>1797</sup> Santa María, *op. cit.*, fs. 277, quien cita la ley 11 de Toro (*Rec.Cast.* 5, 8, 9).

<sup>1798</sup> Ley 13 de Toro. Vid. Ots, *Bosquejo, cit.*, p. 57.

<sup>1799</sup> ANRACH vol. 1228, fs. 86.

<sup>1800</sup> Se presume que el padre y la madre podían casarse sin dispensa al tiempo de concebir al hijo. Así lo confirma la Real Audiencia en ANRACH vol. 1228, fs. 86.

<sup>1801</sup> Se hace presente en ANRACH vol. 2132, p. 3a. :“la niña fue habida en Margarita Pérez, muger sin embarazo alguno legal que impiediese la legitimidad de ella si hubiera contraído el matrimonio ...”

"[C]onociéndola por tal su hija el expresado don Francisco y llevándola a su casa y abrigo, manteniéndola y vistiéndola con las demas atenciones y acciones de verdadero Padre..."<sup>1802</sup>

Los expedientes sobre filiación natural que he examinado raras veces traen pruebas absolutamente convincentes, por lo que se advierte que el arbitrio judicial obra en forma importante. El juego de las presunciones legales y de las judiciales da el cauce para la solución del asunto controvertido.

He encontrado un caso de lo que podría llamarse "filiación natural putativa". En 1772, Feliciano de Castro, que había concebido a Francisco, hijo de Antonio García, pide alimentos para él, pues, aunque el padre lo había mantenido, se hallaba ausente por lo que era su intención que se le aseguraran los alimentos. Según su declaración, Antonio García había ofrecido, para la madre y el niño, la adquisición de un cuarto o una suma que permitiese a la primera instalar un bodega. Demanda pidiendo se le aseguren los alimentos a través de la retención de los bienes del padre y, en todo caso, de 200 pesos que se hallaban en manos de Domingo Bilbao y siendo sumarisimos los juicios de alimentos, solicitaba se le entregasen de inmediato. El alcalde ordinario de vecinos accedió a que se retuvieran los 200 pesos de inmediato. Pero apareció un diputado de los acreedores de García, Romualdo Villanueva, quien exigió se le hiciera entrega de los 200 pesos retenidos. No acogiendo el alcalde esta petición, Villanueva apeló ante la Real Audiencia, expresando, además, ante este tribunal que Francisco García no tenía derecho alguno a alimentos del padre por ser éste casado en España. Su estatuto jurídico, en consecuencia, no era el de hijo natural sino adulterino por lo que no podría cobrar alimentos al padre:

"Por Derecho Civil y Real están libres de tal obligación los Padres de esta clase de hijos como se colige de la ley 5a., tít. 19, part. 4<sup>1803</sup> en que se declara que los que nacen de las otras mujeres, así como de adulterio e incesto, no son obligados sus Padres de los criar"<sup>1804</sup>.

La Real Audiencia, no obstante lo expresado, confirmó el fallo del alcalde ordinario, con lo que dio al hijo el carácter putativo de hijo natural, pues por tal había pasado.

La circunstancia de omitir la posible madre natural a la hija en su testamento hizo presumir, en un juicio de 1753, que no había entre ambas una relación materno-filial. Adujo el heredero y marido de la posible madre natural que contra la declaración de ésta, contenida en un instrumento público por el que lo había instituido único heredero de sus bienes, no podían hacer prueba las declaraciones de testigos acerca de la posible relación de maternidad de su cónyuge con la que pretendía ser su hija natural<sup>1805</sup>.

---

<sup>1802</sup> *Ibidem.*

<sup>1803</sup> "...Los que nacen de las otras mugeres [que no son de bendición o amigas con las que hay embargo de parentesco, orden de religión o casamiento], assi como de adulterio: o de incesto, o de otro fornicio, los parientes que suben por la liña derecha de partes del padre, non son tenudos de los criar: si non quisieren..."

<sup>1804</sup> ANRACH vol. 2257, piezas 5a. y 7a.

<sup>1805</sup> ANRACH vol. 1554, p. 1a. Juicio por el que María Mercedes Macaya se pretende hija natural de Juana Acencio, la que había instituido heredero único de sus bienes a su marido, Miguel Avendaño.

### 3. Efectos de la filiación natural<sup>1806</sup>

La condición de hijo natural trae para quien ostenta tal calidad una serie de consecuencias jurídicas, que paso a examinar.

3.1. *Nobleza*: el hijo natural goza de la nobleza de su padre: "Fidalguía [...] es nobleza que viene a los omes por linaje"<sup>1807</sup>, de ahí que "fijodalgo es aquel que es nascido de padre que sea fijodalgo, quier lo sea la madre quier non, sol que sea su muger velada o amiga que tenga conosciadamente por suya"<sup>1808</sup>.

Un expediente de 1773, mezcla de información de perpetua memoria y de reconocimiento de hidalguía, nobleza y de la condición de hijo natural es bastante decidor al respecto<sup>1809</sup>. El capitán de caballería de la villa de San Martín de la Concha (Quillota), Fernando Macaya, inicia ante el alcalde ordinario de Santiago un proceso para acreditar su noble filiación cuya motivación última era la de que la Audiencia expidiera una Real Provisión de amparo de la calidad de noble. Eran sus padres naturales el maestre de campo Juan Agustín de Macaya y Antonia Jofré, quienes no obstante no haber contraído matrimonio, lo habían reconocido como tal y lo habían educado de acuerdo a la altura familiar. Efectivamente, ambos progenitores eran personas de la más alta prosapia de la zona. Solicitaba al efecto que se lo considerase

"por persona mui limpia y por Hijo Natural sin impedimento de los nobles Padres que llevo representados y que como a tal pueda gozar de los Empleos que me correspondan".

Hasta ese momento, nada había obstado para que Fernando Macaya obtuviese los más ilustres cargos quillotanos tales como capitán de compañía, Procurador General de la villa, Corregidor, Teniente General y Justicia Mayor, Administrador de Rentas Reales, etc.

Avalaban su presentación la partida de bautismo, certificados en que constaba la efectividad de haber desempeñado los recién señalados empleos, recomendación del Corregidor de la villa, certificados de bautismo de sus abuelos, testamentos de éstos, declaraciones de varios testigos que ratificaban los hechos anteriores, entre ellos, la de su propio padre natural.

El Procurador de la Villa, vista la información, la aprobó y confirmó

"sin que pueda hostar en manera alguna sea hijo natural con respecto a no ser exsepsion que embaraze la naturaleza de sangre".

Ante ello, el alcalde lo declaró por hijo natural de Juan Agustín de Macaya y Antonia Jofré, autorizándosele para usar de su derecho donde más le conviniese.

---

<sup>1806</sup> Villar y Bermúdez de Castro, *Demostración de los justos límites a que se extienden y reducen los derechos de los hijos naturales y sus descendientes en España*. Madrid: 1802.

<sup>1807</sup> *Partidas* 2, 21, 3.

<sup>1808</sup> *Partidas* 7,11,1; Santa María, *op. cit.*, fs. 277. "En los padrones y en las partidas parroquiales muchos [hijos naturales] aparecen como "caballeros" y su nombre precedido del "don" o "doña", según las fórmulas de la época para señalar a los miembros del grupo alto": J. G. Muñoz Correa, "Los hijos naturales en la doctrina de Malloa" en S. Pinto V. (ed.), *Familia, matrimonio y mestizaje en Chile Colonial* (Santiago, Serie Nuevo Mundo: Cinco Siglos no. 4, 1990), p. 46.

<sup>1809</sup> ANRACH vol. 2121, p. 5a. (1773).

Con tales declaraciones se presentó ante la Real Audiencia "

"para que se me ampare en la posesión de nobleza e hidalguía y se me conserven en este Reino los privilegios y excepciones que la ley concede a los de esta categoría, recibiéndome como a tal en cualquier Cabildo, librándose Real Provisión para anotarla en los libros de la provincia de Quillota".

Aunque el expediente está trunco, consta que esta petición fue acogida a tramitación y que se dio vista al Fiscal y traslado al Procurador General de San Martín de la Concha. Si bien las Reales Audiencias, conforme *Rec. Ind.*<sup>1810</sup> no podían determinar causas de hidalguía, amparaban en la posesión de nobleza que se les probara adecuadamente<sup>1811</sup>. Ha de recordarse al efecto que en el Derecho Nobiliario se hace el distingo entre la posesión de nobleza y la propiedad de la misma. La primera consiste en ser tenido por noble en el lugar respectivo: por ejemplo, por ser empadronado como tal o por desempeñar cargos propios de hidalgos. La propiedad implicaba un juicio contradictorio que terminaba con una carta ejecutoria de nobleza confirmada por una de las Reales Chancillerías de España<sup>1812</sup>.

Otro caso es el de Francisco Arcaya, hijo natural del general Juan Luis de Arcaya, quien fue corregidor de Santiago, y de Juana España, mujer soltera residente en Lima. Diversos testigos de elevada posición declaran sobre su nobleza y limpieza de sangre. Solicita a la Real Audiencia que se le otorgue

"la posesión de noble, mandando que como a tal se le guarden las esepciones y pribilegios que le corresponden".

Tras dictamen del Fiscal, la Audiencia declaró:

"Apruébanse las diligencias practicadas por don Francisco Arcaia en orden a su filiacion y limpieza y guardándosele todas aquellas preminencias, honores y exepciones que le correspondan por su calidad, por lo que respecta a la declaracion y amparo de su nobleza que pretende, ocurra a usar de su derecho donde y como viene que le convenga, a cuio efecto se le entregue testimonio de este expediente como lo pide"<sup>1813</sup>.

Hacia excepción a la regla de seguir el hijo natural la condición del padre la de los hijos de sierva. Conforme a *Partidas* 4, 21, 2 se acogía en materia de hijos de esclava la regla romana de adoptar aquéllos el *status* de la madre por lo que el procreado por un libre en esclava era de condición servil. En un juicio ventilado entre 1672 y 1675 por Lucía Miranda con la sucesión de Juan de Miranda y Catalina Ponce sobre que se declarara su libertad, aparece que la actora era hija natural de un hijo de Juan de Miranda. Su abuelo la compró con la intención de darle libertad, lo que debía producirse a su muerte. El albacea no había querido cumplir con la voluntad de Miranda, ya que ella sólo se había expresado al

---

<sup>1810</sup> 2, 5, 119.

<sup>1811</sup> Lira, *La prueba...*, pp. 144 y 147. En p. 148 expresa: "en los territorios donde las Audiencias carecían de Alcaldes de Hijosdalgo -como en Indias y Canarias- los autos o provisiones de amparo de noble adquirieron trascendental importancia práctica para la calificación de la nobleza y, pese a la restricción jurídica de su valor probatorio en conformidad a lo prescrito por el Derecho Castellano, históricamente es innegable que constituyen una de las principales fuentes para el estudio de la materia".

<sup>1812</sup> Lira, *La prueba...*, pp. 148-149.

<sup>1813</sup> ANRACH vol. 2124, p. 1a.



momento de la adquisición de su nieta. No obstante estas frágiles demostraciones de manumisión, la Audiencia, habiendo oído al vendedor de la esclava, Luis Ponce de León, según el cual la intención de Miranda había sido la de dar libertad a la esclava, declaró su condición de libre, haciendo uso en ello del *favor libertatis*<sup>1814</sup>.

3.2. *Alimentos*: pueden definirse los alimentos como las asistencias otorgadas a una persona para su subsistencia, esto es, para gastos de habitación, vestuario, comida, recuperación de la salud, educación y, en general, todas las cosas que “son menester para la vida del home”<sup>1815</sup>.

El hijo natural tiene derecho a alimentos, pesando esta carga en primer lugar sobre la madre. Desde la Alta Edad Media existió legislación que obligaba a la mujer a criar a su hijo: “mugier que de alguno fuere preñada, críe su fijo”<sup>1816</sup>. En el *Fuero Real*<sup>1817</sup> y en la mayor parte de los fueros municipales esta obligación dura tres años<sup>1818</sup>, lo que atiende al amamantamiento del hijo: “nodrescer et criar”<sup>1819</sup>. El código alfonsino reitera la obligación de la madre de alimentar al hijo hasta los tres años de edad<sup>1820</sup>. No pudiendo hacerlo, pasa esta obligación al padre, y siendo pobres ambos progenitores, a los abuelos, si tienen medios de fortuna<sup>1821</sup>. El derecho indiano contempló también lo que podríamos llamar el derecho del hijo a la leche de su madre. En efecto, la india viuda estaba autorizada para volver al pueblo de sus padres y sólo podía enviar su hijo al de su marido, pasados los tres años de crianza<sup>1822</sup>.

La cantidad de que el padre o la madre, en su caso, podía disponer por vía de alimentos para sus hijos naturales, variaba según si tuviesen o no descendencia legítima. En el primer caso, les estaba prohibido entregar más de un quinto de sus bienes por actos entre vivos o *mortis causa*. En el segundo, no tenían limitación alguna<sup>1823</sup>. A falta de los

---

<sup>1814</sup> ANRACH vol. 1092, p. 3a.

<sup>1815</sup> *Partidas* 4, 19, 2 y 7, 33, 5.

<sup>1816</sup> Así está establecido en los fueros de Plasencia y Cuenca: Martínez Marina, *op. cit.*, t. I, p. 259.

<sup>1817</sup> 3, 8, 3.

<sup>1818</sup> En el de Soria, por ejemplo, se establece: “quando alguna mugier soltera oviere fijos de algun omne soltero y el omne lo conosciere por fijo, la madre sea tenida de lo criar e de lo gobernar a su cuenta fasta tres annos... y el padre críelo dallí adelante de lo suo y non la madre, si non quisiere, fuera si los alcaldes por alguna razón derecha mandasen que lo tenga la madre, que lo tenga a cuesta del padre”: Beneyto, *Instituciones...* t. 1, p. 124.

<sup>1819</sup> *Partidas* 4, 19, 3. Desde antiguo existió preocupación por el amamantamiento del hijo: tal obligación competía a la madre, pero si ésta no podía dar leche y se encargaba la crianza a una nodriza, su leche debía ser de buena calidad, so pena de tener al ama por homicida, según aparece en los fueros de Cuenca, Baeza y Plasencia. Martínez Marina, *op. cit.*, 1, p. 249. Llamas y Molina puntualiza la importancia de la lactancia en cuanto a la obligación de proporcionar alimentos al hijo: S. de Llamas y Molina, *Comentario crítico-jurídico-literario a las ochenta y tres leyes de Toro*. Madrid, 1852, p. 83.

<sup>1820</sup> *Partidas* 4, 19, 2 y 3.

<sup>1821</sup> *Partidas* 4, 19, 4; Asso, *op. cit.*, 1, p. 6.

<sup>1822</sup> *Rec. Ind.* 6, 1, 7; Ots, *Bosquejo...*, p. 109.

<sup>1823</sup> Ley 10 de Toro, *Rec. Cast.* 5, 8, 8.

padres, podía pedirse alimentos a los abuelos<sup>1824</sup> y aun a los tíos, regulando el juez la cuantía de ellos<sup>1825</sup>.

El procedimiento para pedir alimentos estaba exento de formalidades y el juez podía fijar alimentos provisorios, quedando, en todo caso, libre a las partes el camino para probar ó impugnar la filiación: “salvo exija su derecho a qualquier de las partes para probar si es su fijo o non”<sup>1826</sup>.

La edad en que se podía pedir alimentos no estaba perentoriamente determinada. En la práctica jurídica chilena he visto desde la petición por la criatura de pocos meses hasta la del mayor de sesenta años. En un proceso en que los peticionarios tienen 25 y 30 años de edad, respectivamente, se pretendió por la parte demandada excusarse de alimentarlo, fundada en que “el d[e]r[ech]o de alimentos de los hijos naturales solo corre por aquellos que fueren precisos para su crianza y quando mas durante su edad pupilar”<sup>1827</sup>. El fallo de primera instancia fue adverso al alimentante, quien al apelar insistió:

“La obligación natural de los Padres p.a criar y alimentar los hijos, que no son sus herederos, solo dura estante el de su minoridad, o hasta que salen del estado de pubertad o de otro modo adquieren ellos por sí para alimentarse”.

La Real Audiencia confirmó la sentencia apelada<sup>1828</sup>.

El juez regula, según las circunstancias, el monto de los alimentos: cuando el padre ha fallecido, su cuantía llega hasta el quinto de la herencia. El siguiente fallo nos da algunos elementos de juicio contemplados al respecto: se atiende ahí a

“[L]a calidad y demás circunstancias que concurren en el citado D. Ant[oni]o de hallarse en suma pobreza, cargado de familia, en tierras estrañas y sobre todo con indisputable d[e]r[ech]o a los precisos alimentos que segun lo dispuesto por la ley 7ª. tít. 8º lib. 5º de Castilla deve el Padre administrarle, por lo tanto se condena a la testamentaria del citado D[o]n Diego a que le dé y entregue al d[ic]ho D[o]n Antonio la cantidad de \$ 6.000”<sup>1829</sup>.

Algunos autores consideraban que la obligación de dotar a las hijas naturales era una consecuencia de la de alimentarlas, pero la opinión no era unánime. En la práctica, algunos padres naturales preferían hacer una donación a sus hijas antes que concurrir directamente con una dote, como aparece en una escritura de 1688<sup>1830</sup>. En tales casos, la propia hija

---

<sup>1824</sup> *Partidas* 4, 19, 5.

<sup>1825</sup> Santa María, *op. cit.*, fs. 278: En estos casos, el juez regulaba prudencialmente la cuantía de los alimentos. Dando la calidad de hijo natural a su detentador una certeza en cuanto a su relación de parentesco con sus progenitores, los parientes de éstos quedaban ligados por igual certeza: de ahí su obligación de alimentar. Vid. Llamas, *op. cit.*, p. 85.

<sup>1826</sup> *Partidas* 4,19,7.

<sup>1827</sup> ANRACH, vol. 1139, pieza 2ª, fs. 14 vta.

<sup>1828</sup> ANRACH, vol. 1139, pieza 2ª, fs. 71.

<sup>1829</sup> ANRACH, vol. 1590, pieza 4ª, fs. 113 vta. El fallo fue confirmado por la Real Audiencia.

<sup>1830</sup> Archivo Notarial de Valparaíso, vol. 1, fs. 239 vta. (13 de octubre de 1688).

aportaba la dote a su matrimonio<sup>1831</sup>. La relación entre alimentos y dote aparece clara en un juicio chileno de 1670, en que aquéllos son pedidos “para que la dicha mi parte pudiese ser dotada”<sup>1832</sup>.

La vinculación entre alimentos e hijo natural hace que la circunstancia de que alguien otorgue alimentos, aunque sean éstos escasos, al presunto hijo, constituya una positiva muestra de que efectivamente existía la calidad invocada<sup>1833</sup>.

3.3. *Derechos hereditarios*: en el derecho español siempre se consideró la situación hereditaria de los hijos naturales, para los cuales incluso llegó a existir una legítima en algún fuero<sup>1834</sup>.

Para mayor claridad, distinguiré entre los derechos hereditarios respecto de la madre y los respecto del padre<sup>1835</sup>.

El hijo natural heredaba a su madre forzosamente, muriera ésta testada o intestada, siempre que no hubiera hijos legítimos o legitimados. En esta última situación, la madre sólo podía disponer a favor de sus hijos naturales hasta el quinto de sus bienes<sup>1836</sup>. No habiendo, pues, descendencia legítima, los hijos naturales eran herederos universales<sup>1837</sup>.

En lo tocante a la herencia del padre, cuando éste carecía de descendencia legítima, podía dejar todos sus bienes a sus hijos naturales, aunque el causante tuviera padre, madre u otros ascendientes legítimos<sup>1838</sup>. La misma regla se aplicaba a los abuelos naturales “con mayor razón (que a los padres naturales), en que no se considera tanto la torpeza de sus padres”<sup>1839</sup>. No dejándoles nada el padre, habían de conformarse pues “a nada tiene d[e]r[e]cho ni les compete remedio algo contra su testamento y voluntad p[or] no concedérsele las

---

<sup>1831</sup> A. Dougnac Rodríguez, "Esquema del régimen económico matrimonial en Chile indiano", en *Revista Chilena de Derecho* 3-6, p. 184. Santiago, 1975.

<sup>1832</sup> ANRACH, vol. 1443, pieza 1ª (año 1670).

<sup>1833</sup> Así lo hallamos en diversos juicios como, por ejemplo, ANRACH vol. 3163, p. 7, juicio sobre Cecilia Lecaros hija natural de Francisco Lecaros (1812); vol. 2132, p. 3a. (1756); ANRACH vol. 2524, p. 3a. sobre ser Ana Josefa Valenzuela hija natural de Francisco Valenzuela, ya que la crió y mantuvo después en un monasterio contribuyéndole con todo lo necesario (1756).

<sup>1834</sup> El fuero de Zamora, por ejemplo, daba particulares derechos a los hijos de la barragana “a pan y cuchiello”: J. Beneyto Pérez, *Manual de Historia del Derecho* (Zaragoza 1940), p. 275. De acuerdo al *Fuero Real* 8, 6, 1 los padres podían dejar a sus hijos naturales lo que quisieran, careciendo de descendencia legítima, y en el de Burgos se igualaba en la herencia a los hijos legítimos con los naturales: I. Ruiz Moreno, *Vocación sucesoria de los hijos naturales (cuatro tesis sobre la ley 10 de Toro)*, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene* n° 22, p. 224. Buenos Aires, 1971, p. 224.

<sup>1835</sup> Santa María, *op. cit.*, fs. 278. Cfr. M. C. Vivas, "La filiación ilegítima en Indias y la sucesión hereditaria" en *Cuadernos de Historia* no. 9. Córdoba: 2000, pp. 162-194, quien aporta diversos casos jurisprudenciales en pp. 188-192.

<sup>1836</sup> Ley 9 de Toro, *Rec. Cast.* 5, 8, 7.

<sup>1837</sup> *Rec. Cast.* 5, 8, 7: tal solución aparece en un informe en derecho de 9 de enero de 1715, en que el hijo natural es considerado heredero universal de su madre intestada: ANRACH, vol. 2354, pieza 4ª, fs. 3.

<sup>1838</sup> Ley 10 de Toro, *Rec. Cast.* 5, 8, 8

<sup>1839</sup> Santa María, *op. cit.*, fs. 278.

leyes”<sup>1840</sup>, lo que ha de entenderse sin perjuicio de su derecho a impetrar alimentos. Si el hijo natural instituido heredero por el padre repudiaba la herencia, ella no pasaba a los demás hijos naturales, sino que a los ascendentes u otros herederos del causante<sup>1841</sup>.

Cuando el padre moría intestado y sin descendencia legítima, los hijos naturales tenían derecho a la sexta parte de la herencia<sup>1842</sup>, lo que se pide con mucha frecuencia en la práctica jurisprudencial chilena: “si mueren intestados (los padres naturales) es de d[e]r[e]cho se dé a los naturales la sexta parte conforme a la ley de Partida”<sup>1843</sup>.

A veces se planteaban dificultades para entender si lo que se solicitaba ante los tribunales era alimentos o derechos hereditarios; los peticionarios aclaraban la situación, como puede apreciarse a continuación:

“Da. Isabel dice no alcanzar en qué derecho fundamos solicitud a la herencia de dicho nr.o Padre, en lo que abla por demas, pues no pretendemos heredar sino unicamente los alimentos cuia accion nos franquean las Leyes para entablarla contra sus bienes como sus hijos naturales”<sup>1844</sup>.

La circunstancia de contar un padre natural con su madre como heredera forzosa hizo plantear el problema de si su hija natural podía heredar la sexta parte de los bienes. El abogado de la parte demandada señaló que la hija no tendría el derecho invocado

"puesto que la sucesión en esta parte respecto del padre no tiene lugar quando quedan asendiente legitimos, que así lo advierten todos los autores, y habiendo quedado biba su madre Doña Mariana de Rojas".

Exactamente lo contrario aducía el abogado de la demandante para el que la doctrina citada era falsa

"la doctrina que se cita de contrario no se fundamenta en derecho alguno, porque según el Sivil los padres solo eran herederos forzosos a los hijos en la tercera parte de sus bienes, y según el Real en las dos terceras partes, con que quedando solo el tercio libre, no daña la herencia de los padres a la que deben haber los hijos naturales conforme a la ley en la sexta parte".

---

<sup>1840</sup> Santa María, *op. cit.*, fs. 278. Vid. Ruiz, *op. cit.*, p. 225.

<sup>1841</sup> Santa María, *op. cit.*, fs. 278, quien cita a Castillo, ley 10 de Toro, Nos 47 y 48.

<sup>1842</sup> *Partidas* 6,13,8.

<sup>1843</sup> ANRACH, vol. 1590, p. 43 (1810). Sobre el mismo asunto, ANRACH, vol. 1228, p. 63 (1804). En el primero de los textos citados se lee el siguiente pasaje, escrito por el abogado don Juan Lorenzo de Urrea: “Los Padres que no tienen hijos legítimos pueden morir con Testamento o sin él. Si mueren intestados es de dr.o se dé a los naturales la 6ª. parte conforme a la Ley de Partida, mas si otorgan Testamento también es de derecho lleven la parte o el todo de sus bienes si fueren nombrados herederos; pero si fuesen preteridos o seles dexase alguna corta cantidad que no sufrague a sus alimentos, no teniendo bienes ni otros advitrios con que subsistir, igualm.te es de dr.o se les dé el suplemento de su subsistencia que se dexa al regulado advitrio del Juzgado pesadas todas las circunstancias que deben convínarse”.

<sup>1844</sup> ANRACH, vol. 1139, p. 2ª. fs. 13 (1791).

Constituyendo el juicio referido caso de corte, la Real Audiencia conoció de él y lo falló negando lugar a la hija natural a la sexta parte, habiendo sólo derecho a alimentos a razón de 4 pesos por mes mientras se procedía a la partición de los bienes del padre<sup>1845</sup>.

3.4. *Encomiendas*: por regla general, ningún hijo ilegítimo sucedía en encomiendas a su padre, ni tampoco podía hacerlo el hijo legítimo de un ilegítimo. Sin embargo, en algunos casos, los hijos naturales, por especial concesión de la corona, y mediante composición, pudieron suceder en la encomienda a sus mayores. Tal ocurrió por real cédula de 1559, en que se permitió “que los hijos naturales puedan suceder a sus padres en los indios, no teniendo hijos legítimos, sacándoles por esta merced para S. M. todo lo que se pueda, atendido el valor de los indios”<sup>1846</sup>.

3.5. *Guardadores*: al varón mayor de catorce años y a la mujer mayor de doce, y hasta los veinticinco años, se les daba curador, y a los menores de esas edades, tutor<sup>1847</sup>. El padre y la madre naturales tenían derecho a designarlos para sus hijos por acto entre vivos o *mortis causa*. El padre natural tenía derecho al nombramiento de guardador siempre que instituyera heredero a su hijo o le dejara un legado. La madre, en cambio, podía nombrarlo en todo caso. En una y otra situación, el juez había de confirmar la designación<sup>1848</sup>.

El silencio de los padres era suplido por la ley: la madre no casada era llamada en primer lugar y después la abuela y demás parientes, aplicándose el orden de sucesión<sup>1849</sup>. En algún caso excepcional, el padre pedía, muerta la madre natural, la tutela de su hijo. Un informe en derecho, evacuado al respecto en 1715 por el licenciado Juan de Rosales, puntualizaba la situación:

“probado que sea que el dho. D.n Luis de Salazar es padre natural del dho. niño le compete su críansa y educación y se le debe entregar el dho. su hijo para el dho. efecto y por consiguiente la administracion de todos sus bienes le toca y pertenesese dandosele la tutella de el dho. niño disirniéndosele el cargo de ella y afiansandola y debe recaudar todos los bienes que al dho. su hijo le pertenesieren por cualquiera titulo”<sup>1850</sup>.

Si el matrimonio subsiguiente de la madre le inhabilitaba para la tutela, no ocurría lo mismo con el padre natural, quien tan sólo debía tener separados los bienes del pupilo respecto de sus demás hijos<sup>1851</sup>.

3.6. *Venia o dispensa de edad*: todo menor que hubiera cumplido veinte años podía obtener habilitación de edad para administrar libremente sus bienes, con la limitación de no

---

<sup>1845</sup> ANRACH vol. 2524, p. 3a. (1756-1757), juicio por el que Josefa Parra, madre de Ana Josefa Valenzuela, demanda a la sucesión de su padre natural, Francisco Valenzuela.

<sup>1846</sup> Ots, *Instituciones*, p. 385.

<sup>1847</sup> *Partidas* 6, 16, 1.

<sup>1848</sup> Asso, *op. cit.*, 1, p. 13; Ots, *Instituciones*, p. 319 y E. de Tapia, *Febrero Novísimo o Librería de jueces, abogados, escribanos y médicos legistas* t. 1, Valencia, 1837, p. 146. Ejemplo de madre natural que nombra tutor a su hija en ANRACH vol. 2363, p. 15a.

<sup>1849</sup> *Partidas* 6, 16, 9. Asso, *op. cit.*, t. 1, p. 14 y Ots, *Instituciones*, p. 819.

<sup>1850</sup> ANRACH vol. 2354, p. 4<sup>a</sup>, fs. 2 vta, a 3 (1715)

<sup>1851</sup> ANRACH vol. 2354, p. 4<sup>a</sup>, fs. 3.

venderlos ni gravarlos. Siendo esta posibilidad de carácter general, también los hijos naturales podían optar a ella. Había que solicitar la habilitación al juez del lugar, quien la concedía con conocimiento de causa y ordenaba se otorgara una fianza para responder ante terceros<sup>1852</sup>. Para los menores entre dieciocho y veinte años, había que pedir autorización a la corona, la que exigía informaciones cabales, con el fin de evitar que se administrara mal los bienes<sup>1853</sup>.

3.7. *Legitimación*: el hijo natural podía ser objeto de legitimación, esto es, “hacer como legitimo al q[u]e realmente no lo es, quitandole el impedimento legal q[u]e lo priva de obtener las preeminencias concedidas a los legítimos y poniendolos en el estado de estos”<sup>1854</sup>. En las Partidas se seguía el Derecho Romano al pie de la letra, estableciéndose, incluso, modos de legitimar que no se avenían con el sistema castellano, como sucedía con la oblación a la curia.

Fuera del medio ya señalado, el texto alfonsino establecía que los hijos naturales eran legitimados cuando sus padres contraían matrimonio con posterioridad<sup>1855</sup>; cuando hacían declaración en tal sentido por testamento o instrumento público firmado ante tres testigos, lo que debía ser confirmado por el monarca, y cuando el príncipe legitimaba por rescripto, lo que estaba considerado también en el *Fuero Real*<sup>1856</sup>.

La legitimación por matrimonio subsiguiente legitimaba a los hijos cuando al tiempo de la concepción los padres podían casarse.

La legitimación por acto entre vivos operaba cuando el padre reconocía como hijo suyo y de la respectiva mujer al natural; pero no debía manifestar que fuera natural, porque, presumiéndose la existencia de matrimonio, mientras no se probara lo contrario, los hijos habrán de ser tenidos por legítimos<sup>1857</sup>.

La legitimación por testamento procedía cuando no había hijos legítimos: “de amiga habiendo algunt home sus fijos naturales, si fijos legitimos non hobiere, puedeles legitimar en su testamento”<sup>1858</sup>.

Las altas autoridades indianas se arrogaron derecho a legitimar por rescripto, pero habiéndose producido muchos excesos, una real cédula de 1625 ordenó que los virreyes, las audiencias y los gobernadores no podían otorgar legitimaciones “por ser regalía que sólo toca y pertenece a nuestra real persona”, sino que debían remitir los antecedentes al

---

<sup>1852</sup> Vid. dispensa de edad para un menor que no es hijo natural en Archivo Notarial de Talca, vol. 27, fs. 300, escritura de 27 de septiembre de 1800.

<sup>1853</sup> Por real cédula de 9 de octubre de 1637 se dispuso que los virreyes no debían conceder habilitaciones de edad a los menores de 18 ó 20 años porque gastaban sus haberes, debiendo de enviarse al Consejo de Indias las solicitudes con sus respectivas informaciones: Ots, *Instituciones...*, p. 320.

<sup>1854</sup> Santa María, *op. cit.*, fs. 164.

<sup>1855</sup> *Partidas* 4,13,1.

<sup>1856</sup> 3,6,2.

<sup>1857</sup> Tapia, *op. cit.*, p. 121.

<sup>1858</sup> *Partidas* 4, 15, 6.

Consejo de Indias para su resolución<sup>1859</sup>. Hay relativa abundancia de reales cédulas que conceden legitimaciones<sup>1860</sup>. Los legitimados se equiparaban a los hijos legítimos, salvo que lo fueran por rescripto, situación en que sólo sucedían a sus padres a falta de legítimos o de legitimados por subsiguiente matrimonio. En este caso, sus padres podían dejarles por testamento hasta un quinto de la herencia<sup>1861</sup>.

3.8. *Prohijamiento*: los hijos naturales podían ser objeto de prohijamiento o adopción. Las *Partidas*, con criterio romanista, distinguían entre la arrogación, que procedía cuando el adoptado no estaba en poder de su padre o carecía de éste, y la adopción, que se daba cuando el prohijado tenía padre natural o legítimo.

La arrogación era posible respecto de los mayores de siete años, pues era necesario que el arrogado consintiera expresa o tácitamente<sup>1862</sup>. Los hijos naturales podían ser objeto de arrogación por sus propios padres. Tal situación no estaba resuelta expresamente en las *Partidas*, mas no era incompatible con ellas<sup>1863</sup>.

Para practicar una arrogación era necesario hacer una presentación a la corona, pidiéndole autorización y aportando todos los antecedentes necesarios para su resolución: edad, relación parental, situación económica, etc. Concedida la licencia, se levantaba escritura pública, cuya plantilla puede hallarse en las *Partidas*<sup>1864</sup>, siendo el arrogado menor de catorce años:

"Sepan quantos esta carta vieren. Como Domingo Ruyz estando delante el Rey, por fijo, e tomo por fijo a Pero Ferrandez, fijo, que fue de Ferrand Velasquez estando el delante, e plaziendole. E tomo este Domingo Ruyz a Perro Ferrandez el sobredicho con todos sus bienes tambien muebles como rayzes, e recibiollo assi como padre recibe a tal fijo en su compañía, e so su poderio, e seyendo preguntado éste Pero Ferrandez si le plazia de tomar a Domingo Ruyz por padre. E otrosi Domingo Ruyz si le plazia de tomar, e de recibir a Pero Ferrandez por fijo, respondieron ambos que si. E por ende catadas, e guardadas todas las otras cosas que dizen las leyes deste libro que fablan en esta razon, otorgo el Rey este porfijamiento, e mando a fulano escriuano que fiziesse ende carta, etc...."<sup>1865</sup>.

La arrogación producía efectos importantes: a) el arrogado entraba en la patria potestad del arrogador como si fuera hijo legítimo suyo, con su persona y sus bienes<sup>1866</sup>; b) el arrogado pasaba a ser heredero forzoso del arrogador, *abintestato* y testamentario, no teniendo éste ascendientes ni descendientes legítimos o naturales. Habiéndolos, sólo podía

---

<sup>1859</sup> *Rec. Ind.* 2, 15, 120.

<sup>1860</sup> Ots, *Instituciones...*, p. 370. Vid. Lira Montt, *La legitimación...* cit. donde trata acuciosamente el tema.

<sup>1861</sup> Ley 12 de Toro, *Rec. Cast.* 5, 8, 10.

<sup>1862</sup> Santa María, *op. cit.*, fs. 163.

<sup>1863</sup> *Partidas* 4, 16, 1.

<sup>1864</sup> *Partidas* 4, 16, 4..

<sup>1865</sup> *Partidas* 3, 18, 92.

<sup>1866</sup> *Partidas* 4, 16, 7 y 8.

recibir del arrogador un quinto de la herencia y sí había ascendientes, hasta un tercio<sup>1867</sup>; c) el arrogador no podía sacar de su poder al arrogado sino por justa causa<sup>1868</sup>, y d) el arrogador no podía desheredar al arrogado sin justa causa<sup>1869</sup>.

