

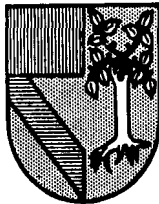
308909

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

1
2y.

ESCUELA DE DERECHO

**CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**



**LA REAL PRAGMATICA DE 1776 Y EL ORIGEN
DEL MATRIMONIO CIVIL**

**TESIS QUE PARA OPTAR AL TITULO DE LICENCIADO
EN DERECHO PRESENTA EL PASANTE**

TOMAS ARAMBURU SIERRA

MEXICO, D. F.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1987



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N T R O D U C C I O N

A raíz de la promulgación de las Leyes de Reforma en 1859 una de las cuestiones más importantes en el Derecho Privado Mexicano ha sido el referente al matrimonio civil ya que siendo la institución matrimonial la base de la familia y ésta la célula fundamental de la sociedad, el Estado debe de estar interesado en la protección y amparo de ambas instituciones.

Realmente el matrimonio civil surge con las Leyes de Reforma ya que anteriormente correspondía su regulación al derecho canónico.

Ahora bien, aunque es el año de 1859 cuando nació la institución del matrimonio civil en México, realmente tuvo orígenes anteriores, que podemos precisar en la Real Pragmática de Matrimonios de 1776, ya que es el primer texto legal en donde se diferenciaba el matrimonio civil del religioso.

El objeto de la presente tesis es relatar el iter que recorrió el matrimonio civil desde la Real Pragmática de 1776 hasta las Leyes de Reforma de 1859, tomando como hilo conductor el tema del consentimiento paterno para el matrimonio de los hijos menores de edad, haciendo alguna breve referencia al desenvolvimiento posterior hasta llegar a la Reforma de 1975 de la cual se hizo ya un rompimiento total entre ambas instituciones.

Capítulo I

EVOLUCION GENERAL DEL DERECHO

1. La Edad Media en España

La Alta Edad Media en España se caracteriza por el predominio que sobre todos los demás elementos adquiere el derecho visigodo, principalmente el consuetudinario. El derecho romano se olvida casi totalmente y sólo vuelve a influir a partir del siglo XII; en cambio el canónico predomina poderosamente en toda la Edad Media. Las costumbres visigodas -mezcla de elementos primitivos, romanos y vulgares- dominan con gran fuerza, incluso la legislación de la época se adapta a ella, siempre dependiendo su evolución de las condiciones de cada región. (1)

El Liber Iudiciorum rige como ley general en León y Cataluña no así en Castilla, Aragón y Navarra.

En el siglo XI se inicia en la escuela de bolonia, Italia, una intensa labor sobre el Digesto y las novelas de Justiniano bajo la dirección de Irnerio. Los juristas participantes eran conocidos como glosadores ya que explicaban el Corpus Iuris Civilis sin otra preocupación que su conocimiento.

(1) GARCIA GALLO, Alfonso, Curso de Historia del Derecho Español, Ed. gráfica administrativa, Madrid, España 1947. p. 154.

En España se conoce muy pronto este renacimiento de derecho romanista, por lo que multitud de personas, la mayoría clérigos, partieron a Bolonia a estudiarlo, ya que el derecho visigodo no se adecuaba a la época ni presentaba soluciones para los problemas económicos, sociales y políticos; entre tanto el derecho romano gozaba de ser un sistema completo y de técnica impecable, sólo el pueblo español permanecía impasible ante este movimiento que ya influía en los consejos de los reyes y los tribunales.

Es necesario señalar que ante el gran movimiento romanista el derecho canónico no permanece estacionado, ya que los concilios ecuménicos y las epístolas de los papas contribuyeron a su gradual desarrollo, con una influencia extraordinaria de los principios cristianos y canónicos, a tal grado que los documentos eran redactados por los eclesiásticos, y el espíritu religioso dominaba la vida entera. Para entonces el derecho canónico regulaba todo sobre la propiedad, la prescripción, el préstamo, el testamento y el matrimonio. No obstante que el derecho en esta época se ajustaba a los principios de la religión cristiana, el aspecto jurídico se diferenciaba claramente del religioso -desde entonces ya se contemplaban la diferencia entre el ius naturale, el ius gentium y el ius civile-.

El derecho en la Edad Media tenía dos fines: la realización de la justicia -de origen romano- y el mantenimiento de la

paz -de origen germánico-, fundamentándose en la equidad, careciendo de valor la ley que la contradijera. (2) Por ejemplo, Castilla los jueces juzgaban a su albedrfo de conformidad con la equidad.

En esta época el derecho se formaba y desarrollaba en cada región con sus características propias y de acuerdo con los privilegios fomentados por sus príncipes.

El derecho de la Edad Media era totalmente casuístico dada las costumbres visigodas, y no fue hasta la recepción del derecho romano-canónico cuando se crean en España sistemas jurídicos elaborados, en los que aparecen, junto a una casuística rica, ciertos principios de carácter general. En Castilla y Navarra se intenta darle forma a las fuentes jurídicas, pero sólo hasta el siglo XII con la influencia romano-canónica se empieza a pensar en la sistematización del derecho, por lo que a mediados de dicho siglo las sentencias de los tribunales no se limitan a confirmar las costumbres sino que sobre todo en Castilla, la crean libremente con cierto sentido amplio y territorial, decisiones que tienen valor general como fuentes del derecho para todos los casos iguales y empezándose a formar colecciones de estas (Fazafias).

El poder legislativo residía en el príncipe con la curia,

(2) Ibidem, p. 160.

y los señores podían dictar disposiciones para sus señoríos, pero de ordinario buscaban la confirmación de aquél.

Los fueros, citándolos como fuentes del derecho, tenían unas veces el carácter de concesión espontánea del señor, y otras veces la de un pacto entre el señor y los pobladores para poner fin a las desavenencias habidas entre ellos. Los fueros aparecieron en el siglo X, encontrándose ya muy extendidos para el siglo XII; sus fuentes eran la Carta Puebla, las costumbres, las sentencias, los privilegios del lugar y a veces el derecho de otra ciudad, en cuyo caso se le llamaría familia de fueros.

Existía una gran variedad de derechos locales; cada ciudad o villa tenía el suyo propio, así por ejemplo los castellanos tenían los fueros de Castrojeriz y salas de los infantes. Aunque la capital carecía de fueros, poseía una gran cantidad de privilegios y derecho consuetudinario. Pero el más importante de Castilla y de León es el fuero de Cuenca, concedido por Alfonso VIII ya que es el más extenso y perfecto de todos y fue concedido a numerosos lugares. A diferencia del derecho local, el derecho territorial no tuvo éxito y por lo tanto logra escaso desenvolvimiento; así podemos encontrar en Castilla que se rechaza abiertamente el código visigodo, y éste queda en un plano menor que el derecho local. Así pues, aunque el Liber Iudiciorum se encontraba vigente no gozaba de gran aceptación. En lo que respecta a los derechos personales, cada clase social, los habitantes

de distinta procedencia de cada localidad, los judfos y los moros, se rigen por su propio derecho personal o de clase, en gran parte consuetudinario no formulado, aunque la nobleza tiene en ocasiones un derecho escrito especial, sobre todo en Aragón.

La aplicación del derecho hasta el siglo XII era esencialmente popular -todos las personas lo conocían-, por lo que en la asamblea judicial se designaban los jueces entre los hombres libres del pueblo que asistían a ellas. Estos, sin preparación técnica especial, eran los encargados de aplicar las normas jurídicas, los actos extraprocesales, los contratos, testamentos etcétera, sin asesoramiento técnico y sin que un notario autentificara los documentos; y siendo el escriba al parecer un mero redactor, sólo se acudía a los juristas para aplicar el derecho cuando se recibe el derecho romano-canónico en el siglo citado.⁽³⁾

Considerando que los que aplicaban el derecho eran personas poco técnicas, podemos suponer que la interpretación y aplicación del derecho era fácil y al alcance de cualquier persona de buena voluntad, pero dada la falta de técnica jurídica se confundían y en ocasiones asimilaban figuras como la donación y la compraventa, entre otras. Asimismo, la falta de disposiciones legales o fuero obligaba a la costumbre del lugar a regir y en su defecto encontramos en Castilla el ya citado fuero de albedrfo o sea que el juez sentencia libremente y que no es propiamente un fuero aunque así se le llamara.

(3) Ibidem, p. 172

Los documentos públicos que se encuentran en esta época emanan de los príncipes, señores, funcionarios y municipios, y se refieren a la organización del Estado, del territorio o de la ciudad.

Poco se puede decir de los juristas de esta época, con un derecho popular y eminentemente conocido por todos. Realmente eran juristas teóricos que no aportaban nada a la práctica del derecho. Encontramos que en la labor literaria de éstos -casi todos anónimos-, se limitaba exclusivamente a recoger y extraer las fazañas (sentencias) o a redactar o recopilar las costumbres. De entre estos juristas merece mención especial Pedro de Grañón, monje de San Millán de la Cogolla que hacia el año 1000, con el título de Leyes Gothorum et regum, recopila en dos volúmenes el Liber Iudiciorum y leyes romanas.

Dada la desaparición del reino visigodo al ser invadida la península por los musulmanes, es rota la unidad política y la extinción de la organización del Estado, hasta que se erige como rey en Asturias a D. Pelayo, con lo cual renace en esta región la idea política de Estado. La gran parte de los territorios que se habían conservado independientes bajo el poder de sus señores son absorbidos por los reinos de Asturias y francos, pero después renacen como estados Navarra y Aragón y los condados aragoneses y catalanes. Se encuentra, pues, la España cristiana en esta época dividida en varios estados completamente independientes;

unos reciben el nombre de reinos y otros el de condados, pero su naturaleza jurídica y política es la misma, y los reyes y condes poseen exactamente iguales derechos como soberanos. (4)

En esta época los fines de la organización política y del Estado, que tanto el príncipe como los súbditos debían de cumplir, comprometiéndose a ello bajo juramento, era la defensa de la fe y de la Iglesia, el combatir a los moros y la defensa del reino. Podemos por lo tanto decir que en virtud del juramento del príncipe y de los súbditos nace un vínculo jurídico que une a ambos.

Los estados medievales españoles sufren durante toda esta época continuas transformaciones, como consecuencia de las cuales tiene lugar la formación de nuevos estados, la extinción de otros y el aumento o disminución de la extensión y población de todos. El príncipe obraba como administrador supremo con facultades de eximir el pago de impuestos y de enajenar los bienes del Estado a particulares; percibía asimismo las multas y derechos que son privativos suyos (regaldas), pero también tenía ciertas limitaciones como el impedimento para imponer prestaciones extraordinarias a sus súbditos sin consentimiento de estos. En esta época el pueblo simplemente libre no tiene ni se le concede voluntad política ni intervención en el gobierno del Estado; es gobernado, pero nunca gobernante: el príncipe representa su voluntad.

(4) Ibidem, p. 177.

Es necesario aclarar, sin menoscabo de lo citado, que en el siglo XI la nobleza y el alto clero constituidos por el pueblo libre obtienen el derecho de intervenir en la organización de la ciudad, en este caso Castilla para nombrar los jueces, pero no alcanza hasta fines del siglo XII el derecho de intervenir en el gobierno general de Estado, y aun entonces su actuación en este orden no es siempre directa, sino por mediación de las ciudades, y sólo cuando éstas, al consolidarse el régimen municipal, y el clero constituido en un poder de hecho que el príncipe ya no representa, consiguen el derecho de intervenir directamente en el gobierno del Estado.

Dentro de los órganos del Estado y cuyas funciones eran auxiliar al príncipe encontramos a los ministri o magistrati, que ejercían funciones unas veces de carácter esencialmente público y otras de naturaleza económica privada; lo hacía el príncipe asesorado por la curia (su nombramiento) y lo podía ocupar cualquier persona, a diferencia de los cargos en la corte que sólo podrían ser ocupados por nobles y eclesiásticos generalmente fieles vasallos del príncipe; aunque a mediados del siglo XII empiezan a designar en dichos cargos a juristas (letrados) independientemente de su clase social, que los ejercían en nombre del rey y para utilidad de éste, con remuneraciones que variaban según la categoría del funcionario, que podía consistir en casa, tierras o rentas o, en caso de ser un funcionario inferior, una parte muy pequeña dada la proporción de los ingresos que recau-

dan para el príncipe. (5)

Existían dos organismos que comprendían la administración central del Estado: el palatio -que intervenía en toda clase de asuntos- y la curia plena que limitaba su intervención a los asuntos de mayor importancia. Es necesario destacar dentro de los elementos que componen el palatio a los notari, scriptores o scriba, que eran aquellos que se encargaban de la redacción de los documentos de la corte. (6)

Respecto a la administración territorial encontramos que el príncipe comparte el gobierno con algunas corporaciones y particulares, aunque la esfera en que cada una ha de desenvolver su actuación no está deslindada con claridad lo que da lugar a constantes interferencias.

Durante gran parte de la Edad Media imperó la organización condal y no fue sino hasta fines del siglo XI que desaparece en Castilla y en otros estados. El conde ejercía originariamente su poder en nombre del rey y para utilidad de éste, aunque existía clara tendencia para ejercerlo en beneficio propio y posteriormente transmitirlo a sus herederos, lográndolo a finales del siglo X, aunque sin las atribuciones que antes tenía, ya que los municipios y los tenentes le mermaron el poder, a tal

(5) Ibidem, p. 187.

(6) Ibidem, p. 189

grado que en Castilla sólo le dejaron como asunto de su incumbencia el mantenimiento de la paz pública y las funciones militares, confiando la administración económica a los merinos y acabando con el régimen condal.

El título de tenente lo concedía el rey libremente y consistía en otorgarle la tenencia de poblaciones y territorios, con facultades para ejercer poderes públicos y jurisdiccionales.

Hasta el fin del siglo XI y principios del siglo XII en que desaparece la organización condal, los pueblos y villas carecían de régimen local, ya que estaban sometidos a la autoridad del conde o del señor y al albedrío de éstos, por lo que carecían casi por completo de una organización propia, dando paso a una nueva causa para buscar la terminación del régimen condal e independizarse de ellos para buscar una relación más directa con el rey, y obtener la posibilidad de constituir un municipio, al que primeramente le llamaron concilium.

Las poblaciones que poseían municipios gozaban de privilegios que día a día se iban ampliando, destacando entre ellos el de poseer todos sus habitantes la condición de infanzones y el de aplicar el Talión (tortum pertortum) cuando sufrían daños producidos por otra persona o pueblo. Estos municipios existieron con más frecuencia en Castilla y Aragón. (7)

(7) Ibidem, p. 202.

Respecto a la impartición de justicia, existe hasta el siglo XI predominio de la privada y desde mediados de este siglo y el XII se desarrolla totalmente la justicia pública. Esta consistía en que las autoridades ante un delito no tenían la necesidad de esperar a que reclamara el perjudicado e iniciaba el proceso, iniciado un juicio en el que las partes alegaban sus razones y el conde decidía con base en ellas. (8) Aquí podemos observar que el conde ya actúa como verdadero juez y que incluso llega a elaborar normas jurídicas que traen consigo la creación de nuevos funcionarios llamados iudices o justitias que sólo entenderán de materia judicial; y aunque esto dura poco tiempo porque los jueces adquirirían funciones administrativas en el municipio, nos sirve de base para pensar que la influencia de los glosadores y del derecho romano-canónico ha dado sus frutos y que ya no se deja a la ignorancia de la técnica jurídica la resolución de los conflictos.

Es importante hacer notar que esta nueva concepción de la justicia contribuye indirectamente a la difusión de la paz y tregua de Dios, quien decreta los concilios -independientemente de la paz y del rey- y que asegura la tranquilidad de los templos, propiedades eclesiásticas, personas de los clérigos, etcétera, con severas penas canónicas a los que las perturban, al igual que los que no cumplieran con el cese de toda clase de hostilidades en ciertas fiestas religiosas, desde el atardecer del

(8) Ibidem, p. 206.

miércoles hasta el lunes en la mañana.

Otro aspecto importante dentro de la historia de la España medieval, y en especial del estudio del derecho de la misma en los siglos que estamos tratando, lo constituyen las jurisdicciones, de las cuales había dos tipos: ordinarias y extraordinarias. Las primeras entendían de toda clase de asuntos civiles o criminales, mientras que las segundas entendían de ellos siguiendo un procedimiento especial o bien limitaban su actuación o determinada clase de asuntos. Dentro de la jurisdicción ordinaria encontramos dos organismos distintos: la curia regia y la asamblea judicial o en su lugar el juez y los alcaldes. No había fijación real de competencia entre ellos y sólo la presencia del conde en la asamblea determinaba la importancia del asunto. El rey la curia regia asistían a toda clase de litigios, y aunque el rey podía entender de cualesquiera asuntos, de hecho sólo solían llevarse ante él aquellos que no podían resolverse por cualquier organismo, es decir, los litigios entre nobles, entre eclesiásticos o entre unos y otros. Respecto a la jurisdicción extraordinaria, sólo existía en León, ventilándose en el tribunal del libro; su carácter extraordinario consistía en el derecho que aplicaban y su competencia, es decir, no se aplicaba derecho consuetudinario como en los demás tribunales sino el libro, entendiéndose por tal el Liber Iudiciorum, que por su competencia entendía de toda clase de asuntos en primera instancia, y en apelación las sentencias dadas no sólo por los condes, sino incluso por el

rey. (9)

Una vez establecida la jurisdicción del rey, pasemos entonces al estudio de la jurisdicción eclesiástica, de la cual nos atrevemos a decir que comparte funciones con el rey, ya que la competencia de aquél reside en los tribunales eclesiásticos, que conocen de todos los asuntos, cualquiera que sea su naturaleza, civil o criminal, siempre que el demandado sea un eclesiástico o uno de sus familiares (a esto se le llama privilegium fori y del cual se aprovechaban personas que realmente no gozaban de esta condición, pese a las protestas del rey).

Aunado a lo anterior, a partir del siglo X los tribunales eclesiásticos no sólo entendían de asuntos religiosos como el sacramento o materias de fe, sino que también pasan a entender aquellas materias que junto a un aspecto espiritual tienen otro temporal no menos importante como las legítimas, los testamentos, los beneficios, los adulterios, la usura y el más importante para el presente estudio: el matrimonio. (10)

Pasemos ahora a ver un aspecto determinante en la evolución de la humanidad y que es casi siempre la causa de las grandes guerras, así como la de los grandes triunfos: el financiero, centralizándose todos los ingresos en el príncipe, al cual co-

(9) Ibidem, p. 207

(10) Ibidem, p. 210

respondía también determinar el destino que juzgara oportuno, siempre con el consejo de la curia. La obligación tributaria estaba a cargo de las personas libres, estando exentos del pago los nobles y el clero; aunque a los libres, si favorecían con la política de repoblación y se iban a habitar lugares que no tuvieran señorío, se les exentaba del pago de impuestos, contribuyendo por lo tanto a restringir las cargas tributarias a un pequeño grupo que conformaba la población rural que dependía directamente del rey. Cabe mencionar que todas las tierras que se conquistaban y las no ocupadas pertenecían al príncipe, lo que hacía que éste tuviera fuertes ingresos tributarios aun cuando el pago fuera irregular. Los que tenían y cultivaban tierras propias estaban exentos del pago del impuesto; en cambio, los que no tenían tierras propias pagaban entre una cuarta y una novena parte de su producción.

Existían otras fuentes de ingreso para el rey como los derechos de aprovechamiento, que consistían en la concesión de uso o explotación de montes, pastos, cursos de agua, salinas y canteras a particulares o pueblos, otorgadas por el rey mediante el pago de regalías (ius regale), tomando en consideración que la propiedad de dichos bienes sujetos a aprovechamiento eran propiedad exclusiva del príncipe. También es preciso señalar que otra fuente de ingresos del príncipe y de los señores, que aunque era pequeña reviste importancia en el presente estudio del matrimonio, era el pago de los ossas y que se daba cuando la mujer

tenía tierras del señor y deseaba casarse; estos impuestos, por lo tanto, habrían de ser cubiertos por el marido, por lo que en Castilla necesitaban comprar el consentimiento del señor o príncipe mediante ese pago. Había cantidad de impuestos, tanto de carácter público como de carácter privado que proporcionaban a los señores y a los príncipes elementos económicos suficientes para mantener el poder y hacerse de mayores tierras y poblaciones para acrecentar su dominio.

Visto ya, aunque sea someramente, el problema de las jurisdicciones y de las cargas tributarias, es necesario contemplar detenidamente la relación entre Iglesia y Estado, ya que fue determinante no sólo para España, sino también para el descubrimiento, conquista y colonización de los territorios descubiertos, las posiciones en que se encontraban cada uno y la injerencia de la Iglesia en asuntos del Estado y viceversa.

