

CÁNDIDA GUTIÉRREZ GARCÍA
Universidad de Castilla-La Mancha

REQUISITOS DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO, EN EL DE CASTILLA Y EN EL DERECHO INDIANO.

SUMARIO: I. MATRIMONIO ROMANO: I.1. Matrimonio clásico y postclásico; I.2. Requisitos del matrimonio Romano; II. EL DERECHO COMUN EN CASTILLA; III. REQUISITOS EXIGIDOS PARA QUE HAYA MATRIMONIO EN LAS PARTIDAS ALFONSINAS: III.1. Matrimonio en el derecho castellano; III.2. Causas que impiden matrimonio en el derecho de Partidas; IV. REQUISITOS DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO INDIANO: IV.1. Introducción; IV.2. Matrimonio en Indias; IV.3. Requisitos positivos en el derecho indiano; IV.4. Impedimentos establecidos para el matrimonio en el derecho de Indias.

I. MATRIMONIO ROMANO.

I.1. Matrimonio clásico y postclásico.

El Derecho clásico romano no exigió en el matrimonio fórmula o acto simbólico¹, era suficiente una mera situación de convivencia de hombre y mujer unidos por la *affectio maritalis* o voluntad efectiva y continua de ser marido y mujer, para que le fueran atribuidas consecuencias jurídicas.

Justiniano nos ha transmitido la definición de matrimonio como la unión de varón y mujer que comprende el comercio indivisible de la vida², esto explica que lo esencial de esta institución sería la intimidad y comunidad de vivir ideal e intencionadamente perpetua entre los dos cónyuges.

Relación que en un principio no venía establecida por el consentimiento inicial, sino continuo y que requiere vivir juntos con intención marital ,por el contrario el matrimonio postclásico sufre una transformación profunda en su configuración jurídica, en cuanto que ahora la voluntad reciproca de los contrayentes no precisa la continuidad sino simplemente la inicial.

El matrimonio romano estaba fundado sobre una base monogámica, no estando pues admitida la existencia de varias mujeres a la vez³, lo cual supone una gran diferencia con otros pueblos antiguos en los que si venia reconocida y ejercida la práctica poligámica.

Para que el matrimonio romano pudiera tener el carácter de *legitimum* se exigen una serie de requisitos que fueron variando y que vienen relacionados con la nueva

¹ BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*, (trad. BACCI y LARROSA) dice que ello no impide que se acompañen de fiestas y ceremonias que varian con el tiempo y las costumbres.

² I.1,9,1.

³ BONFANTE, *op.cit.*, p. 180.

configuración jurídica del vínculo conyugal, como consecuencia de las concepciones cristianas.

1.2. Requisitos del matrimonio Romano.

Entre los requisitos calificados como positivos en el derecho clásico podemos citar en primer lugar la existencia de *conubium* o capacidad civil de la que gozaban exclusivamente los ciudadanos romanos entre si, no gozando los peregrinos de este derecho, sus nupcias eran calificadas como *iniustae*.

En segundo lugar hacer mención del requisito llamado de capacidad natural o exigencia de la pubertad, que fué establecido en doce años para la mujer y catorce para el varón; determinación de pubertad que fué motivo de polémica entre las escuelas de juristas.

Es el consentimiento de los novios y del *paterfamilias* otro de los requisitos exigidos para poder hablar de *iustum matrimonium*. El consentimiento del *paterfamilias* fué limitándose por obra de la jurisprudencia, de tal manera que acabó constituyendo un mero asentimiento pasivo equivalente a no oposición.

Cuando por cautividad de guerra el *paterfamilias* no podía manifestar su aprobación, se admitió que pudieran contraer matrimonio los hijos sin cumplir esa exigencia.

En caso de un *paterfamilias* loco, sería el magistrado el que trás escuchar a los parientes y al *locator*, diera el consentimiento.

Cuando se trataba de hijos varones además del consentimiento del *paterfamilias* se requería el del padre. Si era mujer *sui iuris* le correspondería al tutor otorgar dicho consentimiento.

El derecho postclásico ya no menciona el requisito del *conubium*, dada la nueva concepción social de los hombres como iguales, prueba de ello es la afirmación recogida en la Instituciones Justinianeas⁴ cuando nos dice que contraen justas nupcias los ciudadanos romanos que se unen según los preceptos de las leyes siendo púberes los varones y nubiles las mujeres, con tal de que los hijos de familia tengan también el consentimiento de los padres bajo cuya potestad están. Vemos pues como no aparece el requisito del *conubium* sino la exigencia de que los cónyuges se sometan a los preceptos legales, en los que se sigue exigiendo capacidad natural, el consentimiento de los cónyuges ahora inicial y el del *paterfamilias*.