La adopción, que procedía incluso para el menor de siete años, era practicable respecto de los hijos naturales<sup>1870</sup>. Para llevarla a efecto se pedía autorización judicial, en procedimiento no contencioso, y luego se levantaba escritura pública, recibiendo el adoptante al adoptado<sup>1871</sup>.

Eran efectos de la adopción: a) cuando el adoptante era un ascendiente (abuelo, bisabuelo), adquiría la patria potestad sobre el adoptado<sup>1872</sup>; b) el adoptado por un ascendiente heredaba los bienes por causa de la adopción y del parentesco<sup>1873</sup>; c) el adoptado por un extraño no era heredero forzoso, mas sí lo era *abintestato* cuando no había descendientes legítimos ni naturales ni ascendientes<sup>1874</sup>. Habiéndolos sólo podía recibir un quinto o un tercio, según los casos, y d) el adoptante podía desheredar, con o sin razón, al adoptado<sup>1875</sup>.

3.9. *Patria potestad*: siendo posible que los hijos naturales entraran en patria potestad de sus propios padres (en los casos de legitimación y de arrogación) o de otros (en la adopción), hay que anotar que ella confería a su titular las siguientes atribuciones: a) corregir y castigar moderadamente al hijo<sup>1876</sup>; b) servirse de los hijos sin emolumentos para éstos, ya que ellos recibían la manutención y educación; c) hacer volver al hogar al hijo que en forma voluntaria o forzada estuviera en poder de otro, utilizando, si fuese preciso, la fuerza pública; d) la posesión, propiedad y usufructo de los bienes profecticios del hijo (esto es, de los adquiridos, estando bajo patria potestad, con los bienes del padre o con ocasión de estar con el padre); el usufructo de los adventicios (o sea, de los adquiridos bajo patria potestad, con el trabajo del hijo o por fortuna o donación, legado o herencia de propios o extraños, con tal que no les correspondieran por razón o causa del padre) y nada respecto de los bienes castrenses (los ganados por razón de guerra), ni de los cuasicastrenses (los ganados por el hijo al ejercer como abogado, catedrático, juez o en otros oficios semejantes)<sup>1877</sup>; e) podía el padre, conforme *Partidas*, vender o empeñar al hijo

---

<sup>1867</sup> *Partidas* 4, 16,8; *Fuero Real* 4,22,1 y *Rec. Cast.* 5,8,10

<sup>1868</sup> *Partidas*.4, 16, 7.

<sup>1869</sup> *Partidas* 4, 16, 8.

<sup>1870</sup> *Partidas* 4, 7, 7 y 4, 16, 1.

<sup>1871</sup> *Partidas* 4, 7, 7; 4,16,1 y 4 y 3, 18, 92.

<sup>1872</sup> *Partidas* 4,16,9 y 10.

<sup>1873</sup> *Partidas* 4, 16.10.

<sup>1874</sup> *Partidas* 4,16, 8 y 9 y *Fuero Real* 4,22,1.

<sup>1875</sup> *Partidas* 4,16,8.

<sup>1876</sup> *Partidas* 4, 8, 9 y 4,18,18.

<sup>1877</sup> J. Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* (París, 1752), p. 363, 373, 1305 y 1383, y Ots, *instituciones...*, pp. 316 y 317.



"seyendo el padre de tan grand pobreza, que non se pudiese acorrer dotra cosa, estonce puede vender, o empeñar sus fijos..."<sup>1878</sup>. Esta disposición fue esgrimida en 1720 cuando un negro de propiedad de Laureano de los Ríos, al que le faltaba una pequeña suma para comprar su libertad, dejó como garantía de que la pagaría a su hija María. El amo, a su vez, traspasó la hija a un tercero. María solicitó se declarase su libertad toda vez que, al no estar su padre en el estado de necesidad que presupuestaba la ley del Rey Sabio, no había podido darla en prenda. La Real Audiencia declaró nula la escritura de "empeño" de la hija, condenando al comprador de la misma a darle la libertad y pagarle una suma de dinero por los servicios indebidamente prestados, condenando, además, al antiguo amo a una multa. Igualmente, condenó al padre a recibir azotes en la plaza de la ciudad<sup>1879</sup>. Digna de admiración es esta sentencia por su evidente sentido de justicia.

#### **4. Efectos de la filiación ilegítima**

Ya han sido definidas las diversas categorías de hijos ilegítimos, y conviene ver qué efectos acarrear:

Los hijos adulterinos, notos o fornecinos, llamados también de dañado y punible ayuntamiento, tenían derecho a alimentos respecto de la madre y de sus ascendientes<sup>1880</sup>. El padre estaba obligado a otorgarlos cuando la madre era pobre; pero sus ascendientes no tenían al respecto obligación alguna. Los alimentos a que tenían derecho eran los estrictamente necesarios para la subsistencia. Si el padre o la madre tenían descendencia legítima, sólo podían dar por alimentos a su hijo hasta la quinta parte de sus bienes y cualquier cantidad en caso contrario, según interpretación de Antonio Gómez<sup>1881</sup>.

En lo tocante a derechos hereditarios, aunque la madre careciera de hijos legítimos, los adulterinos no podían heredarla *abintestato* y sólo podía legarles hasta el quinto de sus bienes<sup>1882</sup>. Al padre no podían heredarlo ni por testamento ni *abintestato*<sup>1883</sup>.

Los bastardos tenían derecho a alimentos respecto de su madre y de su padre, conforme lo ya expresado para los adulterinos. Heredaban a su madre *abintestato* y por testamento, forzosamente, a falta de descendientes legítimos, legitimados o naturales y aun cuando hubiera ascendientes. Respecto del padre la situación era que no podían heredarlos ni por testamento ni *abintestato*.

Lo mismo que se ha expresado para los bastardos era aplicable a los nefarios e incestuosos.

Los sacrílegos tenían derecho a alimentos de su madre y de su padre, como se expresó de los adulterinos. Su situación hereditaria era inferior a los ya nombrados, pues nada podían percibir por testamento ni *abintestato* de sus padres o madres ni de los parientes

---

<sup>1878</sup> *Partidas* 4. 17. 8.

<sup>1879</sup> ANRACH vol. 1441, p. 14 (1720).

<sup>1880</sup> *Partidas* 4, 19, 5.

<sup>1881</sup> Escriche, *op. cit.*, p. 1305.

<sup>1882</sup> Ley 9 de Toro; *Rec. Cast.* 5, 8, 7 que devino *Nov. Rec.* 10, 20, 5; Santa María, *op. cit.*, fs. 278.

<sup>1883</sup> *Partidas*.6, 13,10 y 6, 3, 4 y *Rec. Cast.* 5, 8, 7.

por cualquiera de ambas líneas por vía de legado, donación, ni aun a pretexto de compraventa<sup>1884</sup>.

Los manceres tenían respecto de sus madres los mismos derechos a alimentos y sucesión que se ha expresado para los bastardos. No siendo posible saber quiénes eran sus padres, carecían de todo derecho respecto de éstos.

Los hijos ilegítimos podían ser legitimados por rescripto del príncipe. Un caso de ello es el relativo a Alonso de Ribera, gobernador de Chile, quien era hijo adulterino. En la respectiva real cédula se expresaba, después de comentar los hechos de sus antepasados,

“[Q]ue últimamente Jorge de Ribera, vuestro padre, hixo del dicho Alonso de Ribera, sirvió también al Rey mi Señor que santa gloria haya en la rebelión de los moriscos del reyno de Granada así de capitán de infantería y de caballos como en otros cargos muy honrosos, el cual siendo casado os hubo y procreó en una mujer soltera no obligada a matrimonio...”<sup>1885</sup>

Para los hijos ilegítimos, en materia de prohijamiento, sólo era posible la arrogación, con los efectos que ya se han señalado.

Finalmente, en relación con estos hijos ilegítimos, ha de considerarse que no podían recibir sagradas órdenes, beneficios ni dignidades eclesiásticas. Tales impedimentos eran dispensables<sup>1886</sup>, existiendo expresa mención de tales dispensas en la obra *Ordinationum Apostolicarum ad Indias Pertinentium Breviarum* de Domingo Muriel, profesor de la Universidad Jesuítica de Córdoba<sup>1887</sup>.

## CAPÍTULO X ESTATUTO DEL HUÉRFANO

### 1. Introducción.

La Corona española promueve en América la constitución de la familia conforme el ideal católico y son numerosas las disposiciones que tienden a la consecución de este arquetipo<sup>1888</sup>. En la realidad, sin embargo, nos encontramos con una sociedad en que, por razones de índole sociológica, cultural o antropológica, la célula familiar se encuentra bastante disgregada. Las uniones ilegítimas son altísimas, según se desprende de la revisión

---

<sup>1884</sup> *Rec. Cast.* 5, 8, 6.

<sup>1885</sup> F. Campos Harriet, *Alonso de Ribera, Gobernador Galante y Visionario*. Santiago, 1966, p. 23.

<sup>1886</sup> *Partidas*, 4, 15, 4.

<sup>1887</sup> Peña, *op. cit.*, p. 319.

<sup>1888</sup> Recuérdense las facilidades para que contraigan matrimonio los indígenas, obteniéndose dispensas para ellos; las órdenes perentorias para que los que pasen a Indias hagan “vida maridable” con sus mujeres; las disposiciones para que los esclavos pasen a América con sus mujeres e hijos; la persecución de los amancebamientos; la reglamentación del matrimonio de los hijos de familia; la vigilancia de los individuos del fuero militar; la prohibición de que los indios sean obligados a contraer matrimonio sin su consentimiento, etc.

de documentos sobre aplicación práctica del derecho. Si bien no conozco porcentajes generales, puede servir de barrunto de un criterio el siguiente, desprendido de un estudio demográfico de Valparaíso, Chile, entre 1727 y 1800, en una época en que, pasado el desbarajuste de la conquista, la sociedad ya se había asentado sobre bases estables. El número de bautismos de hijos ilegítimos en el período 1727-1748 alcanzó a un 36,75% y en el período 1769-1800 se elevó a un 40,66%<sup>1889</sup>. Las uniones ilegítimas eran, pues altas, y como fruto de ellas quedaba un número apreciable de menores cuyas condiciones de vida era, por lo general, miserables, entregados los más al vagabundaje y a una situación de abandono similar a la orfandad, ya que sus padres se desentendían de ellos.

En Chile esta situación se presenta durante todo el período indiano: en una fecha tan temprana como 1567, a sólo veintiséis años de la fundación de Santiago, el teniente de gobernador Hernando de Santillán llamaba la atención sobre la cantidad de huérfanos españoles, mestizos e indios que había en la ciudad, sin bienes o con bienes mal administrados que “se hacen viciosos y de malas costumbres”<sup>1890</sup>. En el siglo XVII se reiteran las referencias a los huérfanos españoles, mestizos, indios, mulatos y negros de los que hay que preocuparse para que “estén con doctrina”<sup>1891</sup>, no faltando iniciativas de particulares o reales para poner coto a tan triste realidad<sup>1892</sup>. El espíritu ilustrado del siglo XVIII procura encontrar las causas de este cuadro social y Manuel de Salas puntualiza que los vagabundos, sin oportunidades de trabajo, se dan a la bebida y se despreocupan aun de casarse porque detestan

“una carga que no ha [n] de poder llevar y que lo[s] hará autor [es] de seres precisamente miserables que serán como sus padres, vagos, sin hogar ni domicilio, ni más bienes ordinariamente que los que apenas cubren su desnudez”<sup>1893</sup>.

La Casa de Huérfanos que erige de su peculio el marqués de Montepío en 1758 corresponde a una realidad tan lacerante que antes que este hombre público termine de

---

<sup>1889</sup> R. Salinas Meza, “Caracteres generales de la evolución demográfica de un centro urbano Chileno: Valparaíso, 1685-1830”, en: *Historia* N° 10, pp. 177 y 55. Santiago: Instituto de Historia de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 1972. Para la doctrina de Malloa, el porcentaje de ilegítimos asciende a 29,3, susceptible de ser ampliado a 31,9% (entre 1744 y 1800); para La Ligua, 21,5% (entre 1700 y 1849); para San Felipe, 33% (entre 1740 y 1800); para Puchuncaví, 26% (entre 1700 y 1799); para Petorca, 34% (entre 1740 y 1790); para Casablanca, 23% (entre 1740 y 1800); para Melipilla y Quillota, 28%: J. G. Muñoz Correa, “Los hijos naturales en la doctrina de Malloa” en S. Pinto V., *Familia, matrimonio y mestizaje en Chile Colonial*. Santiago, 1990, pp. 36 y 40, quien cita a R. Mellafe y R. Salinas, *Sociedad y población rural en la formación de Chile actual: La Ligua 1700-1850*. Santiago: 1988, p. 347. Sobre la ilegitimidad en Costa Rica, H. Pérez “Deux siècles d’illégitimité au Costa Rica 1770-1974” en L. H. Dupaquier *et al.*, *Marriage and Remarriage in Populations of the Past*. London: Academic Press, 1981, pp. 481-493 citado por E. Rodríguez Sáenz, “Cambios y continuidades en los ideales y actitudes hacia el matrimonio en el Valle Central de Costa Rica (1750-1850)” en *Cuadernos de Historia* no. 16 Santiago: 1996, p. 42, quien hace acopio, además de una abundante bibliografía sobre estudios históricos de la familia.

<sup>1890</sup> *Colección de Historiadores de Chile y de documentos relativos a la historia nacional* (en adelante, *CHCh*), Santiago: Imprenta Elzeviriana, 1898, t. XVII, p. 146.

<sup>1891</sup> *CHCh*, Santiago: Imprenta Elzeviriana, 1901, t. XXIV, p. 395.

<sup>1892</sup> Véase el n° 6 de este capítulo.

<sup>1893</sup> Citado por D. Barros Arana, *Historia Jeneral de Chile*, Santiago: Rafael Jover, 1886, t. 7, p. 443.

levantar el correspondiente edificio, ya han sido abandonadas veinticinco criaturas en el zaguán de su residencia<sup>1894</sup>.

No sólo en Chile se presenta un espectáculo como el descrito. En Lima, en 1604, los escribanos de la capital del virreinato fundan una casa para recoger y criar huérfanos expósitos, encomendándose a una hermandad *ad-hoc* el dirigirla y costearla<sup>1895</sup>; en Buenos Aires, en 1755, se crea la Cofradía de la Caridad para recoger huérfanos<sup>1896</sup>; en Santo Domingo, por real cédula de 19 de diciembre de 1764, a petición del gobernador, se establece una casa para niños “botados”, cuya mantención se haría con rentas de vacantes de obispos<sup>1897</sup>; en México, por real cédula de 4 de febrero de 1583, la corona acepta el patronato de una casa para recoger hijas y nietas de conquistadores, que había sido establecida por dos particulares;<sup>1898</sup> en Filipinas, por real cédula de 17 de febrero de 1716, se autoriza la creación en Manila de un beaterío para indias abandonadas<sup>1899</sup> y así, podrían multiplicarse los ejemplos.

Este problema no puede escapar a la regulación jurídica, que es dada tanto en las disposiciones de derecho castellano tradicional como en normas de derecho indiano propiamente tal, de origen metropolitano o criollo. El espíritu cristiano, yacente en la filosofía escolástica insnaturalista que inspira el derecho indiano, procura proteger al menor huérfano. El desvalido tendrá además de las normas que tutelan a todo menor, reglas propias que lo amparen, a las que me referiré en este trabajo. Las presento agrupadas de la siguiente manera: a) guardas; b) bienes reservables; e) *restitutio in integrum*; d) normas sobre matrimonio y e) institucionalización del amparo al huérfano.

## 2. Guardas

Sabido es que, en el derecho que nos preocupa, son menores los de edad inferior a veinticinco años, recibiendo diversas denominaciones tomadas del Derecho Romano: infantes, hasta los siete años; próximos a la infancia, entre los siete y diez años y medio; próximos a la pubertad, entre diez y medio y doce (tratándose de mujeres) o entre diez y

---

<sup>1894</sup> D. Amunátegui Solar, *Mayorazgos y títulos de Castilla*, tomo II, Santiago: Imprenta, Litografía y Encuadernación Barcelona, 1903, p. 14.

<sup>1895</sup> F. Sáez Vigneaux, *Política y legislación sobre beneficencia pública durante la colonia*, Santiago: Talleres Gráficos La Nación, 1941, p. 24; R. Beltrán y Rózpide, *Colección de las memorias o relaciones que escribieron los virreyes del Perú acerca del estado en que dejaban las cosas generales del reino*, Madrid: Imprenta del Asilo de Huérfanos, 1921, p. 135. El marqués de Cañete, en carta dirigida a la corona el 15 de septiembre de 1556, le manifiesta haber fundado una casa de recogimiento para mestizos “hijos de conquistadores y otros de pobladores que han muerto en servicio de Su Majestad”. R. Levillier, *Gobernantes del Perú*, Madrid: Imprenta Sucesión de Rivadeneyra, 1921, t. 1, p. 287.

<sup>1896</sup> P. Cabrera, *Cultura y Beneficencia durante la colonia*. Córdoba: Imprenta La Elzeviriana, 1925, p. 158. Sobre el huérfano en el Río de la Plata, M. I. Seoane “La guarda de huérfanos en el siglo XVIII (Aspectos de un estudio general de la institución en el actual territorio argentino)” en *Annuario Histórico Jurídico Ecuatoriano VI* Quito, 1980, pp. 407-438 continuado en artículo del mismo título en *Revista de Historia del Derecho* no. 6, pp. 241-317.

<sup>1897</sup> Sáez Vigneaux, *op. cit.*, p. 24.

<sup>1898</sup> *Ibid.*

<sup>1899</sup> Sáez Vigneaux, *op. cit.*, p. 24.

medio y catorce (tratándose de hombres) y menores propiamente tales, los varones de más de catorce<sup>1900</sup> y las muchachas de más de doce.

El infante es incapaz de dar consentimiento -*infans* es técnicamente el que aun no sabe hablar, lo que llegó a significar que lo era el que no entendía de lo que se le hablaba<sup>1901</sup>-, aunque intervenga su tutor en el acto o contrato por lo que se produce nulidad, a pesar de que obtenga beneficios. Una vez salido el menor de la infancia, puede concurrir con su consentimiento a un acto o contrato, con o sin intervención de su tutor. En el primer caso, queda obligado aunque se le produzca una lesión patrimonial, si bien puede valerse en su momento de la *restitutio in integrum*, a que me referiré más adelante. En la segunda circunstancia apuntada, queda obligado sólo cuando hay utilidad. El menor propiamente tal siempre es obligado si actúa con curador o con licencia suya. Cuando no lo hace así, corresponde distinguir según si tenga curador o carezca de él. Teniéndolo, y actuando sin licencia suya, el acto o contrato será nulo si le perjudica y válido si le es útil. El menor que no posee curador y actúa por sí mismo se obliga, si bien puede hacer uso de la *restitutio in integrum*<sup>1902</sup>.

El menor huérfano, pues, para participar en la vida jurídica, requiere, por regla general, de un guardador: cuando no ha alcanzado la pubertad (12 ó 14 años, según se trate de varón o mujer), tiene tutor y desde esa edad puede tener curador<sup>1903</sup>. El tutor substituye el poder paterno sobre los hijos y, por ende, ha de preocuparse de la persona y bienes del pupilo<sup>1904</sup>. El curador, en cambio, sólo vela por la parte económica. Carlos I, preocupado por los huérfanos de españoles y mestizos abandonados dispuso en 3 de octubre de 1533 que se les diera “tutores que miren por sus personas y bienes”, aplicando los varones a la agricultura u otros oficios si tuvieran edad suficiente o bien repartiéndolos entre los encomenderos hasta que llegaran a edad para trabajar. A las mujeres había que ponerlas en casas virtuosas para que sirvieran y aprendieran buenas costumbres<sup>1905</sup>.

---

<sup>1900</sup> Una costumbre social marcaba el inicio de la pubertad en los muchachos y era la fiesta de la primera barba, para la que había padrinos y celebraciones familiares: Vicuña Mackenna, *Historia crítica...* t. 2, p. 452.

<sup>1901</sup> *Inst.* 3, 19, 10; *Cod. Inst.* 6, 30, 18.

<sup>1902</sup> *Partidas* 5, 2, 45; *Partidas*, 6, 19, 2 y 6, 16, 17. A veces el juez autoriza al menor para comparecer personalmente como se ve en escritura de compraventa de 10 de abril de 1747 en que una doncella, mayor de 20 años, vende una mulata de su propiedad: E. S., vol. 687, fs. 416 vta. En materia de herencias, el infante no puede admitirla por sí mismo; el mayor de 7 y menor de 14 (ó 12 si es mujer), sí puede hacerlo con autorización del tutor o del juez y el menor propiamente tal puede aceptar por sí mismo y arrepentirse después: *Partidas*, 6, 6, 13. Todo ello está tomado del Derecho Romano: vid. A. Guzmán Brito, *Derecho Privado Romano*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, t. I, p. 390 y *passim*.

<sup>1903</sup> *Partidas* 6, 16, 1.

<sup>1904</sup> Beneyto, *op. cit.*, t. 2, p. 143; Ots, *Instituciones*, pp. 319-20. No sólo se han de conservar los bienes del pupilo sino que ha de preocuparse el tutor por aumentarlos: F. A. de Elizondo, *Práctica Universal Forense de los Tribunales de España y de las Indias*, Madrid: en la Imprenta de D. Pedro Marín, 1788, t. 1, p. 112.

<sup>1905</sup> *Rec. Ind.* 7, 14, 4.

La tutela podía ser de tres clases: testamentaria, que es la que el testador impone por testamento o codicilo, y que es de normal ocurrencia;<sup>1906</sup> legítima, que es la que la ley fija a falta de tutela testamentaria, llamando en primer lugar a las madres, luego a las abuelas y después a los demás parientes, aplicándose las reglas de la sucesión;<sup>1907</sup> y dativa, que es la que, en defecto de las anteriores, otorga el juez.

Hay algunas personas incapaces de ser tutores: el menor; el mudo; el sordo; el ciego total; el loco; el pródigo declarado; los deudores y acreedores del pupilo, salvo que lo sean de sumas pequeñas; los administradores de rentas reales mientras no estén solventes de su administración; el caballero o soldado en real servicio; el enfermo habitual; los obispos, monjes, religiosos y clérigos seculares, salvo de sus parientes; el excomulgado con excomunión mayor; el fiador del deudor del pupilo y las mujeres, salvo “que el grande afecto con el pupilo pueda suplir el vicio de su sexo: tales son la madre y la abuela” y aun éstas, contrayendo nuevas nupcias, cesan en la tutela por confiar de ellas poco la ley<sup>1908</sup>. Si la mujer enviuda nuevamente, no por ello recupera la tutela. Eran, asimismo, incapaces los padrastros respecto de sus hijastras o entenadas<sup>1909</sup>.

Para entrar el tutor en ejercicio de la guarda debía de solicitar al juez que le discerniese el cargo. El Magistrado, antes de proceder a ello, ordenaba que se prestase juramento de recta administración y que se rindiera fianza competente. En un documento de 8 de abril de 1592 la madre solicitaba:

“me provea la dicha tutela y curaduría de los d[ic]hos mis hijos y de sus bienes que yo estoy presta de hazer la solemnidad del juramento y a dar las fianças q[ue] soi obligada y pido justicia y en lo neces[ario], &c.”<sup>1910</sup>.

En un expediente de 1633, Mariana Mercado, viuda del capitán Luis Monte de Sotomayor y abuela de unos menores Silva y Monte de Sotomayor, pedía la remoción del tutor y curador dativo, alférez Santiago de Bocanegra, escribano público, por no haber otorgado las fianzas pertinentes<sup>1911</sup>.

El juramento se prestaba ante el escribano:

---

<sup>1906</sup> Véase, por vía de ejemplo, Archivo Notarial de La Serena, vol. 62, fs. 40; Archivo Notarial de Valparaíso, vol. 25, fs. 95 y 430 y Archivo Notarial de Talca, vol. 27, fs. 365. En un caso raro, la madre, Nicolasa Bravo de Luna, nombra a su marido tutor del hijo que está por nacer de ella: Archivo de Escribanos de Santiago vol. 429, fs. 153.

<sup>1907</sup> *Partidas* 6, 16, 9: "sin testamento muriendo algund ome que ouiesse fijos, e non les euiesse dado guardadores: o si fiziessse testamento, e non los dexasse en guarda de ninguno: o si les dexasse guardadores, e se muriessen, ante que el padre dellos: si los moços non ouieren madre nin abuela, mandamos, que los parientes mas cercanos, que ouieren, e que estouieren en vn mismo grado, sean guardadores dellos, e de todos sus bienes....". Vid. Asso y Manuel, *op. cit.*, t. 1, p. 11.

<sup>1908</sup> *Partidas* 6, 16, 4 y 14. Asso, *op. cit.*, t. 1, p. 11; Elizondo, *op. cit.*, t. 1, p. 111.

<sup>1909</sup> A virtud de *Rec. Cast.* de 7 de mayo de 1548: Ots, *Instituciones*, p. 372.

<sup>1910</sup> Archivo de Escribanos de Santiago, vol. 8, fs. 52, que contiene petición de Andrea de Morales. Otra, semejante, en E. S., vol. 13, fs. 190, de Lorença de Zarate, viuda de Francisco de Yrarrázaval, en 1598.

<sup>1911</sup> ANRACH vol. 2632, p. 11a.

“Juró por Dios N.ro Sr. y por una señal de la cruz que hizo con los dedos de su mano &a. so cargo del cual prometió de usar bien y fielm.te el oficio de tal tutora y curadora de las personas y bienes de sus hijos menores y del dho. su marido y que su mal y daño se lo arredrará y su provecho se lo allegará y sus pleitos y causas no los dejará indefensos y en ellos tomará consejo de abogado o de personas sabias, etc.”<sup>1912</sup>.

En cuanto a la fianza, en las tutelas testamentarias solía relevarse de esta obligación al guardador<sup>1913</sup>. La madre también está libre de otorgar fianza<sup>1914</sup> si bien en el siglo XVI la rinde habitualmente<sup>1915</sup>. Conforme real cédula de 1544, ratificada por otras de 1580 y 1581, no debía de discernirse ninguna guarda si no se asentaba su causa en un libro que debía de llevar el escribano del cabildo<sup>1916</sup>. Cumplidas las formalidades, el juez expide un auto de discernimiento del cargo “para que comparezca en todas las causas sean de cualquier índole, demandando o defendiendo ante cualquier tribunal y realizando en ellos todas las diligencias necesarias”<sup>1917</sup>. Todo lo actuado se reducía a escritura pública<sup>1918</sup>.

En la tutela testamentaria, cuando se nombre guardador a un hijo natural, sea por el padre o por la madre, el juez debía de otorgar su confirmación al nombramiento<sup>1919</sup>.

Tratándose de tutela dativa, podían ser jueces competentes el del domicilio del huérfano, el de su lugar de nacimiento, el del lugar de nacimiento del padre o aquél del lugar en que se encontrara la mayor parte de los bienes raíces<sup>1920</sup>. Aun cuando la proposición de la persona del guardador por el pupilo competía solamente a los púberes, en un documento del siglo XVI, una menor, de 10 años de edad, es compelida a proponer al juez la persona de su tutor, la que fue aceptada por el tribunal<sup>1921</sup>.

Para la venta de bienes raíces del pupilo, era necesaria autorización judicial, que era otorgada previa información de utilidad, considerándose útil el destinarse lo que se

---

<sup>1912</sup> E. S., vol. 8, fs. 52 v.

<sup>1913</sup> Por ejemplo, en testamento de Ramón Ramírez Vargas, de 27 de agosto de 1778, en E.S., vol. 863, fs. 104 v.

<sup>1914</sup> Santa María, *op. cit.* Referencias a él pueden hallarse en A. Dougnac Rodríguez, “Esquema del régimen económico matrimonial en Chile Indiano”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Universidad Católica de Chile, 1975, vol. 2 N<sup>os</sup> 3-6, nota 3, p. 169 y en A. Dougnac Rodríguez, “Variaciones introducidas por la costumbre y aceptadas por la jurisprudencia chilena en el procedimiento ejecutivo indiano”, en: *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 1978, vol. 7, p. 107. Liberación del otorgamiento de fianza por la madres en E. S., vol. 689, fs. 86 v.

<sup>1915</sup> E. S., vol. 8, fs. 52 y E. S., vol. 13, fs. 190.

<sup>1916</sup> *Rec. Ind.* 5,8,6.

<sup>1917</sup> E. S. vol. 457, fs. 51v. y E. S. vol. 457, fs. 72 (1718).

<sup>1918</sup> Además de las piezas notariales ya citadas pueden consultarse A. E. 5. vol. 781, fs. 269 y (21 de febrero de 1772); E. S. vol. 781, fs. 312 y (4 de septiembre de 1772) y E. S. vol. 862, fs. 128 y (10 de junio de 1777).

<sup>1919</sup> Ots, *Instituciones*, p. 319.

<sup>1920</sup> *Partidas* 6, 16, 12.

<sup>1921</sup> E. S. vol. 8, fs. 59 a 60. Se trata de una niña, Francisca Ramón, cuyo padre había fallecido dejando bienes en Perú a cargo de un albacea. Este quería que la muchacha abandonara Chile, a lo que la pequeña se negó “porque no quiero ir a Lima ni salir deste rreyno de donde soy natural”.

obtuviera a pagar deudas o dotar una hermana o alguna finalidad de este jaez. La información consistía en la declaración conteste de cuatro testigos sobre la bondad que reportaría al menor la venta<sup>1922</sup>. Habiendo Defensor General de Menores, se le pedía informe<sup>1923</sup> y hecho, el juez dictaba un auto de tenor semejante al siguiente:

“Autos y vistos y en vista de la información de utilidad dada por la parte y de consentimiento del Defensor General de Menores, se concede venia y licencia para que la parte de Ramón Ramírez pueda concurrir en comunión con los demás herederos a la venta del sitio y casas que quedaron por muerte del capitán José Antonio Mujica”<sup>1924</sup>.

La práctica jurídica chilena revela que, en ocasiones muy excepcionales, el Defensor General de Menores puede representar al pupilo de un tutor que ha caído en incapacidad para los efectos de una venta de inmuebles<sup>1925</sup>.

Las particiones de bienes en que tienen intereses menores sujetos a tutela y, en general, los compromisos, están también controlados. En el siglo XVI, para proceder a someter a arbitraje un asunto, el tutor debe pedir autorización al teniente general de gobernador<sup>1926</sup> y más tarde, se requiere intervención del Defensor General de Menores<sup>1927</sup>. Para las particiones se exige información sumaria de testigos sobre la utilidad de ello, con citación del Defensor, el cual ha de aprobar después lo actuado<sup>1928</sup>. Interviene, así mismo, el Defensor en los inventarios de bienes en que tienen interés menores<sup>1929</sup> y en su tasación<sup>1930</sup>.

Siendo el huérfano encomendero, sus tutores debían nombrar escudero que residiera en el lugar en que estaban los encomendados. Así fue dispuesto, por real cédula de 10 de noviembre de 1578, para poner fin al abuso que se había producido al nominar los virreyes tales escuderos, de entre sus propios amigos, asignándoles altas retribuciones, en desmedro de los intereses del menor<sup>1931</sup>.

---

<sup>1922</sup> E. S. vol. 739, fs. 1 (10 de junio de 1758); E. S. vol. 739, fs. 100 (14 de octubre de 1758); E. S. vol. 742, fs. 115 (15 de abril de 1761); E. S. vol. 778, fs. 308 y. (7 de octubre de 1770) y E. S. vol. 778, fs. 93 (25 de febrero de 1769). En ANRACH vol. 2363, p. 15, el tutor testamentario de Juana de las Nieves Frías solicita autorización para enajenar un bien raíz de la menor, rindiendo al efecto declaración de testigos.

<sup>1923</sup> Generalmente así ocurría: sin embargo, a veces no había este trámite como en E. S. vol. 581, fs. 16 (1712); E. S. vol. 449, fs. 307 (1708) y Archivo Notarial de La Serena, vol. 62, fa. 81 (1808).

<sup>1924</sup> E. S. vol. 739, fs. 1 (10 de junio de 1758).

<sup>1925</sup> E. S. vol. 689, fs. 291 y. (13 de diciembre de 1750).

<sup>1926</sup> E. S. vol. 8, fs. 170 (1598).

<sup>1927</sup> E. S. vol. 771, fs. 21 (20 de enero de 1762).

<sup>1928</sup> E. S. vol. 692, fs. 213 (4 de agosto de 1753).

<sup>1929</sup> E. S. vol. 771, 162 y. y ss. (1762).

<sup>1930</sup> E. S., vol. 739, fa. 247 (1757) y E. S. vol. 745, fs. 176 (24 de septiembre de 1760).

<sup>1931</sup> Ots, *Instituciones*, p. 373.

50 Se excluía lo que hubiera podido recibir del tercio de libre disposición del hijo.



La tutela terminaba cuando el pupilo llegaba a la pubertad; por muerte, destierro, esclavitud, cautiverio, prohijamiento o adopción del tutor o del huérfano; por cumplirse el plazo o fallar la condición del nombramiento, cuando estaba sujeto a estas modalidades; por admitírsele excusa al tutor y por remoción del tutor sospechoso<sup>1932</sup>. Se consideraba tal, en lo económico, al tutor que malversaba los bienes del huérfano o de cuya conducta podía desprenderse que los disiparía y, en lo moral, al que enseñaba malas costumbres al menor o podía recelarse que lo pervirtiese<sup>1933</sup>. El cabildo de Santiago, en 27 de febrero de 1553, ordenó que se pregonase públicamente que todas las personas que tuvieran tutelas o curadurías de menores o bienes de éstos, comparecieran ante el alcalde y el escribano del cabildo a dar relación de ello “para que se sepa el recaudo que en los tales bienes hay y se provea lo que en estos casos conviene (y) se les tome cuanta de los tales bienes”, fijándose para ello el breve plazo de seis días so pena de \$50 para la cámara<sup>1934</sup>. Similar finalidad tenía el “padre de pupilos y huérfanos” a que me referiré más adelante. En todo caso, el tutor tenía que rendir cuenta de su gestión al terminar su cargo.

La curaduría, como se ha dicho, afectaba a los púberes hasta los veinticinco años y sólo guardaba relación con sus bienes. El menor no estaba obligado a nombrar o hacerse nombrar curador, salvo que tuviera que presentarse en juicio, demandando o como demandado<sup>1935</sup>. Tanto para el nombramiento de curador de bienes como para el de curador *ad-litem* se necesita la intervención del menor, actuando, además, en el primer caso el Defensor General de Menores, cuando lo hay<sup>1936</sup>. Lo que se ha dicho respecto del tutor vale para los curadores, salvo en cuanto a sus clases, pues la curaduría es siempre dativa y en cuanto a sus especiales características, ya apuntadas, de referirse únicamente a los bienes del pupilo y no a su persona.

Finalmente, hay que destacar en esta protección brindada al menor, que tiene hipoteca tácita sobre los bienes de su guardador y de los fiadores de éste por el alcance líquido que resulte a su favor en las cuentas de la guarda, aunque quien ejerciera el cargo fuera su madre o abuela. Casando la madre nuevamente, quedan también responsables al menor los bienes del marido<sup>1937</sup>.

---

<sup>1932</sup> *Partidas*, 6, 16, 21.

<sup>1933</sup> *Partidas*, 6, 18, 1.

<sup>1934</sup> *CHCh*, vol. 1, Santiago: Imprenta del Ferrocarril, 1861, p. 340.

<sup>1935</sup> *Partidas*, 6, 16, 1, 2 y 13.