Como mencionábamos con anterioridad la Iglesia, a partir del siglo X, aumentó constantemente su poder temporal al regir en materias propias del Estado como la legítima y el matrimonio, y al adquirir las iglesias y monasterios tierras y concesiones de inmunidad como cualquier señor, provocando un relajamiento de las costumbres eclesiásticas al darle demasiada importancia a los bienes temporales. Esto produjo en cierto modo una sumisión de la Iglesia al poder secular, por lo que, abusivamente, los laicos van adquiriendo una intervención cada vez más efectiva en el go-

bierno de la Iglesia, a tal grado que la curia regia intervenía en el nombramiento y deposición de los obispos. (11)

Posteriormente y con objeto de acabar con la injerencia del Estado en la Iglesia, el papa Gregorio VII dejó asentado que los dos poderes, Estado e Iglesia, proceden de Dios; y que son los dos grandes pilares sobre los cuales debe descansar todo buen gobierno, y por ello de procurarse, sin confundirlos, conciliarlos. En esta conciliación, por la superioridad de sus fines, la Iglesia debe elevarse sobre el Estado, sujetándose éste a la protección de aquélla y pagándole una contribución anual. El rey, en cambio, recibe del pontífice el encargo de velar por la paz del reino y por el mantenimiento de la disciplina eclesiástica, entre otras cosas. Esta teoría tuvo gran aceptación en los soberanos españoles y sobre todo por los reyes castellanos.

La primera mitad del siglo XIII es decisiva para la suerte de España; la acción unida de todos los peninsulares acaba fácilmente con la reconquista y, marchando rápidamente hacia la formación de grandes estados, se produce con la unión de León y Castilla en 1230 y los intentos de ésta para adquirir la Corona portuguesa en 1383, existiendo igualmente en los otros reinos uniones y separaciones hasta el siglo XIV. Asimismo esta época marca el inicio de la expansión marítima con la ocupación de Sicilia en 1283 ante las protestas y amenazas de Francia y del pa-

(11) Ibidem, p.222.

pado, por parte de Aragón, pero sólo hasta el reinado de Pedro IV se incorporan totalmente Sicilia y Atenas. También Castilla inicia su expansión por el Atlántico apropiándose de las islas Canarias en 1402. (12)

En esta época se observa un aumento considerable en la cultura, que deja de ser privativa de los claustros y escuelas, para difundirse a las ciudades. El elemento cristiano recibe nuevos refuerzos: en el terreno espiritual, gracias a la influencia decisiva de las órdenes mendicantes sobre la sociedad, restauradoras del más puro sentido evangélico; en el campo científico merced a la construcción doctrinal, no superada en su conjunto, que representa la Summa Teológica de Santo Tomás de Aquino, al igual que la aportación de otro elemento que, aunque muy antiguo, no había influido en la época anterior y por ello puede considerarse nuevo: la cultura de la antigüedad clásica, con las obras de Platón, Aristóteles y Séneca. (13) El influjo de la filosofía griega, exenta de fundamento religioso, se tiende en ciertos sectores a prescindir de la fe como base de todo conocimiento y a apoyar éste exclusivamente en la razón.

El carácter del peninsular se va transformando, el sentimiento de libertad destaca el espíritu individualista; se manifiesta con vigor el sentido crítico. El bienestar económico

(12) Ibidem, p. 227

(13) Ibidem, p. 231.

contribuye también a crear un optimismo. La alegría de vivir sólo era contrarrestada por el horror a la muerte, y aunque el hombre se siente conservador, aspira a encontrar nuevas formas y soluciones. El desarrollo es ahora cada vez más vivo; el aumento de hombres que carecen de tierras de cultivo produce en las grandes poblaciones donde se van a vivir un florecimiento extraordinario de la industria y del comercio, convirtiendo las ciudades en sedes de las residencias de mercaderes. La ciudad se erige como centro de la vida económica. Se establecen contactos entre ciudades y puertos muy distantes y se establece un tráfico regular de toda clase de productos. La economía monetaria triunfa por completo, pero este florecimiento económico requiere una mayor circulación de dinero, y la cantidad de éste no aumenta, por lo que se atiende a la necesidad del uso de la letra de cambio. La importancia de las operaciones comerciales fomenta la formación de sociedades capitalistas de varios tipos. Se empiezan a formar los bancos con gran auge, ya que los comerciantes depositaban ahí su dinero, con el cual comerciaban. La Corona de Aragón se abre al comercio por el Mediterráneo con Oriente. Castilla piensa que la continuación de su auge económico es el comercio con las Indias, llegándose a volver una obsesión dicho comercio para esa ciudad. En el campo no repercute demasiado el florecimiento económico y aquél continúa con el mismo régimen rudimentario que hasta entonces ha tenido. También hay época de crisis como la provocada por la peste negra a mediados del siglo XIV. La nobleza va quedando excluida del gobierno del territorio, pero conserva

sus extensos señoríos ya que prestan servicios militares a la Corona. Se generaliza el empleo de ciertos títulos nobiliarios puramente honoríficos: marqués, duque. La Corona intenta mermar el poder de los nobles apoyando a las ciudades y a los campesinos en sus luchas con aquéllos. Aparecen nuevas órdenes religiosas de vida austera como los franciscanos y otras dedicadas al estudio de la teología como los dominicos. Se empiezan a formar gremios de artesanos y profesionales. Los siervos rurales se van emancipando y fundiendo con los cultivadores libres.

En esta época llama nuevamente la atención el liber Iudiciorum, que se traduce al castellano por mandato de Fernando III para que sea aplicado en Córdoba en 1241. A esta versión romanceada se le llama Fuero Juzgo y no es una simple traducción, sino más bien una adaptación del texto latino, puesto que es objeto de adiciones, supresiones y cambio de expresiones técnicas. También es utilizado en la redacción del Fuero Real, mismo que se aplica en León y en muchos otros lugares y que para 1348 sigue rigiendo como uno de los fueros municipales reconocidos por el ordenamiento de Alcalá. En el siglo XIII los glosadores y los posglosadores ganan cada día más terreno y se traducen al castellano todos los estudios incluyendo el lo codi, para su mejor entendimiento. La divulgación del derecho romano y del canónico produce en el derecho español una transformación profunda. Los juristas fueron de tal forma influidos que deformaron los derechos nacionales para adaptarlos al común o siguieron este con exclu-

sión de aquéllos. En el terreno legislativo los reyes toman el derecho común como modelo para la redacción de los códigos e incluso lo admiten como derecho vigente. Particularmente en Castilla, el derecho común inspira plenamente las Partidas de Alfonso X e influye, aunque en menor medida, en el Fuero real. En esta época se perfila la distinción entre ius naturale y ius civile, en el sentido que los escritores eclesiásticos habían dado a uno y a otro. La justicia y la equidad aparecen, igual que en el siglo XII, como fundamento y fin del derecho. Se recoge del derecho romano el viejo aforismo de Quod Princip; placuit legis habet vigorem, que da al principio de autoridad una fuerza considerable, que sirve de fundamento al derecho real. Triunfa asimismo el derecho real frente al popular, y el derecho de Castilla queda establecido como una ordenación impuesta por el monarca. La recepción del derecho común en España trae consigo el triunfo del principio de la irretroactividad de la ley, y obliga a los juristas a una intensa labor de abstracción de principios, ayudando a que las fazafas pierdan sus notas anecdóticas para convertirse en fueros.

2. El derecho en Castilla

Una vez vista la influencia del derecho romano-canónico en España en general, es necesario, para los fines del presente estudio, conocer detenidamente el derecho de Castilla e influencia que ejerció en ella el derecho común, dado que las normas ju-

rídicas que se estaban creando sirvieron de base para la formación de las capitulaciones y otras normas legales que dieron un aspecto legal al descubrimiento y conquista de las Indias. En Castilla, como decíamos con anterioridad, los reyes adquirieron tal fuerza que dictaban las normas legales sin el consentimiento de las cortes -aun disposiciones de gran trascendencia como los códigos-, e incluso se dispuso que sus decisiones valían tanto como si hubieran sido dictadas en cortes. A estas disposiciones se les llamaban leyes y ordenamientos. (14)

El derecho real, inspirado en gran parte en los principios romanos y canónicos, tropieza muchas veces con la resistencia de los pueblos de Castilla apegados a su tradición. Esto provocó, bajo el reinado de Alfonso X, su fracaso y su incumplimiento o derogación, pero a la larga acaba por imponerse. El Fuero Real, obra del rey señalado, responde a su política legislativa, concibiéndolo y aplicándolo como verdadero fuero municipal, concluyéndose entre 1252 y 1255 se va aplicando como fuero a las ciudades que carecían de él e incluso a algunas que tenían otro anterior. La violenta reacción de los pueblos en 1272 tiene como consecuencia la derogación del Fuero Real, pero en la práctica no se olvidó y en los siglos XIV y XV los juristas lo utilizan en lugar de los fueros municipales. Fue la firme unidad política de Castilla y León la que determinó la formación de un derecho territorial uniforme en todo el reino. (15) Los reyes se

(14) Ibidem, p. 250

(15) Ibidem, p. 257

dedicaron a promulgar códigos y a dictar numerosas disposiciones legales, solos o con las cortes, consiguiendo imponer un derecho territorial legal.

En la llamada Epoca de Fijación en 1212, bajo el reinado de Alfonso X, éste, para premiar a los nobles y a los pueblos que lo habían ayudado en la guerra contra los almohades, ⁽¹⁶⁾ les concede que redacten el derecho consuetudinario de su lugar para después el confirmarlo. Lo anterior propició la redacción del derecho de Castilla la Vieja, con todos sus fueros o fazanas, y no es hasta la primera mitad del siglo XIV en que cesa la redacción de este derecho territorial y empieza su recopilación, tarea a la cual se dedican innumerables juristas y aún las cortes también, como la de Navarra. contrasta con esta labor de Castilla la Vieja, la de Alfonso X, que se caracterizó por su sentido innovador al introducir plenamente el derecho romano-canónico con la aspiración de lograr la unidad legislativa en el reino con la redacción de códigos generales. Poseía Alfonso X gran influencia de su padre Fernando III, quien inició un intento de redacción de un código con el título de Septenario (en siete partes.)

Es importante el estudio del reinado de Alfonso X el sabio ya que su decisión jurídica le abrió los caminos de Castilla. La primera parte de su obra la constituye el Fuero Real para posteriormente redactar el Espéculo, que fue el antecesor de las

(17) Ibidem, p. 258

Siete Partidas, obra que se comienza por orden de este rey en 1256 y se concluyen en 1263. El monarca tomó la dirección de la obra con los juristas que para el efecto se habían integrado, destacando Jacobo el de las leyes. Las Partidas fueron promulgadas pero ante el rechazo del pueblo, fueron derogadas, para que, posteriormente, en 1348, el ordenamiento de Alcalá las promulgara pero con carácter supletorio. (17)

En necesario citar las fuentes de esta obra para confirmar la transformación de la época, el cambio de mentalidad de los pueblos y lo abierto de los juristas para la recepción de nuevas corrientes jurídico-filosóficas. La fuente fundamental fue el Corpus Iuris Civilis y como consecuencia las Decretales y las obras de los glosadores y canonistas, dada la influencia de la corriente romano-canónica. El viejo derecho castellano sólo se toma en cuenta en menor medida, podríamos decir que supletoriamente. Para la fundamentación de las normas se basaron en las obras filosóficas de Aristóteles y Séneca, así como en las obras de Boecio y Santo Tomás, lo que hace que las Siete Partidas, con el título original de El libro de las leyes, constituyan una amplia y magnífica obra jurídica, en la que se tratan toda clase de materias.

A partir de Alfonso X las cortes castellanas empiezan a promulgar sus ordenamientos, que eran cuadernos de leyes dictadas

(17) Ibidem, p. 260.

por ellos y el monarca o de peticiones hechas por aquéllas y otorgadas por éste en la mayor parte de los casos, destacando el Ordenamiento de Alcalá promulgado por Alfonso XI en 1348 para mejorar la administración de justicia. El orden de aplicación de este ordenamiento era en primer lugar el propio ordenamiento, en su defecto los fueros municipales -entre ellos, donde rija, el fuero real- y supliendo a éstos, las Partidas. Podemos pensar en una especie de retroceso en el campo jurídico de acuerdo con el carácter supletorio que se le da al derecho romano-canónico en el ordenamiento, pero ya para entonces las grandes obras romano-canónicas jurídicas y las doctrinas filosóficas de los griegos y de Santo Tomás habían dejado una profunda huella en la concepción del derecho entre los juristas y el pueblo dado el carácter de individualidad que estas corrientes dictaban.

Es en el siglo XIV cuando se empieza a hacer la distinción entre monarquía y Estado. En Castilla se declara la indivisibilidad del reino; no existe, al parecer, una idea nacional clara, aunque sí un vago sentimiento de unidad y de espiritualidad común. (18) El nombre de España, que se aplicaba sólo a Castilla, se va en cierto modo extendiendo en el siglo XV a toda la provincia. Desde el siglo XII y hasta el XIV se forman uniones y hermandades entre las ciudades.

La monarquía era hereditaria, y la línea recta excluye

(18) Ibidem, p. 282

a la colateral, (19) el varón a la mujer y en igualdad de sexos el mayor a la menor. En el caso de la herencia real, el heredero ostentaba el título de príncipe de Asturias, pudiendo ocupar el trono aun siendo menor de edad. Las Cortes las componían representantes del clero, de la nobleza y de las ciudades; éstas eran representadas por dos o tres procuradores, que en el resto de la península se les llamaba síndicos. En el siglo XIII en Castilla los mismos pueblos nombraban una junta de ocho, doce o más regidores -a veces el rey los elegía-, que junto con los alcaldes constituían el ayuntamiento; dichos cargos eran vitalicios. Posteriormente vienen los corregidores que eran nombrados por el monarca como representantes de la autoridad real y cuya misión era inspeccionar el gobierno municipal. A la junta de todos estos cargos se le llamó cabildo o ayuntamiento de los regidores del municipio. Esta forma orgánica de gobierno de un pueblo fue introducida a los territorios conquistados y dio pie a Hernán Cortés para desobedecer a Velázquez e internarse en lo que después se llamaría la Nueva España.

Durante el siglo XIII y principios del XIV, ante la oposición del pueblo, aspiran a recuperar la jurisdicción para sí -perdida como habíamos comentado, en la época de fijación (1262)- retirándosela a los pueblos al señalar determinados delitos de exclusiva competencia del tribunal real, nombrando para el efecto alcaldes de salario que ejercían las mismas funciones que los alcaldes de fuero, en perjuicio de éstos. Respecto a la curia real, Enrique II, en las Cortes del Toro en 1371, abole la curia y crea la

(19) Ibidem, p. 287.

audiencia, dependiente de la "chancillería" e integrada por siete oidores.

Con respecto a las relaciones de Iglesia y Estado en esta época no hay mucho que decir en virtud de que eran claramente diferenciadas las actividades de una y otro confirmándose cada día más la teoría de Gregorio VII de la supremacía de la Iglesia sobre el Estado. Lo único necesario mencionar sobre su relación en esta época es la reafirmación de la jurisdicción real al prohibir acudir a los tribunales eclesiásticos por causas puramente temporales. (20)

En 1479 el matrimonio entre doña Isabel y don Fernando, príncipes herederos de las coronas de Castilla y Aragón, respectivamente, sirve para unir los dos Estados. Poco tiempo después en 1492 se reconquista definitivamente Granada y en ese mismo año se descubre América.

Es importante para este estudio definir cual fue la posición adoptada por España en su política colonizadora; en un principio se tuvo la idea de convertir la labor en empresa mercantil, pero pronto se convencieron los reyes católicos de que ni tal empresa era de resultados prácticos, ni cuadraba con la obligación que habían aceptado de cristianizar a los indios. Así es que desde las primeras instrucciones dadas a Colón en Barcelona, cuando preparaba su segundo viaje, ya toma primer lugar la obra, sobre los intereses de la comunidad de los castellanos y de los mismos reyes.

(20) Ibidem, p. 318.

La primera de esas instrucciones que fue la pieza angular en la colonización, dice así: "Que procura la conversión de los indios a la fé, para que los indios amen mucho nuestra religión y se les trate bien y amorosamente y que el almirante castigue mucho a quien les trate mal. (21)

El siglo XVI fue un período de creación y acumulación de leyes, que comenzó con las tres leyes relativas al derecho civil, que presentaron a las Cortes de Toledo los reyes católicos y que fueron juradas por doña Juana la reyna en 1505 y que se les conoce como leyes del toro.

Felipe II en 1567 publica la recopilación de leyes de Castilla, pero no lo satisfizo dada la falta de orden en la clasificación de las materias y contradicción y oscuridad en sus disposiciones. En la medida que se subsanaban sus defectos y se resolvían las consultas, las leyes no recopiladas se hacían nuevamente numerosas por lo que se tuvieron que hacer varias adiciones de esta recopilación en 1581, 1592, 1598, 1640, 1723 y 1745, agregándoseles las leyes nuevas a las cuatro primeras y a la última se le agregó un nuevo tomo con los autos acordados del consejo y otras disposiciones. En 1802 bajo el reinado de Carlos IV se publica la novísima recopilación de Leyes de España, pero esta vez las críticas fueron mayores, ya que el orden de aplicación de las leyes a falta de disposición en la novísima las posteriores a ella por orden inverso de fechas, y a falta de ellas las leyes del Toro, las del ordenamiento

(21) ESQUIVEL OBREGON, T., Apuntes para la Historia del Derecho en México, Porrúa, 1984, p. 573.

de Alcalá, fuero real, fuero juzgo, fueros municipales y por último las partidas, por lo que en lugar de quedar un solo cuerpo de leyes uniformes y sencillo se dió paso a mayor confusión. (22)

3. El derecho civil en la Nueva España

Para que sea posible el estudio del derecho en la Nueva España es necesario partir de la base de que ésta quedó incorporada a la Corona de Castilla y por lo tanto al derecho castellano, como consecuencia de que las expediciones fueron patrocinadas por Isabel de Castilla en un momento en que su matrimonio alianza con Fernando de Aragón sólo constituía la posibilidad de una unidad dinástica, pero que en esos tiempos cada provincia tenía sus propias normas jurídicas y todavía no se contemplaba la posibilidad de unificarlas.

Una vez visto por los monarcas el contenido tan vasto y tan complejo que presentaba la Nueva España y sus características raciales, aquéllos decretaron el respeto a las costumbres jurídicas primitivas, siempre y cuando no estuvieran en contra de los intereses de los colonizadores.

Hubo asimismo necesidad de dictar desde España y por las propias autoridades coloniales con aprobación de los monarcas, normas jurídicas especiales que regulasen los problemas surgidos en las colonias, constituyendo el llamado derecho indiano, el cual

(22) Ibidem, p. 576.

tenía varias características: 1) como su casuismo, ya que se eligió sobre cada caso concreto y luego generalizado, la solución adoptada en la medida de lo posible; 2) tendencia asimiladora y uniformista; 3) una gran minuciosidad reglamentista, ya que los monarcas querían tener todo el control sobre las colonias, queriendo conocer los grandes y los pequeños problemas políticos, económicos y sociales que afectaban a las Indias, y 4) un hondo sentido religioso y espiritual, ya que una de las preocupaciones fundamentales de la conquista fue la conversión de los indios a la religión católica y la defensa de ésta en los territorios colonizados. Es por eso que hoy en día podemos observar que las leyes de Indias fueron dictadas más que por juristas y hombres de gobierno por teólogos y moralistas, que sin dejar de ser plausible su actuación entorpecieron el desarrollo económico, jurídico y social de las Indias. (21)

Todos los elementos o características señalados provocaron que se emitieran leyes para los territorios indios que no se podían llevar a cabo, por lo que las autoridades coloniales decidieron, para no incurrir en desobediencia, declarar: "acato pero no se cumple".

Por lo anterior podemos señalar que el derecho de Castilla se aplicó suplementariamente al derecho indiano; sin embargo, el derecho castellano jugó un papel preponderante en lo que se refiere a la organización jurídica de la familia y al derecho de sucesión.

(21) Ots y Capdequí, José María, El estado Español en las Indias, Ed. Fondo de Cultura Económica, Sa. reimpresión, México, 1976, p. 12.

Es necesario, a efecto de poder, analizando el derecho aplicable en las colonias en general y en la Nueva España en particular, que nos remontemos a la figura jurídica que dio origen al descubrimiento, conquista y colonización de las Indias: las capitulaciones, que eran contratos celebrados entre la Corona o sus representantes y el jefe de la expedición proyectada, el cual, salvo algunas excepciones, corría con los gastos de la expedición o conseguir el financiamiento de otros particulares. (22)

Las capitulaciones otorgaban, en caso de descubrimiento o conquista: títulos y cargos vitalicios y heredables, con facultades para repartir tierras, solares y en ocasiones a indios, con la obligación de actuar siempre con honradez y a nombre de la Corona, así como salvaguardar los derechos políticos y económicos de ésta.

Posteriormente la real provisión del 17 de noviembre de 1526 ordenó se hiciera constar en los textos de las capitulaciones los fines espirituales y el buen trato a los indios. Desgraciadamente la negociabilidad de las capitulaciones como objeto de venta, traspaso, permuta, etcétera, la constituyeron en una forma jurídica nueva que les permitía tener una especie de carta puebla o fuero municipal en el territorio descubierto o conquistado. (23)

(22) Ibidem, p. 15

(23) Ibidem, p. 17

Poco tiempo después de produjo una fuerte reacción popular contra el derecho privilegiado de los descendientes de los descubridores.

