

**Terráneo, Sebastián**

*El proceso de nulidad matrimonial en el Derecho Canónico Indiano. Puntos de contacto con el motu proprio mitis iudex Dominus Iesus*

Anuario Argentino de Derecho Canónico, Vol XXII, 2016

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Terráneo, S. (2016). El proceso de nulidad matrimonial en el Derecho Canónico Indiano : puntos de contacto con el motu proprio mitis iudex Dominus Iesus [en línea]. *Anuario Argentino de Derecho Canónico*, 22.

Disponible en:

<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/proceso-nulidad-matrimonial-canónico-indiano.pdf> [Fecha de consulta:.....]

**EL PROCESO DE NULIDAD MATRIMONIAL  
EN EL DERECHO CANÓNICO INDIANO  
PUNTOS DE CONTACTO CON EL MOTU PROPRIO  
MITIS IUDEX DOMINUS IESUS<sup>1</sup>**

SEBASTIÁN TERRÁNEO

*SUMARIO: Introducción. 1. El Derecho Canónico Indiano. 2. Criterios fundamentales para la reforma del motu proprio Mitis iudex. 2.1 Organización de la justicia eclesiástica indiana. 2.1.1 Ministros de la audiencia episcopal. 2.1.1.1 El vicario general y provisor. 2.1.1.2 El vicario foráneo. 2.1.1.3 El asesor. 2.1.2 Promotor fiscal. 2.1.2.1 Competencias y deberes. 2.1.3 Notario. 2.1.4 El defensor del vínculo. 2.2.1 El proceso eclesiástico y el aporte indiano. 2.2.2 El juicio. 2.2.3 Desarrollo del proceso. 2.2.4 Algunos principios generales. 2.2.5 El libelo. 2.3 La apelación. 3. Palabras finales.*

*RESUMEN: En este artículo se realiza un estudio comparativo entre el proceso de nulidad matrimonial del Antiguo Régimen con las particularidades previstas por el Derecho Canónico Indiano y el Motu Proprio Mitis Iudex del Papa Francisco. A partir de la presentación de la organización judicial de la Iglesia indiana y del estudio de un caso concreto sustanciado ante la Audiencia del Obispado de Buenos Aires en la primera mitad de siglo XVII se establecen puntos de contacto entre ambas legislaciones procesales.*

*PALABRAS CLAVES: Justicia eclesiástica indiana – Nulidad matrimonial – Mitis iudex Dominus Iesus*

*ABSTRACT: In this article we propose a comparative study among the Ancient Regime's marriage nullment process, and the particularities taken into account in the Indian Canon Law and Pope Francis's motu proprio, Mitis Iudex. Parting from the judicial organization of the Indian Church, and the study of a case presented before*

1. Ponencia en el VII Coloquio sudamericano, Buenos Aires 26/07/2016.

*the Audience of Buenos Aires's Bishopric, in the first middle of the XVIIth century, common facts are established between both prodecursal legislations.*

*KEY WORDS: Ecclesiastical Indian Law - Marriage annulment - Mitis Iudex*

## INTRODUCCIÓN

No existe un derecho nacido de la nada y totalmente desvinculado del pasado, afirmación que resulta aún más necesaria para el ordenamiento jurídico del Pueblo de Dios. Todo orden legal recepciona en las sucesivas leyes que produce otros sistemas normativos de diversas tradiciones y orígenes incluyendo al mismo derecho que las nuevas normas van dejando en el pasado. Todo ello no excluye la innovación jurídica siempre necesaria y es precisamente de la conjunción entre la novedad y la asunción del pasado en que se cifra la continuidad y transformación de todo sistema legal<sup>2</sup>.

El *Motu proprio Mitis iudex* del Papa Francisco ofrece algunos criterios fundamentales que han guiado la reciente reforma del proceso de nulidad matrimonial. En esta comunicación quisiera hacer una presentación del proceso de nulidad matrimonial en el régimen del llamado Derecho Canónico indiano a partir de los principios que guiaron al actual Pontífice e intentar poner a la luz los puntos de contacto entre ambas legislaciones.

Antes de entrar en el tema central entiendo que considerando las particularidades del Derecho Canónico Indiano, circunscripto al ámbito americano, es necesario dedicar unas palabras introductorias sobre la naturaleza del mismo.

## I. EL DERECHO CANÓNICO INDIANO

La complejidad de situaciones que originó el descubrimiento, conquista y colonización de América hizo necesario a la Iglesia la creación de un derecho particular para legislar la nueva realidad con la que se encontró<sup>3</sup>. El Derecho Canónico de la Iglesia universal no se trasladó mecánicamente al Nuevo Mundo sino que

2. Cf. J. R. NARVÁEZ HERNÁNDEZ, *Recibir y concebir el derecho en la historia: una propuesta a la base de la función de la historia del derecho*, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* 7 (2003/2004) 6.

3. Cf. R. I. PEÑA, *Notas para un estudio del derecho canónico matrimonial indiano*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 6 (1970) 319.

fue ajustándose a la nueva realidad hasta adquirir su fisonomía propia<sup>4</sup>. Si bien desde un primer momento las normas canónicas universales representadas por el *Corpus Iuris Canonici*, las decisiones del Romano Pontífice como legislador universal y los concilios universales de modo especial el de Trento, se aplicaron en Indias intentando regir la vida de la Iglesia como lo hacían en Europa rápidamente la peculiaridad de las nuevas situaciones hizo necesario el surgimiento de este derecho particular<sup>5</sup>. Este derecho local no se limitó a copiar modelos ya existentes sino que desde el derecho vigente y de la experiencia indiana aportó una nueva riqueza a la legislación canónica<sup>6</sup>.

En el Derecho Canónico siempre se ha reconocido que las Iglesias locales pueden producir su propio derecho, es decir, un Derecho Canónico particular que en Indias tiene como génesis disposiciones o privilegios concedidos por los Papas, normas sancionadas por los obispos diocesanos, costumbres locales o bien legislación surgida de los concilios provinciales o de los sínodos diocesanos. Este Derecho particular nacido en el Nuevo Continente estaba integrado por un conjunto de normas aplicables a toda la Iglesia en Indias y, al mismo tiempo, por otras disposiciones que regían solo en alguna provincia eclesiástica o diócesis presentando las notas características de Indias, en modo especial, señalado por la obra evangelizadora que se realizaba con los naturales de América<sup>7</sup>. Tal coyuntura es la justificación misma de la existencia del Derecho Canónico Indiano. Las circunstancias especiales de la Iglesia indiana hacían necesario la adaptación del Derecho común<sup>8</sup> generando un propio derecho que sin constituir un derecho diverso al universal, por el contrario, manteniéndose en perfecta sintonía con el mismo presenta notas propias con el objeto de alcanzar el fin propio del Derecho

4. Cf. J. TRASLOSHEROS, *El Derecho Canónico de la Provincia Eclesiástica de México en la Nueva España. Una herencia por explorar*, en AA. VV., *Derecho, política y sociedad en Nueva España a la luz del Tercer Concilio Provincial Mexicano (1585)* (A. LIRA GONZÁLEZ, A. CARRILLO CÁZARES, CLAUDIA FERREIRA ASCENCIO, ED.), México 2013, pág. 111.

5. Para la realidad de la Iglesia indiana en la provincia eclesiástica de México se ha señalado la presencia de cinco cuerpos jurídicos, fácilmente individualizables y conexos, que regían a esa unidad eclesiástica. En primer lugar, el Derecho Canónico universal en esos siglos acompañado fuertemente por el Tridentino; segundo el creado por los concilios provinciales; el tercero el derecho producido por cada diócesis (sínodos, ordenanzas episcopales, libros de visita, libros parroquiales, disposiciones de los cabildos catedralicios, etc.); cuarto la normativa específica de las órdenes religiosas y quinto la normativa de las corporaciones de la feligresía. Cf. J. TRASLOSHEROS, *El Derecho Canónico de la Provincia Eclesiástica de México en la Nueva España...*, págs. 120 - 121.

6. Cf. C. SALINAS ARANEDA, *Una aproximación al derecho canónico en perspectiva histórica*, en *Revista de Estudios Históricos- Jurídicos* 18 (1996) 331 - 332.

7. Cf. J. BARRIENTOS GRANDON, *Historia del Derecho indiano*, Roma 2000, pág. 371 - 372.

8. Cf. J. DONOSO, *Instituciones de Derecho Canónico Americano*, Valparaíso 1848, Tomo I, pág. VI.

Canónico, es decir, la salvación de la almas y juntamente con ello hacer realidad el ideal de justicia en la vida eclesiástica indiana.

