

REVISTA DE HISTORIA DEL DERECHO PRIVADO

CONSEJO CIENTÍFICO

Manlio Bellomo (Universidad de Catania)	Sergio Martínez Baeza (Academia Chilena de la Historia)
Geró Dolezalek (Universidad de Leipzig)	Emma Montanos Ferrín (Universidad de la Coruña)
Antonio Dougnac Rodríguez (Academia Chilena de la Historia)	Kenneth Pennington (Syracuse University)
Alejandro Guzmán Brito (Universidad Católica de Valparaíso)	Víctor Tau Anzoategui (Universidad de Buenos Aires)

DIRECTOR

Javier Barrientos Grandon

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Javier Rodríguez Torres

EDITOR Y PRODUCTOR EDITORIAL

Marcelo Rojas Vásquez

La correspondencia científica, colaboraciones y solicitudes de canjes de esta Revista, así como las obras para ser recensionadas, deben dirigirse a la Secretaría de Redacción de la *Revista de Historia del Derecho Privado*, Instituto Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereyra.

Calle República 105 - Santiago - Chile  
<http://www.solorzano.cl>  
Correo electrónico: [javier.barrientos@udp.cl](mailto:javier.barrientos@udp.cl)

© 2000 Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereyra  
ISSN 0717-4314

## REVISTA DE HISTORIA DEL DERECHO PRIVADO

III

INSTITUTO DE HISTORIA DEL DERECHO  
JUAN DE SÓLÓRZANO Y PEREYRA

Santiago de Chile, MM

UN MATRIMONIO PROHIBIDO EN EL BUENOS AIRES VIRREINAL:  
EL CASO DEL OIDOR TOMÁS IGNACIO PALOMEQUE

VIVIANA KLUGER  
Universidad de Buenos Aires  
Universidad del Museo Social Argentino

I. INTRODUCCIÓN

Un caluroso verano de 1786, la ciudad de Buenos Aires se sacude con la noticia de que el Virrey, Marqués de Loreto, ha decidido tomar cartas en la cuestión del casamiento del oidor de la recientemente instalada Audiencia de Buenos Aires, Tomás Ignacio Palomeque, con Andrea Albizury, vecina de la misma ciudad, en abierta violación a la prohibición que pesaba en cabeza de estos magistrados, de contraer matrimonio con mujer residente en su distrito, sin licencia real.

Existe una vasta bibliografía sobre la organización política indiana, la administración de justicia, el sistema de las audiencias, los oidores, los impedimentos para contraer matrimonio, e incluso ha habido referencias al mencionado suceso. Sin embargo, hasta ahora no se han estudiado, desde el punto de vista histórico-jurídico, las actuaciones que inició el Virrey, y que motivaron el traslado del oidor.

El objeto de este trabajo, por lo tanto, consiste en efectuar un análisis de este expediente, utilizando como fuente, además, las disposiciones legales y la doctrina. Para ello, partimos de una referencia general a las audiencias, los oidores, las disposiciones legales por las que se establecía la prohibición, la opinión que al respecto tenía la doctrina, el procedimiento para la instrucción de las causas y para la obtención de las licencias, las penas impuestas a los transgresores y la convivencia de los oidores con esta prohibición; para pasar luego al estudio de las actuaciones, con miras a indagar quiénes intervinieron en ellas, en qué consistieron éstas, cómo se demostró el matrimonio y cuánto duró la investigación, concluyendo con unas consideraciones finales acerca de un suceso que conmocionó al Buenos Aires virreinal y su proyección hacia el presente.

## 2. LAS AUDIENCIAS

Las teorías medievales sobre el reino consideraban a la justicia como la primera obligación de soberano, por lo que el gobierno español actuaba conforme a este ideal: el rey era el árbitro supremo de las disputas, la fuente de justicia, y el garante de equidad para el equivocado o el desafortunado<sup>1</sup>.

Por lo tanto, y tal como lo sostienen Burkholder y Chandler, en Castilla, los Reyes Católicos consolidaron en parte su autoridad mediante el énfasis puesto en las leyes, como consecuencia de lo cual, durante su reinado, los organismos judiciales se convirtieron en órganos importantísimos de la administración real<sup>2</sup>.

De todos estos organismos, el más destacado era la audiencia, que funcionaba principalmente como tribunal de apelación de las jurisdicciones inferiores, y que estaba formada por oidores, que eran jueces civiles; alcaldes del crimen, que se desempeñaban como jueces penales; y fiscales, que representaban los intereses de la Corona. Estas cortes proveían al poder ejecutivo del distrito, de consejo; implementaban la legislación, y poseían suprema autoridad en la región durante la ausencia del poder ejecutivo, por lo que eran instituciones de gran prestigio y tenían poderes para resolver asuntos judiciales, legislativos y ejecutivos. En los casos penales y la mayoría de los civiles, eran cortes de apelación dentro del territorio de su jurisdicción, constituyendo la última instancia con respecto a estas dos últimas cuestiones. En ausencia del ejecutivo, la audiencia se hacía cargo de sus funciones de gobierno y estaba investida de una autoridad muy amplia que la convertía en un importante órgano de control de otras instituciones gubernamentales<sup>3</sup>.

Fernando el Católico y sus sucesores decidieron fundar audiencias en las principales ciudades de las Indias, como medida dirigida a establecer un firme control sobre aquellas tierras. Sin embargo, estos nuevos tribunales pronto ejercieron facultades muy superiores a las responsabilidades judiciales de sus antecesores castellanos.

Poco tiempo después del descubrimiento del Nuevo Mundo, se decidió establecer audiencias en las principales ciudades de América, comenzando por la de Santo Domingo en 1511 y siguiendo luego con la de México en 1527.

Gaspar de Villarroel afirmaba que la fundación de las audiencias reales se había encaminado "por la piedad de los reyes al bien común, a conservar los hombres en paz, a defender los pequeños de los poderosos, y a que en la tierra no falte la justicia" y que eran importantes para la tranquilidad y quietud de las repúblicas y para enfrentar el orgullo de la nobleza, ya que sin audiencias, "todo fuera behetería", porque la nobleza era "por la mayor

<sup>1</sup> BURKHOLDER, Mark A. - CHANDLER, D. S., *Biographical Dictionary of Audiencia Ministers in the Americas, 1687-1821*, USA, Greenwood Press, 1982, p. xi.

<sup>2</sup> BURKHOLDER, Mark A. - CHANDLER, Dewitt S., *De la impotencia a la autoridad. La corona española y las audiencias en América, 1687-1808*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, p. 13.

<sup>3</sup> *Idem*, pp. 14 y 15.

parte arrogada y engréida y es menester enfrentarla", y que "esto sólo lo hacen con vigor las audiencias"<sup>4</sup>.

## 2.1. La Audiencia de Buenos Aires

El 6 de abril de 1661 se decidió establecer una audiencia en Buenos Aires, ante la necesidad de asegurar la defensa del puerto y de combatir el contrabando que se realizaba por el puerto de esta ciudad. Comenzó a funcionar en 1663, pero al extirpar casi totalmente el contrabando y sumirse la ciudad de Buenos Aires en una pobreza total como consecuencia de la eliminación de esta práctica, se multiplicaron las súplicas para que fuera levantada la prohibición de comerciar, y como consecuencia de estos pedidos, fue suprimida por Real Cédula del 31 de diciembre de 1671, la que se hizo efectiva el 26 de octubre de 1672<sup>5</sup>.

Un siglo después, el adelanto de estas provincias volvió a plantear el problema, y por Real Cédula del 14 de abril de 1783 se creó nuevamente un organismo de esa naturaleza en Buenos Aires, el que comenzó a funcionar el 8 de agosto de 1785<sup>6</sup>.

Era tribunal de apelación de todas las causas civiles y criminales falladas por los jueces inferiores de su distrito, que eran los alcaldes ordinarios, los asesores letrados de las intendencias, que hacía poco se habían establecido y los gobernadores político-militares de Montevideo, Misiones y Malvinas.

