

XIV CONGRESO DEL INSTITUTO INTERNACIONAL  
DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

# DERECHO, INSTITUCIONES Y PROCESOS HISTÓRICOS

TOMO II

José de la Puente Brunke / Jorge Armando Guevara Gil  
Editores

## Capítulo 40



*Derecho, Instituciones y Procesos Históricos*

*XIV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*

Primera edición, agosto de 2008

Edición de José de la Puente Brunke y Jorge Armando Guevara Gil

© Instituto Riva-Agüero de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008

Jirón Camaná 459, Lima 1

Teléfono: (51 1) 626-6600

Fax: (51 1) 626-6618

[ira@pucp.edu.pe](mailto:ira@pucp.edu.pe)

[www.pucp.edu.pe/ira](http://www.pucp.edu.pe/ira)

Publicación del Instituto Riva-Agüero N° 247

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008

Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

[feditor@pucp.edu.pe](mailto:feditor@pucp.edu.pe)

[www.pucp.edu.pe/publicaciones](http://www.pucp.edu.pe/publicaciones)

Foto de cubierta: Estantería de la Dirección del Instituto Riva-Agüero (Lima)

Diseño de interiores y cubierta: Fondo Editorial

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,*

*total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.*

ISBN Tomo II: 978-9972-42-858-6

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2008-09998

Impreso en el Perú - Printed in Peru

# LA PROHIBICIÓN DEL MATRIMONIO DEL FUNCIONARIO CON MUJER DE LA PROVINCIA EN LA QUE SIRVE: DEL DERECHO ROMANO AL DERECHO INDIANO

Francisco Cuenca Boy

## 1. PLANTEAMIENTO

En su *Política Indiana*, Solórzano Pereyra consagra un extenso capítulo a la explicación de «la estrecha prohibición de los casamientos de los virreyes, presidentes, oidores y demás ministros de las Audiencias de las Indias, de sus hijos e hijas, dentro de los distritos de ellas».<sup>1</sup> Aparentemente, en efecto, el derecho municipal de las Indias puso mucho empeño en entorpecer una práctica que se consideraba perjudicial para la independencia de los ministros indios a la vez que peligrosa para la libertad matrimonial de las personas vecindadas en los distritos de sus jurisdicciones.<sup>2</sup> El propio Solórzano, oidor de la Real Audiencia de Lima, hubo de solicitar y obtener dispensa real para poder contraer matrimonio en 1614 con una prominente criolla hija del gobernador de Cuzco, doña Clara Paniagua de Loaysa y Trexo;<sup>3</sup> así pues, conocía la materia de primerísima mano.

Cuando se mencionan estos detalles, a los romanistas nos viene con facilidad a la mente el recuerdo de una prohibición semejante que existió en el derecho romano desde mediados al menos de la época imperial, y ese recuerdo suscita a su vez la curiosidad de comprobar el alcance de aquella semejanza como modo de contribuir al estudio de la siempre enaltecida pero no siempre bien explicada recepción del derecho romano.

El que acabo de declarar es el objeto de este trabajo. Dentro de los límites propios de una sencilla comunicación a un Congreso, trataré de alcanzarlo a través de los pasos siguientes: primero expondré con tanta concisión como me sea posible los datos de las fuentes romanas sobre la prohibición del matrimonio de los magistrados y funcionarios provinciales con mujeres oriundas o domiciliadas en la misma provincia; después haré lo propio con el derecho común y del reino y con el derecho municipal de las Indias, sirviéndome de forma intensiva para este último de las informaciones y los planteamientos que al respecto suministra Solórzano; al final trataré de formular algunas conclusiones.

---

<sup>1</sup> J. SOLÓRZANO PEREYRA, *Política Indiana*, lib. V, cap. IX.

<sup>2</sup> *Recopilación de las Leyes de Indias*, lib. II, tít. XVI, leyes 82 a 87.

<sup>3</sup> J. MALAGÓN y J. M. OTS CAPDEQUÍ, *Solórzano y la Política indiana*, México, D.F., 1983, pp. 20 s.

## 2. DERECHO ROMANO

### 2.1 Derecho clásico

La prohibición de contraer matrimonio el magistrado o el funcionario provincial con mujer nacida o domiciliada en la provincia en la que ejerce su cargo fue introducida por diversos *mandata* imperiales cuyo momento inicial de aparición es difícil de precisar, aunque no debieron ser muy tempranos a juzgar por los juristas que se refieren a ellos: Papiniano, Paulo, Ulpiano y Marciano.<sup>4</sup> Los pasajes que tratan de estas uniones las presentan asiduamente bajo el aspecto de uniones *contra mandata*<sup>5</sup> y permiten reconstruir las líneas esenciales del funcionamiento de la prohibición.

En primer lugar, su finalidad manifiesta en los textos no es otra que la defensa de la libertad matrimonial de la mujer provincial<sup>6</sup> ante la eventualidad de que algún funcionario, prevaliéndose de su posición y poder, intente imponerle un matrimonio no deseado por ella. Papiniano señala expresamente que la prohibición de estas nupcias se debe a una «razón de poderío»;<sup>7</sup> Paulo advierte que la prohibición no afecta a la unión del funcionario con la *vetus sponsa*, esto es, con mujer de la provincia que administra con la que hubiera celebrado esponsales antes de entrar en el cargo,<sup>8</sup> probablemente porque en tal caso la «razón de poderío» no existe y la libertad de la mujer no se considera amenazada; Marciano, en fin, abunda en la misma idea de Papiniano al indicar que al funcionario se le prohíbe también prestar su consentimiento al matrimonio de su hijo con una mujer de la provincia que administra.<sup>9</sup>

<sup>4</sup> Fuentes: D. 23.2.38 (Paul. 2 sent.), D. 23.2.57 (Marc. 2 inst.), D. 23.2.63 (Pap. 1 def.), D. 23.2.65 (Paul. 7 resp.), D. 24.1.3.1 (Ulp. 23 ad Sab.), D. 25.2.17 pr. (Ulp. 30 ad ed.), D. 34.9.2.1 y 2 (Marc. 11 instit.), C. 5.4.6 (a. 239). Sobre la época de aparición de este impedimento, véase principalmente R. ORESTANO, «La dote nei matrimoni *contra mandata*», *Studi di storia e diritto in memoria di Guido Bonolis I*, Milano, 1942 = ID., Scritti II, Napoli, 1998, pp. 750 ss., que con argumentación convincente concluye que la prohibición fue establecida por Marco Aurelio y Cómodo después del senadoconsulto (emanado entre los años 177 y 180) que prohibió el matrimonio del tutor con la pupila, y reintroducida por Septimio Severo primero solo para los altos cargos militares (según D. 23.2.63) y luego para todos los que desempeñaban *aliquid officium* en las provincias; cf. también A. DELL'ORO, «Il divieto di matrimonio fra funzionario romano e donna della provincia», *Studi in onore di B. Biondi II*, Milano, 1965, pp. 530 ss.; O. ROBLEDA, *El matrimonio en Derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma, 1970, pp. 202 s., que se inclina por el tiempo posterior a Marco Aurelio.

<sup>5</sup> D. 23.2.65.1, D. 24.1.3.1, D. 25.2.17 pr., D. 34.9.2.1; *contra interdictum*, dice Papiniano en D. 23.2.63.

<sup>6</sup> Esto es, de las mujeres domiciliadas en la provincia u oriundas de ella, no obstante un fragmento de Ulpiano conforme al cual '*provinciales*' *eos accipere debemus, qui in provincia domicilium habent, non eos qui ex provincia oriundi sunt* (D. 50.16.190, Ulp. 34 ad ed.); en otro texto que interesa directamente a nuestro tema (D. 24.1.3.1), el mismo Ulpiano habla de *provincialis mulier*, pero en Paulo (D. 23.2.38 pr.) la prohibición se refiere expresamente al hecho de tomar mujer oriunda de la provincia en la que el funcionario desempeña algún cargo o que tiene en ella su domicilio.

<sup>7</sup> D. 23.2.63: *cum ratio potentatus nuptias prohibuerit*.

<sup>8</sup> D. 23.2.38.1.

<sup>9</sup> D. 23.2.57; en cambio, la prohibición no impide casar y dotar a las propias hijas en la provincia: D. 23.2.38.2.

Aunque la que acaba de verse es la finalidad que los textos hacen expresa no debe excluirse, en la línea de lo sostenido por Orestano y Volterra,<sup>10</sup> que la prohibición que estamos examinando pudiera relacionarse también con la preocupación, más general y de más antiguas raíces, de impedir que los gobernadores de las provincias y todos los que en ellas desempeñaban cualquier oficio civil o militar pudieran enriquecerse a costa de sus administrados y mantener con ellos relaciones de negocios o de familiaridad susceptibles de perjudicar su libertad de juicio y acción y su independencia de los intereses locales.<sup>11</sup>

En cuanto a los supuestos concretos enfocados por los *mandata* imperiales ya hemos apuntado los dos que caen directamente bajo el ámbito de la prohibición: el hecho de *uxorem ducere* y el de *consentire filio suo uxorem ducenti*.<sup>12</sup> Y cuatro más son los que quedan excluidos o exceptuados de ella: los esponsales con mujer de la provincia en la que se ejerce el cargo, el matrimonio con la *vetus sponsa*, el casar y dotar a las hijas en la misma provincia que se administra y —por expresa disposición de algunos *mandata*— el matrimonio de aquellos que sirven en su propia patria con mujer de la misma provincia.<sup>13</sup> Refiriéndose la prohibición imperial al matrimonio propiamente dicho, al funcionario no se le impide tomar concubina de la provincia en la que ejerce su cargo.<sup>14</sup>

Como consecuencia de la prohibición, el matrimonio *contra mandata* es nulo o por mejor decir jurídicamente inexistente: *matrimonium non erit* (D. 23.2.63), *nuptiae non sunt* (D. 24.1.3.1) o *cessat matrimonium* (D. 25.2.17 pr.) son expresiones inequívocas que no dejan lugar a dudas sobre este punto. Ello no obstante, la posibilidad de que la sanción conminada por los *mandata* no fuera tan radical sobre la nulidad o la inexistencia, sino otra menos rigurosa consistente en la consideración como *matrimonium*

<sup>10</sup> ORESTANO [4], pp. 746 s.; E. VOLTERRA, «Sull'unione coniugale del funzionario della provincia», *Festschrift E. Seidl, Köln*, 1975; ID., *Scritti giuridici* III. Famiglia e successioni, Napoli, 1991, pp. 345 ss., esp. 350 ss.; cf. N. DUYVENDAK, «Restraining regulations for roman officials in the roman provinces», *Symbolae Van Oven*, Leiden, 1946, p. 335; DELL'ORO [4], pp. 536 ss.; ROBLEDA [4], pp. 203 s.

<sup>11</sup> Cf. entre otros textos D. 1.16.6.3, D. 1.18.18 y 19 pr., D. 18.1.46, D. 49.14.46.2, D. 48.11.8 pr. R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, Milano, 1992, p. 74 nt. 63, niega la validez de esta «razón política», dado que, en otro caso, también se debería haber prohibido el matrimonio de las hijas en la provincia, lo que no ocurrió: véase a continuación en el texto.

<sup>12</sup> D. 23.2.38 y D. 23.2.57.

<sup>13</sup> D. 23.2.38 y D. 23.2.65 pr. Respecto de los esponsales, D. 23.2.38 pr. añade, en lo que tiene todo el aspecto de ser una interpolación (véase ORESTANO [4], p. 735 nt. 16, que por lo demás es propenso a admitir el carácter genuino de las palabras *quamvis sponsare non prohibeatur* de este mismo fragmento; ASTOLFI [11], pp. 71 s., piensa más bien en un origen postclásico, dada la procedencia del fragmento de las *Pauli Sententiae*), que si *post depositum officium* la mujer no quisiera contraer las nupcias pueda negarse a ello simplemente devolviendo las arras que hubiese recibido. En cuanto a la licitud del matrimonio del magistrado con la *vetus sponsa* (D. 23.2.38.1), E. VOLTERRA, «Ricerche intorno agli sponsali in diritto romano», en BIDR 40 (1932) = ID., *Scritti giuridici I. Famiglia e successioni*, Napoli, 1991, pp. 394 ss., considera que la decisión pertenece a los compiladores (véase sin embargo la extensa argumentación de ORESTANO [4], pp. 736 ss., en contra de esta sospecha; también ASTOLFI [11], p. 75 nt. 66). Según DELL'ORO [4], pp. 532 s., la expresión *militant* de D. 23.2.65 pr. le cuadra mucho mejor a la actividad de los soldados que a la de los funcionarios; en el mismo sentido, ORESTANO [4], p. 730 nt. 2.

<sup>14</sup> D. 25.7.5.

*iniustum* de la unión del funcionario con mujer de su provincia, ha sido entrevista por Gaudemet en al menos un pasaje de las fuentes.<sup>15</sup> Se trata de un *responsum* de Paulo<sup>16</sup> en el que este jurista manifiesta su opinión favorable a la transformación del *matrimonium contra mandata contractum* en *iustae nuptiae*, indicando los dos requisitos necesarios para que ello pueda suceder: que el funcionario haya cesado en el cargo (*post depositum officium*) y la persistencia de la voluntad matrimonial (se entiende que la de la mujer). Gaudemet considera que, cumpliéndose estos requisitos, el *matrimonium contractum* pero *iniustum* que de antemano existía se convierte automáticamente en *iustae nuptiae*.<sup>17</sup>

En realidad, aparte de los reparos que pone Volterra a la configuración de una unión de esta especie por los juristas romanos como matrimonio inválido o viciado,<sup>18</sup> el mismo Gaudemet reconoce que Paulo no hace más que recordar los principios comunes del derecho por lo que respecta a la existencia de *iustae nuptiae*; esto es, en particular, la voluntad de los contrayentes y la existencia de *connubium* entre ellos. Precisamente es el *connubium* lo que falta entre el funcionario y la mujer como consecuencia de la prohibición imperial; y de ahí que, una vez subsanada esta falta por la salida del funcionario del cargo, la convivencia que venía dándose entre ellos pueda convertirse en matrimonio legítimo solo con comprobar que subsiste efectivamente la voluntad matrimonial. Ahora bien, para el caso esto equivale a decir que tal voluntad se ha iniciado en el mismo momento en que el funcionario abandona su cargo, puesto que antes de este momento el consentimiento no ha podido siquiera ser considerado como *affectio maritalis*.<sup>19</sup>

Todo esto, pero nada más, es lo que dice Paulo en su *responsum*. La doctrina que sienta en él es perfectamente compatible con la idea de la nulidad o la inexistencia que expresan otros juristas, y puesto que las afirmaciones de estos en tal dirección son coincidentes y categóricas, así parece que deben ser entendidas también las expresiones de Paulo.