El estudio del Derecho Canónico Indiano es reciente. Si bien, existen antecedentes de su estudio como disciplina universitaria en España a mediados del siglo pasado será a principios de la década de 1980 que distintos investigadores, sobre todo del ámbito secular, comienzan a profundizar sobre este derecho esencial para el conocimiento del mundo indiano y a partir de la reforma a los planes de estudios de las Facultades de Derecho Canónico dispuesto por la Congregación para la Educación Católica en el año 2002 en la Facultad de Derecho Canónico de la Pontificia Universidad Católica Argentina, de acuerdo con sus Reglamentos, se dicta un curso de Derecho Canónico Indiano como parte de la materia obligatoria Historia del Derecho Canónico y sus Fuentes<sup>9</sup> englobando la materia en el contexto general de la Historia del Derecho Canónico que dividida en tres partes la última de ellas está dedicada al Derecho Canónico Indiano.

Los avances científicos realizados en la materia permiten definir el Derecho Canónico Indiano como el derecho producido por la Iglesia universal o indiana para regir la vida de la Iglesia en Indias o una categoría de personas de esa Iglesia en el período que va desde el descubrimiento de América hasta el comienzo de las guerras de la independencia de los países hispanoamericanos en torno al año 1810<sup>10</sup>.

## **2. CRITERIOS FUNDAMENTALES PARA LA REFORMA DEL MOTU PROPRIO MITIS IUDEX**

El *motu proprio Mitis iudex* presenta ocho criterios fundamentales que han guiado la reforma procesal en materia matrimonial. Omitiendo el punto VI referido a las funciones de las conferencias episcopales y el VIII dirigido a la Iglesias orientales traeré a colación los restantes principios de acuerdo a un orden que intentaré sea sistemático en su desarrollo realizando un paralelo con la legislación canónica indiana.

9. Cf. PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA, *Reglamento Facultad de Derecho Canónico Santo Toribio de Mogrovejo*, art. 44.

10. Cf. N. DELLAFERRERA, *Lecciones de Historia del Derecho Canónico Indiano in usum scholarum*, Córdoba 2006, pág. 8; Cf. C. DÍAZ REMENTERÍA, *La formación y el concepto del Derecho Indiano* en I. SÁNCHEZ BELLA, A. DE LA HERA Y C REMENTERÍA, *Historia del Derecho Indiano*, Madrid 1992, págs. 37.

## 2.1 Organización de la justicia eclesiástica indiana<sup>11</sup>

Los criterios ofrecidos por el Papa contienen en los puntos II y III la posibilidad de un único juez en las causas matrimoniales bajo la responsabilidad del obispo y encomienda a éste el ejercicio activo la potestad jurisdiccional sin dejarla completamente delegada en los oficios de la curia. Estos criterios, referidos a la organización judicial, nos permiten introducir unas palabras sobre ésta, es decir, sobre organización forense de la Iglesia indiana.

Desde los albores de la evangelización, antes incluso de la aprobación definitiva del Concilio de Trento, las asambleas eclesiásticas indianas legislaron en materia de administración de justicia. Todas estas normas se fundan en un antiguo principio canónico que recoge el VI Concilio Provincial de Lima de 1772 (*Lib. II, Tít. I, Cap. Introductorio*) según el cual una de las principales funciones de los obispos es componer caritativamente los conflictos entre los fieles de modo que el empeño en litigar no enfríe la caridad<sup>12</sup>. Era, precisamente, el obispo el único juez en su diócesis y detentaba toda la potestad. El obispo indiano ejercerá su facultad judicial a través de la audiencia episcopal, único tribunal ordinario de su diócesis. El prelado diocesano gobernaba y administraba la audiencia; la disciplina y reglamentación estaban en sus manos. Era él quien designaba a sus oficiales sin intromisión de terceros<sup>13</sup>. Presidida, como se verá, por un provisor y vicario general cómo único juez, la audiencia episcopal administraba justicia en nombre del diocesano. La competencia del tribunal episcopal era amplísima y comprendía diversos supuestos como la defensa de la jurisdicción eclesiástica y la dignidad episcopal, la disciplina y justicia civil y penal ordinaria de las personas eclesiásticas, la persecución de delitos contra fe cometidos por indios, todo tipo de procesos vinculados con pecados públicos y escándalos perpetrados por españoles o indios, cuestiones vinculadas a los sacramentos, especialmente, al matrimonio, al cumplimiento de deberes de caridad con vivos y difuntos y conflictos relativos a los diezmos y otros derechos de la Iglesia<sup>14</sup>. En algunos supuestos, la justicia eclesiástica estaba facultada para intervenir en la esfera de los tribunales seculares puntualmente en los casos en que éstos actuasen con manifiesta “ausencia, negligencia o notoria injusticia”, en particular, si los perjudicados eran viudas,

11. S. TERRÁNEO, *El oficio de juez en la Iglesia indiana*, AADC 21 (2015) 358 – 361.

12. Cf. N. DELLAFERRERA, *El obispo, único juez en la diócesis*, en Cuadernos de Historia 9 (1999) 139.

13. Cf. N. DELLAFERRERA, *El obispo, único juez en la diócesis*,... 142.

14. Cf. J. TRASLOSHEROS, *Iglesia, justicia y sociedad en la Nueva España. La Audiencia del Arzobispado de México 1528 – 1668*, México 2004, pág. 44.

pobres, indios u otras personas miserables siempre con prudencia y sin perjudicar la jurisdicción real<sup>15</sup>.

En la realidad concreta, de acuerdo a las circunstancias particulares de cada diócesis, su respectivo tribunal alcanzaba un desarrollo y organización más o menos extensa. Así, el arzobispado de México en su estructura judicial además de la audiencia episcopal con las características que se vienen presentado, en el último tercio del siglo XVI contará con un juzgado de testamentos, capellanías y obras pías y, desde su segundo arzobispo Fray Alonso de Montúfar (1489 - 1572), dispone de una instancia judicial especializada en cuestiones de indios encabezada por un provisor de naturales aunque de facultades limitadas<sup>16</sup>. En cambio, por ejemplo, para la diócesis de Córdoba del Tucumán, en nuestro país, el personal que constituía el tribunal era exiguo. De los oficios enumerados en los aranceles de 1610 (?) y 1776, únicos conocidos hasta el presente, solo algunos aparecen en las actas judiciales<sup>17</sup>.

### 2.1.1 Ministros de la audiencia episcopal<sup>18</sup>

El tribunal eclesiástico, en su estructura básica y esencial, estaba constituido por el juez (provisor o vicarios foráneos), el promotor fiscal, los notarios y, desde 1741 con la bula *Dei miseratione* de Benedicto XIV, se agrega el defensor del vínculo. Según las circunstancias particulares de cada diócesis la audiencia podía ser auxiliada por otros ministros como el alguacil, el pregonero, el verdugo, el intérprete, etc. además de los abogados y procuradores que asistían a las partes. A continuación, me referiré exclusivamente a los ministros que constituían el tribunal en sentido estricto, es decir, el juez, el promotor fiscal o defensor del vínculo y el notario.

#### 2.1.1.1 *El vicario general y provisor*

El vicario general y provisor, después del obispo, era la máxima autoridad en la diócesis que ejercía, a veces sin que sea posible distinción alguna, actos administrativos y judiciales<sup>19</sup>. Gozaba de potestad ordinaria. Con el prelado consti-

15. Cf. J. TRASLOSHEROS, *Iglesia, justicia y sociedad en la Nueva España...*, pág. 186.

16. Cf. J. TRASLOSHEROS, *Iglesia, justicia y sociedad en la Nueva España...*, pág. 192.

17. Cf. N. DELLAFERRERA, *Ministros y auxiliares de la justicia eclesiástica en Córdoba (1688 - 1888)*, en *Revista de Historia del Derecho* (1997) 151.