Con respecto a las clases sociales en los territorios indios, los mestizos y los criollos estaban situados en un mismo nivel de acuerdo con el derecho indiano, pero la realidad social fue otra ya que fueron apartados de los altos puestos de la vida política y administrativa de las ciudades coloniales. Después seguían los negros importados de tierras africanas y los indios aborígenes de las distintas comarcas conquistadas; los negros vivieron una situación de esclavitud, salvo aquellos casos individuales en que consiguieron la libertad por la manumisión. En 1500 se prohibió la esclavitud de indios, considerándolos como vasallos libres de la Corona de Castilla y condenando las actividades esclavistas iniciadas por Cristóbal Colón. (24)

La única excepción para esclavizar a los indios se daba cuando eran capturados en justa guerra, pero al amparo de esta excepción se cometieron muchos abusos. Por lo que en 1530 se decretó la anulación de dicha excepción y por consiguiente la prohibición total de esclavizar indios, aunque en la práctica se siguieron esclavizando, e inclusive a cambio de un caballo, 100 indios y posteriormente 15 indios por un caballo.

Sin embargo, aunque para la Corona de Castilla eran vasa-

(24) Ibidem, p. 24.

llos libres, en las colonias se les equiparó como rústicos o menores, que eran aquellas personas que necesitaban de la tutela o protección legal, por lo que de esa manera les quitaban "su libertad". Con esta figura jurídica se instituyó otra en perjuicio de los indios al constituir instituciones reguladoras de trabajo llamadas repartimientos encomiendas, que se encargaban de repartir indios para el cultivo de la tierra, entre otras tareas. Con las encomiendas tanto indios individuales como grupos de familias de indios, con sus propios caciques, quedaban sometidos a la autoridad de un español encomendero, obligándose éste a la vez a proteger a los indios encomendados y a cuidar de su instrucción religiosa, pero podía exigir a los indios, además de servicios personales, el pago de diversas prestaciones. Las encomiendas fueron abolidas y los indios se incorporaron a la Corona en 1701. (25)

En lo que respecta a los títulos para la adquisición originaria del dominio privado de la tierra, a partir de 1596 se exigió que el interesado hubiera poseído y cultivado la tierra por lo menos durante el plazo de diez años, sujeto siempre a la real confirmación, la cual se autorizó que la expidieran los jueces del lugar hasta el siglo XVIII, sin necesidad de acudir al Real y Supremo Consejo de las Indias. Asimismo, tanto la real cédula de 1591 como la Recopilación de las Leyes de las Indias de 1680, admitieron a la antigua posesión como causa de justa prescripción, para adquirir el dominio de las tierras.

(25) Ibidem, p. 26

En lo que respecta al régimen minero, siempre hubo grandes contradicciones ya que primero el rey se reservó el aprovechamiento de todas las minas que se descubriesen en las Indias, salvo concesión especial, después en 1504 otorgaba el beneficio al que la descubriera, salvaguardando el quinto real; posteriormente las minas más ricas pasaron a ser propiedad de la Corona y las pobres de particulares, pagando el quinto real, y para finalizar se decretó que la mejor veta de la mina era para la Corona y lo demás para el particular (tal vez todo esto se debió a que el rey nunca pudo explotar debidamente una mina). (26)

En la etapa inicial de los descubrimientos el gobierno de los nuevos territorios incorporados a Castilla se confió a los llamados "adelantados", que ejercían el mando con un carácter más militar que civil y cuyas atribuciones es difícil precisar.

Posteriormente se crearon las audiencias, fundando en 1525 la de la Nueva España, que fue un órgano de administración de justicia, ejerciendo al mismo tiempo funciones de gobierno.

Después del breve estudio sobre el derecho en la Nueva España es necesario iniciar el estudio del derecho privado y en particular el derecho familiar.

En términos generales puede decirse que los mismos pre-

(26) Ibidem, p. 38

ceptos que en España regulaban la celebración canónica del matrimonio estuvieron también en la Nueva España.

Puede decirse asimismo que predominaba el consentimiento, elemento fundamental para la validez del matrimonio canónico, aun cuando en la legislación indiana no se contemplara. También desde los primeros años de la conquista estuvieron reconocidos y sancionados los matrimonios entre españoles y mujeres de las distintas razas indias.

La doctrina establecida en España sobre la necesidad del consentimiento paterno en los matrimonios de los hijos de familia, sufrió al aplicarse en las Indias algunas modificaciones debido a las circunstancias. Se exceptuó del requisito previo de la licencia paterna a los mulatos, negros, coyotes e individuos de castas semejantes. (27) Los indios, en virtud de que jurídicamente estaban igual que los españoles, tenían que obtener la licencia paterna. En relación con los españoles que vivieran en las Indias, y cuyos padres, parientes o tutores se encontraran en la península o en otras provincias, se podía suplir el consentimiento paterno con la licencia judicial. Por real cédula de 8 de marzo de 1777 se resolvió que la presentación de la licencia era requisito inexcusable para el matrimonio aun cuando los contrayentes se conformaran de antemano con la pena de desheredación, y por lo tanto los ministros eclesiásticos no podían autorizar ta-

(27) Ibidem, p. 75

les matrimonios.

Uno de los impedimentos que estuvieron vigentes durante la Colonia fue la prohibición de los matrimonios con mujeres vecindadas en los distritos de su jurisdicción, fueron virreyes, oidores, presidentes, gobernadores, corregidores, fiscales y alcaldes mayores y del crimen. (28)

Otra característica durante la Colonia fue la facultad que se les dio a los prelados de las Indias facultades especialísimas para dispensar impedimentos que en circunstancias normales no hubieran sido dispensables. La Recopilación de 1860 impulsa a todas las razas a que se casen.

Uno de los problemas de esta época en el renglón del matrimonio era la forma en que debían de regularse los mismos y entre los indios recién convertidos al catolicismo, sin transiciones violentas que hubieran resultado aparte de abusivas, contraproducentes. No se podía pensar en imponer a los indios los preceptos canónicos con el mismo rigor y disciplina que marcaba el Concilio de Trento, pero por otro lado tampoco se podían otorgar exageradas concesiones en materia tan importante para aquella época.

El hecho de que entre los indios existiera la práctica de la poligamia obligó al pontífice a intervenir declarando que

(28) Ibidem, p. 76

si se estaba en este caso, se debía considerar como legítima a la mujer con la que primeramente se hubiera tenido acceso carnal, reservándose al marido la facultad de elegir, para cuando aquello no pudiera precisarse. No fue útil esta medida ya que con la salvedad establecida se originaron infinidad de abusos, por lo que tuvo que establecerse otra forma. Se estableció que los indios más viejos de cada parroquia, una vez oído a las partes con sus pretensiones, elegiría quién seguiría siendo la legítima esposa y única mujer, dotándose a las otras mujeres e hijos de lo necesario para no tener problemas en lo futuro.

En 1623 se legisló por orden de Felipe IV la prohibición de que los indios no podían vender sus hijos para contraer matrimonio (en realidad en todo este siglo se legisló a favor de la libertad de contraer matrimonio por parte de los indios), pero sobre todo de las indias, con castigo a los párrocos que no averiguaran el consentimiento real de la mujer y que tuviera edad legítima para el matrimonio. También se les castigaba a los encomenderos que obligaran el matrimonio de los indios.

En lo que respecta a los españoles, se emitieron numerosas reales cédulas persiguiendo la práctica de la unidad del domicilio, impidiendo que ningún hombre casado pudiera pasar a Indias, ni menos vivir en ellas, dejando abandonada en España a su mujer, ocupando esta prohibición un título en la Recopilación de Indias de 1680.

Posteriormente y dada la importancia que los legisladores le daban a este problema, (29) se ratificó en 1693, 1799 y 1750 lo contenido en la Recopilación, aclarando que para trasladarse de una colonia a otra, era necesario, en caso de ser casado, llevar a la mujer si no tuviese licencia o fianza.

Era tal la importancia que le daban al matrimonio que se creó un juzgado especial para conocer de los delitos en que incurrieran los que dejasen a su mujer en España, y no tuvieran licencia ni fianza; pero esto motivó una serie de abusos que dieron origen a mayor legislación al respecto. El garantizar por medio de fianza que su ausencia no sería mayor de dos años que establecía la pena de prisión en caso de incumplir con el término pactado. (30)

Para obtener este permiso se requería previa licencia de la mujer, pero en 1618 el rey ordenó a la Real Audiencia de Nueva España que antes de conceder la licencia se averiguara la edad de la mujer e hijos, así como la causa por la cual la solicitaba y que se registraran la fecha y demás circunstancias del permiso para ejecutar en todo caso lo que en justicia procediere.

En lo que respecta a los mercaderes casados, la real cédula del 16 de julio de 1550 les otorga un tiempo de tres años pero con los mismos términos citados para las demás personas.

(29) Ibidem, p. 84

(30) Ibidem, p. 85.

Otro gran problema de la Colonia fue cómo legitimar los hijos nacidos fuera del matrimonio, así como el de proteger las personas y los bienes de los huérfanos menores de edad, pero la Recopilación de 1680 restablece la jurisdicción competente para otorgar toda clase de legitimaciones a los hijos habidos fuera del matrimonio. En lo que respecta a los tutores, éstos cometían grandes abusos en perjuicio de los bienes de los menores, por lo que se les exigía que informaran una vez al año sobre su administración, pero posteriormente se tenía que contratar a una persona con sueldo a efecto de que el tutor le rindiese cuentas sobre la administración de los bienes del menor, y en caso de que no se hallase el recaudo conveniente en la administración se le quitase la tutela y se le encargara a otro. (31)

Para poder ocupar el cargo de tutor era necesario constituir una fianza con la cual responder al posible perjuicio del patrimonio del menor.

Las únicas limitaciones existentes durante toda la Colonia para poder ser tutor, era la edad, ya que era necesario no ser menor de 20 años y la incapacidad del padrastro para ser tutor del menor, esta última limitación se encuentra en la real cédula del 7 de mayo de 1548 y fue una consecuencia de los múltiples abusos de los padrastros sobre el patrimonio de los menores.

Respecto a la condición jurídica de la mujer, en la Nueva

(31) Ibidem, p. 90

España podemos afirmar que sólo en situaciones de hecho excepcionales se reconocía a la mujer una plena capacidad civil jurídica; el orden jurídico familiar absorbía de tal modo la personalidad de la mujer que únicamente en circunstancias muy especiales podía destacar su individualidad con una plena soberanía de sus actos, pero con respecto al traslado a la Nueva España las mujeres solteras tenían que cumplir con los mismos requisitos que los hombres.

El derecho de sucesión no ofrece mucho interés jurídico, sólo en lo que se refiere a las encomiendas, cuando éstas, a partir de 1536, se concedieron por más de una vida. Se suscitó un gran problema ya que las normas contenidas en el viejo derecho castellano para regular la transmisión hereditaria de los bienes no eran aplicables al caso de las encomiendas de los indios. En el año citado la real provisión estableció que la concesión de una segunda vida en el disfrute de las encomiendas no alteraba la naturaleza jurídica de esta institución, seguía siendo una merced real indivisible e inalienable, por lo que el encomendero no podía disponer mortis causa de la encomienda, ya que la sucesión quedó fígidamente establecida por el monarca en favor del primogénito. Posteriormente se planteó el problema de la falta de hijo varón, quien heredaba, las hijas u otro hijo o la esposa, encontrándose por los autores de la época diferentes opiniones al respecto. (32)

En lo que respecta al derecho de propiedad se observa en

(32) Ibidem, p. 113.

las fuentes del derecho indiano, reguladoras de esta materia, una frecuente interferencia entre el interés público y el interés privado de los colonizadores en las Indias derivada, originariamente, de la gracia o merced real.

La Recopilación de Leyes de las Indias de 1680 manifiesta que el hallazgo de tesoros en enterramientos o cualquiera otros parajes, pertenecía la mitad a la Corona, quedando la otra mitad para la persona que lo hallare o descubriese.

Se observa en la Colonia que los oficios públicos eran una especie de regalías, ya que la Corona los otorgaba con carácter vitalicio, por determinado número de años y a veces por dos o tres generaciones, pero también algunos otros oficios sin jurisdicción los vendía la Corona con el objeto de engrandecer el tesoro público. Dichos oficios podían ser vendidos previo pago de derechos fiscales a cualquier persona con capacidad para ejecutarlos.

Otro aspecto importante a considerar dentro del régimen jurídico de la propiedad es la preocupación de los legisladores españoles por mantener y fomentar en las Indias la existencia de bienes comunales. Por lo que tanto en las capitulaciones como en las reales cédulas y ordenanzas de nuevo descubrimiento y población se dictaron preceptos reiterados en favor del ejido. Cabe señalar que no se encuentra en las Indias una legislación amplia sobre la capacidad e incapacidad para el ejercicio del derecho de propiedad, por lo que se aplicaba el derecho de Castilla supleto-

riamente. Existían prohibiciones a funcionarios tales como los virreyes para adquirir determinadas propiedades, mismas que se hacían extensivas a sus mujeres e hijos, con fuertes penas a los infractores. (33)

Un dato interesante respecto a la capacidad del ejercicio del derecho de propiedad por parte de las iglesias, monasterios y demás personas eclesiásticas es la especie de incapacidad impuesta por la real cédula de 27 de octubre de 1535 y que fue recogida por la Recopilación de 1680 en la que se autoriza al virrey de la Nueva España a repartir entre conquistadores y pobladores antiguos ciertas tierras, mismas que no podían ser vendidas a iglesias, monasterios y eclesiásticos, aunque de hecho y de derecho siempre tuvieron plena capacidad para adquirir inmuebles para sus fines, pero nunca enajenarlos sin previo permiso del rey, de acuerdo con el patrocinio real.

No se encontraba en la Nueva España una verdadera teoría jurídica sobre la expropiación forzosa, pero sí abundantes disposiciones legislativas para casos muy concretos, con facultades inquestionables del Estado para ejercer el derecho de expropiación. No podemos decir lo mismo de los empréstitos de la Corona y las intromisiones del cultivo de la tierra. En estas últimas las ordenanzas concedían privilegios procesales sobre la ejecución de los bienes y cultivos de las personas que cultivaran lo que la Corona dictaba.

(33) Ibidem, p. 129

Con respecto al derecho de propiedad de los indios, independientemente de los innumerables abusos cometidos en su contra, siempre fueron considerados casi desde el primer momento y sin interrupción como hombres libres, y vasallos de la Corona española, por lo que desde un principio se les concedió plena capacidad para disfrutar, poseer y disponer de bienes aunque con diversas limitaciones. Pero el principio español citado de los ejidos siempre permitió a los indios tener propiedades, con determinadas obligaciones y derechos que ya no son objeto del presente estudio.

Al realizar este estudio de la historia del derecho en la Nueva España comprendemos que no podemos dejar de estudiar el derecho de obligaciones, médula de la vida jurídica. Empezaremos con la capacidad para contratar, misma que se encontraba restringida a las autoridades y sus esposas como hemos visto anteriormente.

Los clérigos y religiosos de las distintas órdenes tenían una capacidad limitada para contratar, baste como ejemplo lo señalado en la Recopilación de 1680 que decía: "se prohíbe a los clérigos que tengan canoas en las granjerías de perlas, y a las religiones que tengan pulperías, ni ataviasen las reses".

Respecto al objeto de la contratación, encontramos como consecuencia de la política económica de la Corona en las Indias una afectación parcial al mismo, ya que se consideraron como objetos ilícitos muchas mercaderías, en virtud de lo que la Corona necesitara. También encontramos una limitación al objeto de contra-

tación en la prohibición de vender trigo, avena, grano, harina, fuera de las alhóndigas,. Al igual que las dos anteriores, observamos que en el comercio de oro y plata, para evitar daños al fisco, no se podía vender sin antes enviarse a Sevilla a registrarse. (34)

Respecto a los contratos que merecieron mayor atención por parte de los legisladores españoles, podemos decir que fueron el de seguros, el del fletamento, el mandato y el arrendamiento de servicios.

Existían, dentro de la regulación de los contratos de seguros, varios tipos de pólizas entre los que se encontraban la "Póliza general de ida a las Indias", "Póliza general de venida de las Indias", y "Póliza general para los casos de navíos", en las que se establecía sólo la mercancía, corriendo éstas el riesgo desde que se empezaba a cargar hasta que se dejaba a salvo en Veracruz (por el riesgo entendían el mar, viento, fuego, enemigos y amigos). En la Recopilación de 1680 para la regulación del contrato de fletamiento partió de la autonomía de la voluntad de las partes en la elaboración del contrato, en el cual se observa una gran intervención del gobierno español, en una reglamentación que detalla el número de toneladas de desplazamiento, según las diversas formas de las mercaderías. (35)

En lo que respecta a la forma y manera de efectuar el

(34) Ibidem, p. 165

(35) Ibidem, p. 168

pago encontramos que ante la falta de monedas en algunas comarcas, los legisladores aceptaban objetos de valor tasando su equivalencia monetaria.

Respecto al derecho obligacional de los indios, éstos se encontraban en su calidad de miserables, con la capacidad restringida y necesitaban de una especie de tutor legal para contratar. La legislación de la Colonia siempre "sobreprotegió" a los indios a efecto de que no se abusara de ellos, particularmente en lo que se refiere al régimen de trabajo, ya que una vez que fue abolida la prestación de servicios personales que los indios debían prestar a los encomenderos, el legislador organizó un régimen de trabajo con nuevas bases jurídicas que ayudaran a los indios a obtener un régimen de salario por medio de un contrato de arrendamiento de servicios.

Es necesario, para entender la legislación castellana e Indiana de la Colonia, que se tome en cuenta que desde antes de la conquista y hasta el siglo XVII el derecho castellano estaba fuertemente vinculado con el derecho romano y en particular con el Código y el Digesto, pero con la corriente ilustrada renovadora que floreció durante la época de oro del derecho clásico español a partir del siglo XVII y ante la teoría de desechar el derecho romano porque no estaba vigente, se modificaron las bases del derecho tratando los juristas aplicar el derecho civil al derecho nacional, es decir, al real.

4. El derecho civil en México (s. XIX)

Es de gran importancia para el estudio del derecho en el siglo XIX en México la idea que se tenía a principios de siglo, con base en las teorías romanas, de quién era "sujeto de derecho", llegándose a identificar y distinguir a las personas físicas y morales, constituyendo a las primeras como el "sujeto individual" en cuanto tiene derechos y obligaciones.

En lo que se refiere al sujeto, encontramos dos distinciones fundamentales en las que el sujeto es de derecho civil de acuerdo con el estado natural y de acuerdo con el estado civil, ambas distinciones son de un gran valor para la época ya que como veremos más adelante determinaban la calidad y situación de los individuos.

Tomando como referencia la versión de Sala, ⁽³⁶⁾ son sujetos de derecho civil de acuerdo con el estado natural:

- Los nacidos y por nacer
- Los varones y mujeres
- Mayores de edad (25 años cumplidos)
- Menores de edad (menos de 25)
- Infantes (menores de 7 años)
- Impúberes o pupilos (menores de 12 años la mujer, menores de 14 años el hombre)

(36) GONZALEZ Mría del Refugio, Estudios sobre la Historia del derecho civil en México durante el siglo XIX, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1981, p. 49.

Sujetos de derecho civil de acuerdo con el estado civil:

- Desaparece la división tradicional romana de esclavos y siervos libres. El 13 de julio de 1824 se prohíbe el comercio y tráfico de esclavos en toda la República.
- Decreto de 2 de marzo de 1826, desaparece la distinción de nobles y plebeyos.
- Los seglares y eclesiásticos quedan sujetos a sus propias autoridades y leyes.
- Distinción entre vecinos, moradores, no vecinos y transeúntes de los cuales sólo uno que podía tener y ocupar cargos y empleos en el ayuntamiento siempre y cuando fuera natural del lugar y tuviera diez años de residir en él con los vecinos.

Para la Constitución de 1824 ya se encontraba la distinción entre habitantes y ciudadanos. Los primeros eran los hombres de toda la nación o sociedad, y se identificaban por el uso de la lengua común, y los segundos eran los hombres con respecto a la sociedad de que eran miembros y en la que tenían derecho de habitación perpetua y con derechos y obligaciones iguales. Los ciudadanos eran de dos clases: por naturaleza y por naturalización.

Para ser ciudadano por naturaleza era necesario contar con 18 años (si se era casado) y 21 si se era soltero, y una renta anual de \$200.00 pesos procedentes del trabajo personal honesto, pero a partir de 1850 era necesario, también, saber leer y escribir y no encontrarse en estado de sirviente doméstico o de inter-

dicción legal o en pronunciamiento judicial, ya que el hecho de incurrir en estos tres últimos supuestos traía consigo la suspensión de la ciudadanía. De lo anterior se desprende la desigualdad jurídica existente en esa época, no obstante haberse logrado la independencia, pero se deduce que eran razones económicas las que provocaban dicha desigualdad entre la población.

Para el siglo XIX ya se encontraba separado el derecho civil del romano y el público del privado, identificándose a éste con el derecho civil positivo o legislado, por medio del cual los magistrados públicos, los gobernadores de las provincias y otras justicias tenían facultad de extender y publicar bandos y pregones para el buen gobierno de los pueblos que estaban a su cargo. Esta facultad era usada para poner en ejecución alguna providencia del rey o para hacer observar las leyes que no estaban en uso, o para corregir algún abuso introducido contra leyes. (37)

En el último tercio del siglo XIX el derecho civil relativo al estado de las personas se volvió laico, el matrimonio fue contemplado como un contrato civil y muchas de las instituciones para la protección de los diversos miembros de la familia desaparecieron en los años que siguieron a la codificación. (38)

El orden jurídico de México, antes de la consolidación de la codificación, como dijimos anteriormente, estaba constituido

(37) Ibidem, p. 55

(38) Ibidem, p. 61

por normas de la época colonial y por las que dictaban los sucesivos gobiernos en lo que respecta al derecho privado. Podemos afirmar que el derecho común y el derecho castellano (legislación) fueron ampliamente trasladados a América, a raíz de su conquista y colonización. (39) Los peninsulares y criollos estaban sujetos, en buena medida, al derecho común y al castellano y otras normas dictadas para las Indias en especial, conservando sus usos y costumbres en aquellas materias que no atentaran contra la religión católica, continuando durante cincuenta años de vida independiente los textos de doctrina jurídica española, y en ocasiones criolla, seguidos por funcionarios, juristas y litigantes de la época para adentrarse en el caos de la legislación.