Dada la inexistencia jurídica de matrimonio, de las uniones *contra mandata* no puede derivarse filiación legítima;<sup>20</sup> lógicamente, la prohibición de donaciones entre

<sup>15</sup> J. GAUDEMET, *Iustum matrimonium*, RIDA 2 (1949) pp. 342 s.; cf. DELL'ORO [4], pp. 535 s.; S. TREGGIARI, *Roman Marriage. Iusti Coniuges from the Time of Cicero to the time of Ulpian*, Oxford, 1993, p. 51.

<sup>16</sup> D. 23.2.65.1; cf. C. 5.4.6 (a. 239).

<sup>17</sup> Tienen una concepción similar O. ROBLEDA, «Matrimonio inexistente o nulo en derecho romano», *Studi in memoria di Guido Donatuti III*, Milano, 1973, pp. 1146 ss.; ID., «Il consenso matrimoniale presso i Romani. Il mio punto di vista alla luce delle fonti», *Conferenze storico-giuridiche*, Perugia, 1980, pp. 123 ss.; J. HUBER, *Der Ehekonsens im römischen Recht. Studien zu seinem Begriffsgehalt in der Klassik und zur Frage seines Wandels in der Nachklassik*, Roma, 1977, esp. pp. 119 s.; en contra, véase G. LONGO, «Ancora sul matrimonio romano (A proposito del volume di Josef Huber)», *SDHI* 43 (1977) pp. 476 y 479.

<sup>18</sup> VOLTERRA «Sull'unione coniugale del funzionario della provincia», *Festschrift E. Seidl*, Köln, 1975, pp. 345, 350; cf. ID., «Iniustum matrimonium», *Studi G. Scherillo II*, Milano, 1972 = ID., *Scritti giuridici III. Famiglia e successioni*, Napoli, 1991, pp. 192 ss.

<sup>19</sup> En contra de lo que piensa ROBLEDA, «Il consenso matrimoniale presso i Romani. Il mio punto di vista alla luce delle fonti», *Conferenze storico-giuridiche*, Perugia, 1980, pp. 132 ss., 149.

<sup>20</sup> D. 23.2.65.1: et ideo postea liberos natos (susceptos natosque: C. 5.4.6) ex iusto matrimonio legitimos esse; el postea se refiere a las *iustae nuptiae* que, como hemos dicho, pueden iniciarse entre la mujer

cónyuges tampoco es de aplicación en estos supuestos,<sup>21</sup> y asimismo, llegado el caso, la mujer que hubiere sustraído cosas pertenecientes al funcionario no podría ser demandada con la *actio rerum amotarum* sino con la *actio furti*.<sup>22</sup>

Con todo, las consecuencias puramente lógicas y racionales de la nulidad radical del matrimonio *contra mandata* (de su inexistencia en realidad) experimentan alguna atenuación en aspectos concretos. Esto sucede, en primer término, con las donaciones que pudieran haberse producido entre el funcionario y la mujer, que aunque eran válidas, como hemos dicho, probablemente podían ser revocadas por el donante.<sup>23</sup> En segundo lugar, mientras que al funcionario que infringe la prohibición se le considera indigno y no puede retener lo adquirido del testamento de la *uxor ducta contra mandata*, que va a parar al fisco, esta, en cambio, sí puede *capere ex testamento* del funcionario y se sustrae a la sanción de la indignidad.<sup>24</sup> Finalmente, aunque en rigor no puede hablarse de dote en estas uniones,<sup>25</sup> un texto menciona la necesidad de restituir al heredero de la mujer lo que esta había aportado al funcionario por dicho concepto;<sup>26</sup> según la convincente argumentación de Orestano,<sup>27</sup> esta que pudo ser la situación original fue muy pronto modificada por una constitución de Septimio Severo que ordenó la confiscación de la *dos data* con la sola excepción, que se infiere del testimonio de Paulo,<sup>28</sup> de la dote entregada a la *vetus sponsa*.<sup>29</sup>

---

provincial y el funcionario cuando este abandona el cargo; evidentemente, los hijos concebidos o nacidos con anterioridad a esta situación son ilegítimos.

<sup>21</sup> D. 24.1.3.1: *valebit donatio, quia nuptiae non sunt*.

<sup>22</sup> D. 25.2.17 pr.

<sup>23</sup> Dice Ulpiano (D. 24.1.3.1): *sed fas non est eas donationes ratas esse, ne melior sit condicio eorum, qui deliquerunt*; véase —no obstante la sospecha de itp. de VOLTERRA, «Sull'unione coniugale del funzionario della provincia», *Festschrift E. Seidl*, Köln, 1975, p. 353, entre otros— ORESTANO [4], pp. 756 ss.; GAUDEMET [15], p. 336; DELL'ORO [4], p. 527 nt. 14. Señala R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia* 3, Padova, 1995, p. 142, que en el texto de Ulpiano *qui delinquit* es presumiblemente el magistrado provincial y que él es asimismo el beneficiario de la donación.

<sup>24</sup> D. 23.2.63; D. 34.9.2.1-2, que recuerda un rescripto de Severo y Antonino Caracalla sobre esta materia; advierte ORESTANO [4], pp. 748 s., que originalmente no se trataba en estos supuestos de indignidad sino de *incapacitas* del funcionario frente al testamento de la mujer. Sobre el tema, desde su particular perspectiva (el matrimonio *contra mandata* no es nulo o inexistente, sino ineficaz), véase también ROBLEDA [19], pp. 130 ss.

<sup>25</sup> Cf. entre otros testimonios D. 23.3.3, D. 41.9.1.3-4, C. 5.3.20.2 (a. 531-533).

<sup>26</sup> D. 23.2.63; según ASTOLFI [23], p. 145, el fragmento se refiere a la dote constituida por la mujer y al caso de que esta no la hubiera repetido en vida.

<sup>27</sup> ORESTANO, o.c., pp. 741 ss., 761, 766 ss. y *passim*.

<sup>28</sup> D. 23.2.38.1; cf. ASTOLFI [11], pp. 75 s.

<sup>29</sup> La constitución de Septimio Severo es recordada en una ley de Gordiano no incluida en la Compilación (véase ORESTANO [4], p. 741 nt. 31): IMP. GORD(IANUS) A. rationalibus. *Manifestum est nuptiis contra mandata contractis dotem, quae data illo tempore, cum traducta est, fuerat, iuxta sententiam divi Severi fieri caducam, nec, si consensu postea coepisse videatur matrimonium, in praeteritum commisso vitio potuit mederi*. D.k. April. Antiochiae Gordiano A. et Aviola cons. (a. 239); como muy bien explica el propio ORESTANO [4], pp. 766 ss., la pena de confiscación solo era aplicable, por razones jurídicas y materiales, a la *dos data* y no a la *dos dicta* ni a la *dos promissa*, de hecho todos los textos se refieren a aquélla: D. 23.2.63, la

## 2.2 Derecho postclásico

El panorama que venimos considerando experimenta ciertas modificaciones de importancia en el derecho postclásico y justiniano, como se puede apreciar por dos leyes de Teodosio I conservadas tanto en el Código Teodosiano como en el Justiniano.<sup>30</sup> No cambian los motivos de la prohibición, que siguen concretándose en el abuso de autoridad del funcionario o el magistrado *circa nuptias contrahendas*,<sup>31</sup> pero el alcance de aquella parecería no limitarse ahora al ámbito de las provincias sino extenderse a la administración en general.<sup>32</sup> Por otro lado, y esto sería lo de mayor trascendencia, las nupcias contraídas en contra de la prohibición legal ya no son contempladas bajo el aspecto de la nulidad o la inexistencia jurídica, al menos no de forma explícita,<sup>33</sup> sino de modo semejante a como, en época republicana, eran considerados los negocios que infringían la prohibición de una *lex minus quam perfecta*. Con esto se quiere decir que el matrimonio *contra mandata*, prohibido como está por la ley teodosiana, no es sin embargo nulo de llegar a realizarse y por efecto de aquella prohibición, si bien al infractor se le sanciona con una multa de diez libras de oro y con la privación de su dignidad.<sup>34</sup> Resumiendo, prohibición y nulidad matrimonial ya no van necesariamente emparejadas, no es la segunda consecuencia directa de la primera ni la primera causa exclusiva de la segunda; si en algún caso el matrimonio del funcionario es nulo, ello se deberá no tanto a la prohibición sancionada por la ley cuanto a la falta de libre consentimiento por parte de la mujer.<sup>35</sup> Esta lectura me parece

---

constitución de Gordiano a los *rationales*, D. 23.2.38.1 e incluso C. 5.5.4; *cf.* no obstante ASTOLFI[23], pp. 145 s.; ID. [11], p. 76.

<sup>30</sup> CTh. 3.11.1 = C. 5.7.1 (a. 380) y CTh. 3.6.1 = C. 5.2.1 (a. 380); ambas leyes fueron promulgadas el mismo día y tratan de muy similar materia, por lo que es razonable pensar que responden a un mismo diseño legislativo —o incluso que formaban una unidad— aunque se dirijan a destinatarios diferentes: el Prefecto del Pretorio del Ilírico Neoterio y el Prefecto del Pretorio de Oriente Eutropio respectivamente; *cf.* S. GIGLIO, «Patrocino y matrimonio nel Codice Teodosiano», *Atti. Acc. Rom. Cost.* VII, Napoli, 1988, p. 274; ASTOLFI[11], p. 72 nt. 60.

<sup>31</sup> *Cf.* CTh. 3.6.1 = C. 5.2.1 sobre los esponsales del gobernador de una provincia, sus hijos, nietos y parientes o sus subordinados: el funcionario potest esse terribilis para los padres, tutores, curadores y para las mismas personas que hayan de contraer matrimonio; en CTh. 3.11.1 = C. 5.7.1 pr. y 1 se habla respectivamente de *occasione potestatis uti et minacem favorem exhibere* y de *vim in contrahendo matrimonio moliri*.

<sup>32</sup> Véase no obstante, en sentido contrario, la Interpretatio a CTh. 3.11.1: *Si aliquis de his iudicibus, qui provincias administrant, vel etiam his, quibus civitates vel loca comissa sunt*, etcétera; las prescripciones de CTh. 3.6.1 = C. 5.2.1 se refieren igualmente a los funcionarios de las provincias.

<sup>33</sup> Según GIGLIO, o.c., pp. 281 s., en teoría estos matrimonios podían ser declarados nulos sin más, pero de hecho, una vez celebrados su anulación debía ser muy difícil: se oponía a ello la nueva mentalidad cristiana.

<sup>34</sup> Esta última pena se ve agravada para el que no se hubiere plegado a la disposición imperial con el extrañamiento durante dos años continuos de la provincia en la que hubiera usurpado; *cf.* GIGLIO, o.c., p. 280.

<sup>35</sup> Es muy significativa la insistencia de CTh. 3.11.1 = C. 5.7.1 precisamente en este punto: *Si quis ordinaria vel quaelibet praeditus potestate circa nuptias invitis ipsis vel parentibus contrahendas, sive pupillae sive apud patres virgines sive viduae erunt, sive et iuris sui viduae, denique cuiuscumque sortis, occasione potestatis utatur et minacem favorem suum invitis his, quorum utilitas agitur, exhibere aut exhibuisse detegitur*, etcétera.

preferible con mucho a la interpretación un tanto oscura que ofrece Gaudemet, autor que considera que las nupcias contraídas en contra de la prohibición legal ya no son nulas bajo la ley de Teodosio sino más bien ineficaces.<sup>36</sup>

Por lo que respecta a la promesa de futuro matrimonio, la legislación teodosiana apenas se aparta de lo establecido en el derecho clásico, pues no prohíbe al funcionario, sus parientes y subordinados celebrar esponsales con mujer de la provincia que administra, limitándose a subrayar simplemente que la mujer, si su *paterfamilias* o ella misma hubiera cambiado de voluntad, se puede desvincular sin pena alguna del lazo contraído;<sup>37</sup> igualmente, después de que el funcionario haya abandonado el cargo se permite verificar el matrimonio prometido siempre con el requisito de que el consentimiento de la esposa se siga manteniendo.<sup>38</sup>

Otra ley algo posterior abraza en un mismo régimen de carácter penal las nupcias contraídas *contra legum praecepta vel contra mandata constitutiones que principum*.<sup>39</sup> Consiste ese régimen en la confiscación de todas las adquisiciones, incluida la dote,<sup>40</sup> que ambos cónyuges hubieran recibido con ocasión del matrimonio, que serán reivindicadas para el fisco *ut indigno indignaeve sublatum*. Tampoco esta vez se hace mención alguna de la nulidad del matrimonio; la sanción es exclusivamente penal y por ello se exime de ella a quienes —hombre o mujer— incurrieron en error insuperable o fueron víctimas de su joven edad siempre que, descubierto el error o alcanzada la edad legítima, pongan fin a su unión sin retraso alguno.<sup>41</sup>

### 3. DERECHO CASTELLANO (O DERECHO COMÚN DEL REINO)

#### 3.1 La legislación

Una ley de Partidas y otra de la Nueva Recopilación, ambas de aplicación en Indias a título de derecho común o general,<sup>42</sup> reflejan también la prohibición de la que nos

<sup>36</sup> Así es como interpreta GAUDEMET [15], pp. 348 s., la frase *licet prohibitas nuptias non peregerit* de la versión de la ley contenida en C. 5.7.1 pr., que sin embargo podría referirse con mayor propiedad al intento fallido de forzar a la mujer a contraer matrimonio: *licet prohibitas nuptias non peregerit, attamen pro tali conamine...*; cf. en este sentido AZO, «Lectura super Codicem», *Corpus Glossatorum Juris Civilis III, Augustae Taurinorum*, 1966, p. 379, a.h.l.: «Non peregit (sic). Et ita punitur affectus, licet non sequatur effectus». Según ORESTANO, o.c., p. 735 nt. 15, el significado de esta frase es que si no hubo constricción sobre la mujer o sobre su familia, aunque las nupcias son igualmente inválidas, no ha lugar a la aplicación de las penas.

<sup>37</sup> Véase sin embargo ASTOLFI[11], pp. 72 s., que advierte que ahora la prometida puede rehusar no solo el matrimonio sino también la restitución de las arras; también destaca este autor la contradicción, en el seno de la Compilación, entre D. 23.2.38.1 (véase supra nt. 13) y C. 5.2.1.

<sup>38</sup> Todo ello según C.Th. 3.6.1 = C. 5.2.1; cf. GIGLIO [30], pp. 275 ss.