18. S. TERRÁNEO, *El oficio de juez...*, 361 – 373.

19. Cf. N. DELLAFERRERA, *La actividad del provisor en Córdoba. Un ejemplo de las postrimerías del siglo XIX (1881 - 1883)*, en *Cuadernos de Historia* 15 (2005) 79.

tuía un solo tribunal razón por la cual no había apelación al obispo de la sentencia del provisor debiéndose recurrir al arzobispo<sup>20</sup>. El oficio debía ser ocupado por un clérigo aunque no necesariamente constituido *in sacris* siendo suficiente que tuviera la primera tonsura y vistiera traje clerical según la costumbre recibida de España, no obstante ello, diversos textos conciliares y sinodales americanos exigirán la ordenación sacerdotal. Además, debía ser célibe y tener 25 años cumplidos, doctor en derecho canónico o licenciado o, en la medida de lo posible, idóneo en cuestiones jurídicas<sup>21</sup>. Ordinariamente, tenía todas las facultades que le correspondían al obispo no mediando ninguna excepción que excluya su actuación o se tratara de una cuestión compleja y que resultaría un gran perjuicio el hecho que no interviniera directamente el obispo<sup>22</sup>. En las causas matrimoniales debía examinar por sí a los testigos sin delegar el acto a los notarios.

En la provincia eclesiástica de Lima se presentó la duda de la competencia del prelado para delegar en su provisor sentenciar en juicios de divorcio. La cuestión surgía de sendas constituciones del II<sup>23</sup> y III<sup>24</sup> Concilio de Lima de las cuales

20. Cf. F. DE LA VEGA, *Relectionum canonicarum in secundum Decretalium librum*, Lima 1633, Tom. I, pág. 85, 155, I. MACHADO DE CHAVES, *Perfecto confesor y cura de almas*, Madrid 1646, *Lib. 4, Parte 3, Trat. 2, Doc. III, 1*, G. VILLARROEL, *Gobierno eclesiastico - pacifico, y unión de los dos cuchillos pontificio y regio*. Madrid 1738, *Quest. 10, art. VII, 33. 65*, P. MURILLO VELARDE, *Curso de Derecho Canónico Hispano e Indiano, Lib. I, Tít. XXVIII Del oficio de vicario*, n. 296, A. REIFFENSTUEL, *Ius Canonicum Universum, clara methodo juxta titulos quinque librorum decretalium in questiones distributum, solidisque responsionibus, et objectionum solutionibus dilucidatum*, Monachii 1700, *Lib. I, Tít. XXVIII De officio vicarii, §IV n. 77*, SÍNODO DE SANTIAGO DE LEÓN DE CARACAS DE 1687, *Lib. II. De las personas eclesiásticas, Tít. X. De officio et potestate iudicis ordinarii*, 198.

21. cf. I. MACHADO DE CHAVES, *Perfecto...*, *Lib. 4, Parte 3, Trat. 2, 1-3, Doc. II*, P. MURILLO VELARDE, *Curso...*, *Lib. I, Tít. XXVIII Del oficio de vicario*, n. 297, SÍNODO DE PUERTO RICO DE 1645, *Tít. I, Const. Del orden que dicho Provisor, vicarios y demás jueces han de tener en administrar justicia y juramento que deben hacer*, VI CONCILIO PROVINCIAL DE LIMA, *Lib. I, Tít. VI, Cap. 2. Que además de lo dicho será conveniente que el vicario general al entrar en el oficio esté ordenado de presbítero*.

22. Cf. CONCILIO PROVINCIAL DE SANTO DOMINGO, *Ses. IV, Tít. III. De los ministros y oficiales de la Iglesia, Cap. III De los vicarios §I.- De las cualidades de los vicarios*, II CONCILIO PROVINCIAL DE LA PLATA, *Ses. II. Tít. XI. Del oficio del vicario, Const. II. Que el vicario general sea, al menos, subdiácono y Const. III. Que para la Vicaría General o Provisorato se elija persona instruida en el derecho y, en su defecto, la más idónea*, P. MURILLO VELARDE, *Curso...*, *Lib. I, Tít. XXVIII Del oficio de vicario*, n. 298, A. REIFFENSTUEL, *Ius Canonicum Universum...*, *Lib. I, Tít. XXVIII De officio vicarii, §IV n. 76*.

23. II CONCILIO PROVINCIAL DE LIMA, *Constituciones para españoles, Caput 23. Ne episcopi facile aliquos ad tori divortium admittant*.

24. III CONCILIO PROVINCIAL DE LIMA, *Acc. II, Cap. 35°. Que los pleitos de divorcio sólo el obispo los sentencie*.



era posible interpretar que ni con mandato especial el provisor podía actuar en pleitos de esta naturaleza. Según G. de Villarroel, los padres conciliares de ambas asambleas adoptaron esas disposiciones ante la facilidad con que se concedían los divorcios. Al asumir los prelados estas causas se establecía un medio para disuadir su presentación y otorgar un mayor control al obispo de la vida matrimonial de su diócesis. Esto no excluía, sostenía este autor, la facultad del diocesano para encomendar a los provisores, hasta su conclusión, las causas matrimoniales siendo ésta la práctica seguida en Indias<sup>25</sup> incluida la Iglesia limense como lo atestigua el VI Concilio Provincial<sup>26</sup> ya citado.

Aquí es necesario hacer una aclaración terminológica. En la época que nos ocupa la disolución del vínculo matrimonial podía ser también llamada divorcio que, a su vez, admitía otras significaciones. Estas implicaban la sola separación en cuanto al tálamo nupcial o bien la separación del lecho y la habitación, *quoad thorum et cohabitationem*.

### 2.1.1.2 El vicario foráneo

Los vicarios foráneos solían nombrarse cuando la diócesis, como eran las indianas, se extendían en amplios territorios. Eran “como delegados del obispo aunque con subordinación al provisor, con quien se han de entender como con su cabeza”<sup>27</sup>.

A diferencia del provisor el vicario foráneo residía fuera de la sede episcopal. También él juez sus facultades no se extendían a todas las causas judiciales de la diócesis sino solo a una parte de ellas y su oficio implicaba el ejercicio de jurisdicción exclusivamente en el territorio asignado. Su tribunal era diverso al del obispo procediendo, en este caso, la apelación de la sentencia del vicario ante el prelado en razón que su jurisdicción no era ordinaria, como la del provisor, sino delegada por el obispo<sup>28</sup>.

25. Cf. G. VILLARROEL, *Gobierno eclesiastico - pacifico, ..., Quest. 10, art. VII, 62 – 63. 67.*

26. Cf. VI CONCILIO PROVINCIAL DE LIMA, *Lib. I, Tít. VI, Cap.10. Que en las causas de divorcio, y matrimonio reciban los vicarios generales por sí mismos las probanzas y hechos de los testigos, y en su defecto una persona eclesiástica de instrucción y respeto.* En este Constitución se recuerda que las causas de divorcio están reservadas al obispo pero se reconoce que el provisor pueden gozar de la facultad de definir las.

27. Cf. J. PALAFOX, *Direcciones pastorales, en Obras, Madrid 1762, Tom. III, I Parte, pág. 55, n. 57.*

28. Cf. I. MACHADO DE CHAVES, *Perfecto..., Lib. 4, Parte 3, Trat. 2, Doc. VI, 1 – 3, P. MURILLO VELARDE, Curso..., Lib. I, Tít. XXVIII Del oficio de vicario, n. 298, A. REIFFENSTUEL, Ius Canonium Universum..., Lib. I, Tít. XXVIII De officio vicarri, §I n. 15, SÍNODO DE QUITO DE 1570, Constituciones sinodales que deben guardar los curas de los pueblos de españoles de este obispado de San francisco del Quito, 26, SÍNODO DE QUITO DE 1594, Cap. 104. De la jurisdicción de los vi-*

El derecho no preveía especiales requisitos para el oficio de vicario o juez foráneo ni tampoco en orden a sus obligaciones estando sujeto a los deberes generales de todos los jueces eclesiásticos<sup>29</sup>.

Mientras que en Nueva España, en la época tardo-colonial, se recomienda que el oficio de vicario foráneo no se conceda a todos los curas para que éstos no desatiendan su ministerio parroquial<sup>30</sup> en el mismo período en el Río de la Plata el nombramiento se extendió, generalmente, a todas los párrocos fuera de la sede episcopal<sup>31</sup>. Las facultades del vicario foráneo eran determinadas por el acto de nombramiento y podían también, si gozaban de la correspondiente facultad, dictar sentencias de nulidad matrimonial<sup>32</sup>.