La inestabilidad política prevaleciente durante casi todo el siglo XIX aumentó la confusión sobre cuál derecho era aplicable, por lo que se tuvo que hacer uso de la interpretación de la ley, llegándose a formar comisiones para elaborar los códigos ante la magna y contradictoria tarea de la interpretación de las numerosas leyes. Pero aquellas comisiones, como las de Oaxaca y Zacatecas, nunca llegaron a culminar sus trabajos, y ante los diversos regímenes políticos que dictaban disposiciones que chocaban con las anteriores, los juristas señalaban que se le diera a la labor codificadora la atención que merecía, ya que ésta era una forma particular de recoger la legislación sistematizándola y elaborándola científicamente y tenía como objeto acabar con la fragmentación del derecho y la multiplicidad de las costumbres.

(39) Ibidem, p. 67

Contemplando la influencia europea en el proceso de codificación es necesario tomar en cuenta que la idea de codificar los derechos civil, penal y mercantil ya estaba presente en la Constitución de Cádiz de 1812, la cual estuvo vigente en México tanto antes de la independencia como en los años siguientes, aunque fuera parcialmente, que con la doctrina liberal de la época fueron determinantes para la iniciación del proceso de codificación. Asimismo, el triunfo de la ideología liberal trajo un nuevo problema: la posición que debía ocupar la Iglesia en la nueva sociedad, lo cual tuvo repercusiones importantes en la legislación sobre familia, sucesorio y procesal, materias en las cuales la Iglesia tenía grandes facultades para la observancia de dichos derechos, sobre todo en el familiar, en el cual hacía las veces de la que ahora se conoce como registro civil, entre otras cosas.

La Constitución de Cádiz de 1812, incluida por el liberalismo, recoge varios postulados de éste como la idea de que la soberanía residía en la nación, (40) el respeto reverencial a la ley y la unidad de jurisdicciones. Durante las sesiones de dicha corte se vio la conveniencia de constituir comisiones de legislación civil, penal y mercantil; pero la codificación, al igual que en México, no se realizó hasta finales del siglo. El artículo 258 de la Constitución de Cádiz tuvo gran repercusión en México ya que establecía: "El código Civil, el Criminal y el de Comercio, serán unos mismos para toda la monarquía, sin per-

(40) Ibidem, p. 80

juicio de las variaciones que por particulares circunstancias, podrán hacer las cortes".

Aducía en México y externó en las cortes europeas el diputado Gordo el peligro de dejar abierta la puerta para las cortes al otorgárseles facultades que se podrían llamar discrecionales, dado que para aquéllas modificar los códigos que se pretendían realizar sólo necesitaban argumentar que las circunstancias así lo ameritaban, situación que podría provocar la desigualdad de los criollos y españoles en México, ante los fuertes intereses económicos y sociales de éstos. La consecuencia de este artículo bien observado en México rompía con toda la igualdad buscada en la Constitución entre españoles y americanos.

Vistas las contradicciones de la Constitución de Cádiz y su influencia en México, es necesario tener un panorama del México independiente que conservaba muchas de las características heredadas de la Colonia.

Ante la ley, los diversos grupos étnicos que habían estado sometidos a leyes y tratamientos distintos en la Colonia eran iguales. La Iglesia tenía un amplio poder político, económico y social, no obstante los intentos borbones para controlarla; la población era en su mayoría analfabeta, aislada, supersticiosa y alejada de las actividades productivas, y subsistía con base en un régimen de autoconsumo; no había explotación de las minas, ni prosperidad en las grandes haciendas, y el comercio in-

terno estaba totalmente desarticulado por las guerras sufridas.

En 1822 se pretendió establecer, mediante unas bases Constitucionales, una monarquía moderada constitucional denominada imperio mexicano, con Agustín de Iturbide a la cabeza, pero fracasó. De ahí hasta 1824 se pensaron diversas opciones como el federalismo, el centralismo, la democracia, y la oligarquía, pero se radicalizaron con la invasión norteamericana.

En 1822, un decreto de la Soberana Junta Provisional Gubernativa nombró una comisión para la redacción del Código Civil, pero dicha comisión no cumplió su cometido. (41) En la Constitución del 3 de octubre de 1824 existió la propuesta de que se incluyera dentro de las atribuciones del Congreso, la facultad de ordenar la redacción del Código Civil, pero para en ese entonces constituyentes sólo mereció el comentario de "está despachado", por lo que la Federación y los estados quedaron con la libertad de proceder, una vez promulgadas sus respectivas constituciones locales, a la elaboración de sus propios códigos

Durante la vigencia del sistema federal (1824-1835) y ante la libertad de los estados y la Federación de codificar, los códigos no siguieron un modelo idéntico. Pero en ellos ya se encontraban -debido a la influencia liberal europea- conceptos e ideas nuevas del derecho o de parte de él y que vinieron a

(41) Ibidem, p. 87

restarle poder a la Iglesia.

Es necesario apuntar las diferencias de los códigos de algunos estados, y como ejemplo podríamos citar a los de Jalisco, Oaxaca y Zacatecas. (42) En los tres se incluye un título sobre el registro de nacimientos, matrimonios y muertes (registro de actas civiles), facultades que hasta entonces tenía la Iglesia y que siguió teniendo, ya que sólo el proyecto de Zacatecas especificaba "La filiación de los hijos legítimos se prueba por las actas de nacimiento escritas en los registros parroquiales, mientras no haya civiles". (43) También señalaban que el registro y celebración de los matrimonios seguiría realizándose ante el cura párroco del lugar y conforme a las disposiciones del derecho eclesiástico, mientras las leyes civiles no determinen otra cosa. En lo que respecta al divorcio, éste consistía solamente en la separación del marido y la mujer, pero no los dejaba contraer nuevo matrimonio, so pena de cometer adulterio. a efecto de detallar en lo referente al matrimonio lo dictado por el código civil de Oaxaca de 1827 a continuación se transcriben los artículos más importantes.

Código Civil de Oaxaca: Artículo 29, determina que en materia de registros de nacimientos, matrimonios y muertes, el Estado deberá autorizar los libros parroquiales que llevan los curas en sus respectivas parroquias.

(42) Ibidem, p. 91

(43) Ibidem, p. 96

El artículo 79 contempla la imposibilidad para contraer matrimonio a los hombres que no tengan catorce y a las mujeres que no tengan doce años cumplidos.

El artículo 80, determina que el hijo o hija legítimos que no han cumplido 25 y 23 años respectivamente, no deben contraer matrimonio sin el consentimiento de sus padres y madres.

Los artículos 81 y 82, manifiestan que en caso de desacuerdo entre los padres, bastará el consentimiento del padre y que en caso de no tener a ninguno seguirán los abuelos de ambas líneas.

Artículo 85. Los mayores de la edad señalada solo deberán pedir antes de casarse el consejo de sus padres.

Artículo 89. Los hijos naturales tienen la misma obligación que los legítimos siempre y cuando sean legalmente reconocidos.

Artículo 90. En caso de ser hijo no reconocido no deberán los hombres y mujeres de 21 y 19 años cumplidos respectivamente, contraer matrimonio sin haber solicitado previamente el consentimiento del alcalde de su domicilio o de un tutor que lo nombraría el síndico del pueblo.

Los artículos 91, 92, 93 y 94 determinan que los hijos

legítimos menores de 21 años que no tuviesen padres o abuelos y éstos estuviesen incapacitados, necesitaran el consentimiento del consejo de familia. Los padres, abuelos alcaldes o tutores no están obligados a manifestar los motivos por los cuales niegan su consentimiento, ni a manifestarlos ante autoridad alguna.

Se prohíben todo juicio contencioso para averiguar la justicia o injusticia de la negativa del consentimiento y sólo el gobernador podrá dar la licencia luego de conocer por informe secreto las circunstancias del asunto.

Los artículos 95, 96 y 97 determina que los impedimentos del matrimonio y las formalidades para su celebración se regirán de acuerdo a las disposiciones eclesiásticas y que éstas conoceran de los juicios sobre nulidad de matrimonio, y en caso de declararse nulo tendrá todos los efectos civiles si ha sido contraído de buena fe por ambos esposos.

El artículo 98 dicta que si solo existe buena fe en uno de los esposos, solo se producirán los efectos civiles en favor de éste y de los hijos procreados.

Durante la vigencia del sistema central (1835-1846) la inestabilidad política provocada con la lucha parlamentaria y militar entre federalistas y centralistas era muy acentuada, por lo que se encuentra poco material para la consecución de la codificación; y a este tema sólo se hizo referencia en las Bases

Orgánicas de 1843, dentro del título relativo a las disposiciones generales sobre la administración de justicia en el artículo 187 que decía: "Los Códigos Civil, Criminal y de Comercio serán unos mismos para toda la nación, sin perjuicio de las variaciones que en algunos lugares podrá hacer el Congreso por circunstancias especiales". (44)

Es evidente que esta disposición fue copiada casi a la letra de la Constitución de Cádiz de 1812. Hubo anteriormente, en 1842, una propuesta para ampliar las facultades del Congreso general otorgándole la de formar los Códigos Civil, Criminal, de Comercio y Minería para toda la República. Como se puede observar, ahora la realización de la codificación se haría con base en un código para toda la nación.

En ausencia de códigos nacionales, las dificultades para conocer y aplicar el derecho seguían siendo las disposiciones de la Colonia con el agravante del cambio del sistema constitucional y las disposiciones que se derivaron de éste.

Dado el desorden legislativo que imperaba en toda la República, se realizaron dos intentos de compilaciones, de carácter privado ambas: la redacción del Código Civil de México de Vicente González Castro y Pandectas Hispano-Mejicanas de Juan N. Rodríguez de San Miguel, (45) utilizando las reglas establecidas

(44) Ibidem, p. 97

(45) Ibidem, p. 101.

por Bacon de Verulamio para purgar una legislación de lo inútil. Estas reglas son, a saber: 1) omitir todo lo inútil y sin objeto, por anticuado; 2) de las antinomias, o leyes que estén en oposición, adoptar las más fundadas y abolir sus contrarias; 3) de las idénticas, dejar la más perfecta; 4) desechar todas las leyes que nada determinen y son objeto de pinturas, y 5) las muy verbosas o redundantes y prolijas reducirlas a términos cortos.

El objeto de la obra de Rodríguez de San Miguel era la realización de una compilación privada supletoria de la buena o mala legislación actual; se trata de un código general que abarca disposiciones relativas a la fe, los sacramentos, los clérigos, el tribunal de la rota, la conducta del soberano, correos, abogados, alguaciles, matrimonios, censos, etcétera, oponiéndose este autor a las leyes que iban contra las costumbres. Las fuentes a las que recurre son las Partidas, la Novísima Recopilación, los Autos Acordados de Montemayor y los concilios Tridentino y Mexicano.

En lo que respecta a González Castro, éste sostenía que las leyes de España no eran viciosas, injustas e impracticables, por el contrario, eran dignas de aprecio. El objetivo de este autor era poner la legislación al alcance de todos, simplificada y ordenada; sus fuentes son las Partidas, la Recopilación de leyes de los Reynos de Indias, Recopilaciones de España, órdenes de los congresos mexicanos y reales cédulas, entre otras.

Respecto a la relación Iglesia-Estado, algunos autores opinaban que el clero no debía intervenir directa ni indirectamente en la administración de la cosa pública; otros autores, recogiendo los hechos que se registraban en la práctica, mantenían a la Iglesia inmiscuida en la vida pública.

En lo que respecta al matrimonio, González Castro propone que la prueba de filiación de los hijos legítimos se base, como siempre, primera y principalmete en el hecho de haber nacido de personas unidas en matrimonio y que éste debía celebrarse ante la autoridad eclesiástica. Rodríguez de San Miguel se pronuncia en el mismo sentido indicando que siendo el matrimonio un sacramento debía celebrarse ante la autoridad eclesiástica.

Otros autores, como el que realizó "el discurso", señalaban que el matrimonio, por ser la base de la familia, debía estar regulado, en cuanto contrato civil perfecto, por el Estado, y santificado por la Iglesia.

Sobre el concepto de divorcio canónico, González Castro y Rodríguez San Miguel lo definen como la separación legítima que el marido hace de la mujer y la mujer del marido en los casos señalados por el derecho canónico.

De vuelta al sistema federal (1846-1853) se promulga un decreto de fecha 22 de agosto de 1846 que cesó la vigencia de las Bases Orgánicas de 1843, entrando de nuevo a federalismo en plena

guerra con los Estados Unidos y modificando la Constitución de 1824. Sólo en Oaxaca renació la idea de codificar con el gobernador Benito Juárez, concluyendo, después de un largo proceso en 1852, el nuevo Código Civil que debía entrar en vigor el 1° de abril de 1853. El 27 de julio de 1853 el presidente Santa Anna, quien para entonces gobernaba sin Constitución, acordó la abolición del decreto de la legislatura de Oaxaca que sancionaba el Código Civil. (46)

El triunfo de la revolución de Ayutla significó una importante victoria de la corriente liberal. La fuerza que la imprimió este acontecimiento le permitió expedir las Leyes de Reforma y convocar a un congreso constituyente. La Ley Juárez suprimía los tribunales especiales, salvo eclesiásticos y militares; la Ley Lerdo prescribía la desamortización de fincas rústicas y urbanas pertenecientes a las corporaciones civiles y religiosas, y la ley Iglesias fijaba los aranceles parroquiales.

En la Constitución de 1857 se plasmaron los derechos humanos; la libertad de enseñanza; (47) la igualdad de todos ante la ley; la libertad de imprenta; la supresión de tribunales especiales; la eliminación de la coacción civil para el cumplimiento de los votos monásticos, etcétera. Pero no se logró implantar la libertad de cultos ni la separación tajante de la Iglesia y el Estado como hubieran querido los liberales; sin

(46) Ibidem, p. 103

(47) Ibidem, p. 105

embargo, no mencionaba a la religión católica como la religión de la nación mexicana.

Una vez promulgada la Constitución los conservadores y liberales iniciaron una guerra civil ya que los primeros años querían la Constitución, pero gracias a la ayuda que Estados Unidos dio a Juárez los liberales triunfaron y éste cambió sustancialmente la organización del país, estableciendo la separación tajante de la Iglesia y el Estado, la nacionalización de los bienes del clero, el registro y el matrimonio civil, la secularización de los cementerios y la tolerancia religiosa.

Las grandes deudas que se contrajeron con España, Inglaterra y Francia propiciaron un arreglo con las dos primeras y la invasión de la tercera a cargo de Maximiliano, el cual gobernó hasta 1864 cuando los liberales dominaron la mayor parte del país y lo ejecutaron.

La Constitución de 1857 dejó en libertad a los estados para expedir sus códigos respectivos, tomando ahora la iniciativa el gobierno federal a cargo de Juárez, quien encargó a Justo Sierra la elaboración de un proyecto de Código Civil, y éste envió al gobierno de la República el 18 de diciembre de 1858 el proyecto del libro primero, el 18 de enero de 1860 el segundo y los tres primeros títulos del tercero, con gran influencia de las ideas liberales francesas. Por decreto del 5 de diciembre

de 1861 el proyecto Sierra fue promulgado como Código del estado de Veracruz. (48)

Es necesario dejar asentado que el emperador Maximiliano aceptó las Leyes de Reforma y continuó la labor codificadora de Juárez, aun cuando fueron los conservadores los que hicieron posible el segundo imperio.

A partir de 1867 el presidente Juárez, en uso de sus facultades extraordinarias y debido al control que ya tenía sobre el país, inició la reconstrucción de México, pero ni él ni Lerdo de Tejada su sucesor vivieron lo suficiente para ver los frutos de la victoria liberal.

Fue en 1876 cuando la bandera de la no reelección y la revuelta de Tuxtepec llevó, por medio de la fuerza, a Díaz a la silla presidencial.

El principal objetivo de Porfirio Díaz era el progreso económico por lo que fomentó la colonización y la inversión extranjera, otorgando concesiones para la construcción de los ferrocarriles y otras cosas con el fin de que el país saliera del largo letargo económico en el que se encontraba.

Asimismo Porfirio Díaz dictó leyes y códigos para todas

(48) Ibidem p. 112

las actividades y fue reformada la Constitución para permitir la reelección del constructor del país y para sustraer facultades a los gobiernos locales.

Antes de la publicación del Código Civil de 1870, algunos estados se dieron a la tarea de codificar nuevamente, tal fue el caso de Veracruz, que en diciembre de 1868 se declaró obligatorio como código el proyecto de Fernando Corona: en el Estado de México se promulgó, entre febrero y junio de 1870, su Código Civil, unos meses antes que el del Distrito Federal.

En los años siguientes a la promulgación del Código de 1870, éste sufrió dos modificaciones importantes: la legítima y el divorcio, dado el cambio de mentalidad que estaba pasando el país.

Trece años después de haber sido promulgado el Código Civil de 1870 se realizó uno nuevo que entre otras cosas proponía la disminución de la legítima de los ascendientes y el mutuo consentimiento entre las trece causales del divorcio. El nuevo Código de promulgó el 21 de marzo de 1884 y estuvo en vigor hasta 1932.

Capítulo II

EL MATRIMONIO EN LA HISTORIA

1. Introducción

La entidad llamada México es el resultado de un proceso histórico que se inicia en el momento en que se enfrentan las culturas indígena y española, al tiempo de la conquista y colonización de lo que hoy es el territorio de la República mexicana. En consecuencia, ha de proporcionarse una visión, también reducida y general, sobre el derecho de los pueblos aborígenes y el de los conquistadores, o sea el castellano. A partir de ese enfrentamiento, y como resultado de los hechos que todos conocemos, se creó un nuevo derecho: el novohispano, el cual a su vez formaba parte del sistema jurídico castellano.

El descubrimiento y la conquista fueron empresas de carácter mercantil en las que desde el primer momento estuvieron presentes los fundonarios del rey. Esto permitió que, a medida que se iba penetrando en las tierras americanas, se fuera introduciendo un aparato burocrático que representaba los intereses reales del que dependieron la colonización y la evangelización. De esta manera, el conquistador fue cediendo su papel protagónico al encomendero, al misionero, al criollo y sobre todo, al funcionario real. (1)

(1) GONZALEZ, María del Refugio, Introducción al Derecho Mexicano UNAM, 1981, p. 24.

Tanto los pobladores originales como los que fueron pasando a conquistar, colonizar y evangelizar, estaban sujetos a los designios del monarca; pero las distancias, el desconocimiento que en la metrópoli se tenía de la realidad americana, los intereses políticos y económicos que se fueron creando en las colonias permitieron que la vida en ellas transcurriera con mayor independencia y libertad, sobre todo hasta antes del siglo XVIII, en que una nueva dinastía tomó las riendas del trono español.

Pronto surgió un grupo humano que no estaba previsto en la legislación: el mestizo. La "intemperancia" y la ausencia de españoles, sobre todo en la primera época, favoreció la proliferación de este grupo, que no encontraba acomodo en ninguna de las dos "repúblicas".

Se reconoció la legitimidad de la propiedad de los indígenas sobre las tierras en que se hallaban asentados; los conquistadores y los primeros pobladores, en virtud de mercedes o concesiones inherentes al derecho de vecindad, ocuparon tierras baldías. Pero paulatinamente la propiedad indígena fue víctima de los intentos de despojo por parte de la población española. Por lo general, los naturales opusieron una tenaz resistencia a este hecho, y defendieron con todos los medios a su alcance sus propiedades comunales.

La Nueva España, al igual que los demás dominios americanos, tuvo "una especie de constitución legal" con "principios

políticos legales y organización sui generis del poder". Estos principios que se pueden extraer de la Recopilación de Indias, fueron: (2)

1. La religión católica es la religión del Estado, y el fin de éste en las Indias es su propagación;
2. El dominio está fundado en justos títulos;
3. América forma parte de la Corona castellana;
4. La Nueva España no es separable de la Corona ni susceptible de enajenación en todo o en parte;
5. Los indios son hombres libres y no sujetos a servidumbre;
6. Los indios son vasallos directos de la Corona;
7. La Nueva España es un reino;
8. En la Nueva España podría haber congresos (cortes o juntas), pero sólo cuando lo mandase su majestad. (3)

Sobre esta base se configuró un sistema que respondiendo a las realidades burocráticas del absolutismo tenía a la cabeza un Consejo que se ocupaba de todos los asuntos de las Indias.

A raíz de la independencia se carecía de códigos nacionales, lo cual obligó a acudir para resolver los problemas que se planteaban en la administración de justicia, por un lado, al Corpus de derecho colonial y, en materia doctrinaria, a las obras

(2) Ibidem, p. 33

(3) Ibidem, p. 34

de autores españoles.