Entendía en segunda o tercera instancia según cuál había sido el trámite dado anteriormente al litigio; y en los conflictos de competencia y recursos de fuerza interpuestos contra las decisiones de los jueces eclesiásticos. Ante este tribunal podían apelarse las resoluciones del Virrey y de los intendentes expedidas en asuntos de gobierno.

Por una disposición dictada tres días después de instalada la Audiencia, el 11 de agosto de 1785, se implantaba en nuestro territorio la obligatoriedad de consultar al tribunal las causas criminales como consecuencia de las cuales se debiera aplicar penas capitales o afflictivas, en cuyo caso éstas debían concluir forzosamente en la Audiencia<sup>7</sup>.

En asuntos civiles de menor cuantía, y en criminales por delitos leves o faltas, podían sentenciar dos oidores, o un oidor y un conjuer, pero en asuntos graves, el tribunal debía sesionar en pleno<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> VILLARROEL, Gaspar de, *Gobierno eclesiástico-pacífico*, Quito, Selecciones, 1943, Clásicos Ecuatorianos, VI, pp. 123 y 176.

<sup>5</sup> ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1975, p. 46.

<sup>6</sup> ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *La organización judicial argentina en el período hispánico*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1981, p. 146.

<sup>7</sup> MARLUZ URQUO, José María, "La Real Audiencia de Buenos Aires y la administración de justicia en lo criminal en el interior del Virreinato", en *Primer Congreso de Historia de los Pueblos de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, 1952, p. 271.

<sup>8</sup> GARCÍA CHUECOS, Héctor, "La Real Audiencia de Caracas. Apuntes para su historia", en LÓPEZ BOHÓRQUEZ, Alí Enrique, *La Real Audiencia de Caracas en la historiografía venezolana. Materiales para su estudio*, Caracas, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia. Fuentes para la historia colonial de Venezuela, 1986, p. 291.

El establecimiento de la Audiencia de Buenos Aires, en opinión de Mariluz Urquijo, significó una mejora substancial en la administración de justicia en el Río de la Plata, no sólo por la acción ejercida sobre los procesos que pasaban directamente ante el mismo tribunal, sino por la "imperiosa labor que desarrolló para mejorar y facilitar la labor de los magistrados locales y del interior"<sup>9</sup>.

La segunda Audiencia de Buenos Aires sobrevivió a la Revolución de Mayo, hasta que fue reemplazada en el "Reglamento de institución y administración de justicia", dictado por el Primer Triunvirato, el 23 de enero de 1812, por la Cámara de Apelaciones<sup>10</sup>.

## 2.2. Los oidores

En la mano de esos ministros, quedaba "la vida, honra y haciendas", de quienes acudían a ellos en busca de justicia<sup>11</sup>.

"Jueces son omes buenos que son puestos para mandar é hacer derecho", decían las Partidas<sup>12</sup>, y Pérez y López, agregaba que "siendo éste un encargo tan delicado, es preciso que lo sean personas en las cuales brille la ciencia, la pureza de costumbres, y muchas excelentes virtudes y qualidades, que las leyes descan y piden en ellos"<sup>13</sup>.

Gaspar de Villarreal afirmaba que "estas audiencias siempre se pueblan con excelentes sujetos de Salamanca", y se preguntaba de quién podía el obispo fiar con gusto las cosas de su alma, sino de la virtud, piedad y letras de una audiencia. Aconsejaba que no se eligiera a los más ricos sino a los más virtuosos, "porque en un médico no atendemos a su riqueza sino a su pericia", porque aquéllos que no atienden a lo que importa, sino a lo que adivinan gusta a los reyes, "no son consejeros sino enemigos"<sup>14</sup>.

Juan de Solórzano Pereyra, recordando la alta función que ejercían los jueces, les recomendaba que debían proceder con modestia, templanza y costumbres, de suerte que los que viviesen debajo de su gobierno, protección y jurisdicción, "se mirasen en ellos como en un puro y cristalino espejo para imitarles", y en otro pasaje de su célebre "Política Indiana", afirmaba que era menos dañoso a la república que fuera su rey malo, que el serlo sus consejeros y magistrados, "porque si éstos son buenos, le detenían y enfrentaban con sus consejos, y si éstos eran malos, le harían peor dejándolo correr con sus libertades"<sup>15</sup>.

<sup>9</sup> MARILUZ URQUIJO, José María, (n. 7).

<sup>10</sup> ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, (n. 6), p. 118.

<sup>11</sup> RUIZ GUISAZÚ, Enrique, *La Magistratura Indiana*, Buenos Aires, 1916, p. 21.

<sup>12</sup> Sp. 1.6.3.

<sup>13</sup> PÉREZ Y LÓPEZ, Antonio Xavier, *Teatro de la legislación universal de España e Indias, por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopiladas; y alfabético de sus cuerpos y decisiones no recopiladas; y alfabético de sus títulos y principales materias*, Madrid, 1792, "jueces", p. 65.

<sup>14</sup> VILLARREAL, Gaspar de, (n. 4), pp. 176 y 178.

<sup>15</sup> SOLÓRZANO Y PEREYRA, Juan de, *Política Indiana*, Biblioteca de Autores Españoles, Madrid, Ediciones Atlas, 1972, tomo IV, p. 384.

No faltaron detractores de los oidores, quienes aseguraban que no había habido en todos los Virreinos de España, funcionarios más orgullosos y soberbios que los oidores, quienes creían que sus personas eran sagradas y el hábito los había acostumbrado a mirar sus propias decisiones y fallos como irrevocables, lo mismo que a su vez ejecutadas sus órdenes<sup>16</sup>.

Sus miembros "eran parte integrante de una burocracia especializada que operaba tanto en España como en las Indias", y para entrar a las filas de este sector superprofesional de la real administración, había que cumplir muchos requisitos tanto de carácter social como de formación profesional<sup>17</sup>.

A tal efecto, Corona trató de enviar a las colonias, ministros que fueran, según la expresión de John L. Phelan, "guardianes platónicos", y por eso los designados no debían tener ningún lazo personal, económico o emocional con la región en que desempeñaran sus funciones, y una vez en ella tenían que llevar una vida muy reservada<sup>18</sup>. Es que la Corona quería magistrados aislados de la población local, y para Burkholder y Chandler, "las influencias locales directas e indirectas sobre los funcionarios reales se convirtieron en una de las claves del éxito financiero en América"<sup>19</sup>.

La mayoría provenía del campo de la docencia universitaria, y tenía experiencia como asesores o funcionarios judiciales<sup>20</sup>, lo que demuestra que el criterio de selección de los candidatos, por sus antecedentes familiares, había cedido frente a la "regla de la experiencia".

La Corona quería evitar a toda costa que los integrantes de las audiencias tuvieran lazos profundos con la sociedad local, para lo cual la primera medida era integrarla con sujetos casi exclusivamente llegados de afuera.

Durante el período de la dominación española en América, las audiencias estuvieron conformadas por una mayoría casi absoluta de peninsulares, generalmente andaluces, gallegos y aragoneses<sup>21</sup>.

## 3. LA PROHIBICIÓN DE CONTRAER MATRIMONIO CON MUJER RESIDENTE EN EL MISMO DISTRITO

### 3.1. Disposiciones legales

Para asegurar su dominio sobre los tribunales, la Corona tenía que romper los lazos existentes entre los ministros y la sociedad local, e impedir que "los hombres nuevos cuidadosamente elegidos también echaran raíces en la colonia donde administraban la real justicia", y

<sup>16</sup> ROBERTSON, J. P. y G. P., *Cartas de Sud América*, Buenos Aires, Emecé, 1950, p. 37.

<sup>17</sup> BURKHOLDER, Mark A. - CHANDLER, Dewitt S., (n. 2), p. 15.

<sup>18</sup> Ídem, p. 19.

<sup>19</sup> Ídem, p. 18.

<sup>20</sup> Ídem, pp. 168 y 172.