<sup>39</sup> C. 5.5.4 (a. 387-393).

<sup>40</sup> Véase ORESTANO [4], pp. 757 s., 760. s., 770 s.

<sup>41</sup> Cf. GAUDEMET [15], p. 349.

<sup>42</sup> Véase por todos B. BRAVO LIRA, *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago de Chile, 1989, pp. 23 s., 90 s.; J. BARRIENTOS GRANDON, *Historia del derecho indiano del descubrimiento*

venimos ocupando.<sup>43</sup> La ley alfonsina tiene una relación indudable con la regulación romana del Digesto, lo que se hace patente del todo ya desde la identificación explícita de los adelantados a quienes se prohíbe tomar mujer legítima en toda la tierra de su distrito con los *praesides provinciarum*. Más allá de esto, la consonancia con la regulación romana se extiende también a la limitación del impedimento al tiempo de duración del cargo (*en quanto durasse el tiempo del adelantamiento*) y a la justificación de la prohibición en lo que hemos llamado más arriba una razón de poderío.<sup>44</sup>

Entre la norma romana y la de las Partidas hay sin embargo una diferencia que no debemos pasar por alto y que consiste, a mi entender, en lo siguiente: mientras que las fuentes romanas de época clásica insisten en negar la existencia de matrimonio en los supuestos prohibidos por los *mandata* imperiales, pero guardan silencio absoluto acerca de la calificación jurídica positiva que pudiera haberle convenido a la unión de un funcionario con mujer de su provincia,<sup>45</sup> la mencionada ley de Partidas señala a los adelantados la senda del concubinato o barraganía a modo de institución legítima y de alternativa clara al matrimonio que se les veda. Es decir, de alguna manera parece que en los textos de los juristas romanos sobre el matrimonio *contra mandata* el legislador de las Partidas acertó a columbrar una referencia implícita al concubinato, y esta impresión se confirma con la lectura de las glosas de Gregorio López a la ley que estamos comentando.<sup>46</sup>

Un aspecto más que todavía merece la pena subrayar es la ya aludida conexión de las Partidas con las soluciones que ofrece el Digesto en el tema que estamos estudiando, o dicho de otro modo, su desconexión total respecto de las leyes del período cristiano que hemos reseñado al final del apartado anterior y cuya existencia, con total seguridad, no era desconocida para el legislador alfonsino.<sup>47</sup>

*colombino a la codificación I. Ius commune-ius proprium en las Indias Occidentales*, Roma, 2000, pp. 211 ss., 215 ss.

<sup>43</sup> Partida IV, tít. XIV, ley 2, bajo el epígrafe «quien puede auer barragana, e en que manera»; *Nueva Recopilación*, lib. II, tít. IV, ley 25.

<sup>44</sup> «E esto fue defendido, porque por el grand poder que han estos atales (scil., los adelantados), no pudiessen tomar por fuerça muger ninguna para casar con ella».

<sup>45</sup> Ante el silencio de las fuentes, los autores han propuesto varias posibilidades que incluyen el *matrimonium iniustum* susceptible de convalidación como *iustae nuptiae* mediante el abandono del cargo (Gaudemet), el *matrimonium iuris gentium* y el simple concubinato (ORESTANO [4], p. 731 nt. 9); como ya hemos indicado, los romanos admitían el concubinato del funcionario con mujer de la provincia en la que ejercía su cargo: véase D. 25.7.5.

<sup>46</sup> Véase glo. *Muger legitima* y glo. *Podria y resebir* in Partida IV, tít XIV, ley 2; en la primera de estas glosas Gregorio López se hace eco, entre otras cosas, de la corrección introducida por el derecho canónico en el sentido de considerar insuficiente la *praesumptio terroris officii* para fundar por sí sola una declaración de nulidad *ipso iure* del *matrimonium metu contractum*.

<sup>47</sup> De hecho hay otra ley (Partida III, tít. VII, ley 6, que prohíbe que una mujer sea emplazada ante aquel juzgador que la quiso forçar, o casar con ella sin su plazer) de la que Gregorio López dice lo siguiente, glo. Trabajando se a.h.l.: «Concordat lex. I. C. si quacumque praeditus potestate [C. 5.7.1]. à qua ista originem habuit».

En cuanto a la *Nueva Recopilación*, en ella se incluye una ley<sup>48</sup> que prohíbe a los miembros del Consejo real y a los presidentes, oidores y alcaldes de las Audiencias casar a sus hijos e hijas con personas que tuvieren pleito «en los Tribunales donde ellos residen», excepto si precediera licencia del Rey. Aunque desde el punto de vista sistemático esta norma pertenece al tratamiento de las recusaciones, y aunque su expresión es tan precisa como se acaba de decir, no hay duda de que comparte una misma *ratio* con la ley de Partidas anteriormente analizada, y por eso, entre otros considerandos, la contemplación conjunta de ambas disposiciones puede no resultar improcedente. El cuadro que se desprende de ellas es menos expresivo que el de los textos romanos, pero bastante similar en el fondo salvo por dos detalles novedosos: la prohibición de que venimos tratando, que en Roma había comprendido únicamente las nupcias de los funcionarios y las de sus hijos varones, en la *Recopilación* de 1567 aparece extendida también al matrimonio de las hijas;<sup>49</sup> por otro lado, mientras la legislación y la práctica romanas, en la medida en que nos son conocidas, no prevenían la dispensa de la prohibición,<sup>50</sup> la norma recopilada sí incorpora esta posibilidad.

### 3.2 La literatura jurídica

En la literatura jurídica no siempre se toman en consideración estos dos datos. Sorprende bastante, por ejemplo, no encontrarlos consignados en un autor como Castillo de Bobadilla, que por su formación y su experiencia administrativa no podía dejar de conocerlos.<sup>51</sup> Algo similar puede decirse de Matienzo, relator de la Audiencia de Valladolid cuyo tratamiento de la materia se ciñe casi exclusivamente a

<sup>48</sup> Se trata de la ya recordada ley 25, tít. IV, lib. II, formada a partir de varias disposiciones de los años 1534, 1528 y 1537.

<sup>49</sup> Como recordará Solórzano Pereyra (véase infra IV.B.6), esta extensión fue introducida por la Novela 23 del emperador bizantino León IV el Sabio (a. 886-912); sobre esta constitución, véase G. FERRARI DALLE SPADE, «Diritto matrimoniale secondo le Novelle di Leone il Filosofo», *Bizantinische Zeitschrift* 18 (1909) = ID., *Scritti Giuridici I*, Milano, 1953, p. 112. Téngase en cuenta que la colección de 113 Novelas de León VI se añade regularmente a las ediciones del Corpus Iuris Civilis desde el último tercio del siglo XVI: Cf. J.A.B. MORTREUIL, *Histoire du droit byzantin ou du droit romain dans l'Empire d'Orient, depuis la mort de Justinien jusqu'à la prise de Constantinople en 1453* II, reimpr. Osnabrück, 1966, pp. 305 s.; con todo, este mismo autor señala que en Occidente las Novelas de León, «quoique réunies depuis près de trois siècles aux autres sources du droit romain, sont demeurées sans intérêt et sans autorité; elles n'ont été pour les savants que l'occasion de quelques exercices littéraires et jamais un but d'application pratique» (p. 329).

<sup>50</sup> Véase no obstante la opinión de ROBLEDA «Matrimonio inexistente o nulo en derecho romano», *Studi in memoria di Guido Donatuti III*, Milano, 1973, p. 1145: «Si fue introducida [la nulidad] por voluntad del príncipe (por sus mandata), la dispensa no podía hacerse imposible» por más que no tengamos noticias sobre casos de la misma; y en nt. 38: «advértase que suele venir comparado este impedimento con el por razón de tutela (D. 23.2.63), el cual es dispensable».

<sup>51</sup> J. CASTILLO DE BOBADILLA, *Política para corregidores y señores de vasallos* (1597), ed. de Barcelona, 1624, tomo II, lib. V, cap. 3, núm. 119.

los textos romanos.<sup>52</sup> En cambio, como es de rigor, Carrasco del Saz sí los recuerda en su comentario a la *Nueva Recopilación*, donde por otro lado informa de los contornos con que la prohibición se aplicaba en Indias.<sup>53</sup> Otros autores cuyas obras hemos revisado son Pedro Belluga y el siciliano García Mastrillo; el primero se limita a glosar apenas una de las leyes teodosianas comentadas más arriba;<sup>54</sup> el segundo transcribe el texto de una regia disposición de 24 de abril de 1581 por la que se introduce (o se reitera) en el Estado de Milán y el Reino de Nápoles la prohibición de matrimonio para los parientes, criados y amigos de los virreyes, y tras ello recupera de inmediato un discurso de tono general sobre el asunto basado en los textos romanos y en las *Partidas*.<sup>55</sup>

De todos modos, este desigual panorama no deja de exhibir algunos puntos de interés que merece la pena destacar. El primero es la insistencia en que lo pasible de castigo conforme a la ley romana es el mero hecho de haber ejercido el funcionario coacción o violencia sobre la mujer provincial o sobre su familia, aunque el matrimonio no se haya llegado a realizar.<sup>56</sup> Se añade a esto la tendencia casi unánime a concretar el fundamento jurídico-formal de la prohibición de matrimonio en una especie de presunción legal de terror y violencia<sup>57</sup> que los autores, sin embargo, se resisten a entender como absoluta e inatacable; así lo indican tanto el esfuerzo desplegado por Matienzo y Mastrillo para explicar los supuestos de matrimonio permitidos y prohibidos por las leyes romanas por referencia a aquella presunción<sup>58</sup> como también, y sobre todo, la expresa afirmación de

<sup>52</sup> J. MATIENZO, *Dialogus relatoris et advocati Pinciani senatus*, Pinciae, 1558, pars tertia, cap. 31, núms. 1-3. Recuérdese que la ley de la *Nueva Recopilación* se basa en varias disposiciones todas ellas anteriores a la publicación de la obra de Matienzo: véase supra, nt. 48.

<sup>53</sup> F. CARRASCO DEL SAZ, *Interpretatio ad aliquas leges Recopilationis Regni Castellae* (1620), ID., Opera iuridica, Matriti, 1648, cap. 9 (*De causis recusationis validis*), núms. 271-275.

<sup>54</sup> C. 5.7.1 pr.; véase P. BELLUGA, *Speculum principum*, Venetiis, 1580, rúbr. 35, núm. 13.

<sup>55</sup> G. MASTRILLO, *De magistratibus, eorum imperio, et iurisdictione*, Lugduni, 1621, pars secunda, lib. V, cap. 6, núms. 117 y 121-124.

<sup>56</sup> MATIENZO [52], pars tertia, cap. 31, núm. 2: «et quando per vim id facere tentaverit, licet non perfererit, ponitur [scil. poena] in [C. 5.7.1]»; BELLUGA, *Speculum* cit., rúbr. 35, núm. 13: «ex solo conatu incurrit poenam... ut in [C. 5.7.1]»; CASTILLO DE BOBADILLA, *Política* cit., lib. V, cap. 3, núm. 119: «se casó, o intentó de casarse».

<sup>57</sup> Véase por todos CASTILLO DE BOBADILLA [51], lib. V, cap. 3, núm. 119: «porque se presume, que durante el dicho ministerio, y en virtud del avra usado para ello de terror y violencia, y assi no puede casarse, ni casar a sus hijos; pero a sus hijas sí».

<sup>58</sup> MATIENZO [52], pars tertia, cap. 31, núms. 1-2: 1. «Sin autem alia possit considerari ratio quare uxorem duxerit, non praesumetur metus impressionem intercesisse: nisi probata fuerit. Exempli gratia, si provinciam in qua oriundus est, aut domicilium habet, administraverit, aut perpetuus fuerit: uxorem ducere tunc non prohibetur... vel si post magistratum finitum sponsa consentiat... aut si veterem sponsam in provincia quam quis administrat uxorem ducat... vel filiam nubilem magistratus in matrimonium collocaverit, hoc quippe ea ratione permittitur... quia impressionis metus cessat praesumptio... 2. Et non idem in filio quia praesumitur id fecisse patrem, ut ex dilatione imminens periculum evitaret, cum opportunitas adfuit. Quae quidem praesumptio aliam timoris tollit. Atqui haec ratio non consideratur in masculis in quibus non imminet periculum»; más claro todavía es MASTRILLO, *De magistratibus* cit., pars secunda, lib. V., cap. 6, núm. 123, pues coloca el caso general de cesar la presunción de miedo y violencia en línea con aquellos otros en los que dicha presunción es exceptuada ex lege: «Vel si cessaret metus et violentiae praesumptio, vel nisi

impugnabilidad enunciada por Carrasco del Saz, por más que la misma se refiera únicamente al caso del matrimonio de los hijos e hijas de los auditores no consentido por el padre.<sup>59</sup> Por último, bastante significativo en la misma dirección es el señalamiento de Matienzo en el sentido de que las penas de la ley romana, como restrictivas de la libertad matrimonial, son improcedentes *de iure pontificio*, por lo que no pueden ser impuestas si no se prueba verdaderamente la violencia o la coacción.<sup>60</sup>

A mi entender, la combinación de todos estos elementos permite concluir que la visión de los autores estudiados coincide esencialmente con la interpretación que se expuso más arriba acerca del significado de la legislación postclásica sobre el matrimonio *contra mandata*. Así pues, aquella visión ratifica que el énfasis de tal legislación se puso principalmente en la defensa de la libertad matrimonial de las mujeres provinciales frente a los atentados de que podía ser objeto por parte de los magistrados y los funcionarios. En suma, bajo las leyes de los emperadores cristianos las uniones de estos individuos con mujeres de los distritos que administran estaban penadas, desde luego, pero no eran nulas necesariamente sino solo como consecuencia de la falta de libre consentimiento en la mujer.

## 4. DERECHO MUNICIPAL DE INDIAS

### 4.1 Introducción

A juzgar por la reiteración con la que el legislador vuelve sobre ella, por el tratamiento literario de que fue objeto y por los numerosísimos casos que surgieron en la práctica y se resolvieron de maneras muy heterogéneas (no todas ellas legales, por cierto), la materia de que venimos tratando llegó a alcanzar en Indias una importancia muy considerable. No es de este lugar el intento de sintetizar todo ese desarrollo, en parte por razones de tiempo y espacio y en parte porque esa tarea ha sido ya muy bien realizada por los historiadores del derecho indiano.<sup>61</sup> Nuestro análisis, por otra parte, se limitará a la prohibición de matrimonio que afectaba a los funcionarios políticos y

---

officialis esset oriundus eiusdem loci, vel si post magistratum finitum sponsa consentiat... quandoquidem cessantibus casibus praedictis nullum dubium est, quod matrimonia libera esse debent».