<sup>1936</sup> E. S. vol. 581, fs. 115: hecha la propuesta con citación del Defensor General de Menores, el tribunal provee: “Autos y vistos: Por nombrado Urtuguren y que el susodicho acepte y jure y rinda fianza, hecho lo cual se traiga para discernirle el cargo”. En E. S. vol. 687, fa. 448, pro puesto un curador *ad-litem* el tribunal discierne el cargo tras la aceptación, juramento y fianza para que lo defienda en todos sus asuntos, causas y negocios de cualquier índole” (27 de agosto de 1747). Discernimiento semejante en E. S. vol. 689, fs. 272 y. (25 de noviembre de 1750).

<sup>1937</sup> *Partidas* 5,13,23; 6, 16, 21 y 5,13,26.

### 3. Bienes reservables

Muerto uno de los cónyuges, el sobreviviente podía contraer nuevas nupcias. Con ello, sin embargo, se podía producir al hijo huérfano de padre o madre un problema pecuniario al confundirse los patrimonios.

Para precaver una situación de esta naturaleza, el padre o madre viudos, cuando querían casar nuevamente, estaban obligados a confeccionar ante escribano una nómina de los bienes que administraran y que pertenecieran a sus hijos. No se obligaba al padre a afianzar su restitución<sup>1938</sup>. Estos bienes eran los que hubieran obtenido a título gratuito del cónyuge fallecido; los que hubiese heredado *abintestato* de cualquiera de sus hijos, habiéndolos recibido éste, a su vez, de su padre o madre fallecidos<sup>1939</sup> y los dos tercios de lo que hubiera recibido por testamento de algún hijo en calidad de heredero forzoso<sup>1940</sup>. Algunos autores eran de opinión de que también eran reservables los bienes recibidos de parientes del cónyuge muerto en consideración a éste<sup>1941</sup>. El padre debía de hacer inventario, además, de los bienes correspondientes a los peculios adventicio, castrense o cuasicastrense de sus hijos que tuviera en su poder<sup>1942</sup>.

Había algunas excepciones a la reserva de bienes para los descendientes, que nos son indicadas por un estudiante de la Universidad de San Felipe de Santiago de Chile, consignadas en sus apuntes:

1. Cuando el hijo, aunque muera intestado, hubiera heredado algo de sus abuelos, parientes o extraños o bien se lo donaron, vendieron o permutaron o lo adquirió con su industria o por otro título que no sea el de sucesión. En tales casos, todo lo adquieren los padres<sup>1943</sup>;

2. Cuando el hijo murió testado y deja algo a su padre o madre, siempre que quepa en el tercio de libre disposición;

3. Cuando el marido hizo a la mujer donación arral atendiendo a su virginidad, juventud o nobleza, ya que esta donación no es gratuita sino remuneratoria y, en consecuencia, se comunica la donación a los hijos del primer y segundo matrimonio;

4. Cuando el rey dio licencia para casarse<sup>1944</sup>;

---

<sup>1938</sup> *Partidas* 6, 16, 5. Según algunos autores, la mujer sí debía de otorgar fianza, pues perdía la guarda de los hijos.

<sup>1939</sup> *Partidas* 4, 12, 3 y 5, 13, 26.

<sup>1940</sup> Se excluía lo que hubiera podido recibir del tercio de libre disposición del hijo.

<sup>1941</sup> Santa María, *op. cit.*, fs. 24 v.

<sup>1942</sup> *Partidas* 5, 13, 24. Como se ha dicho más atrás, se denominaba peculio adventicio a todo lo que el hijo adquiría por su industria, por fortuna, por donación o herencia de su madre, parientes o extraños; peculio castrense, a lo adquirido por el hijo en la milicia o con ocasión de ella y peculio cuasicastrense a todo lo adquirido por razón de su ciencia o de oficios públicos ejercidos por él por renta de algún beneficio o dignidad eclesiástica.

<sup>1943</sup> A virtud de la ley 15 de Toro; *Rec. Cast.* 5, 1, 4 que devino *Nov. Rec.* 10, 4, 17.

<sup>1944</sup> *Partidas* 4, 12, 3.

5. Cuando la mujer queda viuda menor de veinticinco años y cita al efecto un comentario de Cifuentes a la ley 15 de Toro;

6. Cuando el cónyuge difunto dio licencia expresa para que el sobreviviente contrajera nuevo matrimonio y

7. Cuando los hijos mayores de veinticinco años acceden a que su padre o madre casen nuevamente “y le remiten expresam[en]te todas las injurias q[u]e les hace en ello y todo su d[e]r[ech]o”<sup>1945</sup>.

Mientras el cónyuge sobreviviente no contraiga nuevas nupcias, puede enajenar estos bienes. La reservación sólo surge con el nuevo matrimonio y sus bienes propios están hipotecados a favor de los hijos del primer matrimonio por la reserva<sup>1946</sup>.

#### **4. *Restitutio in integrum***

Como los menores podían ser fácilmente engañados y aun defraudados en sus intereses por culpa de sus guardadores o de otros o bien por fragilidad de criterio, el derecho les acordaba la protección de la *restitutio in integrum*, vieja institución de raigambre romana<sup>1947</sup>. Por medio de ella, el menor podía ser repuesto en el estado que tenía antes de haber padecido un daño patrimonial,<sup>1948</sup> sean en actuaciones extrajudiciales o judiciales, aunque hubiera intervenido decreto del juez.

Para la procedencia de la *restitutio*, era necesario probar ante el tribunal que el detrimento patrimonial se había producido siendo el afectado menor de edad. Había que probar, además, que el deterioro había sido recibido por culpa del guardador, por engaño de un tercero o por debilidad de juicio del menor<sup>1949</sup>. Así, procedía, por ejemplo, cuando por ignorancia el huérfano confesó o negó algo que le era perjudicial; cuando puesto a elegir, escogió lo peor; cuando en juicio no se adujo en su defensa la existencia de alguna ley, fuero o costumbre que lo favoreciera, etc.

Este derecho debía ser intentado durante la minoridad o dentro de los cuatro años siguientes a la llegada a la mayoría, por el afectado, su representante o sus herederos<sup>1950</sup>.

Había algunos casos en que no procedía la *restitutio*: 1. cuando el menor, maliciosamente, hubiera aducido que era mayor de 25 años y por su apariencia pareciese

---

<sup>1945</sup> Santa María, *op. cit.*, fs. 25.

<sup>1946</sup> *Partidas*, 5, 13, 26.

<sup>1947</sup> "Restitución por entero, por completo. Medida jurídica consistente en la cancelación plena de los efectos o consecuencias de un hecho o negocio jurídico, restableciendo la cosa o situación en su estado anterior, como si tal hecho o negocio jurídico no se hubiera realizado. En la esfera del derecho procesal romano constituye una de las medidas que tiene a su alcance el magistrado para solucionar una cuestión en virtud de su *imperium*. La concedía por decreto, previo conocimiento de causa, estimada justa, presente el adversario o declarada su contumacia": F. Gutiérrez-Alviz y Armario, *Diccionario de Derecho Romano*, 4a. ed. Madrid: Reus S. A., 1995, p. 604.

<sup>1948</sup> *Partidas*, 3, 25, 1 y 6, 19, 1.

<sup>1949</sup> *Partidas*, 6, 19, 2 y 3, 25, 2.

<sup>1950</sup> *Partidas*, 6, 19, 8.

tal;<sup>1951</sup> 2. cuando el pleito se hubiera iniciado siendo el huérfano menor y la sentencia se dictara cuando mayor;<sup>1952</sup> 3. cuando el próximo a la pubertad hubiese cometido delitos de gravedad como hurto, homicidio u otros semejantes o cuando el mayor de catorce años hubiese cometido adulterio<sup>1953</sup>; 4. Cuando pidiendo que se declarara que alguien era su esclavo, se hubiese fallado que era libre, ya que en el conflicto entre la minoridad y la libertad, el derecho, prefería esta última,<sup>1954</sup> 5. cuando el deudor del menor pagó a éste con mandato o autorización del juez<sup>1955</sup>; 6. cuando el daño patrimonial experimentado por el menor proviniera de caso fortuito<sup>1956</sup>; 7. cuando el daño pudiera ser remediado mediante declaración de nulidad de la sentencia respectiva, ya que la *restitutio* era de carácter extraordinario y subsidiaria<sup>1957</sup>; 8. cuando el mayor de catorce años ha prestado juramento de no hacer uso de su minoridad para rescindir sus contratos o pleitos<sup>1958</sup> y finalmente, cuando el menor tenía venia o dispensa de edad<sup>1959</sup>.

## 5. Normas sobre matrimonio

La corona demostraba especial preocupación por el matrimonio de las doncellas: Felipe IV, por real cédula de 1623, dispuso que los bienes mostrencos en cada lugar debían de ser aplicados a casar a las mujeres pobres y huérfanas, para lo cual los cabildos habían de nombrar administrador. Igualmente, se encargaba a los obispos que se esforzaran por casar a estas muchachas, destinando a ello las mandas forzosas de los testamentos o las obras pías que carecieran de otro fin<sup>1960</sup>. En Chile, mucho antes, en 1567, el Teniente General Hernando de Santillán, había expedido provisión para que se procurara que las mestizas contrajeran matrimonio teniendo “edad cumplida”<sup>1961</sup>.

La real provisión sobre matrimonio de hijos de familia de 27 de mayo de 1776, aplicable en Indias por real cédula de 4 de abril de 1778, buscaba proteger a los menores de modo que su elección matrimonial no fuera desacertada. Lejos de significar una carga, era un beneficio para el menor, quien podía caer, por inexperiencia, en una torpeza irremediable en un paso tan trascendental para su vida. Siguiendo la regla establecida para todos los menores, los huérfanos habían de obtener licencia para casarse, que debía de

---

<sup>1951</sup> *Partidas*, 6, 19, 6.

<sup>1952</sup> *Partidas*, 3, 25, 2.

<sup>1953</sup> *Partidas*, 6, 19, 4.

<sup>1954</sup> *Partidas*, 6, 19, 6.

<sup>1955</sup> *Partidas*, 5, 14, 4.

<sup>1956</sup> *Partidas*, 6, 19, 2.

<sup>1957</sup> *Partidas*, 3, 25, 1.

<sup>1958</sup> *Partidas*, 6, 19, 6 y 3, 11, 16.

<sup>1959</sup> J. Sala, *Sala Hispano-Chileno, Ilustración del Derecho Español*, París: Librería de D. V. Salvá, 1845, t. I, p. 94.

<sup>1960</sup> *Rec. Cast.*, 5, 2, 5.

<sup>1961</sup> *CHCb*, Santiago: Imprenta Elzeviriana, 1898, t. XVII, p. 146.

serles otorgada, en defecto del padre, por la madre;<sup>1962</sup> a falta de ésta, por los abuelos<sup>1963</sup> o bien por los parientes más cercanos que no tuvieran intereses encontrados con los del menor o por sus curadores<sup>1964</sup>. También los indios, encomendados o tributarios, requerían licencia, faltando el padre, de la madre y, en defecto de éstos, de los curas o doctrineros<sup>1965</sup>. El incumplimiento de la pragmática era sancionado: 1. privando a los infractores y sus descendientes del derecho “a pedir dotes y legítimas y a ser herederos forzosos y necesarios en los bienes libres de sus padres o abuelos”<sup>1966</sup>; 2. podían ser desheredados y 3. perdían derechos a vínculos, patronatos, capellanías, etc. de familia.

## **6. Institucionalización del amparo al huérfano**

El primer atisbo de preocupación por la persona y bienes de los huérfanos lo encontramos en Chile en la legislación capitular de Santiago. El cabildo, en 27 de febrero de 1553, como ya ha sido señalado en otro lugar de este capítulo, ordenó que los tutores, curadores y, en general, todo aquél que tuviera bienes de los menores, se presentaran ante el alcalde y escribano a fin de que pudieran tomarse las medidas que se consideraran eficaces para la protección de los menores<sup>1967</sup>.

Catorce años más tarde, en cabildo de 7 de febrero de 1567, encontramos un hito trascendental en estas materias. El licenciado Hernando de Santillán, teniente de gobernador y justicia mayor del reino, mediante provisión de enero de ese año, había creado el cargo de “padre de pupilos y huérfanos”<sup>1968</sup>, cuyo detentador solicitaba ser admitido al ejercicio del oficio. Su ámbito de competencia quedaba constituido por los siguientes encargos: a) proveer curadores a quienes no los tuvieran, debiendo de asentar en un libro ad-hoc, llevado por él mismo, las personas nombradas y ante qué escribano se había ello realizado;<sup>1969</sup> b) “ver y saber” cómo administran los bienes de sus pupilos los guardadores de modo que “a los que halláredes que han venido en disminución y menoscabo, pediréis y haréis que se abonen de nuevo y los que no los han administrado ni administren bien, haréis y pediréis que los remuevan”; c) asentar a los mozos y mozas a

---

<sup>1962</sup> Fondo José Ignacio Víctor Eyzaguirre (Archivo Nacional de Chile), vol. 28, fa. 12. Hasta que el menor alcanzara 24 años si era hombre ó 22 si era mujer.

<sup>1963</sup> Preferían los abuelos paternos a los maternos. En todo caso, su licencia procedía hasta que el menor varón tuviera 23 años y la hembra 21.

<sup>1964</sup> Sobre la aplicación concreta en Chile de la real provisión sobre matrimonio de hijos de familia, vid. G. Vial, “Aplicación en Chile de la pragmática sobre matrimonio de los hijos de familia”, en: *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 6, p. 347. Santiago, 1970.

<sup>1965</sup> J. M. Ots de Capdequí, *Bosquejo histórico de los derechos de la mujer en la legislación de Indias*, Madrid: Editorial Reus, 1920, pp. 98-100.

<sup>1966</sup> Vial, *op. cit.*, p. 357 y Dougnac, *Esquema...*, p. 184 - 185.

<sup>1967</sup> *CHCh*, t. 1, p. 340.

<sup>1968</sup> *CHCh*, t. XVII, p. 146.

<sup>1969</sup> Da la impresión que este libro sustituía al ordenado por real cédula de 1544, que corría a cargo del escribano del cabildo.

quienes conviene aprender un oficio “por el tiempo y con las condiciones que vos pareciere” y d) procurar que las mestizas contraigan matrimonio cuando tengan edad cumplida.

Como primer padre de pupilos y huérfanos “así españoles como mestizos e indios” fue nombrado Pedro Martín de Don Benito “por un año cumplido primero siguiente”, cometiéndose al cabildo, justicia y regimiento de Santiago que le recibieran juramento y fianza. En el mismo día fue juramentado:

“Prometió de usar bien y fiel y diligentemente del dicho oficio y cargo de padre de pupilos y huérfanos y huérfanas desta cibdad y que donde viere su provecho se lo allegará y que su mal y dado se lo arredrad y que sus causas y haciendas indefensas y desamparadas no las dejará finalmente hará todo aquello que buen y fiel y diligente padre de pupilos y huérfanos y huérfanas es obligado a fazer conforme a la dicha provisión y a la conclusión del dicho juramento dijo: sí juro y amén y además desto se obligo a que si por su negligencia y descuido y mal razones los bienes y haciendas de algunos menores se perdieran o menoscabaren, lo pagará por su persona y bienes y da por su fiador a Francisco Moreno, etc.”.

Se le exigía fianza porque percibía derecho por su labor. Resulta curioso que esta institución no haya sido, no diré resaltada, sino siquiera mencionada por quienes se han preocupado del cabildo chileno ni por quienes han estudiado la beneficencia de este país.

Pero Martín era portero del cabildo y, seguramente por sus buenas dotes, fue nominado alcalde de aguas en 1573. En 1578 lo encontramos como alguacil menor y teniente de alguacil mayor de Santiago, encomendándosele después diversas funciones como la obra de la fuente de la plaza de armas (1578), la alcaldía de la cárcel (1579), el alarifazgo de la ciudad (1588)<sup>1970</sup>. En 1586 estaba “muy pobre y desnudo” y el ayuntamiento manda se le dé libranza de 20 pesos por portero “conque dé fianzas de que si no sirviere el año o se muriere los volverá o al respecto de lo que hubiere servido”<sup>1971</sup>. En septiembre de ese año aparece todavía como alcalde de aguas<sup>1972</sup> y en 1590 es reputado como “muy viejo e impedido e inhábil por su mucha vejez” nombrándose otro alcalde, quien debía de reservar la tercera parte de lo que obtuviera por derechos para Martín<sup>1973</sup>.

La deficiente foliación de los primeros volúmenes del Archivo de Escribanos de Santiago, correspondientes al siglo XVI, ha hecho que en el volumen XII quede un índice que no corresponde al material que trae ese protocolo. En ese índice aparecen anunciados diversos asientos de trabajo en que interviene Pero Martín. Igualmente, hay referencia al arrendamiento de unas casas en que comparece como tutor de Elvira Núñez. O sea, el cargo fue efectivamente ejercido.

La próxima mención del padre de menores corresponde al año 1609, nombrándose, el 6 de febrero, a Juan Guerra de Salazar, quien “lo acetó y hizo la solenidad del juramento y lo firmó y se le mandó dar título e nombramiento en forma”<sup>1974</sup>. El nombrado fue médico

---

<sup>1970</sup> D. Amunátegui Solar, *El cabildo de Santiago*, Santiago: Imprenta Nacional, 1890, pp- 87-88.

<sup>1971</sup> *CHCb.*, Santiago: Imprenta Elzeviriana, 1900, t. XX, p. 11.

<sup>1972</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>1973</sup> *Ibid.*, p. 251.

<sup>1974</sup> *CHCb.*, Santiago: Imprenta Elzeviriana, 1901, t. XXIV, p. 121.

y cirujano del hospital de Santiago, llegando a ser en 1615 “protomédico, alcalde y examinador mayor deste reino” por despacho del gobernador Alonso de Ribera.

Aunque no hay nombramientos en este oficio hasta 1613, al deferirse el cargo a Diego Serrano, en 12 de marzo, se le otorga “con los capítulos y cualidades que se le dieron y ordenaron al doctor Andrés de Mendoza, corregidor de esta ciudad y los señores alcaldes a quienes se le cometi6 y dio comisi6n en forma”<sup>1975</sup>. De manera que es claro que, a pesar de la falta de padre de menores entre 1609 y 1613, s6 hubo comisi6n de su labor a justicias del reino. As6 se va perfilando m6s n6tidamente este empleo. En diciembre de 1613, seguramente por insinuaci6n del propio Diego Serrano, el cabildo expidi6 el siguiente pronunciamiento:

“En este cabildo se trat6 cu6n 6til y conveniente ser6 haya padre de menores en esta ciudad, as6 para los indios, negros, mulatos, mestizos y espa6oles, hu6rfanos, machos y hembras, y porque se ha visto por experiencia el cuidado con que ha usado el dicho oficio Diego Serrano, use el dicho oficio de padre de menores, como estaba nombrado y para ello *traiga una vara de justicia, gruesa m6s que las ordinarias*, y que cada persona que asentare, la persona que lo recibiere pague por su trabajo a el dho. Diego Serrano 8 reales de plata, e yo el escribano tenga libro particular donde se asienten los dichos menores para que se sepa con qu6 personas y lo que se obligan a dar y si se les ha pagado o no y no habi6ndoseles pagado, se les mande pagar, los cuales dichos asientos se han de hacer ante la justicia ordinaria con asistencia del el dicho padre de menores para lo cual se le da facultad y comisi6n en forma y para que pueda tomar copia y minuta de todos los hu6rfanos y hu6rfanas que hay en esta ciudad usando para ello las casas della, y los que no se hubieren por asiento y concierto los apremia a que lo hagan, estando con personas tales como convenga y no teniendo, los ponga donde le pareciere con acuerdo y consentimiento de la dicha justicia y este acuerdo y testimonio de m6 el presente escribano le sirva de t6tulo, para lo cual se le despache en forma”<sup>1976</sup>.

El padre de menores, pues, podr6 pasarse por la ciudad con “vara de justicia, gruesa m6s que las ordinarias”, lo que nos indica el car6cter que ha ido adquiriendo el cargo; se confirmaba su derecho a remuneraci6n; se le encargaba un censo de los hu6rfanos de la ciudad, debiendo de hacerlos trabajar y se le daban normas precisas sobre el libro en que ten6a que consignar los contratos de trabajo de los menores. Tan distinguido “padre” es confirmado en su nominaci6n al a6o siguiente<sup>1977</sup>.

Seis a6os m6s tarde encontramos un nuevo padre de menores en la persona de Miguel Leziras, vecino de la ciudad<sup>1978</sup>.

El siguiente paso en la institucionalizaci6n del amparo al hu6rfano corresponde a 1627, en que el procurador de la ciudad, Diego Jaraquemada, pidi6 al cabildo que, por los muchos hu6rfanos que hab6a en la ciudad “y lo que conven6a poner remedio en dotrinallos y procurarles favorecer” se nombrase un defensor de menores. Se acord6 designar a Mateo

---

<sup>1975</sup> *Ibid.*, p. 395.

<sup>1976</sup> *Ibid.*, p. 452.

<sup>1977</sup> *CHCb.*, Santiago: Imprenta Elzeviriana, 1901, t. XXV, p. 9.

<sup>1978</sup> *Ibid.*, p. 369.

de Garfias “a quien dan comisión y facultad que se requiere para la dha. defensa por la satisfacción que dél se tiene”<sup>1979</sup>. Es esta la primera vez que aparece la denominación de defensor de menores, que será la que, en el futuro, con una excepción<sup>1980</sup>, habrá para estos tuteladores de los huérfanos. Su actuación ha quedado reseñada en otras partes de este capítulo, por lo que no corresponde insistir en ello.

Fuera de lo ya expresado, hubo algunos intentos para recoger huérfanos y darles hogar. En 1626 el procurador Jaraquemada, a quien ya me he referido, propuso al cabildo que patrocinase la labor en que deseaban empeñarse dos vecinos, Rafael de Sierra e Isabel Benítez: criar niños expósitos. Se entusiasmó el ayuntamiento y acordó que dos regidores pidiesen limosna periódicamente para el sustento de los niños, dándose licencia a los benefactores para emplear las amas que se necesitasen<sup>1981</sup>. Por referencias de 1708, este intento no pudo mantenerse por mucho tiempo<sup>1982</sup>.

La Corona, echando en falta una casa para huérfanos en Santiago de Chile, aprovechó la coyuntura de que una vecina, Margarita Briones, quería fundar un convento de carmelitas, para insinuarle que, en vez de ello, abriese colegio para niñas huérfanas<sup>1983</sup>. La solicitud de esta dama datada de 30 de mayo de 1698 y las reales cédulas por las que se insiste en la creación del colegio son de 7 de abril de 1702 y 10 de febrero de 1708<sup>1984</sup>. En esta última, ante la tozudez de Margarita Briones, que se aferraba a su idea de un convento carmelitano, se le expresa que no se le autorizará “jamás” su establecimiento.

La Casa de Huérfanos vino a fundarse, por fin, en 1758, gracias a la munificencia de Juan Nicolás de Aguirre, Marqués de Montepío. Carlos III por real cédula de 23 de enero de 1761 autorizó la fundación, dio a Montepío el gobierno vitalicio de ella y la dotó con \$1.000 anuales. Su vida fue, sin embargo, efímera, pues en 1779 ya había sido transformada en lazareto para mujeres afectadas por viruelas<sup>1985</sup>.

Desde tiempos de Felipe IV, en 1623, se había dispuesto que los expósitos fuesen destinados fundamentalmente al oficio de marineros, de que había mucha necesidad, apartándoseles de los estudios de Gramática<sup>1986</sup>, orientación que fue reiterada en 1677<sup>1987</sup>. Por su parte, Carlos III, encargaba en 1788 a los rectores de las casas que albergaban a

---

<sup>1979</sup> *CHCb*, Santiago: Imprenta Elzeviriana, 1902, t. XXVIII, pp. 405-406.

<sup>1980</sup> En cabildo de 4 de marzo de 1628 es nombrado por última vez un padre de menores, Alonso Izquierdo, con un texto semejante al ya mencionado de Diego Serrano. *CHCb*, Santiago: Imprenta Elzeviriana, 1905, pp. 8-9.

<sup>1981</sup> *CHCb*, t. XXVIII, p. 393.

<sup>1982</sup> E. Lizana, *Colección de Documentos Históricos del Archivo del Arzobispado de Santiago*, Santiago: Imprenta Lagunas & Co., 1921, t. IV, p. 57.

<sup>1983</sup> Lizana, *op. cit.*, t. IV, pp. 172-174.

<sup>1984</sup> *Ibid.*, p. 174.

<sup>1985</sup> Amunátegui Solar, *Mayorazgos...*, p. 14.

<sup>1986</sup> Pragmática de 10 de febrero de 1623, incorporada a *Rec. Cast.* 1, 7, 34 y, posteriormente a *Nov. Rec.* 7, 37, 1.

<sup>1987</sup> *Rec. Cast.* 1, 12, 5, que devino *Nov. Rec.* 7, 37, 2.



estos niños, que tuviesen cuidado en las calidades de las personas que los extrajeran, pues se había dado un caso bastante dramático en San Lúcar de Barrameda, donde una compañía de volatineros había sacado a unos muchachos para ejercitarlos en ese peligroso juego. Sólo la oportuna intervención de la Sociedad Económica de Amigos del País de esa ciudad había evitado aquel mal<sup>1988</sup>. Por su parte, Carlos IV dictó en 1796 un reglamento para el establecimiento de las casas de expósitos y su crianza y educación<sup>1989</sup>. En virtud de la disposición 29 de ese cuerpo legal, sus normas se aplicarían en Indias, exigiéndose su acomodo a la realidad de estas regiones, lo que debería practicar el Consejo respectivo por "medios que no sean gravosos a mi Real Erario ni á los vasallos...".

## **7. Depósito de Menores.**

Se trata de una institución que aparece en el período indiano en forma paralela al depósito de mujeres, de que se ha hablado al tratar del matrimonio y al depósito de esclavos cuando éstos reclamaban su libertad o, en general, litigaban con sus amos. Es institución de carácter procesal de carácter tutelar, cuyo objeto era resguardar al menor. Por los estudios que se han practicado, se la encuentra corrientemente en el Río de la Plata<sup>1990</sup>, no así en Chile, donde rara vez aparece<sup>1991</sup>.

## **CAPÍTULO XI**

### **NORMAS PROCESALES TUTELARES DE MENORES EN CHILE INDIANO**

#### **1. Generalidades<sup>1992</sup>**

El derecho indiano procura hacer carne los principios católicos que han informado a su predecesor, el castellano, desde sus orígenes. En esta perspectiva, los menores, débiles por esencia, y particularmente caros al pensamiento cristiano, son salvaguardados con numerosas normas que, ora afectan a lo sustantivo, ora a lo procesal, con la manifiesta intención de evitar que el menor sea vulnerado en su persona e intereses. La circunstancia de continuar vigentes las disposiciones indianas durante buena parte del siglo XIX, da a esta normativa una proyección de largo aliento. En este acápite se intentará un bosquejo — solo eso— de las normas procesales protectoras de los menores.

---

<sup>1988</sup> *Nov. Rec.* 7, 37, 3.

<sup>1989</sup> *Nov. Rec.* 7, 37, 5.

<sup>1990</sup> M. I. Seoane, "La guarda de los huérfanos en el S. XVIII (Aspectos de un estudio general de la institución en el actual territorio argentino)" en *Anuario Histórico-Jurídico Ecuatoriano* no. 6 (Quito-Guayaquil, 1978), p. 410 y la misma en "Crianza "versus" adopción en el Buenos Aires Colonial. Estudio realizado sobre la base de protocolos notariales" en , *IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Madrid, 1990, T. II, p. 164, donde manifiesta que el depósito era previo a la crianza

<sup>1991</sup> Un extraño ejemplo puede verse en ANRACH. 2362, p. 14.

<sup>1992</sup> Una sólida exposición de conjunto, centrada en la realidad platense, es la de A. Levaggi, "El régimen civil del menor en la historia del derecho argentino" en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene* no. 23, pp. 289-317. Buenos Aires, 1972.

Inicio este capítulo refiriéndome a la capacidad procesal del menor, tanto en su perspectiva de incoar juicios, civiles o criminales, de ser demandado y de proseguir las respectivas tramitaciones hasta su fenecimiento, como en la de su participación en los medios de prueba. El siguiente acápite consiste en una explicación de diversos procedimientos tutelares de los menores, entre los que el caso de corte quizá sea el más característico. Una breve referencia al privilegio de pobreza que les era acordado da paso a un análisis de la *restitutio in integrum*, de estirpe romana, que, además de afectar a actos y contratos civiles de incapaces, contiene importantes disposiciones procesales, que atañen, fundamentalmente, al término probatorio, a la sentencia y a ciertos aspectos del juicio ejecutivo. Trato, luego, diversos procedimientos contenciosos respecto a los que el legislador dio particulares normas favorables al menor: juicios de filiación, de alimentos, partición de bienes, de nulidad de profesión religiosa y de disenso matrimonial. En seguida, hago un breve análisis de varios procedimientos no contenciosos que les interesaba, como emancipación, adopción, arrogación, insinuación de donaciones, repudio y aceptación de herencias, institución de mayorazgos, legitimación, facción de inventarios solemnes y habilitación de edad, en todos los cuales la intervención del juez es una garantía de la pulcritud en el actuar. Termina el trabajo con un capítulo acerca de los individuos llamados a protegerlos más plenamente: guardadores, cuyas implicaciones procesales analizo, y defensores de menores, que merecieron interesante regulación por parte del más alto tribunal instalado en Chile, la Real Audiencia.

Como puede apreciarse tras esta escueta relación, no es poca la protección que, por la vía procesal, brindaba la legislación a estos incapaces: desde antes de nacer ya hay para el *nasciturus* garantías y durante su existencia plena, tribunales de mayor rango que los corrientes, oficiales especializados y procedimientos rápidos amparan efectivamente sus derechos. La praxis, a través de cientos de escrituras de cuatro siglos y de legajos judiciales polvorientos, nos enseña que las normas favorecedoras de menores eran, por lo general, estrictamente aplicadas.

## **2. Capacidad procesal del menor**

2.1 *Normas generales de capacidad procesal del menor*: en las siguientes líneas procuro establecer un criterio unificador en medio de disposiciones muy diversas y dispersas, pues no hay que olvidar el extremo casuismo que campeaba en las disposiciones castellanas: de ahí la dificultad de un intento como el que he emprendido.

Las normas que protegen al menor comienzan a actuar antes de su nacimiento, reconociendo la existencia del ser que se encuentra en las entrañas maternas. Hay en la legislación de las Partidas toda una teoría sobre el que está por nacer, que recoge fuentes romanas y canónicas, y que da la línea básica en la materia, pues sólo en pequeña medida fue modificada por las leyes de Toro y algunas disposiciones del siglo XVIII<sup>1993</sup>. La regla general era que “demientra que estouiere en el uientre de su madre toda cosa que se faga o se diga a pro della aprouechase ende, bien assi como si fuesse nascida, mas lo que fuesse dicho o fecho a daño de su persona o de sus cosas no le empesce”<sup>1994</sup> Dejando de lado

---

<sup>1993</sup> J. Maldonado y Fernández del Torco, *La Condición jurídica de 'nasciturus' en el Derecho Español*. Madrid: 1946, p. 147.

<sup>1994</sup> *Partidas*, 4, 23, 3.

disposiciones sustantivas del mayor interés<sup>1995</sup>, las Partidas disponen que cuando está encinta la madre y hay una sucesión *abintestato* en que algún derecho correspondería al *nasciturus*, ningún sucesor pueda tomar bienes del causante hasta el parto. No está ausente el juez en esta materia, pues él ha de declarar haber lugar a esta espera<sup>1996</sup>. La prueba de la preñez, indispensable para que la madre, en nombre de la criatura, pueda ser legítimo contradictor frente a los demás herederos, recibe un tratamiento muy favorable: “dando ella pruebas o presunciones... maguer las pruebas fuesen dubdosas e non lo dixessen claramente” debe el juez actuar. Queda, sí, a salvo, a los otros interesados el derecho a presentar pruebas más contundentes<sup>1997</sup>. Se trata, pues, de un procedimiento sumario, de cognición limitada, que puede ser zanjado brevemente por el tribunal. La capacidad de goce requería de ciertos presupuestos, que la legislación castellana fue puntualizando: nacimiento vivo y con figura humana<sup>1998</sup>, vivir veinticuatro horas naturales y ser bautizado<sup>1999</sup>. La capacidad de ejercicio variaba, en cuanto a requisitos de edad, según el acto de que se tratara. Para los efectos procesales, el impúber, que en el hombre era el menor de catorce años y en la mujer de doce, de ningún modo podía comparecer en juicio sino representado por otro<sup>2000</sup>. Este otro era normalmente el padre<sup>2001</sup> o un tutor<sup>2002</sup>. El menor de edad púber podía comparecer personalmente en ciertas causas, las llamadas espirituales o beneficios, esto es, aquellas en que se ventilaban derechos clericales como capellanías u otros; pero aun en estos casos podía, si resultaba lesionado, recurrir al privilegio de la *restitutio in integrum*, al que me referiré más adelante<sup>2003</sup>. La comparecencia personal del menor adulto producía algunos efectos que trataré en seguida.

La patria potestad, o sea, la autoridad que las leyes dan al padre sobre la persona y bienes de sus hijos legítimos<sup>2004</sup> otorgaba a aquél una cantidad de atribuciones, aun de carácter procesal, respecto del hijo que le permaneciera sometido, aunque fuera mayor de veinticinco años. Ello estaba, por cierto, atemperado, como se verá, por los peculios que podían favorecer al hijo. Este, por ende, si quería demandar, había de recurrir a su padre y,

---

<sup>1995</sup> Castigo del aborto (*Partidas* 7, 8, 8); condición de libre del que está por nacer (*Partidas* 4, 23, 3); suspensión de la adquisición de la herencia en las sucesiones *abintestato* (*Partidas* 8, 6, 18); invalidez del testamento del padre que ha preterido al póstumo (*Partidas* 6, 1, 20); suspensión de la pena de muerte de la mujer preñada (*Partidas* 7, 31,10); validez del nombramiento de curador hecho por el padre o el abuelo al que está en el vientre materno (*Partidas* 6, 16, 3): por la ley 47 de Toro no correspondió más al abuelo esta facultad, porque al casarse y velarse su hijo, quedó emancipado de él. Vid. comentario a esta ley en S. de Llamas y Molina, *Comentario crítico-jurídico-literario a las ochenta y tres leyes de Toro* 2ª ed. Madrid, 1852, pp. 403-8. Sobre la pena de muerte de la embarazada, J. de Hevia Bolaños, *Curia Filípica*. Madrid, 1841, p. 245.

<sup>1996</sup> *Partidas*, 6, 6, 16 y Maldonado, *op. cit.*, p. 155.

<sup>1997</sup> *Partidas*, 3, 22, 7 y Maldonado, *op. cit.*, pp. 159-60. Vid. también Hevia, *op. cit.*, p. 180.

<sup>1998</sup> *Partidas* 4, 23, 5 y 7, 33, 8.

<sup>1999</sup> Ley 13 de Toro; *Rec. Cast.* 5,8,2 y *Nov. Rec.* 10,5,2.

<sup>2000</sup> Hevia, *op. cit.*, p. 55.

<sup>2001</sup> *Partidas*, 4, 17, 1.

<sup>2002</sup> *Partidas*, 6, 16, 1.

<sup>2003</sup> Hevia, *op. cit.*, p. 55 y [B. A. Vila], *Prontuario de los juicios. Su iniciación, tramitación e incidencias. Obra útil para los abogados, bachilleres, &c.* Santiago: Imprenta del Progreso, 1844, p. 7.

<sup>2004</sup> J. Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* (Edición de A. Bouret e hijos s/f), p. 1333.

negándose, al juez, quien le daría licencia con justa causa<sup>2005</sup>, otorgándole un curador *ad litem* si era menor de veinticinco años y permitiéndole actuar por sí propio en caso contrario<sup>2006</sup>. Los mayores de esta última edad podían además demandar por sí “si aquel que tiene en su poderío algunos delios non fuere en la tierra do quiere fazer la demanda”<sup>2007</sup>. Por todas estas circunstancias, interesaba mucho a los tribunales determinar la edad de los comparecientes, haciendo allegar la fe de bautismo o información sumaria suficiente<sup>2008</sup>. El púber menor de veinticinco podía, sin embargo, actuar como procurador o personero, representando a sus ascendientes ausentes en alguna circunstancia urgente para evitar males en los bienes de tales parientes<sup>2009</sup>. Lo dicho sobre demandas del hijo vale, *mutatis mutandi*, para la defensa que le competía si era demandado.