Junto a estos requisitos que hemos calificado de positivos recoge el derecho romano otra serie de ellos llamados impedimentos o simplemente requisitos negativos.

Estos impedimentos nacen por motivos de orden ético, social y político o de los que podemos calificar como de intolerancia religiosa por la aparición del cristianismo.

En primer lugar referirnos al llamado impedimento de parentesco, en el que se recoge la imposibilidad de matrimonio entre ascendientes y descendientes, tanto de sangre como adoptivos, del mismo modo venía prohibida la unión entre parientes colaterales hasta el séptimo grado.

Por razón de afinidad se prohibía absolutamente la unión matrimonial en linea directa, así entre suegros, nueras yernos, padrastro e hijastra y madrastra e hijastro.

⁴ I.1,10,pr.

En el derecho del Bajo Imperio esta prohibición se extendió por influencias del cristianismo entre afines colaterales.

También sería impedimento la existencia de un matrimonio anterior, entendiendo que este se daría en el derecho postclásico, pues según la concepción clásica del matrimonio no podría darse, pues en el momento en que se rompiera la *affectio maritalis* el matrimonio habría cesado.

Impedimento también era el adulterio de tal modo que no podrían celebrar matrimonio la adultera y su complice.

El rapto también impedía el matrimonio entre la raptada y el raptor, requisito este que fué incluido en la edad cristiana.

Por motivos sociales y ejercicio de cargos públicos se prohibió el matrimonio a los senadores y descendientes de ellos hasta el tercer grado con libertas o hijas de libertas y a gobernadores con mujeres de la provincia regida.

El impedimento entre senadores y actrices fué abolido por Justiniano.

Un senadoconsulto de Marco Aurelio prohibió el matrimonio entre el tutor y descendientes con la pupila antes de que se hubieran presentado las cuentas.

Justiniano por motivos religiosos introdujo el impedimento entre padrinos y ahijadas. También por razones religiosas se impidió el matrimonio entre cristianos y herejes y aquellos que hubieran hecho voto de castidad.

II. EL DERECHO COMUN EN CASTILLA.

El Derecho Romano continuó perviviendo después de la caída del Imperio de Occidente a través del Código Teodosiano, como fuente principal de la legislación propia de los pueblos germánicos que en sus leyes unieron conceptos del derecho Romano vulgar y tardohelénico, con sus concepciones jurídicas institucionales originarias y todavía poco abstractas.

De esta unión de elementos surgió a finales del s. VI y mediados del s. VII compilaciones jurídicas en los reinos ostrogodos, borgoñés, franco-lombardo y anglosajón y también en el reino visigodo que desde el 507 que se limitó a España, después de su destrucción en el 711, continuó viviendo esta concepción en los fueros de ámbito local, que tuvieron su inicio en pequeños nucleos carentes ahora de todo orden territorial y que precisaban llenarse con la elaboración de normas generales, cuya fecha de inicio puede ser tomada a partir del siglo IX.

Si bien estas primeras manifestaciones son muy reducidas y carentes de sistematización, de manera que aparecen colocados los preceptos unos a continuación de otro, a partir del siglo XIII esto cambia y ahora los preceptos son agrupados atendiendo a su mismo aspecto, lo cual ya implica la influencia romanística.

Estos ordenamientos locales pronto decaen y si bien no pierden su vigencia, agotada su fuerza creativa y expansiva, quedan anquilosados imponiéndose la superioridad técnica del derecho romano cuando por necesidades de unificar el derecho local el rey asume esta tarea.

El modelo romano se introdujo en Europa a través del *Corpus Iuris* de Justiniano, que se convirtió desde finales del s. XI ante todo en Bolonia en la base de una ciencia jurídica que influirá también en la legislación de múltiples maneras. Este derecho romano fué enseñado de tal manera como si se viviera todavía en el siglo VI en lugar

de modernizado como se aplicaba en su propio tiempo en la Iglesia y en los tribunales seculares, sobresaliendo en esta escuela la personalidad de Irnerio, cuya actitud se impuso también en otras partes fuera de la Escuela jurídica de Bolonia.