<sup>59</sup> CARRASCO DEL SAZ, *Interpretatio ad aliquas leges Recopilationis Regni Castellae* (1620), cap. 9, núm. 273: «et cum lex sit, quae in praesumptione se fundet admittit probationem consensus contrarii vel voluntatis in patre regio auditore, etcétera».

<sup>60</sup> MATIENZO [52], *pars tertia*, cap. 31, núm. 3.

<sup>61</sup> Véase R. KONETZKE, «La prohibición de casarse los oidores o sus hijos e hijas con naturales del distrito de la Audiencia», *Homenaje a Don José María de la Peña y Cámara*, Madrid, 1969, pp. 105 ss.; D. RÍPODAS ARDANAZ, *El matrimonio en Indias. Realidad social y regulación jurídica*, Buenos Aires, 1977, pp. 317 ss.; D. GONZÁLEZ LIZAMA y C. CASTELLETTI FONT, «El matrimonio de los ministros de las audiencias indianas según Juan del Corral y Calvo de la Torre (1665-1737)», *Revista de Historia del Derecho Privado* I (1998) pp. 155 ss.

judiciales, dejando de lado las referidas a otros sujetos de la administración, la milicia o las instituciones de enseñanza.<sup>62</sup>

En cambio, el aspecto del que sí nos queremos ocupar es justamente uno que para aquellos historiadores suele pasar inadvertido, no obstante ser patente su presencia en las fuentes —cuando menos en las de carácter doctrinal— e incuestionable su papel en el conjunto del sistema. Nos referimos, obviamente, al entronque de la legislación indiana sobre la prohibición del matrimonio de los funcionarios o ministros de las Audiencias de Indias, y de sus hijos e hijas, dentro de los distritos de ellas, con la corriente general del *ius commune* a la que indiscutidamente pertenece el derecho indiano en el sentido de derecho municipal de Indias. Entronque o articulación que se acomoda, en la concreta materia que nos interesa como en todas las demás, a la conceptualización y los mecanismos propios de la relación entre el *ius commune* y los *iura propria* teorizada por infinidad de juristas de la época, y de cuya aclimatación en la América española<sup>63</sup> constituye un testimonio exhaustivo e imperecedero la Política Indiana de Solórzano Pereyra.

## 4.2 La legislación

Comenzando por la legislación, a las normas de las *Partidas* y de la *Nueva Recopilación* vinieron a sumarse pronto una serie de cédulas reales que establecieron un régimen particular de interdicción y licencia regia para el matrimonio de los ministros indianos. La primera de esas cédulas, fechada en Madrid a 10 de febrero de 1575, prohíbe en general que los virreyes, presidentes, oidores, alcaldes del crimen y fiscales de las Audiencias, así como sus hijos e hijas, se casen sin licencia particular del rey en sus distritos respectivos, mientras duren aquellos ministros en las plazas que ocupan y so pena de perderlas.<sup>64</sup> La prohibición es extendida siete años más tarde a los gobernadores, corregidores y alcaldes mayores nombrados por el rey con la misma limitación al tiempo de su oficio y al distrito de su jurisdicción,<sup>65</sup> y aún en 1592 se amplía para comprender ya no solo el casamiento, sino los tratos o acuerdos de casarse realizados de palabra, por promesa o por escrito y hasta el hecho mismo de pedir licencia con la esperanza de que el rey habrá de concederla.<sup>66</sup> Sendas cédulas de 1608

<sup>62</sup> Véase sobre ellas RÍPODAS ARDANAZ [61], pp. 349 ss. (funcionarios de la Real Hacienda), 352 ss. (militares) y 359 s. (individuos de universidades, seminarios y otras casas de enseñanza); sobre los funcionarios de Indias solía pesar también otra restricción matrimonial tendente a impedir nupcias que pudieran llevar a los miembros de una misma Audiencia a emparentarse entre sí: véase RÍPODAS ARDANAZ [61], p. 328.

<sup>63</sup> Véase por todos BARRIENTOS GRANDON [42], *passim.*; ID., «La historia del derecho privado indiano. (A propósito de la versión castellana del *Derecho Privado Europeo* de Helmut Coing)», *Revista de Historia del Derecho Privado I* (1998) pp. 233 ss., esp. 235 ss., 263 ss., 271.

<sup>64</sup> Véase el texto en *Cedulario Indiano*, recopilado por D. DE ENCINAS, reproducción facsímil de la edición única de 1596, con estudio e índices de A. GARCÍA GALLO, libro I, Madrid, 1945, p. 351.

<sup>65</sup> Real Cédula de 26 de febrero de 1582, *Cedulario Indiano* cit., p. 353.

<sup>66</sup> Real Cédula de 15 de noviembre de 1592, *Cedulario Indiano* cit., p. 353.

y 1619 disponen todavía que no se paguen los salarios de los ministros desde el día que hubieren concertado casarse en sus distritos y que no se admitan en el Consejo de Indias memoriales y peticiones de licencias sin ejecutar antes las penas previstas.<sup>67</sup> Leyes posteriores hasta el final de la colonia<sup>68</sup> van retocando los detalles de este régimen, endureciéndolo o suavizándolo según las circunstancias pero sin afectar lo sustancial de lo establecido por aquellas primeras cédulas.

En la *Recopilación* de 1680 se incorporan todas estas (excepto la de 1582)<sup>69</sup> junto con otras de 1578 y 1621 que autorizan el matrimonio de los hijos de los ministros «fuera de los distritos en que sus padres gobernaren» y encargan a los virreyes y presidentes velar por el cumplimiento de todas estas normas.<sup>70</sup>

En conjunto, la aplicación de esta legislación y la exigencia de su cumplimiento fueron más bien desfallecientes; ayudó a ello la falta de un criterio sostenido en lo relativo a la concesión de las licencias de matrimonio pedidas por los ministros indianos y la frecuente transigencia de los virreyes y presidentes ante hechos notorios o disimulados de violación de las normas prohibitivas. Se ha recordado a este respecto que la ley no era la principal fuente del derecho en Indias y que por encima de su observancia estricta se colocaba la consideración de las circunstancias concretas de cada caso,<sup>71</sup> pero la conclusión no cambia por esto y es unánime por lo demás: el «aislamiento» de los ministros respecto de su entorno social y económico, que era la finalidad que se perseguía con aquellas normas y con otras paralelas, siempre estuvo muy lejos de alcanzarse.<sup>72</sup>

### 4.3 La visión de los juristas

Si ahora nos preguntamos por el parecido de la legislación indiana o castellano-indiana sobre la prohibición del matrimonio de los magistrados, funcionarios o ministros dentro de los distritos en los que ejercen sus funciones con la legislación romana sobre el mismo tema analizada con anterioridad, debemos advertir ante todo que no encontraremos la respuesta en otro sitio si no es en los escritos de los juristas. Aunque,

<sup>67</sup> Véase SOLÓRZANO PEREYRA [1], lib. V, cap. IX, núms. 6 y 7.

<sup>68</sup> Cf. RÍPODAS ARDANAZ [61], pp. 324, 326 ss.; KONETZKE [61], pp. 107 ss.

<sup>69</sup> Formando las leyes 82, 84, 85 y 86 del tít. XVI, lib. II de la *Recopilación*; cf. M.J. DE AYALA, *Notas a la Recopilación de Indias* (transcripción de J. MANZANO) II, Madrid, 1946, pp. 280 ss.

<sup>70</sup> Cf. en general GONZÁLEZ LIZAMA y CASTELLETTI FONT [61], p. 168.

<sup>71</sup> J. DE LA PUENTE BRUNKE, «Sociedad y administración de justicia: los ministros de la Audiencia de Lima (siglo XVII)», *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios III*, Buenos Aires, 1997, p. 348; cf. por ej. V. TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*, Buenos Aires, 1992, pp. 513 ss.

<sup>72</sup> RÍPODAS ARDANAZ [61], p. 349, se refiere al «palmario fracaso del intento de impedir los entronques de los oidores con familias locales que se observa en casos como el del Perú» y añade en nota que «es harto probable que en otras Audiencias se dieran situaciones semejantes»; TAU ANZOÁTEGUI [71], pp. 491 s.; ID., *Nuevos horizontes en el estudio histórico del Derecho indiano*, Buenos Aires, 1997, pp. 63 s.; cf. DE LA PUENTE BRUNKE [71], pp. 346 ss.; ID., «Los ministros de la Audiencia y la administración de justicia en Lima (1607-1615)», *REHJ* 23 (2001), pp. 430 ss.

con total seguridad, la pregunta más importante y general que podemos hacernos no es esta que se acaba de decir, sino la relativa al encaje de la legislación real con la tradición del *utrumque ius* como dos de las piezas que componen el sistema del *ius commune* aplicado en Indias. Es aquí donde la visión de los juristas resulta de todo punto imprescindible, y mucho más la que se expresa en obras de carácter doctrinal que la que se pone en memoriales y peticiones de licencia al servicio de la pretensión o aspiración de un individuo determinado.<sup>73</sup>

Hablando, pues, de obras doctrinales, repasaremos principalmente el capítulo dedicado por Solórzano al estudio de «la estrecha prohibición de los casamientos de los virreyes, presidentes, oidores y demás ministros de las Audiencias de las Indias, de sus hijos e hijas, dentro de los distritos de ellas». Por supuesto, el caudal de información utilizable no se agota con el libro de Solórzano. Hubiera sido muy deseable, por ejemplo, disponer del *Tratado analítico* del oidor Bernardino Figueroa de la Cerda, compuesto a mediados del siglo XVII y redescubierto hace unos treinta años por la profesora Rípodas Ardanaz,<sup>74</sup> pero por tratarse de un manuscrito de difícil acceso ello no ha sido posible en esta ocasión. Otra literatura que pudiera contribuir en algo a nuestro análisis<sup>75</sup> será tenida en cuenta en la medida en que hemos podido acceder a ella.

El capítulo de Solórzano<sup>76</sup> comienza con una aproximación general a la materia que comprende varios aspectos, a saber: 1) la declaración misma de la prohibición de matrimonio y de sus razones o motivos; 2) la validez de las normas prohibitivas en el fuero interno y su conformidad con el derecho canónico; 3) la exposición de las cédulas, instrucciones y ordenanzas sobre la materia; y 4) el ejemplo histórico de los romanos. Veamos cada uno de ellos.

1) Los ministros de las Audiencias indianas no podían casarse dentro de sus distritos mientras durasen en la tenencia y el ejercicio de sus empleos; en la prohibición se incluía también el matrimonio de sus hijos e hijas. Solórzano dice que la prohibición

<sup>73</sup> Como por ejemplo en el Expediente del Sr. Juan del Corral Calvo de la Torre, Oydor y Alcalde de Corte de la Real Audiencia [de Chile], sobre que se declare si puede casarse con su sobrina sin contravenir la Lei Real 82, tít. 16, Lib. 2 de las de Indias, 1737, en el que se basa, entre otras fuentes, el estudio de GONZÁLEZ LIZAMA y CASTELLETTI FONT [61].

<sup>74</sup> Véase D. RÍPODAS ARDANAZ, «El Tratado analítico sobre la Cédula Real de 10 de febrero de 1575, y otras semejantes, que estrechísimamente prohíben el matrimonio de los oidores y otros ministros en las Provincias de Indias de Bernardino Figueroa de la Cerda», *Revista de Historia del Derecho* 1 (1973) pp. 391 ss. En las notas sucesivas, las pocas citas del Tratado de Figueroa de la Cerda son siempre indirectas, a través de las que hace la profesora RÍPODAS ARDANAZ en su monografía *El matrimonio en Indias* cit.

<sup>75</sup> Algo de J. DE MATIENZO, Gobierno del Perú (1567), ed. de G. LOHMAN VILLENA, Paris-Lima, 1967, parte segunda, cap. I; D. DE AVENDAÑO, *Thesaurus Indicus, seu generalis instructor pro regimine consociatae, in iis quae ad Indias spectant, Antuerpiae, 1668-1686*, tom. 1, tít. 4, cap. 16; J. DEL CORRAL Y CALVO DE LA TORRE, *Commentaria in Legum Indicarum Recopilationem*, concretamente el comentario a las leyes 82 a 88, tít. XVI, lib. II publicado como anexo por GONZÁLEZ LIZAMA y CASTELLETTI FONT [61], pp. 183 ss.

<sup>76</sup> Que como ya quedó dicho es el noveno del libro V de su *Política Indiana*.

«se funda en infinitos textos del derecho común y de nuestro reino», con lo cual se está refiriendo a los consabidos pasajes de las fuentes romanas y a las leyes de las Partidas y la *Nueva recopilación*.<sup>77</sup> No carece de significado esta llamada inaugural a los textos del derecho común y del reino como fundamento último del régimen prohibitivo que tantas cédulas reales se encargaron de ir concretando específicamente para los ministros indianos. Lo que hay aquí es un anuncio singular de la articulación del derecho municipal o particular de las Indias con la ley general del reino y con la tradición del *ius commune*, en especial con la del derecho romano, todo ello dentro de las relaciones establecidas entre estos diversos elementos en el contexto del sistema de fuentes del derecho indiano.<sup>78</sup> Por lo demás, en cuanto a estos compases iniciales del estudio de Solórzano conviene recordar quizás que la prohibición del matrimonio de las hijas de los ministros no se encuentra en los textos romanos ni en las Partidas, sino solo en la *Nueva Recopilación*.

Los motivos de la prohibición, según Solórzano, son los dos ya conocidos cuya presencia veíamos también en la legislación real de Castilla,<sup>79</sup> esto es, la «razón de poderío» como contraria a la libertad matrimonial y la pérdida de independencia e imparcialidad en la administración de justicia como consecuencia de «los parentescos, familiaridades, amistades y otros muchos embarazos y dependencias» que pueden originarse de los matrimonios prohibidos.<sup>80</sup>

<sup>77</sup> SOLÓRZANO PEREYRA [1], lib. V, cap. IX, núm. 1; los textos que cita en nt. 1 son estos: D. 23.2.38 y 57 cum aliis del mismo título, C. 5.4.6, C. 5.7.1, C. 5.2.1, Partidas IV, tít. XIV, ley 2 y III, tít. VII, ley 6 y Nueva Recopilación, lib. II, tít. IV, ley 25.