Respecto de sus peculios castrense o cuasicastrense<sup>2010</sup>, podía el menor adulto nombrar procurador que lo representase en juicio<sup>2011</sup>, sea demandado o defendiéndose. En los restantes peculios —profecticio y adventicio—<sup>2012</sup> la intervención del padre era absolutamente necesaria, a menos que se dieran las circunstancias que ya hemos anotado: resistencia a defender al hijo, ausencia del padre o autorización judicial. Quedaba a salvo al menor, en lo tocante a sus bienes adventicios y profecticios, la facultad de apelar por sí de la sentencia que los afectara<sup>2013</sup>.

La incapacidad del menor debía ser alegada como excepción dilatoria según lo expresa el procesalista Hevia Bolaños: “excepción dilatoria es la que toca a la persona de la Parte por no serlo legítima para parecer en juicio en la causa, respecto de los defectos y casos por que no lo puede hacer”<sup>2014</sup>.

---

<sup>2005</sup> *Partidas*, 3, 2, 7 y (Vila), p. 6. Podía compelerse al padre a dar la autorización, tratándose de bienes en los que no tenía usufructo: Hevia, *op. cit.*, p. 54.

<sup>2006</sup> *Partidas* 3, 2, 7: “el juez del logar le deue dar alguno que sea su Guardador en aquel pleyto e que le ayude en la demanda, que non reciba engaño en ella”.

<sup>2007</sup> *Ibidem*.

<sup>2008</sup> En juicio de 1803, se hace constar la edad de una de las partes: ANRACH, vol. 2905, p. 5<sup>a</sup>.

<sup>2009</sup> *Partidas* 3, 5, 12 y Hevia, *op. cit.*, pp. 57 y 58.

<sup>2010</sup> Peculio castrense es el adquirido por el hijo con ocasión de la milicia, como los sueldos que obtiene, el botín que gana, etc.: *Partidas* 4, 17, 5. Peculio cuasicastrense está constituido por los bienes que el hijo de familia adquiere en el ejercicio de alguna profesión u oficio público o por donación del rey u otro señor. Se asimila a esto lo que el padre da al hijo para que estudie: *Partidas*, 4, 17, 7. Vid. Escriche, *op. cit.*, pp. 363 y 364 y J. M. Ots Capdequí, *Instituciones*, en *Historia de América y de los pueblos americanos* dirigida por Antonio Ballesteros y Beretta. Barcelona, 1959, p. 317. Los conceptos de peculio fueron tomados del Derecho Romano: Guzmán, *op. cit.*, t. I, p. 367 y ss.

<sup>2011</sup> *Partidas*, 3, 5, 2 y 3.

<sup>2012</sup> Peculio adventicio es el conjunto de bienes que el hijo de familia, estando bajo patria potestad, adquiere por algún oficio, arte o industria, o por donación, legado o herencia que no le corresponda por razón o causa del padre o bien por obra de la fortuna. Al padre toca el usufructo de estos bienes. Peculio profecticio es el cúmulo de bienes que el hijo bajo patria potestad adquiere por razón del padre o con bienes de éste. Tanto la propiedad como el usufructo de ellos corresponden al padre. *Partidas*, 4, 17, 5. Vid. Escriche, *op. cit.*, pp. 363 y 373 y Ots, *op. cit.*, p. 316.

<sup>2013</sup> *Partidas*, 3, 2, 3, 2 y (Vila), *op. cit.*, p. 84.

<sup>2014</sup> Hevia, *op. cit.*, p. 71.

Los huérfanos debían intervenir en juicio, cuando eran impúberes, por medio de su respectivo tutor. Se hacía, aquí, un distingo entre el mayor y el menor de siete años. Este último, infante, debía ser siempre representado por el tutor. El mayor de esa edad podía defenderse, actuando junto a su guardador, “seyendo amos delante”, quien, en todo caso, podía representar al pupilo en su ausencia<sup>2015</sup>. Si el huérfano actuara por sí, sin intervención del tutor, valdría sólo lo que le aprovechase y no lo que lo dañase<sup>2016</sup>.

El menor huérfano adulto requería de curador<sup>2017</sup> para demandar o defenderse, el que podía ser general, o sea, quien entendía en todos sus asuntos, o *ad litem*, para el pleito respectivo<sup>2018</sup>. Este era propuesto por el propio menor al tribunal, que se limitaba a proveer: “Dése por nombrado a Fulano, quien acepte y jure y dé la fianza y hecho, se traiga para discernirle el cargo”<sup>2019</sup>. En una de las aceptaciones y juramento manifiesta el curador que usará el cargo

“[A] su leal saber y entender y donde su consejo y parecer no bastare, le recibirá de letrado y persona de siensia y consiensia que se lo sepan dar y donde bienes u pro y utilidades lo llegara y su mal y daño apartara y en todo ara lo que debe y es obligado de manera que por su descuydo culpa o negligensia no reciba la dha. menor ni sus bienes ningun daño y el que resibiere por defecto de no lo hacer y cumplir asi lo pagara con su persona y bienes”<sup>2020</sup>.

Si el menor se negaba a proponer curador, el tribunal lo nombraba, previo apremio al contumaz<sup>2021</sup>. Curadores *ad litem* natos eran los procuradores del número, y, desde la dictación, en noviembre de 1799, de un auto acordado por la Real Audiencia de Chile, el

---

<sup>2015</sup> *Partidas*, 6, 16, 7. No he visto intervención de estos menores en pleito.

<sup>2016</sup> *Ibidem*.

<sup>2017</sup> Sobre la diferencia entre tutor y curador, no muy clara en la vida práctica, vid. El Capítulo X de este libro, acerca del estatuto del huérfano.

<sup>2018</sup> Hevia, *op cit.*, p. 55; (Vila), *op. cit.*, pp. 40 y 6 y *Partidas*, 6, 16, 1,2, 13 y 17.

<sup>2019</sup> ANRACH vol. 746, fs. 48 (año 1744); E.S., vol. 687, fs. 448 (año 1747), por vía de ejemplo. En instrumento de 8 de octubre de 1698 se lee que habiendo fallecido Francisca de Vergara, viuda de Juan Alvarez, su hermano Antonio pide a la justicia ser designado curador de su sobrina Mariana Alvarez, de 16 años, y tutor de los demás sobrinos, Josefa, de 12, Luis, de 9, y Juan, de 6. Se lo designa tutor de los últimos y para efectos de la curatela de la primera, se la cita para dentro de tercero día. Concurrió Mariana y designó curador a su tío. Notificado éste, se le disciernen los cargos de tutor y curador, jura y se compromete a llevar libro de cuenta separado y defenderlos en las causas que se presenten. Igualmente, designa fiador. El alcalde ordinario faculta a Antonio de Vergara para que ejerza el cargo e inventaríe los bienes de sus pupilos teniéndolos en su poder con toda claridad: Archivo de Escribanos de Santiago vol. 428, fs. 78. En instrumento de 28 de mayo de 1698 Lorenzo, Luciana y Rosa de Villela, mayores de catorce años y menores de 25, señalaron que designaban por curadora suya a su madre Juana de Villalón y Morales, ratificando lo actuado por ella hasta entonces. El alcalde ordinario Juan de Aranibar notifica esta proposición, que la madre acepta. Tras haber prestado juramento y otorgado fianza, se le discierne el cargo: E. S. vol. 430, fs. 81.

<sup>2020</sup> ANRACH vol. 1355 (año 1672).

<sup>2021</sup> G. V. Santa María y González, *Tractatus unicus pertinens ad usum Domini Gregorii Vicentii a Santa Maria et González in hac Sancti Philippi Unibersitate Bacalaureati Anni Domini Milessimi Octogesimi*, fs. 73 y 189. Es un conjunto de apuntes de clases del referido estudiante, que se encuentra en Fondo Antiguo, vol. 73 del Archivo Nacional de Santiago de Chile. Referencias a él pueden hallarse en A. Dougnac Rodríguez, “Esquema del régimen económico matrimonial en Chile Indiano”, en *Revista Chilena de Derecho*, Universidad Católica de Chile, 1975, vol. 2, N<sup>os</sup> 3-6, p. 169, nota 3, y en A. Dougnac Rodríguez, “Variaciones introducidas por la costumbre y aceptadas por la jurisprudencia chilena en el procedimiento ejecutivo indiano”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 1978, N<sup>o</sup> 7, p. 107.

defensor general de menores, que no podía ser removido por el juez de la causa sino “a instancia de parte y por causas notoriamente graves y justas”. El curador *ad litem*, por regla general, no debía delegar sus funciones. Sólo podía hacerlo, cuando demandaba por su pupilo, si se encontraba imposibilitado para comparecer y el apoderado nombrado debía serlo sólo para caso determinado, expresándose en el respectivo poder la naturaleza del impedimento. Si el curador defendía al menor de una demanda interpuesta en su contra, sólo podía nombrar apoderado después de contestada la demanda<sup>2022</sup>. Las funciones del curador *ad litem* terminaban con el fenecimiento del pleito respectivo, o bien, cuando en el mismo juicio era nombrado otro, a menos que se protestara lo contrario<sup>2023</sup>.

Podía ocurrir que el menor adulto, a pesar de las normas señaladas, actuara solo ante los tribunales. Oponiéndose la parte contraria, no tenía valor su actuación ni la del procurador que nombrase, de modo que, aunque la sentencia le fuera favorable, no le aprovechaba<sup>2024</sup>. Por el contrario, si no se deducía oposición por la minoridad, valía lo que resultara en utilidad del incapaz y no lo dañoso, regla que podemos considerar general en estas materias<sup>2025</sup>. Sin embargo, era dable al menor ratificar, mediante juramento, lo actuado en juicio sin curador “porque así como se confirma por el juramento el contrato hecho por el menor, así se confirma por él el acto que hace litigando en juicio pues en él casi se contrae”<sup>2026</sup>, disposición basada en la auténtica *sacramenta puberum* que, según nota puesta en edición de las *Partidas* de 1848, había caído en desuso. No la he visto yo, tampoco, en uso en Chile.

2.2. *Normas especiales de capacidad procesal del menor*: además de las disposiciones que acabo de comentar, hay algunas especiales, normalmente derivadas de aquéllas, que afectan la capacidad del menor para ciertas actividades procesales, a las que me referiré en este apartado.

La posibilidad de demandar al padre, legítimo o adoptivo, estaba limitada. Desde luego, el hijo de familia sólo podía hacerlo por circunstancias muy particulares como causas de filiación, de alimentos, de malos tratamientos, de disipación de los bienes adventicios, de bienes castrenses y cuasicastrenses, de intento de inducción al vicio y de disenso matrimonial<sup>2027</sup>. Los que estaban fuera del poder del padre podían intentar acción en su contra, salvo que de ello resultara infamia para su antecesor o pena corporal, como serían las de muerte o mutilación<sup>2028</sup>. Una formalidad debía ser cumplida en cualquier demanda

---

<sup>2022</sup> *Partidas* 3, 18, 96; 3, 5, 3, 15 y 16; 3,32,2 y 3, 10,8. Hevia, *op. cit.*, p. 57 y (Vila), *op. cit.*, p. 7. En materias criminales, el tutor del impúber podía acusar y remitir; pero cuando el pupilo era menor adulto, sólo podía hacerlo el curador con intervención del menor: A. de Villadiego, *Instrucción política y práctica judicial conforme al estilo de los Consejos, Audiencias, Tribunales de Corte y otros Ordinarios del reino*. Madrid, 1747, p. 72.

<sup>2023</sup> Hevia, *op. cit.*, p. 60.

<sup>2024</sup> *Partidas* 3, 22, 12; 3, 3, 1 y 3, 2, 11.

<sup>2025</sup> *Ibidem* y *Partidas* 3, 5, 3. Hevia, *op. cit.*, p. 55 y (Vila), *op. cit.*, p. 6.

<sup>2026</sup> *Partidas*, 3, 11, 16 y 6,19,6. Hevia, *op. cit.*, p. 55 y J. M. Gutiérrez, *Compendio de las varias resoluciones de Antonio Gómez*; Madrid, 1789, Parte Segunda, p. 155.

<sup>2027</sup> *Partidas*, 3, 2, 2. Hevia, *op. cit.*, pp. 53 y 54; (Vila), *Op. cit.*, p. 5 y Santa Maria, *op. cit.*, p. 74.

<sup>2028</sup> Hevia, *op. cit.*, p. 54 y (Vila), *op. cit.*, p. 6.

contra el padre y era la de pedir, previamente, venia o licencia al tribunal. Este la concedía sin citación contraria. Faltando esa petición, no se admitía la demanda<sup>2029</sup>.

La capacidad para demandar al guardador por sospecha de mala actuación queda limitada a los púberes, quienes no pueden accionar sino “con consejo de sus parientes”<sup>2030</sup>, con la idea de que reciban una adecuada información acerca de sus derechos.

Se rige, asimismo, por normas particulares, la capacidad para provocar arbitraje. El huérfano, mayor de catorce años, podía, si no tenía guardador, someter una materia a compromiso y había de estar a lo que ahí se resolviera salvo

“si pudiesse prouar quel fizieran algun engaño, o que se le empeorara por mengua dél o de su Abogado, o que a grand su daño judgaron contra él”, o sea, podía pedir *restitutio*. Pero si tenía guardador, no le era lícito comprometer sin autorización suya, aunque diera fiadores. Si en tal caso se sentenciara en su contra y él “non la quisiere auer por firme.. .”,

pero los fiadores debían responder por “la pena a que se obligaron si el huerfano non quisiesse estar por el juyzio”<sup>2031</sup>, toda vez que la obligación del menor era considerada natural<sup>2032</sup>.

El juicio ejecutivo nos presenta, también, algunas circunstancias que implican reglas de capacidad muy favorecedoras. De partida, la acción ejecutiva, que prescribía en diez años, no corría contra los hijos de familia mientras permanecieran en ese estado, a menos que pudieran comparecer a juicio sin licencia de su padre o que pudieran compelerlo a dársela. Si el menor sucedía a otro, contra el cual ya había empezado a correr la prescripción, ese tiempo valía en su contra, pero durante la minoridad se suspendía el resto de lapso. Existía la posibilidad de alegar esta incapacidad para ser afectado por la prescripción durante la menor edad y hasta cuatro años después de salidos de ella<sup>2033</sup>. De la incapacidad general del menor para administrar lo suyo se derivaba que no pudiera ser objeto de prisión por deudas “porque asi como no puede contratar, no puede causar contumacia que justifique la prision, y asi como no puede ser compelido a parecer en juicio en persona, no puede ser preso por deuda” a no ser que tuviera la administración de sus bienes, como ocurría, por ejemplo, con los castrenses<sup>2034</sup>.

En materia penal, el impúber era incapaz, por regla general, de ser titular de acción por delitos públicos<sup>2035</sup>. En cuanto a capacidad procesal penal, podía encausarse al mayor de diecisiete años, cuyo tratamiento era igual que el de cualquier mayor. Desde los diez años y medio, edad que recibe el nombre técnico de próximo a la pubertad, en que se supone que

---

<sup>2029</sup> *Ibidem* y J. B. Lira, *Prontuario de los juicios o tratado de procedimientos judiciales i administrativos con arreglo a la legislación chilena*. Santiago, 1880, p. 121 y Villadiego, *op. cit.*, p. 3.

<sup>2030</sup> *Partidas*, 6,18,2. La ley se refiere sólo al mozo mayor de catorce años; pero, sin duda, milita la misma razón para la moza mayor de doce.

<sup>2031</sup> *Partidas*, 3, 4, 25 y (Vila), *op. cit.*, p. 19.

<sup>2032</sup> Gutiérrez, *op. cit.*, Parte Segunda, p. 149.

<sup>2033</sup> *Partidas*, 8,19,9 y Hevia, *op. cit.*, p. 105.

<sup>2034</sup> Hevia, *op. cit.*, p. 151.

<sup>2035</sup> *Partidas*, 7, 1, 4: la ley habla de “mozo menor de catorce años”, norma que puede aplicarse a la moza menor de doce.

el menor tenía algún entendimiento, comenzaba la capacidad procesal penal; pero la pena, en caso de ser condenado, debía de serle disminuida a criterio del juez. Por debajo de la edad recién indicada, no había ninguna capacidad<sup>2036</sup>. Los impúberes, por razones obvias, no podían ser acusados de delitos de lujuria o fornicación<sup>2037</sup>. El hijo era procesalmente incapaz de ser objeto de querrela que intentara el padre en su contra por delito de hurto o robo, “pero si el que hizo el furto era fijo o nieto del señor de la cosa hurtada, non gela pueda demandar ninguno delios en juyzio como a ladrón”. “Más bien puede el padre o el auuelo... castigarlo en buena manera porque de allí adelante se guarde de non fazer otro tal yerro”<sup>2038</sup>.

Por último, veamos algunas normas sobre procuradores, abogados y jueces<sup>2039</sup>. Para ser procurador bastaba generalmente con tener diecisiete años, pero en asuntos judiciales eran necesarios veinticinco<sup>2040</sup>. La edad desde la que se podía ser abogado conforme las *Ordenanzas Reales de Castilla* era la “cumplida”, esto es, veinticinco<sup>2041</sup>. Si bien esta disposición debió de aplicarse con preferencia a la de Partidas, que fijaba diecisiete<sup>2042</sup> en la práctica chilena era corriente que los noveles abogados no alcanzaran la mayoría de edad<sup>2043</sup>. Desde los catorce años había posibilidad de ser árbitro o juez comisionado por mandato real; juez ordinario podía serlo el de más de veinte y delegado, el de más de dieciocho<sup>2044</sup>.

2.3. *Capacidad del menor ante ciertos medios probatorios*: en materia civil era hábil como testigo el mayor de catorce años, quien podía declarar, incluso, sobre asuntos que hubiera conocido antes de alcanzar esa edad<sup>2045</sup>. En cambio, en asuntos penales, el límite subía a los veinte años en pleito de “acusacion o de riego” y en juicios de que pudieran derivarse penas de muerte, destierro o pérdida de miembro<sup>2046</sup>. Las declaraciones de los menores de estas edades sólo servían de presunción, cuando eran de buen entendimiento, salvo en causas de traición contra el Estado, en que hacían fe, a menos de ser enemigos de la persona contra quien testificaban<sup>2047</sup>.

---

<sup>2036</sup> Hevia, *op. cit.*, p. 210.

<sup>2037</sup> *Partidas*, 7, 1,8,2, que se refiere específicamente al incesto.

<sup>2038</sup> *Partidas*, 1, 14,4.

<sup>2039</sup> *Gaceta de los Tribunales*, tomo 1, N° 20, fo. 75, Santiago de Chile, 23 de abril de 1842.

<sup>2040</sup> *Partidas*, 3, 5, 19.

<sup>2041</sup> *Partidas*, 2, 19, 7.

<sup>2042</sup> *Partidas*, 3, 6, 2, 3 y 4.

<sup>2043</sup> J. González Echenique, *Los estudios jurídicos y la abogacía en el reino de Chile*. Santiago, 1954, p. 220.

<sup>2044</sup> *Rec.Cast.* 3, 9, 3.

<sup>2045</sup> *Partidas* 3, 16, 9. Como en muchas otras ocasiones, las *Partidas* se refieren al mozo sin decir nada de la moza púber.

<sup>2046</sup> Hevia, *op. cit.*, p. 88, pone la habilidad en asuntos criminales en treinta años; pero cita *Partidas*, 3, 16, 9, que claramente habla de veinte.

<sup>2047</sup> *Partidas*, 3, 16, 9 y 13.



El careo, que podía ser de acusado a acusado, de testigo a testigo o de acusador a acusado, no procedía entre padre e hijo ni entre tutor y pupilo<sup>2048</sup>, por las especiales vinculaciones existentes entre ellos.

Protegía la ley al menor de catorce años del tormento, para el cual era capaz el menor adulto. En este mismo orden de cosas y tomándose en consideración al *nasciturus*, no procedía tormento contra la mujer embarazada “por razón de la criatura que tiene en el vientre, que non merece mal”<sup>2049</sup>.

Sólo el menor adulto podía prestar confesión válidamente en juicio, y aun esta declaración estaba revestida de solemnidad, pues era nula si el juramento no era pronunciado ante el curador *ad litem*<sup>2050</sup>, aunque tuviera padre<sup>2051</sup>. Este podía ser designado como tal curador para estos efectos. La declaración misma era prestada individualmente “pr. q.e este es acto y echo propio del menor”<sup>2052</sup>. Vinculado con esta materia está el tema del juramento decisorio, que, en lo tocante a menores podía serlo *in litem*, o sea, acerca de un incidente como la estimación o valor de la cosa que se litiga<sup>2053</sup>, y que podía ser prestado sólo por el menor adulto<sup>2054</sup>. Excepcionalmente, la confesión practicada por el menor que no tuviera guardador era válida para la preparación de la vía ejecutiva. Si, por el contrario, el menor lo tuviera, y no concurriera éste al juramento, tal confesión era nula y no formaba título ejecutivo<sup>2055</sup>.

### 3. Normas de procedimiento protectoras del menor

3.1 *El caso de corte*: rezan las Partidas que eran jueces competentes para conocer de las demandas contra huérfanos los que “son moradores en la tierra do bien estos sobredichos contra quienes las ganan”, lo que fue reiterado por disposiciones posteriores<sup>2056</sup>. Sin embargo, con la intención de protegerlos, “señaladamente los Emperadores e los Reyes son jueces destos atales, mayormente que de otros, e a ellos pertenesce de los fazer alcançar derecho e de los mantener en justicia de manera que non reciban tuerto ni fuerça de los otros que son mas poderosos que non ellos”<sup>2057</sup>, lo que se denominaba caso de corte, que no era privativo de los huérfanos, pues se daba también en muchos otros asuntos, civiles y criminales.

---

<sup>2048</sup> Santa María, *op. cit.*, fs. 100.

<sup>2049</sup> *Partidas* 7, 30, 2.

<sup>2050</sup> (Vila), *op. cit.*, pp. 7, 138 y 140.

<sup>2051</sup> Hevia, *op. cit.*, p. 229.

<sup>2052</sup> Santa María, *op. cit.*, p. 98.

<sup>2053</sup> El juramento decisorio, averiguación de la verdad en juicio nombrando a Dios u otra cosa santa sobre lo que se afirma o niega, podía ser de dos clases: decisorio del pleito, en que el resultado del juicio quedaba entregado a lo que declaraba uno de ellos y decisorio en el pleito, que se refería a un incidente particular de éste. Vid. J. Corvalán Meléndez y V. Castillo Fernández, *Derecho Procesal Indiano*. (Santiago, 1951), p. 109.

<sup>2054</sup> Hevia, *op. cit.*, p. 114; *Rec.Cast.* 5,11,22 y *Nov. Rec.* 10,1,17

<sup>2055</sup> *Ibidem*.

<sup>2056</sup> *Partidas*, 3,18,41; *Rec.Cast.* 4,3,8 y *Nov. Rec.* 11,4,9.

<sup>2057</sup> *Partidas*, 3,18,41.

Al declararse un asunto caso de corte, entraba a conocer de él la Real Audiencia en primera instancia, aunque para ello se sacara a los litigantes de su fuero y domicilio<sup>2058</sup>. Para que ocurriera este fenómeno, era necesario, en primer lugar, que fuera alegado en la demanda, la contestación o cualquier otro momento y que, luego, se probara la condición de huérfano del peticionario con “la respectiva escritura y documento”<sup>2059</sup>. Sin alegación, como se comprueba en la práctica de los tribunales chilenos, la materia continuaba radicada ante el juez ordinario<sup>2060</sup>. La providencia sacramental que la Audiencia dictaba, una vez comprobados los antecedentes necesarios, era: “Por notorio tener caso de coite” y luego se avocaba la tramitación del pleito<sup>2061</sup>.

Había materias que siempre eran casos de corte, como la acusación contra tutor sospechoso, que debía “ser fecha delante del Jugador mayor del lugar do ha el moço sus bienes”<sup>2062</sup> y había otras que no lo eran, no obstante intervenir huérfanos en ellas: las de menos de diez mil maravedís en España y de sesenta mil en Indias; las causas de real hacienda; las ejecutivas; las criminales y aquellas en que se litigaba entre dos privilegiados con el mismo beneficio<sup>2063</sup>.

Contra la sentencia pronunciada en caso de corte procedía el recurso de suplicación, que debía de interponerse en plazo de diez días si se trataba de sentencia definitiva, o de tres, si era interlocutoria, “y de la sentencia que assi dieren en grado de suplicacion, que no aya masalzada ni suplicacion a Nos ni a los dichos Oidores” siendo facultativo para las partes aprovechar el recurso para alegar lo que no hubieran alegado hasta entonces o probar lo no probado<sup>2064</sup>. El recurso era muy simple, fundamentalmente, escrito de súplica y su respuesta<sup>2065</sup>.

3.2. *Privilegio de pobreza*: los huérfanos de padre y, en general, los menores de veinticinco años eran considerados pobres, lo que implicaba liberarse de gastos de papel sellado, firmas de juez, receptores, escribanos y otros —costas procesales— y de honorarios de abogados y procuradores —costas personales—<sup>2066</sup>. En un juicio criminal de un padre contra su hijo, éste, menor de edad, es representado por el procurador de pobres<sup>2067</sup>; sin embargo, la práctica demuestra que los menores incurrían en el pago de una cantidad de derechos, por lo que podemos afirmar que era un beneficio más teórico que real.

---

<sup>2058</sup> Hevia, *Op. cit.*, p. 50; Santa María, *Op. cit.*, fs. 74, y Cañada, Conde de la, *Apuntamientos Prácticos para todos los trámites de los juicios civiles* (Madrid, 1793), p. 485,16,17.

<sup>2059</sup> Santa María, *op. cit.*, fs. 74.

<sup>2060</sup> Vid. ANRACH, vol. 13.06, fs. 22 (año 1746). Conocen de asuntos de huérfanos alcaldes ordinarios en ANRACH, vol. 746 (año 1744), y ANRACH, vol. 1195, p. 3ª (año 1816). Vid. Santa María, *Op. cit.*, fs. 190. En todo caso, el menor no puede prorrogar competencia sin autorización de su curador: *Partidas*, 6.

<sup>2061</sup> ANRACH vol. 759 (año 1637), y ANRACH, vol. 1306, ya citado.

<sup>2062</sup> *Partidas* 6, 18, 2.

<sup>2063</sup> Hevia, *op. cit.*, p. 51, y *Rec. Cast.* 4,3,11 y *Nov.Rec.* 11,3,5.

<sup>2064</sup> *R.ec. Cast.* 4,19,2 y *N.ov. Rec.* 11,21,2.

<sup>2065</sup> Santa María, *op. cit.*, fs. 83.

<sup>2066</sup> Escriche, *op. cit.*, ed. 1852, p. 526.

<sup>2067</sup> Juicio de Marcos Hurtado con Rafael Hurtado. ANRACH vol. 2758, p. 5ª (años 1785 a 1786).

3.3. *Restitutio in integrum*: el derecho romano llamaba *restitutio in integrum* a un modo de hacer ineficaz un negocio jurídico, mediante la interposición por el pretor de un acto especial de imperio, con lo cual se volvía la situación al estado anterior<sup>2068</sup>. Fue otorgada a veces contra actos obtenidos por miedo<sup>2069</sup>, o por fraude<sup>2070</sup>, o como medio de permitir que los herederos tuvieran derecho a la herencia<sup>2071</sup> y a los menores de edad para remediar los perjuicios que se les hubieran causado en razón de su inexperiencia o impremeditación<sup>2072</sup>. Recogida la institución por el derecho justinianeo, las Partidas la incorporaron a su texto, refiriéndola a actos judiciales y extrajudiciales<sup>2073</sup>. En lo que a derecho procesal toca, la *restitutio*, además del caso de arbitraje que he tratado antes, podía incidir en el término probatorio, en la sentencia o en ciertos efectos del juicio ejecutivo. Competía pedirla al menor adulto autorizado por su guardador, a éste o a un procurador debidamente facultado para ello<sup>2074</sup>, cualquiera que fuera la posición jurídica que tuviera el incapaz, aun tercerista<sup>2075</sup>.

La *restitutio* de término probatorio debía ser alegada dentro de los quince días siguientes a la publicación de probanzas<sup>2076</sup>, si había un menor, el juez debía esperar estos quince días antes de dar curso progresivo a los autos<sup>2077</sup>. Para evitar dilaciones de mala fe, se exigía depósito de una suma que el tribunal fijaba a su arbitrio<sup>2078</sup>, atendida la persona involucrada y la causa de que se trataba y que se perdía si no se rendía la prueba ofrecida. Normas castellanas posteriores a las Partidas dispusieron que, a diferencia de la restitución contractual, en que había que acreditar lesión, en la procesal de término probatorio, no era necesario<sup>2079</sup> y bastaba acreditar la minoridad, incluso sumariamente<sup>2080</sup>. Por medio de este beneficio, que podía impetrarse una sola vez, el que no hubiera rendido prueba por cualquier motivo o la que hubiera rendido no le fuera todo lo completa que deseara o tuviera nuevas probanzas que ofrecer, lograba se le concediera un nuevo plazo para hacerlo. Este plazo no podía exceder de la mitad del que se dio primitivamente, sin contar

---

<sup>2068</sup> P. Jörs, *Derecho Privado Romano. Edición totalmente refundida por W. Kunkel*, Barcelona, 1966, p. 148.

<sup>2069</sup> Jörs, *op. cit.*, p. 372.

<sup>2070</sup> *Ibid.*, p. 373.

<sup>2071</sup> *Ibid.*, p. 473.

<sup>2072</sup> *Ibid.*, pp. 126 y 536.

<sup>2073</sup> *Partidas* 3, 25, 1 y 2; *Partidas* 3, 5, 15, 16 y 17 y *Partidas* 6, 19, 1 y 2. J. Sala, *Sala Hispano-Chileno o ilustración del Derecho Español*, París, 1845, t. 1 p. 94.

<sup>2074</sup> (Vila), *op. cit.*, pp. 28 y 91 y Hevia, *op. cit.*, p. 59.

<sup>2075</sup> Hevia, *op. cit.*, p. 82.

<sup>2076</sup> Publicación de probanzas era la unión y comunicación recíproca de las pruebas hechas en juicio por cada una de las partes para alegar de bien probado en vista de ellas, tachar a los testigos o hacer lo que convenga a su defensa”: Corvalán y Castillo, *op. cit.*, p. 148.

<sup>2077</sup> Hevia, *op. cit.*, p. 82. Obviamente, no podía hacer uso de este beneficio el menor que fuera doctor en leyes o abogado: Gutiérrez, *op. cit.*, p. 147.

<sup>2078</sup> *Rec.Cast.* 4,8,3.

<sup>2079</sup> *Ibidem.*

<sup>2080</sup> (Vila), *op. cit.*, p. 83.

las prórrogas que pudieran haberse producido<sup>2081</sup>. Las siguientes líneas de un estudiante de la Universidad de San Felipe y de la Academia de Leyes y Práctica Forense, nos ilustran sobre la materia:

“Hechas así la publicación pueden intentar los Privilegiados de restitución su remedio dentro de quince días siguientes a aquella, 1.3, t.8, 1.4 R. de cuya solicitud se da traslado y con la que responde resultando mérito para ello, se concede la mitad del término ordinario, no de la prórrogación con que se recibió la causa a prueba sino por el art. 1.2, t.8, 1.4 R. cuyo término es común siendo la causa individual por que el actor y reo son correlativos; pero no al contrario, en la inteligencia que entonces se llamará la causa individual cuando v.g. el Privilegiado no puede sentir los efectos de la restitución sin que estos aprovechen a sus litisconsortes<sup>2082</sup>”.

Sobre tachas no había lugar a nuevo término por *restitutio*, la que tampoco operaba normalmente entre privilegiados con el beneficio, por ejemplo, cuando demandante y demandado eran menores. El beneficio podía pedirse durante la apelación prestando juramento “que no la pide por malicia y que cree y entiende probar lo que así alega” y se concedía con referencia al término dado por el tribunal a *quo*<sup>2083</sup>. Se estimaba que este juramento también debía prestarse en primera instancia: así se alegó en la jurisprudencia chilena, dando, sin embargo, el tribunal lugar a la *restitutio*, a pesar de no haberse cumplido con esa solemnidad<sup>2084</sup>. Contaba la legislación con la circunstancia de que el menor dejara de serlo y la solución dependía de cuándo ocurría este hecho: era descartada la posibilidad cuando se había alcanzado la mayoría antes de recibirse a prueba; si pasado el término probatorio, cumplía el incapaz los veinticinco años, le correspondía el beneficio; si llegaba a esa edad pendiente el término y éste no le bastaba para producir sus probanzas, gozaba de restitución; competía, por último, a los herederos, la reclamación de ella en los mismos términos que su causante<sup>2085</sup>. Al revés, podía ocurrir que un menor sucediera a un mayor, pendiente el pleito. Aquí, se distinguía si el menor sucedía durante el término probatorio o vencido éste, correspondiéndole el beneficio sólo en el primer caso<sup>2086</sup>. El nuevo término favorecía a ambas partes, de modo que el no beneficiado tenía derecho a rendir las pruebas que estimara conducentes<sup>2087</sup>. En el juicio criminal también procedía este remedio, referido al término de prueba del plenario, aplicándose lo ya dicho en torno al procedimiento civil<sup>2088</sup>.

Otro aspecto procesal de la *restitutio* guardaba relación, como he dicho, con la sentencia que afectara a un menor, quien podía hacer uso de este derecho hasta cuatro años

---

<sup>2081</sup> *Rec.Cast.* 4,8,3.

<sup>2082</sup> Santa María, *op. cit.*, fs. 80.

<sup>2083</sup> *Rec.Cast.* 4, 9, 5.

<sup>2084</sup> ANRACH vol. 1306, juicio entre Leonor de Morales y los menores Morales Larreta, representados por su curadora Rosa Ovalle, año 1746.

<sup>2085</sup> (Vila), *op. cit.*, p. 83.

<sup>2086</sup> Cañada, *op. cit.*, p. 1, cap. 9, N° 79-86.

<sup>2087</sup> *Rec. Cast.* 4,8,3 y P.3,25,2.

<sup>2088</sup> (Vila), *op. cit.*, p. 151.

después de llegado a la mayoría<sup>2089</sup>, a lo que se denominaba cuadrienio legal<sup>2090</sup>. Aquí era menester acreditar lesión en los términos que fijaban las *Partidas*:

“Que les fue fecho engaño en el pleyto o en el juyzio; o que por liuiandad o por yerro conosció o nego el menor alguna cosa que fuesse a su daño; o si por aventura sus Abogados no mostraron las razones tan cumplidamente como deuieran o han algunas cartas o testigos que fallaron de nueuo con que pueden mejorar su pleyto; o quieren mostrar leyes o fueros o costumbres que son a su pro e son contrarios al juyzio de que han querella”<sup>2091</sup>.