<sup>21</sup> Ídem, p. 172.

a efectos de lograr estos fines, según Burkholder y Chandler, "los medios usados fueron el escalafón, que casi automáticamente limitaba la duración de un magistrado en un lugar a unos cuantos años, las sanciones disciplinarias" y la prohibición de que los ministros se casaran dentro del distrito de la audiencia, sin licencia real<sup>22</sup>.

Para Burkholder y Chandler, "los asuntos del corazón" llevaban a más problemas, y entonces la Corona prefirió que el oidor tuviera una esposa peninsular a la fecha de su nombramiento: un ministro soltero a menudo significaba eventuales problemas de implicarse en la sociedad local<sup>23</sup>.

Sin embargo, Mariluz Urquijo, menos romántico, piensa que "en una sociedad en la que los lazos familiares no sólo los de la familia nuclear sino los de la familia extensa tenían gran fuerza y explican muchas solidaridades en el plano político o económico, se procura impedir que el magistrado o sus hijos casen en el país en el que ejerce un oficio para que no contraiga relaciones de parentesco que podrían torcer su juicio". Compartimos con él que "estas precauciones se justifican mucho más en una época en la que el matrimonio no suele ser el resultado de una previa vinculación sentimental sino de una calculada estrategia dirigida a escalar posiciones o acumular riqueza"<sup>24</sup>.

El antecedente más remoto de la prohibición puede remontarse a una ley de *Partidas*<sup>25</sup> que prohibía que el adelantado casara en su tierra, fundada en que éste podría usar su gran poder para forzar a alguna mujer a contraer enlace.

En América, según Daisy Rípodas Ardanaz, ya en 1563 se tiene en cuenta la prohibición al redactar las Instrucciones para el primer Presidente de la Audiencia de Quito, a quien se advierte que no han de casarse en esas provincias, sin expresa licencia Real, ni él ni sus hijos, hijas u otros parientes, y, un lustro después, al componer las del Virrey Toledo, cuyas interdicciones matrimoniales se circunscriben a su propia persona y a sus hijos e hijas. Además, según la misma autora, "es posible que algunas referencias a interdicciones matrimoniales que aparecen en escritos de Virreyes de Perú y del Consejo de Indias con anterioridad a la Real Cédula de 1575 se hallen vinculadas a prohibiciones parciales"<sup>26</sup>.

Finalmente, en 1575, una Real Cédula, incorporada luego a la *Recopilación de Leyes de Indias*<sup>27</sup>, dispuso con carácter general para las Indias que ni los Virreyes, presidentes, oidores, alcaldes del crimen y fiscales ni sus hijos pudieran casarse en sus distritos sin licencia especial del Rey, durante el término de sus funciones<sup>28</sup>. Rípodas Ardanaz atribuye

<sup>22</sup> Idem, p. 175.

<sup>23</sup> BURKHOLDER, Mark A. - CHANDLER, Dewitt S., (n. 1), p. XXI.

<sup>24</sup> MARILUZ URQUIJO, José María, *El agente de la administración pública en Indias*, Buenos Aires, Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1998, p. 344.

<sup>25</sup> Sp. 4.14.2.

<sup>26</sup> RÍPODAS ARDANAZ, Daisy, *El matrimonio en Indias. Realidad social y regulación jurídica*, Buenos Aires, FECIC, 1977, pp. 321-322.

<sup>27</sup> Rec. Ind. 2.16.82.

<sup>28</sup> Real Cédula del 10 de febrero de 1575, dada en Madrid: "El Rey. Por cuanto por visitas y residencias ya algunas otras relaciones que se han enviando y por experiencia se han visto algunos inconvenientes que se han

el paso de estas medidas particulares a la prohibición general de la Real Cédula de 1575, al estímulo provocado "por las noticias que personajes eclesiásticos y funcionarios civiles habían ido haciendo llegar al Rey por esos años en torno del problema"<sup>29</sup>.

Y estas disposiciones fueron reiteradas a lo largo de todo el período de la dominación española en América<sup>30</sup>.

Los motivos por los cuales se dictaron eran: que estos enlaces impedirían que se desempeñara el cargo con imparcialidad; los gravísimos inconvenientes en la recta y pronta administración de justicia que producían este tipo de uniones; que convenía "al buen ejercicio de sus funciones y a la buena administración de la justicia" que los funcionarios estuvieran libres de parientes para que "sin afición hagan y ejerzan lo que es a su cargo y

---

seguido y siguen de casarse los nuestros Virreyes, presidentes y oidores, alcaldes del crimen y fiscales de las nuestras Audiencias de las Indias, islas y tierra firme del mar océano, y sus hijos con ellas y que conviene a la buena administración de la nuestra justicia y lo demás tocante a sus oficios que estén libres de parientes y deudos en aquellas partes, para que sin afición hagan y ejerzan lo que es a su cargo y despachen y determinen con toda entereza los negocios que conocieren y no haya ocasión ni necesidad de usar las partes de recusaciones y otros medios para que se hayan de abstener del conocimiento dellos, sino que con la rectitud que conviene, se despachen, y habiéndose visto y platicado sobre ello por los del nuestro Consejo Real de las Indias para evitar estos inconvenientes y que nuestros súbditos y vasallos alcancen justicia y no tengan ocasión de se agraviar, por la cual prohibimos y expresamente defendemos que agora y de aquí en adelante, entretanto que por nos otra cosa en contrario se mande, sin nuestra licencia particular, como en estos nuestros reinos se hace, no se puedan casar ni se casen en las dichas nuestras Indias los dichos nuestros Virreyes, presidentes, oidores, alcaldes del crimen y fiscales de las nuestras Audiencias de las Indias en sus distritos y lo mismo sus hijos e hijas durante el tiempo que ellos nos sirvieren en los dichos cargos, so pena de que por el mismo caso sus plazas queden vacas y desde luego las declaramos por tales para las proveer en otras personas en quien fuere nuestra voluntad, y para que esto tenga cumplido efecto, mandamos que esta nuestra cédula se lea en todas y en cada una de las dichas nuestras Audiencias en el acuerdo concurriendo a ello el presidente y oidores, alcaldes y fiscales y nuestro escribano de cámara y de gobernación, par que se dé fe dello".

<sup>29</sup> RÍPODAS ARDANAZ, Daisy, (n. 26), pp. 321-322.

<sup>30</sup> Lisboa, 26 de febrero de 1582 en *Cedulario de Encinas*, I, p. 353; Rec. Ind. 5.2.44; Viana, 15 de noviembre de 1592; Rec. Ind. 3.3.40: "Que los Virreyes y Presidentes Gobernadores cumplan las Cédulas que prohiben los casamientos de Ministros y sus hijos"; D. Felipe III en S. Lorenzo, á 11 de junio de 1601. Cap. 33 de Instrucción de Virreyes; D. Felipe III en Madrid á 18 de Junio de 1624, cap. 33. D. Carlos II y la Reyna gobernadora; 24 de mayo de 1740. "Que los Virreyes y Presidentes, observen precisa y literalmente las leyes 82 y siguientes del título 16, lib. 2 de la Recopilación y 40, título 3, lib. 3, corroboradas por Consulta del consejo de 22 de Diciembre, para que en los casamientos de ministros y sus hijos, se observen precisa y literalmente, sin esperar los contraventores efecto alguno de benignidad en la real persona, sino toda indignación y castigo; 23 de enero de 1754. Que los Virreyes, Presidentes, y Audiencias de las Indias, y todos los demás a quienes toque, observen puntualmente en todo su vigor la ley 82 título 16, lib. 2 de la Recopilación, que proibe los casamientos de los Ministros de las Audiencias y de los de sus hijos, sin la real licencia respectiva"; 23 de noviembre de 1764. "Que el Virrey de Lima publique y cuide de lo que en esta Cédula se declara, que por la de 23 de Enero no se ha alterado la disposición de las leyes 82 y 83 título 16, lib. 2 de la Recopilación, que proibe los casamientos de los ministros con muger, que sea natural del distrito de las Audiencias, en que sirven, o que resida en él, aunque sea natural del de otra, dexandoles la libertad de casarse con muger natural, y residente en territorio distinto"; MATRAYA Y RICCA, Juan Joseph, *Catálogo cronológico de pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones reales (1809)*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1978, p. 310, N° 601; p. 318, N° 681 y p. 329, N° 809.

despachen y determinen con toda entereza los negocios que conocieren"; y evitar recusaciones y otros medios para que se abstuvieran de conocer y que se despacharan los asuntos con rectitud<sup>31</sup>.