### 2.1.1.3 *El asesor*

En el caso que el juez, provisor o vicario foráneo, no fuera perito en derecho, en los asuntos de mayor importancia, debía nombrar un asesor con cuyo consejo procedía a conocer y juzgar la causa de forma que, aunque la sentencia sea justa, si hubiere omitido este requisito se la tenía por nula. El juez no estaba obligado a seguir el parecer del asesor, podía rechazarlo si le parecía equivoco o injusto y remitir el asunto a otro perito. En las cuestiones de menor importancia podía, sin embargo, dictar sentencia sin su asistencia<sup>33</sup>. El asesor no revestía carácter de magistrado ni desempeñaba su cargo de modo estable, por tanto, tampoco gozaba de jurisdicción<sup>34</sup>. En cuanto los requisitos exigidos para el oficio se recomendaba que sean clérigos, en particular, en las causas de inmunidad y privilegio del fuero y en las causas criminales contra clérigos, sobre todo, las de

---

carios, SÍNODO DE SANTIAGO DE LEÓN DE CARACAS DE 1687, *Lib. II. De las personas eclesiásticas*, Tít. XVII. *Del oficio de vicario foráneo o particular*, 301, II CONCILIO PROVINCIAL DE LA PLATA, Ses. II. Tít. XI. *Del oficio del vicario*, Const. VIII. *De los vicarios foráneos*.

29. Cf. I. MACHADO DE CHAVES, *Perfecto...*, *Lib. 4, Parte 3, Trat. 2, Doc. VI, 5*.

30. Cf. IV CONCILIO PROVINCIAL MEXICANO, *Lib. I, Tít. XI. Del oficio de juez ordinario y del vicario*. §23.

31. Cf. M. BARRAL, *De sotanas por la Pampa. Religión y sociedad en el Buenos Aires rural tardocolonial*, Buenos Aires 2007, pág. 75. También en la región andina, cf. SÍNODO DE AREQUIPA DE 1684, *Lib. V, Tít. II, Cap. II. División de los partidos para las vicarias foráneas y calidades de sus vicarios*, 438.

32. Por ejemplo: M. DE LA CUESTA FIGUEROA, *La nulidad matrimonial en Salta en el siglo XVIII*, en *Memoria del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, México 1995, Tomo I, págs. 273 - 274

33. Cf. P. MURILLO VELARDE, *Curso...*, *Lib. I, Tít. XXXII Del oficio del juez*, n. 348.

34. Cf. N. DELLAFERRERA, *Ministros y auxiliares de la justicia eclesiástica...*, pág. 151.

incontinencia<sup>35</sup>. El nombramiento, generalmente, se realizaba con acuerdo de las partes<sup>36</sup> y también se preveía su recusación<sup>37</sup>. Percibían honorarios que eran regulados por el juez y no podían recibir nada de los litigantes<sup>38</sup>.

Menos frecuentemente, en casos de particular gravedad, el juez podía requerir el consejo de asesores teólogos<sup>39</sup>.

### 2.1.2 Promotor fiscal

De acuerdo al principio vigente en la tradición eclesiástica y en el derecho canónico el obispo, en su diócesis, era el procurador y, además, el administrador de los bienes de la Iglesia. En virtud de ello, para el mejor gobierno episcopal los prelados designaban promotores fiscales que defendían el patrimonio de la Iglesia y denunciaban los crímenes perpetrados en el territorio diocesano. El pro-

35. Cf. II CONCILIO PROVINCIAL DE LA PLATA, *Ses. II, Tít. XI. Del oficio del vicario, Const. IV. De los asesores*, P. MURILLO VELARDE, *Curso...*, Lib. I, Tít. XXVIII *Del oficio del vicario*, n. 297, A. REIFFENSTUEL, *Ius Canonicum Universum...*, Lib. I. *Decretal. Tit. XXXVIII, De officio vicarii, § III. De vicario generali episcopi & capituli sede vacante ac utriusque constitutione*, 69 y Lib. II. *Decretal. Tit. I, De iudiciis, § III. De iudice in causis spiritualibus nec no civilibus ecclesiarum personarumque ecclesiasticarum*, 72.

36. Cf. N. DELLAFERRERA, *Ministros y auxiliares de la justicia eclesiástica...*, pág. 152.

37. Cf. II CONCILIO PROVINCIAL DE LA PLATA, *Ses. II, Tít. XI. Del oficio del vicario, Const. IV. De los asesores*. El mismo Concilio, *Ses. II, Tít. XIV. De los juicios, Const. VII. Sobre la recusación de asesores*, en esta materia específica: “Sucediendo muchas veces que por admitirse la recusación de muchos letrados, el juez eclesiástico que no es profesor no halle abogado de quien pueda tomar dictamen; manda el Concilio que no se admitan recusaciones universales de todos los abogados de la Provincia o del Reino, y que no se puedan recusar tampoco por las partes, sino sólo tres abogados por cada una; lo cual se entienda en el caso de que en la ciudad o su inmediación queden otros idóneos de quienes los jueces puedan valerse, pues no habiéndolos no habrá lugar ni a la recusación de los tres dichos, sino que regulando su juicio los jueces por el número de letrados que quedase y de quienes se pueda oportunamente asesorar admitirán estas recusaciones, de modo que por falta de los mencionados asesores no se hayan de detener las causas, con perjuicio de la justicia y detrimento de cualquiera de las partes litigantes, según todo se halla determinado por Su Majestad para los juzgados reales, y por la identidad de razón, extiende el Concilio esta justa disposición a los jueces eclesiásticos de esta Provincia, encargando a los que hacen de jueces en estos procedan en esto con toda pureza e integridad”.

38. Cf. III CONCILIO PROVINCIAL MEXICANO, *Lib. IV, Tít. VIII. Del oficio de juez ordinario y del vicario. §IV.- Nada reciban de los litigantes*, IV CONCILIO PROVINCIAL MEXICANO, *Lib. IV, Tít. XIV. Del oficio de juez ordinario y del vicario. §3 y 4*, II CONCILIO PROVINCIAL DE LA PLATA, *Ses. II, Tít. XIV. De los juicios, Const. XII. Sobre que los provisores sean profesores de derecho*.

39. Cf. N. DELLAFERRERA, *Las pericias y las pruebas de informes en la Audiencia Episcopal de Córdoba del Tucumán (1688-1888)*, en AADC 3 (1996) 37 – 38.

motor fiscal o, simplemente, fiscal era el procurador del obispo y el encargado de representarlo de modo permanente en la defensa de los derechos de la Iglesia. Su tarea no consistía solo en inquirir y reprimir los delitos cometidos en la jurisdicción diocesana sino que también le correspondía cuidar y velar de las viudas, huérfanos y de los indios oprimidos<sup>40</sup>.

Para cubrir este oficio, en general, se exigía buena vida, costumbre y suficiencia. El candidato debía ser sacerdote o, al menos, haber recibido el subdiaconado<sup>41</sup>.

### 2.1.2.1 Competencias y deberes

Correspondía al fiscal la función del velar por el honor de Dios y el bien de las almas, defender la inmunidad de las iglesias, los bienes eclesiásticos, y los ministros, seguir las causas eclesiásticas, defender la libertad y derechos de la Iglesia y del prelado. Para ello, debía impulsar el proceso solicitando los testigos y las pruebas necesarias<sup>42</sup>. Al tratarse de uno de los resortes principales del aparato judicial de la Iglesia indiana las funciones del fiscal eran amplísimas. En general, debía velar para suprimir los pecados públicos y escandalosos incluyendo en esta fórmula todo tipo de actos contrarios a la doctrina cristiana. Así, por ejemplo, debía denunciar a usureros, adúlteros, jugadores, blasfemos, etc. actuando siempre en comunión con el juez a quien periódicamente informaba de las denuncias y

40. Cf. N. DELLAFERRERA, *Ministros y auxiliares de la justicia eclesiástica...*, pág. 154 – 157, DELLAFERRERA, N. – MARTINI, M., *Temática de las constituciones sinodales indianas...*, pág. 203.

41. Cf. III CONCILIO PROVINCIAL DE LIMA, *Acc. III, Cap. 8º. Que los oficios de notario y fiscal se den sin interés*, SÍNODO DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ DE 1606, *Cap. 22º. De fiscales y sacristanes*, SÍNODO DE PUERTO RICO DE 1645, *Tít. I, Const. CXXX. De las obligaciones del Fiscal, y juramento que deben hacer*, SÍNODO DE AREQUIPA DE 1684, *Lib. V, Tít. I, Cap. XI. Del oficio del fiscal*, 421, SÍNODO DE SANTIAGO DE LEÓN DE CARACAS DE 1687, *Lib. II. De las personas eclesiásticas, Tít. XI. Del oficio de fiscal*, 219, VI CONCILIO PROVINCIAL DE LIMA, *Lib. II, Tít. I, Cap. 14. De las cualidades del Promotor Fiscal*, IV CONCILIO PROVINCIAL MEXICANO, *Lib. I, Tít. XII. Del oficio del promotor fiscal. §I, J. PALAFOX, Direcciones...*, en *Obras*, Madrid 1762, Tom. III, I Parte, pág. 50, n. 33.