Requisito indispensable para la procedencia del beneficio era que la sentencia hubiera sido dictada durante la minoridad<sup>2092</sup> y que no se hubiera apelado de ella por el menor o su representante legal<sup>2093</sup>. Este último requisito resalta el carácter extraordinario de la institución, que ha sido calificada por un destacado procesalista moderno como “un curioso antecedente para el estudio de los recursos extraordinarios”<sup>2094</sup>. Durante la tramitación de la *restitutio* no se podía innovar: “otros, dezimos que mientra durare el pleyto de la restitucion que non deue ser fecho en el ninguna cosa nueua”<sup>2095</sup>. Probadas las bases de la petición, el tribunal debía acceder a ella y comenzaba nuevamente la substanciación de la causa, de modo que ambas partes debían ser oídas nuevamente. No podía pedirla el menor letrado, pues debió conocer los vicios de que adolecía la tramitación<sup>2096</sup>. Tampoco procedía entre privilegiados, salvo que uno tratara de evitar el daño y el otro litigara persiguiendo un lucro<sup>2097</sup>. Otras causales de rechazo eran que el menor hubiera aducido ser mayor de veinticinco y pareciera serlo<sup>2098</sup> o que el daño sufrido proviniera de caso fortuito<sup>2099</sup>, o bien que el deudor del menor hubiere pagado a éste con autorización judicial<sup>2100</sup>. El juramento prestado por el menor adulto que careciera de curador encaminado a no hacer uso de su situación privilegiada para dejar sin efecto el pleito impedía, asimismo, la restitución<sup>2101</sup>, la que no tenía lugar, igualmente, si el menor había obtenido venia o dispensa de edad, a que me referiré mas adelante. En materia criminal, la mujer entre diez años y medio y doce y el hombre entre diez y medio y catorce (próximos a la pubertad) que hubieran cometido algún delito como hurto, homicidio u otro de

---

<sup>2089</sup> *Partidas*, 6, 19, 8. Podían intentarla también sus herederos. En caso de existir una comunidad en que unos eran menores y otros no, era necesario atender a la divisibilidad de ella. Si hay división, no se comunica el privilegio y sí, en caso contrario: Hevia, *op. cit.*, p. 82.

<sup>2090</sup> (Vila), *op. cit.*, p. 91.

<sup>2091</sup> *Partidas* 3, 25, 2.

<sup>2092</sup> *Partidas* 6, 19, 8 y 9 y *Partidas* 3, 25, 1, 2 y 3.

<sup>2093</sup> Hevia, *op. cit.*, p. 99 y (Vila), *op.cit.*, p. 91.

<sup>2094</sup> M. de la Plaza, *Derecho Procesal Civil Español*.—3ª ed.— Madrid, 1951, vol. 19, p. 67.

<sup>2095</sup> *Partidas* 3, 25, 2.

<sup>2096</sup> Hevia, *op. cit.*, p. 82.

<sup>2097</sup> *Ibidem*.

<sup>2098</sup> *Partidas* 6, 19, 6.

<sup>2099</sup> *Partidas* 6, 19, 2.

<sup>2100</sup> *Partidas* 5, 14, 4.

<sup>2101</sup> *Partidas* 3, 11, 16.

gravedad, y el mayor adulto que hubiera incurrido en adulterio, no podían impetrar este privilegio<sup>2102</sup>. Finalmente, tomando en consideración el legislador el inmenso valor de la libertad personal, negaba lugar a la restitución cuando el menor hubiera demandado que alguno era esclavo suyo y se hubiera fallado declarando la libertad de éste<sup>2103</sup>.

El juicio ejecutivo contemplaba un último caso de restitución procesal, que se daba cuando hubo venta de bienes del menor en pública subasta y de ello recibió daño patrimonial<sup>2104</sup>. Operaba también aquí el cuadrienio legal<sup>2105</sup>.

3.4. *Procedimientos contenciosos*: con la impronta de proteger los intereses del menor, el legislador castellano, haciendo gala del casuismo que le es característico, fue sembrando aquí y allá disposiciones que los beneficiaban.

Los juicios de filiación, que normalmente deberían haber sido de lato conocimiento y sometidos a las ritualidades propias del juicio ordinario, recibieron, en cambio, un tratamiento privilegiado. Estos pleitos, en que la celeridad era de vital importancia, se tramitaban sin las dilaciones y formas de los demás procesos: “el juez de aquel logar de su oficio debe saber llanamente et sin alongamiento, non guardando la forma del juicio que debe ser guardada en los otros pleytos si es fijo de aquel por cuyo se razona o non”<sup>2106</sup>. Los juicios de alimentos, generalmente vinculados a los anteriores, recibían distinta tramitación según se basaran en convención o testamento, que los prefijaban, o en la equidad del juez que debía determinarlos. En el primer caso, era el juicio ordinario el vehículo para hacerlos valer; en el segundo, un procedimiento muy sumario, en que bastaba acreditar el estado de necesidad del alimentario y las posibilidades económicas del alimentante, tras lo cual resolvía el tribunal<sup>2107</sup>. Las sentencias que se libraban en esta clase de juicios causaban ejecutoria<sup>2108</sup>.

La partición de bienes, habiendo menores, sólo excepcionalmente podía ser extrajudicial: cuando el testador lo hubiera dispuesto expresamente, nombrando partidor o contador que la efectuara; pero una vez concluido el laudo y ordenata, debía intervenir aprobación judicial<sup>2109</sup>. Consecuencia de lo anterior era que estas particiones fueran casi siempre judiciales, para lo cual el que quería provocarlas, recurría al tribunal a fin de que autorizara la designación de partidor que las partes proponían o citara a los interesados a

---

<sup>2102</sup> *Partidas* 6, 19, 4.

<sup>2103</sup> *Partidas* 6, 19, 8.

<sup>2104</sup> Hevia, *op. cit.*, p. 163, quien cita las *Partidas* 5, 13, 47.

<sup>2105</sup> *Ibidem*.

<sup>2106</sup> *Partidas* 4, 19, 7.

<sup>2107</sup> (Vila), *op. cit.*, p. 212.

<sup>2108</sup> Hevia, *op. cit.*, p. 110.

<sup>2109</sup> *Partidas*, 6, 15, 2. Había en muchos lugares de Indias contadores de menores y albaceazgos, los que nunca existieron en Chile. Puedo afirmarlo teniendo a la vista expediente fundado en real cédula de 29 de noviembre de 1782 y en real orden de 13 de mayo de 1786, en que se declara perentoriamente ser desconocidos esos cargos en el reino: ANRACH vol. 2349, p. 5ª (año 1786). Una real provisión sobre contadores y bienes de huérfanos es citada en A. X. Pérez y López, *Teatro de la legislación Universal de España e Indias*, t. XV, Madrid, 1797, p. 129. Por disposición de Carlos IV, de 4 de noviembre de 1791, se mandó que no interfirieran los padres generales de menores y defensores de ausentes en las particiones que los testadores cometieran a tutores, albaceas o testamentarios que señalaran, sin perjuicio de la aprobación judicial posterior. Esta norma fue incorporada a *Nov.Rec.* 10,21,10.

comparendo en que se nombrara uno. Designada la persona, de común acuerdo o por el magistrado en subsidio, debía reducirse el compromiso a escritura pública<sup>2110</sup>. Notificado el partidor y aceptado y jurado el cargo, podía resolver cuestiones pendientes si se lo autorizaba para ello, y en caso contrario, las partes debían obtener pronunciamiento del juez ordinario<sup>2111</sup>. Concluidas las operaciones propias de esta clase de asuntos, dictaba el partidor su laudo y ordenata<sup>2112</sup>, que debía ser presentado al tribunal para su aprobación. Este daba traslado a las partes y, si no había objeción, lo aprobaba y ordenaba dar copia autorizada de las respectivas hijuelas. En caso de no haber acuerdo, se seguía juicio con los trámites ordinarios hasta obtenerse sentencia definitiva<sup>2113</sup>.

La particular trascendencia que la toma de estado tiene para la vida del hombre, sobre todo cuando las respectivas determinaciones se hacen a temprana edad, acarree normas especiales, tanto en lo referente a profesión religiosa como a matrimonio. En el primer caso, podía pedirse nulidad por falta de edad, violencia, miedo u otras causas, ante el tribunal eclesiástico. El demandante podía solicitar ser depositado en otro convento, para evitar molestias y tener posibilidad de manejar con soltura su pleito. Se recababa informe al superior respectivo y de ello se daba vista al defensor de profesiones que el propio juez nombraba. Todas las demás incidencias y tramitaciones debían entenderse con este defensor, bajo pena de nulidad. Finalmente, se dictaba sentencia. El plazo para incoar estos juicios era de cinco años, contados desde el día de la profesión<sup>2114</sup>.

En cuanto a matrimonios, el derecho castellano desde antiguo exigía que la mujer, para poder contraer nupcias, contara con autorización de sus parientes inmediatos, contra quienes, en caso de oposición, podía recurrir a la justicia eclesiástica<sup>2115</sup>. La inaplicabilidad de algunas de las sanciones contempladas en esa legislación, más cierta tendencia tradicionalista a la conservación de los linajes unida al pensamiento ilustrado que primaba en el siglo XVIII, movieron a Carlos III a dictar el 23 de marzo de 1776 una pragmática sobre matrimonios de los hijos de familia, aplicable en Indias por real cédula de 7 de abril de 1778, que substraía su conocimiento de las autoridades religiosas y lo entregaba a las civiles. Sobre las características mismas de la pragmática no insistiré, ya que hay abundante

---

<sup>2110</sup> Real provisión de Carlos III de 11 de abril de 1768, incorporada más tarde a *Nov. Rec.* 10,21,9. En una partición de bienes, correspondiente a los del conde de Quinta Alegre, en que habla menores involucrados, se pidió autorización para nombrar árbitro partidor. El juez dio traslado al defensor general de menores, quien determinó que, en atención a que había que enajenar y adjudicar bienes raíces, se rindiera informe sobre su utilidad, tras lo cual el tribunal daría su autorización: Archivo Notarial de Santiago vol. 21, fs. 526 y ss. (año 1805). Situación semejante se encuentra en compromiso de partición de 1755, pero ahí el defensor participa en el nombramiento de partidor: E.S. vol. 729, fs. 159. En E.S. vol. 692, fs. 213 (año 1753), hay información sumaria de testigos sobre utilidad de la partición y citación del defensor.

<sup>2111</sup> *Rec.Cast.* 2,5,50. En escritura de 9 de agosto de 1804, se da facultad al partidor para que decida sobre los puntos dudosos de un testamento: Archivo Notarial de Santiago vol. 19, fs. 434.

<sup>2112</sup> *Partidas* 6, 15, 10.

<sup>2113</sup> (Vila) *op. cit.*, p. 232 y Santa María, *op. cit.*, fs. 107 a 109.

<sup>2114</sup> (Vila) *op. cit.*, p. 184.

<sup>2115</sup> *Fuero Juzgo* 3, 1, 2 y 3,2,8; *Fuero Viejo de Castilla* 5,5,1 y 2; *Fuero Real* 3,1, 2,3,4,5,6, y 14; *Partidas*, 10, 1,4 y *Partidas*, 5, 7, 6 citados por G. Vial en: "Aplicación en Chile de la pragmática sobre matrimonio de los hijos de familia", en: *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 6, pp. 336-37. Santiago, 1970; hay que considerar también la ley 49 de Toro incorporada a *Rec.Cast.* 5,1,1.

bibliografía que me exime de ello<sup>2116</sup>. Para la aplicación de esta disposición se dictó auto acordado, que, con ciertas modificaciones, fue aprobado por real cédula de 22 de agosto de 1780. Otros textos legales introdujeron la necesidad de disponer de otras autorizaciones, además de la paterna, como en el caso de los militares y de los alumnos de seminarios conciliares, universidades y colegios erigidos con autoridad pública<sup>2117</sup>. Los juicios de disenso debían ser breves: demanda, escrita o verbal, notificación, dos días para responder, dos días para rendir prueba (que podían aumentar según la distancia) y fallo: en total, teóricamente, no más de ocho días; no cabía, por disposición legal, invocación de caso de corte<sup>2118</sup>. A pesar de esta brevedad, en la práctica, los juicios demoraban mucho más. Un auto acordado de 22 de mayo de 1797, con el fin de evitar dilaciones, libró órdenes estrictas: que la primera instancia se feneciera por los jueces de Santiago en el “término preciso y peremptorio de ocho días”, pudiendo multar la Audiencia a los jueces incumplidores; que no se admitieran documentos después del término probatorio y que, de acuerdo a una real cédula de 18 de septiembre de 1788, no se admitieran instancias que no fueran promovidas por los mismos hijos o hijas de familia<sup>2119</sup>. Quiso poner término, también, a las nulidades que solían invocarse con que:

“Se abre contra el saludable espíritu de la indicada soberana determinación un campo para que las partes, inflamadas con las especies que malignamente se dibulgan, se zahieran y lastimen recíprocamente en lo más bibo de su honor, produciendo nuevas informaciones y documentos para macular, no solo sus mismas familias, sino todas las que tienen consanguinidad o afinidad con ellas”.

Se instaba a las partes a usar templanza y moderación en sus dichos, debiendo borrarse toda expresión denigratoria<sup>2120</sup>. Algunas afirmaciones de los jueces cuando fundamentaban sus sentencias arrojaban sombras sobre algunas familias, de que podían hacer las partes uso perjudicial con el solo testimonio de los autos. Un nuevo auto acordado, de 10 de julio del mismo año, ordenó que no se señalara causa en los fallos, bastando declaración de ser o no justo el disenso, lo que incluía a los asesores, quienes no debían emitir dictamen por separado<sup>2121</sup>. Al año siguiente, se pronunciaba nuevamente la Audiencia, declarando, basada en la real pragmática original y en la adición doce de las formadas por ella, que los ministros subalternos no cobraran derechos, pues las partes sólo debían pagar los gastos de papel y amanuense. Los abogados eran requeridos para que fijaran honorarios moderados, cuyo monto, si fueran considerados exorbitantes, serían determinados por el juez semanero<sup>2122</sup>. La pragmática dejó de aplicarse por obra de reales

---

<sup>2116</sup> Vid., nota anterior y Z. López; S. Martínez; B. Rodríguez y D. Rodríguez, “Aplicación de la legislación sobre matrimonios de hijos de familia en el Río de la Plata (Aporte documental 1785-1 810)”, en: *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios*, pp. 779-799. Ahí se contempla la bibliografía sobre la materia. Un tratamiento acabadísimo en la maciza obra de D. Rípodas Ardanaz, *El matrimonio en Indias. Realidad social y regulación jurídica* (Buenos Aires, 1977), pp. 259 a 315. Vid, también N. Porro, “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*, (Quito, 1980), vol. V, pp. 193-229.

<sup>2117</sup> Vial, *op. cit.*, pp. 345 y 346 y Fondo Antiguo, vol. 3, fs. 16: real orden de 1792 sobre licencia para contraer matrimonio individuos de universidades, seminarios conciliares y casas de enseñanza de ambos sexos sujetos al real patronato.

<sup>2118</sup> Vial, *op. cit.*, p. 349.

<sup>2119</sup> ANRACH vol. 3137, 2o. cuaderno, fs. 30 y 31.

<sup>2120</sup> *Ibidem*.

<sup>2121</sup> ANRACH vol. 3137, 2o. cuaderno, fs. 36 y 36 v. y ANRACH vol. 496, p. 16.

<sup>2122</sup> ANRACH vol. 3137, 2o. cuaderno, fs. 47 y 48 (3 de diciembre de 1798).



cédulas de 10 de abril y 17 de julio de 1803, conforme a las cuales el consentimiento dejaba de ser fundado: por consiguiente, no cabía discusión alguna. “Como contrapartida, el que deseaba casarse, junto con crecer en edad, iba requiriendo el consentimiento de menos parientes”<sup>2123</sup>. En todo caso, el matrimonio celebrado sin licencia de los padres o curadores era ilegal y quedaba abierto el camino al juicio canónico que procediera, según las diversas circunstancias que incidieran en el asunto<sup>2124</sup>.

3.5. *Procedimientos no contenciosos*: el derecho indiano contempla, sin sistematización alguna, una buena cantidad de procedimientos gratuitos que incumben directa o indirectamente a los menores. He aquí algunos:

a) *Legitimación*. El hijo natural podía ser objeto de legitimación, esto es, “hacer como legítimo al que realmente no lo es, quitándole el impedimento legal que lo priva de obtener las preeminencias concedidas a los legítimos y poniéndolos en el estado de estos”<sup>2125</sup>. En las *Partidas* se seguía el derecho romano al pie de la letra, estableciéndose, incluso, modos de legitimar que no se avenían con el sistema castellano, como sucedía con la oblación a la curia. Había cuatro modos de legitimar: por subsecuente matrimonio<sup>2126</sup>, por declaración testamentaria<sup>2127</sup>, por acto entre vivos<sup>2128</sup>, y por rescripto. Esta última es la que nos interesa en cuanto al procedimiento.

En virtud de una ley de *Partidas*<sup>2129</sup>, el padre o los hijos naturales podían pedir al rey o al Papa que expidiera rescripto de legitimación. Hay muchas reales cédulas que legitiman hijos naturales cuando sus padres, al tiempo de la concepción, podían contraer matrimonio<sup>2130</sup>. Las autoridades indianas que poseían jurisdicción se arrogaron este derecho y, habiéndose producido excesos, una real cédula de 1625 ordenó que los virreyes, audiencias y gobernadores no las otorgaran “por ser regalía que sólo toca y pertenece a nuestra real persona”. Había que remitir, entonces, los antecedentes a la metrópoli para su resolución<sup>2131</sup>. Las autoridades contraventoras fueron amenazadas con que estos hechos se tomarían muy en cuenta en su residencia. Sin embargo, en la práctica, se llevaban a efecto aun ante autoridades bastante inferiores<sup>2132</sup>.

---

<sup>2123</sup> Vial, *op. cit.*, p. 361.

<sup>2124</sup> (Vila), *op. cit.*, p. 183.

<sup>2125</sup> Santa María, *op. cit.*, fs. 164.

<sup>2126</sup> *Partidas* 4, 13, 1.

<sup>2127</sup> *Partidas* 4, 15, 6: “de amiga habiendo algunt borne sus fijos naturales, si fijos legítimos non hobiere, puedeles legitimar en su testamento”.

<sup>2128</sup> Vid. E. de Tapia, *Febrero Novísimo o Librería de jueces, abogados, escribanos y médicos legistas*, (Valencia, 1837), t. 1 pp. 121 y 133.

<sup>2129</sup> *Partidas* 4, 15, 4.

<sup>2130</sup> Ots, *Instituciones...*, p. 370.

<sup>2131</sup> *Recopilación de Leyes de Indias*, 2, 15, 120.

<sup>2132</sup> Un caso nos es proporcionado por Archivo Notarial de Santiago vol. 24, fs. 504 a 509 y, el que, aunque no se refiere directamente a menores, posee características destacables. Ante el alcalde ordinario de Quillota se presenta, en 1808, el albacea de Ana María Carvajal y Guerrero, pidiendo que se declare la legitimidad del marido de ella, ya difunto, Andrés Contreras y Caicedo. Había nacido éste de tratos entre dos solteros con palabra de matrimonio, de los cuales el hombre se había retractado al prometer, a raíz de una grave enfermedad, ingresar en la Compañía de Jesús. Después de haber entrado en religión, nació el referido Andrés Contreras, que no fue reconocido por ninguno de sus progenitores, los que decidieron cuidar su

b) *Prohijamiento*. Las *Partidas*, con criterio romanista, distinguían entre la arrogación, que procedía cuando el adoptado no estaba en poder de su padre o carecía de éste, y la adopción, que se daba cuando el prohijado tenía padre natural o legítimo. Se las puede definir como un acto solemne, revestido de la sanción de la autoridad real o judicial, que establece entre dos personas relaciones de paternidad y filiación puramente civiles.

La arrogación procedía respecto de los mayores de siete años, pues era necesario que el arrogado consintiera expresa o tácitamente<sup>2133</sup>. Para los menores de catorce, se requería hacer presentación a la corona, pidiéndole autorización y aportando los antecedentes necesarios para su resolución: edad, relación parental, situación económica, etc. Concedida la licencia, se levantaba escritura pública, cuya plantilla puede hallarse en las *Partidas*<sup>2134</sup>. Cuando el arrogado era mayor de catorce, bastaba autorización judicial<sup>2135</sup>.

La adopción exigía autorización del juez y luego se extendía escritura pública en que el adoptante recibía al adoptado<sup>2136</sup>.

c) *Emancipación*. Es el acto por el cual el padre se desprende de la patria potestad sobre alguno de sus hijos<sup>2137</sup>. Se la dividía en expresa y tácita, y la primera, a su vez, en voluntaria y forzosa<sup>2138</sup>. Para los efectos de este trabajo interesa la expresa voluntaria, cuyas causales no contemplaba la ley y quedaban entregadas a la voluntad de las partes, previas ciertas tramitaciones. Padre e hijo debían concurrir ante el juez, declarando ambos su intención de emancipar y ser emancipado. El tribunal aprobaba y se reducía todo a escritura pública para constancia<sup>2139</sup>. Si el hijo era menor de siete años o mayor de esta edad y estaba ausente, se necesitaba, además, autorización real. El ausente, una vez retornado, podía aceptar o repudiar su emancipación<sup>2140</sup>. Felipe V añadió a este procedimiento otro requisito: autorización del Consejo Real, que tendía a evitar que los padres donaran todos sus bienes

---

buena fama, manteniendo todo lo ocurrido en secreto. Se planteaba el problema de que los hijos de Contreras y de Ana María Carvajal querían ser considerados “de legítimas sucesiones” y no “espurios, adúlteros o naturales”. Terminaba su presentación el albacea pidiendo: “para ello ocurro a la autoridad de este Juzgado a efecto q.e con citacion del cavallero procurador g.ral y del ayuntam.to de Nobles se sirva admitirme la informacion que ofresco al tenor del escrito presentado y dad a en la parte que baste interponga y. su autoridad y judicial decreto, entregandoseme original”. El alcalde admitió la información en que testigos, ya muy ancianos, declararon sobre la filiación de Contreras. El proceso terminó declarando el juez: “dijo que debía declarar y efectivamente declaro segun el merito del proceso, y con audiencia y sitacion del S. Procurador G.ral de esta Villa y ayuntamiento, por hijo legitimo y como de legitimo matrimonio al difunto d.n Andrés, hijo del referido d.n Pedro Contreras y de d.a Teresa Martines de Caycedo y en conformidad mandaba .e su subcesion toda fuere tenida por descendiente de legitimos y de legitimo matrimonio, y q.e como a tales se les guardasen las honrras y pribilegios q.e se les deben guardar segun las costumbres de Nuestro Reyno, que para ello interponia su autoridad y judicial Decreto. . .“. Nos hallamos, pues, frente a un procedimiento contra-*legem*, que, por lo demás, no quedó oculto en Quillota, sino que fue protocolizado en Santiago, por orden de autoridad judicial de la capital del reino.

<sup>2133</sup> Santa María, *op. cit.*, p. 163.

<sup>2134</sup> *Partidas* 4, 16, 4 y 3, 18, 92.

<sup>2135</sup> *Partidas* 4, 7, 7.

<sup>2136</sup> *Partidas* 4, 7, 7; 4, 16, 1 y 4 y 3, 18, 91.

<sup>2137</sup> Escriche, *op. cit.*, p. 600 y *Partidas* 4,18,5.

<sup>2138</sup> Sala, *op. cit.*, t. 1, p. 32.

<sup>2139</sup> *Partidas* 4, 18, 15 y 17 y 3, 18, 93.

<sup>2140</sup> *Partidas* 4, 18, 16.

a los emancipados, con perjuicio de otros <sup>2141</sup>. El emancipado requería, para actuar en la vida jurídica, de tutor o curador, o bien, obtener habilitación de edad.

d) *Venia o dispensa o habilitación de edad*. Los menores que hubieran cumplido veinte años podían obtener habilitación de edad para administrar libremente sus bienes, con la limitación de no venderlos ni gravarlos sin autorización judicial<sup>2142</sup>. Primitivamente, se acostumbraba en España que los corregidores y alcaldes mayores concedieran este beneficio, pero por real cédula de 24 de octubre de 1696 correspondió al Consejo Real intervenir en ello<sup>2143</sup>. En América, una real cédula de 9 de octubre de 1637 había prohibido a los virreyes dar estas dispensas, por considerarse que los menores, por inexperiencia, malgastaban sus bienes, de modo que las peticiones habían de ser enviadas a la metrópoli para que ahí se proveyera lo que se estimara oportuno<sup>2144</sup>. La práctica en Chile era que se ocurriera ante el juez del lugar, que en Santiago era el gobernador. Este último, haciendo presente que era costumbre otorgarlas, las concedía, previo cumplimiento de ciertos trámites. Así, en un auto se expresa:

“Estando este Sup.or Gov.no en la immemorial possession de havilitarles el t.po q.e resta p.a completar aquella bedad .” <sup>2145</sup> Y en otra: “respecto de que este Superior Gobierno esta en la pocecion de iguales havilitaciones” <sup>2146</sup>.

El peticionario debía acreditar su edad superior a veinte años mediante fe de bautismo y, en defecto de ella, con otra prueba como información sumaria de testigos. En un caso, se allegó al tribunal un libro de apuntes del padre difunto, en que éste escribía las fechas de nacimiento de sus hijos<sup>2147</sup>. Luego, por medio de información sumaria de testigos que deponían acerca del juicio, honradez y buena conducta del interesado, quedaba evidenciada su idoneidad para administrar sus bienes. Se pedía, en seguida, informe al procurador general de la ciudad, al defensor de menores y al fiscal. Cumplidos estos

---

<sup>2141</sup> Escriche, *op. cit.*, p. 601.

<sup>2142</sup> Ots, *op. cit.*, p. 320.

<sup>2143</sup> F. A. de Elizondo, *Práctica Universal Forense de los Tribunales de España y de las Indias*, (Madrid, 1788), t. V pp. 251-57. Por auto acordado del Consejo, de 31 de marzo de 1694, se había ordenado "á los Escribanos de Cámara de el, que en las venias que se pidieren en adelante por cualesquier personas de qualquier estado y calidad que sean, para la administracion de sus bienes y rentas, en caso de intentar se les supla el comparecer personalmente ante el Ministro del Consejo á quien tocara consultarlas, no admitan sus peticiones, no siendo las causas que propusieren muy relevantes y urgentes para excusarse; y siéndolo den cuenta al Ministro á quien así tocara la consultas, para que lo proponga al Consejo y sobre ello se tome la resolucion o providencia conveniente. Y en 26 de Septiembre de 695, con motivo de no haber consultado con S. M. el viernes antecedente el Ministro consultante la venia que pretendia una muger, por decir no habia comparecido, se dudo en Consejo pleno, si las mujeres debian comparecer ante los Ministros consultantes: y habiéndose informado el Consejo del estilo que habia por lo pasado, y controvertídose mucho este punto, se determinó por mayor número de votos quedase al arbitrio de los consultantes el hacer que las mujeres compareciesen ó no, quando pidiesen venias; y de mandato del consejo se puso nota de esta resolucion en el archivo. (*Aut.* 34, *tít.* 19, 2, R.)" en J. N. Rodríguez de San Miguel, *Pandectas Hispano-megicanas*. Estudio introductorio de M. del R. González, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, t. II, p. 490.

<sup>2144</sup> Ots, *op. cit.*, p. 320 y 373.

<sup>2145</sup> Archivo de la Capitanía General, (en adelante A.C.G.), vol. 14, fs. 566 (año 1773).

<sup>2146</sup> A.C.G. vol. 14, fs. 331 (año 1776).

<sup>2147</sup> A.C.G. vol. 14, fs. 309 (año 1793): habilitación de Tomás Vicuña y Madariaga.

requisitos, el presidente o el juez, en su caso, dictaba la sentencia de habilitación<sup>2148</sup>. Se exigía fianza para responder de posibles perjuicios a terceros<sup>2149</sup>. Desde 1790, fue necesario pago de media anata con anterioridad a la expedición del título de habilitado que extendía el escribano mayor de gobierno<sup>2150</sup>.

e) *Constitución de mayorazgos*. El mayorazgo era una institución de origen castellano que permitía vincular ciertos bienes, de modo que el primogénito más próximo sucediera en ellos con la obligación de conservarlos íntegros en la familia. Se permitía establecerlos libremente, por contrato o testamento, a quienes carecieran de herederos forzosos; pero teniéndolos, sólo podían constituirlos, en favor de extraños, sobre el quinto de sus bienes, y para mejorar a sus hijos y descendientes legítimos, sobre el tercio y quinto. Este último caso requería autorización real, porque constituía una excepción a los principios sobre legítima de los descendientes<sup>2151</sup>. Las reglas más importantes sobre la materia se encontraban en las leyes de Toro<sup>2152</sup>. En América, en 1529 se concedió privilegio a algunos pobladores de La Española para fundarlos, y en las ordenanzas de nuevo descubrimiento y población de Felipe II, de 1573, se permitió que el poblador principal instituyera mayorazgo sobre todos los bienes que adquiriera en la nueva población<sup>2153</sup>. Tomándose en cuenta cuánto afectaban estas instituciones a los descendientes, y particularmente a los menores, se dispuso por real cédula de 21 de abril de 1585 que, para obtener facultad de establecerlos, se rindiera previamente información ante la Real Audiencia sobre los bienes del instituyente y el número de hijos. La Audiencia debía emitir un dictamen sobre la conveniencia de la fundación y la corona decidía en definitiva<sup>2154</sup>. A fines del siglo XVIII, Carlos IV, procurando evitar los mayorazgos cortos, dispuso, como regla general, que se solicitara autorización real<sup>2155</sup>.

f) *Insinuación de donaciones*. Las donaciones que excedieran de quinientos maravedís de oro debían, normalmente, ser autorizadas judicialmente<sup>2156</sup>. Ello tendía, indirectamente, a proteger a los menores, de modo que sus derechos no se vieran afectados por la excesiva liberalidad de sus padres. Había varias excepciones, como donaciones remuneratorias, las de tercio y quinto hechas a descendientes legítimos y otras.

g) *Aceptación y repudio de herencias*. Careciendo el menor de catorce años de padre y tutor, sólo le era posible aceptar una herencia “con otorgamiento del juez del lugar”

---

<sup>2148</sup> ANRCh vol. 1279; A.C.G. vol. 33, fs. 394 a 400 y., fs. 448 a 454; A.C.G. vol. 52, fs. 88 a 97 y.; A.C.G. vol. 56, fs. 7 a 15; A.C.G. vol. 32, fs. 294 a 300 y.; A.C.G. vol. 36, fs. 60 a 64 y.; A.C.G. vol. 46, fs. 125 a 130; A.C.G. vol. 16, fs. 19 a 23 y.; A.C.G. vol. 51, fs. 6 a 13 y. y 322 a 332; A.C.G. vol. 73, Fs. 11 a 17 y.; A.C.G. vol. 72, fs. 138 a 142; A.C.G. vol. 88, fs. 587 a 589; A.C.G. vol. 95, fs. 317 a 322; A.C.G. vol. 6, Fs. 82 a 88 y.; A.E.G. vol. 10, fs. 248 a 252; A.C.G. vol. 22, fs. 1 a 7 v.

<sup>2149</sup> Archivo Notarial de Talca, Chile, vol. 27, Fs. 300 (año 1807).

<sup>2150</sup> A.C.G. vol. 129, fs. 521 a 525 (año 1815).

<sup>2151</sup> V. Tau Anzoátegui, *Esquema histórico del derecho sucesorio* (Buenos Aires, 1971), p. 62.

<sup>2152</sup> Particularmente leyes 40 a 46; *Rec.Cast.* 5,7,5; 5,7,1; 5,7,3; 5,7,2; 5,7,4; 5,7,8 y 5,7,6.

<sup>2153</sup> Ots, *op. cit.*, p. 373.

<sup>2154</sup> *Recopilación de Leyes de Indias* 2,33,29. Vid. M. Hernández Sánchez-Barba, *Historia Universal de América*. Madrid, 1963, t. 1, p. 551.

<sup>2155</sup> *Nov .Rec.* 10,17,12.

<sup>2156</sup> *Partidas* 5, 4, 9.

(*Partidas* 6. 6.13). El menor de veinticinco años podía repudiar la herencia “maguer la aya entrada”, lo que había de hacer con citación de los acreedores y ante el juez. “E estonce el Juez, si entendiere que es daño del moço en tener la heredad, deuele otorgar que la pueda desamparar e tornar en el estado en que era de primero...”<sup>2157</sup>.

h) *Inventario solemne*. Es el que se hace ante escribano con citación de los interesados “no siendo n.ario p.r practica y estilo comun se haga la descripcion de los bienes presenciandola el juez sino q.e pidiendosele a este licencia p.a formalizarsele, puede continuar y acabarse este ante Escribano solo con tal q.e desp.s concurra aquel p.a autorizarlo”<sup>2158</sup>. Podía producirse a petición de parte o de oficio, lo que tenía lugar cuando había menores involucrados<sup>2159</sup>.

“Inmediatamente al fallecim.to del q.e deja bienes provee el juez su auto mandando q.e el Alguacil Mayor del Juscado u otro ord.o del lugar, acompañado del Escribano, o el mismo en caso n.ario p.r no haber dho. Alguacil, pase in continenti a la casa del difunto y q.e asegurando las viviendas, arcas, cofres, &c. y dejando en custodia todos los efectos y cantidades q.e podían ocultarse en p.juicio de los menores, poniendo p.a ello s.do preciso guardas en la casa y fuera de ella, recoja todas las llaves de la casa interin se pasa a practicar el respectivo fm.l inv.o notificandose en conseq.a si el difunto hizo testamento ante Escribano q.e se dijere haberlo otorgado saque una copia testimoniada y se ponga en los autos”<sup>2160</sup>.

En caso de haber tutor o curador nombrados, ellos, una vez discernido el cargo y aprobados y confirmados por el juez, debían ser citados a la formación de inventario. Cuando no los había, y los menores tenían menos de catorce años, nombraba curador *ad litem* el juez, quien debía señalar para ello a un procurador del número, o, en virtud de auto acordado de 28 de noviembre de 1799, bastaba con la concurrencia del defensor general de menores<sup>2161</sup>. Los mayores de esa edad nombraban por sí al referido curador.

Era obligatorio para el padre o madre pedir facción de inventario “p.r la reserbacion q.e deven tener de ellos p.a los demas hijos de su matrimonio contraido p.r si acaso pasasen a segundo”<sup>2162</sup>. El tutor y curador debían preocuparse porque se hiciera, en resguardo de los intereses del pupilo.

Por auto acordado de 17 de diciembre de 1760, los inventarios debían hacerse de oficio, cuando ello procedía, por el corregidor “en el término legal” que diré en seguida cuál era, y, en los demás casos, podían las partes ocurrir a las justicias ordinarias o al corregidor<sup>2163</sup>. Jueces competentes eran el del domicilio del causante o el del lugar donde

---

<sup>2157</sup> *Partidas* 6, 19, 7.

<sup>2158</sup> Santa María, *op. cit.*, fs. 105.

<sup>2159</sup> *Ibid.*, fs. 106 y (Vila), *op. cit.*, p. 230.

<sup>2160</sup> Santa María, *op. cit.*, fs. 108.

<sup>2161</sup> (Vila), *op. cit.*, p. 230. El auto acordado se encuentra en ANRACH vol. 3137, 2 cuaderno, fs. 70 y ss. y Santa María, *Op. cit.*, fs. 107. Un caso de intervención del defensor general de menores en inventario de bienes, en el de los de Rosalía Escobar: A.N.S. vol. 24, fs. 126 a 129 (1806). Otros, en A.N.S. vol. 19, fs. 835 a 841 y. (año 1804); en Archivo Notarial de Santiago [en adelante, A.N.S.] vol. 15, fs. 437 a 439 (año 1804) y en E.S. vol. 729, fs. 152 (año 1755) y E.S. vol. 785. fs. 34 y. (año 1776).

<sup>2162</sup> Santa María, *op. cit.*, fs. 105.

<sup>2163</sup> ANRACH. vol. 3137, 1<sup>er</sup> cuaderno, fs. 85.

estuviera la mayor parte de sus bienes. Habiendo dos o más jueces con jurisdicción ordinaria, incumbía este procedimiento al que previniera y si dos hubieran empezado a conocer, continuaba el de mayor graduación. Si existían bienes en otros lugares, se despachaban requisitorias a las justicias respectivas para que inventariaran y tasaran<sup>2164</sup>.

El término dentro del cual debía efectuarse el inventario solemne era de treinta días, contados desde que se tuviera noticia de la institución de herederos y debía concluirse en sesenta. No estando todos los bienes en el lugar donde comenzaba el inventario, el plazo se prorrogaba hasta un año, término en el cual no estaba obligado el heredero a pagar legados o mandas; sin embargo, para otra clase de deudas, cabía ejecución al noveno día de la muerte del causante<sup>2165</sup>.