<sup>78</sup> Cf. A. GUZMÁN BRITO, «La vigencia del derecho romano en Indias según el jurista Juan del Corral Calvo de la Torre», Justicia, sociedad y economía en la América española (siglos XVI, XVII y XVIII): Trabajos del VI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano en homenaje al Dr. Alfonso García Gallo, tomo I, Valladolid, 1983, pp. 71 ss.; ID., «Sobre la historia de las nociones de derecho común y derecho propio», prólogo al libro de B. Bravo Lira cit. supra, nt., 42, pp. XXIX ss.; ID., La codificación civil en Iberoamérica, siglos XIX y XX, Santiago de Chile, 2000, pp. 152-161; BARRIENTOS GRANDON [42], caps. III y IV y *passim*.

<sup>79</sup> Cf. RÍPODAS ARDANAZ [61], pp. 321, 331 ss., 337; LIZAMA GONZÁLEZ y CASTELLETTI FONT [61], pp. 175 ss.

<sup>80</sup> SOLÓRZANO PEREYRA [1], lib. V, cap. IX, núms. 2 y 17; en este último número interesa destacar la mención de la «presunción de fuerza y falta de libertad y voluntad en los súbditos». Sobre los motivos de la prohibición Cf. también FIGUEROA DE LA CERDA, Tratado cit., f. 29-29 v. (véase RÍPODAS ARDANAZ [74], p. 332 nt. 58), y CORRAL Y CALVO DE LA TORRE [75], núm. 4 (en GONZÁLEZ LIZAMA y CASTELLETTI FONT [61], pp. 185 s.); concretamente, Figueroa de la Cerda pensaba que la legislación romana había prohibido estos casamientos con la única finalidad de impedir que se forzara la voluntad de la mujer y no también con la de asegurar que los magistrados estuviesen libres para administrar justicia; la prueba de que así fue se encuentra, según él, en que aquella legislación permitió los esponsales, contraídos los cuales recaerían sobre los magistrados las mismas o mayores sospechas que si se hubieran casado, «porque los desposados desean agradar a las esposas y parientes de ellas, principalmente si pueden apartarse del desposorio». Una voz discordante en cuanto a los motivos fue, por otro lado, la de MATIENZO [75], pp. 199 s., que hablando del amor y el cuidado de la república como una de las cualidades que debería tener el virrey en el Perú, viene a sustentar un criterio en cierta forma opuesto al que se incorporó más tarde a la legislación para las Indias: «De aquí que no solo no es dañoso estar el gobernador hacendado en este Reino, y arraigado él y sus hijos

2) Según doctrina constante de los teólogos y los juristas, los príncipes podían impedir por justas causas los matrimonios de sus súbditos, pero no forzarlos.<sup>81</sup> Sobre esta base, Solórzano no duda en considerar que las leyes prohibitivas son válidas en el fuero interno y conformes en un todo con el derecho canónico. La entera libertad que las normas canónicas exigen en cuanto al matrimonio es respetada suficientemente por aquellas leyes, puesto que no cuestionan el valor de los casamientos a los que se refieren, los cuales, de llegar a realizarse, son y quedan «válidos, firmes y verdaderos» sin que su validez pueda verse interferida por la aplicación de las penas previstas a los infractores.<sup>82</sup> Es más, cambiando solo ligeramente la perspectiva y argumentando con uno de los motivos tópicos de la prohibición, Solórzano llega a sugerir que la misma no es límite sino salvaguarda de la libertad matrimonial pedida por muchos textos del derecho canónico, y en particular por la norma tridentina que castiga con la excomunión *ipso facto* a los señores y magistrados que directa o indirectamente fuerzan a sus súbditos a casarse con ellos o con otras personas.<sup>83</sup> Ahora bien, aunque la declarada por Solórzano era indudablemente la doctrina general sobre este punto, no faltaron algunas opiniones discrepantes, o al menos reticentes, respecto de la adecuación al derecho canónico de las penas establecidas por las leyes civiles para los magistrados que infringían la prohibición de casarse en sus distritos.<sup>84</sup> En todo caso, como ya hemos señalado antes, la compatibilización de la validez canónica con el régimen penal al que se sometían tales matrimonios en la legislación secular no parece diferir demasiado de la solución a la que llegaron las leyes romanas del siglo IV, aunque Solórzano no las recuerde expresamente al tratar de esta cuestión.

3) Los párrafos siguientes contienen la exposición de algunas de las numerosas disposiciones despachadas «en todos tiempos» que establecen «estrecha y repetidamente» la prohibición para las Indias. Solórzano no añade nada de su cosecha a la copia del texto de estas normas, aunque sí recuerda los autores que tratan de la prohibición «en términos de nuestras Indias».<sup>85</sup>

---

en él, mas aun es necesario, porque es cierto que lo amará más y procurará más la conservación del Reino y su aumento»; y un poco después: «Si se dixese que teniendo raices o hixos casados en la tierra no haran retamente justicia en lo que les tocasse, por esto prosupuse que habían de ser buenos cristianos, y estar en tal opinión y reputación, y siendo tales que en los negocios tocantes a ellos o a sus hixos, no habían de ser jueces, ni aun hallarse presente a los votar».

<sup>81</sup> Véase RÍPODAS ARDANAZ [61], pp. 317 ss.; GONZÁLEZ LIZAMA y CASTELLETTI FONT [61], pp. 169 ss.

<sup>82</sup> SOLÓRZANO PEREYRA [1], lib. V, cap. IX, núm. 3; idéntica argumentación en FIGUEROA Y DE LA CERDA (véase RÍPODAS ARDANAZ [74], p. 395), y en CORRAL Y CALVO DE LA TORRE [75], núm. 4 (en GONZÁLEZ LIZAMA y CASTELLETTI FONT [61], p. 186).

<sup>83</sup> SOLÓRZANO PEREYRA [1], lib. V, cap. IX, núm. 16.

<sup>84</sup> Es el caso de MATIENZO [52], pars tertia, cap. 31, núm. 3 (véase *supra* nt. 60 y texto correspondiente), y en parte también el de AVENDAÑO [75], tom. 1, tít. 4, cap. 16, núm. 130, según el cual, el oidor que contraía matrimonio sin licencia del rey no pecaba.

<sup>85</sup> SOLÓRZANO PEREYRA [1], lib. V, cap. IX, núms. 4 a 8; véase *supra* IV.A); los autores citados en el núm. 8 son Matienzo, Carrasco del Saz y Carleval; del primero de ellos se recuerda el criterio de que la prohibición debería aplicarse con mayor rigor en las Audiencias situadas en ciudades pequeñas y de pocos

4) Lo que hemos llamado ejemplo de los romanos se organiza en torno a varias noticias históricas y jurídicas de desigual interés.<sup>86</sup> Cabe destacar, por ejemplo, el recuerdo de un senadoconsulto del año 20 d.C. que, según lo interpreta Solórzano, después de muchos años de prohibición permitió a los gobernadores llevar consigo a sus mujeres a las provincias.<sup>87</sup> También la noticia de que a los funcionarios no les estaba prohibido tener concubinas naturales de las ciudades y provincias en las que ejercían sus cargos,<sup>88</sup> respecto de lo cual nuestro autor manifiesta gran extrañeza por entender que en las concubinas «militan las mismas o mayores razones» que en las mujeres legítimas;<sup>89</sup> al final, sin embargo, la cuestión es zanjada con recurso a la regla romano-canónica *odia restringi (leges odiosae restringenda sunt, non amplianda)*,<sup>90</sup> que en definitiva limita la interpretación extensiva de las leyes penales como eran las que prohibían el matrimonio de los magistrados y funcionarios en las provincias.

Concluida esta especie de introducción general, Solórzano se aplica a la tarea ir «poniendo y resolviendo con la brevedad posible algunas cuestiones de las más practicables que cerca de esta prohibición se pueden y suelen ofrecer». Esta frase introduce un tratamiento más cercano a la realidad práctica de la materia regulada que, conforme al enfoque casuístico que es propio del autor,<sup>91</sup> se va desglosando en varias cuestiones, de las cuales prácticamente todas abrazan a su vez aspectos, situaciones o problemas más particulares. Sin sujetarnos a las indicaciones expresas de Solórzano, podemos esquematizar esas cuestiones de la manera que sigue: 5) los esponsales de futuro; 6) las personas comprendidas en la prohibición; 7) «que traten o contraten de casarse»; 8) si afecta la prohibición pasivamente a los que fueron vecinos o naturales pero ya no lo son; y 9) la ejecución de estas leyes.<sup>92</sup>

---

vecinos que en las de Lima y México; por nuestra parte, podemos añadir que AVENDAÑO [75], tom. 1, tít. 4, cap. 16, núm. 129, se planteaba tanto esta cuestión como la de si debía tomarse en cuenta la mucha o poca parentela que tenía la mujer, y que MATIENZO [75], pp. 200 s., anticipa algunos de los criterios que establecerán unos años más tarde las normas prohibitivas en el párrafo siguiente: «Dirá alguno que esto me toca a mí, porque tengo hixos e hixasq querrias casar en esta tierra. Sí tengo, mas ninguno he casado ni pienso casar en el Perú, a lo menos en el destrito de esta Audiencia, sin licencia de Su Magestad, aunque por ninguna ley se me veda, etcétera».

<sup>86</sup> SOLÓRZANO PEREYRA [1], lib. V, cap. IX, núms. 10 a 15.

<sup>87</sup> Cf. D. 1.16.4.2, TAC., Ann. 4.20; añade Solórzano que Pilatos fue el primero que hizo uso de la licencia de este senadoconsulto.

<sup>88</sup> D. 25.7.5.

<sup>89</sup> D. 32.49.4, D. 50.16.144.

<sup>90</sup> Véase J. SCHRÖDER, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule*, München, 2001, pp. 69 ss.; con enfoque general referido a la articulación del *ius commune* con los *iura propria*, cf. B. BRAVO LIRA, «Odia restringi. Forma y destino de una regla del derecho en Europa e Iberoamérica durante la Edad Moderna», *Ius commune* 19 (1992) pp. 81 ss.; BARRIENTOS GRANDON [42], pp. 133 s., 158 ss.

<sup>91</sup> Véase por todos TAU ANZOÁTEGUI [71], pp. 441 ss., 446 ss.; el mismo enfoque casuístico presidía, al parecer, el Tratado analítico de Figueroa y de la Cerda (véase RÍPODAS ARDANAZ [74], p. 396).

<sup>92</sup> En el cap. XI, lib. V, núms. 40 a 46, Solórzano se pronuncia sobre si las penas de privación de oficios y salarios para los infractores se deben en conciencia y si pasa a los herederos la obligación de pagarlas; para

5) El problema de si los esponsales de futuro caen o no bajo la prohibición<sup>93</sup> le parece a Solórzano dudoso si se atiende solo al derecho común. Dos razones alega para ello: una es la diversidad de opiniones acerca de si los esponsales deben considerarse incluidos en la palabra «matrimonio»;<sup>94</sup> la otra es que, si bien un texto del Digesto exceptúa los esponsales de la prohibición, hay una ley del Código que pareciera haber corregido este criterio.<sup>95</sup> Respecto de esto último, ya hemos expresado nuestra idea de que no hubo tal modificación.<sup>96</sup> Con independencia de ello, miradas las cédulas del derecho municipal —que son, como dice Solórzano, «las que hoy debemos guardar y atender»—, no cabe duda de que los esponsales quedan comprendidos en la prohibición, al menos desde aquella cédula real de 1592 que, como hemos señalado antes, la extendió «aun a los que trataren o concertaren de casarse por palabras o promesa o escrito», donde es manifiesta la inclusión de los esponsales según la definición que da de ellos el derecho.<sup>97</sup> Una vez más hemos de hacer constar que la primacía que Solórzano concede aquí al derecho especial de las Indias sobre el derecho común debe ser entendida en el contexto de las relaciones *ius communeius proprium* que caracterizan el conjunto del sistema.<sup>98</sup> En particular, la prueba de que aquella primacía no supone en modo alguno la relegación de los conceptos, técnicas, criterios e instituciones del derecho común se encuentra, sin salir de la misma especie concreta de la que trata Solórzano, en la naturalidad con la que este acude a la definición romana de los esponsales, institución principal, por así decir, respecto de la cual solo se está discutiendo una cuestión adjetiva, la de si se incluyen o no en la prohibición de matrimonio.

Esto mismo prueba también la respuesta que Solórzano da al caso, no expreso en las leyes municipales, del individuo que es proveído oidor o gobernador de la provincia de donde es la mujer con la que previamente había celebrado esponsales. En efecto, la solución es la misma dispuesta en los textos romanos para idéntico caso (que no es otro que el de la *vetus sponsa*), a saber, la plena licitud del matrimonio que se celebra en cumplimiento de aquella promesa matrimonial.<sup>99</sup> En relación con el supuesto siguiente

---

la forma de concebir la prohibición de matrimonio y la explicación de sus efectos es muy interesante la afirmación de que esta y otras limitaciones impuestas por la legislación a los ministros de las Audiencias «son como leyes o condiciones del contrato con que se aceptan semejantes oficios»: Política Indiana cit., lib. V, cap. XI, núm. 46; cf. RÍPODAS ARDANAZ [61], p. 319; ID. [74], p. 395.

<sup>93</sup> SOLÓRZANO PEREYRA [1], lib. V, cap. IX, núms. 18 a 20.

<sup>94</sup> Sobre lo cual remite al cap. XXII, lib. III de su Política: véase ibi, núms. 14 y 33 ss., donde encontramos una nueva aplicación de la regla odia restringi (rectius: odia restringi, et favores convenit ampliari), en este caso acerca de si las esposas de futuro y de presente gozan de la sucesión en las encomiendas.

<sup>95</sup> Respectivamente D. 23.3.38 pr. y C. 5.2.1.

<sup>96</sup> Véase supra, nt. 38 y texto correspondiente.

<sup>97</sup> Solórzano cita aquí la definición de Florentino, 3 instit., D. 23.1.1: *Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum*.

<sup>98</sup> Cf. BARRIENTOS GRANDON [42], pp. 153 s., 156 s.

<sup>99</sup> SOLÓRZANO PEREYRA [1], lib. V, cap. IX, núm. 21; la solución romana que Solórzano acoge es la expresada por Paulo en D. 23.2.38.1.