42. Cf. III CONCILIO PROVINCIAL MEXICANO, *Lib. I, Tít. IX. Del oficio del fiscal y del derecho del fisco. §I.-Los fiscales no ejerzan el oficio sin que preceda su juramento*, SÍNODO DE LIMA DE 1613, *Lib. I, Tít. VIII, Cap. I. De las cosas que son a cargo del provisor y de los vicarios particulares y del fiscal y notarios y demás ministros*, 9, SÍNODO DE PUERTO RICO DE 1645, *Tít. I, Const. CXXX. De las obligaciones del Fiscal, y juramento que deben hacer*, SÍNODO DE SANTIAGO DE LEÓN DE CARACAS DE 1687, *Lib. II. De las personas eclesiásticas, Tít. XI. Del oficio de fiscal*, 219, IV CONCILIO PROVINCIAL MEXICANO, *Lib. I, Tít. XII. Del oficio del promotor fiscal. §I.*

estado de las mismas<sup>43</sup>. Su competencia alcanzaba, asimismo, la tutela del matrimonio, sobre todo, cuando ambos cónyuges solicitaban la nulidad o el divorcio.

### 2.1.3 Notario

El oficio de notario podía ser ejercido tanto por clérigos como por laicos<sup>44</sup> y en consonancia con lo dispuesto “por muchos concilios provinciales” no podía venderse ni arrendarse. Solo podía ser confiado a personas virtuosas y hábiles<sup>45</sup>.

### 2.1.4 El defensor del vínculo

El 3 de noviembre de 1741 constituye un hito en los procesos canónicos de nulidad matrimonial. En esa fecha el Papa Benedicto XIV con la bula *Dei miseratione*<sup>46</sup> establece la figura del defensor del vínculo o del matrimonio entre cuyas obligaciones se señalaba la de apelar después de la primera sentencia favorable a la nulidad matrimonial. La constitución papal establece que en cada audiencia eclesiástica se elija un sujeto idóneo, si es posible del estado eclesiástico, instrui-

43. Cf. SÍNODO DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ DE 1556, Tít. I. *De los artículos de la fe y de lo que los clérigos han de enseñar a los naturales para traerlos en conocimiento de nuestra santa fe católica*, Cap. 5°. *De la amonestación de pecados públicos y notificación de ellos al obispo o provisor* y Tít. X y final. Que trata de estas constituciones, y que no se vendan libros, sin ser por nos vistos y que haya en cada pueblo un fiscal nuestro y libro de denunciaciones, Cap. 6°. Que nuestra audiencia episcopal y cada audiencia y pueblo de nuestro obispado tenga un alguacil o fiscal, III CONCILIO PROVINCIAL MEXICANO, Lib. I, Tít. IX. *Del oficio del fiscal y del derecho del fisco*. § II.- *Tome información de los párrocos sobre los públicos delincuentes para proceder en su contra*, IV CONCILIO PROVINCIAL MEXICANO, Lib. I, Tít. XII. *Del oficio del promotor fiscal*. § II.

44. Cf. L. FERRARIS, *Prompta canonica, juridica, moralis, theologica necnon ascetica, polémica, rubricistica, historica*, Venecia 1772, Tomo. VI, Voz: notarius, 11, pág. 201. El III Concilio Provincial de Lima, en el texto previo a la aprobación pontificia, exigía que en las causas criminales de clérigos no debían admitirse notarios laicos, por el contrario, debían ser de orden sacro siempre que ello fuera posible (*Acc. III, Cap. 7°. Del notario y fiscal y juez de causas eclesiásticas*). Este requisito, que también estaba previsto en el II Concilio Provincial de Lima (*Const. para españoles, Caput 101. Quod officium notarii sacerdote committatur, nec vendi possit*), fue suprimido en la revisión romana.

45. Cf. III CONCILIO PROVINCIAL DE LIMA, *Acc. III, Cap. 8°. Que los oficios de notario y fiscal se den sin interés*.

46. El texto del breve puede consultarse en: F. HERNAEZ, *Colección de bulas, breves y otros documentos relativos a la Iglesia de América y Filipinas*, Bruselas, 1879, Tomo. I, págs. 205 – 210. El 15 de febrero de 1742 la Secretaría de Estado remite el documento pontificio a la nunciatura en Madrid. El 21 de julio de 1766 por real cédula de Carlos III se ordena su observancia en Indias.

do en la ciencia canónica, probo y de virtud para ejercer este ministerio. La norma pontificia exhorta a ejercer gratuitamente su oficio.

La legislación canónica indiana posterior a 1741 fue recogiendo el nuevo instituto a veces en forma imprecisa y aprisionado en la normativa precedente estableciendo en algunos casos que la defensa del vínculo matrimonial correspondía simultáneamente al promotor fiscal y al defensor del matrimonio<sup>47</sup> como dos sujetos procesales distintos, con mayor precisión, otras normas aclaraban que el nuevo oficio podía ser cubierto por el fiscal extendiendo su actuación y las consecuencias de la bula benedictina a las causas de divorcio<sup>48</sup>.

Como ya se ha señalado, hasta la bula *Dei miseratione* el promotor fiscal intervenía no solo en los procesos criminales sino también en las causas matrimoniales, en especial, en las que ambos cónyuges sostenían la nulidad. En estos supuestos le correspondía, de oficio, defender la validez de las nupcias frente a posibles actos dolosos o fraudulentos de las partes o terceros. Es decir, Benedicto XIV crea el oficio específico de defensor del vínculo pero no la tutela del bien público afectado en el matrimonio que desde muy antiguo estuvo a cargo del fiscal. La figura del defensor de matrimonio solo ha sido estudiada en la audiencia episcopal de Córdoba de estas investigaciones se puede verificar un comportamiento fluctuante que se modifica según el tiempo y la formación canónica de los distintos provisosores. De los estudios realizados sobre las actas procesales de este tribunal se deduce que ni los prelados ni sus provisosores parecían tener en cuenta la necesidad de que en todos los procesos de nulidad matrimonial interviniera el defensor del vínculo. Se trata de una actitud confusa y oscilante que no se ajustaba a la normativa benedictina y que también queda anclada en legislación anterior. La situación cambia durante el episcopado de Ángel Mariano Moscoso (1788 - 1804) en ese período el tribunal cordobés se ajustó a la normativa en cuestión. No obstante, no se ha podido determinar si en este tribunal el defensor era designado para todos los casos uniendo este oficio al de promotor fiscal, o bien, si el nom-

47. Cf. IV CONCILIO PROVINCIAL MEXICANO, *Lib. III, Tít. I. Del oficio de los obispos y pureza de su vida.* §XXVII, VI CONCILIO PROVINCIAL DE LIMA, *Lib. I, Tít. VI, Cap.8. Del orden y método que se ha de guardar en las causas de nulidad de matrimonio tanto en la primera instancia como en las demás,* y *Lib. II, Tít. I, Cap.16. De las causas en que deben ser oídos los fiscales y de las que deben defender por razón de su oficio.*

48. SÍNODO DE LA PLATA DE 1773, *Lib. I, tít. 10°. De officio judicis ordinarii vicarii et eorum ministris, Cap. 3°. De lo tocante al oficio de fiscal, 2° y Lib. 2, tít. 1°. De judicis, cap. 9°. Del modo con que se ha de seguir la nulidad en las causas matrimoniales,* II CONCILIO PROVINCIAL DE LA PLATA, *Ses. II, Tít. XIV, De los juicios. Const. XIII. Del modo con que se han de seguir las causas matrimoniales.*

bramiento era realizado *ad casum*. Ocasionalmente, consta que se ha nombrado un defensor de modo estable<sup>49</sup>.

### 2.2.1. El proceso eclesiástico y el aporte indiano

El criterio IV del *motu proprio* del Papa Francisco hace referencia a la mayor agilidad introducida por la reforma en la tramitación del proceso de nulidad matrimonial y al llamado proceso más breve.