Según Daisy Rípodas Ardanaz, estas normas perseguían una triple finalidad: salvaguardar el libre consentimiento de las contrayentes eliminando el peligro de posibles presiones de la autoridad, evitar conexiones que pudieran empañar la rectitud del que ejerce el poder e impedir el desdoro familiar inherente a tratos matrimoniales que no llegaban a culminar por falta de la licencia<sup>32</sup>.

Para Lohmann Villena,

"la estrecha prohibición de tomar por esposa a una oriunda del término jurisdiccional de la audiencia en la cual desempeñaban sus funciones salvo especial autorización del Soberano-constituyó otro vano intento de mantener a los ministros exentos de todo compromiso y ajenos a las dependencias que se derivaban inevitablemente de emparentar con familias locales"<sup>33</sup>.

La Corona pretendía "que lo susodicho sea público y notorio y ninguno pueda pretender ignorancia" y en este sentido disponía que

"mandamos a los nuestros Virreyes, presidentes y oidores de las nuestras Audiencias Reales de las dichas nuestras Indias, islas y tierra firme del mar Océano que hagan pregonar públicamente esta nuestra cédula cada Audiencia en las ciudades y pueblos de su distrito donde por nos fueren proveídos y se proveyeren los dichos gobernadores, corregidores y alcaldes mayores y que de la publicación en della hagan que se tome testimonio en los libros del cabildo de las dichas ciudades y pueblos donde se pregonare y que en ellos queda asentada esta nuestra cédula y de haberlo hecho nos den aviso"<sup>34</sup>.

Para general conocimiento, esta orden debía leerse en una sesión plena de las audiencias, y darse fe de la lectura, pero según Ernesto Schäfer<sup>35</sup> no parece haberse hecho

<sup>31</sup> Real cédula (en adelante "Rc") de 1575 y Consulta de la Cámara de las Indias sobre una instancia de don Cosme de Mier y Trespalacios, oidor de la Real audiencia de México, solicitando que V.M. le conceda licencia para contraer matrimonio con persona natural del distrito de aquel tribunal. Madrid, 10 de junio de 1793, en KONETZKE, Richard, *Colección de Documentos para la Historia de la Formación Social de Hispanoamérica. 1493-1810*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1958, II.

<sup>32</sup> RÍPODAS ARDANAZ, Daisy, (n. 26), pp. 344-346.

<sup>33</sup> LOHMANN VILLENA, Guillermo, *Los Ministros de la Audiencia de Lima en el reinado de los Borbones. 1700-1821. Esquema de un estudio sobre un núcleo dirigente*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispano-Americanos, 1974, pp. LX y LXI.

<sup>34</sup> Viana, 15 de noviembre de 1592.

<sup>35</sup> SCHÄFER, Ernesto, *El Consejo Real y Supremo de las Indias. II. La labor del Consejo de Indias en la administración colonial*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispanoamericanos, 1947, p. 122.

esto, pues en 1586, el Consejo de Indias con referencia a un caso reciente relataba al Rey entre otras cosas:

"aunque esta cédula se envió por vías duplicadas a todas las audiencias, no se pregonó de ellas, y así quedó en los archivos, teniendo apercebidos y recelosos a los ministros para no incurrir en la pena ni contravenir lo ordenado que fue la intención que se tuvo más que a ejecutarla con todo rigor, pues podría ofrecerse algún casamiento que no tuviese inconveniente"<sup>36</sup>.

### 3.2. La pena

El castigo impuesto a los que se casaban en violación de la ley no incidía en la validez del matrimonio, que era tan válido para la Iglesia como para el Rey<sup>37</sup>. En este sentido se pronunciaba Solórzano, al sostener que "por ellas no quitan los Príncipes que las promulgan, el valor y fuerzas de estos casamientos, pues si llegan á hacerse válidos, firmes y verdaderos se queda"<sup>38</sup>.

La pena era la privación del oficio para el presente y el futuro<sup>39</sup>, y atento a que el rey se había anoticiado de que algunos iniciaban tratativas con la esperanza de que se les iba a dar el permiso, el castigo se extendía aún a quienes realizaban el intento, aunque luego no se casaran, quienes serían pasibles de la misma pena<sup>40</sup>. Es por ello que el rey, en varias oportunidades, reiteraba que no pensaba dar las licencias<sup>41</sup>.

A partir de Felipe II se insinuó la conveniencia de penas pecuniarias, castigo que no se mencionaba en la *Recopilación*<sup>42</sup>. Tal vez por esta razón, y hacia 1800, los ministros que contraían matrimonio sin contar con la licencia real tenían más probabilidad de ser destituidos que multados<sup>43</sup>.

Para Schäfer, "a pesar de todas las amenazas de rigor el castigo por casamiento en el distrito generalmente se limitaba solamente a un traslado"<sup>44</sup>.

<sup>36</sup> Consulta del consejo de las Indias sobre la prohibición de casarse los oidores en su distrito. Madrid, 5 de febrero de 1586, en KONETZKE, Richard, (n. 31).

<sup>37</sup> MARLUZ URQUIJO, José María, (n. 24), p. 344.

<sup>38</sup> Y agrega, "Y lo que hacen, sólo es, despedir de su servicio á los que contra sus mandatos y sin su licencia los contraxeren, fundándose para esto en las justas razones del bien público que déxo apuntadas. Lo qual es licito y permitido según la más comun y verdadera opinion de los Teólogos y Canonistas, que trayendo para ello muchos exemplos de otras semejantes prohibiciones, resuelven Covarrubias, Molina, Acosta Barbosa, Pichardo, Tesauro y otros innumerables Doctores, que refiere Carolo de Grasis, con los quales viene á conformarse, despues de larga disputa, el Padre Rebelo, defendiendo y concluyendo constantemente, que pueden los Principes por justas causas impedir los matrimonios de los súbditos, pero no forzarlos".

<sup>39</sup> Lisboa, 26 de febrero de 1582 Encinas. tomo I, p. 353. Esta real cédula pasó a Rec. Ind. 5.2.44.

<sup>40</sup> Viana, 15 de noviembre de 1592.

<sup>41</sup> El 12 de mayo de 1619 se decretó que el Consejo de Indias no admitiría solicitud alguna de dispensa. KONETZKE, Richard, (n. 31), II, 232-233.

<sup>42</sup> RÍPODAS ARDANAZ, Daisy, (n. 26), pp. 328-329.

<sup>43</sup> BURKHOLDER, Mark A. - CHANDLER, Dewitt S., (n. 2), p. 185.

<sup>44</sup> SCHÄFER, Ernesto, p. 123.

Muchas veces la Corona tenía que enfrentarse, especialmente cuando había mujeres de clases más bajas implicadas, con el concubinato o el amancebamiento de los oidores. Entonces, cuando Madrid recibía noticia de un escándalo causado por alguna "ilícita amistad" de un juez, la reacción era realizar un cambio de destino, y a menudo conducía a un retiro forzado<sup>45</sup>.

Para Burkholder y Chandler, "los magistrados culpables de disconducia o alguna otra ofensa podían sufrir suspensión o recibir un humillante despido sin ni siquiera una cuarta parte del salario. En casos extremos, un juez podía ser echado, multado, y exiliado de la corte y de las principales ciudades", por lo que "un magistrado que apareciera culpable de una ofensa menor o fuera parte de un escándalo celebrado podía ser transferido temporariamente a otra corte mientras la investigación tenía lugar"<sup>46</sup>.