—el del ministro que habiendo celebrado los esponsales fuera del territorio trae luego a él la esposa y allí celebra y consuma las nupcias—,<sup>100</sup> es interesante notar, desde el punto de vista metodológico, cómo argumenta Solórzano para llegar a exceptuarlo de la prohibición: i) reconoce, en primer lugar, que la hipótesis cae bajo la letra de las cédulas prohibitivas, pues en efecto no se puede negar que el matrimonio se ha celebrado dentro de la provincia; ii) en segundo lugar, sin embargo, constata que la mente y razón de estas normas, «que es la que más se debe atender»,<sup>101</sup> no puede extenderse al caso en cuestión, ya que en él no militan los motivos que llevaron a introducir la prohibición; iii) por último, aplicando las reglas y doctrinas relativas a otros supuestos semejantes,<sup>102</sup> se pronuncia por considerar que el matrimonio se ha celebrado más donde se concertó que donde se ejecutó. Es inevitable destacar la concomitancia parcial de este *iter* interpretativo con los métodos de la hermenéutica legal que desarrollaron los juristas romanos. Al igual que estos, Solórzano concibe la ley como un compuesto de dos elementos, los *verba* y la *sententia* (la mente y razón, como él expresa este segundo), y al igual que ellos considera que el elemento decisivo en la interpretación es la *sententia*, por lo que siendo el caso examinado uno de aquellos que caen dentro de los *verba*, pero fuera de la *sententia* de la norma, esta no le debe ser aplicada.<sup>103</sup>

Una lección similar encierra el último de los problemas que Solórzano aborda relativo a los esponsales. Se trata ahora de una práctica fraudulenta consistente en celebrar los esponsales con persona de la provincia, que después sale de ella para, pasado algún tiempo, celebrar allí el matrimonio con el propósito de aparentar que ya no se hizo en la provincia, y finalmente volverse a ella.<sup>104</sup> Llanamente declara Solórzano que «todo esto se presume ser hecho en fraude de la prohibición» y que por tanto se debe seguir lo que al respecto dice el derecho y muchos autores. Lo que dice el derecho se

<sup>100</sup> *Ibidem*, lib. V, cap. IX, núm. 22; a este supuesto se equipara el de los ministros que desposan a sus hijas con hombres de fuera de sus provincias, aunque estos vengan después a ellas para casarse y llevarse a sus mujeres: *ibidem*, núm. 23.

<sup>101</sup> Aquí cita Solórzano un texto clave en materia de interpretación de las leyes, D. 50.16.6.1, conforme al cual Verbum 'ex legibus' sic accipiendum est: tam ex legum sententia quam ex verbis; cf. TAU ANZOÁTEGUI [71], pp. 517 ss. Aunque entiende que estas uniones no alteran la recta administración de justicia en el respectivo territorio, FIGUEROA DE LA CERDA, *Tratado* cit., f. 19-20 v. (véase RÍPODAS ARDANAZ [61], p. 336 nt. 72) considera preferible en última instancia ceñirse al texto de la ley.

<sup>102</sup> D. 29.1.42, D. 48.5.24.4; el primer texto trata del testamento militar, el segundo se refiere a la *lex Iulia de adulteriis coercendis*.

<sup>103</sup> Véase sobre todo esto el magnífico libro de A. GUZMÁN BRITO, *Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano*, Santiago de Chile, 2000, pp. 168 ss., 178 ss.; en general sobre el uso de los *verba* y la *sententia* (o *ratio*) en la interpretación de la ley por los juristas de los siglos XVI y XVII, véase SCHRÖDER [90], pp. 56 s., 59-74.

<sup>104</sup> SOLÓRZANO PEREYRA [1], lib. V, cap. IX, núm. 24; en el núm. 25 se afirma que este engaño sucedía con frecuencia y se recuerda la suerte corrida por el oidor de la Audiencia de Lima don Manuel de Castro y Padilla, «a quien se imputó haberse valido de semejante cautela»; cf. RÍPODAS ARDANAZ [61], p. 338; DE LA PUENTE BRUNKE, «Los ministros de la Audiencia y la administración de justicia en Lima (1607-1615)», REHJ 23 (2001), p. 437.

concreta en los textos que él mismo cita sobre el fraude a la ley,<sup>105</sup> a los cuales añade la significativa advertencia de que trazas y malicias como las referidas no deben aprovechar ni «aunque sea en materias odiosas y penales». Esta nueva alusión a la regla *odia restringi* nos da la pista para penetrar en la entraña del pensamiento de Solórzano: lo que este nos está diciendo en el fondo es que el caso en cuestión queda fuera de los *verba* de la norma prohibitiva (de hecho el matrimonio se celebra fuera de la provincia), pero en cambio sí está comprendido en su *sententia*. Por eso, y por tratarse de un supuesto de fraude a la ley, no cabe acudir aquí a la regla *odia restringi*. Una vez más, el método interpretativo de Solórzano coincide con el de los juristas romanos, en esta ocasión por lo que respecta al modo de resolver los casos de fraude a la ley.<sup>106</sup>

6) El tema de las personas comprendidas en la prohibición comienza con la exposición de sus «*usualia*»<sup>107</sup> para ramificarse después en análisis particulares acerca de determinadas categorías de individuos de los que, principalmente en razón de su parentesco con los ministros a los que se refieren las reales cédulas, podría dudarse si caen o no bajo ella. En este sentido, el casuismo de Solórzano aparece en esta parte especialmente acentuado.

Inicialmente se recuerda la lista de funcionarios mencionados expresamente en las cédulas de 1575 y 1592, a todos los cuales, como también a sus hijos e hijas, se les prohíbe contraer matrimonio en la provincia mientras les dure el oficio en ella. De inmediato se advierte que en el derecho común el matrimonio de las hijas estaba excluido de la prohibición<sup>108</sup> y se discuten las razones por las que esto pudo ser así. En todo caso, la diferencia entre hijos e hijas fue suprimida por una Novela del emperador León<sup>109</sup> a quien siguió —dice Solórzano contra toda verosimilitud— la ley de Partidas, y a esta a su vez las cédulas de las Indias. Dado que en el matrimonio de las hijas concurren los mismos inconvenientes que en el de los hijos, Solórzano aplaude esta modificación y señala que, aunque la hija sea viuda, se la debe considerar comprendida igualmente en la prohibición;<sup>110</sup> tampoco cabe evadirse de ella diciendo que los hijos o hijas son emancipados, pues entonces sería muy fácil frustrarla recurriendo de intento a la emancipación.

<sup>105</sup>D. 1.3.30: *Fraus enim legi fit, ubi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit*, etcétera; C. 1.14.5 pr.: *Non dubium est in legem committere eum qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem: nec poenas insertas legibus evitabit, qui se contra iuris sententiam scaeva praerogativa verborum fraudulententer excusat*, etcétera; D. 49.14.40 pr.

<sup>106</sup>Véase de nuevo GUZMÁN BRITO [103], pp. 181 ss., 186 ss.

<sup>107</sup>SOLÓRZANO PEREYRA [1], lib. V, cap. IX, núms. 26 a 30.

<sup>108</sup>D. 23.2.38.2; al respecto decía MATIENZO [52], pars tertia, cap. 31, núm. 2, que en el caso de las hijas cesaba la presunción de violencia, «cum verisimile non sit velle patrem per vim filiam cuiquam obtrudere: ut sic non tam uxor quam concubina esset, neque unquam marito grata».

<sup>109</sup>Es la Novela 23; cf. supra nt. 49; nótese que, tal como Solórzano se expresa, es dudoso si considera que esta Novela forma parte del derecho común.

<sup>110</sup>«Pues militan en este caso las mismas razones, y la viudez de la hija no le quita al padre el amor ni le libra de los dichos nuevos parentescos e inconvenientes» (núm. 28), y cita en apoyo de esta afirmación varios textos y autores, entre ellos D. 23.2.18 y C. 5.4.7 y 18 pr.

Por último, aunque Solórzano lo aborda más tarde,<sup>111</sup> conviene traer aquí el problema de si se aplica o no la prohibición y su pena a los padres que no consienten en el casamiento de sus hijos o hijas. Contra el parecer favorable de Carrasco en su comentario a la *Nueva Recopilación*,<sup>112</sup> Solórzano piensa que la pena no se debe aplicar cuando consta que los hijos o hijas se casaron por su sola voluntad y contra la de sus padres o ignorándolo totalmente estos, ya que lo contrario sería castigar al padre inocente por el delito o el exceso del hijo.<sup>113</sup> Acoge, así pues, la solución que se desprende de las leyes del derecho común,<sup>114</sup> «con las cuales —dice— debemos entender que se quisieron conformar las municipales de nuestras Indias». Nuevamente hemos de ver en esta frase una declaración importante en el plano metodológico; la misma debe ser leída en el sentido de que la interpretación e inteligencia del *ius proprium* se debe apartar lo menos posible del *ius commune*.<sup>115</sup>

En cuanto a las categorías de parientes cuya inclusión en las cédulas reales analiza Solórzano, son en esquema las siguientes: a) hijos bastardos, naturales o en general ilegítimos; b) adoptivos y adrogados; c) antenados o entenados; d) hermanos y hermanas de los jueces; e) padres de los magistrados; f) nietos y nietas.<sup>116</sup>

- a) Aunque los bastardos, naturales y demás ilegítimos<sup>117</sup> no suelen ser comprendidos en el nombre de hijos, especialmente en materias odiosas, Solórzano se inclina por incluirlos en la prohibición de matrimonio. La razón es que las relaciones de afecto, respeto y piedad paterno-filial son con ellos las mismas que existen cuando se trata de hijos legítimos.<sup>118</sup>
- b) Menor es en cambio el amor y el afecto paternal hacia los adoptados y adrogados, y por otro lado, por la adopción ya no se adquiere la patria potestad<sup>119</sup> y la adrogación es poco usada; como consecuencia de todo ello entiende Solórzano que estas personas deben quedar excluidas de la prohibición.<sup>120</sup> Ahora

<sup>111</sup>SOLÓRZANO PEREYRA [1], lib. V, cap. IX, núms. 49 a 51.

<sup>112</sup>CARRASCO DEL SAZ [59], cap. 9, núm. 273: «Quod quidem durissimum censeo, si pater non consentiat, sed ita lex scripta [D. 40.9.12.1]»; véase *supra*, nt. 59.

<sup>113</sup>C. 9.47.22 y todo el título ne filius pro patre vel pater pro filio emancipato vel libertus pro patrono conveniatur, C. 4.13.

<sup>114</sup>Solórzano cita estos textos D. 23.2.57 pr., C. 5.2.1, C. 5.7.1, Nov. León 23, D. 23.1.7.1.

<sup>115</sup>Véase BARRIENTOS GRANDON [42], pp. 156 s.

<sup>116</sup>De los casamientos de los padres, nietos, entenados y hermanos de los ministros se ocupa FIGUEROA DE LA CERDA, *Tratado* cit., f. 55 v.-62 v., 79-80 v., 85-86, 92, 101 v.-104 (véase RÍPODAS ARDANAZ [61], p. 325 nt. 29); puesto que las cédulas prohibitivas (las de 1575 y 1582) hablaban en sus exposiciones de motivos genéricamente de «parientes y deudos» de los ministros, Figueroa se considera en la necesidad de advertir (f. 92-93 v., 101 v.; véase RÍPODAS ARDANAZ, pp. 324 s.) que «si el Rey quisiera que estas palabras puestas en el preámbulo fueran decisivas, qué cosa más fácil que poner semejantes en la decisión».

<sup>117</sup>SOLÓRZANO PEREYRA [1], lib. V, cap. IX, núms. 32 y 33.

<sup>118</sup>Solórzano cita varios textos en su apoyo: D. 48.2.12.4, D. 2.4.6 y especialmente C. 5.6.4, que castiga por igual al tutor tanto si casa a su pupila con su hijo natural como si la casa con su hijo legítimo.

<sup>119</sup>I. 1.11.2; Partida IV, tít. 7, ley 7, tít. XVI, ley 10.

<sup>120</sup>SOLÓRZANO PEREYRA [1], lib. V, cap. IX, núms. 33 y 34.

bien, puesto que la adopción no supone la pérdida de la patria potestad ni mucho menos la cancelación de los lazos afectivos, el ministro que hubiese dado su hijo o hija en adopción a otra persona y los casare o consintiere casar dentro de la provincia sí que incurriría en ella.<sup>121</sup>

- c) En el caso de los antenados de los ministros (esto es, de los hijos de sus mujeres a los que tienen y crían en su casa),<sup>122</sup> orilladas las razones de la unidad de vida y el afecto,<sup>123</sup> y alegando una vez más la naturaleza odiosa y penal de la prohibición, Solórzano se pronuncia por una interpretación de esta tan restrictiva como permita «la razón y bien fundada jurisprudencia». Máxime teniendo en cuenta que los antenados no han sido nunca comprendidos en el nombre de hijos por las leyes reales.<sup>124</sup>
- d) y e) Excluidos quedan también tanto los hermanos y hermanas como los padres de los ministros desde el momento en que la ley, pudiendo haberlo hecho, no los menciona.<sup>125</sup> Respecto de los padres de los magistrados, Solórzano señala específicamente que no se hallan «expresados en las palabras de la ley» ni «tampoco se pueden tener por comprendidos en su disposición»,<sup>126</sup> por lo que deben quedar «a lo regular del derecho común». Con el término «disposición de la ley» Solórzano se refiere aquí a lo que los juristas romanos denominaban voluntad (*voluntas*) o «querer» (*velle*) de las normas, esto es, a la prescripción o parte imperativa de las mismas. En cambio, la *ratio* o *sententia* es el elemento legal que parece aludido en la inmediata precisión de que en los padres cesa la razón principal en que se funda la prohibición, razón que no sería otra, en la especie concreta, que la sospecha de que los matrimonios de aquellos pudieran haber sido forzados y violentados por sus hijos ministros. En todo caso, puesto que el resultado no difiere ya se interprete la norma atendiendo a su *sententia* ya se la interprete atendiendo a su *voluntas* o prescripción,<sup>127</sup> la conclusión a la que se llega es, en definitiva, que no puede imponerse ninguna pena a los hijos aunque se pruebe que tuvieron intervención en los casamientos de sus padres.<sup>128</sup>

<sup>121</sup>A este respecto recuerda Solórzano el caso análogo del tutor que casa a la pupila con sus hijos: D. 23.2.60.7; cf. D. 23.2.59.

<sup>122</sup>SOLÓRZANO PEREYRA [1], lib. V, cap. IX, núms. 35 a 37.

<sup>123</sup>Según las dan a entender textos como D. 23.2.1, D. 25.2.1 y C. 9.32.4, todos los cuales insisten en la idea del matrimonio como *consortium* o *societas vitae*.

<sup>124</sup>*Nueva Recopilación*, lib. II, tít. V, ley 19 y lib. 4, tít. XXV, ley 7.

<sup>125</sup>SOLÓRZANO PEREYRA [1], lib. V, cap. IX, núm. 38 (hermanos y hermanas), núms. 39 a 41 (padres); en relación con la exclusión de los hermanos y hermanas Solórzano cita en su apoyo D. 47.10.15.25-26, D. 37.5.3.1 y GREGORIO LÓPEZ, glo. E todo su linage para siempre in *Partida* II, tít. XIII, ley 6.