Frente a esta tendencia puramente romanista surge la considerada opuesta y es aquélla que se dedica al estudio del derecho canónico, siendo Graciano su máximo representante que con su colección de Cánones lo convirtió en la base de una escuela jurídica científica canónica manteniendo una actitud de rechazo frente al derecho romano.

Esta situación permaneció así hasta la época de Alfonso X, en la que ya se hizo más normal el estudio *in utroque*. El arraigo y las concepciones y principios de este Derecho, convertido por los postglosadores o comentaristas en el Derecho común de la comunidad cristiana occidental, desplaza sobre todo la costumbre y las decisiones judiciales altomedievales contribuyendo a la creación de un derecho legal formulado por el rey en las Cortes.

Y es ahora cuando podemos hablar de un derecho común particularmente claro y apropiado para servir de modelo como ordenamiento general de todo el Imperio con característica supranacional, considerando que los ordenamientos jurídicos de los reinos son derechos subordinados a él.

En Castilla la penetración fué muy intensa inspirando a Alfonso X la redacción de su monumental obra jurídica, siendo el receptor de este Derecho Común, considerado este como el fenómeno cultural más importante de la Historia de España y de Occidente, tanto por su duración (desde el s. XI hasta la actualidad) como por su extensión geográfica (todos los países de la mitad occidental del continente europeo y colonias) y por su intensidad en cuanto que ha configurado la mentalidad y organización de la sociedad en las diversas épocas y países, adaptándose a las necesidades sociales de cada momento.

III. REQUISITOS EXIGIDOS PARA QUE HAYA MATRIMONIO EN LAS PARTIDAS ALFONSINAS.

III.1. Matrimonio en el Derecho castellano.

La obra de Alfonso X define el matrimonio⁵ como el ayuntamiento de marido y mujer hecho con tal intención de vivir siempre en uno y guardando lealtad uno de ellos al otro y no ayuntando el varón a otra mujer, ni ella a otro varón.

La misma Partida IV en sus leyes siguientes expone los requisitos e impedimentos propios del matrimonio.

La ley IV de esta misma tabla establece la manera en que ha de hacerse el casamiento y dice así: "consentimiento solo con voluntad de casar hace matrimonio entre varón y mujer, en parrafos posteriores añade el matrimonio se hace tan solo por el consentimiento y expone el deseo de quien pueda hacerlo por palabras lo haga porque se puede probar si menester fuese, pero también se admite el dado por sus parientes mensajeros o extraños que lo hagan por mandato de ellos". Es pues el consentimiento requisito indispensable para la existencia de matrimonio en el derecho de las Partidas.

⁵ Partida IV, tit II, ley I.

El requisito de la capacidad natural que venía exigido en Roma lo encontramos en estas leyes en la misma tabla cuando dice: "todos aquellos que han entendimiento sano para consentir el casamiento, que son tales que no tengan embargo que les impida yacer con las mujeres, y aunque los mozos y las mozas que no son de edad para decir aquellas palabras por las que se hace el matrimonio las digan, porque no tienen entendimiento para consentir no valga el casamiento que se haga entre ellos". Añade que tampoco podían hacerlo "los castrados o les falten miembros que son menester para engendrar, pues aunque haya entendimiento para consentir, no podrían ayuntar con sus mujeres para hacer hijos".

Otro si el que fuese loco o loca de manera que nunca perdiera la locura, no puede consentir para hacer casamiento aunque dijese las palabras por las que se hace casamiento; pero si alguno fuese loco unas veces y otras tornase cuerdo, si en aquella sazón que fuere su memoria consintiese si valdría el casamiento.

Vemos que esta ley V en la que se recoge la manera en que ha de hacerse matrimonio no se refiere de manera explícita como ocurre en el matrimonio romano a la necesidad del consentimiento paterno sino que habla exclusivamente de el dado por las partes que contraen casamiento.

III.2. Causas que impiden matrimonio en el Derecho de Partidas.

La ley X de este mismo título sigue las pautas del derecho romano en cuanto que habla de los impedimentos o cosas que embargan el casamiento y en la que vemos se mezclan elementos del derecho canónico y civil.

Dice que quince son las cosas por que se embarga el casamiento:

Primera, cuando acaece error en las personas que casan, ya que si cuidasen casar con uno y casasen con otra no consentian y por ende no debe valer el casamiento.

Establece a continuación la validez del casamiento si el error fuese de lo que llama de calidad o fortuna y así establece que si la mujer creyese que era hijo de rey o de otro hombre noble y no lo fuese e igualmente valdría si alguno casase con mujer que dijese que era virgen aunque no lo fuese.