En cuanto a los salarios, Solórzano opinaba que "desde ese mismo día le cesaron los salarios de su plaza al que contravino y que tiene obligación de restituirlos en ambos fueros"<sup>47</sup>. En el mismo sentido, Felipe III mandaba a los oficiales de la Real Hacienda retenerlos desde el día en que les constare que el infractor hubiese concertado el matrimonio<sup>48</sup>.

### 3.3. Las licencias

El texto de la Real Cédula de 1575, abría la puerta a que el oidor pudiera contraer matrimonio con mujer residente en su distrito, mediante la dispensa del Rey, partiendo del supuesto de que "quien ha instituido una prohibición tiene la potestad de dispensar de ella"<sup>49</sup>.

Quienes solicitaban el permiso podían ser el mismo oidor, quien podía pedir la licencia para casarse con una mujer determinada, o con cualquier mujer del distrito<sup>50</sup>, o las mismas mujeres, ya se tratase de la futura contrayente<sup>51</sup>, o de cualquier mujer del distrito, quien podía requerir la dispensa para casarse con cualquier oidor<sup>52</sup>, y hasta encontramos oidores que se dirigían al Virrey, pidiéndole que le consiguiera la candidata, dentro su propio distrito<sup>53</sup>.

A veces pedían permiso por anticipado, es decir, sin mencionar el nombre de la candidata, con el objeto de poder contraer matrimonio luego, cuando encontraran la mujer que les agradara dentro de su distrito<sup>54</sup>.

<sup>45</sup> BURKHOLDER, Mark A. - CHANDLER, Dewitt S., (n. 1), p. XXI

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> SOLÓRZANO Y PEREYRA, Juan de, (n. 15), N° 71.

<sup>48</sup> RÍPODAS ARDANAZ, Daisy, (n. 26), pp. 329-330.

<sup>49</sup> *Ídem*, p. 342.

<sup>50</sup> KONETZKE, Richard, (n. 31), consulta N° 564 y N° 10 (año 1692) N° 262 (año 1782).

<sup>51</sup> *Ídem*, Consulta efectuada en Madrid, 5 de febrero de 1586; Madrid, 9 de marzo de 1690, Madrid, 28 de julio de 1692; Madrid, 29 de julio de 1782; Madrid, 27 de septiembre de 1790 y Madrid, 10 de junio de 1793.

<sup>52</sup> *Ídem*, consulta N° 553.

<sup>53</sup> *Ídem*, consulta N° 335.

<sup>54</sup> *Ídem*, consulta N° 564.

Según Rípodas Ardanaz,

"frente a cada caso, el monarca de turno se pronuncia sin ceñirse a normas fijas, de suerte que sólo puede intentarse una caracterización provisional del criterio dominante en cada momento a través de la consideración de las soluciones dadas a algunos casos conocidos, caracterización que, como provisional, ha de resultar pasible de excepciones y, que lo que es más, ha de quedar sujeta a retoques o correcciones de fondo en la medida en que se analicen nuevos casos que no se compadezcan de ella"<sup>55</sup>.

En ocasiones, "los interesados ponían en práctica distintos eflujos para sortear la valla de la prohibición. Algunos contraían esponsales con persona del distrito que se ausentaba por algún tiempo y aparecía luego como forastera, con el fin de impedir las transgresiones encubiertas" y "alguna disposición establece que para que pueda permitirse el matrimonio en estos casos debe de haber mediado por lo menos un plazo de diez años entre la partida del que se ausenta y su retorno".

Otros recurrían a un matrimonio secreto y, si los que se habían casado eran sus hijos, alegaban que lo habían hecho sin su consentimiento, lo cual era una "pobre excusa pues lo que determina la pérdida del oficio según la ley no es que haya mediado consentimiento del padre sino que se haya producido el casamiento"<sup>56</sup>.

Con respecto a la frecuencia de la concesión de las licencias, la actitud de la Corona varió durante los cinco siglos que duró su dominio en América.

Según Rípodas Ardanaz, durante el reinado de Felipe IV se pueden distinguir dos momentos en lo que hace al otorgamiento de licencias matrimoniales:

"el que coincide con la privanza del conde-duque de Olivares, en el que, con concediéndose licencias con cierta facilidad, hace camino el uso de obtenerlas contra un elevado servicio pecuniario que ingresa a la Real Hacienda, y el posterior a la privanza en el que, encareciéndose los daños que padece la administración por las vinculaciones emergentes de los matrimonios y los clamores de los vasallos de Indias al respecto, se mezquinan los permisos y se priva de sus plazas o, al menos, se suspende a varios oidores que, contraviniendo las interdicciones, se han casado ellos mismos o han casado a sus hijos, de donde resulta que otros recurren al arbitrio de matrimonios secretos, solemnizados a veces al cabo de mucho tiempo"<sup>57</sup>.

Lucgo, en tiempos de Carlos II, según la misma autora,

"se observa una política moderada en la materia, dentro de la cual en 1685 se esboza por el Rey cierta tendencia a una mayor rigidez, presumiblemente

<sup>55</sup> RÍPODAS ARDANAZ, Daisy, (n. 26), p. 343.

<sup>56</sup> MARILUZ URQUHO, José María, (n. 24), p. 346.

<sup>57</sup> RÍPODAS ARDANAZ, Daisy, (n. 26), p. 344.

no ajena al alejamiento del primer ministro Duque de Medinaceli, pero continúa el uso de los servicios pecuniarios que se reparten por mitades entre el Real bolsillo y la Cámara de Indias<sup>58</sup>.

Para la autora, el cambio de dinastía “no incide de manera demasiado notable en lo relativo a licencias matrimoniales”, ya que

“Felipe V las sigue otorgando contra servicios pecuniarios cuyo monto discute a veces prolijamente, y lleva hasta a levantar la sanción recaída sobre algún desobediente en atención a que ha entregado al Erario una fuerte suma. Con todo, se observa cierta proclividad a denegar tales permisos –ya sea para el matrimonio de los funcionarios o para el de sus hijos– en nombre de los perjuicios al bien público y al Real servicio ocasionados por ellas<sup>59</sup>.”

Bajo Fernando VI continuó, en líneas generales, el régimen de servicios pecuniarios. En el reinado de Carlos II se volvió a este sistema, consistente en el pago de sumas que variaban entre 2000 y 4000 escudos<sup>60</sup>, mientras que durante el reinado de Carlos III, a la par que adopta medidas restrictivas, “suele conceder licencias de matrimonio con largueza, y sin que –práctica sugerente– medie servicio pecuniario alguno<sup>61</sup>.”

Finalmente, en la época de Carlos IV “parecían advertirse indicios de rigor en el castigo de los infractores y cierta dureza para el otorgamiento de licencias<sup>62</sup>.”

Para Rípodas Ardanaz, “en conjunto, la política de austrias y borbones en materia de matrimonios de funcionarios resulta confusa no sólo porque las prohibiciones generales se obvian frecuentemente a través de licencias sino también porque ciertas interdicciones especialmente duras datan de períodos en que esas licencias se conceden con facilidad” y “tales discrepancias pueden explicarse como producto de tensiones permanentes entre polos”: en un extremo,

“la existencia de un decreto de Felipe V de 31 de marzo de 1720 ende-rezado a que ‘se observen en adelante las leyes’, marca el ideal jurídico de acatamiento a las normas generales vigentes; en el otro extremo, la comprobación empírica de que, no obstante el decreto, ‘posteriormente han sido muy frecuentes estas dispensas’, marca la necesidad práctica de buscar soluciones casuísticas que no pierdan de vista la multiplicidad de situaciones personales, particularmente ricas en lo que hace a achaques matrimoniales<sup>63</sup>.”

<sup>58</sup> Ídem, pp. 345-346.

<sup>59</sup> Ídem, pp. 346-347.

<sup>60</sup> MARILUZ URQUJO, José María, (n. 24), p. 346.

<sup>61</sup> RÍPODAS ARDANAZ, Daisy, (n. 26), p. 347.

<sup>62</sup> Ídem, p. 348.