El auto acordado de 1799 fijaba el arancel pertinente: el juez, trabajando seis horas diarias, recibía cuatro pesos por día y no debía ocupar más de tres jornadas; el escribano tenía los derechos de su arancel y el defensor, cuatro pesos y cuatro reales por su asistencia, regulándose en cada caso las respuestas que tuviera que evacuar por traslados que se le confirieran<sup>2166</sup>.

Concluido el inventario, era archivado en el protocolo del escribano de la cabeza del partido, por disponerlo así el auto acordado ya nombrado.

Para que constara el valor de los bienes, se los tasaba mediante peritos nombrados por las partes, o, en desacuerdo, por el juez. Estos peritos debían aceptar el cargo y prestar juramento. Fijado el valor, podía formarse incidente, que era zanjado por el tribunal<sup>2167</sup>. La actuación de la justicia era, a veces, bastante drástica: en documento de 1724, se encuentra orden del corregidor de Quillota de practicar inventario y tasación de unas estancias, para lo que daba al tenedor de ellas sólo seis horas<sup>2168</sup>.

Los bienes, terminadas estas tramitaciones, quedaban en depósito en manos de quien el juez señalara. Se daba traslado del inventario a los interesados, a fin de que incluyeran cualesquiera bienes que se hubieran omitido o formularan las observaciones que estimaran oportunas. Una vez concluidas las incidencias, el juez daba su aprobación al inventario<sup>2169</sup>.

En ciertos casos, se permitía facción de inventario simple. Una real cédula de 23 de enero de 1792 dispuso que, si el testador quería que el inventario fuera extrajudicial, se cumpliera su voluntad, sin perjuicio de que la justicia remediara los defectos en que se hubiera podido incurrir<sup>2170</sup>. Por su parte, el tantas veces citado auto acordado de 1799, estimó que cuando el lugar donde debía efectuarse el inventario estuviera a más de doce leguas de donde tenía su asiento el escribano, se lo hiciera simple. Se liberaba, asimismo, de asistencia de escribano al inventario relativo a testamentarias de menos de mil pesos, en que bastaba con la asistencia del defensor general de menores y del albacea.

---

<sup>2164</sup> Santa María, *op. cit.*, fs. 105 y 175.

<sup>2165</sup> Santa María, *op. cit.*, fs. 105 y *Partidas* 6, 6, 7; 1, 1, 5 y 7, 9, 13.

<sup>2166</sup> ANRACH vol. 3137, 1<sup>er</sup> cuaderno, fs. 65.

<sup>2167</sup> Santa María, *op. cit.*, fs. 107 y (Vila), *op. cit.*, p. 230. El defensor de menores era citado para la tasación: E.S. vol. 739, fs. 247 (año 1757) y E.S. vol. 745, fs. 176 (año 1760).

<sup>2168</sup> Archivo Notarial de Quillota, vol. 5, fs. 173.

<sup>2169</sup> Santa María, *op. cit.*, fs. 107 y (Vila), p. 230.

<sup>2170</sup> Santa María, *op. cit.*, fs. 105.

i) *Autorización para enajenar*. Trato este tema en el siguiente apartado, al referirme a los guardadores.

j) *Exclamación*. Esta curiosa institución, que ha merecido la atención de un distinguido estudioso de nuestro pasado jurídico<sup>2171</sup>, permitía a los hijos que habían concurrido con voluntad aparente a la realización de un acto o contrato, impelidos por temor reverencial, liberarse en el futuro de los efectos de ellos, dejando una prueba preestablecida de su repugnancia. Hay varios ejemplos de ello en nuestra práctica notarial, v.gr., en 1736, una novicia “exclama” por una renuncia a que fue obligada por “respeto reverencial” a su padre e intenta cambiar el contenido del acto<sup>2172</sup>.

#### 4. *Protectores de menores*

Me refiero en este capítulo a aquellas personas cuyo concurso era muy importante para que el menor pudiera actuar con acierto en la vida del derecho. Los divido en dos grupos, unos de índole privada —tutores y curadores—, respecto de los que, no obstante su privacidad, hay estrictas normas procesales tendientes a velar por el menor, y otros, que importan una institucionalización del amparo a estos incapaces: padres de menores y defensores generales de menores.

4.1. *Tutores y curadores*<sup>2173</sup>: “Tutela tanto quiere decir en latín como guarda en romance, que es dada e otorgada al huérfano libre menor de catorce años e la huérfana menor de doce años que non se puede nin sabe amparar”<sup>2174</sup>. Su origen es romano, establecida en interés del incapaz<sup>2175</sup>. Se la dividía en testamentaria, que era la que el testador otorgaba al que se esperaba que naciera o al impúber en testamento o codicilo; legítima, la que la ley daba al impúber, a falta de tutela testamentaria y a la que era llamada en primer lugar la madre, aunque fuera espuria, y dativa, la que daba el juez al pupilo<sup>2176</sup>. Debe dejarse constancia de que la distinción entre tutela y curaduría no siempre es neta en la legislación castellana y mucho menos en la práctica, en que suele hablarse indistintamente de tutores y curadores.

---

<sup>2171</sup> S. Martínez Baeza, “La Exclamación”, en *Anuario Histórico-Jurídico Ecuatoriano*, vol. 6, Quito, 1980, p. 231 y ss.

<sup>2172</sup> E.S. vol. 541, fs. 48 (año 1736). Otra, en E.S. vol. 724, fs. 725.

<sup>2173</sup> Vid. M. I. Seoane, “Instituciones tutelares del menor en el siglo XVIII (Notas para su estudio en el actual territorio argentino)” en *Revista de Historia del Derecho* no. 5 Buenos Aires: 1977, pp. 285-322 e “Instituciones protectoras del menor en el derecho argentino precodificado (1800-1870)” en *Revista de Historia del Derecho* no. 7, pp. 175-209. Dentro de la literatura jurídica indiana, se refieren al tema: F. Jaraba y Buitrón, “...titulum C. de interdicto matrimonio inter pupillam et tutor en *Relectionis iuris civilis quatuor* Madrid, 1669 y D. Gómez de Silva, *Práctica e instrucción para albaceas, tutores, y curadores, que administran bienes de Menores. Dispuesta por [...], defensor general, y curador ad litem de menores. Dirigida al señor don Martí (sic) de Arriola, el Consejo de su Magestad, y su Oydor en esta Real Audiencia de los Reyes* Lima, 1640.

<sup>2174</sup> *Partidas* 6, 16, 1.

<sup>2175</sup> J. Gaudemet, *L’Eglise dans l’Empire Romain (IVe.-Ve. Siècles)* Paris, 1958, p. 561, y Jörs, *op. cit.*, p. 421.

<sup>2176</sup> I. Jordán de Asso, y M. de Manuel, *Instituciones de Derecho Civil de Castilla*, (Madrid, 1806), t. 1, p. 14 y M. S. Martínez, *Librería de Jueces, utilísima y universal para abogados, alcaldes mayores y ordinarios*, Madrid, 1771, t. II p. 174.

De las tres, la más corriente era la testamentaria<sup>2177</sup>. Si el padre designaba tutor para sus hijos legítimos, no requería confirmación judicial, la que sí era necesaria en cualquier otro caso, por ejemplo, tratándose de descendientes naturales o cuando la madre o el abuelo los instituían<sup>2178</sup>.

Prácticamente había acción popular para obtener tutela dativa: podían pedirla los parientes más cercanos, los amigos del menor, él mismo<sup>2179</sup> y hasta era dable al juez hacerlo de oficio. Desde temprano, en atención a la cantidad de huérfanos, muchos de ellos mestizos, que abundaban en Indias, la corona insistió en la preocupación que debían tener las autoridades por darles tutores: hay varias reales cédulas del siglo XVI sobre la materia<sup>2180</sup>. Juez competente para ello eran el del domicilio del huérfano; el del lugar de nacimiento de éste; el del sitio de origen del padre y el de donde estaba la mayor parte de los bienes<sup>2181</sup>: en Santiago de Chile los alcaldes ordinarios eran quienes conocían estas materias y actuaban previa vista al defensor de menores<sup>2182</sup>. Hacía excepción la dación de tutor a clérigo menor de edad, que competía al juez eclesiástico<sup>2183</sup>. Nombrado alguien como tutor, podía excusarse ante el juez dentro de cincuenta días desde que supo el nombramiento, plazo que se ampliaba según la distancia a que estuviere del lugar donde fue designado<sup>2184</sup>. Un auto típico de nombramiento de tutor rezaba así:

“Santiago y marzo treinta de 1810 y vistos: con lo expuesto por el Defensor General de Menores, constando a este juzgado haber pasado a segundas nupcias D.a Carmen Lombera con D.n Juan Bela, se nombra por tutor y curador de los menores del finado D.n Juan Tagle al presv.o D.n Ambrosio Tagle vajo las fianzas que ofrece. Procedase a la entrega de los vienes por inventario con intervencion del Defensor General y el tutor nombrado, por si o por apoderado, aceptara diserniendosele el cargo en la forma acostumbrada. Cerda. Doctor Tocornal. Ante mí, Solís”<sup>2185</sup>.

Para entrar al ejercicio de la tutela, el guardador debía prestar juramento de recta administración, rendir fianza y practicar inventario<sup>2186</sup>. La madre no estaba obligada a dar fianza<sup>2187</sup>, aunque a veces la otorgaba<sup>2188</sup>. En los testamentos solía relevarse al guardador de

---

<sup>2177</sup> Vid., por vía ejemplar, Archivo Notarial de La Serena, vol. 62, Fs. 40; Archivo Notarial de Valparaíso, vol. 25, Fs. 95 y 430; Archivo Notarial de Talca, vol. 27, fs. 365.

<sup>2178</sup> *Partidas* 6, 16, 8 y 6, 16, 3.

<sup>2179</sup> En la práctica notarial chilena, una menor de diez años propone a quien quiere sea su tutor: E.S., vol. 8, fs. 59 y 60 (año 1592).

<sup>2180</sup> *Recopilación de Leyes de Indias* 7,4,4 y Ots, *op. cit.*, pp. 371-72.

<sup>2181</sup> Asso, *op. cit.*, t. 1, p. 16.

<sup>2182</sup> Vid. Archivo Notarial de Santiago vol. 26, Fs. 566 (año 1810).

<sup>2183</sup> Martínez, *op. cit.*, t. II, p. 173.

<sup>2184</sup> *Partidas* 6, 17, 4. Las causales en *Partidas* 6, 17, 3. Un ejemplo en Archivo Notarial de Quillota, vol. 5, fs. 198, en que un anciano de ochenta años se excusa ante el alcalde ordinario que lo nombró (año 1725).

<sup>2185</sup> Archivo Notarial de Santiago vol. 26, fs. 586 (año 1810).

<sup>2186</sup> Elizondo, *op. cit.*, t. 1, p. 109.

<sup>2187</sup> Santa María, *op. cit.*, fs. 25.

<sup>2188</sup> Tres casos en que la otorga: E.S. vol. 8, fs. 52; E.S. vol. 13, fs. 190, ambos del siglo XVI y E.S. vol. 470, fs. 224 a 226 y. (año 1711). No otorga fianza en E.S. vol. 689, fs. 86 y. (siglo XVIII).



esta carga<sup>2189</sup>, la que no podía ser reemplazada por hipotecas, porque solían afectar a inmuebles cargados de censos<sup>2190</sup>.

Por real cédula de 1544, ratificada en 1580 y 1581, el discernimiento debía asentarse en un libro que llevaba el escribano del cabildo<sup>2191</sup>. Cumplidos estos requisitos, se discernía el cargo, o sea, se habilitaba al tutor para que compareciera en todas las causas, de cualquier índole, demandando o defendiéndolo ante cualquier tribunal<sup>2192a</sup>.

Las madres que ejercían tutela y pasaban a segundas nupcias, por antiguas disposiciones españolas, perdían la guarda<sup>198b</sup>: por ello, se dejaba constancia, cuando eran ellas tutoras, que perderían el cargo si casaban nuevamente<sup>2193</sup>.

Llamábase curaduría, curatela o cura, en lo que a este capítulo atañe, a la autoridad conferida a una persona para la administración y gobierno de los bienes y negocios del que se espera que nazca o de un menor de veinticinco años y mayor de catorce o doce, según se tratara de hombre o mujer<sup>2194</sup>. A diferencia de la tutela, que atendía a la persona y bienes del pupilo, esta institución sólo miraba al aspecto patrimonial. Normalmente era dativa<sup>2195</sup>. Al menor adulto no se le podía compeler a recibir curador, salvo para juicios y él mismo debía designarlo, de modo que el juez se limitaba a confirmar y discernir<sup>2196</sup>. En un documento notarial chileno se observa que un tutor, cuyo cargo ha terminado por haber llegado sus pupilas a los doce años, solicita al alcalde ordinario que ellas nombren su curador. Lo hacen y el juez se limita a proveer:

“Autos y vistos: Por nombrado Urtuguren y que el susodicho acepte y jure y rinda fianza, hecho lo cual, se traiga para discernirle el cargo”<sup>2197</sup>.

La madre embarazada podía obtener del juez que designara alguno que atendiera los intereses del *nasciturus*, lo que fue establecido por obra de los tratadistas<sup>2198</sup>. De igual modo que en las tutelas, en las curadurías había que prestar juramento, rendir fianza y practicar

---

<sup>2189</sup> Por ejemplo, en E.S. vol. 863, fs. 104 y. (año 1778).

<sup>2190</sup> Se planteó el problema en A.C.G. vol. 23, fs. 286 y ss., en que un abuelo tutor pretendía hipotecar bienes en vez de otorgar fianza, a lo que se opuso tenazmente el defensor de menores (año 1801).

<sup>2191</sup> *Rec. Ind.* 5, 8, 6.

<sup>2192a</sup> 198a E.S. vol. 781, fs. 269 y.; E.S. vol. 781, fs. 312 y.; E.S. vol. 882, fs. 128, etc., todos ellos del siglo XVIII.

<sup>198b</sup> J. Beneyto Pérez, *Instituciones de Derecho Histórico Español*, Barcelona: Librería Bosch, t. II p. 149; *Liber Iudiciorum* 4,3,3, y *Partidas* 4, 19, 3. Casos en Archivo Notarial de Santiago vol. 26, fs. 566 (año 1810) y A.C.G. vol. 23, fs. 286 y ss. (año 1801).

<sup>2193</sup> E.S. vol. 457, fs. 51 y. y fs. 72 (año 1718).

<sup>2194</sup> Escriche, *op. cit.*, p. 526.

<sup>2195</sup> La curatela legítima procedía respecto de locos. Si el curador era nombrado por testamento, requería, en todo caso, confirmación judicial (*Partidas* 6, 16, 13). La tutela y la curaduría legítima de menores legos que se daba a clérigos debía ser discernida ante el juez secular: J. de Hevia Bolaños, *Curia Philippica...* Madrid: Juan de San Martín, 1767, I P., \*5, no. 32, en p. 31.

<sup>2196</sup> *Partidas* 8, 16, 13 y Asso, *op. cit.*, t. 1, p. 18.

<sup>2197</sup> E.S. vol. 581, fs. 115. Otros casos en Archivo Capitanía General vol. 147, fs. 191 y 191 (año 1783) y ANRACH vol. 1391, p. 3ª.

<sup>2198</sup> Maldonado, *op. cit.*, p. 188.

inventario<sup>2199</sup>, cumplido lo cual, el juez daba lugar al discernimiento, que era esencial, pues faltando, no podía el curador actuar en la vida del derecho. A un curador sin discernimiento previo podía oponérsele excepción de ilegitimidad de persona<sup>2200</sup>.

Veamos ahora algunas normas procesales aplicables, en general, a los guardadores. Cuando eran varios, podían actuar todos juntos o enjuiciar cada uno por su pupilo y si al terminar el pleito por sentencia, uno de ellos apelaba, valía para los demás<sup>2201</sup>. La restitución era factible —cumpliéndose los requisitos que ya hemos visto— aun en los juicios en que habían intervenido guardadores<sup>2202</sup>. En cuanto a compromisos, en el siglo XVI, para someter a arbitraje un asunto, el tutor debía pedir autorización al teniente general de gobernador<sup>2203</sup> y, más tarde, se requería intervención del defensor general de menores<sup>2204</sup>. Es interesante la norma que impedía a los guardadores actuar como testigos en contra de sus pupilos<sup>2205</sup>.

La integridad patrimonial de los pupilos era garantizada con la intervención judicial en ventas de bienes raíces y muebles preciosos<sup>2206</sup>. El juez sólo podía dar autorización con conocimiento de causa, basado en alguna razón atendible: “pagar las deudas que hubiese dexadas el padre del huérfano o por casar alguna de las hermanas del moço o por casamiento del mismo o por otra razón derecha que lo hobiere de hacer non lo pudiendo excusar”<sup>2207</sup>. La información de utilidad consistía, normalmente, en la declaración conteste de tres o cuatro testigos sobre la bondad que reportaría al menor la venta<sup>2208</sup>. Si había defensor general de menores en el lugar, se le pedía dictamen<sup>2209</sup>, trámite que, a veces, faltaba<sup>2210</sup>. En seguida, dictaba el juez un auto semejante a éste:

“Autos y vistos y en vista de la información de utilidad dada por la parte y de consentimiento del Defensor General de Menores, se concede venia y licencia para que la parte de Ramón Ramírez pueda concurrir en comunión con los demás

---

<sup>2199</sup> Los ejemplos son numerosísimos en los protocolos notariales: E.S. vol. 8, fs. 52 (año 1592); E.S. vol. 781, fs. 312 v. (año 1723); E.S. vol. 862, fs. 128 v. (año 1777).

<sup>2200</sup> Tapia, *op. cit.*, t. 1, p. 151.

<sup>2201</sup> *Partidas* 6, 16, 11; Hevia, *op. cit.*, p. 55; P.3,23,2. Vid. además (Vila), *op. cit.*, p. 94 y *Partidas* 3,23,5.

<sup>2202</sup> Hevia, *op. cit.*, p. 99.

<sup>2203</sup> E.S. vol. 8 fs. 170 (año 1598).

<sup>2204</sup> E.S. vol. 771, Fs. 21 (año 1762).

<sup>2205</sup> *Partidas* 3, 16, 11.

<sup>2206</sup> *Partidas* 5, 5, 4 y 5, 13, 18. Muebles preciosos eran, por ejemplo, los esclavos. *Vid.* autorización de enajenar en Apéndice documental, al final del libro.

<sup>2207</sup> *Partidas* 6, 16, 18 y Martínez, *op. cit.*, t. II, p. 174.

<sup>2208</sup> E.S. vol. 739, Fs. 1 (año 1758); E.S. vol. 742, fs. 115 (año 1761); E.S. vol. 778, fs. 308 y. (año 1770); E.S. vol. 778, fs. 93 (año 1769); ANRACH vol. 1391, p. 3ª y Archivo Notarial de Quillota, vol. 16, fs. 49.

<sup>2209</sup> E.S. vol. 892, Fs. 144 y 158 (año 1781); E.S. vol. 728, fs. 31 y ss. (año 1753) y Archivo Notarial de Talca, vol. 27, fs. 378 y ss. (año 1807).

<sup>2210</sup> E.S. vol. 470, Fs. 84 v. (año 1711); E.S. vol. 581, fs. 16 (año 1712); E.S. vol. 449, fs. 307 (año 1708) y Archivo Notarial de La Serena, vol. 62, fs. 81 (año 1808).

herederos a la venta del sitio y casas que quedaron por muerte del capitán José Antonio Mujica”<sup>2211</sup>.

De las guardas derivaban las llamadas *acciones de tutela*, que podían ser directa y contraria. La primera

“compete al Pupilo contra el Tutor p[ar]a q[u]e finalizada la tutela dé cuenta, cuya razon ha de dar por imventario”<sup>2212</sup>. “La segunda es la que tiene el Tutor contra el Pupilo p.a q.e le pague lo gastado en la administracion y lo libre de la obligacion q.e haya contraído por el”<sup>2213</sup>.

Ambas eran acciones de buena fe, o sea,

“[S]e funda[n] en un animo puro y sincero separado de todo engaño, fraude y maquinacion” en que “el juez mitiga el rigor de una determinacion *ex bono tamen et aequo* a diferencia de la accion *stricti iuris* en que no puede minorar la determinacion legal”<sup>2214</sup>.

Varias normas, tanto metropolitanas como provinciales, insistían en la obligación de los guardadores de rendir cuentas oportunamente: de ello podía derivarse prisión por deudas, que no afectaba a madres y abuelos tutores, pero que era aplicable aun a los hidalgos<sup>2215</sup>. Otra acción derivada de la guarda era la de tutor sospechoso: se consideraba tal, en lo económico, al que malversaba los bienes del pupilo o de cuya conducta podía desprenderse que los disiparía y, en lo moral, al que enseñaba malas costumbres al menor o podía recelarse que lo pervirtiera<sup>2216</sup>. Debía ser acusado, por medio de acción popular, ante el juez del lugar donde tenía sus bienes el pupilo<sup>2217</sup>. El magistrado, como primera medida, privaba al acusado de la administración de bienes y daba curador interino por el tiempo de la tramitación del juicio<sup>2218</sup>. La declaración definitiva de sospechoso ponía término a la guarda.

Sobre curadores *ad litem*, me remito a lo que ya expresé al tratar de la capacidad procesal del menor.

4.2. *Padres de menores y defensores*: una antigua institución española, el padre de menores o padre de pupilos y huérfanos, fue trasplantada al reino de Chile en 1557, mediante provisión del licenciado Hernando de Santillán, teniente de gobernador<sup>2219</sup>. Su competencia sería la siguiente: proveer curadores a los que no los tuvieran, asentando en un libro *ad hoc*, llevado por él mismo, las personas nombradas y ante qué escribano se había ello realizado; “ver y saber” cómo administraban los bienes de sus pupilos los guardadores; asentar a los

---

<sup>2211</sup> E.S. vol. 739, fs. 1 (año 1758).

<sup>2212</sup> Santa María, *op. cit.*, fs. 63.

<sup>2213</sup> *Ibidem*.

<sup>2214</sup> Santa María, *op. cit.*, fs. 62.

<sup>2215</sup> Hevia, *op. cit.*, pp. 147 y 148.

<sup>2216</sup> *Partidas* 6, 18, 1.

<sup>2217</sup> *Partidas* 6, 18, 2.

<sup>2218</sup> *Partidas* 6, 18, 1 y 3.

<sup>2219</sup> *Colección de Historiadores de Chile y de documentos relativos a la historia nacional*, tomo XVII (Santiago, 1898), p. 146.

huérfanos con vista a que aprendieran un oficio y procurar que las mestizas contrajeran matrimonio al llegar a edad cumplida. Este cargo subsistió con el nombre referido hasta 1628. Un año antes, el procurador de Santiago había solicitado al cabildo que, en atención a los muchos huérfanos que había en la ciudad “y lo que convenía poner remedio en dotrinallos y procurarles favorecer”, se nombrase un defensor de menores. Es ésta la primera vez que aparece esta denominación en Chile, la que, en el futuro primaría. El primero en usar el cargo fue Mateo de Garfías<sup>2220</sup>.

De acuerdo con una disposición de las *Partidas*, que se le aplicaba, el defensor de menores era nombrado por el juez<sup>2221</sup>. La Real Audiencia se preocupó en dos oportunidades de ellos y emitió los autos acordados de 17 de diciembre de 1760 y 28 de noviembre de 1789. En este último, el oficio de defensor de Santiago, con competencia en toda la intendencia, era considerado vendible, de cuya enajenación debía preocuparse el superior gobierno. En los partidos, continuaba su nombramiento por los jueces, quienes debían señalar a “abogado de instrucción, probidad y juicio” o bien a otro “más a propósito para desempeñar un cargo tan recomendable e interesante”<sup>2222</sup>. En el mismo texto se fijó el arancel pertinente, que estuvo en vigencia muchos años<sup>2223</sup>. El auto acordado de 1799, que secundaba una política de Carlos IV contraria a la excesiva intervención de ellos<sup>2224</sup> los consideraba como subsidiarios de tutores y curadores “por tanto siempre que hayan éstos no deberá intervenir en los actos que puedan expedirse extrajudicialmente”. Así, en los inventarios extrajudiciales, sólo les tocaba participar cuando había sucesión *abintestato* o el padre no había dispuesto facción de tal instrumento; en caso contrario, sólo actuaban por orden del tribunal, si éste sospechaba fundadamente de la veracidad del que se había realizado. Entraba en la competencia de estos oficiales servir como curadores *ad litem*, según lo mandaba el auto acordado citado; informar sobre la utilidad de la venta de bienes raíces o imposición de censos sobre ellos<sup>2225</sup>, vigilar los compromisos, de modo que los árbitros y partidores que se nombraran fueran personas idóneas<sup>2226</sup> y otras tramitaciones procesales a las que he hecho referencia en párrafos anteriores.

---

<sup>2220</sup> *Colección de Historiadores de Chile y de documentos relativos a la historia nacional*, t. XXVIII (Santiago, 1902), pp. 405 y 406.

<sup>2221</sup> *Partidas* 3, 6, 6.

<sup>2222</sup> El auto acordado en: I. Zenteno, *El Boletín de las Leyes reducido a las disposiciones vijentes de interes jeneral. Contiene además algunas leyes i decretos que no se registran en el Boletín*. Santiago, 1861, pp. 419 y 420.

<sup>2223</sup> En 1831 aún se encontraba en uso, contra los intereses de quien detentaba el cargo, ANRACH vol. 1951, p. 12<sup>a</sup>.

<sup>2224</sup> Real cédula de 23 de enero de 1792, vid, nota 177.

<sup>2225</sup> Vid. E.S. vol. 739, Fs. 1 y 100 (año 1758); .E.S. vol. 742, fs. 1L, (año 1761) y E.S. vol. 778, fs. 308v. (año 1770).

<sup>2226</sup> Un ejemplo en E.S. vol. 771. Fs. 21 (año 1762).

## CAPÍTULO XII ADOPCIÓN Y CRIANZA

### 1. Generalidades.

El desarrollo histórico del Derecho Castellano muestra la existencia de dos instituciones que permitieron a un extraño hacerse cargo de quien perteneciera a otra familia o ninguna: la adopción y la crianza. La primera, como se verá, sólo jugaba con personas libres y podía referirse a menores y mayores, sujetos o no a patria potestad, en tanto que la segunda era dable respecto de menores libres o esclavos, así perteneciesen o no a una familia y, en tal caso, sujetos o no a patria potestad. Siendo más fáctica la segunda, y, por ende, más maleable, recibió amplia aceptación al punto que eclipsó a la primera.

La cuasi-desaparición de la adopción se produjo tanto en Europa como en América. Sólo la tozudez de Napoleón permitió su inclusión en el *Code Civil*, posiblemente por razones políticas<sup>2227</sup>, si bien aparecieron como justificantes el consuelo de los matrimonios estériles y el socorro a los niños pobres<sup>2228</sup>. La recogieron, también los Códigos de Nápoles y Cerdeña. El Código Civil holandés la suprimió en 1838. A su vez, la Comisión Redactora del Código Civil de España, de 1851, consideraba extinguida esta institución, salvo en Andalucía<sup>2229</sup>. El Código de Louisiana, en su artículo 252 la declaró abolida. Se verá más abajo que, aunque vigentes en Indias las normas sobre adopción justiniano-alfonsinas, en

---

<sup>2227</sup> El matrimonio con Josefina Beauharnais había resultado estéril, lo que le valió a ésta el repudio en 1809..

<sup>2228</sup> La adopción, que había sido olvidada en Francia, aun en el Midi, donde se aplicaba el Derecho Romano, fue reintroducida durante la Revolución por una decisión de la Asamblea Legislativa, que ordenó a su comisión de Legislación incluirla en el plan general de leyes civiles. No se sabe si la razón de su inclusión fue el amor por el derecho antiguo o el ejemplo del proyecto de Código prusiano, que acababa de ser traducido al francés. No obstante, no se dictaron normas al respecto; pero en la práctica se comenzó a utilizar el instituto si bien desordenadamente, pues a veces se realizaba ante notario, otras ante simples oficiales civiles. Ejemplar fue la actitud de la Convención que adoptó, en 1793 a la hija de Lepelletier Saint-Fargeau, asesinado en un café por el guardia de corps Paris. La Constitución de 1793, por su parte, concedió la ciudadanía francesa a los extranjeros que adoptaran niños. Estas adopciones fueron más tarde confirmadas y sus efectos establecidos por una ley de 25 de germinal del año XI de la república (1804). La Comisión encargada de la redacción del Código Civil no había considerado la adopción en su redacción del año VIII, debiendo ser incluida a petición de la sección de legislación del Consejo de Estado por instigación de Napoleón. Este debió de luchar firmemente por su idea, pues muchos miembros eran hostiles a su implantación, como Malleville y Tronchet. Sus adversarios la consideraban inútil en razón de las costumbres generales del país; otros creían que propiciaría los concubinatos, pues podría darse status de adoptados a los hijos naturales sin legitimarlos y no faltaban los que estimaban que permitiría privar a los parientes de los bienes que habrían obtenido de no mediar la existencia de un adoptado. Por último, los autores del Código cedieron ante la presión tomando en consideración su fin filantrópico de consolar a los matrimonios estériles y favorecer el auxilio a los niños pobres. La idea del Primer Cónsul acerca de esta institución era la de que debía remedar completamente la naturaleza: "C'est une espèce de nouveau sacrement...; le fils des os et du sang passe, par la volonté de la société, dans les os et le sang d'un autre": M. Planiol, *Traité Élémentaire de Droit Civil* 5ème. éd. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1908, t. I, pp. 511-512, no. 1570 y p. 518, no. 1598. Vid.sobre esta institución M. Delvincourt, *Cours de Code Civil*. Paris: Imprimerie de Lebégue, 1819,t. I, pp. 95-98 y 407-421.

<sup>2229</sup> J. Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español, Común y Foral* T. V *Derecho de Familia* Vol. II *Relaciones paterno-filiales y tutelares* 8a. ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1966, p. 216. F. Puig Peña, *Tratado de Derecho Civil Español* T. II *Derecho de Familia* Vol. II *Paternidad y Filiación* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s/d), p. 124. Sin embargo, la trataron los artículos 173 a 180 del Código Civil.

la práctica no se usaban, recurriéndose en cambio al sistema, más sencillo, de la mera crianza. Habrán sido tales circunstancias las que movieron a Andrés Bello a omitir normas sobre adopción en el Código Civil chileno<sup>2230</sup>. Tampoco le manifestó simpatía el codificador argentino Dalmacio Vélez Sarsfield<sup>2231</sup>.

El primer autor que conozco que se refirió a la decadencia de la adopción en el período indiano es Carlos H. Vidal Taquini, profesor de Derecho Civil en la Universidad de Buenos Aires<sup>2232</sup>, quien en un trabajo, publicado en 1978, estimó que el excesivo ritualismo dispuesto para la adopción en las *Partidas* habría coartado su aplicación en Indias. Daba, por el contrario, gran relevancia a las cédulas de 6 de marzo de 1790 y 11 de diciembre de 1796<sup>2233</sup>, de Carlos IV, que, en su opinión, habrían constituido una excelente salida para obviar la adopción prevista por el Rey Sabio. Por nuestra parte, estimamos que, si bien las disposiciones citadas (en particular la última, a que nos referiremos en el curso de este trabajo) facilitaron la acogida de un extraño en otra familia, los datos sobre crianza de niños, sobre todo huérfanos, era muy anterior al fin de la centuria décimo octava.

Al referirme a estas instituciones del sistema jurídico castellano-indiano, intentaré trazar un ligero esbozo de lo que fue su regulación en los derechos que contribuyeron primordialmente a la creación de aquél, esto es, el romano, el germánico y el canónico.

---

<sup>2230</sup> Tras la dictación del Código Civil no hubo filiación adoptiva en Chile. Para lograr sus efectos, se recurría a diversas argucias como la de inscribir en calidad de hijo legítimo a quien no lo era. La ley 5.343, de 6 de enero de 1934, revivió tímidamente la institución. Fue su autor Rafael Moreno, quien presentó un proyecto de ley en 1929: M. Somarriva Undurraga, *Derecho de Familia* Santiago: Editorial Nascimento, 1937, pp. 468-469. Por sus muchos defectos, fue reemplazada por la ley 7.613, de 1943, que caracterizó la adopción como un contrato solemne, que requería autorización de la justicia e inscripción en el Registro Civil. No constituía estado civil y afectaba por regla general sólo a adoptante y adoptado; excepcionalmente, producía efectos respecto de terceros en materia de impedimentos para el matrimonio. Sus derechos sucesorios eran los de un hijo natural. La ley 16.346, de 1965, creó la *legitimación adoptiva*, de gran engorro en su aplicación, por lo que fue derogada expresamente por la ley 18.703. Esta contempló dos sistemas de adopción: simple y plena. Por la primera, menores de 18 años y sin bienes podían ser adoptados en una situación muy similar a la crianza de las *Partidas*, sin derechos hereditarios. La adopción plena otorgaba al adoptado el carácter de hijo legítimo, se constituía por sentencia judicial y era permitida a las parejas unidas en matrimonio respecto de huérfanos de padre y madre de filiación desconocida y abandonados, o bien, que fuesen hijos de cualquiera de los adoptantes. Era irrevocable y exigía una diferencia de 20 años o más entre adoptantes y adoptado. Como creaba estado civil, hacía desaparecer los vínculos con la familia de origen del adoptado, salvo en materia de impedimentos y algunos aspectos penales. Por último, la ley 19.620 de 5 de agosto de 1999 derogó expresamente las leyes vigentes al 26 de octubre de 1999, esto es, la 7.613 y la 18.703 y creó una filiación subsidiaria respecto de la filiación de origen, la de los hijos adoptivos o adoptados, que constituye estado civil y es irrevocable: A. Rodríguez Quiroz, "Nuevo régimen de adopción" en *Actualidad Jurídica* no. 1, pp. 283-306. Santiago: Universidad del Desarrollo, 2000 y C. López Díaz, *Reformas de las Leyes de Filiación y Adopción. Leyes Nos 19.585, 19.620, 19.658 y 19.711*. Santiago: Ediciones Jurídicas La Ley, 2001, pp. 71-109.

<sup>2231</sup> C. H. Vidal Taquini, "Inexistencia de la adopción en Indias" en *Revista de Historia del Derecho* no. 6, p. 375, Buenos Aires, 1978 y M. I. Seoane, "Un capítulo de la historia de la adopción en el Derecho Argentino (1871-1947)" en *Revista de Historia del Derecho* no. 17, pp. 291-292, n. 1. Buenos Aires, 1998.

<sup>2232</sup> Su trabajo, "Inexistencia de la adopción en Indias", *Revista de Historia del Derecho* no. 6, pp. 353-375, Buenos Aires, 1978.

<sup>2233</sup> Constitutiva de *Nov. Rec.* 7, 37, 5.

## 2. Adopción propiamente tal<sup>2234</sup>.

En sentido amplio, se consideraba adopción al acto jurídico solemne por el que se recibía como hijo o nieto al que no lo era por naturaleza<sup>2235</sup>. El Derecho Romano dio normas sobre esta institución, que variaron a través del tiempo. Los glosadores y comentaristas medievales, al crear el *Ius Commune*, tomaron las disposiciones provenientes de la época justiniana. En todo caso, Roma distinguía dos clases de adopción, según si el adoptado fuese *sui iuris* o *alieni iuris*, esto es, si dependiese o no de otro: *adoptantur filii familias; adrogantur qui sui iuris sunt*<sup>2236</sup>. En el primer caso, se hablaba de *adrogatio* -de donde viene *arrogación* usada en las Partidas- y en el segundo, de *adoptio* -adopción-.