El Libro II de las Decretales se ocupaba ampliamente de los juicios eclesiásticos y fue extensamente comentado por los canonistas de la época<sup>50</sup>. No obstante este esfuerzo doctrinal, a mediados del siglo XVII las fuentes canónicas indianas se lamentaban de la falta de graduados en derecho tanto para el ejercicio de la función jurisdiccional como también para ocupar el oficio de asesor y asistir a quien impartía justicia con sus conocimientos técnicos de modo de sustanciar y concluir las causas. Tal carencia manifestaba como consecuencia lógica que los pleitos “salen errados y torcidos... y se embaraza el despacho corriente y necesario que debieran tener...”<sup>51</sup>. Esta situación puede explicar la abundancia de normas procesales que se encuentran en los textos canónicos de América colonial. A partir de ellas y de los autores locales se realiza, a continuación, un esbozo del proceso canónico con las particularidades indianas a partir de un caso concreto de nulidad matrimonial para poner a la luz como también en este ámbito surgen semejanzas evidentes entre ambas legislaciones procesales.

### 2.2.2. El juicio

En el sistema del Antiguo Régimen el juicio se dividía en plenario u ordinario y solemne por una parte y, por otra, en sumario. Plenario u ordinario era aquel en el que se sustanciaba la causa observando el orden y solemnidades del derecho: presentación del libelo, contestación de la demanda, oposición de excepciones, pruebas, sentencia y, eventualmente, apelación. Éste era el modo regular y ordinario de proceder. Contrariamente, sumario o extraordinario era

49. Cf. N. DELLAFERRERA, *Ministros y auxiliares de la justicia eclesiástica...*, 159 – 167, *Ibid.*, *El Doctor Gregorio Funes juez eclesiástico (1793 - 1810)*, Cuadernos de Historia 19 (2009) 100 - 102.

50. J. DONOSO, *Instituciones...*, Valparaíso 1848, Tomo II, pág. 337.

51. SÍNODO DE SANTIAGO DE LEÓN DE CARACAS DE 1687, *Lib. V. De iudicis et eorum ordine*, introducción.

el pleito en donde se dictaba sentencia sin estrépito ni figura de juicio sino solo atendiendo a la verdad de la causa. Se recurría a este procedimiento en los supuestos que requerían un rápido pronunciamiento como las causas benéficas, alimentarias, dotales, decimales, usuras, mercaderías, tributos, de naufragos, pobres y personas miserables entre las que se incluían a los indios. Este juicio también procedía en cuestiones incidentales, de nombramiento de tutores, emancipación o adopción de un hijo, en cuestiones de menor cuantía y en delitos leves<sup>52</sup>.

También, los juicios podían dividirse en civiles o criminales. Los primeros eran aquellos en que el actor no buscaba la venganza pública sino que perseguía, principalmente, un interés particular que surgía de un contrato o cuasi contrato, de un delito o cuasi delito. En el juicio criminal se buscaba la vindicta pública y el castigo del delincuente. Cuando se perseguía tanto el interés público como el privado el juicio se rotulaba mixto como los casos de adulterio, hurto o injuria en donde resultan afectadas ambas esferas<sup>53</sup>. Por lo pronto, es necesario señalar que en el proceso de nulidad matrimonial debían observarse las formalidades del juicio ordinario.

### 2.2.3. Desarrollo del proceso

Corresponde, por tanto, analizar las partes fundamentales del proceso ordinario. Es mi intención analizarlo como adelanté a partir de un caso concreto, puntualmente, la nulidad demandada por Catalina Lobo en 1633 ante la audiencia episcopal de obispado de Buenos Aires contra Miguel Calbete<sup>54</sup>.

52. F. DE LA VEGA, *Relectionum...*, Tomo. I, pág. 80, 131, G. SUAREZ DE PAZ, *Praxis ecclesiastica et secularis cum decisionibus Sacrae Rotae Romanae recentissimis*, Lugduni, 1739, Annotatio I, De iudicio, 13 - 17, P. MURILLO VELARDE, *Curso...*, Lib. II, Tít. I De los juicios, n. 4, A. REIFFENSTUEL, *Ius Canonicum Universum...*, Lib. II, Tít. I De Iudiciis, §II nn. 39 - 40, J. HEVIA BOLAÑOS, *Curia filípica*, Madrid 1776, Tomo. I, §8, 2, pág. 43.

53. F. DE LA VEGA, *Relectionum...*, Tomo. I, pág. 15, 59, G. SUAREZ DE PAZ, *Praxis...*, Annotatio I, De iudicio, 19 -29, P. MURILLO VELARDE, *Curso...*, Lib. II, Tít. I De los juicios, n. 4, A. REIFFENSTUEL, *Ius Canonicum Universum...*, Lib. II, Tít. I De Iudiciis, §II nn. 35 - 37.

54. R. MOLINA, *La familia porteña en los siglos XVII y XVIII. Historia de los divorcios en el período hispánico*, Buenos Aires 1991, págs. 227 - 266.



#### 2.2.4. Algunos principios generales

Previamente al estudio del caso en cuestión puede ser útil una referencia genérica a los principios generales en materia matrimonial que la legislación canónica indiana recordaba con insistencia.

Así, se insistía que aunque los cónyuges consideraran nulo su matrimonio no podían separarse por su propia autoridad sino que era necesaria la sentencia del juez eclesiástico competente quien podía compelerlos, incluso con censuras, a volver a la vida matrimonial.

Si la nulidad era notoriamente cierta el juez podía proceder de oficio y declarar inexistencia del matrimonio y, aunque no constara con certeza, si existía fama pública de un impedimento podía también proceder de oficio y compeler a cualquier persona a declarar sobre el punto. Si el impedimento era de impotencia solo podían acusarlo los mismos cónyuges igual en los casos en que éstos podían removerlo como en los supuestos de miedo grave, error acerca de la persona o su condición e incluso en tales casos no se admitía la acusación de los cónyuges si luego de saber del impedimento continuaban la vida marital presumiéndose que renovaron el consentimiento y ratificaron el matrimonio. Pero si el impedimento era de consanguinidad, afinidad, pública honestidad, clandestinidad u otro que no podían renunciar los esposos cualquiera podía impugnar.

La acción no prescribía por el transcurso del tiempo y procedía luego de la sentencia que declaraba la validez del matrimonio en cuanto estas sentencias jamás pasaban a cosa juzgada.

Las causales admitidas para invocar la nulidad matrimonial eran expresas por los doctores en un verso incompleto pero ampliamente difundido:

*Error, conditio, votum, cognatio, crimen,  
Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas,  
Amens, affinis, si clandestinus et impos,  
Si mulier sit rapta, loco nec reddita tuto:  
Haec facienda vetant connubia, facta retractant.*

#### 2.2.5. El libelo

En el caso que traigo a colación la actora presenta su libelo, representada por su padre, el 4 de diciembre de 1633 ante el provisor del obispado de Buenos Aires alegando la impotencia de su esposo Miguel Calvete. El escrito reunía los requisitos canónicos de brevedad y sencillez narrando los hechos y especificando la petición. No era necesaria la firma de abogado o procurador. El provisor notifi-

ca al demandado quien contesta rechazando el pedido de nulidad alegando la excepción de cosa juzgada. En efecto, se debe tener en cuenta que cuatro años antes la actora había intentado ya la nulidad por la misma causal pero fue rechazada; en la contestación a la excepción Catalina Lobo manifiesta que si bien en la causa anterior había reconocido no ser doncella tal declaración fue nula al ser engañada por su poca edad. Acto seguido el juez admite la demanda, y tiene por notificada y contestada la misma comenzando propiamente el juicio<sup>55</sup> y realizándose la apertura de la causa a prueba por nueve días. Previamente, se había ordenado el depósito de la actora en casa honesta según estaba previsto para los juicios de nulidad y divorcio. Este depósito debía realizarse en la casa paterna, como en autos, o bien, en algún monasterio o en el hogar de otras personas honestas según la calidad social de la mujer. Correspondía al obispo asegurar que la mujer tuviera los alimentos necesarios y que por falta de ellos no se relajara la medida con salidas de la mujer en su búsqueda<sup>56</sup>.

La doctrina y la praxis judicial distinguían entre prueba plena y no plena. Ésta última, a su vez, podía ser semiplena, semiplena mayor o semiplena menor. Prueba plena era la que hacía al magistrado plena fe de modo que podía dictar sentencia. Se daba mediante un documento público y auténtico o por declaración testimonial de dos mayores de toda excepción, por la confesión judicial del reo, por la evidencia del hecho, por graves presunciones, por juramento, etc.

La prueba en ocasiones podía ser no plena como ya se señaló. Semiplena era la prueba que hacía alguna fe al juez pero no de modo completo siendo insuficiente para dictar la sentencia. Era el caso de la declaración de un solo testigo mayor de toda excepción o la de varios particulares incluso de dos que concuerdan en la declaración pero que carecían de la nota de mayor de toda excepción, también por un escrito privado, un juramento supletorio, una presunción verosímil, por la fama, por comparación de escritos, etc. La prueba semiplena mayor era la que tenía mayor firmeza que la anterior como la declaración de una persona muy excelente y era prueba semiplena menor la que tenía una firmeza menor como alguna leve presunción<sup>57</sup>.