<sup>63</sup> Ídem, p. 344.

Por lo tanto, la política real en materia de dispensas fue muy caótica y casuística, sin que hubiera un criterio uniforme y sin que se puedan establecer períodos ni dinastías, en general, que adoptaran una posición uniforme al respecto.

Quienes debían hacerse cargo de la suma necesaria para pagar la licencia, podían ser el mismo oidor<sup>64</sup> o el vecino, padre de la futura contrayente, e incluso ésta misma<sup>65</sup>.

Con respecto a la necesidad del traslado del oidor que obtenía la licencia, a otra plaza, la política de la Corona tampoco fue uniforme, y hubo casos en los que se concedió la licencia sin mediar traslado<sup>66</sup>.

¿Por qué motivos la Corona estaba dispuesta a conceder la licencia? ¿Qué particulares circunstancias mediarían en cada caso para hacer que el Rey se apartara de sus disposiciones, e hiciera lugar a la dispensa? Los motivos podían ser varios: los buenos servicios a la Corona que hubiera prestado el solicitante<sup>67</sup>, su justificación y limpieza<sup>68</sup>, su edad avanzada como para seguir soltero<sup>69</sup>, su “cortedad de medios<sup>70</sup>”, la imposibilidad de haberse casado antes, debido a los constantes traslados<sup>71</sup>, la dificultad en encontrar mujeres que se quisieran trasladar<sup>72</sup>, la buena conducta del pasado, que constituía una garantía de que no se incurriría en el futuro en los peligros que se tuvieron en cuenta para establecer la prohibición<sup>73</sup>, la falta de publicidad previa de la disposición en la audiencia en la que prestaba sus servicios el petitionerante<sup>74</sup>, ser único sucesor en un mayorazgo<sup>75</sup>, la integridad, justicia e imparcialidad del solicitante<sup>76</sup>; o simplemente, que la futura familia política del oidor no residía en el distrito, sino que sólo tenía sus negocios en él<sup>77</sup>.

¿Cuáles eran las ventajas, para quienes gestionaban y otorgaban estas licencias, de acceder a ellas? Entre las razones esgrimidas en las consultas y disposiciones que compulsamos, encontramos: evitar los riesgos del celibato<sup>78</sup>, lograr “un preciso decente sustento<sup>79</sup>”, el afianzamiento del bien<sup>80</sup> y el gran desconsuelo que sería para los naturales de Indias, quienes sentirían que se les cerraría una puerta<sup>81</sup>.

<sup>64</sup> Ídem, consultas N° 10 y 564.

<sup>65</sup> Ídem, consulta N° 553.

<sup>66</sup> Ídem, consulta N° 564, año 1690; N° 553 año 1688 y N° 10, año 1692.

<sup>67</sup> Ídem, consulta N° 319, año 1790.

<sup>68</sup> Ídem, consulta N° 564, año 1690; N° 10, año 1692.

<sup>69</sup> Ídem, consulta N° 335, año 1793.

<sup>70</sup> Ídem, consulta N° 10.

<sup>71</sup> Ídem, consulta N° 319, año 1790.

<sup>72</sup> Ídem, consulta N° 319.

<sup>73</sup> Ídem, consulta N° 319, año 1790.

<sup>74</sup> Ídem, consulta N° 429, año 1586.

<sup>75</sup> Ídem, consulta N° 335, año 1793.

<sup>76</sup> Ídem, consulta 335.

<sup>77</sup> Ídem, consulta N° 429 Consulta del consejo de las Indias sobre la prohibición de casarse los oidores en su distrito, Madrid, 5 de febrero de 1586.

<sup>78</sup> Ídem, consulta N° 335.

<sup>79</sup> Ídem, consulta N° 335.

<sup>80</sup> Ídem, consulta N° 335.

<sup>81</sup> Ídem, consulta N° 521, año 1685.

## 3.4. La doctrina

El tema no faltó en muchas de las más importantes obras de la época, y en este sentido se ocupan de la cuestión Juan de Solórzano Pereira, quien era parte interesada en el tema, ya que él mismo era oidor casado con criolla, Diego de Avendaño, Gaspar de Villarreal, Juan de Matienzo y Bernardino de Figueroa y de la Cerda, este último oidor de la Real Audiencia de Santiago y luego de la de Lima, quien le dedica un trabajo especial<sup>82</sup>.

Algunos autores justifican la prohibición, señalando que

“donde así ellos, como los Autores que comentan, dán por razón de ella, el decir, que el miedo ó impresión que causa ó puede causar á los súbditos el mando y autoridad de sus cargos, hace faltos de libertad y sospechosos de violencia y tyrania semejantes matrimonios. Y que aun quando esto faltase, se impide por causa de ellos la libre administración de justicia por los parentescos, familiaridades, amistades y otros muchos embarazos y dependencias que suelen ocasionar”<sup>83</sup>.

Según Mariluz Urquijo, “en general, los afectados por la prohibición la miran con escasa simpatía, la critican total o parcialmente y se inclinan a propugnar una interpretación restrictiva”. Así, Matienzo “considera conveniente tener raíces en la tierra donde se actúa para amarla más y velar por ella más que otros que esperan abandonarla”, mientras que Figueroa y de la Cerda insinúa que el no conceder licencias para casar en el distrito empuja al concubinato, ocasionando conexiones más peligrosas que las originadas de un matrimonio legítimo pues, al ser clandestinas, resultan más difíciles de detectar<sup>84</sup>.

En líneas generales, el autor estima conveniente la existencia de un régimen de licencias que habilite a los funcionarios para la contracción de los matrimonios prohibidos. Con ellas se favorece la buena administración de justicia dado que, mientras que el juez casado debe abstenerse de entender en las causas de los parientes de su mujer, no sucede otro tanto con el juez amancebado respecto de los de su concubina; con ellas se posibilita que las jóvenes de Indias se casen con hombres de estudio y de virtud, a satisfacción de sus padres para honor de sus familias. No abren, por fin, las licencias, la puerta a los abusos: la experiencia prueba que el respeto a la autoridad de los Virreyes y la probidad de los oidores casado in situ se encargan de cerrarla<sup>85</sup>.

<sup>82</sup> “Tratado analítico sobre la cedula real de 10 de febrero de 1575, y otras semejantes, que estrechamente prohíbe el matrimonio de los oidores y otros ministros en las provincias de Indias”.

<sup>83</sup> SOLÓRZANO Y PEREYRA, Juan de, (n. 15).

<sup>84</sup> MARILUZ URQUIJO, José María, (n. 24), p. 346.

<sup>85</sup> RÍPODAS ARDANAZ, Daisy, “Tratado analítico sobre la cedula real de 10 de febrero de 1575, y otras semejantes, que estrechamente prohíbe el matrimonio de los oidores y otros ministros en las provincias de Indias”, *Revista de Historia del Derecho*, N° 1 (en adelante RHD), Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1973, pp. 391-396.

## 3.5. Procedimiento

La *Recopilación de Leyes de Indias*, establecía que eran competentes en estas cuestiones los Virreyes y presidentes de audiencias en las que sirvieran los oidores, quienes debían escribir y hacer las informaciones que convinieran ante el Escribano de Cámara, “procediendo con cuidado, recato, entereza y limpieza”<sup>86</sup>, y dar cuenta al Consejo de Indias<sup>87</sup>. Según Solórzano, se les ordenaba que “estén muy vigilantes en hacer que se observen y en ejecutar las penas de ellas contra los transgresores”; “dando luego aviso, para que se provean sus plazas, y que los Presidentes que estuvieren subordinados a Virreyes, le remitan a él los papeles”.

Sin embargo, en 1793, Carlos IV dictó una resolución por la que estableció que los ministros que fueran a contraer matrimonio con personas no naturales de sus distritos, no tendrían necesidad de solicitar licencia Real sino sólo la del Virrey o de la autoridad superior<sup>88</sup>.