La *adoptio* implicaba que el que era hijo o nieto en una familia pasara a otra en condición también de *alieni iuris*: se trata de una *capitis deminutio minima*. Originalmente se utilizaba para proveer de fuerza de trabajo a una familia que careciese de ella, pero más tarde se tendió a suplir la filiación natural<sup>2237</sup>. Era mucho más sencilla que la *arrogatio* y se hacía uso para ella de una vetusta norma proveniente de la Ley de las XII Tablas, según la cual, tras la tercera venta que el padre hiciese de su hijo, éste quedaba libre -*si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto*<sup>2238</sup>. La venta, hecha a través de la antigua institución de la *mancipatio* en favor de un adquirente fiduciario, culminaba, pues, en la ruptura del vínculo familiar entre el hijo y su padre. El adoptante, en seguida, reclamaba como suyo al que quería adoptar y, al no producirse oposición, el pretor, al través de la *in iure cessio* y pronunciando su palabra *addico* dejaba a aquél bajo la patria potestad del reclamante, considerado ahora adoptante<sup>2239</sup>. Al referirse la Ley de las XII Tablas sólo a los hijos, una interpretación de los pontífices dispuso que sólo bastaba una *mancipatio* para las hijas<sup>2240</sup>. Los efectos de la adopción eran, al igual que los de la *arrogatio*, los de romper los vínculos agnaticios y gentilicios con la familia de origen y crearlos con la del adoptante. En virtud de un senadoconsulto Afiniano, del año 62, el hijo dado en adopción por el padre de tres varones, tenía derecho a un cuarto de la sucesión del padre adoptivo, *quarta Afiniana*<sup>2241</sup>.

---

<sup>2234</sup> De indispensable conocimiento son A. Otero y Varela, "La adopción en la Historia del Derecho español" en *Dos estudios histórico-jurídicos: 1. El riego en el Derecho Castellano-Leonés.- 2. La Adopción en la Historia del Derecho Español* en *Cuadernos del Instituto Jurídico Español* no. 4 Roma-Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1955, especialmente, pp. 145 y ss. y del mismo Otero, "Sobre la realidad histórica de la adopción" en *Anuario de Historia del Derecho Español* n.os 27-28, pp. 1143-1149. Madrid, 1957-1958

<sup>2235</sup> *Adoptio est legitimus actus, naturam imitans, quo liberos nobis quaerimus* = "la adopción es un acto legal, que imita la naturaleza, con el cual nos procuramos hijos", *Inst.* 1, 11. A ella se refieren R. Panero Gutiérrez, *Derecho Romano*, 2a. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 257; A. Guzmán Brito, *Derecho Privado Romano* Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, t. I, pp. 360-363. Su nombre proviene de *ad optio*, o sea, acto de optar o elegir: F. Schulz, *Derecho Romano Clásico*, trad. de J. Santa Cruz Tegeiro. Barcelona: Bosch, 1960, p. 136.

<sup>2236</sup> "Se adoptan los hijos de familia; se arrogan los padres de familia", Modestino, *Dig.* 1, 7, 1.

<sup>2237</sup> Panero, *op. cit.*, pp. 258 y 259.

<sup>2238</sup> Podría ser que para las hijas y los nietos bastara con una sola *mancipatio* seguida de una *in iure cessio*: T. Giménez-Candela, *Derecho Privado Romano*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 231.

<sup>2239</sup> Explica detalladamente la tramitación Guzmán Brito, *op. cit.*, t. I, p. 362.

<sup>2240</sup> A. Di Pietro, *Derecho Privado Romano* 2a. ed. Buenos Aires: Depalma, 1999, p. 299.

<sup>2241</sup> R. Monier, *Manuel Élémentaire de Droit Romain* 6ème. éd. Paris: Editions Domat, 1947, t. I, p. 268.

Los requisitos de la adopción eran: 1. ser el adoptante varón, circunstancia exigida por el derecho clásico y abandonada en el postclásico; 2. en tiempos de Justiniano regía la regla según la cual la adopción debía imitar la naturaleza por lo que se exigía que el adoptante fuese mayor que el adoptado: *adoptio naturam imitatur, et pro monstro est, ut maior sit filius quam pater*<sup>2242</sup>, siendo la diferencia exigida de dieciocho años respecto del adoptado en calidad de hijo, momento en que la pubertad era considerada completa *-plena pubertate-*, y de treinta y seis frente al adoptado como nieto<sup>2243</sup>; 3. por la misma razón, el adoptante debía tener por lo menos sesenta años, pues, en caso de tener menos edad, debía atender preferentemente a la procreación de hijos; 4. si bien los impotentes *-spadones-* podían adoptar, desde la época clásica se les impedía a los *castrati*<sup>2244</sup>; 5. el *pater* del adoptante debía consentir y también se requirió el consentimiento del adoptado, entendiéndose por tal su silencio<sup>2245</sup> y 6. debían cumplirse las formalidades que el derecho señalara. En la época de Justiniano ya había desaparecido la triple venta y la adopción se realizaba por imperio del magistrado municipal<sup>2246</sup>.

En el derecho justinianeo, se distinguirá entre *adoptio plena* y *adoptio minus plena*<sup>2247</sup>. La primera era la que realizaba un ascendiente, paterno o materno, y corresponde a una época en que la cognación había triunfado sobre la agnación, produciendo la *capitis deminutio minima* típica del período clásico. La segunda, que era la realizada por cualquier otro *sui iuris*, no producía el efecto de sustraer al adoptado de la patria potestad de su *pater* y sólo le otorgaba un derecho hereditario *abintestato* respecto del adoptante. En consecuencia, no producía patria potestad, siendo por ello posible que las mujeres adoptasen *ad solatium liberorum amissorum*, para consuelo por la pérdida de sus hijos. Para impedir que los tutores o curadores se ampararan en la adopción para no rendir sus cuentas, les fue prohibido adoptar al pupilo antes de haber cumplido con esa obligación. La protección al adoptado condujo a que, en general, el pobre no pudiese adoptar al más rico<sup>2248</sup>.

También fue conocida la adopción entre los germanos donde, inicialmente, habría tenido un sentido de legitimación ya que el mero nacimiento no implicaba que el hijo quedara incorporado a la familia. Era la voluntad del padre la que lo introducía en ella a través de una ceremonia de adopción que consistía en levantarlo (*Aufheben, Aufnahme*) y darle, al noveno día, un nombre<sup>2249</sup>. Abandonada esta forma cuando, por influencia cristiana, se dejó de lado la exposición de los hijos, surgieron otras. Entre las formas de efectuarla, una muy plástica era la *per palium et indusium* en que el adoptante cubría con su

---

<sup>2242</sup> *Inst.* 1, 11, 4.

<sup>2243</sup> Modestino, *Dig.* 1, 7. 40. 1.

<sup>2244</sup> Di Pietro, *op. cit.*, p. 298.

<sup>2245</sup> Guzmán Brito, *op. cit.*, t. I, p. 363.

<sup>2246</sup> El tema de la adopción testamentaria ha suscitado muchas interrogantes entre los romanistas que no es del caso tratar aquí.

<sup>2247</sup> Expresiones debidas a los comentaristas medievales.

<sup>2248</sup> Panero, *op. cit.*, p. 259, n. 19.

<sup>2249</sup> R. Huebner, "Man, right and association" en L. Krader (ed.) *Anthropology and Early Law*. New York-London: Basic Books Inc., 1966, p. 240



manto al adoptado, quien salía reptando por debajo como si fuese parido<sup>2250</sup>. Existió entre ellos la *afatomía*, voz proveniente de *fathum* o comunidad doméstica y *Ankindung*<sup>2251</sup>. Era la afatomía un modo de disponer los bienes propios a título irrevocable por quien careciese de descendientes en favor de alguien a quien se designaba asimismo como heredero. Se parecía al testamento en cuanto implicaba la constitución de un heredero, pero difería de él en cuanto a su irrevocabilidad<sup>2252</sup>. La influencia romana ejercida sobre los germanos al adentrarse en territorios del imperio hizo que tomaran diversos aspectos de aquel derecho. Entre las características que entonces tomó la adopción estaba la de que sólo procedía cuando no se tuviesen hijos; pero más que un sentido de provocar una filiación ficticia, tuvo la de procurarse herederos el adoptante. Por ello cabía hacerlo respecto del cónyuge, un pariente, etc. sobre quienes no se adquiría el *mundium* o patria potestad. El adoptante no disfrutaba de derechos hereditarios respecto del adoptado<sup>2253</sup>. En la *Lex Romana Wisigothorum* se seguía el principio romano de imitar la naturaleza en la *adfilatio* realizada ante la Curia municipal que se confundía con la adopción (*adoptivum id est gestis ante curiam affiliatum*)<sup>2254</sup>.

En materia de Derecho Canónico, la adopción tiene interés particularmente para los efectos de impedimentos<sup>2255</sup>, como se ha visto en el capítulo respectivo.

### ***3. La adopción propiamente tal en el Derecho castellano.***

El Derecho Foral parece no haber dado mayor relevancia a la adopción, según opinión de Minguijón<sup>2256</sup> que sigue Beneyto<sup>2257</sup>, aunque hay constancia de haberse utilizado el sistema germánico *per palium*<sup>2258</sup>, existiendo en el derecho castellano-leonés referencias a la

---

<sup>2250</sup> J. Beneyto, *Instituciones de Derecho Histórico Español*. Barcelona: Librería Bosch, 1930, t. I, p. 126, quien cita a Brunner y Minguijón.

<sup>2251</sup> J. Lalinde Abadía, *Iniciación histórica al Derecho Español*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970, p. 630.

<sup>2252</sup> R. Foignet, *Manuel Élémentaire d'Histoire du Droit Français*. Paris: Rousseau & Co., Editeurs, 1946, p. 81: La afatomía comprendía tres actos: 1o. En el mallum, esto es, la asamblea popular germánica, el disponente señalaba con la festuca (vara) quién sería la persona a la que transferiría su patrimonio y, al mismo tiempo, declaraba su intención de donar el todo o parte de su fortuna a un tercero; 2o. aquél tocado por la festuca se instalaba en casa del disponente y recibía ahí a tres huéspedes, que comían con él y le agradecían su acogida, con lo que se producía una toma de posesión efectiva de los bienes; 3o. durante el año, ante el rey o el mallum, se transmitía el patrimonio a la tercera persona, verdadero beneficiario, tocándole, a su vez, con la festuca en su pecho.

<sup>2253</sup> Beneyto, *op. cit.*, t. I, p. 127, quien cita a Salvioli.

<sup>2254</sup> Lalinde, *op. cit.*, p. 630. J. L. Lacruz Berdejo; F. de A. Sancho Rebullida; A. Luna Serrano; F. Rivero Hernández y J. Rams Albesa, *Derecho de Familia* 4a. ed. Barcelona: José María Bosch editor, 1997, p. 541.

<sup>2255</sup> J. Donoso, *Diccionario Teológico, Canónico, Jurídico, Litúrgico, Bíblico, etc.* Valparaíso: Imprenta y Librería del Mercurio, 1855, t. I, p. 73.

<sup>2256</sup> Minguijón, *op. cit.*, p. 151: "No hablan de ella [viz. la adopción] los fueros municipales".

<sup>2257</sup> Beneyto, *op. cit.*, t. I, p. 127.

<sup>2258</sup> Beneyto, *op. cit.*, t. I, p. 128, quien cita a Menéndez Pidal e Hinojosa.

*perfilatio*<sup>2259</sup>. Será el *Ius Commune* el que resucite la adopción de acuerdo a las directrices romanas apareciendo así en el *Fuero de Sorid*<sup>2260</sup>, fuente del *Fuero Real*. El título 22 del libro 4o de este último, acercándose en su regulación a la adopción romana, declara que podía adoptar el que careciera de hijos o nietos legítimos y, si habiéndolo hecho, llegase a tenerlos después, quedaba sin efecto la adopción. El adoptado adquiriría, de acuerdo al Derecho Romano, derechos sucesorios respecto del adoptante, mas no viceversa. La regla según la cual la adopción debía imitar la naturaleza es recogido al pie de la letra por el *Fuero Real*<sup>2261</sup>: "el recibimiento del fijo es semejable á la natura". Por ello, el adoptante debía ser mayor que el adoptado y los que habían recibido el sacramento del orden y castrados no podían adoptar, salvo que operase en estos tres casos, la autorización real<sup>2262</sup>. La mujer no podía adoptar a menos que tuviese autorización real o hubiese perdido un hijo en servicio del monarca<sup>2263</sup> en lo que se sigue la tendencia romana de *ad solatium liberorum amissorum* de que se ha hablado más arriba. La intervención magistratual era de rigor para que operase la adopción, siguiéndose el modelo romano: en este caso, ante el rey o el alcalde<sup>2264</sup>. La adopción permitía que el padre natural recibiese por hijo a quien había nacido en mujer "que no sea de bendición"<sup>2265</sup>. Como puede apreciarse, si bien el *Fuero Real* se inspira en el Derecho Romano para regular esta institución, no hace referencia a la distinción entre adopción y arrogación que sí encontramos en las *Partidas*.

Estas dedican el título 16 de la 4a. Partida a "de los fijos porfijados". Su itinerario está fijado en el prefacio de ese título: definición, clases, capacidad para adoptar y para ser adoptado y causas que autorizan a deshacer la adopción.

"Porfijamiento es una manera que establecieron las leyes por la qual pueden los omes ser fijos de otros, maguer non lo sean naturalmente".

Podía adoptarse al que careciese de padre o no estuviese bajo patria potestad y al que tuviese padre y se hallase bajo su poder<sup>2266</sup>. En el primer caso, recibía el nombre de arrogación, a que me referiré en párrafo aparte, y en el segundo, de adopción. Era ésta, entonces, el acto de recibir como hijo con autoridad judicial, al que verdadera y naturalmente lo es de otro y se halla en la potestad de su padre<sup>2267</sup>.

Los requisitos necesarios para prohijar eran los siguientes: 1. ser el adoptante dieciocho años mayor que el adoptado<sup>2268</sup>, en lo que se seguía la regulación romana referida

---

<sup>2259</sup> Lalinde, *op. cit.*, p. 630.

<sup>2260</sup> Lacruz et al., *op. cit.*, p. 541.

<sup>2261</sup> 4, 22, 2

<sup>2262</sup> *Fuero Real* 4, 22, 3.

<sup>2263</sup> *Fuero Real* 4, 22, 4.

<sup>2264</sup> *Fuero Real* 4, 22, 6.

<sup>2265</sup> *Fuero Real* 4, 22, 7.

<sup>2266</sup> *Partidas*. 4, 16, 1.

<sup>2267</sup> J. Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* voz "Adopción especial o en especie".

<sup>2268</sup> *Partidas* 4, 16, 2.

más arriba; 2. que el adoptante estuviese libre de potestad paterna<sup>2269</sup>; 3. que fuese varón, aunque la mujer podía hacerlo, con autorización real, sólo en el caso de haber perdido un hijo en servicio de la corona o "en fazienda en que se acertase con el comun de algun concejo"<sup>2270</sup>, en lo que se advierte, como se ha dicho, el precedente romano; 4. que no tuviese impedimento natural para tener hijos, lo que se exigía respecto de los varones siguiéndose la normativa romana<sup>2271</sup>. Si éstos hubiesen sido capaces de engendrar y después hubieran perdido tal facultad por enfermedad o accidente, podían sin embargo adoptar<sup>2272</sup>; 4. El padre de familia que perdía la patria potestad al través de la adopción, debía consentir en forma expresa en ello en tanto que su hijo lo podía hacer tácitamente y 5. En cuanto al adoptado, cualquiera que fuese su edad, debía estar bajo patria potestad; por ende, no podían ser objeto de adopción, mas sí de arrogación, los hijos ilegítimos y naturales. Tampoco podían serlo los siervos ni los libertos, pues eventualmente podían volver al estado de servidumbre<sup>2273</sup>. Por lo que toca al consentimiento del prohijado<sup>2274</sup>, éste podía ser tácito en el caso de la adopción y necesariamente expreso, como se verá, en el de la arrogación. Obviamente, si se trataba de la adopción de un menor de siete años, bastaba con la voluntad del padre, dado que el infante no estaba en situación de manifestar la suya.

La adopción requería autorización real (lo que era de excepcional ocurrencia) o judicial, pudiendo otorgarla cualquiera que gozara de jurisdicción<sup>2275</sup>. Para pronunciarse debía observar "que ome es aquel que le quiere porfijar, si es rico, o si es pobre, o si es su pariente o non, e si a fijos que hereden lo suyo: o si ha tantos días, que los pueda aun auer: e de que vida es, e de que fama, e otrosi deue catar que riqueza ha el niño"<sup>2276</sup>. Con la aquiescencia del juez, debía extenderse escritura pública, cuyo tenor señala el Rey Sabio:

"Sepan quantos esta carta vieren: como Ruy Perez con otorgamiento de Gonzalo Ruyz juez de Toledo porfijo a Fernando fijo de Garci Perez con plazer deste Garci Perez su padre que estaua delante quando este porfijamiento fue fecho, e tomo este Garci Perez a su fijo Fernando por la mano, e metiolo en mano de Ruy Perez, e otrosi Ruy Perez recibiollo por su fijo. E el juez sobredicho otorgo este porfijamiento, catando todas las cosas que deuen ser catadas, assi como dizen las leyes deste nuestro libro que fablan en esta razon: e mando a mi fulano escriuano publico que fiziesse ende carta, e el escriuano deue dezir en el lugar, do escriue su nombre en tal carta como esta, que la fizo por mandado del juez, e con consentimiento de las partes"<sup>2277</sup>.

---

<sup>2269</sup> *Ibidem.*

<sup>2270</sup> *Ibidem.*

<sup>2271</sup> *Ibidem.*

<sup>2272</sup> *Partidas* 4, 16, 3.

<sup>2273</sup> *Partidas* 4, 16, 5.

<sup>2274</sup> *Partidas* 4, 16, 1 y 4.

<sup>2275</sup> *Partidas* 4, 7, 7.

<sup>2276</sup> *Partidas* 4, 16, 4

<sup>2277</sup> *Partidas* 3, 18, 91.

Como puede apreciarse, tenía el prohijamiento un ritual que presenta visos de similitud al pleito-homenaje vasallático<sup>2278</sup>.

Los efectos de la adopción variaban según quién fuese el que lo había practicado: si algún ascendiente paterno o materno o un extraño. En el primer caso, a la usanza justiniana, el adoptado quedaba sometido a la patria potestad de su ascendiente adoptante, razón por la que se la llamaba *plena*. No ocurría lo mismo en el segundo, entendiéndose por extraño no sólo al que careciese de vínculo familiar con el adoptado, sino aun los que sí lo tuviesen y no fueran ascendientes suyos. Por ende, la abuela, los tíos paternos o maternos y cualesquier otros parientes eran extraños para estos efectos. Tal adopción era *semiplena*, conforma a las expresiones introducidas por los comentaristas, y conforme a ella, el adoptante "no pasa a poderío de aquel que lo porfija"<sup>2279</sup>.

En materia hereditaria, el adoptado por el abuelo o bisabuelo gozaba de derechos tanto en lo tocante a esa calidad cuanto a la de descendiente. Tenía derecho a ser criado como si fuera hijo y heredaba tanto por causa de adopción como de parentesco. En caso de sacarlo el adoptante de su potestad, volvía a la de su padre<sup>2280</sup>.

El adoptado por un extraño no era heredero forzoso suyo por testamento, mas sí *abintestato* en caso de fallecer aquél sin descendientes ni ascendientes legítimos o naturales<sup>2281</sup>. Como tal adoptado no heredaba forzosamente al adoptante, podía ser favorecido por él con hasta el quinto de sus bienes, si tuviese descendientes, y hasta el tercio, si contara con ascendientes.

Mediante una norma que fue muy discutida en cuanto a su juridicidad, el adoptante podía sacar de su poder al adoptado sin necesidad de justificar su actitud:

"[B]ien puede el porfijador sacar de su poder al porfijado quando quisiere con razon ó sin razon; et non heredará ninguna cosa de los bienes de aquel que lo porfijó"<sup>2282</sup>.

Se argumentaba en contra de este precepto el que la adopción era, cuando menos, una convención, en que participaban el adoptante, el padre del adoptado y aun éste, por lo que no se divisaba la razón por la que el adoptante pudiese actuar unilateralmente con consecuencias que podían llegar a ser muy gravosas para el adoptado.

---

<sup>2278</sup> L. García de Valdeavellano, *Historia de las instituciones españolas. De los orígenes a la Baja Edad Media* 2a. reimp., Madrid: Alianza Editorial, 1986, p. 384.

<sup>2279</sup> *Partidas* 4, 16, 9.

<sup>2280</sup> *Partidas* 4, 16, 10.

<sup>2281</sup> *Partidas* 4, 16, 8 y 9; *Fuero Real* 3, 6, 5; y 4, 22, 1, normas que hay que concordar con la *Ley 6 de Toro*, que llegó a ser *Rec. Cast.* 5, 8, 1 y *Nov. Rec.* 10, 20, 1, la que no permitía que concurriesen conjuntamente los adoptivos con los hijos carnales. "Y aunque la ley 9 título 16 Partida 4a. permite al adoptado heredar los bienes del adoptante extraño igualmente con sus descendientes como si fuese su hermano carnal, está derogada en esta parte, pues sólo heredará el remanente del quinto, si no dispone de él, que es lo que puede dejarle en virtud de la ley 28 de Toro, porque la legítimo no puede ser gravada, ni los extraños constituidos por herederos juntamente con los legítimos...":E. de Tapia, Eugenio de, *Febrero Novísimo o Librería de jueces, abogados, escribanos y médicos legistas, refundida, ordenada bajo nuevo método y adicionada con un Tratado del Juicio Criminal y algunos otros por [...], abogado de los Reales Consejos*, Valencia: en la Imprenta de Ildefonso Mompí, 1837, t. I, p. 118.

<sup>2282</sup> *Partidas* 4, 16, 8.

#### 4. La arrogación.

La *adrogatio* implicaba que el arrogado y toda su familia pasasen a depender de otro, el arrogante. Se atribuye su origen a la necesidad que tenía un *pater* cuando su familia estaba por extinguirse por falta de hijo varón, de procurarse un heredero que continuara con el culto familiar. Respecto del arrogado, desaparecía su familia original<sup>2283</sup> y con ello su patria potestad, que era asumida por el arrogante. Se producía la *capitis deminutio minima* que, entre otras cosas, implicaba que se extinguieran las obligaciones del arrogado<sup>2284</sup>, pues operaba una sucesión universal de sus derechos en favor del arrogante y no de sus deudas<sup>2285</sup>. Como la desintegración de una familia envolvía el término del culto que ella debía a sus antepasados, la situación era de tal manera relevante para la sociedad, que se hacía intervenir a los comicios por curia, presididos por el Sumo Pontífice<sup>2286</sup>. Ello implicaba que, aunque las mujeres o los impúberes fuesen *sui iuris*, no pudieran ser arrogados, pues les estaba vedado concurrir a los comicios curiados<sup>2287</sup>. Al perder éstos su vigencia, asumieron su representación 30 lictores y se hizo factible, a fines del período clásico, que mujeres e impúberes<sup>2288</sup> fuesen pasibles de *adrogatio*. En la época postclásica, se requirió rescripto del emperador o declaración concorde de las partes ante el pretor, en Roma, o el gobernador, en provincias. Con el paso del tiempo, se fueron perfilando diversos requisitos para la procedencia de la *adrogatio*<sup>2289</sup>: sesenta años al menos en el arrogante, pues, dentro de la política natalista imperial, se pretendía que el que pudiese tener hijos los tuviese efectivamente<sup>2290</sup>; carecer de hijos o no estar en condiciones de tenerlos; no arrogar a más de una persona y no ser más pobre que el arrogado<sup>2291</sup>. Con la intención de proteger los

---

<sup>2283</sup> En lo religioso, procedía la *detestatio sacrorum*, o sea, el abandono de los ritos del culto familiar: A. Di Pietro y A. E. Lapiezza Elli, *Manual de Derecho Romano*, Buenos Aires: Depalma, 1983, p. 359.

<sup>2284</sup> Salvo las provenientes de delito. Los pontífices no habrían dado autorización para la *adrogatio* a menos que se pagaran las deudas o se comprometiese personalmente el adrogante al efecto: J. Declareuil, *Rome et l'organisation du droit* Paris: La renaissance du livre, 1924, p. 130,

<sup>2285</sup> El pretor, a la larga, debió de intervenir para evitar las injusticias que tal estado de cosas podía producir respecto de los acreedores del arrogado. Creó a efectos de una *restitutio in integrum* una acción útil contra el adrogado, basada en la ficción de que la adrogación no se había producido. Cabía contra el adrogante la acción de peculio. "...le préteur, au cas où l'adrogeant ne répondait pas à l'action née des dettes antérieures à l'adrogation, permettait la *bonorum venditio*, vente en masse des bien de l'adrogeant, dans la mesure des apports de l'adrogé et des acquêts postérieurs dus à son intermédiaire": Declareuil, *ibidem*.

<sup>2286</sup> El nombre de *adrogatio* proviene de la solicitud *-rogatio-* que se formulaba a los comicios: Guzmán Brito, *op. cit.*, t. I, p. 360.

<sup>2287</sup> Schulz discute esta aseveración, pues, en su opinión, el arrogado no tenía necesidad de concurrir al acto ante los comicios: Schulz, *op. cit.*, p. 137. La razón por la que la mujer no puede ser arrogada es una medida de protección al patrimonio de la mujer: Samper, *op. cit.*, p. 182.

<sup>2288</sup> A partir de Antonino Pío: R. Monier, p. 265. Desde Claudio se hizo necesaria la autorización del curador respecto de los menores de 25 años. Eran menester dictámenes de los pontífices y de un consejo de familia: Declareuil, *op. cit.*, p. 130,

<sup>2289</sup> Se aplicaban, en general, a la arrogación los mismos requisitos que se han visto más arriba respecto de la adopción a los que me remito.

<sup>2290</sup> G. F. Margadant, *El Derecho Privado Romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea* 25a. ed. México: Editorial Esfinge, 2000, p. 204.

<sup>2291</sup> Panero, *op. cit.*, p. 258.

intereses del arrogado, Antonino Pío dispuso que si éste fallecía antes de alcanzar la pubertad, el arrogante debiera devolver su patrimonio a los parientes originales de aquél. Además, el arrogado, llegado a la pubertad, podía rescindir la arrogación que se presentara desventajosa para él y si fuese desheredado por el arrogante o emancipado sin justa causa, recuperaría sus bienes originales<sup>2292</sup>. En el supuesto de la deshederación, podía el arrogado reclamar una cuarta parte de lo que le hubiera correspondido en caso de sucesión *abintestato*, la llamada *quarta Divi Pii*<sup>2293</sup>.

Los efectos de la *adrogatio* variaron según la época, siendo mucho más fuertes en la monarquía y república que a fines de ésta y período imperial. Allá el arrogado entraba en la familia del arrogante y ocupaba la misma situación que si hubiese nacido del matrimonio suyo, al punto que tomaba sus nombres de familia y gentilicio. Acá, el liberto no adquiría *status* de ingenuo, el arrogado no toma con tanta facilidad el nombre de familia del arrogante y desde que se admitió la arrogación de impúberes, debieron tomarse las medidas de protección de que se ha hablado anteriormente<sup>2294</sup>.

Las *Partidas* recogieron en esencia los conceptos romanos. De acuerdo a ellas, procedía la arrogación cuando se recibe como hijo al que no está bajo patria potestad por haber salido de ella o por carecer de padre legítimo. Se aplicaban al arrogante todas las normas generales que hemos visto sobre calidades en el prohijador y en especial, la relativa al curador. Estaba prohibido este tipo de prohijamiento a los tutores<sup>2295</sup>, quienes sólo podían hacerlo cuando el pupilo alcanzase veinticinco años de edad y siempre que el rey lo autorizase. La razón de esta veda era la sospecha de hacerlo por temor a rendir cuenta, principio tomado del Derecho Romano. El consentimiento debía ser expreso. Al no poder otorgarlo los menores de siete años<sup>2296</sup>, no cabía arrogación respecto de ellos<sup>2297</sup>. El mayor de esa edad y menor de catorce podía ser arrogado con autorización del rey, la que se daría tomando en cuenta lo mismo que hemos dicho respecto de la adopción, esto es

"[Q]ue ome es aquel que le quiere porfijar, si es rico, o si es pobre, o si es su pariente o non, e si a fijos que hereden lo suyo: o si ha tantos días, que los pueda aun auer: e de que vida es, e de que fama, e otrosi deue catar que riqueza ha el niño".

El arrogante debía comprometerse por escritura pública a entregar los bienes del adoptado a sus herederos o legatarios en caso que muriese antes de los catorce años<sup>2298</sup>.

---

<sup>2292</sup> Declareuil, *op. cit.*, p. 130.

<sup>2293</sup> Según los intérpretes, no abarcaba todos los bienes del arrogante, sino sólo la porción debida *abintestato* al impúber, esto es, la misma que se daba a los demás hijos: A. Vinnio, *Comentario académico y forense del célebre jurisconsulto [...] a los cuatro libros de las Instituciones Imperiales de Justiniano anotado por el jurisconsulto J. Gottlieb Heineccio y seguido de las cuestiones selectas del mismo autor*, Barcelona: Imprenta de José Torner, 1846, t. I, p. 109.

<sup>2294</sup> Monier, *op. cit.*, T. I, p. 266; M. Ortolan, *Explicación histórica de la Instituta del Emperador Justiniano, con texto, traducción y aclaraciones al fin de cada párrafo*. Madrid, La Ilustración, 1847, t. I, p. 259.

<sup>2295</sup> *Partidas*. 4, 16, 6.

<sup>2296</sup> Que, obviamente, careciesen de padre.

<sup>2297</sup> *Partidas* 4, 16, 4.

<sup>2298</sup> *Ibidem*.

Para el mayor de catorce, bastaba la aquiescencia del juez quien había de tomar en consideración las mismas situaciones que el rey examinaba.

Eran efectos de la arrogación: 1. que el arrogado pasara a la patria potestad del arrogante como si fuese su hijo legítimo, tanto en lo tocante a su persona y la de sus descendientes como a sus bienes<sup>2299</sup>, en lo que se sigue abiertamente el derrotero romano; 2. el arrogado devenía heredero forzoso del arrogante no sólo *abintestato*, sino también por testamento en el caso de carecer éste de descendientes legítimos o naturales. Habiéndolos, el arrogado sólo podía percibir hasta el quinto de los bienes del arrogante y, en caso de existir sólo ascendientes, hasta el tercio; 3. el arrogante estaba impedido de sacar de su poder al arrogado, salvo ciertas causales:

"e non le puede sacar de su poder el porfijador aquel quel profijare, si non fuere por razón derecha atal que la pueda probar ante el juzgador. E esto podría facer por dos razones: la primera es cuando el porfijado face tal tuerto o tal cosa que se ha de mover a muy gran saña aquel quel porfijó. La otra es cuando atal porfijado como este establece alguno otro su heredero en su testamento so tal condición"<sup>2300</sup>,

situación que difiere considerablemente de la facultad que tenía el adoptante, como se ha visto más arriba, quien podía sacar de su poder al adoptado sin mediar razón alguna; 4. no podía el arrogante desheredar al arrogado sin justa causa. El que lo hiciese debía dar al arrogado

"todo lo suyo, con que entró en su poder, con todas las ganancias que despues fizo: sacado el usufruto, que rescibio de los bienes del porfijado, de mientra quel tuuo en su poder. E demas desto, deue dar el porfijador, la quarta parte de todo quanto que ouiere."<sup>2301</sup>,

claro que si el arrogante tuviese descendientes legítimos, sólo correspondía dar la quinta parte al arrogado por vía de alimentos.

## 5. Alumnato y crianza.

Una institución similar a la adopción, aunque sin las consecuencias familiares de ésta, es la del alumnato por la que los *alumni*, esto es, niños abandonados, eran recogidos por alguno, alimentados por éste y cuidados por él. Quedaban bajo el poder de quien los acogía en situación de una cuasi-esclavitud *-in mancipio-*, teniendo su *nutritor* amplios derechos respecto de ellos, aunque, al ser *filií familias* conservaban su libertad y ciudadanía<sup>2302</sup>. Generalmente eran manumitidos al llegar a la mayor edad<sup>2303</sup>. Quien se hacía cargo de un abandonado adquiría, en el derecho postclásico, ora la *patria potestas* ora la potestad dominical, si bien, desde Justiniano sólo la primera<sup>2304</sup>. Son de recordar los amplios poderes

---

<sup>2299</sup> *Partidas* 4, 16, 7.

<sup>2300</sup> *Partidas*. 4, 16, 7.

<sup>2301</sup> *Partidas* 4, 16, 8. Trátase de la *quarta Divi Pij* referida más atrás.

<sup>2302</sup> Giménez-Candela, *op. cit.*, p. 241.

<sup>2303</sup> Samper, *op. cit.*, p. 182.

<sup>2304</sup> Declareuil, *op. cit.*, p. 368 quien cita C.I. 8, 52, 3.

de que estaba ornado el *paterfamilias* respecto de sus hijos, los que podían ser aplicados igualmente a los *alumni*. Pensemos en las facultades de exponerlos, restringida por Diocleciano y Constantino<sup>2305</sup> o matarlos *-ius vitae necisque-*, lo que fue abolido por Valentiniano III<sup>2306</sup>.

El *Liber Indiciorum* no se refirió a la adopción<sup>2307</sup>, sino a la crianza, en que se advierte la confluencia de la costumbre germánica de la exposición de los hijos, rechazada al morigerarse sus hábitos ancestrales, y el *alumnato* romano. Según dicho texto legal<sup>2308</sup>, el que acogiese a un niño echado, cuyos padres después "le conocieren": si eran éstos hombres libres, debían dar un siervo por el hijo o su precio y si no lo quisiesen hacer, podían ser compelidos a ello sin perjuicio de ser desterrados. En caso de no tener con qué redimir al hijo, el padre que lo expuso debía pasar a servidumbre del criador. Otra disposición se pone en el caso del hijo de siervos que es expuesto por ellos y recogido por un tercero<sup>2309</sup>. Al efecto, había que distinguir si el señor de los siervos lo había sabido o no. En la primera circunstancia, el criado pasaba a ser siervo del que lo crió. En la segunda, el criador tenía derecho a la tercera parte de lo que el criado valiese. También es tratada la situación de un niño que es mandado criar donde otro<sup>2310</sup>. El padre debía pagar un sueldo por año hasta que el niño alcanzase diez años, declarándose que el servicio del niño desde esa edad serviría de soldada al criador. Este tema de la crianza difiere del de la adopción por muchos conceptos. Si bien el criador tiene poder sobre el criado, carece de patria potestad<sup>2311</sup>. No hay en el *Liber* ninguna referencia ni a ésta ni a la situación hereditaria del criado. La razón de estas normas era la de penar la exposición de los hijos, que fuera tan corriente entre los germanos<sup>2312</sup>. El criador, que hacía una obra de beneficencia respecto de esos niños, tenía la perspectiva de que sus padres le compensasen los gastos en que incurrió: a través de la redención del niño por medio de un siervo o su valor<sup>2313</sup>; o bien se quedaba con el hijo de siervos en calidad de tal o, por lo menos, con la tercera parte de su

---

<sup>2305</sup> J. Arias Ramos y J. A. Arias Bonet, *Derecho Romano*, 18a. ed., Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1997, t. II, p. 742

<sup>2306</sup> Schulz *op. cit.*, p. 144.

<sup>2307</sup> S. Minguíjón, *Historia del Derecho Español* 4a. ed. revisada. Barcelona: Ed. Labor, 1953, t. I, p. 64. No trata este autor de la crianza.

<sup>2308</sup> *Lib. Ind.* 4, 4, 1.

<sup>2309</sup> *Lib. Ind.* 4, 4, 2.

<sup>2310</sup> *Lib. Ind.* 4, 4, 3.

<sup>2311</sup> En el caso del siervo, adquiere la potestad dominical sobre él si el dueño sabía de su exposición.