En el México independiente las leyes españolas siguieron teniendo vigencia en varias materias (en lo que no se contrapusieran con lo establecido por los congresos mexicanos), y se conservaron hasta que paulatinamente se fueron sustituyendo por leyes y códigos nacionales.

Otra característica del derecho colonial sobre lo que debe llamarse la atención es su casuismo. Una buena parte de este derecho fue dictado con carácter popular, es decir, con objeto de resolver problemas concretos. Sin embargo, en algunos casos pueden encontrarse disposiciones de carácter general. El casuismo del derecho novohispano dificulta su estudio.

Del paternalismo, que privó durante los siglos XVI y XVII, se pasó, a consecuencia de las ideas progresistas de la Ilustración, a una actitud distinta. Desde principios del siglo XVIII la política sufrió ciertas transformaciones, varias a consecuencia de la Revolución Francesa, estableciéndose reformas a favor de los indígenas; sin embargo, en la práctica todo siguió igual.

Los indígenas fueron separados del resto de la población a efecto de ejercer un control mayor para la cristianización y protegerlos de los malos ejemplos. Esta separación no se realizó totalmente, ya que el comercio y la agricultura imponían de hecho, la penetración. Sin embargo, la existencia de estos pueblos de

indios determinó la coexistencia de por lo menos dos regímenes jurídicos distintos.

Al margen del derecho, las diferencias entre criollos, peninsulares y mestizos se hicieron cada día más amplias, quedando estos últimos totalmente marginados, y los criollos considerados como españoles por la ley y con el reconocimiento como hijo legítimo nunca tuvo de hecho los privilegios de los españoles peninsulares. Pero durante la época colonial, coexistieron en la Nueva España diversos regímenes jurídicos que formaban parte de un mismo sistema.

En la Nueva España el derecho español era el común, y el dictado para las Indias en general o para la Nueva España en particular, era el especial. El primero tenía carácter supletorio, ya que se daba preferencia al especial, el cual sólo se dictaba para aquellas situaciones que, por no estar contempladas en el ordenamiento español, requerían de regulación propia. Esto por lo que se refiere al derecho secular, pero ya se ha visto que la legislación pontificia requería del *pase regio* para tener validez aquí, y que las leyes y costumbres de los naturales sobrevivieron. En consecuencia, el esquema, a grandes rasgos, parece conformarse de la manera siguiente: (4)

- a) El ordenamiento jurídico castellano.

(4) Ibidem, p. 39

- b) Las disposiciones dictadas por las autoridades metropolitanas, en uso de su facultad delegada, con carácter general para las Indias, o para la Nueva España en particular. A su lado la legislación pontificia (bulas y breves) dictada para las Indias, y que el rey dejaba pasar, dándoles el pase regio a través de su Consejo de Indias
- c) Las disposiciones dictadas por las autoridades locales tanto de la llamada República de Españoles, como de la de Indios en uso de facultades delegadas por el rey. Estas disposiciones regularon prácticamente toda la vida social y económica de la Nueva España. A su lado encontraban las reglas conforma a las cuales se desarrollaba la vida del clero regular y secular, supervisada por el virrey.
- d) Las leyes y costumbres de los naturales que no fueran en contra de la religión católica.
- e) La costumbre. Esta, formalmente, no tenía la importancia que llegó a adquirir en la vida práctica. De hecho fue el origen de muchas disposiciones dictadas por los distintos órganos, y en la vida diaria llegó incluso a operar contra legem.

La independencia llevó al poder en realidad a las clases medias, subsistiendo el orden colonial en el alto clero, el ejército y los grandes terratenientes. Se implantó la igualdad jurídica entre los ciudadanos, idea que prosperó en forma amplia entre criollos e insurgentes, pero esta igualdad no sería en términos económicos y sociales, sino exclusivamente la paridad de todos los ciudadanos ante la ley.

Al establecer la independencia la igualdad de todos los habitantes de la República, abolió algunos fueros y privilegios, como la esclavitud, los tributos personales, las alcabalas, etcétera. Los indígenas y los mestizos siguieron siendo los grupos mayoritarios y sus condiciones, a pesar de lo que decían las le-

yes, siguieron siendo más o menos las mismas. La independencia liberó del control español a todas las clases privilegiadas (clero, terratenientes, propietarios de minas y del comercio) que acrecentaron sus riquezas con las que había pertenecido al grupo peninsular. Los indígenas, por el contrario perdieron las pocas ventajas y garantías jurídicas que les aseguraba la monarquía española, a más de sufrir las consecuencias de la guerra. (4)

El 22 de enero de 1822 la Soberana Junta Provisional había nombrado nueve individuos que preparasen el nuevo Código Civil, pero no se conoce el resultado de sus trabajos. La primera Constitución que tuvo vigencia fue la del 4 de octubre de 1824; en ella no se encuentra ningún precepto que establezca qué sucedería en tanto se formulaban las leyes nuevas. En la Constitución de 1857 tampoco se encuentra nada al respecto. Pero a partir de este momento, la situación empieza a cambiar, porque se presenta el fenómeno en que, lo que es propiamente la nación mexicana comienza a perfilarse y empiezan a dictarse en definitiva las normas que obedecen al triunfo del liberalismo, con la implantación de régimen liberal.

Por falta de cuerpos legislativos nacionales, se aplicaban los códigos españoles, y éstos eran el punto de partida para la resolución de los negocios jurídicos

La simple revisión de las colecciones de leyes, decretos, etcétera... muestra que, durante las primeras décadas de vida na-

cional, en materia civil fue muy poco lo que se legisló. Se pueden encontrar cuestiones sobre requisitos para contraer matrimonio y en manos de quién se hallaba el permiso para celebrarlo, así como diversos problemas en relación con los hijos expósitos y algunos de sucesiones.

En el Concilio de Trento se sancionó la costumbre de que la Iglesia llevara registros del nacimiento, matrimonio y la muerte de las personas.⁽⁵⁾ Así, el reconocimiento de hijos naturales, la emancipación y la adopción, quedaron a cargo de los funcionarios del orden civil, sin que se hiciera constar en un registro especial. En México se conservó esta tradición, pero a partir de la Revolución de Ayutla y para robustecer la institución de la familia, minada por la llegada de personas de otras creencias, se trató de establecer el registro civil, pero sin desposeer al clero por completo.

En esta época se empiezan a conocer los conceptos de vecinos, transeúntes, habitantes y ciudadanos. Los hijos legítimos y naturales eran ciudadanos del domicilio del padre y los espurios de la madre. Para ser ciudadano se necesitaba tener 18 años si era casado y 21 si soltero.

Durante la época de la Colonia la Iglesia había adquirido una posición muy importante en lo económico y en lo político. A lo largo del siglo XIX defendió sus fueros y privilegios apoyando a los grupos que no pretendían arrebatarlos. Su participación

(5) GONZALEZ, María del Refugio, Estudios sobre la historia del derecho civil en México durante el siglo XIX, UNAM, 1981, p. 43.

en muchos de los actos de la vida civil fue cuestionada por los grupos liberales. A estos grupos se les deben -entre otras cosas- los intentos que se hicieron por formar una legislación civil que no fuera una simple modernización de las leyes españolas, sino que implicara un cambio en la relación Iglesia-Estado, emulando las leyes francesas representadas fundamentalmente por el Código Civil de Napoleón; los intentos que se hicieron no fructificaron sino hasta 1870. En este último tercio del siglo XIX los autores ya no incluían en sus textos las nociones de derecho canónico, y el derecho romano fue estudiado por separado. El derecho civil relativo al estado de las personas se volvió laico; el matrimonio fue contemplado como un contrato civil, y muchas de las instituciones para la protección de los diversos miembros de la familia desaparecieron en los años que siguieron a la codificación.

En virtud de que la codificación se logró en forma definitiva en el último tercio del siglo XIX, el derecho colonial siguió rigiendo durante casi cincuenta años de la vida independiente, y los textos de doctrina jurídica española, y en ocasiones criolla, continuaron siendo la pauta para funcionarios, juristas y litigantes de la época para adentrarse en el "caos de legislación". La codificación es una forma de recoger la legislación sistematizándola y elaborándola científicamente y tiene como objeto acabar con la fragmentación del derecho y todas las costumbres.

La Constitución de Cádiz de 1812 recoge varios postulados liberales, sobresaliendo la idea de que la soberanía residía

en la nación. Durante las sesiones de las Cortes de Cádiz se vio la conveniencia de constituir comisiones de legislación civil, criminal y mercantil, cuya misión fuera la de formar cada una un cuerpo de leyes. Las comisiones se nombraron una y otra vez; sin embargo, la codificación sólo se consolidó en España.

El grupo constituido por los liberales luchó por la separación tajante entre el poder temporal y el espiritual, la sujeción de la Iglesia al poder del Estado, la desmortización de los bienes de las corporaciones civiles y religiosas, la secularización de instituciones en manos del clero, la libertad de comercio interno, las libertades irrestrictas de pensamiento, palabra e imprenta y finalmente, la forma de gobierno republicano federal. (6)

En el periodo comprendido entre 1821 y 1864 la idea de codificar el derecho toma casta de naturaleza en México.

2. Antecedentes históricos del matrimonio en la Nueva España

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

La subordinación de los hijos de familia a la voluntad de los padres en materia matrimonial, vigente sin cortapisas en el mundo romano y, más restringidamente, en el germánico, va siendo superada en el ámbito eclesiástico por obra de papas, de con-

cilios particulares, y de canonistas y teólogos: contestes en el derecho de los hijos a elegir cónyuge al margen de la voluntad de los padres y sin que la falta de consentimiento paterno iniciada sobre la licitud de tales matrimonios, su punto de vista se impone en la Baja Edad Media.

Aunque el de la libertad de los hijos fuera el criterio que finalmente triunfa en el Concilio de Trento, las presiones en pro de la intervención paterna ejercidas por algunos representantes de las potestades civiles contribuyeron, quizá sin proponérselo, a que el texto conciliar sobre el tema quedara redactada de una manera que lo hacía susceptible de malas interpretaciones de que las corrientes regalistas habría de sacar partido. En última instancia, la complejidad de dicho texto parece deberse a un pedido de los embajadores de Francia. Estando en vigor en su país una ordenanza regia (1536) que exigía que, so pena de ser excluidos de la sucesión paterna, (6) los hijos e hijas respectivamente menores de 30 y 25 años obtuvieran el permiso de sus padres, los embajadores galos habían solicitado formalmente del Tridentino en la sesión del 24 de julio de 1563 que, junto con los matrimonios clandestinos, se declarasen irritos los matrimonios de hijos de familia contraídos sin consentimiento de los padres, con la sola salvedad de que, si pasado cierto límite de edad, éstos no los hubieran casado, pudieran los hijos hacerlo por sí mismos.

(6) RIPODAS ARDANAZ, Daisy, El matrimonio en las Indias, Ed. Fundación para la educación, la ciencia y la cultura, Argentina 1977, p. 260.

Habiendo hallado eco la propuesta y declarado los legados papales que se podría aprobar en cuanto simple ley y no en cuanto artículo de fe, se redactó el artículo pertinente por el que se fijaba la edad límite en dieciocho años cumplidos para los hijos varones y en dieciseis para las mujeres, elevados en enmienda posterior a veinte y dieciocho, si bien con la excepción de los casos en que los hijos menores, ante una negativa paterna juzgada injusta por su prelado, se casaran con licencia de éste. La modificación, pese al pedido que le había dado origen, resultaba en conjunto propicia a la libertad de los hijos, como que era fruto de un mes de trabajosas sesiones en las que, al lado de las voces de quienes defendían la autoridad paterna, se había ido levantando las de los que propugnaban la libertad filial, basados en que la potestad de los padres no se extendía a materias espirituales. Sin duda por el peso de este criterio medieval favorable a la libertad de los hijos, al cabo de las discusiones se termina por quitar del texto lo referente a la anulación de los matrimonios sin consentimiento paterno, con lo que sólo quedan irritados los clandestinos mediante un decreto que reza como sigue: "Aunque no se puede dudar de que los matrimonios clandestinos, efectuados con libre consentimiento de los contrayentes, fueron matrimonios legales y verdaderos, mientras la Iglesia Católica no los hizo irritos, 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 fritos los matrimonios contraídos por hijos de familia sin consentimiento de sus padres, y que éstos pueden hacerlos

ratos o fritos; no obstante la iglesia de Dios los ha detestado y prohibido en todos tiempos con justísimos motivos". (7)

Así, se estatuye en el Fuero Real que la doncella menor de 30 años que casare sin mandato de sus padres, o la doncella huérfana que lo hiciera con hombre que no conviniese a su familia, no herede los bienes de sus progenitores a menos que, en el primer caso, éstos la perdonasen; y se establece en las Partidas que los matrimonios deben celebrarse con noticia de los padres, o, en su defecto, de los parientes más cercanos de la novia, mas adelante la obligación vuelve a caer sobre todos los vástagos, sin distinción de sexo. A comienzos del siglo XVI los padres son autorizados por las Leyes de Toro a desheredar a los hijos e hijas que contrajeran matrimonios clandestinos, celebrados con frecuencia sin el consentimiento paterno. (8)

3. Matrimonio, definición, esponsales y requisitos de validez

a) El matrimonio es un contrato indisoluble de sociedad celebrado entre dos personas de diverso sexo con el fin de procurar la procreación de la prole y de cuidar de su conveniente educación.

Es un contrato indisoluble, porque aunque todo contrato

(7) Ibidem, p. 261

(8) Ibidem, p. 264

consensual se puede disolver por mutuo disenso, éste, por la naturaleza de sus obligaciones y por derecho divino, canónico y civil no puede disolverse. Se dice que este contrato es de sociedad, porque no es otra cosa que el consentimiento de dos acerca de un mismo fin y de unos mismos medios. (9)

b) Los esponsales no son otra cosa que una promesa mutua de futuro matrimonio; aunque esta no es más que un mero pacto celebrado sin solemnidades algunas, es de tal fuerza que por ellos quedan obligados los desposados a contraer matrimonio después. Y aunque por derecho novísimo en ningún tribunal eclesiástico ni secular se deben admitir demandas de esponsales que no estén reducidos a escritura pública, esto prueba que no producirán acción sin este requisito; pero sí obligación siempre que no haya una justa causa para rehusar su cumplimiento.

c) El mutuo consentimiento de los contrayentes es requisito esencial para la validez del matrimonio -a la vez contrato y sacramento- como lo es para la celebración de todo contrato. Este consentimiento ha de hacer de la libre voluntad de los contrayentes, ajena a cualquier compulsió, entendiéndose que la libertad de éstos se oprime tanto cuando se les obliga a una unión que les repugna como cuando se les impide una que han elegido.

(9) ALVAREZ, José María, Instituciones de Derecho real de Castilla y de Indias. Tomo I, UNAM, 1982, p. 129.

En verdad que la licencia de los padres y su consentimiento no es un requisito necesario para que sea válido el matrimonio contraído por los hijos de familia; pero sí lo es para que sea lícito. No se puede dudar de la falta grave al respecto, veneración y agradecimiento que debe a sus padres, el hijo que se empeña en un asunto de tanta consideración como el matrimonio sin pedir y obtener su consentimiento, aun cuando sea mayor de edad o haya salido de su potestad; pues nada de esto es motivo para que se extinga el amor de veneración y agradecimiento que les debe siempre tener. Mas como en este punto de conceder o negar el permiso para el matrimonio, puede haber de parte de los padres una resistencia perjudicial, o puramente de capricho, y de parte de los hijos una pasión ardiente y fogosa que los empeñe sin reflexión en una alianza de consecuencias funestas; para evitar los inconvenientes de la arbitrariedad y dar una regla fija, se ha señalado por derecho la edad hasta la cual pueden los padres usar de su potestad impidiendo del todo el matrimonio si no es de su agrado, y que cumplida la que se requiere, entre los hijos al goce de su libertad contrayéndolo a su arbitrio. Pero en este caso, aunque las leyes no exigen que se pida la licencia a los padres, faltarán a su obligación los hijos que no les den esta señal de respeto y de amor, o que no hagan caso de la resistencia fundada que hagan sus padres a su matrimonio por indecoroso o perjudicial. (10)

(10) Ibidem, p. 131.

4. Impedimentos

a) Impedimento diremente de edad

El derecho canónico y el civil coinciden en fijar para la celebración del matrimonio de catorce para el varón y de doce para la mujer "a menos que la malicia supla a la edad".

b) Impedimento diremente de ligamen: La poligamia indígena.

Hállase constituido este impedimento por el vínculo matrimonial que, ligando de por vida, hace que durante su vigencia no se pueda contraer otro: en este sentido el Concilio de Trento recuerda que la ley divina prohíbe a los cristianos tener a un mismo tiempo varias mujeres.

El abandono de la poligamia por parte de los naturales, después de la conquista, resultaba difícil, entre otras cosas, por su calidad de hábito inveterado. Hábito inveterado en los hombres: renunciar a tan arraigada costumbre, "dejar las muchas mujeres" -según refiere López de Gómara de los mexicanos- fue lo que más sintieron diciendo que hacían injuria a las que tenían, pues se amaban mucho, y que no querían atarse a una para siempre si fuese fea o estéril.

"Cuatro causas -sistematiza con acierto López de Gómara-

dan para tener tantas mujeres: la primera es el vicio de la carne, en que mucho se deleitan; la segunda es por tener muchos hijos; la tercera por reputación y servicio; la cuarta es por granjería."

En cuanto al aspecto sociopolítico, la posesión de varias mujeres constituía un signo de poder y era considerada la forma más apta para asegurar el crecimiento de la población.

Los caribes suelen disfrutar de la ventaja que les reporta el tener sendas mujeres especializadas en el cultivo de la tierra, la elaboración de bebidas y varias tareas por el estilo.

Para redondear la serie de ventajas económicas, la pluralidad de mujeres permitía a los hombres llegar a tener numerosos hijos, lo que consideraban un buen seguro contra la vejez, los naturales se mostraban escépticos ante la prédica monogámica en vista del espectáculo ofrecido por los españoles; fuera que, como un indígena del Perú, se negaran incluso a ser cristianos pues mandado estos no jurar, ni hurtar, ni tomar las mujeres a nadie, en "todo hacen lo contrario de lo que dicen".

Algunos infieles estaban preparados, si no para captar la necesidad de la monogamia instituida por la ley evangélica, sí para apreciar las ventajas que los misioneros le atribuían cuando les explicaban que, siendo la de Cristo ley de paz y amor, no podía admitir la pluralidad de mujeres por la consiguiente dis-

minución del amor marital y por su secuela de celos y disensiones. Ya en su gentilidad, muchas mujeres, para no verse envueltas en odios y discordias, averiguaban por anticipado si el novio se proponía o no tener una sola mujer, o bien se mostraban renuentes a unirse a un hombre que ya tuviera otra o propensas a dejarlo en cuando encontraban uno del que pudieran ser esposas únicas.

Ante el deterioro de las estructuras políticas y religiosas, en ese aferrarse de los indios a la pluralidad de mujeres se cifra el deseo de no romper con un pasado prehispánico mejor o subyace a veces la creencia de que la poligamia será uno de los ingredientes obligados de un futuro feliz, y hasta -en ocasiones- de contornos mágicos.

Quando, por 1540, los naturales de las serranías de Jalisco se levantaron contra los españoles y, en especial, contra los misioneros, se decían mensajeros de Tecoroli -divinidad cuya inminente venida anunciaban-, el cual exterminaría a los cristianos; traería a los indios riquezas, armas, ropas; haría que las sembreras se logaran, la leña se juntara y la comida se les guisara sin intervención de nadie; volvería jóvenes a los viejos y viejas; y a todos "mandaría que tuviesen las mujeres que quisiesen y no una como los frailes decían, y al que con una se contentase, a la hora moriría".

Desde fecha muy temprana, la Corona se interesó por que los indios se unieran sacramentalmente a sus mujeres y, habida

cuenta de su habitual poligamia, si por un lado recomendó reiteradamente hacerles entender que habían de conformarse con una sola mujer sin permitirles que la dejaran -exigencia extendida a mediados de siglo aun a los caciques infieles- con la consiguiente prohibición de tener encerradas a otras mujeres en perjuicio de los demás indios, por otro lado, en 1536 intercede ante el obispo de México para que los indígenas, dada su condición de gentes recién convertidos, no sean penados pecuniariamente por hallarse amancebados.

Las leyes de Burgos establecen que los indios se casen con la mujer "que mejor les estuviere". Queda, pues, reservado a la Iglesia el arduo problema de la discriminación de aquella a quien corresponde acceder a la dignidad del sacramento conyugal.

La Santa Sede con el breve Romani Pontificis de 2 de agosto de 1571, por medio del papa Pío V estatuye que los indios que se convierten, dejadas todas las demás mujeres, conserven como legítima aquella que se bautice junto con ellos.

c) Impedimento dirimente de ligamen

El delito de bigamia al margen de la situación suigeneris de los indios polígamos de que acabamos de tratar, el contraer otro -u otros- matrimonio canónico mediante el impedimento de ligamen por hallarse en el crimen de bigamia. La consideración de las características con que este delito de doble o múltiple matri-

monio se ofrece en Indias puede, en consecuencia, dar una imagen de la medida en que dicho impedimento era minusvalorado por los habitantes del Nuevo Mundo y de los esfuerzos de las autoridades para que ello no sucediera.