Para Solórzano “si notoriamente consta del casamiento ó de su concierto, los Virreyes y los Presidentes ...son como meros y puros Ejecutores de las dichas cédulas y sólo proceden á declarar, que los transgresores incurrieron Ipso facto & jure en las penas de ellas”. Pero

“si el punto de la contravención no está muy claro ni suficientemente probado, entonces brevemente y de plano forman proceso, y según lo que resulta de las declaraciones de testigos y demás diligencias que mandaron hacer, ó dán por incurso al Ministro, ó le absuelven de la instancia, ó envían los autos al Consejo con su parecer, para que él se tome la resolución que convenga”<sup>89</sup>.

En los casos compulsados, los interesados se dirigieron al Rey pidiéndole la licencia, y éste la giró al Consejo de Indias para que emitiera opinión<sup>90</sup>. A veces, durante la

<sup>86</sup> SOLÓRZANO Y PEREYRA, Juan de, (n. 15), N° 70.

<sup>87</sup> Rec. Ind. 2.16.86: “Que los Presidentes conozcan de causas de casamientos y parcialidades de Oidores, y otros Ministros, y los de audiencias subordinadas remitan las informaciones al Virrey, y den cuenta al consejo. D.Felipe III en Madrid á 20 de Noviembre de 1621. Y en esta Recopilación”. “Declaramos que quando sucediere casarse alguno de los Ministros prohibidos, ó sus hijos, ó concertar de casarse en sus distritos, ó haber parcialidades de Oidores, ú otros Ministros, toca al Presidente de la Audiencia, como punto universal, escribir y hacer las informaciones, que convengan, ante el Escribano de Cámara, que eligiere. Y mandamos que si la Audiencia fuere subordinada, haga las informaciones, y las remita al Virrey, y le dé cuenta de todo, y conforme á lo que resultare proceda el Presidente, y avise al Consejo”.

<sup>88</sup> RÍPODAS ARDANAZ, Daisy, (n. 26), p. 337, correspondiente a la Consulta de la Cámara de Indias del 31 de julio de 1791.

<sup>89</sup> SOLÓRZANO Y PEREYRA, Juan de, (n. 15), N° 71. Y continúa el mismo autor: “Y quando juzgan haver contravenido, suelen, para mayor cautela, pronunciar sentencia declaratoria de las penas en que han incurrido, aunque estas se hallan impuestas ipso jure, siguiendo la más comun opinión,...La qual sentencia se retrotrahe y tiene como por dada y pronunciada desde el mismo día de la contravención”.

<sup>90</sup> KONETZKE, Richard, (n. 31), consultas N° 429; 521; 553 y 10.

sustanciación de la causa, se pedía que se hicieran otras diligencias, tales como que se pregonara<sup>91</sup>, o en algunos casos, se aconsejaba el traslado del oidor<sup>92</sup>. En ocasiones, hasta se requirió al Presidente de la audiencia que diera el visto bueno a la candidata<sup>93</sup>.

En la mayoría de los casos, el Rey resolvía conforme el dictamen<sup>94</sup>, aunque hubo casos en los que resolvió en contra del parecer de la Cámara, denegando el permiso<sup>95</sup> y aún contra el parecer del fiscal<sup>96</sup>.

En alguna oportunidad, hemos visto que la licencia se concedió haciendo referencia a que se hacía excepción de la real cédula, manifestado que era "por esta vez y para en cuanto a esto toca, dispense con ella", con lo que se quería dejar expresamente aclarado que la prohibición seguía vigente. Creemos que en este caso la aclaración se debió a que la licencia se concedió previo pago<sup>97</sup>.

#### 4. EL DELICIOSO ENCANTO DE LO PROHIBIDO O CÓMO CONVIVIR CON LA PROHIBICIÓN

Según Lohmann Villena, "las disposiciones restrictivas se dictaron desde que ocurrieron los primeros casos de uniones de ministros con oriundas de las Indias, entre los cuales se registra el del Oidor de la Audiencia de Lima, Venegas, en 1574"<sup>98</sup>.

¿Pero qué sucedía en la realidad? ¿Qué motivos ocultos habrán impulsado a los ministros de las audiencias americanas a querer contraer matrimonio con mujeres residentes en sus distritos? ¿Cómo convivían los ministros con la prohibición?

Para Burkholder y Chandler, "el deseo de enriquecerse que los había impulsado en primer lugar a trasladarse a América era un estímulo más para establecer relaciones poco lícitas con familias locales"<sup>99</sup>. Y entonces, a pesar de la prohibición, los sueldos bajos determinaban que a lo que más aspirara un oidor, fuese justamente, que su nombre se perpetuara en la sociedad virreinal, y a dar brillo a su familia a través de su casamiento, o el de sus hijos, con prominentes figuras de la sociedad local. Según estos autores, "era tradicional que los magistrados de las audiencias pensaran en el matrimonio como medio de perpetuar su nombre y su estirpe, además de los beneficios materiales que podían obtener" y "en las últimas décadas de la dominación española los magistrados en funciones generalmente se opusieron a la aplicación de las restricciones respectivas". Uno de los motivos de esta actitud era que "muchos ministros habían visto a familias de colegas en la pobreza por

<sup>91</sup> Ídem, consulta N° 529.

<sup>92</sup> Ídem, consulta N° 429.

<sup>93</sup> Ídem, consulta N° 262, año 1782.

<sup>94</sup> Ídem, consulta N° 564 (se pagó) y N° 10, ídem.

<sup>95</sup> Ídem, consultas N° 335 y 262.

<sup>96</sup> Ídem, consulta N° 262 año 1782.

<sup>97</sup> Ídem, consulta 553.

<sup>98</sup> LOHMANN VILLENA, Guillermo, (n. 33), p. LXI.

<sup>99</sup> BURKHOLDER, Mark A. - CHANDLER, Dewitt S., (n. 2), p. 22.

la prematura muerte del padre, y la posibilidad de que sus esposas e hijos sufriera un destino semejante estaba siempre presente en sus cálculos". Por eso, "el típico ministro de la justicia de fines del siglo xvii, tenía un gran interés en que sus hijas se casaran bien, y por ello consideraba excesiva la severidad de las leyes referentes al matrimonio"<sup>100</sup>.

Es que "tales casamientos proporcionaban ventajas a ambas partes: conferían privilegios de protocolo a la esposa del togado; incrementaban los recursos económicos (y por ende el nivel social) del contrayente y dotaban a las familias vernáculas de contactos muy eficaces con personajes de las esferas dirigentes"<sup>101</sup>.

Para Burkholder y Chandler,

"es muy probable que, en el caso de la mayor parte de los magistrados que de 1778 a 1808 formaron parte de los altos tribunales, los matrimonios con damas de familias localmente prominentes los beneficiaran más a ellos que a la familia en que entraban, pues según parece lo que más los atraía eran las condiciones económicas de tales familias en una región dada, independientemente de la política seguida por el real gobierno. Así, por ejemplo, en el caso de Guatemala, de 1550 a 1580 los oidores y otros altos funcionarios trataron de entrar a formar parte de la élite de encomenderos-empresarios, mientras en cambio durante casi todo el siglo xvii eran las familias ambiciosas las que procuraban atraerse a los ministros de la justicia. Mas las ventajas representadas por un salario seguro y por la influencia en el siglo xvii en regiones donde el capital era escaso pronto tendieron a desaparecer en las provincias donde hubo una rápida expansión económica hacia fines del siglo xviii, circunstancia que puede contribuir a explicar por qué en Lima, situada en una zona que en cierto sentido quedó fuera de la tendencia general al desarrollo económico, los magistrados siguieron contrayendo matrimonio con damas de familias coloniales prominentes. Las familias inteligentes, además, también percibieron que la mejoría de las comunicaciones y la llegada de nuevos funcionarios, especialmente los intendentes, iban a mermar considerablemente el poder de las audiencias. Por ello y aunque los ministros de la justicia no dejaron de tener atractivo como posibles yernos, ya no se les procuraba con tanto interés como a sus predecesores"<sup>102</sup>.