Seguidamente se contempla que igualmente embarga casamiento, cuando algún hombre que fuese libre casase con mujer sierva o mujer libre con siervo no sabiendo que lo era⁶. Distinto sería venir a decir si esto se supiera en cuyo caso si valdría el matrimonio. Esta misma ley recoge el impedimento de los que hicieran voto solemne para entrar en religión.

El parentesco hasta el cuarto grado dice la ley XII embarga el casamiento, de igual modo que lo impide el parentesco espiritual (que vimos ya lo introdujo Justiniano por motivos religiosos) entre los compadres y los ahijados con sus padrinos, ni el ahijado o ahijados con los hijos del padrino o madrina.

En quinto lugar como impedimento aparece en la siguiente ley⁷ aquellos pecados que embargan a los hombres a que no puedan casar: los hombres que matan a sus mujeres sin razón y sin derecho, el que llevase por la fuerza esposa de otro. El que matase clérigo misacantano y también dice los que hacen pecado de incesto y así es

⁶ Partida IV, tit. II, ley XI.

⁷ Partida IV, tit. II, ley XIV.

considerado por la Iglesia añade el que hubiera yacido a sabiendas con parienta o con parienta de su mujer o de otra con quien hubiese yacido hasta el cuarto grado, o si yciese alguno con su madrastra o con madre e hija o con su cuñada o con su nuera.

De carácter religioso también es la prohibición de casar cristiano con judia o hereje o mora o con cualquiera otra mujer que no tuviese la ley de los cristianos; sí lo podrá hacer -añade la ley- si se tornara ella cristiana⁸.

La séptima cosa que embarga casamiento y que contempla esta misma ley es el casamiento hecho por miedo o fuerza. Expone las líneas a considerar hasta que punto puede considerarse miedo y dice cuando se haga de tal modo que aunque fuese hombre de gran corazón se temiere de él o si viere armas, u otras cosas con las que quisiere herir o matar.

El octavo impedimento se refiere en la ley XVI a tres ordenes mayores alcanzadas por los religiosos: clérigos, subdiáconos o diáconos.

La novena sería cuando alguno le vinieran a hacer mal que le impida yacer con su mujer, pero esto se entiende cuando este embargo existiese antes del casamiento, pues si fuese después de matrimonio o adquiriese alguna otra enfermedad no se desharía este⁹.

Establece la ley XVII como décima causa de embargo la llamada de *publicae honestatis iustitia*; esta misma ley recoge de nuevo y enunciándola como oncenca causa el parentesco que califica de cuñadía hasta el cuarto grado, que recoge el derecho romano cuando se refiere al parentesco se afinidad.

La causa doce que impide matrimonio¹⁰ es cuando el varón sea de tan fría naturaleza que no pueda yacer con mujer.

Sigue tratando esta ley como causas que embargan matrimonio los mismos requisitos que exigía para que existiese matrimonio como hemos podido comprobar en la ley VI que establecía quiénes podían casar. De tal manera que dice como causa trece de embargo el que se casa siendo loco y en la catorce vuelve a repetir aquellos que casan no teniendo edad ni entendimiento para consentir no harán casamiento, lo cual ya venía establecido también como requisito para que pudieran contraer casamiento.

La quince causa de embargo que establecen las Partidas Alfonsinas es, cuando lo hagan en tiempos de feria con lo cual se impide puedan velarse los novios, ni entrar la novia en poder del esposo para yacer con ella, y también si existiesen razones por las cuales la Iglesia tuviera que hacer defensa hasta que se sepan con certeza, así sería cuando alguien dijese que eran parientes o cuñados o alegase alguien algún otro motivo que impida matrimonio y que haya de ser comprobado por la Iglesia.

Los siguientes capítulos explican de manera amplia a qué se refieren estos impedimentos, exponiendo en sus leyes que cosas son estos.

IV. REQUISITOS DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO INDIANO.

⁸ Part., tit. IV, ley XV.

⁹ Part. IV, tit II, ley XVI.

¹⁰ Partida IV, tit. II, ley XVI.

IV.1. Introducción.