<sup>2312</sup> ""The newborn child lies on the floor until the father declares whether he will or will not let it live. If yes, he takes it up, or orders it taken up [...]" The right of exposure was gone as soon as the first acts in care of the child had been done. "A child exposed must not yet have tasted anything whatever; a drop of milk or honey assured its life"": R. Huebner, "Man, right and association" en L. Krader, ed., *Anthropology and Early Law*", New York: Basic Books Inc., 1966, p. 239-240.

<sup>2313</sup> En el caso de *Lib. Ind.* 4,4,1: "Si algun omne tomar el ninno ó la ninna echada, é lo criar, é los padres le connocieren depues: si los padres son omnes libres, den un siervo por el fiio ó el precio. E si lo non quisieren fazer, el iuez de la tierra los deve fazer redimir el fiio que echaron; é los padres deven seer echados por siempre de la tierra. E si non ovieren de que lo puedan redimir, aquel que lo echó sea siervo por él. Y este pecado o quier que sea fecha en toda la tierra, el iuz lo deve acusar y penar".



valor<sup>2314</sup> y en el de que se le hubiese encargado la crianza de un niño, recibe un sueldo anual y, desde que el niño puede trabajar, el trabajo de éste<sup>2315</sup>.

El tema de los niños criados es retomado por el *Fuero Real* en el título 23 del libro 4o. siguiendo los principios ya fijados en el *Liber*. Según la ley 1a., si el padre o quien tuviese bajo su poder a un menor lo echase a sabiendas, perdía derechos sobre él:

"[N]o haya mas poder en él, ni en sus bienes, ni en vida, ni en muerte; y esto mesmo sea de madre, ó de otro qualquier que lo habie en poder".

En caso que el echado fuese siervo, quedaba liberado de su antiguo señor -"sea forro"- y pasaba a servidumbre del que lo recogía -"é háyalo [el derecho...en él] aquel que lo crió"-, salvo que éste le hiciese merced en criarlo<sup>2316</sup>:

"[P]ero si fizo merced en lo criar, no haya ningun poder sobre él de ninguna servidumbre, y el Alcalde fágale dar las costas de los bienes de su padre, ó de aquel que lo habie en su poder".

Si la exposición del niño, así fuese éste libre o siervo, hubiese acaecido sin conocimiento del padre o de quien lo tuviese bajo su poder, no perdía éste sus derechos respecto de aquél, mas debía pagar al criador el costo de la crianza irrogado hasta que el menor alcanzase los diez años<sup>2317</sup>, de acuerdo al mismo criterio expresado en el *Liber Iudiciorum* y referido en el párrafo anterior.

Así como el *Fuero Real* se había referido a adopción y crianza, lo propio hicieron las Partidas regulando ambas instituciones. En lo que a la segunda respecta, el título 20 de la Cuarta Partida normaba "de los criados que ome cría en su casa, maguer non sean sus hijos". No se encuentra ahí una definición de crianza, remitiéndose a lo dicho en otra disposición en la que se dan las razones por las que los padres han de criar a sus hijos<sup>2318</sup> y se señalan los hechos que ello implicaba:

"que les deuen dar que coman: e que beuan, e que vistan e que calcen: e lugar do moren: e todas las otras cosas que le fuere menester sin las quales non pueden los omes biuir",

siendo su objeto,

"enderezar la cosa pequeña, de manera que venga a tal estado: porque pueda guarescer por sí".<sup>2319</sup>

---

<sup>2314</sup> En el caso de *Lib. Iud.* 4,4,2: "Si el siervo ó la sierva echan su fiio non lo sabiendo el seenor, pues quel ninno fuere criado, aquel que lo crió deve aver la tercia parte de lo que val; hy el seenor deve provar ó iurar que non sopo quando lo echáron; é si el seenor lo sopo, el criado sea siervo del quel crió".

<sup>2315</sup> *Lib. Iud.* 4, 4, 3.

<sup>2316</sup> Lo que equivale a lo que dicen las *Partidas* de hacerlo "por amor de Dios, con entencion de non resebir otro gualardon": *Partidas* 4, 20, 4.

<sup>2317</sup> *Fuero Real* 4, 23, 2

<sup>2318</sup> *Partidas* 4, 19, 2.

<sup>2319</sup> Como indica *Partidas* 2, 20, 2,

Las causas de la crianza eran naturales en el caso de los padres; la bondad cuando alguien criaba hijo de otro con quien no tenía parentesco y la piedad cuando se criaba a algún desamparado o echado. El criado no pasaba a ser siervo del criador:

"el que cria a otro, non le remanece en el, nin en sus bienes, ningund derecho: nin ninguna seruidumbre"<sup>2320</sup>,

ni aun en caso de ser originalmente siervo, en lo que las *Partidas* corrigen al *Fuero Real*. Sólo en caso de hacerse por el criador declaración al iniciar la crianza de que cobraría los gastos al criado, podría reclamar posteriormente tales impensas y ello sólo si el criado estuviese en condiciones de afrontar tal gasto. Por su parte, el criado debía honrar al que lo crió, tenerle reverencia como si fuese su padre, por lo que no podía acusarlo por delito de que se siguiese pena de muerte, perdimiento de miembro, infamia o menoscabo económico grave, salvo que fuese delito que guardase relación con la persona del rey o la seguridad del reino<sup>2321</sup>. Las *Partidas* adoptan el mismo criterio que el *Fuero Real* en cuanto a que quien echaba a su hijo perdía todo poder sobre él, a menos que hubiese acaecido sin su conocimiento ni voluntad. En esta última situación, podía reclamar al hijo pagando al criador los gastos en que éste hubiera incurrido, excepto el caso de haber hecho la crianza "por amor de Dios"<sup>2322</sup>. El señor de un siervo echado no podía reclamarlo del que lo hubiese recogido "ca se torna libre por tal echamiento"<sup>2323</sup>.

Una real cédula de Carlos IV, de 11 de diciembre de 1796, reiteró la pérdida por parte del padre que expone a su hijo de la patria potestad sobre él, determinando que quien lo hubiese abandonado no tendría

"[A]ccion para reclamarlos, ni pedir en tiempo alguno que se les entreguen, ni se les han de entregar, aunque se ofrezcan á pagar los gastos que hayan hecho".

La aparición del padre daría lugar a una gestión judicial en que éste tendría que probar la filiación, legítima o natural, situación en que actuarían en defensa de los intereses del menor el Procurador Síndico de la ciudad o el Fiscal que hubiese o que nombrase la Justicia Real. La determinación de la paternidad no significaría, sin embargo, la entrega del hijo, sino que sólo desencadenaría en favor de éste el cumplimiento paterno de sus obligaciones naturales y civiles. Se exceptuaba el caso de haber sido expuesto el hijo por causa de extrema necesidad: si ello era probado en la referida gestión judicial, habría lugar a la entrega del hijo, resarcándose los gastos si el padre tuviese medios, lo que quedaba entregado al arbitrio del tribunal<sup>2324</sup>.

Es de recordar que la filantropía propia del siglo XVIII había movido a Carlos IV a declarar, mediante cédula de 23 de enero de 1794, tanto para España como las Indias

"[Q]ue todos los expósitos de ambos sexos, existentes o futuros, así los que hayan sido expuestos en las inclusas o casas de caridad, como los que lo hayan sido ó fueren

---

<sup>2320</sup> *Partidas* 4, 22, 3.

<sup>2321</sup> Norma que tiene semejanza con el *ius patronatus* romano.

<sup>2322</sup> *Partidas* 4, 20, 4.

<sup>2323</sup> *Ibidem*.

<sup>2324</sup> *Nov. Rec.* 7, 27, 5, no. s 25 y 26.

en qualquiera otro parage, y no tengan padres conocidos, sean tenidos por legítimos para todos los efectos civiles generalmente y sin excepcion"<sup>2325</sup>.

Derivado de la crianza se encuentra un tipo tardío de prohijamiento establecido por el mismo Carlos IV para los expósitos mediante real cédula de 11 de diciembre de 1796<sup>2326</sup>. En virtud de ella, el vecino de un pueblo o caserío de campo en cuya casa hubiese sido expuesta alguna criatura podía quedarse con ella "para lactarla y criarla por caridad y sin estipendio". Bastaba para ello licencia escrita del párroco, quien la daría "siendo el tal vecino persona de buenas costumbres y honesta familia, y teniendo algunas facultades por las cuales pueda esperarse que el expósito será bien educado; y el Párroco dará aviso al ecónomo del partido con expresion del nombre del expósito, día y parage en que fué expuesto, y persona que lo ha *prohijado*...". El párroco debía vigilar si el así prohijado era objeto de buen trato, encargo que recaía también en los administradores de las casas de huérfanos y los ecónomos de las demarcaciones respectivas<sup>2327</sup>. El adoptante podía poner término al prohijamiento cuando quisiese dando noticia al párroco, siendo castigado por la justicia si abandonaba sin más al prohijado. Se trata, como puede apreciarse, de una forma híbrida de crianza y arrogación en que aquélla se encuentra ahora sometida a una incipiente regulación<sup>2328</sup>.

## **6. Adopción, arrogación y crianza en Indias.**

Al no existir normas especiales del Derecho Indiano propiamente tal (o sea el dictado especialmente para las Indias o en éstas), debían de aplicarse las normas castellanas en carácter supletorio<sup>2329</sup>. El Código alfonsino regulaba la institución con mayor latitud que cualquier otro texto legal, por lo que fueron sus normas las que debieron regir el instituto. La práctica, sin embargo, nos muestra la escasísima utilización de los preceptos del Rey Sabio en cuanto a adopciones. Un estudio acucioso de la profesora argentina María Isabel

---

<sup>2325</sup> *Nov. Rec.* 7, 37, 4.

<sup>2326</sup> Incorporada a *Nov. Rec.* 7, 37, 5, no. 19.

<sup>2327</sup> "Los administradores de las casas generales de expósitos, como también los Párrocos de los pueblos donde estuvieren lactando, y los ecónomos de las demarcaciones celarán con todo cuidado y caridad sobre el modo que son tratados y educados; y si despues de cumplidos los seis años, ó en qualquier tiempo que sea, quedaren desamparados por muerte de las amas los tenina despues de la lactancia, ó de las personas que los prohijaron, los harán llevar á la casa general de expósitos, para darles la correspondiente crianza, y destinarlos á lo que mas convenga": *Nov. Rec.* 7, 37, 5, no. 21.

<sup>2328</sup> Arrogación, pues los expósitos no están sujetos a patria potestad. Se refiere a esta forma de prohijamiento J. M. Alvarez, *Instituciones de derecho real de Castilla e Indias*. Edición facsimilar de 1826, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, t. I, pp. 167-168.

<sup>2329</sup> Un caso de disposición especial para Indias es ordenada por Carlos IV mediante real cédula de 11 de diciembre de 1796: "En quanto a los expósitos de Indias, no pudiendo acomodarse en el todo las reglas que van dadas, para las dilatadas distancias de aquellos pueblos, mi Consejo de Indias, teniendo presente lo que llevo expresado, dará las providencias oportunas, y las comunicará á los Prelados eclesiásticos, y á las Audiencias, para que se arreglen á estas disposiciones en quanto sea posible; advirtiéndoles, que le den noticia de lo que determinaren; y que si debiere aumentarse el gasto en el debido cuidado y asistencia de los expósitos para la conservacion de sus vidas, le propongan medios que no sean gravosos a mi Real Erario ni á los vasallos; de que á su tiempo dicho mi Consejo me irá dando cuenta con su dictámen segun los informes que recibiere".

Seoane lleva a esa palmaria conclusión<sup>2330</sup>. Por nuestra parte, examinada la práctica chilena, podemos afirmar otro tanto. La crianza, pues, primó sobre la adopción. Es frecuente que se haga referencia en los instrumentos otorgados ante escribano a niños criados en el hogar del otorgante. Por ejemplo, Leonor de Morales, viuda del capitán Diego de Mujica Buitrón y Portillo, declara en su testamento de 14 de junio de 1718 haber criado dos niños, hijos de Miguel Roco Campofrío de Carvajal y de madre cuyo nombre no señala, a los que llamó, respectivamente Juan Antonio Roco y Juan Joseph Mujica<sup>2331</sup>. Al último le deja un legado de cien pesos, le da, como se ha visto, el apellido de su marido, y lo instituye, para el caso de ordenarse sacerdote, capellán de un aniversario fundado por ella al que llamaba en primer término a su nieto, Joseph Antonio Mujica y, en segundo lugar, al niño criado, Juan Joseph Mujica<sup>2332</sup>. Muchos años más tarde, un hijo de Juan Joseph Mujica, Martín Toribio Mujica y Tapia Morcón, contrajo matrimonio con Juana Josefa Barros, hija "doctiva" - adoptiva- de Manuel Antonio de Barros y de Ana María Rubio de Fontecilla<sup>2333</sup>. Revisados cuidadosamente los archivos notariales de la época, no pudo encontrarse el instrumento de adopción, lo que permite pensar que la referida "hija doctiva" no sería sino hija criada. En todo caso, sus criadores fueron lo suficientemente generosos como para darle una dote que alcanzaba los 4.954 pesos en esclavos, vestidos y joyas<sup>2334</sup>, así como para donarle, en vida, unas excelentes casas en el centro de la ciudad y una muy valiosa chacra a la salida de ésta<sup>2335</sup>. Otro caso en que se hace mención de una adopción es el de un testamento de María Magdalena Flores, de 1806, quien, antes de su matrimonio con Feliciano Araya, había tenido una hija natural, María Rosario. Su marido le tomó tal afición "queriendola y estimandola en tanto grado que la adoptó por su hija"<sup>2336</sup>. Revisado, igualmente, el Archivo Notarial respectivo, tampoco aparece instrumento de adopción alguno: se trataba, pues de crianza con visos de adopción.

Las situaciones de niños criados sin que mediara respecto de ellos adopción es larguísima. Sólo por vía de ejemplo, podemos allegar los siguientes casos: A través de testamento de 1o. de agosto de 1705, María Carrasco, viuda del capitán Nicolás de Miranda declaraba que había puesto a censo sobre una chacra que poseía en Vitacura, Santiago, 800 pesos para dote de Manuela Miranda, huérfana a la que había criado en su casa, quien había tomado el hábito de religiosa de velo blanco en el Convento de Santa Clara de la

---

<sup>2330</sup> En el tema que tratamos, son de indispensable lectura los aportes científicos de M. I. Seoane, "Crianza "versus" adopción en el Buenos Aires Colonial. Estudio realizado sobre la base de protocolos notariales" en: *IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, 1991, t. II, p. 161-179, "Crianza y adopción en el derecho argentino precodificado (1810-1870). Análisis de la legislación y de la praxis bonaerense" en *Revista de Historia del Derecho* no. 18 (Buenos Aires, 1990), p. 355-438 y "Una adopción de expósitos en el Buenos Aires de 1858 (vista a través de una testamentaria)" en *Revista de Historia del Derecho Ricardo Levene* no. 29 (Buenos Aires, 1992), pp. 98 y ss.

<sup>2331</sup> Archivo de Escribanos de Santiago vol. 610, fs. 255.

<sup>2332</sup> *Ibidem*.

<sup>2333</sup> Archivo de Escribanos de Santiago vol. 703, fs. 115.

<sup>2334</sup> Archivo de Escribanos de Santiago vol. 900, fs. 373. y vol. 901, fs. 175.

<sup>2335</sup> Archivo de Escribanos de Santiago vol. 899, fs. 191 v.; 900, fs. 384; 901, fs. 11 v. y 909, fs. 393.

<sup>2336</sup> Archivo Notarial de Valparaíso vol. 25, fs. 142.

Victoria.<sup>2337</sup> En 12 de agosto de 1706, el teniente Luis Armijo, vecino de Santiago, declaraba que, habiéndole conferido su mujer, Juana de Inojosa, poder para testar, le había mandado que diera a Sebastiana de Figueroa, mujer legítima de Felipe Pérez, "por haberla criado", un pedazo de tierras a media cuadra de la habitación de la causante en la Cañada abajo de Santiago, frontera con la capilla de San Miguel<sup>2338</sup>. Juana Maturano, mediante su testamento de 10 de abril de 1720, disponía que se dieran cien pesos a Francisco González y cincuenta pesos a Juana, huérfanos que había criado<sup>2339</sup>. Jordana de Larraguibel, viuda del gobernador Tomás de la Sierra, declaraba en su testamento de 28 de octubre de 1757, que por muerte de su hijo Simón y su mujer, María Mercedes Castro, había quedado huérfano su nieto José de Sierra y Castro al que, no habiendo bienes de sus padres con qué criarlo, ella lo había mantenido y educado<sup>2340</sup>. Magdalena Castillo, casada con el capitán Pedro Aguila, carecía de hijos, por lo que crió a una sobrina, Teresa Castillo a la que casó con Pedro Antonio Santiago y la hizo heredera de todos sus bienes, revocando un testamento anterior hecho en favor de su marido, el que pidió ante el Tribunal Eclesiástico, en 1799, que se ordenara la expulsión de los sobrinos de la casa común en razón de perturbar la paz familiar<sup>2341</sup>.

En el caso de Chile pueden verse, además, algunas prácticas bastante raras y alejadas del derecho legislado. La más extraña es una de 4 de octubre de 1804 por la que María de los Dolores Castro donaba un hijo natural suyo, de tres años, llamado Andrés Castro, a fray Marcos Rodríguez, religioso dominico "para el susodicho, sus herederos y sucesores y para quien del u de ellos hubiere titulo causa boz o razon legítima en cualquier manera que sea". Expresaba la madre que: "hotorga por el tenor del presente Ynstrumento que hace gracia y Donacion buena pura mera perfecta acabada é yrrevocable que el D[e]r[e]ch]o llama yntervibos partes presentes como dada luego de mano a mano con las Ynsinuaciones y renunciaciones de leyes en D[e]r[e]ch]o necesarias...". En virtud de esta donación, el donatario se comprometía a: 1. "mantenerlo y vestirle segun su calidad y estado del nominado muchacho"; 2. "Ygualmente socorrer a la Expresada María de los Dolores Castro en mayores urgencias que tenga su calidad hasta el Ynter la pone en casa donde Sirva la referida" y 3. "es condicion que si muriese la Referida Maria de los Dolores Castro le ha de pagar el Entierro dicho Padre fr. Marcos". Por su parte, el prohijante adquiría sobre el prohijado derechos como si fuese su padre: "que el relacionado Andres desde que esté en estado de tomar estado ha de ser a gusto de dicho R. P. y con su benia y licencia pues la ha de mirar como si fuese su propio Padre legitimo, y que si es muerto el susodicho R.P. fr. Marcos Rodriguez si estuviere dicho andres bajo su Dominio lo pueda dejar a quien gustase y bajo las condiciones que quiera y que nadie tenga accion á el sino el referido Religioso a quien le hace la gracia y Donacion del por tener confianza de su conducta Cristiandad y Celo...". El instrumento referido quiso lograr la adopción del menor por el sacerdote. Dos aspectos resultan chocantes: por una parte, que la madre donara a su hijo y, por otra, que el donatario fuera un religioso. Este, además de ser muerto civil, estaba impedido de prohijar como se ha visto más arriba. Ninguna de las disposiciones sobre diferencia de edad entre adoptante y adoptado ni las solemnidades previstas en la ley fueron

---

<sup>2337</sup> Archivo de Escribanos de Santiago vol. 464, fs. 58.

<sup>2338</sup> Archivo de Escribanos de Santiago vol. 464, fs. 362.

<sup>2339</sup> Archivo de Escribanos de Santiago vol. 587, fs. 298.

<sup>2340</sup> Archivo de Escribanos de Santiago vol. 572, fs. 186 v.

<sup>2341</sup> Archivo Nacional Real Audiencia vol. 2258.

aludidas. Lo dicho da pie para que podamos dar a esta situación la configuración de derecho indiano vulgar.

Son frecuentes los documentos que dejan constancia de niños mandados a criar<sup>2342</sup>. Es de ordinaria ocurrencia, tratándose de hijos naturales, que sus madres o padres, para evitar habladurías y la consiguiente deshonra, encargaran la crianza de sus hijos a terceros. Por ejemplo, un testamento de Santiago Jáuregui, de 1731 nos dice: "Ytem declaro que una niña que a criado Josepha Baros que disen ser mi hija y por tal la he criado mando se le den quarenta pesos con que la aparto de mis vienes"<sup>2343</sup>. En otro instrumento, de 1807, María de los Santos Alvarez declaraba, refiriéndose a acontecimientos ocurridos cincuenta años antes "que lo unico que se acuerda es que siendo ella mosa, le dio de mamar y crio de sus pechos con su leche a d[o]n Andres por mandado de su ama d[o]ña Petronila Albares todos Difuntos. Que a la declarante se le contribuia con lo nesario por d[o]n Pedro Contreras y por d[o]ña Teresa Caysedo Padre y Madre del d[ic]ho d[o]n Andres y questo le costa de ciencia sierta por reconocimiento de ellos mismos, pero con la sircunstansia que se le tenia encargado el secreto, y aun bajo juram[en]to yntertanto no se casaban para lo que ya tenian echas ynformaciones..."<sup>2344</sup>. Harta generosidad con unas niñas criadas fue la del sacerdote Juan Velázquez de Covarrubias y Lisperguer, del siglo XVII y comienzos del XVIII, quien en su testamento declaraba: "Digo que por quanto etenido en mi Casa y Compañia a mi abrigo sinco mujeres que emirado con grande cariño y estimacion por haverme dado en todo el gusto que pudiera desear por su honrrados prosederes asisitiendome y sirbiendome con grande junto amor y caridad a lo mas que si fuesen esclavas mias que son las siguientes: Da. Petronila de Covarrubias- Da. Agustina Rosa Covarrubias -Da. Catalina Covarrubias- Da. Ana Covarrubias y Da. Maria Josepha Covarrubias a todas las quales que van expresados los nombres en Remuneracion de lo mucho que les devo y por no tener erederos forzosos o asendientes las ynstituyo por mis erederas en todos mis bienes, derechos y acciones para que los ayan y hereden por yguales partes con la Bendicion de Dios y la mia"<sup>2345</sup>. Se trataba en este caso de sobrinas del presbítero, hijas adulterinas de su hermano Alonso Antonio Velázquez de Covarrubias y de Clara de Carvajal y Gasco<sup>2346</sup>.

La costumbre de mandar criar los hijos fuera de casa se justificaba cuando éstos eran naturales o ilegítimos y convenía ocultar su existencia. Pero también se daba por comodidad de la familia, de lo que he encontrado algún caso en la praxis jurídica chilena, si bien de la primera mitad del siglo XIX. José Miguel de la Barra y su mujer, Athénaïs Pereira de Lira, encargaron la crianza de su hijo José, el menor de los nueve que tuvieron, a unas mujeres del pueblo, Rafaela Montaner y Micaela Sepúlveda "en virtud de la imposibilidad de atenderle por enfermedades y otras razones...". Al efecto se extendió el pertinente contrato, donde figuraba lo que por esta prestación de servicios se les debía pagar, así como las obligaciones de alimentación y cuidado del vestuario que ésta asumía: "obligándose la

---

<sup>2342</sup> Importante cantidad de documentos relativos a la materia trae R. Salinas Meza, "'Lo público y lo no confesado. Vida familiar en Chile tradicional. 1700.1880" en *Revista de Historia Social y de las mentalidades* no. 3, (Santiago, 1999), p. 37, n. 9.

<sup>2343</sup> Archivo Notarial de Quillota vol. 9, fs. 5

<sup>2344</sup> Archivo Notarial de Santiago vol. 24, fs. 508.

<sup>2345</sup> Archivo Notarial de Valparaíso vol. 5, fs. 340.

<sup>2346</sup> A. Castellón Covarrubias, "Otras ramas de la familia Covarrubias en Chile" en *Revista de Estudios Históricos* no. 34, p. 153, Santiago, 1989.

señora a lavarle la ropa y coserle al niño ropa vieja y nueva y cuidarlo como madre, lo que ha cumplido"<sup>2347</sup>.

Hay algunos casos de niños entregados en crianza con fines educativos. Por ejemplo, un instrumento de 23 de diciembre de 1797 contiene la declaración de Basila Soto, española, hija natural de Antonio Bravo y Josefa Soto, quien declara que tiene un hijo natural llamado Feliciano Antonio y que es su voluntad dejarlo en poder de Pedro José de Toro para que lo eduque hasta que cumpla la mayoría de edad<sup>2348</sup>. De fecha más tardía, pero, en todo caso, bajo la vigencia del derecho indiano que continuó regulando estas materias en el período patrio, es un instrumento de 26 de mayo de 1837, relativo a una adopción con fines educativos. En virtud del mismo, Bartolomé Mujica y Barros "deceando que su hija Manuela adquiriera una educación capaz de facilitarle en la sociedad una carrera desente y proporcionada a su secso" la daba en adopción a Magdalena Alcaine de Cobbett "para mejorar la situación de esta joven huerfana de madre", pues había hallado en aquella "el más decidido interés". Por ello "manifiesto de mi libre y espontánea voluntad sederla a la mencionada señora con toda autoridad que como a su padre le corresponde, para que adoptandola en lugar de su hija, la eduque, se sirva de ella y la mantenga de un todo del modo que lo tuviere conveniente, sin que desde ahora ni para lo futuro tenga yo ni otros parientes la menor intervención sobre ella, debiendo por lo tanto mi hija reconocer a la señora Doña Magdalena como su madre adoptiva cuidandola obedeciendola y dando gusto en cuanto le mandare". La situación económica de la adoptada se señalaba descarnadamente: "mas para que la señora por lo pronto no tenga que gravarse en el vestuario y demas equipo, se la entrego vestida con su baul, catre y una cómoda y a mas quinientos pesos en moneda corriente por todo patrimonio para que la Señora con el producto de este dinero tenga en parte con que mantenerla, conservando en ser y bajo su responsabilidad los quinientos pesos, a fin de que mi hija los reciba cuando la Señora tuviese á bien desprenderse de ella, ya sea por darle estado o por cualquier motivo imprevisto". La adoptante, por su lado expresaba que "estando presente al contenido de esta escritura Doña Magdalena Alcaine de Cobbett otorga que la acepta en todo lo que ella se contiene, se da por recibida de la cantidad espresada, y por no ser de presente su entrega renuncia la Ley nota titulo primero partida quinta que trata del dinero no entregado y el termino de su prueba"<sup>2349</sup>. La crianza para educación era también una prestación de servicios que se encargaba frecuentemente a las congregaciones religiosas, pagándoseles el respectivo estipendio<sup>2350</sup>.

Los fines educativos y el buen trato, así como un futuro económicamente tranquilo para los menores eran invocados a veces para cohonestar su tenencia en crianza. En 1678, el Protector de Naturales, capitán Bartolomé Jorquera, demandó al maestro de campo Francisco Barahona para que entregase a Alonso López, cacique de Llupeo, un nieto suyo,

---

<sup>2347</sup> Archivo Judicial de Santiago, 2a. serie, legajo 1100, p. 6, fs. 5.

<sup>2348</sup> Archivo Notarial de Valparaíso vol. 18, fs. 115.

<sup>2349</sup> Todo en Archivo Notarial de Santiago vol. 117, fs. 80.

<sup>2350</sup> Para México hay interesantes estudios: E. Luque Alcalde, *La educación en la Nueva España en el siglo XVIII*, Sevilla: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1970; C. Castañeda, *La educación en Guadalajara durante la Colonia (1552-1821)*, México: El Colegio de México-El Colegio de Jalisco, 1984. Un estudio histórico-jurídico es el de J. Muriel, "La legislación educativa para las niñas y doncellas del virreinato en la Nueva España" en *Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1988, t. II, pp. 823-841.

de 8 a 9 años de edad que aquél retenía. Por tratarse de pleito en que había un indio involucrado, fue conocido en calidad de caso de corte por la Real Audiencia, la que ordenó la restitución del menor, bajo pena de 50 pesos de multa. Barahona adujo en su favor el buen trato que daba al muchacho y la educación cristiana que le estaba impartiendo. Ello no convenció a la Audiencia, que elevó la multa a 100 pesos para el caso de incumplimiento<sup>2351</sup>. Otra situación en que hay indios involucrados es la ocurrida en 1706, cuando la india María Calderón, representada por el Protector General de Naturales, demandó la restitución por parte de su encomendero, el maestro de campo Antonio de Carvajal, de una nieta suya, de cinco años de edad, hija de una hija ya fallecida. Inmediatamente dispuso la Audiencia la entrega de la indiecita a su abuela, bajo multa de 100 pesos. Al contrargumentar, adujo el encomendero que la misma abuela le había dado la menor en crianza voluntariamente tras haberla substraído del lugar donde su padre, un indio llamado Jerónimo, yerno de la peticionaria, la había mandado criar. Señalaba que la menor estaba muy bien a su cuidado, pues la abuela era casada con un indio libre llamado Juan Araucano, que carecía de residencia cierta y que podría llevarse a la menor cuando quisiera. Por otra parte, la educación cristiana que el encomendero le daba no podía compararse con la de la abuela. Según Carvajal, interrogada la menor sobre si sabía hacer la señal de la cruz, había manifestado ignorarlo y había aseverado que la abuela le había enseñado a volar, quedando como zorras. A pesar de esta aguerrida defensa, la Audiencia ordenó la entrega de la nieta a su abuela, conminándola, sí, a no sacarla de la estancia de Patrapán donde residía el cuerpo de la encomienda<sup>2352</sup>. Un caso similar, aunque entre españoles, se dio en 1687 cuando Isabel Páez, abuela de una menor, hija de la difunta María Páez, la reclamó de María Franco y su marido Francisco Pérez de Valenzuela. Estos se defendieron manifestando que la niña les había sido entregada "para siempre" por su padre, Bernabé Ampuero y que la habían criado, alimentado y vestido a su costa por espacio de más de dos años. La Audiencia fue vacilante, pues tras haber decidido la permanencia de la niña en poder de quienes la tenían, dispuso se la entregase a la abuela. Ante ello, Francisco Pérez de Valenzuela y su mujer ofrecieron 150 pesos de dote en favor de la menor para el caso de revocarse el auto. No obstante la oposición de la abuela, la Audiencia prestó oídos al ofrecimiento determinando que si se aumentaba la oferta a una suma convenientemente garantida, daría lugar a la solicitud. Se aumentó la dote a 200 pesos ante lo que la audiencia ordenó se hiciera escritura de donación en favor de la niña, con asistencia del Defensor de Menores, lo que así se hizo con aprobación del mismo<sup>2353</sup>. Se observa, pues, diversas actitudes de la Audiencia: si se trataba de indios, optaba por los lazos de sangre; si de españoles, por la mejor expectativa económica para el menor. Es igualmente, el bienestar económico que un menor puede obtener lo que movió, en 1690, al alcalde ordinario de Santiago, a amparar en la crianza de una niña a sus tías Isabel de Villanueva y Luisa de Molina, por sobre las pretensiones de su madre, Jerónima de Villanueva. Se aducía por las tías que la madre era "pobre, miserable e incapaz de nada", razón por la que su marido había decidido no hacer más vida maridable con ella<sup>2354</sup>.

---

<sup>2351</sup> Archivo Nacional, Real Audiencia vol. 2470, p. 12. El expediente se encuentra incompleto.

<sup>2352</sup> Archivo Nacional, Real Audiencia vol. 2166, p. 6a.

<sup>2353</sup> Archivo Nacional, Real Audiencia vol. 2261, p. 4a.

<sup>2354</sup> Archivo Nacional, Real Audiencia vol. 2362, p. 14.



De lo dicho, se puede concluir que en materia de crianza, había varios tipos de ella: a) la crianza caritativa, la de los que recogen huérfanos y los tienen como hijos suyos; b) la crianza de leche, totalmente limitada al período de lactancia; c) la crianza física, posterior a la anterior, por la que los padres, sea por ocultar la calidad de natural de un hijo o por comodidad familiar y bienestar del niño lo mandan a criar y d) la crianza para educación. Sólo la primera tiene relevancia para el Derecho de Familia, pues las otras tres no son sino arrendamientos de servicios o mandatos encubiertos. También puede hacerse la distinción entre crianza encargada *mortis causa*, destinada a cumplirse después de la muerte del otorgante y crianza establecida por acto entre vivos. Estos últimos en la praxis chilena suelen ser rotulados por los escribanos como *declaraciones*. Ellas suelen ser espontáneas, pero las hay también obligadas. Así, María Izquierdo, vecina de Valparaíso, se vio compelida por la monja clarisa Inés Rojas, tía de la menor Francisca Xaviera de Silva, hija del fallecido gobernador del puerto Miguel Gómez de Silva, a formular declaración de haberla tomado a su cargo. Expresa que la ha vestido y alimentado a sus expensas por espacio de ocho a nueve años<sup>2355</sup>. Hay, asimismo, crianzas judiciales y extrajudiciales. Las primeras implican una declaración del tribunal, precedida muchas veces de un depósito provisorio del menor<sup>2356</sup>.

Respecto de la segunda, señalaba Alfonso X que entre las obligaciones que tienen las personas para con quienes las han tenido bajo su cuidado, una muy grande existía hacia la nodriza:

"aun con la ama que lo crio ha gran debdo, porque le dio de su leche, en el tiempo que lo ouo menester, e nodrescio assi como madre"<sup>2357</sup>.

Para las amas de los hijos de los reyes, se contemplaban ciertas normas que, aunque vinculantes para la casa real, daban una directriz al resto de los súbditos que se hallasen en situación de hacer entrega de sus hijos a amas de leche. Estas debían ser sanas, de buenas costumbres, buen linaje, buena presencia y buen carácter ("que non sean muy sañudas"<sup>2358</sup>). Todas estas características obedecían a buenas razones:

"ca bien assi como el niño se gouierna e se cria en el cuerpo de la madre fasta que nasce, otrosi se gobierna y se cria del ama, desque le da teta, fasta que gela tuelle: e porque el tiempo desta crianza, es mas luengo, que el de la madre, por ende, non puede ser que non reciba mucho del contenente e de las costumbres del ama"<sup>2359</sup>.

La buena presencia favorecía la acogida que los criados por ellas les dieran. El buen carácter y afable trato producía niños convenientemente educados. Al revés

---

<sup>2355</sup> Archivo Notarial de Valparaíso vol. 6, fs. 450.

<sup>2356</sup> Archivo Nacional, Real Audiencia vol. 2362, p. 14. El tema del depósito de menores es casi inexistente en Chile, a diferencia de la práctica bonaerense conforme los estudios de M. I. Seoane, "La guarda de los huérfanos en el S. XVIII (Aspectos de un estudio general de la institución en el actual territorio argentino)" en *Anuario Histórico-Jurídico Ecuatoriano* no. 6 (Quito-Guayaquil, 1978), p. 410 y la misma en "Crianza versus..." cit. en n. 53, p. 164, donde manifiesta que el depósito era previo a la crianza. Sí hay frecuentes depósitos de mujeres cuando hay litigios matrimoniales.

<sup>2357</sup> P. 4, 24, 3.

<sup>2358</sup> O sea, "regañonas".

<sup>2359</sup> P. 2, 7, 3.

"de los sosaños<sup>2360</sup> e de las heridas, podrian los niños tomar espanto, porque valdrian menos, e rescibirian ende enfermedades, o muerte".

En este aspecto, como en otros tantos, el Rey Sabio nos muestra la singular penetración suya y de quienes le colaboraron en la redacción del Código alfonsí respecto del alma humana.

## ***7. Conclusión.***

De lo arriba examinado puede concluirse que en el sistema jurídico indiano había dos tipos de normas relativas a la acogida de un extraño en la familia ajena: los derivados de la adopción (incluida la arrogación) y los del alumnato o crianza. Aquélla parece no ser aplicada, aunque había legislación vigente que la aceptaba. La segunda, en cambio, por su mayor plasticidad y por no atar al criador con más deberes que los que le dictara su conciencia, fue preferida. Las filantrópicas medidas de Carlos IV, que acercaron adopción y crianza, obviamente no pudieron tener cabida durante el período indiano, pues muy pronto sobrevino la irrupción napoleónica con los transtornos de sobra conocidos, que impidieron al Consejo de Indias pronunciarse sobre la aplicabilidad de aquella normativa en Indias.

---

<sup>2360</sup> O sea, "regaños".