El arraigado hábito poligámico y el no captar cabalmente el valor del sacramento del matrimonio suelen llevar a los indios a contraer en vida del otro cónyuge matrimonio eclesiástico liso y llano, sin apelar al subterfugio -no siempre viable- de algún error u olvido que invalidara el primer matrimonio de su gentilidad consagrado ante la Iglesia. En caso de ser descubiertos, intentan a veces alguna justificación pero otras, aparecen impasibles, sin visos de hallarse penetrados de la gravedad de su falta. Como medidas precautorias de la bigamia, se recomienda hacer examen entre los demás indios y aun de la prescripción tridentina no omitir tres amonestaciones públicas de las que, por lo menos una de ellas, sea en día de precepto; se suele advertir a ambos contrayentes en el momento del matrimonio que no han de pasar a nuevas nupcias hasta que se muera el respectivo cónyuge.

Doble matrimonio entre españoles. La razón del elevado número de bigamos hombres y mujeres registrado en el Nuevo Mundo, entre quienes no faltaban aventureros de uno u otro sexo que en el lugar de origen dejaban, junto con el verdadero cónyuge, su verdadero nombre, y una vez instalados en el nuevo escenario, adoptaban otro para mejor mudar de piel, exigiendo a los procedentes de los reinos de España y a los extranjeros en general la presentación de informaciones de libertad hechas en su propia parroquia

que han de ser examinadas por los jueces o provisosores de las diócesis americanas.

Una vez instalados los Tribunales del Santo Oficio en México en 1571, pasan a manos de los inquisidores, quienes comienzan a entender, entre otros, en el crimen de doble matrimonio de españoles, y en el castigo no sólo de los bigamos sino de los falsos testigos en las informaciones de soltura.

La intervención del Santo Oficio se justifica con el argumento de quien recibe de nuevo el sacramento del matrimonio. "Sospechoso de herejía como secta mahometana", salvo, claro está, en los casos en que logre demostrar que de buena fe ha aceptado la noticia de la muerte del cónyuge legítimo.

d) Impedimento diremente de parentesco

El derecho canónico considera como incestuoso el matrimonio entre parientes cercanos. Los tipos de parentesco que aquí nos interesan son el de consanguinidad, que es el vínculo que une a los descendientes de un tronco común; el de afinidad, que es el vínculo nacido del matrimonio o de la cópula ilícita entre el hombre y los consanguíneos de la mujer o viceversa, y finalmente, el espiritual, que es contraído con ciertas personas por el bautizo y la confirmación. En Indias se dan, en efecto, algunas soluciones especiales a los impedimentos dimanados de estos tres tipos de parentesco.

Parentesco por consanguinidad y afinidad en 3o. y 4o. grados entre los que van a contraer matrimonio: la dispensa de Paulo III.

En suma, cuando los novios indígenas distan tres grados del tronco común están hábiles para casarse; así, pueden unirse primos segundos entre sí o tíos con sobrinas segundas sin previa licencia.

Obviado el problema del parentesco dentro de ciertos grados por la dispensa papal, en los primeros tiempos quedaba todavía el engorroso problema de averiguar si verdaderamente existía parentesco entre los indígenas que se querían casar, y de haberlo, de qué grado se trataba, a fin de saber si estaban o no comprendidos en la dispensa general.

Parentesco por consanguinidad o afinidad en 1o. y 2o. grados entre los casados que se convierten.

La dispensa de la bula Altitudo se aplica a fortiori a los indios que ya unidos en matrimonio y emparentados dentro de los grados permitidos por ella, se van convirtiendo. No resultando, empero, bastante a despejar la situación conyugal de todos los naturales, quedaba el recurso al derecho común, la posibilidad de echar mano mencionándolo o no del capítulo Gaudemus, por el cual se permitía a los neoconversos permanecer en matrimonios contraídos en su infidelidad dentro del segundo y ulteriores

grados de parentesco.

En muchos grupos indígenas solía aceptarse, en efecto, un sistema unilateral de parentesco, bien fuera matrilineal con la consiguiente posibilidad de uniones entre padres e hijas y entre medio hermanos por parte del padre, bien patrilineal, con admisión de matrimonios entre hermanos por parte de la madre.

Facultad por dispensar en grados más próximos que el 3o, en matrimonios contraídos y por contraer.

Como respuesta al pedido del monarca de ser informado en 1537 sobre los problemas atinentes a los parentescos indígenas, había solicitado para los prelados de Indias "facultad para dispensar in utroque foro con los naturales de aquellas partes para que los matrimonios contraídos aunque sean en 2o. grado prohibido por ley positiva, permanezcan", el papa continúa con la política de autorizar a determinados eclesiásticos a solucionar benignamente muchos casos concretos.

Partiendo del supuesto de que los gentiles que hubieran contraído matrimonio hallándose emparentados en grados prohibidos por derecho eclesiástico pero no por derecho divino, necesitaban de dispensa para poder permanecer en él después de convertirse.

Parentesco espiritual. El parentesco espiritual había sido restringido por el Concilio de Trento en beneficio de todos

los fieles; desde entonces sólo ligaba, cuando el bautismo, al bautizado por sus padres, por un lado, con el bautizante, y por otro, con los padrinos; y cuando la confirmación, al confirmado y sus padres, por un lado con el confirmante y, por otro con el padrino o madrina.

Parentesco en grados prohibidos entre mestizos. Habiendo sido incluidos los mestizos en 1585 por Gregorio XIII entre los que podían gozar de las dispensas de grados prohibidos, resultaron beneficiados con la dispensa general que había concedido Paulo III y con las individuales que tenían facultad de conceder los misioneros y obispos del Nuevo Mundo.

Se reputaban en Indias mestizos con vistas a las dispensas a los cuarterones y puchueles, es decir, los que tenían, respectivamente $1/4$ ó $1/8$ de sangre aborígen.

-Parentesco en grados prohibidos entre negros o individuos de castas. Los negros, los zambos -a través del doble caudal de sus sanges africana o indígena- y los mulatos -siempre que tuvieran por lo menos $1/8$ de sangre negra- gozaban de la dispensa general de Paulo III y de facilidades para obtener dispensas particulares para contraer matrimonio o para perseverar en el ya contraído dentro de grados prohibidos.

-Parentesco en grados prohibidos entre españoles. Los españoles residentes en América o nativos de ella, dada su cali-

dad de cristianos viejos, no son favorecidos por disposición alguna de carácter general que represente una mitigación de los grados prohibidos para contraer matrimonio.

d) Impedimento dirimente de disparidad de cultos

Aunque el matrimonio entre una parte cristiana y otra infiel, no siendo contrario ni al derecho natural ni al derecho divino positivo, no era al principio inválido, por lo menos desde el siglo XII la disparidad de cultos empieza a considerarse un impedimento dirimente, que la Iglesia incorpora a su derecho por su costumbre.

Matrimonio de fiel con infiel. No preocupa especialmente a la Iglesia indiana la posibilidad de que los españoles se casen con infieles; saben perfectamente que semejantes matrimonios son inválidos, e, incluso en los primeros tiempos, llevaron escrúpulos a no cohabitar con las mujeres que los indios les entregaban para concubinas hasta haberlas hecho bautizar.

Los matrimonios celebrados entre un cónyuge bautizado y otro que no lo está son inválidos, sin embargo, después de bautizado éste deben ambos consentir de nuevo si es que desean persistir en un vínculo al que no están obligados.

-Conversión de un solo cónyuge. Cuando la conversión era de un sólo cónyuge cabían dos posibilidades: o que se diera

una convivencia pacífica con el cónyuge infiel, en cuyo caso permanecería firme el matrimonio, o que, siendo imposible la convivencia, se llegara en virtud del privilegio paulino a la disolución del matrimonio de derecho natural existente.

e) Impedimento dirimente o impedimento de clandestinidad

Los matrimonios celebrados sin contar con la presencia del párroco u de otro sacerdote por él autorizado y de testigos estaban prohibidos por la Iglesia desde antes y eran, por lo tanto ilícitos. El Concilio de Trento va más allá al considerarlos inválidos.

Habiendo, pues, pasado la clandestinidad de impedimento impediendo a impedimento dirimente, a partir del Tridentino el matrimonio debe contraerse en presencia del párroco o de otro sacerdote con licencia del párroco o del ordinario, y de dos o tres testigos.

f) Impedimento impediendo de falta de amonestaciones

Resultan así viciados del impedimento de falta de amonestaciones los matrimonios que, sin alguna o ninguna de ellas ni la correspondiente licencia para omitirlas, tienen lugar mediante el consentimiento que los novios se prestan delante del párroco cuya presencia logran por sorpresa, por engaño o aun por la fuerza y de testigos que por lo general se hallan en conniven-

con ellos. Estos matrimonios, considerados a veces clandestinos después del IV Lateranense, en rigor no son tales en cuanto no dejan de contraerse con asistencia del párroco, aun en el caso extremo de que éste se haya colocado de propósito en situación de no ver ni oír a los contrayentes ya que, siendo afectado el óbice puesto para no enterarse del consentimiento de los novios, no lo descalifica como testigo de la celebración del matrimonio; con más propiedad suelen, pues, ser denominados matrimonios de sorpresa y reputados "quasi clandestinos".

g) Impedimento impediende de época

Como reliquia de la antigua prohibición total de celebrar matrimonios en ciertos tiempos de penitencia, la Iglesia vedaba -y el Concilio de Trento recoge la proscripción- las nupcias solemnes o velaciones desde el primer domingo de Adviento hasta el día de Epifanía, y desde el miércoles de ceniza hasta la octava de Pascua, inclusive. En los lapsos indicados se podían, por lo tanto, celebrar matrimonios pero no dar la solemne bendición nupcial, la cual se difería para el momento en que fuera lícito impartirla.

5. Matrimonios interraciales

a) Matrimonio entre españoles e indios

Aunque las autoridades locales -sin duda desorientadas

por circunstancias tan nuevas- llegan a oponerse al matrimonio entre españoles e indios -como sucede con el gobernador Ovando en 1504- desde época temprana la Corona acepta que lo contraigan libremente conquistadores y conquistados: entre 1514 y 1515 se autoriza explícitamente a los españoles a casarse con indias no obstante cualquier prohibición en contrario y, recíprocamente, a las indias para hacerlo con españoles y, asimismo, a las españolas con indios, poniendo de manifiesto el espíritu ajeno a prejuicios ya que, según se ha señalado con acierto, los aborígenes conocidos hasta ese momento y cuyo matrimonio con los conquistadores se autoriza son los harto primitivos antillanos.

En el brazo español de la tenaza se singularizan por su entidad y persistencia las actitudes coactivas de los encomenderos para quienes el matrimonio de sus indias con indios de otros repartimientos -dado que generalmente la mujer debía seguir al marido- significaba el deterioro presente de su servicio doméstico y la pérdida futura de la prole de la nueva pareja en cuanto a tributos y servicios personales. Al comienzo, entendiendo con artificio aquella de las leyes de Burgos que justamente procura asegurar la libertad de elección de los indios al prescribir que "se casen con la mujer que mejor les estuviere", los encomenderos acarrear agua para su molino y tratan de casar a las indias con indios de su encomienda. A pesar de que una declaración de la Corona sale pronto al paso de torcidas interpretaciones.

Los encomenderos recortan la libertad matrimonial de varones y mujeres, pero preferentemente apuntan a las últimas: las unen a la fuerza con indios o esclavos de su propiedad así sean viejos o se hallen estropeados "con cualquiera que tenga forma de hombre", según apunta gráficamente desde el Tucumán el padre Romero; tratan otras veces de impedir sus matrimonios con indios de sus pueblos de origen o de otros repartimientos, no vacilando en maltratarlas de palabras, trasquilarlas, azotarlas o tenerlas encerradas hasta el punto de no dejarlas asistir a misa o a la doctrina, no vacilando en refir con los encomenderos con cuyos indios desean casarse por resultar aquéllos beneficiados de lo que consideran un sonsaque, y no escrupulizando en aprovechar el lapso en que se tramitan las informaciones de libertad para inventar impedimentos de fuerza o parentesco que hagan posibles esas uniones a los ojos de los párrocos ni enemistarse con éstos si las celebran y con los prelados si dan la respectiva licencia y, finalmente, si las indias llegan a sortear tantos escollos y casarse con indios de otros repartimientos, suelen retenerlas en vez de dejarlas marchar a vivir con sus maridos y hasta procuran lograr la anulación de semejantes matrimonios.

En el brazo indígena de la tenaza se dejan sentir sobre los jóvenes las imposiciones de sus padres o de sus señores. Soliendo prevalecer los intereses del grupo sobre los del individuo y concederse gran importancia a la familia extensa -clan linaje- en el mundo indígena prehispánico era frecuente y se aceptaba por todos como normal la intervención de los progenitores o de

los caciques en los matrimonios de hijos o súbditos y, en especial, en lo tocante a las mujeres (Real cédula de 1515, Leyes de Burgos). Limitación del número de indias que sirvan en cada familia; residencia de las indias en pueblos que sirvan en cada familia; residencia de las indias en pueblos propios y no en casa de los encomendadores; rigurosas penas para los infractores, las que, amén de sumarse a las eclesiásticas y a las multas considerables y la absoluta prohibición de servirse de indias en lo futuro para quienes no posean encomiendas.

También se preocupa la Corona por sancionar a los señores indígenas que acaparan doncellas, a los padres que venden a sus hijas, y a unos y otros cuando casan a las jóvenes sin consultar su voluntad, con azotes, declaración de inhabilidad para el desempeño de oficios públicos, obligación de restituir lo recibido y menoscabo de su status si son principales, castiga a los padres traficantes; con pérdida del cacicazgo, reducción a la clase de indios del común y destierro pena a los caciques acaparadores o, cuando menos dominantes.

Regulación eclesiástica

Frente a la prepotencia de los conquistadores, el II Concilio Limense manda a los españoles, so pena de excomunión, que no estorben el matrimonio de sus criados y yanaconas ni tampoco los compelan a contraerlo.

b) Matrimonio entre indios y negros

Si hubo un ámbito en que los matrimonios mixtos fueron mal mirados y en que, a la par, se advierte de parte de los funcionarios reales una cierta intención de frustrarlos, ese ámbito fue el de los matrimonios entre indios y negros o gentes de castas. Había sugerido el rey que, puesto que los negros esclavos se casaban con indias antes que con negras por dejar a sus hijos libres, mandara que fuesen esclavos todos los hijos que las indias tuvieran de negros, con lo que unos y otras se retraerían de tales uniones desventajosas para las indias y sin aliciente especial para los negros, y que aunque se siguieran produciendo alguna, la prole resultante, dada su condición servil habría de criarse entre españoles y con la debida sujeción.

c) Matrimonio entre negros

Como se miraba con pésimos ojos el casamiento de negros con indios se pensaba en uniones de negros entre sí; para que ello fuera viable, se exigió en los comienzos la introducción de la misma cantidad de mujeres que de hombres.

Capítulo III

EL CONSENTIMIENTO PATERNO

1. Pragmática del 23 de marzo de 1776

Sabed: Que siendo propio de mi Real autoridad contener con saludables providencias los desórdenes que se interoducen con el transcurso del tiempo, y habiendo llegado a ser tan frecuente el abuso de contraer Matrimonios desiguales los hijos de familias sin esperar el consejo y consentimiento paterno, o de aquellos deudos o personas que se hallen en lugar de padres, de que con otros gravísimos daños y ofensas de Dios resultan la turbación del buen orden del Estado, y continuadas discordias y prejuicios de las familias, contra la intención y piadoso espíritu de la Iglesia, que aunque no anula no dirime semejantes matrimonios, siempre lo ha detestado y prohibido, como opuestos al honor, respeto y obediencia que deben los hijos prestar a sus padres en materia de tanta gravedad e importancia. Por la cual en adelante hijos e hijas de familias menores de veinte y cinco años, deban para celebrar el contrato de esponsales, pedir y obtener el consejo y consentimiento de su padre, y en su defecto de la madre; y a falta de ambos, de los abuelos por ambas-líneas respectivamente; y no teniéndolos, de los dos parientes más cercanos que se hallen en la mayor edad o no sean interesados o aspirantes a tal matrimonio y no habiéndolos capaces de darle, de los tutores o guardadores: bien entendido, que prestando los expresados

parientes, tutores o guardadores su consentimiento, deberán ejecutarlo con aprobación del Juéz Real; e interviniendo su autoridad al corregidor o Alcalde Mayor Realengo más cercano.

Que esta obligación comprenda desde las más altas clases del Estado sin excepción alguna hasta las más comunes del pueblo, porque en todas ellas sin diferencia, tienen lugar la indispensable y natural obligación del respeto a los padres y queden inhábiles y privados de todos los efectos civiles, como son el derecho a pedir dote o legítimas, y de suceder herederos forzosos y necesarios en los bienes libres que pudieran corresponderles por herencia de sus padres o abuelos; Declaro por justia causa de su desheredación la expresada contrevención e ingratitude para que no puedan pedir en juicio, ni alegar de inoficioso o nulo el Testamento de sus padres o ascendientes, quedando éstos en libre arbitrio y sin facultad de disponer de dichos bienes a su voluntad y sin más obligación que la de los propios y correspondientes alimentos.

Los mayores de veinte y cinco años cumplen con pedir el consejo paterno para colocarse en estado de matrimonio, que en aquella edad ya no admite dilación como está prevenido en otras leyes, pero si contraviniese dejando de pedir este consentimiento paterno incurrirán en las mismas penas que quedan establecidas así que en cuanto a los bienes libres como en los vinculados.

Es bueno el conservar a los padres de familia la debida

y arreglada autoridad, que por todos los derechos les corresponden en la intervención y consentimiento de los matrimonios de sus hijos; es justo precaver al mismo tiempo el abuso o el exceso en que pueden incurrir los padres y parientes en agravio y perjuicio del arbitrio y libertad que tienen los hijos para la elección del estado al que su vocación los llama; y en caso de ser el de matrimonio, para que no se les obligue ni precise a casarse con persona determinada contra su voluntad, pues ha manifestado la experiencia que muchas veces los padres y parientes por fines particulares o intereses privados intentan impedir que los hijos se casen, y los destinan a otro estado en contra de su voluntad y vocación o se resisten a consentir en el matrimonio justo y honesto que desean en contraer sus hijos; Declaro y mando:

Que los padres, abuelos, deudos, tutores y guardadores en su respectivo caso deban precisamente prestar su consentimiento, si no tuvieren justa y racional causa para negarlo, como lo sería si el tal matrimonio ofendiese gravemente al honor de la familia o perjudicarse el Estado.

Debe haber y admitir libremente recurso sumario a la Justicia Real Ordinaria el que se haya de terminar en el preciso término de ocho días y por recurso en el consejo, cancillería 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.

Que sólo pueda dar la certificación del auto favorable pero no de las objeciones y excepciones que propusieren las partes para evitar difamaciones de personas o familias, y sea puramente extrajudicial e informativo semejante proceso, y aunque se oiga a las partes en él por escrito y verbalmente, sea siempre a puerta cerrada. Los procesos en cualquier juzgado que se terminasen han de quedar custodiados en el archivo secreto y separado, de modo que por ninguna persona puedan registrarse, ni reconocerse, ni darse tampoco segunda certificación del auto, sin expresar orden y mandado del mismo consejo.

Mando asimismo se conserve en los Infantes Grandes la costumbre y obligación de darme cuenta, y a los Reyes mis sucesores de los contratos matrimoniales que intenten celebrar ellos, o sus hijos e inmediatos sucesores, para obtener mi Real aprobación; y si (lo que no es creíble) omitiese alguno el cumplimiento de esta necesaria obligación, casándose sin Real permiso, así los contraventores, como su descendencia por este mero hecho queden inhábiles a gozar los Títulos, honores y bienes de la Corona; y la Cámara no les despache a los Grandes la Cédula de sucesión, sin que hagan constar al tiempo de pedirla, en caso de estar casados los nuevos poseedores, haber celebrado sus matrimonios, precedido el consentimiento paterno, y el Regio sucesivamente, la mujer o el marido que cause la notable desigualdad, quedará privado de los Títulos, honores y prerrogativas que le

conceden las Leyes de estos Reinos, ni sucederán los descendientes de este matrimonio en tales dignidades, honores, vínculos o bienes dimanados de la Corona, ni podrán tampoco éstos descendientes usar de los apellidos y armas de la casa, de cuya sucesión quedan privadas; pero tomarán precisamente el apellido y las armas del padre o la madre que hayan causado la notable desigualdad.

No bastando las penas civiles que van establecidas a contener las ofensas a Dios, el desorden y las pasiones violentas de los jóvenes si no conspiran al mismo fin los Ordinarios Eclesiásticos de éstos mis Reinos, como lo espero de su zelo en observancia de los Cánones, y siguiendo el espíritu de la Iglesia, que siempre detestó y prohibió los matrimonios celebrados sin noticia o con positiva y justa repugnancia, o racional disenso de los padres; he tenido y tengo por bien encargar a los Ordinarios Eclesiásticos, que para evitar las referidas contravenciones y penas en que incurrirán los hijos de familias y no darles causa ni motivo para que falten a la obediencia debida a los padres, ni padezcan las tristes consecuencias que resultan de tales matrimonios, pongan en cumplimiento de la Encíclica de Benedicto XIV, el mayor cuidado y vigilancia en la admisión de esponsales y demandas a que no preceda este consentimiento, o de los que deban darle gradualmente, aunque vengan firmados o escritos los tales contratos de Esponsales. Para la observancia de todo lo referido: ruego y encargo a los M.M.R.R. Arzobispos, Notarios, a su debida observancia y cumplimiento, puedan las partes interesadas usar de los recursos competentes.