El viaje colombino del Descubrimiento se plasma en un documento de naturaleza jurídica difícil de tipificar, como así han manifestados los estudiosos¹¹ que han tratado el tema. Las Capitulaciones de Santa Fe, convenidas el 17 de Abril de 1492 entre los reyes de Castilla y Aragón y el descubridor Cristóbal Colón, recogiendo el régimen jurídico, político y administrativo para aquellos territorios que se querían descubrir, poniendo las bases para el futuro Derecho indiano. Derecho que como han señalado los autores nace antes de que se conocieran las personas y las tierras sobre las que se iba a aplicar, teniendo en cuenta el derecho común vigente en Europa y, especialmente, el Derecho de Castilla¹².

Este derecho no tarda pronto en revelarse inadecuado, ineficaz y discutible, no obstante con la convivencia en aquellos territorios, se va adaptando a las necesidades propias del descubrimiento y colonización y para las relaciones internacionales que han de mantenerse con aquellos otros países que quieren beneficiarse del descubrimiento.

El Derecho de Castilla a través de estas capitulaciones se trasplanta a Indias, sirviendo también de vehículo para llevar los principios del Derecho bajomedieval desarrollado en Europa, es decir, el Derecho Común o romano-canónico y el Derecho natural. No obstante, el derecho que se impondrá en América será el derecho bajomedieval desarrollado en Castilla y el derecho especial indiano formulado también por los castellanos, junto con el que se toma de los pueblos indígenas descubiertos¹³.

Al formar las Indias parte de la Corona de Castilla regían sus leyes como generales o comunes con las peninsulares. Pronto se reveló que este era insuficiente, por lo que fue necesario dictar normas específicas para ellas. Estas leyes eran particulares o especiales para Indias tanto para el Nuevo Mundo en general como para alguna de sus provincias¹⁴, prevaleciendo en caso de disparidad sobre el derecho castellano.

El orden de aplicación de las leyes en Indias sería el siguiente: en primer lugar se aplicarían las leyes dictadas para las Indias, y en su defecto con carácter subsidiario o supletorio, las de Castilla¹⁵, siendo introducida una limitación a partir de 1564, ordenándose que para que las leyes de Castilla tuvieran vigencia en Indias debían ser ratificadas antes en el Consejo de Indias.

Sentida la necesidad de llevar a cabo un proceso recopilador de toda la legislación real para las Indias, comienzan los primeros intentos a mediados de la primera mitad del S.XVI y culmina por fin en 1680 gracias a la labor de León de Pinelo y que culmina con la llamada *Recopilación de las leyes de Indias* de Jiménez Paniagua.

¹¹ MANZANO, J., *La incorporación de las Indias a la Corona de Castilla*; MUZON, "Capitulaciones de Indias", *Gran Enciclopedia Rialp*, Madrid, 1976.

¹² GARCIA GALLO, "El Gobierno de Colón", *Estudios de Historia del Derecho Indiano*.

¹³ GONZALEZ DE SAN SEGUNDO, *Derecho Prehistórico e instituciones indígenas en el ordenamiento jurídico indiano*, Madrid, 1980.

¹⁴ GARCIA GALLO ("La ley como fuente del derecho en el S.XVI", *AHDE*, p. 65) dice que su vigencia se limitaba a un territorio más o menos amplio de la monarquía castellana.

¹⁵ GARCIA GALLO, *op.cit.*, p. 65.

De esta Recopilación se han hecho a lo largo de la Historia siete ediciones, cinco de ellas oficiales y las otras dos privadas cada una de las cuales corresponde a un reinado: Carlos II(1680); Fernando VI (1759); Carlos III (1774); Carlos IV (1791); e Isabel II (1841), y las privadas en el reinado de María Cristina (1889) y en el año 1943.

Este derecho indiano y el antiguo castellano muere por obra de la revolución según palabras de García Gallo¹⁶. No obstante según palabras de la profesora Beatriz Bernal, esto por lo que se refiere al derecho público si que es así, pero las normas de carácter privado persisten y vienen incluidas en sus códigos.

IV.2. Matrimonio en Indias.

El derecho indiano no se aparta de las directrices del derecho castellano, lo que no impide que en esta parcela del matrimonio presente alguna nota propia de la compleja sociedad a la que regula.

Como hemos visto, el orden de prelación establecido para Indias fué en primer lugar las leyes especiales para Indias que prevalecen aún en caso de disparidad con el Derecho Común o general y en segundo lugar la legislación castellana. Las leyes especiales de Indias recopiladas en 1680 derogan toda norma no recogida en ellas a la vez que tienen vigencia general para todos los territorios de Indias y no solo para una u otra provincia.