55. P. MURILLO VELARDE, *Curso...*, Lib. II, Tít. V. *De la contestación de la demanda*, nn. 58-60.

56. Por ejemplo: SÍNODO DE AREQUIPA DE 1684, Lib. V, Tít. I, *De iudiciis, eorumque ministris*, Cap. IX. *Cómo se debe obrar en las causas matrimoniales*, II CONCILIO PROVINCIAL DE LA PLATA, Ses. II, Tít. XIV. *De los juicios*, Const. XIV. *Que pendiente la nulidad o divorcio, la mujer se deposite*.

57. P. MURILLO VELARDE, *Curso...*, Lib. II, Tít. XIX. *De las pruebas*, nn. 137-138, G. SUAREZ DE PAZ, *Praxis...*, Tom. I, I Part, *tempus VIII*, nn. 3-5.

Se reconocían seis tipos particulares de prueba, primero por testigos mayores de toda excepción, segundo por privilegios o instrumentos indubitables, tercero por juramento de las partes, cuarto por confesión hecha en juicio, quinto por la evidencia de los hechos y sexto por conjeturas y presunciones<sup>58</sup>. A los seis medios de prueba enunciados se debe agregar la prueba pericial.

La producción de la prueba en caso en cuestión comienza el día 2 de enero de 1634 con la absolución de posiciones por parte de la actora a tenor del pliego presentado por el convenido aunque no se admitía la sola confesión de los cónyuges. Luego se realiza una prueba pericial. La normativa para este medio probatorio era escasa. Se encuentran referencias en el Decreto de Graciano y en las Decretales que establecían normas elementales en proporción a la evolución de las ciencias para su tiempo. Enseñaban los doctores que esta prueba se imponía sobre las demás cuando con ella se obtenía evidencia del hecho, en tal caso, se tenía como verdad el dictamen cuando se excluían otras pruebas por la ley aun luego de la publicación de los testimonios, o admitida la conclusión de la causa<sup>59</sup>. En las actas de los tribunales eclesiásticos indianos la prueba pericial no ha sido solicitada con frecuencia y ello debido al desarrollo de la ciencia y de la técnica, ya que, en el Derecho Canónico este medio probatorio ha sido incorporado tardíamente y se ha desarrollado durante el siglo XX<sup>60</sup>.

El día 3 de enero se realiza la prueba pericial consistente en la “inspección de las partes ocultas de Miguel Calbete Cortes” ello fue realizado ante la presencia testigos y representantes de la parte actora y de un notario. El día 6 de enero se presentaba el informe correspondiente declarando que externamente no se observaba ninguna anormalidad pero ante la necesidad de verificar el funcionamiento interno de los órganos genitales era necesario, siguiendo la autoridad de Avicena (980 - 1037), la llamada experiencia del agua fría que según la respuesta positiva o negativa del sujeto se lo tenía o no capaz de la cópula. También, se haría la prueba del agua caliente recomendada por médicos más modernos como Velazco de Taranta (1382 - 1418) para comprobar la salud del paciente. El día 8 de enero de 1634 ante el provisor, tres médicos y varios testigos se realizaron ambas pruebas. Los físicos presentan sus informes el día 18 de enero declarando la cuestión “confusa y oscura” y así también lo entiende el juez que ordena nuevas medidas de prueba. Vencido el período probatorio el 19 de enero es prorrogado por cinco días para que la actora ofrezca otra prueba que juzgare conveniente antes de la sentencia. En este estado el padre de la demandante, que ejercía su representa-

58. G. SUAREZ DE PAZ, *Praxis...*, Tom. I, I Part, tempus VIII, n. 4.

59. P. MURILLO VELARDE, *Curso...*, Lib. II, Tít. XIX. De las pruebas, n. 146.

60. N. DELLAFERRERA, *Ministros y auxiliares de la justicia eclesiástica...*, en Revista de Historia del Derecho (1997) 182.

ción, solicita la llamada prueba de las pruebas consistente en que ambos esposos intenten el acto conyugal ante dos matronas quienes debían testificar si éste tuvo lugar o no. Este procedimiento, conocido como congreso, no es admitido por el provisor para este caso pasando al alegato de las partes. Ante lo confuso y oscura de la causa el provisor manda absolver posiciones al demandado quien niega su impotencia y, entre otras cosas, ofrece como testigos a varias mujeres con quien dice haber tenido comercio carnal. Estas declaran entre el 12 y 16 de febrero que mantuvieron relaciones normales con el demandado. El 18 de febrero vuelve a ser citada para absolver posiciones la actora quien se ratifica en la anterior.

El 27 de febrero Antonio Lobo en representación de su hija pide se declare la nulidad impugnando los testimonios de las mujeres ofrecidas por el convenido. Finalmente, el 28 de febrero de 1634 se dicta sentencia rechazando la demanda. Se interpone apelación ante el juez metropolitano de Charcas. La actora no continuara la apelación ante el Tribunal de alzada, no obstante, en el año 1637 volverá a intentar y esta vez obtendrá la nulidad de su matrimonio alegando la minoría de edad al momento de la celebración.

### 2.3 La apelación

Los restantes criterios pendientes de analizar se refieren al sistema recursivo: Es suficiente una sola sentencia a favor de la nulidad de matrimonio para que aquella sea ejecutiva (I), la apelación a la Sede Metropolitana (V) y la, eventual, apelación a la Sede Apostólica (VII).

En América, la legislación pontificia, estableció un régimen especial de apelaciones. Un breve de Gregorio XIII del 15 de mayo de 1573, *Exposcit debitum*, dispuso que en Indias la apelación interpuesta en cualquier causa eclesiástica, civil o criminal, se tramite ante el metropolitano sin que pueda apelarse al Papa. Si se apelaba del metropolitano sería juez el obispo más cercano como delegado pontificio. Confirmada la apelación la sentencia pasaba a ejecución por el juez de primera instancia. En caso de revocación de la primera sentencia se podía apelar a otro obispo más cercano respecto del obispo de la causa y la sentencia de éste debía ser ejecutada por el obispo que dictó la última sentencia sea confirmatoria o revocatoria. Por tanto, mediando dos sentencias conformes se producía la cosa juzgada y se ejecutaba la sentencia en todos sus términos<sup>61</sup>.

Villarroel señala admirado la novedad de esta normativa gregoriana, por la cual, se elimina para Indias la apelación al Papa siendo éste, por el derecho

61. El texto del Breve puede consultarse en: J. DONOSO, *Instituciones...*, Valparaíso 1848, Tomo II, pág. 362.

común, el ordinario para este recurso. La razón de la novedad obedece, indica el autor, a la intención del Pontífice de evitar que los pleitos se dilaten y aumenten los gastos. Asimismo, señala que se ha cercenado en gran medida la autoridad de los metropolitanos, ya que, el nuevo derecho convierte, para la apelación, a un sufragáneo en superior suyo alterando el trámite ordinario en cuanto que la apelación no debe bajar la escala jerárquica sino subir<sup>62</sup>. En este punto indica, frente a las objeciones de autores que presentan que el inferior no puede revocar la sentencia del superior, que el sufragáneo más cercano no es inferior en esto en cuanto el Papa lo ha hecho su delegado en esta materia<sup>63</sup>.

Concretamente, para el caso de los procesos de nulidad las Decretales anteriores a la bula *Dei Miseratione* establecían que no mediando apelación la sentencia que declaraba inválido el matrimonio era inmediatamente ejecutiva siendo suficiente una única instancia que así lo declarara.

### 3. PALABRAS FINALES

A modo de conclusión se pueden señalar algunas cuestiones. Esta rápida presentación del régimen judicial indiano y del proceso de nulidad matrimonial tramitado antes sus tribunales que, por otra parte, no era otro que el previsto en el régimen del *Corpus Iuris Canonici* y el Concilio de Trento, ciertamente, con algunas particularidades importantes permiten señalar varias similitudes con las recientes reformas procesales del Papa Francisco y los objetivos perseguidos con ella.