Y para que lo contenido en esta mi Pragmática Sanción tenga a su pleno y debido cumplimiento, qualesquiera Leyes, Ordenanzas, estilo o costumbre en contrario pues en quanto a esto lo derogo y doy por ninguno, y quiero se esté y pase inviolablemente por lo que aquí vá dispuesto precediendo, publicarse en Madrid y en demás ciudades.

Que los Obispos no permitan que se contraigan matrimonios desiguales contra la voluntad de los padres, ni los protejan y amparen dispensando las proclamas: Que tampoco consientan a los párrocos, que sin darles parte saquen de las casas de sus padres a las hijas para depositarlas y casarlas contra la voluntad de ellos, sin dar primero noticia a los Obispos para que estos averi-guen, si es o no racional la resistencia: y que los Provisores no admitan a sus Tribunales instancias sobre los esponsales, con-traidos con notoria desigualdad, sino que aconsejen y aparten a los hijos de familias de su cumplimiento quando redunden en de-crédito de los padres.

Que mediante las dificultades que pueden ocurrir para que algunos de los habitantes de aquellos dominios hayan de ob-tener el permiso de sus padres, abuelos, parientes, tutores o curanderos, y que puede ser causa que dificulte contraer los es-ponsales y matrimonios, y de otros inconvenientes morales y polí-ticos, no se entiende dicha Pragmática con los mulatos, negros, coyotes e individuos de castas y razas semejantes, tenidos y re-putados públicamente por tales, exceptuando a los que de ellos

me sirvan de Oficiales en las Milicias, o se distingan de los demás por reputación, buenas operaciones y servicios, porque estos deberán asimismo comprenderse en ellas; pero se aconsejará y hará entender a aquellos la obligación natural que tienen de honrar y venerar a sus padres y mayores, pedir su consejo y solicitar su consentimiento y licencia.

Que todos los demás habitantes en las Indias estén obligados a la observancia de lo prevenido en ella; pero que en quanto a los indios tributarios, el consejo, permiso o licencia que hayan de obtener, sea de sus padres, si son conocidos y pronta y facilmente puedan obtenerse de ellos, y en su defecto de sus respectivos Curas o Doctrineros, sin que por ello hayan de percibir derechos; gratificación ni recompensa alguna.

Que los indios caciques por su nobleza se consideren en la clase de los españoles distinguidos, para todo lo prevenido en la Real Pragmática.

Que los españoles europeos y los de otras naciones transeuntes, si los hubiere, y hubiesen pasado a Indias con legítimas licencias y licencia de ellos, respectivamente pidan a uno ú otro según corresponda, a la Justicia o Juárez del distrito en que se hallen y hubiese señalado la Audiencia.

En la Ciudad de México a diez y ocho de Enero de mil se-
tecientos setenta y nueve, estando en el Real Acuerdo los Señores

Regente y Oidores de la Real Audiencia de la Nueva España, Habiendo vista la Real Pragmática Sanción de veinte y tres de Marzo de mil setecientos setenta y seis, expedida con el fin de evitar los contratos de esponsales y matrimonios que se excusaban por los menores é hijos de familias sin consentimiento de sus padres, abuelos, deudos o tutores, y la Real Cédula fecha en el Pardo y siete de Abril de mil setecientos setenta y ocho.

Que estando como está prevenido en el primero de la Real Cédula; que no se entienda la Real Pragmática con los mulatos, negros, coyotes é individuos de castas y razas semejantes, tenidos y reputados públicamente por tales, exceptuando a los que de ellos sirvan de Oficiales en las Milicias, y se distingan de los demás por su reputación, buenas operaciones y servicios, quienes quedan comprendidos en ellas; atendiendo a que los mestizos hijos de español e india, y por el contrario, y los castizos, merecen distinguirse de las otras razas, como lo hacen por varias consideraciones las Leyes y la común estimación; se declara, que quedan igualmente sujetos a las formalidades y penas que prescribe la Real Pragmática. y respecto a que es propio de los párrocos instruir a los feligreses en sus obligaciones cristianas, y son los que pueden ejecutarlo con más oportunidad al tiempo que ocurren a ellos para las diligencias de sus casamientos, se ruegue y encargue al Muy Reverendo Arzobispo y Reverendos Obispos del Distrito de esa Real Audiencia, les manden, que conforme a lo prevenido en el citado artículo primero de la Real Cédula, aconsejen y hagan entender, aún a los no comprendidos en las penas

civiles, la obligación natural que tienen de honrar a sus padres y mayores y solicitar su consentimiento y licencia para sus matrimonios.

Y porque hay muchos jóvenes en los Colegios ó Estudios de Latinidad, cuyos padres o deudos se hallan en lugares distantes, y los tienen al cuidado de los rectores o de alguna correspondiente, que se tienen en lugar de tutores; se encargue a los rectores, que luego que sepan o sospechen que alguno de los dichos intenta contraer matrimonio lo noticien a sus padres o personas a cuyo cargo estén, y al mismo tiempo al Juez territorial, para que les intime que pidan y esperen el permiso de quien deba dárselo.

Para evitar que las personas referidas se valgan del ilícito arbitrio de no contestar a las cartas, para dilatar y aún frustrar muchas veces con sola la demora los matrimonios se declara, que siempre que los interesados se quejen de no haber tenido respuesta, escriban a las Justicias, interpelando por ella a quien corresponda y pasado aquel tiempo (segun las distancias) regulen bastante, sin estrecharlo, ni prolongarlo demasiado, sin que dichas personas hayan respondido o manifestado a las mismas justicias por carta o por libelo su oposición al matrimonio, podrán prestar su licencia o anuencia, no teniendo o sabiendo algún motivo justo para negarlas; y si lo tuvieren, debería hacerlo saber secretamente al interesado aconsejándole lo que le convenga para que o desista, o formalice su recurso sumario ante el mismo, a

fin de que nombrando defensor al ausente, con su audiencia se purifique la verdad en el término señalado.

Que para que mejor se observe el sigilo que pide materia tan delicada y encarga la Real Pragmática, tengan los Jueces asignados a los Archivos de sus Juzgados un cajon cerrado y seguro, cuya llave permanezca siempre en su poder (y en preciso de ausencia en el del escribano) hasta entregarla a su Sucesor, para que bajo de ella se custodien los Expedientes de esa naturaleza; y en esta Real Audiencia se guarden en una de las alacenas secretas los que se califiquen merecer este cuidado y los demás en el Secreto de los Oficios de Cámara; y mandaban y mandaron se saque testimonio íntegro del expediente para dar cuenta a S.M. y de este auto para que se pase con oficio al Exmo. Virrey a efecto de que se sirva ordenar que se imprima la Real Pragmática y Cédula que la incluye.

a) En Cartas de veinte y siete de Julio de mil setecientos setenta y nueve, y cuatro de Marzo del año próximo pasado que no se entienda la Real Pragmática con los mulatos, negros, coyotes e individuos de castas y razas semejantes, exceptuando a los que de ellos siervan de Oficiales en las Milicias y se distingán de los demás.

Que sobre cumplimiento de lo resuelto en el Artículo segundo de la Real Cédula y para que se verifiquen las piadosas Reales intenciones hacia los Indios, y las disposiciones de las

leyes que prohíben su trato y comunicación con los mulatos, negros y demás razas semejantes, excluyéndolos de habitar en sus pueblos, porque no solo los vician con las malas costumbres, que por lo común contraen en su crianza y con el mal ejemplo de sus padres: sin que los avasallan y procuran hacerse dueños de su trabajo, de sus bienes y aún de los del común, y siembran discordias entre los mismos indios, sus párrocos y jueces, mezclándolos en interminables pleitos, de que ellos se aprovechan, echándoles contribuciones, a que fácilmente sujeta a los indios su rusticidad e inclinación a litigios se ruegue y encargue a los preladados, que den especiales órdenes a los curas, para que si algún indio quisiere contraer matrimonio con persona de dichas castas, no sólo a él, sino a sus padres para que no les den incautamente su consentimiento, les adviertan y expliquen los graves perjuicios referidos a que a ellos mismos, a sus familias y pueblos los exponen tales enlaces, a más de quedar su descendencia incapaz de obtener los oficios honrosos de sus Repúblicas, pues sólo pueden servirlos los que son indios puros.

b) Reglamento formado por Vos, con las adiciones y modificaciones siguientes:

Que en el caso que comprende, acudiendo el interesado a pedir la licencia judicial, exponiendo haberla solicitado de sus padres ausentes, y no haber tenido respuesta, sea obligación de la justicia escribir de oficio a la del pueblo donde reside la persona que haya de prestar su consentimiento para el matrimonio,

a fin de que se instruya formalmente de si el interesado la pidió o no, y de si la persona o personas que deban concederla, conviene o se niega a prestar su consentimiento para que se contraiga el matrimonio; previniéndoles en caso de la negativa, acudan inmediatamente a proponer las causales en el Tribunal exhortante, a quien remitirá sin dilación las diligencias que hubiere practicado el Juez requerido; en la inteligencia, de que si por su omisión, voluntaria condescendencia o morosidad en el despacho y práctica de lo que se le encargase, resultase algún perjuicio a los interesados, se le hará responsable, mediante que no podrá formalizar el expediente sobre licencia.

El capítulo noveno de la Real Pragmática, sea, conforme a ella, el de ocho días si las partes estuvieren en la propia ciudad, villa o lugar donde resida el juez a quién deben recurrir ó en el distrito de las cinco leguas; y que estando fuera de él, sobre las ocho mencionadas se les señale un día -mas por cada seis leguas de distancia que haya desde su residencia a la del juez a quién deben recurrir, contados desde el día de la denegación de los padrés, de la que sacaran testimonio en debida forma, para que el juez pueda conocer si es ó no pasado el término; y que en cuanto a la pena de quinientos pesos que la expresada Audiencia de Chile imponía en el mismo capítulo el Corregidor, Teniente o Alcalde que dentro del término señalado no concluyese la primera instancia, quede a vuestro arbitrio (como igualmente se la previno a aquella) el señala la cantidad que haya de ser, según las circunstancias de cada caso.

En la Ciudad de México a tres de junio de mil setecientos ochenta y dos, estando en Acuerdo los señores Presidente y para la más exacta observancia de la Real voluntad en órden al capítulo quinto del reglamento que incluye, formado para esa Real Audiencia, deberá el Juez del territorio de el que pretenda contraer el matrimonio, cuanto éste se queje de no haber tenido respuesta de quién deba darle la licencia o consejo, hacerle que vuelva a escribir, y (acompañando la carta del interesado) exhortará de oficio en el inmediato correo, sin dilatarlo para otro a la Justicia del lugar en que resida la persona que ha de dar la licencia, y el Juéz requerido, dentro del preciso término de seis dias desde el del recibo del requisitorio, ha de entregar la carta e informarse como ordena la Real Cédula, si dicha persona conviene o se niega a prestar su consentimiento y en este último caso le prevendrá, como dispone la Real Cédula, que ocurra a proponer las causas de su resistencia por sí o por medio de procurador o apoderado instruido, con poder en forma, ante el Tribunal o Juéz requirente, y a éste dará cuenta con las diligencias practicadas en el inmediato correo, sin dilatarlo para otro bajo del apercibimiento que previene la Real Cédula, y a fin de que se practique lo que dispone en órden el Artículo Septimo del Reglamento de esta Real Audiencia y de evitar que alguna de las justicias equivoque su sentido, se declara deberse entender, que en el caso prevenido de no asistir las partes en el lugar donde reside el juéz a quién toque el conocimiento ó en el distrito de las cinco leguas, sino fuera de él, por no ser facil que en tales circunstancias se concluya la primera instancia dentro de los

ocho dias que señala el Capítulo Nueve de la Real Pragmática, se tengan por prorrogados otros tantos cuantos fueren precisos, al respecto de uno por cada seis leguas, para que el padre o persona que debe dar el consejo o licencia, ocurra al juez (en caso de negarlo) a exponer las causas que tenga; cuyo término se ha de contar desde el día de la notificación que se le haga, de la cual deberá darse testimonio en debida forma el interesado, para que presentado ante el Juez de la Causa, vea si es o no pasado el término; y si lo fuere, proceda a suplir el consentimiento o negar la licencia; y concluida la primera instancia, si se interpusiere apelación para esta Real Audiencia, corran los treinta días de la segunda, añadiendose los correspondientes al respecto dicho de seis leguas por día desde el de la notificación del Auto del Juez Ordinario, y esto y todo lo demás que contiene la Real Cédula, se observe puntualmente por los Gobernadores, Corregidores, Alcaldes Ordinarios y Alcaldes Mayores y sus Tenientes aprobados por el Superior Gobierno, entendidos, de que en caso de no concluir la primera instancia en los términos asignados ó de cualquiera omisión o contravención, se le impondrán las penas que correspondan, según las circunstancias del caso. Y para que publicadas nuevamente por Bando se tengan siempre presentes y unidas en los Archivos todas las Reales Resoluciones dadas en este importante asunto; mandaron se forme e imprima un cuaderno.

2. Consecuencias, alcances y adecuación de la pragmática de 1776 y sus reglamentos.

La Pragmática Sanción, promulgada el 23 de marzo de 1776, se propone evitar los frecuentes matrimonios desiguales contraídos por los hijos de familia sin el consejo o consentimiento de los padres o de quienes hagan sus veces.

La pena, en uno y otro casos, es la de quedar los infractores y sus descendientes privados de su calidad de herederos forzosos de los bienes, libres o vinculados, de aquellos ascendientes a cuya obediencia hayan faltado. Los infantes y grande de España, los consejeros y ministros togados de todos los tribunales del reino y los militares quedan, en cuanto hijos de familia, comprendidos en la Pragmática, debiendo obtener además la licencia del rey o del presidente del Consejo, o de los superiores militares, según fuera ya de rigor en cada caso. Como contrapeso de la necesidad por parte de los hijos de solicitar el consejo o consentimiento de sus mayores, se establece que éstos se hallan en la precisión de prestárselo si no tiene causa racional para negarlo; se estatuye que los perjudicados por un disenso que estimen irracional pueden interponer recurso sumario ante la justicia ordinaria, con la correspondiente apelación al Consejo, cancillería o audiencia del distrito, cuyos breves plazos de expedición se fijan como, asimismo, la restricción de que sólo se haga saber la redolución recaída sobre el disenso y nunca las objeciones, a fin de impedir que los jóvenes, trasgrediéndola, incurran en sus penas. (11)

(11) RIPODAS ARDANAZ, Daisy, El Matrimonio en las Indias, ed. Fundación para la educación, la ciencia y la cultura, Argentina, 1977 p. 266.

En lo relativo a los indios, hallándose todos comprendidos en ella, las exigencias van desde las tenidas para con los caciques, que, por su nobleza, son objeto de las mismas que la clase de españoles distinguidos, hasta las requeridas a los indios tributarios de padres desconocidos o de difícil consulta, que habrán de obtener el consentimiento de sus doctrineros. Las disposiciones especiales para los españoles de Indias tienen que ver, en cambio, con los obstáculos geográficos representados por su lejanía de la metrópoli y de su desmesurada extensión continental, y tienden a remediar los problemas derivados de las dificultades de comunicación.

Por último se establece que las justicias que han de entender en primera y segunda instancias en las causas por disenso irracional sean los jueces indicados por la audiencia, respectivamente; y se ordena que las audiencias, en función del conocimiento práctico de sus distritos, compongan sendas instrucciones para completar lo estatuido en la Pragmática del 76 en la real cédula de comunicación a América del 78. (12)

Los reglamentos elaborados en 1780 y en 1781 por las audiencias de Chile y de México, amén de versar sobre aspectos procesales y jueces que deben entender en los permisos cuando los padres están lejos, plazos para las instancias en recursos sobre

(12) Ibidem, p. 268.

disensos: llevan a sus últimas consecuencias las premisas sobre igualdad de españoles e indios, y sobre menor valía de negros y castas asentadas en la real cédula de 1778; la calidad de indio no puede ser motivo de disenso racional para matrimonios con españoles, aserto que se apoya en el hecho de que la Recopilación recogiendo reales disposiciones de 1514 y 1515, aseguraba la libertad matrimonial de los indios. (13)

En vista de este contexto, parece válido considerar la Nueva Pragmática de 1803 en que desemboca este maremágnum legislativo como un intento de clarificación, avalado por la experiencia recogida en la aplicación de la Pragmática de 1776 y fracasado en parte frente a ciertos planteamientos casuísticos indianos de los que en algún caso se hace eco la propia Corona.

A raíz de 105 casos ocurridos en Indias y con dos resoluciones generales tomadas en mayo de 1783, se inicia la serie de medidas que apuntan a vigorizar la autoridad paterna, estrechando a los hijos por un doble flanco: por el lado de las condiciones indispensables para la celebración del matrimonio, se establece que los hijos de familia mayores de 25 años deben pedir y obtener el consejo paterno y, si les es denegado, la declaración de irracionalidad de la negativa paterna, requisito por el que sin más ni más, se identifica el consejo con el consentimiento, so pena de quedar incurso en las sanciones de la Pragmática;

(13) Ibidem, p. 269

por el lado de las penas a los infractores se determina que, habiéndose calificado de racional el disenso del padre, la madre no puede instituir heredero al hijo que igualmente se casa. Pero las sanciones pecuniarias, dada la frecuente parvedad de los bienes paternos, no solían arredrar a los hijos, que muchas veces se casaban en la conformidad de sufrirlos, con lo que se frustraba la intención de la Pragmática y se permitía a las gentes "presumir que la decisión de esta ley sólo obliga a la pena", contra los sanos principios de la moral cristiana. (14)

La voluntad de introducir cambios de cierta entidad en la legislación de Carlos III se manifiesta a través de la Nueva Pragmática Sanción, promulgada para Indias el 17 de julio de 1803. En ella las disposiciones de tono restrictivo se matizan con otras que tienden a la libertad de los hijos. Es cierto que por un lado se acentúa el rigor, en tanto a) incluye a negros y castas y abarca a todos los hijos de familia menores de 25 años e hijas menores de 23 "a cualquiera clase del estado que pertenezcan"; b) autoriza a los padres a negarles la licencia para casarse sin dar cuenta de los motivos de su disenso, y c) deja abierta a los novios la sola vía del recurso a la audiencia respectiva, más engorroso para los que no residieran en las sedes audienciales que la intervención de un juez local prevista por la Pragmática anterior. Por real cédula de 1805 se permite el recurso ante los virreyes, presidentes o audiencias correspondientes, los cuales, previas las informaciones acostumbradas, conce-

(14) Ibidem, p. 271.

derán o negarán la licencia sin la cual no será posible celebrar tales matrimonios. Esta real cédula abre, pues, de nuevo la puerta a prohibiciones absolutas en cuanto a matrimonios de personas mayores de edad, de sangre limpia, con gentes de castas.

Al amparo de la Pragmática de 1803, algunos españoles mayores de edad casados con pardas o negras libres, se habían comunicado a dicha audiencia por real cédula del 15 de octubre de 1805 con explícita mención de lo determinado en la real cédula enviada a la audiencia de Buenos Aires el 27 de mayo de ese mismo año que las autoridades pertinentes, en caso de ser requeridas, podrían prohibir o autorizar los matrimonios que personas de edad y de conocida nobleza o notoria limpieza de sangre intentaren contraer con Agentes de castas. Pero he aquí que, gracias a un error deslizado en la copia cuyo responsable es prácticamente imposible de identificar, se produce un cambio sintáctico insignificante en lo material pero de entidad en cuanto a la esfera en que ha de aplicarse la real disposición: la conjunción disyuntiva o, que autorizaba una eventual intervención oficial tanto en las uniones de los individuos "de conocida nobleza" como en las de los de "notoria limpieza de sangre", se transforma en una y copulativa que, al acumular dos requisitos antes escindidos, restringe dicha intervención a la reducida esfera de los nobles, contando para ello con el asentamiento, y quizá con la complicidad, de la Real Audiencia. (15)

(15) Ibidem, P. 275.

Queda todavía por considerar un conjunto de determinaciones relativas a los esponsales de hijos de familia, algunas de ellas autónomas y otras entretejidas con la legislación ya analizada.

Si, por una parte, la Pragmática de 1776 es clara en el sentido de que los hijos de familia para celebrar contrato de esponsales deben, según los casos, contar con el consejo o el consentimiento paterno, por otra parte al encomendar a los ordinarios eclesiásticos que en cumplimiento de la Encíclica de Benedicto XIV pongan el mayor cuidado en la admisión de demandas de esponsales no presididos por el asenso paterno, da por sentada la viabilidad de los mismos.

Resultaba que las autoridades eclesiásticas venían a tener al respecto prioridad sobre las civiles, y podría llegar a ocurrir que novios que carecieran de la venia paterna y desearan por algún motivo que los jueces eclesiásticos entendieran en su caso antes que los civiles que se pusiesen maliciosamente de acuerdo para asumir los papeles de demandante y demandado por incumplimiento de promesa matrimonial. Esta posibilidad, no atajada por la Pragmática, repugnaba empero a su sentido regalista para el cual no era de modo alguno indiferente el que adjudicara la propiedad.