El matrimonio en Indias requiere unos trámites previos que deben ser instruidos por el representante eclesiástico a quien corresponde el llamado expediente matrimonial, procurando averiguar si los novios se casan por propia voluntad y si existen impedimentos para esta unión.

La inquisición relativa a los impedimentos se lleva a cabo a través de una doble práctica: la información de soltura y la lectura de proclamas.

Durante mucho tiempo, los regulares que se hallaban al frente de curatos en Nueva España y Guatemala casaban a sus feligreses indios, españoles e híbridos sin que fuera necesario presentarse al Ordinario para hacer las informaciones de libertad, dadas las largas distancias, pobreza de las gentes y la dificultad de muchos contrayentes de acudir ellos y sus testigos a las Curias respectivas, costumbre esta que ante el temor de que por las dificultades para trasladarse a la sede episcopal muchos no trajeran matrimonio y vivieran en mal estado, se dictaron dos Breves una en mayo de 1673 por Clemente X y otra de Mayo de 1698 por Inocencio XII, mandando que los párrocos de todas las diócesis pudiesen casar a sus feligreses aunque no se hubiesen hecho las declaraciones de libertad(17).

Las amonestaciones, instituidas por el IV Concilio Lateranense y caídas luego en desuso, fueron puestas de nuevo en vigor por el Tridentino con la precisión de que fueran en número de tres.

Para el caso de las uniones entre indígenas, en la lectura de proclamas se adopta una nueva modalidad para evitar que el número de tres demore más de la cuenta el matrimonio de los indios, permitiendo que sean leidas en días de diario en lugar de festivos aún cuando se realicen las tres lecturas en una semana, e incluso se conceden la dispensa de amonestaciones en casos especiales.

¹⁶ SAEZ DE PEÑA, *Manual*, p. 92.

El II Concilio Limense ordena a los curas que al tiempo de las amonestaciones se interroguen a los caciques y otros conocidos de los novios sobre la eventual existencia de impedimentos¹⁷.

IV.3. Requisitos matrimoniales en el Derecho Indiano.

Requisito esencial en el matrimonio indiano es al igual que hemos visto en los anteriores, el mutuo consentimiento de los contrayentes, mutuo consentimiento que se dice ha de nacer de la libre voluntad de los mismos, ajena a cualquier competimiento, entendiendo que la libertad de estos se oprime tanto cuando se les obliga a una unión que les repugna como cuando se les impide una que han elegido.

El primero de los casos viene relacionado con el impedimento dirimente de fuerza, reputándose por tal no solo la coacción absoluta, sino también el miedo grave, que obliga a consentir contra la voluntad para evitar un mal mayor para la propia persona que se casa o de otra persona que es muy querida.

Para evitarse cumpliese este requisito se establecen medidas tanto eclesiásticas como civiles tendentes a resguardar la libertad matrimonial en Indias¹⁸.

Así, el II Concilio Limense establece que el párroco se ha de asegurar la voluntad de los novios antes de pasar a las amonestaciones, y sobre todo a que la respuesta de la novia se halle rodeada de las máximas garantías, por considerar a la mujer tanto por su propia índole como por influencias familiares facil presa.

La pragmática Sanción promulgada el 23 de Marzo de 1776¹⁹, extendida a las Indias por Cédula de 7 de Abril tendente a restringir la libertad matrimonial respecto de los hijos de familia, autoriza a los padres a oponerse a las uniones entre individuos socialmente desiguales.

Este requisito procura por otro lado salvaguardar la libertad de matrimonio permitiendo que acudan a la Justicia Real para obtener permiso supletorio para celebrarlas, en el caso de que sean justas y honestas y los padres se opongan irracionalmente.

El consentimiento se exigía del padre o en su defecto de la madre o a falta de estos de los abuelos por ambas líneas o faltando también éstos, de los parientes más cercanos, y como decíamos anteriormente la justicia más cercana tendrá en su responsabilidad el otorgamiento o denegación del consentimiento.

Contraer matrimonio sin el debido consentimiento era considerado causa de desheredación. La obligación de consentimiento que establece esta pragmática se hace extensible a toda clase de vasallos menores de veinticinco años, edad a partir de la cual solo precisan el consejo paterno, pero también el incumplimiento de este consejo venía sancionado con la desheredación.

En lo referente a Indias la pragmática exceptuó a los mulatos, coyotes e individuos de castas, salvo a quienes sirvieran como oficiales en las milicias, y respecto de los indios tributarios, admitió que siendo hijos de padres desconocidos o que se encontraran en lugares lejanos fuera el cura en nombre del rey el que asumiera la

¹⁷ RIPUDA ARDENAS, D., *El matrimonio en Indias*, Buenos Aires, 1977, pp. 77 ss..