<sup>126</sup>Según la doctrina que se desprende de D. 24.3.64.9 y D. 28.2.10.

<sup>127</sup>Se trata de dos maneras diferentes de llegar a una misma conclusión: véase GUZMÁN BRITO [103], pp. 227 ss.

<sup>128</sup>Solórzano cita aquí D. 23.2.44.1 como «un elegante texto que alude a este caso»; la relación, sin embargo, dista de estar clara.

- f) Al menos en el plano teórico, el supuesto más difícil y conflictivo parece haber sido el de los nietos y nietas de los magistrados.<sup>129</sup> Por esta razón puede ser útil considerar con un poco más de detenimiento los argumentos que maneja Solórzano, que al cabo, al final de su análisis, concluye que lo mejor es consultar al Consejo de Indias cada caso que se plantee.

Las dudas que dificultan una clara resolución del asunto nacen de la ponderada valoración de las razones contrarias y favorables a la inclusión de aquellas personas en la prohibición de matrimonio. En contra de la inclusión recuerda Solórzano que las cédulas reales no mencionan más que los hijos e hijas de los ministros, sin añadir los nietos y nietas, y que «en lo penal, odioso o prohibitorio» la *communis opinio* considera que en el nombre de hijos no se comprenden los nietos,<sup>130</sup> por lo que, siendo el caso dudoso, el derecho enseña que hay que atenerse estrictamente a las palabras de la ley.<sup>131</sup> Sin embargo, este razonamiento choca con un obstáculo derivado del propio derecho común, y es que en la prohibición de casamiento entre los tutores y sus pupilas se comprendían no solo los hijos de aquellos, sino también los nietos aun a pesar de que la norma solo hablaba de los primeros,<sup>132</sup> y la misma extensión de hijos a nietos puede observarse en otra serie de casos.<sup>133</sup> Refuerza todavía este argumento la opinión de algunos que piensan que «la razón del amor y potestad paternal», causa de la prohibición, se da en los nietos igual que en los hijos, lo que invita a tener en cuenta aquel aforismo según el cual «adonde no se puede dar diversa razón, tampoco se puede ni debe inducir diverso derecho».<sup>134</sup>

Si a estas alturas del análisis la balanza parece inclinarse hacia la inclusión de los nietos en la prohibición, muy pronto la equilibra Solórzano con otra batería de razonamientos que vuelve a dejar el asunto en la duda y la indefinición inicial. Así, señala en primer término que, al ser fruto de la interpretación más que de la propia significación del término «hijos», la extensión de hijos a nietos no siempre se admite; después, que en las materias penales y prohibitorias no suele valer el argumento de la identidad o la mayoría de razón, en otros términos, que en materias de este tipo se suele excluir

<sup>129</sup>SOLÓRZANO PEREYRA [1], lib. V, cap. IX, núms. 42 a 48.

<sup>130</sup>Entre otras autoridades, GREGORIO LÓPEZ, glo. Nin sus herederos in Partida V, tít. V, ley 43; olvida sin embargo Solórzano que en una de las constituciones imperiales del siglo IV de las que se ha servido con anterioridad sí son mencionados los nietos: C. 5.2.1.1.

<sup>131</sup>D. 14.1.1.20: *in re igitur dubia melius est verbis edicti servire*; D. 3.5.3.1, que también cita Solórzano, en verdad no parece ofrecer mucho apoyo para esta idea: *Haec verba 'si quis' sic sunt accipienda 'sive quae'*, etcétera.

<sup>132</sup>D. 23.2.59.

<sup>133</sup>D. 50.16.84, 201 y 220; quizás habría podido advertir Solórzano que estos textos no tratan exactamente de materias penales, odiosas o prohibitorias.

<sup>134</sup>D. 9.2.32 pr., D. 28.3.3 pr., D. 50.16.150. El argumento o *locus a simili*, muy utilizado por los intérpretes (Cf. SCHRÖDER [90], pp. 42 ss.), se plasma en efecto en la máxima *ubi est eadem ratio, ibi idem ius o ubi militat eadem ratio, idem ius statui debet*; sobre el concepto de *ratio legis* en los juristas romanos, véase GUZMÁN BRITO [103], pp. 207 ss., 215 ss., y 275 s. concretamente sobre D. 9.2.32 pr.

la extensión por analogía; en tercer lugar, que en realidad la razón del afecto es más fuerte o mayor en el caso de los hijos que en el de los nietos;<sup>135</sup> y por último (y esto es seguramente lo más interesante desde el punto de vista jurídico), que la *ratio* en la que se funda la extensión de la prohibición de matrimonio entre el hijo del tutor y la pupila al nieto de aquel<sup>136</sup> no es aplicable al caso de que tratamos. Si se observa con atención el *iter* argumentativo seguido por Solórzano en esta parte, cabe notar quizás una cierta circularidad, ya que primero siembra la duda sobre la aplicabilidad de la analogía en materia penal y prohibitoria, considerada esta en general, y luego viene a negar explícitamente la identidad de razón que hubiera podido justificar, ya en el caso concreto, un procedimiento interpretativo de esta naturaleza.

Para acabar este análisis copiemos las palabras con las que Solórzano expresa su conclusión (tan poco decisiva en verdad) sobre este punto: «Porque, en efecto, esta cuestión de si y cuándo los nietos vienen y se comprenden debajo del nombre de hijos, toda pende de estado conjetural<sup>137</sup> y, según los que mejor sienten, se remite por esto al prudente arbitrio y deliberación del que la hubiere de juzgar».

7) Una diferencia entre las cédulas del derecho municipal de las Indias y las leyes del derecho común y del reino se encuentra, según el parecer de Solórzano, en la circunstancia de que aquellas castigan tanto el «afecto» como el «efecto», pues sus penas se imponen no solo a los que efectivamente se casan sino también a los «que trataren o contrataren de casarse».<sup>138</sup> Por otro lado, esta frase de la cédula de 1592<sup>139</sup> debe entenderse no de los que simplemente lo piensan, hablan o tratan de forma poco seria y deliberada,<sup>140</sup> sino de aquellos que, por poner mucho empeño en los tratos y contratos relativos al matrimonio, vienen a hallarse de hecho en la misma enmarañada situación que si se hubieran casado. Añade Solórzano la advertencia de que las palabras empleadas en la cédula examinada —«tratarse o contratarse»— no son meramente sinónimas

<sup>135</sup>D. 50.16.220.3.

<sup>136</sup>*Ratio* que Solórzano, basándose entre otras autoridades en la glosa y el comentario de Antonio Fabro a D. 23.2.59, identifica certeramente con el propósito de impedir que se usurpe y oculte el patrimonio de la pupila y se dificulte la rendición de cuentas de la tutela; cf. M. BUENO SALINAS, «Fraus legi: un estudio sobre D. 1.3.29 (Paul. ad leg. Cin.)», SDHI 62 (1996) pp. 166 ss., con cita de las fuentes correspondientes.

<sup>137</sup>¿Una posible alusión a la conjetura como concepto retórico para indicar que se trata siempre de una cuestión de hecho en la que no cabe una solución unívoca y general?

<sup>138</sup>SOLÓRZANO PEREYRA [1], lib. V, cap. IX, núms. 54 a 56. Se trata, por tanto, de un supuesto de aplicación de la regla *affectus punitur, etsi non sequatur effectus*, la misma a la que Azón acudía en su explicación de C. 5.7.1 pr.: véase *supra*, nt. 36.

<sup>139</sup>Véase *supra*, nt. 66; *Recopilación de las Leyes de Indias*, lib. II, tít. XVI, ley 84; cf. RÍPODAS ARDANAZ [61], pp. 326 s.

<sup>140</sup>Solórzano cita aquí principalmente la regla de D. 48.19.18: *Cogitationis poenam nemo patitur*; también D. 2.2.1.2. Decía FIGUEROA DE LA CERDA, *Tratado* cit., f. 118-119 (véase RÍPODAS ARDANAZ [61], p. 327 nt. 36), que el «simple conato o intención o pensamiento» no es castigado en el fuero externo «y muchas veces ni en el interior».

sino que deben ser entendidas expositiva o conjuntivamente,<sup>141</sup> así como también una explicación del significado propio y la diferencia de las palabras «tratar o tratado» y «contrato».

No parece plenamente perspicaz el discurso solorzano en esta cuestión de los «tratos y los contratos». Por un lado, porque, según al menos mi propia interpretación, las leyes del derecho común sí habían llegado a penar algo de lo que Solórzano llama el «afecto», además del «efecto»; es decir, la tentativa o conato de matrimonio.<sup>142</sup> Y por otro, porque la diferencia con el derecho común no residía tanto en esto cuanto, específicamente, en el tratamiento de los esponsales de futuro, permitidos por las leyes romanas y prohibidos, en cambio, por las leyes de Indias al caer sin ninguna duda bajo la letra de la real cédula de 1592.<sup>143</sup>

8) Un último aspecto del tema preocupa a Solórzano antes de pasar a tratar de lo relativo a la aplicación práctica de las leyes prohibitorias, el de si afecta la prohibición pasivamente a los que fueron vecinos, domiciliarios, naturales u originarios de la ciudad o provincia, pero consta que la han abandonado ya definitivamente al tiempo en que el ministro trata de su casamiento o del de sus hijos o hijas.<sup>144</sup> Con su método habitual, expone primeramente las razones en las que podría fundarse la extensión de la norma prohibitiva a dichas personas.

Y así señala que, según el derecho, el lugar de origen y nacimiento prevalece por encima del lugar de residencia o habitación,<sup>145</sup> razón por la cual los nacidos en un determinado distrito siguen siendo considerados de él aunque lo hayan abandonado; y puesto que lo que prohíben las cédulas es casar en el propio distrito, parece llano a primera vista que se les deben aplicar. A ello se añade la alta probabilidad de que los que se fueron hayan dejado en su tierra de origen parientes, bienes e intereses con los que podría enredarse el ministro en la libre administración de justicia.<sup>146</sup> Finalmente, la propia regla transmitida por Paulo<sup>147</sup> es clara en el sentido de que el que ejerce algún

<sup>141</sup> Cf. D. 50.16.53 pr., y sobre este texto, GUZMÁN BRITO [103], pp. 336 s.

<sup>142</sup> Véase *supra*, en nt. 36, mi interpretación de la frase licet prohibitas nuptias non peregerit, attamen pro tale conamine... de C. 5.7.1 pr. No obstante, no debe olvidarse la explicación de Solórzano en el sentido de que «tratar o tratado» significa «una como perfecta conformidad para contraer» y «contrato» denota «tener ya perfeccionado y consumado lo que había tratado antes» (núm. 55), mientras que lo que se castigaba en C. 5.7.1 pr. parece haber sido el intento fallido de forzar el matrimonio con la mujer provincial; en cualquier caso, según advertencia de RÍPODAS ARDANAZ [61], pp. 331 ss., la salvaguardia del libre consentimiento matrimonial era un motivo muy poco presente en la praxis indiana.

<sup>143</sup> Esto último lo afirma el propio Solórzano: véase *supra*, nt. 97 y texto correspondiente; para las leyes romanas, véase *supra*, nt. 38 y texto correspondiente.

<sup>144</sup> SOLÓRZANO PEREYRA [1], lib. V, cap. IX, núms. 57 a 68; *Recopilación de las Leyes de Indias*, lib. II, tít. XVI, leyes 86 y 87; véase RÍPODAS ARDANAZ [61], p. 339; GONZÁLEZ LIZAMA y CASTELLETTI FONT [61], pp. 180 ss.

<sup>145</sup> C. 10.39.3 *cum aliis* del mismo título; *Partidas* II, tít. XX, ley 1, III, tít. II, ley 32, IV, tít. XXIV, ley 2.

<sup>146</sup> Por este motivo prohíbe el derecho común y del reino que nadie pueda ser juez en el lugar de donde es natural: C. 1.40.15(14), *Nueva Recopilación*, lib. III, tít. VI, ley 4.

<sup>147</sup> D. 23.2.38.

oficio en la provincia no se puede casar con mujer natural de ella o que tenga allí por entonces su domicilio, «juntando, como parece, estos dos casos y haciéndolos iguales en la disposición como lo eran en la razón».<sup>148</sup>

Por lo que respecta a los argumentos contrarios, subraya Solórzano que, al margen de lo dispuesto en las leyes del derecho común, las municipales de Indias literalmente prohíben que los ministros «No casen ni traten de casar, ni sus hijos é hijas, en el distrito de las Audiencias donde administran». De esta manera, supuesto que el casamiento no se realiza en el distrito, aunque se haga con mujer, nuera o yerno originarios de él o que en otro tiempo residieron en él, parece que este caso no debe considerarse incluido en la prohibición. Favorecen esta provisional conclusión las reglas interpretativas que enseñan que «a quien no se adaptan las palabras de la ley no le comprende su disposición»,<sup>149</sup> que se debe tener por lícito y permitido todo aquello que no se encuentra expresa y especialmente prohibido, máxime en lo que es de carácter odioso y penal,<sup>150</sup> y que las leyes que contienen materias estatutarias se deben considerar restringidas a las personas y cosas situadas en el territorio para el que se hacen.<sup>151</sup>

Al final Solórzano recomienda «hacer distinción», es decir, valorar las características particulares con que se presenta cada caso como modo de determinar si la ausencia o mudanza fue definitiva<sup>152</sup> o bien si, por el contrario, es sospechosa de haberse realizado simuladamente para eludir la prohibición, sospecha ante la cual se inclina por abstenerse del matrimonio deseado si no se ha obtenido antes la licencia real.

9) Los últimos párrafos del capítulo sobre la prohibición de los casamientos de los ministros indianos se ocupan de lo tocante a la puesta en práctica de las leyes que la establecen.<sup>153</sup> A modo de simple resumen, puesto que no me voy a ocupar en detalle de ello, me limito a destacar los aspectos siguientes: la contravención de las cédulas

<sup>148</sup>Nueva aplicación de la regla *ubi est eadem ratio, ibi idem ius*; véase *supra*, nt. 134.

<sup>149</sup>D. 39.2.4.6; según parece, el supuesto sería de aquellos que quedan fuera de los verba y fuera de la sentencia (la prescripción), y por lo tanto de aquellos en los que la interpretación es puramente declarativa: Cf. GUZMÁN BRITO [103], pp. 188 ss.

<sup>150</sup>D. 4.6.28.2, cf. D. 4.6.1.1. La regla invocada aquí reza así: *Permissum id esse intelligitur, quod non prohibetur*.