En 1792, Carlos IV abrirá una doble brecha en el régimen esponsalicio, al comprender a los militares de España e In-

dias precisados en lustro atrás por Carlos III a obtener la anuencia de sus superiores para contraer esponsales en la resolución de 1788 de la que unos y otros se hallaban exentos, y al hacer extensiva a los miembros de ambos sexos de universidades, seminarios y casos de enseñanza erigidos en Indias con autoridad pública la medida que regía desde 1784 para los de la península: de aquí en adelante los tribunales eclesiásticos sólo admitirían las demandas de esponsales contraídos en Indias por militares y colegiales si tales contratos contaban con la anuencia paterna. (16)

Fuera de esas tres insulas rigoristas -territorial la una, profesionales las otras dos-, los hijos de familia indianos siguen contrayendo esponsales al margen de la anuencia paterna, no obstante hallarse prohibido por la Pragmática de 1776 y de haberse vuelto sobre el asunto tanto por el Consejo de Indias cuando en 1788 había tratado con cotos divididos de sus ministros sobre la conveniencia de extender a toda América las reglas dictadas por el obispo de Cuba.

Sólo en las postrimerías coloniales se llega en Indias a la uniformidad metropolitana cuando, por la Nueva Pragmática Sanción de 1803, se establece que en ningún tribunal eclesiástico o secular se han de admitir demandas de esponsales celebrados por personas que no estén habilitadas para contraer matrimonio

(16) Ibidem, p. 278.

por sí mismas, o sea que no hayan alcanzado las edades mínimas o sea que no hayan alcanzado las edades mínimas variables según el sexo y la persona de quien se dependa fijadas por la misma Pragmática para casarse sin necesidad de consentimiento paterno, condición a la que se añade el requisito novedoso no sólo para Indias sino también para la metrópoli de dichas esponsales consistente en que se hayan asentado por escritura pública.

Francisco Antonio Elixondo (1783), fiscal en lo civil de la Real Cancillería de Granada, sustenta un criterio moderado respecto de las uniones entre nobles y plebeyos ya que no las considera indignas, ejemplificando con casos de la alta nobleza, como las de varón de nobleza eximia con mujer del estado general recomendable en su clase mientras aquél no sea primogénito, ni tampoco hija de noble o título de Castilla con un doctor o con otro privilegiado personal, hijo de padres honrados que no ejerzan oficios sórdidos. (17)

Para evitarlo, y partiendo del doble supuesto de que la jerarquía obtenida por el marido no sufre a la nobleza de cuan, pues no le permite engendrar hijos nobles, y de que, aunque no se pierda la hidalguía por el ejercicio de oficios mecánicos, el emparentamiento con quienes lo ejercen acarrea grave deshonor a las familias, propone que la prohibición de matrimonios desiguales se circunscriba, en lo que hace a las gentes nobles, a las uniones de mujeres nobles con plebeyos o con nobles aplicados

(17) Ibidem, p. 282

a oficios mecánicos, mientras no los abandonen. A esta prohibición agrega, en lo que hace a las gentes del estado llano y por razones obvias, la de la unión de mujer plebeya con hombre notado de infamia trascendente.

Según el fiscal de la Audiencia de Charcas, Victorián de Villalva (1792), la actitud de los padres opositores respondería al capricho o a de las nobles conveniencias económicas o sociales, y así lo denuncia en encendido párrafo: "Cuáles son, se pregunta, los motivos que por lo común interesan a los padres en los casamientos de los hijos? ¿Acaso se consulta seriamente la índole robustez, genio y crianza de una consorte, prendas en que tal vez pende la mutua correspondencia y tranquilidad de la familia? Rarísima vez; y lo más frecuente es ver víctimas de la avaricia o de la ambición de los padres conducidos al altar por los mismos como simples ovejas de ocasión". (18)

Las hay rigoristas, que propugnan la inclusión de un mayor número de personas, como la de Amorós, que juzga una falla de la Pragmática el que no especifique que los hijos de viudos menores de 25 años precisan del consentimiento paterno para contraer segundas nupcias. Las hay neutras en la medida en que se limitan a sacar de la Pragmática consecuencias muy obvias, como la del teniente letrado del Gobierno Intendencia de Potosí, Pe-

(18) Ibidem, p. 284.

dro Vicente y Domínguez (1789), quien se circunscribe a dictaminar que los hijos naturales deben pedir y obtener el consentimiento de la madre, cuyos herederos forzosos son mas no el de su padre, ya que, no teniendo derecho a heredarlo, no pueden ser comprendidos en la sanción de la Pragmática consistente en la privación de suceder en los bienes paternos. Las hay benignas en relación con la situación restrictiva a que se había llegado, como la de Villalva que, al pronunciarse en términos generales por una vuelta a las primitivas disposiciones de la Pragmática con prescindencia de la legislación e interpretaciones posteriores, se pronuncia implícitamente por un aflojamiento de las prescripciones vigentes en el momento, incluso en lo atinente a los hijos mayores de 25 años. Las hay benignas también en relación con algún aspecto de la Pragmática misma, como la del anónimo oriental quien, aunque aumenta las exigencias respecto de las hijas de padres nobles, cree conveniente que, al menos dentro de la península, donde no hay negros ni gentes de castas, los hijos mayores de 25 años sean nobles o no se casen con entera libertad y, ya de suyo, que sin necesidad de solicitar el consejo paterno requerido por la Pragmática.

Los sucesivos puntos de vista doctrinales sobre las sanciones fijadas por la Pragmática permiten apreciar que el rigor primitivo que los comentaristas consideran deseable va indecreciendo. Amorós se queja de que, por algunos jueces inferiores a quienes se presentan parejas de novios sin el consentimiento de los padres, "en vez de negarles la licencia e impedirles el ma-

trimonio, se les pregunta si quieren sujetarse a la pena de la Pragmática y sufrir todas sus consecuencias".

Resta aún mencionar las opiniones en torno del régimen de esponsales, Amorós da, como para otros aspectos, la nota más rigurosa al asegurar que los esponsales contraídos contra la voluntad de los padres son nulos. Partiendo de la base de que el rey ha mandado que no se admitan por los tribunales eclesiásticos demandas de esponsales sobre los tribunales eclesiásticos demandas de esponsales sobre los que no conste el ascenso paterno, afirmación que en 1785 sólo es válida para los matrimonios colegiales, pero que lo será para toda la península a partir de 1788 y para Indias a partir de 1803. El abogado José de Covarrubias (1785) advierte que, en el caso de que ello sucediera, los afectados pueden oponerse e introducir los pertinentes recursos de la fuerza. El anónimo Oriental, habitualmente benigno, concentra toda su severidad en los esponsales de los alumnos de colegios y universidades: partiendo de la real cédula de 28 de octubre de 1784 a la que presenta prohibiendo de una manera absoluta el que dichos jóvenes celebren esponsales mientras sean estudiantes cuando, en realidad, les permite celebrarlos si cuentan con la licencia de sus padres y de sus superiores, desea que una vez concluidas sus carreras, también se les vedan los matrimonios con aquellas mujeres a las que hubieren dado palabra de casamiento durante la época de sus estudios.

Capítulo IV

SITUACION DURANTE LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XIX

Cuando México alcanzó su Independencia en 1821 sabemos que se siguió aplicando el antiguo derecho colonial, si bien es cierto que no hubo disposición explícita al respecto, la doctrina de la época da fe de ello, por esto no cabe duda que la Real Pragmática del 23 de Marzo-1876 sigiose aplicando en el México independiente.

Sin embargo, lo que no estaba claro era el determinar si la falta del consentimiento paterno producía la nulidad o no del contrato matrimonial.

En efecto, asi podemos ver por ejemplo el artículo 80 del Código Civil Oaxaca 1828 decía que el hijo legítimo menor de 25 años y la hija menor de 23 años no debían contraer matrimonio sin el consentimiento de sus padres y madres, ahora bien no se decía si la falta de este requisito producía o no la nulidad del matrimonio, por otro lado el artículo 78 de ese Código Civil oaxaqueño señalaba que los matrimonios celebrados según el orden de la Iglesia Católica, Apostólica y Romana producían todos los efectos civiles en el estado, por otro lado sabemos que en el derecho canónico la falta de consentimiento paterno no produce ni nunca ha producido la nulidad del matrimonio.

Al respecto qué nos dice la doctrina de la época; nos dice: Así por ejemplo Alvarez (1) repite lo dispuesto en la mencionada Real Pragmática. El Sala Mexicano (2) señala lo mismo. Como se verá, nuestra doctrina mexicana de primera mitad del siglo XIX se limitará a repetir las disposiciones del antiguo derecho colonial.

Así llegamos por fin a las Leyes de Reforma particularmente la Ley del Matrimonio Civil del 23 de junio 1859 junto con la Ley Orgánica de Registro Civil del 28 de julio del mismo año.

Cuando México alcanza su Independencia se fueron delineando los modelos de Estado, el uno centralista y el otro federalista, el primero en favor de una vinculación entre la Iglesia y Estado y el otro por una separación, de tal manera que se fueron perfilando los dos partidos, el conservador y el liberal, que propugnaban por cada uno de ambos modelos. Realmente nuestra Patria fue el teatro de la lucha entre ambas facciones, lucha que finalmente se vino a resolver en el campo de batalla, primero en la Guerra de Reforma y luego con la de Intervención.

La última oportunidad de los conservadores que la dictadura de Santa Ana que corrió de 1853 a 1855, la cual vino a ser

(1) Cfr. Instituciones de Derecho Real de Castilla e Indias, Ed. Facsimilar, Estudio preliminar de Jorge Mario García Laguardia y María del Refugio González, México, UNAM, 1982, T. I, pp. 132.

(2) México, 1845. T. I pp. 309 y 310.

derrotada por la Revolución de Ayutla en la que los liberales tomaron el poder, primero en la figura del general Juan N. Alvarez y después en la de Comonfort, los liberales fieles a sus principios convocaron un Congreso Constituyente en 1856 en el que participaron liberales puros, moderados e incluso conservadores, siendo éstos una considerable minoría; como resultado de ello fue una Constitución de 5 de febrero de 1857, la cual resulto una carta magna de transacción y no precisamente un texto radical. Ello nos explica el porqué, cuando los conservadores se levantaron en armas, en lo que después se llamó la Guerra de Reforma o de los tres años, el Gobierno constitucionalista de Benito Juárez cuando logró asentarse en Veracruz, procedió a dictar las Leyes de Reforma con un carácter eminentemente radical liberal.

Las principales leyes radicales que el Gobierno de Juárez expidió en Veracruz han pasado a la historia con el nombre de Leyes de Reforma; las más importantes fueron:

Ley de ocupación de los bienes eclesiásticos del 13 de Julio de 1859; Ley del matrimonio civil del 23 de julio de 1859; Ley que estableció el registro civil del 28 julio de 1859; Ley de secularización de cementerios del 31 de julio de 1859. Ley que suprimió varios días festivos y derogó las disposiciones sobre asistencia del gobierno a funciones religiosas de 11 de agosto de 1859; Ley sobre libertad de cultos del 4 de diciembre de 1860. Ley de secularización de hospitales y establecimientos de

de beneficencia del 2 de febrero de 1861; Ley sobre adjudicación, redenciones de capitales, capellanías y otras materias relativas a nacionalización de bienes eclesiásticos del 5 de febrero de 1861; Ley que derogó la prohibición del mutuo usurario del 15 de marzo de 1861, Ley sobre impedimentos y su dispensa para el matrimonio civil del 2 de mayo de 1861.

De todas estas analizaremos la Ley del Matrimonio Civil de 1859 la que realmente vino a dar origen en México a la institución del matrimonio civil.

Si bien es cierto que hasta 1859 en nuestra Patria el matrimonio era una institución eminentemente canónica, hemos visto como el matrimonio civil fue brotando a partir de la Real Pragmática de 1776 hasta consolidarse en la Ley de 1859 mencionada.

No es el tema de esta tesis sin embargo no queremos dejar de anotar que el acto del matrimonio civil mexicano muy poco tiene que ver con el canónico, ya que si bien en 1859 se parecían mucho se ha dado un proceso de separación hasta 1975 en que ambas instituciones tienen una similitud más aparente.

En la exposición de motivos de dicha Ley, que más propiamente se debió denominar decreto-ley, se señala que la misma es el resultado de la separación de la Iglesia y el Estado y que en consecuencia cesaban la delegación que el soberano había hecho

al clero para que con su sola intervención surtiera efectos civiles el contrato matrimonial; a la vez, se señalaba que siendo el matrimonio un acto tan importante se celebre con todas las solemnidades que juzgue convenientes y que consten de un modo directo y auténtico.

De la simple lectura de los 31 artículos que consta la mencionada Ley, vemos que en el fondo no hicieron más que recoger los principios de la legislación canónica como por ejemplo la monogamia, la indisolubilidad del matrimonio, los impedimentos, inclusive el artículo noveno contemplaba una especie de amonestaciones al estilo de la Iglesia. Curiosamente el artículo 15 de la Ley recoge el exordio que los jueces deberían dirigir a los contrayentes en el momento de celebrarse el matrimonio civil, lo que comunmente se le conoce como "Epístola de don Melchor Ocampo", la cual no es más que un trasunto de la Epístola de San Pablo a los Efesios (5, 22-23) que antiguamente se leía en la misa de desposorios, según el Misal de san Pio V que estuvo vigente desde el siglo XVI hasta 1975.

Respecto al consentimiento paterno el artículo 60. de la Ley señala:

Artículo 60. Se necesita para contraer matrimonio la licencia de los padres, tutores o curadores, siempre que el hombre sea menor de veintiún años y la mujer menor de veinte. Por

padres para este efecto se entenderán también los abuelos paternos. A falta de padres, tutores o curadores, se ocurrirá a los hermanos mayores. Cuando los hijos sean mayores de veintiún años pueden casarse sin la licencia de las personas mencionadas.

Por otro lado la falta de consentimiento paterno no estaba señalado entre los impedimentos por lo cual podemos afirmar que no acarrea la nulidad del matrimonio.

En efecto la Ley del Matrimonio Civil del 12 de julio de 1859 se separó de la tradición que se había establecido en la Real Pragmática de 1776, en la cual se declaraban nulos los Matrimonios de los menores de edad que carecieran del consentimiento paterno o de las personas que hicieran sus veces.

Esta situación cambió en el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870 en cuyo artículo 165 se dispone: "Los hijos de ambos sexos que no hayan cumplido veintiún años, no pueden contraer matrimonio sin el consentimiento del padre, o en defecto de éste, sin el de la madre, aún cuando ésta haya pasado a segundas nupcias".

CONCLUSIONES

1. En términos generales podemos decir que en la época colonial tenían plenos efectos civiles, en virtud de la estrecha relación entre la Iglesia y el Estado, el matrimonio canónico.
2. Las relaciones entre la Iglesia y el Estado en la época colonial se regían fundamentalmente por el llamado Regio Patronato Indiano.
3. La Real Pragmática de 1776 no desconoció al matrimonio canónico ni le negó efectos civiles.
4. La misma Real Pragmática de 1776 es el primer texto legal que rigió en México y comienza diferenciando el matrimonio civil del matrimonio eclesiástico.
5. La separación entre el matrimonio civil y el matrimonio canónico se consuma con la Ley del Matrimonio Civil del 23 de junio de 1859, junto con la Ley Orgánica del Registro Civil del 28 de julio de 1859.
- 6.- Si bien el propósito de la Real Pragmática de 1776 era dar mayor fuerza al consentimiento paterno de los hijos menores, la importancia histórica del mismo estriba más bien en que

se diferencian los efectos civiles de los eclesiásticos en el matrimonio realizado sin dicho consentimiento, por lo cual decimos que fue el primer texto legal que comienza la separación en el matrimonio civil y el matrimonio canónico.

BIBLIOGRAFIA

1. ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael. Manual de Investigación de la Historia del Derecho Indiano, México, 1948
2. ALVAREZ, José María, Instituciones de derecho real de Castilla y de Indias, (estudio preliminar de Jorge Mario García Laguardia y María del Refugio González, México, UNAM, 1980.
3. SARIZA, Rodolfo. Las Fuentes del Código Civil de 1928, México, Porrúa, 1979.
4. BENUTA BELHNA, Eusebio. Recopilación sumario de todos los autos acordados de la Real Audiencia, y Sala del crimen de esta Nueva España. Edición facsimilar tomada de la de 1787 con estudio preliminar de María del Refugio González).
5. CAYETANO, Bruno. El derecho público de la Iglesia en Indias, Salamanca, 1967.
6. COSIO VILLEGAS, Daniel. La Constitución de 1857 y sus crímenes, 2a. edición, México, Hermes, 1973. p. 205.
7. DAVID, René, Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, Madrid, Aguilar, 1968.
8. DUBLAN, Manuel y MENDEZ, Luis. Novísimo Sala Mexicano, México, Imprenta del comercio, de N. Chávez, 1870.
9. ESQUIVEL OBREGON, Toribio. Apuntes para la historia del derecho en México, 2a. ed., México, Porrúa, 1984.
10. GARCIA GALLO, Alfonso. Curso de Historia del derecho Español. Madrid, 1972. 2 T.
11. _____ Estudios de Historia del Derecho Indiano, Madrid, 1972, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.
12. GONZALEZ, María del Refugio. Estudios sobre la historia del derecho civil en México durante el siglo XIX, México, UNAM, 1981.
13. _____ Introducción al Derecho Mexicano. México UNAM. 1981.

14. JORDAN DE ASSO, Ignacio y Miguel de M. RODRIGUEZ. Instituciones del Derecho Civil de Castilla. 5a. ed. Madrid, Ed. Lex Nova 1975.
15. LPETEGUI, León y SUBILLAGA, Félix. Historia de la Iglesia en la América Española, Madrid, 1965.
16. MALAGON BARCELO, Javier. Estudios de Historia y Drecho, México, Secretaría de Educación Pública. 1966.
17. _____ Hsitoria Ienor, Prólogo de Ermilo Abreu Gómez, México, Secretaría de Educación Pública, 1976..
18. MARGADANT, Guillermo F. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano, México, UNAM. 1971.
19. La segunda vida del derecho romano, México, Miguel Angel Porrúa, 1986.
20. MARSAL Y MARCE, José María. Síntesis Histórica del Derecho Español y del Indiano, Bogotá, Bibliográfica colombiana, 1959.
21. MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio. El Derecho Precolonial, 3ra. ed. México, Porrúa, 1976.
22. NORALES PADRON, Francisco. Historia y leyes de la conquista, Madrid, 1979.
23. ORTIZ URQUIDI, Raúl. Oaxaca, cuna de la codificación iberoamericana,; México, Porrúa. 1974.
24. OTS CAPDEQUI, José María. El estado español en las Indias. México, Fondo de Cultura Económica, 1976.
25. _____ Historia del Derecho Español en América y del Derecho Indiano, Madrid, Aguilar, 1968.
26. PASCUA Anastacio de la. Febrero Mejicano, México, Imprenta de Galván, 1834.
27. PEREZ PRENDES, José Manuel. Curso de Historia del Derecho español. Madrid, Ed. Darro. 1973.
28. PORRAS NUROZ, Guillermo. Iglesia y Estado en Nueva Vizcaya, 2a. ed. México, UNAM. 1980.

29. RIPODAS ARDANAZ, Daisy. El matrimonio en Indias, Buenos Aires, Fundación para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 1977.
30. RODRIGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan N. Pandectas Hispanomegicanas, (Edición facsimilar tomada de la de 1852, con un estudio preliminar de María del Refugio González). México, UNAM, 1980.
31. SALA, Juan. La ilustración del derecho real de España, Sala Mexicano, México, Impresa por I. Cumplido. 1845, Tomo I.
32. SUAREZ, Santiago Gerardo. Jurisdicción Eclesiástica y capellanía castenses, Caracas, Italgisífica, S.R.L. 1976.
33. TOMAS Y VALIENTE, Francisco. Manual de Historia del Derecho Español, Madrid, Ed. Tecnos. 1979.
34. VARIOS. La formación del Estado mexicano, México, Porrúa, 1984.
35. _____ Un siglo de derecho civil mexicano, México, UNAM, 1985.
36. WECKMANN, Luis. La herencia medieval de México, México El Colegio de México, 1984.
37. ZAVALA, Silvio. Estudios Indianos, 2a. ed. México, D.F. El Colegio de México, 1984.

I N D I C E

INTRODUCCION	Pág.
Capítulo I.- EVOLUCION GENERAL DEL DERECHO.....	1
1. La Edad Media en España.....	1
2. El derecho en Castilla.....	20
3. El derecho civil en la Nueva España.....	28
4. El derecho civil en México (s. XIX).....	45
Capítulo II. EL MATRIMONIO EN LA HISTORIA.....	62
1. Introducción.....	62
2. Antecedentes históricos del matrimonio en la Nueva España.....	71
3. Matrimonio, definición, esponsales y requisitos de validez.....	74
4. Impedimentos.....	77
5. Matrimonios interraciales.....	88
Capítulo III. EL CONSENTIMIENTO PATERNO.....	93
1. Pragmática del 23 de marzo de 1776.....	93
2. Consecuencias, alcances y adecuación de la pragmática de 1776 y sus reglamentos.	106
Capítulo IV. SITUACION DURANTE LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XIX.....	118
CONCLUSIONES	124
BIBLIOGRAFIA	