¹⁸ HIDALGO, *Tractatus de impedimentis matrimonii* , d. 5, s 4, nº 57, pp. 26-27.

¹⁹ Disposición recogida en la Nov. Recopilación 10,2,9.

carga de consentir o no.

Tenía tal relieve este requisito del consentimiento en Indias que la autoridad eclesiástica no debería conceder licencias para contraer matrimonio sino constara haber cumplido con lo mandado.

Junto a este consentimiento paterno, se exigió por imperativo legal para los individuos de milicias la necesidad de solicitar licencia a sus superiores jerárquicos, si les era negado sería el inspector al igual que los jueces para los casos anteriores de civiles, el que tendría jurisdicción, esto fué recordado por la Pragmática del 31 de Agosto de 1803.

Una orden de ese mismo año pero del 10 de Abril había introducido ciertas alteraciones con respecto al edad de los hijos de familia: así las mujeres mayores de 23 años no precisaban el consentimiento no teniendo padre pero sí madre; si solo existían abuelos la edad se adelantaba los 22 para los hombres y 21 para las mujeres.

Junto a este requisito que hemos visto aparece el de exigencia de una cierta edad, que por otro lado hemos visto aparece tanto en el derecho romano como en el de Castilla.

El derecho Canónico y el civil coinciden en fijar la edad para la celebración del matrimonio en un mínimo de catorce para el hombre y doce para la mujer, a menos - dice- que la malicia supla la edad.

Esta norma suele ser infringida en la época de oro de la encomienda india; así en Perú criaturas de seis y siete años solían ser unidas a viejos encomenderos sin hijos, en el momento de dar la mano el encomendero recibe dinero de los padres de la novia y esta queda en condiciones de heredar el repartimiento del viejo esposo.

Pero este problema de edad se da también y sobre todo entre los indígenas. Por ello eclesiásticos y civiles que han detectado esta situación, procuran buscar remedio en la medida de sus posibilidades, de tal manera que los franciscanos de Nueva España exigen averiguar los años de los contrayentes y no casarlos si son menores, o los dominicos de Guatemala encargan a los indios que no casen a sus hijos e hijas pequeñas por los inconvenientes que esto acarrea²⁰.

El III Concilio Mexicano de 1585 había establecido que los sacerdotes no celebraran matrimonios mientras no les constara fehacientemente la edad.

Felipe II, considerando que los matrimonios prematuros resultan además de ofensivos para Dios origen de quebrantamiento de la salud, manda en 1581 a las Audiencias y Justicias Reales de Indias que castiguen a los responsables de esos matrimonios.

Estas exigencias de edad trajeron consigo dos corrientes de opinión: por un lado, el Padre Zumárraga en Nueva España y el Jesuita Acosta en Perú consideran que hay que casar a los indios cuanto antes para así evitar los amancebamientos; y la otra corriente viene avalada por el Obispo Diego de Laude, que opina deben retrasarse los matrimonios porque a esa tierna edad no suelen tener la suficiente razón para tomar estado y de ello se originan repudios, adulterios y malas crianzas de los hijos²¹.

²⁰ REMESAL, *Historia general de las Indias*, 1, 9, c, 17, p. 252.

²¹ RIPODAS ARDENAS, *op.cit.*

IV.4. Impedimentos establecidos en el derecho Indiano.

El Concilio de Trento recuerda que la ley divina prohíbe a los cristianos tener a un mismo tiempo varias mujeres²². Sin embargo, en toda América precolombina eran instituciones muy arraigadas la poligamia y el repudio. La legislación civil y la eclesiástica ante ello intentan buscar soluciones.

Semejante hábito -dice López de Gómara- responde a motivos de tipo moral, sociopolítico y económico y enumera cuatro: el primero es el vicio de la carne; el segundo es por tener muchos hijos; el tercero por reputación y servicios; cuarto por granjería²³.

El Estado y la Iglesia se esfuerzan desde fecha muy reciente en conseguir que los indios se unan sacramentalmente a sus mujeres y se recomiendan se les haga ver que han de conformarse con una sola mujer, pero al mismo tiempo se intercede ante la Iglesia para que los indígenas no sean castigados pecuniariamente por hallarse amancebados, criterio que sigue mantenido en la Recopilación.