Por lo pronto, la administración de justicia correspondía al obispo diocesano quien, normalmente, ejercía esta facultad por medio del provisor y vicario general. Éste constituía con el obispo el tribunal de la diócesis, individual no colegiado, sin embargo, es necesario destacar que la potestad jurisdiccional no quedaba reducida únicamente a ese ámbito sino que se ha de tener presente la figura de los vicarios foráneos residentes fuera de la sede episcopal también ellos jueces que, para el caso que nos ocupa, eventualmente, si gozaban de la correspondiente delegación – como ocurrió en el actual territorio nacional- podían declarar la nulidad matrimonial.

El criterio IV presentando por el Papa Francisco en el *motu proprio* manifiesta la necesidad de un proceso más breve en las causas matrimoniales. La presentación de un caso de nulidad sustanciando hace casi 400 años en esta ciu-

62. G. VILLARROEL, *Gobierno eclesiástico - pacífico,...*, Parte. I, Quest. IV, Art. 2, 18 – 20.

63. G. VILLARROEL, *Gobierno eclesiástico - pacífico,...*, Parte. I, Quest. IV, Art. 2, 26 – 29.

dad creo que es una referencia a tener en cuenta en este sentido. El expediente analizado no alcanza los tres meses el tiempo de sustanciación del proceso, lapso que es también observado en otros litigios del mismo tribunal y de la audiencia de Córdoba<sup>64</sup>. La rapidez en la sustanciación del proceso sumado, es necesario decirlo, a la carencia de recursos humanos y materiales del tribunal porteño no van en desmedro del rigor jurídico ni de la certeza probatoria. En el expediente en cuestión se solicitan pericias especiales y se hace declarar a testigos luego del cierre de la causa a prueba en razón de las dudas de los peritos y del mismo juez buscando éste alcanzar la certeza moral necesaria para resolver en justicia.

El caso interesa, particularmente, por las condiciones en que se desarrolló. En primer lugar, no es menor la valoración del contexto histórico general en qué tuvo lugar. La diócesis de Buenos Aires, a la fecha del proceso, apenas superaba los diez años de su erección y esta aldea era un punto verdaderamente marginal de la monarquía hispana con una población estimada en 1000 personas. Los documentos judiciales que nos han llegado, recordemos que el archivo de la curia porteña desapareció en el incendio de 1955, nos informan y dan testimonio de múltiples causas de nulidad y divorcio iniciadas por españoles, criollos e indios. En nuestro caso la actora intentó tres veces la nulidad de su matrimonio; esta insistencia es indicio del fácil acceso a la justicia que tenían los fieles indios. Litigiosidad que cuantitativamente, al menos, para el territorio que actualmente ocupa nuestro país se encuentra en un nivel similar al de algunas diócesis de Europa. Por ejemplo, ante el provisorato de Cambrai (Francia) se iniciaron, en el siglo XVIII, 37 procesos de nulidad aproximadamente la misma cantidad que los tramitados en las diócesis Lima y Córdoba del Tucumán en ese mismo período que contaban con una población más reducida y un territorio mucho más extenso. También, hay coincidencia en las causales invocadas: vicios del consentimiento, consanguinidad o impotencia del marido y matrimonios clandestinos<sup>65</sup>.

64. Un proceso completo en esa Audiencia puede consultarse en: R. I. PEÑA, *Juicios de declaración de nulidad de matrimonio en Córdoba del Tucumán (Siglo XVIII): Un caso jurisprudencial*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Separata de Anales 25 (1986) 141 – 167.

65. J. GAUDEMET, *El matrimonio en Occidente*, Madrid 1993, págs. 420 – 421, N. DELLAFERRERA, *Procesos canónicos. Catálogo (1688 - 1888) Archivo del Arzobispado de Córdoba*, págs. 115 – 715. Para la Arquidiócesis de Lima se ha señalado que entre los años 1760 y 1810, los litigios matrimoniales de diversa índole, las nulidades y divorcios sustanciados ante la audiencia episcopal tienden a aumentar. Suman 14 entre 1760 a 1769; en la siguiente década 32; luego suben a 105 y, posteriormente, a 263. Por último, en la última década, de 1800 a 1809, llegan a 305. Este ascenso es interrumpido por fluctuaciones que varían notablemente según el tipo de proceso. Mientras las 42 nulidades presentadas en estos cincuenta años se mantuvieron en el mismo nivel y no hubo, año a año, mayores cambios, los litigios, que inicialmente se dieron en cantidades equiparable a las nulidades, ascendieron rápidamente y alcanzaron su pico más alto en la última década del siglo XVIII.

Siguiendo con el caso analizado, quien reclama la nulidad es mujer y menor de edad con la significación jurídica que ello tenía en la época. Situación que tampoco es excepcional en cuanto que en los procesos matrimoniales de toda América indiana con frecuencia las partes son mujeres, negros, indios o mestizos, es decir, sujetos que se encuentran en estratos inferiores del orden social colonial<sup>66</sup>.

En cuanto al criterio I del *motuo proprio* que suprime el requisito de la doble sentencia conforme de la nulidad del matrimonio para que las partes puedan acceder a nuevas nupcias siendo suficiente la certeza moral alcanzada por el juez en la primera sentencia, se ha visto que hasta la bula de Benedicto XIV la sentencia de nulidad no apelada habilitaba a contraer una nueva unión como, asimismo, la particularidad del sistema indiano que permitía concluir las causas en el continente sin necesidad de recurrir a Roma. La preocupación manifestada por el Papa Lambertini en la referida bula sobre las noticias que llegaban a la Santa Sede denunciando la facilidad con que los jueces eclesiásticos declaraban la invalidez de los matrimonios al punto que tiene conocimiento que algunos han celebrado cuatro nupcias estando vivo el primer cónyuge<sup>67</sup> no parece darse en los canonistas indianos. Al menos, de la información ofrecida por los textos de la época no se recogen testimonios de tales abusos en América. Excepcionalmente, aparece alguna queja sobre la ligereza con que las mujeres recurren al juicio divorcio o nulidad para separarse de sus maridos<sup>68</sup> que en cierto sentido podría interpretarse en orden a la accesibilidad a la justicia eclesiástica ya mencionada y, también, podría ser un indicio de la confianza de la mujer en encontrar protección y tutela de sus derechos en el tribunal episcopal. En materia de divorcio, la principal causal invocada eran las sevicias, físicas o morales, sufridas por la esposa.

Concluyo con una breve proyección a nuestros días. Como señalé, al menos desde mi punto de vista, es fácil encontrar paralelos entre el proceso de nu-

---

Cf. M. CHOCANO MENA, – A. FLORES GALINDO, *Las cargas del sacramento*, en Revista Andina 4 (1984) 405. Estos autores, asimismo, señalan que el índice de procesos matrimoniales tramitados en Lima es superior, por ejemplo, a los sustanciados en Rúa (Francia) en 1792 con la diferencia que en éste último país había ocurrido una revolución y el matrimonio comenzaba a constituirse como un contrato profano.

66. Los estudios realizados sobre los procesos matrimoniales sustanciados ante la audiencia episcopal de Lima para el siglo XVIII demuestran que la mayoría de las actoras son mujeres quienes, a su vez, provienen de las clases populares. Cf. M. CHOCANO MENA, – A. FLORES GALINDO, *Las cargas...* 407.409.

67. BENEDICTO XIV, *Dei miseratione* § 2.

68. II CONCILIO PROVINCIAL DE LIMA, *Constituciones para españoles*, Caput 23. *Ne episcopi facile aliquos ad tori divortium admittant*, SÍNODO DE AREQUIPA DE 1684, Lib. V, Tít. I, *De iudiciis, eorumque ministris*, Cap. IX. *Cómo se debe obrar en las causas matrimoniales*

lidad del Antiguo Régimen aquí esbozado y algunas de las reformas procesales recientemente promulgadas por el Papa Francisco (juez único, celeridad de los procesos, descentralización y fácil acceso a la justicia eclesiástica, no apelación obligatoria). Las actas de los procesos eclesiásticos tramitados durante el período colonial en América han sido estudiadas desde diversos ángulos, sin embargo, son pocas las investigaciones realizadas desde una óptica canónica, es posible que estudios en este sentido puedan constituir una contribución para el momento actual sobre la práctica, las luces y sombras de las recientes modificaciones constituyéndose en un valioso aporte a fin de ofrecer una solución pastoral justa, como dice el *motu proprio Mitis Iudex* al “enorme número de fieles que, aunque deseando proveer a la propia conciencia, con mucha frecuencia se desaniman ante las estructuras jurídicas de la Iglesia, a causa de la distancia física o moral”<sup>69</sup>.

69. FRANCISCO, *Motu proprio Mitis Iudex. Dominus Iesus*.