<sup>151</sup>Statuta stricte sunt interpretanda; cf. F. WIEACKER, *História do direito privado moderno 2*, Lisboa, 1993, pp. 81, 145; H. COING, *Derecho privado europeo I. Derecho común más antiguo (1500-1800)*, Madrid, 1996, pp. 146 s.; otra regla aplicable al caso dice así: *ius speciale in consequentiam non trahendum*.

<sup>152</sup>La mudanza de domicilio se puede considerar definitiva cuando han pasado al menos diez años, se hizo con ánimo de permanecer en la nueva provincia y no en contemplación de la posibilidad de un matrimonio cercano; entonces, dice Solórzano, cesan las razones de la prohibición (*cessante ratione legis cessat lex ipsa, cessante causa prohibitionis cessat prohibitio*: Cf. SCHRÖDER [90], pp. 64 s.); el mismo criterio parece haber seguido en su Tratado Figueroa de la Cerda (véase RÍPODAS ARDANAZ [61], p. 339). En cuanto al indicado plazo de diez años, se debe a que el domicilio se adquiere por el transcurso de dicho lapso: C. 10.40.7 (mejor C. 10.40.2), Partidas III, tít. II, ley 32, vers. «La setena», IV, tít. XXIV, ley 2 *in fine*.

<sup>153</sup>SOLÓRZANO PEREYRA [1], lib. V, cap. IX, núms. 69 a 74; *Recopilación de las leyes de Indias*, lib. II, tít. XVI, leyes 86 y 87; véase RÍPODAS ARDANAZ [61], pp. 329 s.

reales y la imposición de sus penas es competencia, en general, de los virreyes y presidentes de las Audiencias;<sup>154</sup> Solórzano explica la forma en la que deben proceder estas autoridades según el punto de la contravención conste notoriamente o no esté muy claro ni suficientemente probado; señala también que la sentencia condenatoria se retrotrae al día de la contravención, pudiéndose defender que desde ese mismo día al infractor le cesan los salarios de su plaza y tiene obligación de restituirlos en ambos fueros;<sup>155</sup> la apelación, en fin, solo tiene efecto devolutivo y no impide la inmediata ejecución. En cuanto a las prohibiciones que afectan a los oficiales de la Real Hacienda y a los contadores mayores, su tratamiento es remitido a otros capítulos.

## 5. CONCLUSIONES

Del estudio realizado se pueden extraer dos órdenes de conclusiones.

### 5.1 Con respecto al derecho romano

Por lo que respecta al derecho romano, las más sobresalientes son la nulidad o inexistencia jurídica del matrimonio *contra mandata* en la época clásica y su mera prohibición y consiguiente penalización —pero no nulidad en principio— en la época postclásico-justiniana. Por otro lado, la *ratio* de la prohibición se concreta en toda época en la protección de la libertad matrimonial de las mujeres provinciales y sus familias; aunque las fuentes no lo hagan explícito, a esta primera finalidad cabe añadir razonablemente un motivo político consistente en salvaguardar la independencia e imparcialidad de los funcionarios frente a los intereses locales. Importa destacar asimismo que la extensión de la prohibición al matrimonio de las hijas de los funcionarios no es fruto de las leyes romanas sino de la Novela 23 del emperador bizantino León IV el Sabio.

### 5.2 Con respecto a su recepción

De mayor alcance probablemente son los resultados concernientes al tema genérico de la recepción del derecho romano en el tema concreto que nos ha venido ocupando. Resultados, por cierto, que conviene clasificar a su vez en dos apartados distintos, ya que unos se refieren al grado de semejanza de la legislación castellano-indiana con el régimen romano de la prohibición de matrimonio de los funcionarios en las provincias y otros tienen que ver con las doctrinas y técnicas interpretativas que los juristas hispano-indianos adoptaron en el marco del *ius commune* romano-canónico.<sup>156</sup>

<sup>154</sup> Si el propio virrey incurriera en la prohibición, la Audiencia debe dar cuenta al Consejo.

<sup>155</sup> AVENDAÑO [75], tom. 1, tít. 4, cap. 16, núm 137, defiende lo contrario, dado que el trabajo del ministro infractor ha seguido siendo útil y en la prohibición no se expresa la obligación de restituir; según FIGUEROA DE LA CERDA, *Tratado* cit. (véase RÍPODAS ARDANAZ [61], p. 330 nt. 52), los ministros que incurrían en la prohibición no están obligados a restituir sino desde la sentencia de condena.

<sup>156</sup> Cf. sobre esto SCHRÖDER [90], p. 54.

Comenzando por estos últimos resultados —sin duda los más interesantes—, podemos reunir en un primer grupo aquellas manifestaciones explícitas con las que Solórzano nos recuerda algunos de los criterios fundamentales de coordinación de los diferentes ordenamientos que coexistían en el interior del *ius commune* de su época, en la medida en que era concebido como un sistema unitario.

Así, en primerísimo término, la mención de los «infinitos textos del derecho común y de nuestro reino» en los que se funda la prohibición, especie de advertencia preliminar acerca del basamento último al que será necesario acudir, por ejemplo, ante un caso no expreso en las leyes municipales que integran el *ius proprium* de las Indias, y al que asimismo se deberá plegar con carácter general la interpretación de estas leyes.

En segundo lugar, y precisamente, los ejemplos concretos de lo que se acaba de señalar. O sea, un ejemplo de recepción directa y precisa de la solución del derecho común (*scil.*, de la solución romana) para un caso no específicamente previsto en las cédulas municipales —el de la *vetus sponsa*—, y un ejemplo de explicación del *ius proprium* a la luz del derecho común: «las leyes del derecho común, con las cuales debemos entender que se quisieron conformar las municipales de nuestras Indias».

Por último, el reconocimiento de la primacía de las cédulas del derecho municipal, en cuanto derecho especial de las Indias, sobre las leyes del derecho común:<sup>157</sup> «Pero miradas las cédulas que deo citadas, que son las que hoy debemos guardar y atender...»; «Pero en contrario [de lo dispuesto por las leyes del derecho común], las municipales de que tratamos solo prohiben...»; primacía, en todo caso, que no debe ser entendida como entera desvinculación del *ius commune* sino como principio de articulación de diversos conjuntos normativos que funciona en el marco conceptual y dogmático proporcionado por él.<sup>158</sup>

Un segundo grupo debe abarcar los ejemplos de utilización de *regulae iuris* de las que constantemente se sirve Solórzano para solucionar diferentes problemas de interpretación de las normas legales.

A la regla romano-canónica *odia restringi (odia restringi, et favores convenit ampliari)*<sup>159</sup> acude en una variedad de supuestos: i) para explicar la exclusión de la prohibición del concubinato con mujeres naturales de las ciudades y las provincias en las que

<sup>157</sup> Cf. D. 48.19.41 y D. 50.17.80.

<sup>158</sup> Refiriéndose concretamente a la *Política Indiana*, GUZMÁN BRITO, «Sobre la historia de las nociones de derecho común y derecho propio», prólogo al libro de B. Bravo Lira cit. supra, nt., p. XXXIII, señala que «el derecho romano está ahí presente en la sustancia misma de la elaboración y construcción dogmáticas, desde la primera hasta la última de sus páginas». Téngase en cuenta, por lo demás, que las leyes municipales, conceptuadas como *statuta*, eran objeto de interpretación restrictiva

<sup>159</sup> Cuyo origen se encuentra en la glosa a D. 18.7.7, *ibi glo.* Adfici: «item no. favorem ampliari, odium restringi»; véase también *glo. Adiuvandae* en D. 28.2.19; cf. R. DOMINGO y B. RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, *Reglas jurídicas y aforismos*, Pamplona, 2000, p. 53 (núm. 200), y BRAVO LIRA [90], p. 85, que la dan como regla de origen canónico; G. PEREIRA-MENAUT, *Topica. Principios de derecho y máximas jurídicas latinas*, Santiago de Compostela, 2001, p. 153 (núm. 355).

los funcionarios romanos ejercían sus oficios, no obstante concurrir en las concubinas «las mismas o mayores razones» que en las mujeres legítimas; ii) para excluir de la prohibición a los antenados de los ministros indianos; iii) en la discusión acerca de si se incluyen en ella los nietos y nietas de los ministros; iv) para descartar, en un caso de fraude a la ley, que el culpable se pueda beneficiar de la aplicación de la regla; etcétera.

La regla *ubi est eadem ratio, ibi idem ius* (o *ubi eadem est legis ratio, eadem et legis dispositio esse debet*),<sup>160</sup> expresión del locus a simili y fundamento de la interpretación analógica, es utilizada en la discusión de otra serie de puntos concretos: i) a favor y en contra de la inclusión de los nietos y nietas en la prohibición; ii) acerca de la extensión pasiva de la misma a los naturales que se ausentaron definitivamente de la provincia o el distrito; iii) implícitamente, en la defensa de la inclusión del matrimonio de las hijas en la prohibición.

La máxima *affectus punitur, etsi non sequatur effectus*<sup>161</sup> le sirve para explicar aquella disposición de la cédula real de 1592 que impone penas no solo a los que se casan sino a los que «trataren o contrataren de casarse». A la vez, sin embargo, el alcance de esta frase y disposición es limitado mediante el recurso a la regla romana *cogitationis poenam nemo patitur*.<sup>162</sup>

Un cúmulo de reglas intervienen, en fin, implícita o explícitamente, en la discusión y resolución del punto relativo a si la prohibición debe afectar pasivamente a los vecinos y naturales que han abandonado definitivamente la ciudad o provincia al tiempo en que el ministro trata de su casamiento o del de sus hijos o hijas: aparte de la regla *ubi est eadem ratio, ibi idem ius*, ya mencionada, ahí se utiliza la idea o principio de que «a quien no se adaptan las palabras de la ley no le comprende su disposición», y en conexión con ella y con la regla *odia restringi*, la regla *permissum id esse intelligitur, quod non prohibetur*,<sup>163</sup> la regla *statuta stricte sunt interpretanda* y la regla *cessante ratione legis cessat lex ipsa*.<sup>164</sup>

Todas estas reglas hermenéuticas, y muchas otras que Solórzano no tuvo necesidad de utilizar en el capítulo de su Política estudiado aquí, se relacionan con una concepción de la ley como compuesto de *verba* y *sententia*<sup>165</sup> —con primacía de la segunda— que hunde sus raíces en las doctrinas interpretativas de los juristas romanos. Concepción de la que, como hemos podido ver, el propio Solórzano se sirve en

<sup>160</sup>Véase glo. Aestimari in D. 9.2.32 pr.: «not. quod ubi est eadem ratio, et idem ius»; cf. DOMINGO y RODRÍGUEZ-ANTOLÍN [159], p. 130 (núm. 660); PEREIRA-MENAUT [159], p. 341 (núm. 1007).

<sup>161</sup>Véase *inter alia* glo. *Attentatum* in C. 1.14.15 (16) y glo. *Sed attentare* in C. 1.3.5; cf. PEREIRA-MENAUT [159], p. 66 (núm. 46).

<sup>162</sup>D. 48.19.18.

<sup>163</sup>*Cum a lege specialiter non prohibetur permittitur tacite*; véase DOMINGO y RODRÍGUEZ-ANTOLÍN [159], p. 102 (núm. 491).

<sup>164</sup>Véase glo. *Non cohaeret in D. 35.1.72.6*: «scilicet ut ea cessante cesset legatus: secus autem est in ratione legis. nam ea coheret in tantum, ut ea cessante cesset lex»; cf. DOMINGO y RODRÍGUEZ-ANTOLÍN [159], p. 32 (núm. 75); PEREIRA-MENAUT [159], p. 87 (núm. 127); me parece discutible la relación de esta regla con la desuetudo que en ambas obras se indica.

<sup>165</sup>O de *verba, sententia* (o *ratio*) y *voluntas* (prescripción o disposición).

las páginas estudiadas en más de una ocasión: i) en la argumentación que conduce a excluir de la prohibición de matrimonio un supuesto de esponsales que, aunque cae dentro de los verba de la norma prohibitiva, queda fuera de su *sententia*; ii) en el análisis de un supuesto de fraude a la ley, asimismo en materia de esponsales, como caso que cae fuera de los verba pero dentro de la *sententia*; iii) para excluir de la prohibición el matrimonio de los padres de los ministros al tratarse de un supuesto que cae fuera tanto de los *verba* como de la *ratio* o *sententia*, por lo que la disposición de la norma (*voluntas*) tampoco se le debe aplicar; iv) en la consideración del matrimonio con un antiguo natural o residente en el distrito como un supuesto que cae fuera de los verba y por tanto de la prescripción o disposición (*voluntas*).

Ensayamos ahora una síntesis (prácticamente una simple enumeración) de las semejanzas y diferencias entre el régimen romano de la prohibición de matrimonio de los funcionarios en las provincias y la legislación castellano-indiana sobre la misma materia. Los principales puntos de coincidencia se refieren: (i) a los motivos en los que se funda la prohibición, concretados en la defensa de la libertad del consentimiento matrimonial y en la voluntad política de preservar la independencia e imparcialidad de los funcionarios y ministros frente a los intereses locales; (ii) a la limitación de la prohibición al tiempo que el funcionario o ministro permanece en el cargo; (iii) a la inclusión en ella del matrimonio de los funcionarios o ministros y del de sus hijos con mujer oriunda o domiciliada en la provincia o distrito; (iv) a la exclusión de la misma del matrimonio con la *vetus sponsa*; (v) a la inmunidad del funcionario o ministro que no interviene o consiente en el matrimonio de su hijo; y (vi) al carácter y significado de las penas que se imponen al infractor.

Dos aspectos más que conviene señalar son la admisión del concubinato con mujer natural de la ciudad o provincia y —limitadamente a la regulación postclásico-justiniana y a la regulación castellano-indiana— la separación de la nulidad del matrimonio prohibido respecto de la prohibición en sí misma considerada. Esto es, la idea de que la realización de un matrimonio prohibido es castigada, sí, con la imposición de las penas correspondientes, pero de la prohibición exclusivamente no se deriva la nulidad de aquel matrimonio.

Entre las diferencias figuran los puntos siguientes: (i) el tratamiento de los esponsales con mujer de la provincia o distrito, permitidos por el derecho romano y prohibidos en general por el derecho castellano-indiano; (ii) la extensión de la prohibición, en este mismo derecho, al matrimonio de las hijas de los ministros; y (iii) la posibilidad, igualmente en este derecho, de pedir y obtener la dispensa real de la prohibición.<sup>166</sup>

---

<sup>166</sup>Véase en todo caso *supra*, en nt. 50, la opinión de Robleda sobre la posibilidad de obtener en el derecho romano la dispensa imperial de la prohibición.