El tránsito de la poligamia al matrimonio cristiano lo resuelve superficialmente las Leyes de Burgos²⁴ cuando dice que los indios se casen con la mujer que mejor les estuviese. Sobre este impedimento de ligamen dado el arraigo que tenía existen multitud de especialidades que ahora serían imposibles de recoger.

Impedimento dirimente de parentesco: El derecho canónico considera incestuoso el matrimonio entre parientes cercanos, y así se establece el impedimento por razón de consanguinidad, de afinidad y espiritual.

En Indias se dan soluciones especiales para estos impedimentos: La ley de Burgos se preocupa reiteradamente de hacer ver a los indios que las mujeres que tomen no deben ser sus allegadas, ahora bien la costumbre de esta sociedad, acostumbrada a unión entre parientes motiva a que la Iglesia dicte una legislación específica sobre la materia.

Se dispensa el matrimonio entre parientes consanguíneos o afines en tercer y cuarto grado, dispensa que es aplicada en toda América²⁵.

Los Obispos de Nueva España solicitan se extienda esta dispensa a parientes de grado más cercano²⁶. Pero también en sentido opuesto se manifiestan miembros del I Concilio Limense.

Aquí el problema era grande debido a lo difícil que era en algunos casos determinar si existía o no parentesco entre los indígenas que querían casarse. Los franciscanos en Nueva España solían pasar revista al linaje de los contrayentes en presencia de testigos indígenas.

Esta dispensa de consanguinidad se aplica *a fortiori* a los indios que ya unidos en

²² Concilio de Trento, 24 *De Sacr. matr.* Canon 2.

²³ LOPEZ DE GOMARA, *Historia de la Conquista de Mexico*, c 220, t.2, p. 240.

²⁴ Ley de Burgos de 23 de Enero de 1513.

²⁵ La bula Altitudo, de 1 de Junio 1537.

²⁶ Los Obispos de Méjico, Antequera y Michoacán lo solicitan en 1540 (*Epistolario de Nueva España*, IV, México, 1939).

matrimonio y emparentados dentro de los grados permitidos se van convirtiendo²⁷.

El parentesco espiritual había sido restringido por el Concilio de Trento en beneficio de todos los fieles ligados por el bautismo al bautizado y sus padres con el bautizante y a los padrinos. Se optó por distintas soluciones para que esto fuera entendido por los indígenas y así en Nueva España se opta por suprimir el padrino, que no es necesario para la validez del bautismo y pidiendo a Roma que a través de padrinazgo los indios no contraigan parentesco alguno.

Impedimento por disparidad de cultos: aunque el matrimonio entre cristianos e infieles, no siendo contrario al derecho natural, no era al principio inválido, sin embargo a partir del s.XII la disparidad de cultos comienza a considerarse un impedimento dirimente, incorporándolo la Iglesia a su derecho.

El problema principal que se presentaba aparte del ocasionado por matrimonio entre un infiel y un fiel, era el que se originaba cuando uno de los cónyuges se convertía, si se daba una convivencia tranquila, se optó por que el impedimento en estos casos no actuase y el matrimonio se conservaba. El problema surgía cuando la convivencia se hacía peligrosa para la parte conversa, dándose en este caso la disolución del matrimonio si este deseaba contraer nuevas nupcias con un cónyuge fiel²⁸.

Impedimento impediente de época: al igual que recogían las Partidas aparece en este derecho de Indias la antigua prohibición total de celebrar matrimonios en tiempos de penitencia, vedando la Iglesia las nupcias solemnes o velaciones desde el primer domingo de Adviento hasta el día de la Epifanía, y desde el miércoles de ceniza hasta la octava de Pascua inclusive. De tal manera que no impedían celebrar matrimonio sino que únicamente les venía prohibido dar la bendición nupcial, que se retardaba hasta el momento en que pudiera ser impartida.

La prohibición por parte del Estado de que ciertos funcionarios se casen en determinadas condiciones no entra dentro de las causas que impiden matrimonio, ni se consideran matrimonios nulos los realizados sin tener en cuenta la prohibición. Eso en cuanto a la Iglesia, si bien en ocasiones por lo que se refiere al ámbito puramente civil sigue se recogen algunos castigos para quienes contraviniessen las interdicciones impuestas por motivos públicos por el Príncipe.

²⁷ Junta eclesiástica de México de 1539, c. 23, *in fine*.

²⁸ PEÑA MONTENEGRO, *El matrimonio de infieles*, s 6, nº 2-4, p. 491.