Aún así, no todas las mujeres estaban dispuestas a unir sus destinos a estos magistrados indios. Es que en realidad, la vida que le tocaba en suerte a muchas de estas esposas, consistía en estancias más o menos prolongadas en una sede audiential, seguida del traslado a una nueva, con la precisión de tener que levantar su casa y volverla a instalar, después de un dilatado –y en ocasiones– riesgoso viaje, que ponía a prueba la resistencia

<sup>100</sup> Ídem, p. 160.

<sup>101</sup> LOHMANN VILLENA, Guillermo, (n. 33), p. LX.

<sup>102</sup> BURKHOLDER, Mark A. - CHANDLER, Dewitt S., (n. 1); BURKHOLDER, Mark A. - CHANDLER, Dewitt S., (n. 2), p. 161.

física y a menudo sólo permitía transportar muy pocas de las pertenencias del antiguo hogar. Según Rípodas Ardanaz,

“empiezan a producirse con frecuencia casos de amancebamiento, y no necesariamente siempre por aversión de las partes al sacramento del matrimonio: son sus protagonistas oidores y otros altos funcionarios que, teniendo prohibido casarse en sus distritos recurren a relaciones más o menos furtivas con hijas de familias de pro, con las que de buena gana las legitimarían y con las que en efecto las legitiman muchas veces exponiéndose a la pérdida del empleo, ya con otras jóvenes menos distinguidas que, deseosas de casarse, pero sin medios económicos para hacerlo en forma ventajosa, consienten en amancebarse con quienes saben que no han de llegar al matrimonio pero de quienes esperan, en cambio, que más adelante las casen con algunos de sus criados, después de haberlas dotado convenientemente, lo que, en efecto, acontece en más de una ocasión. Si tales amancebamientos trascienden al dominio público, el escándalo —que impone a veces la intervención eclesiástica y aún regia— raya a la altura de la espectacularidad del galán y adquiere contornos de comedia de capa y espada, cuando no de farsa, al culminar en escalamientos, raptos, enamoradas vestidas de hombre y galanes vestidos de mujer”<sup>103</sup>.

Por otro lado, y tal como lo sostuvo Ricardo Palma, “pues un oidor es un hombre de carne y hueso, había de casarse como nos casamos todos”, recordando las palabras de Felipe II en el sentido de que las influencias de familia colocaban al magistrado en condición propensa a la injusticia o fácil al cohecho, el que quería vender justicia a la vendía, “como Judas a Cristo, sin pararse en menudencias ni en pamplinadas penales”<sup>104</sup>.

Para Rípodas Ardanaz, “las prácticas matrimoniales, basadas en el supuesto de que razón y sentimientos no eran compatibles, llevaban a uniones convenidas en vista de consideraciones socioeconómicas y no de un mutuo amor”, hasta tal punto que “a los protagonistas no les causaba rubor admitir lisa y llanamente que la dote de la novia había sido el incentivo que lo había llevado a casarse”<sup>105</sup>.

Y entonces,

“cuando un oidor en Lima, por ejemplo, hastiado de una soltería pecaminosa o de una viudez honesta que le impusiera castidad forzada, aspiraba a la media naranja que le hacía falta, escribía a uno de sus compañeros gamachas de México, Quito o Chile encargándole que le buscara esposa, determinando las cualidades físicas y morales que en ella se co-

<sup>103</sup> RÍPODAS ARDANAZ, Daisy, (n. 26), p. 24.

<sup>104</sup> PALMA, Ricardo, *Tradiciones peruanas*, Buenos Aires, Editorial Troquel, 1959, p. 90.

<sup>105</sup> RÍPODAS ARDANAZ, Daisy, “Una salteña, fiscal del Consejo de Indias: Doña María Josefa de Asteguieta, 1745-1779”, en *Boletín del Instituto San Felipe y Santiago de Estudios Históricos de Salta*, 41, Salta, 1992-1993, p. 47.

diciaban, y aún estableciendo la cifra a que la dote debía ascender. Otros dejaban la elección al buen gusto y lealtad del comisionado”.

Así, el casamiento de un oidor era, “en toda la acepción de la frase, lo que se entiende por matrimonio a fardo cerrado, ni por muestra conocía la mercadería antes que la despachase la aduana”. De ahí que, salvo raras excepciones, “los matrimonios de oidor en Lima anduvieron mal avenidos y fueron semillero de escándalo”<sup>106</sup>, independientemente de que se esperara que los hombres públicos fueran un modelo de comportamiento para la sociedad<sup>107</sup>. Para Richard Kagan, el aislamiento era un precio que el oidor debía pagar por su elevado rango<sup>108</sup>.

Sin embargo, a las familias prominentes les molestó profundamente que la corona aplicara con tanto rigor las restricciones relativas al matrimonio. Burkholder y Chandler sostienen que “lo que en verdad irritaba más a los criollos era la limitación arbitraria de su acceso a los cargos de poder y de sus posibilidades de obtener ganancias materiales” y que “indudablemente fue la conciencia de esta irritación ante el reciente rigor demostrado en la aplicación de los reglamentos lo que indujo a Arredondo a aconsejar el matrimonio de tres o cuatro ministros de la audiencia de Lima con damas de ‘las primeras familias’, con el objeto de elevar el estado de ánimo y la lealtad de la sociedad local”<sup>109</sup>.

Debido a este impedimento, “en la práctica, el ministro que no optaba por el celibato perpetuo y se decidía a constituir familia con arreglo a la normativa canónica y civil, tenía ante sí una de estas cuatro alternativas: el matrimonio secreto; el subterfugio de atribuir a su futura esposa una oriundez inocente, recurriendo a una residencia ficticia; la dispensa concedida como una gracia real, o finalmente, obtener la licencia a título oneroso”<sup>110</sup>.

Así, a pesar de las severas leyes que lo prohibían, los matrimonios de ministros de audiencias con señoritas de las familias importantes se convirtieron en medios indirectos y en muchos casos sumamente efectivos de fomentar el florecimiento de los intereses criollos<sup>111</sup>.

Ya durante el reinado de Felipe II, bajo el cual se fue plasmando el sistema prohibitivo, hay indicios de que abundaban los funcionarios y los hijos de funcionarios casados en el seno de la aristocracia encomendera mercantil de sus jurisdicciones<sup>112</sup>.

A pesar de las prohibiciones, siempre estaban presentes las necesidades económicas de la Corona, y entonces,

<sup>106</sup> PALMA, Ricardo, (n. 104), p. 91.

<sup>107</sup> LAVRIN, Asunción, “La sexualidad en el México colonial. Un dilema para la Iglesia”, en *Sensualidad y matrimonio en la América hispánica. Siglos xv-xvii*, México, Grijalbo, 1991, p. 78.

<sup>108</sup> KAGAN, Richard L., *Lawsuits and Litigants in Castille. 1500-1700*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1981, p. 181.

<sup>109</sup> BURKHOLDER, Mark A. - CHANDLER, Dewitt S., (n. 2), p. 160.

<sup>110</sup> LOHMANN VILLENA, Guillermo, (n. 33), p. LXII.

<sup>111</sup> BURKHOLDER, Mark A. - CHANDLER, Dewitt S., (n. 2), p. 18.

<sup>112</sup> RÍPODAS ARDANAZ, Daisy, (n. 26), p. 343.

“los criollos, ansiosos de obtener cargos en los tribunales locales, se precipitaban en masa a España con los bolsillos abiertos, y allí la Corona recibía sus ofertas con gran atención porque sus impedimentos legales los obligaban a pagar altos precios por unos nombramientos que les fueron concedidos en número sin precedente con todo y que eran representantes de intereses contrarios a los de la misma Corona”.

Burkholder y Chandler consideran que

“esta generosidad oficial, tan forzada, junto con la venta de dispensas para contraer matrimonio o adquirir propiedades inmuebles, dieron por resultado una mayor debilidad de la autoridad real porque permitieron el establecimiento de lazos legalmente válidos entre los administradores de la justicia y el resto de la población”<sup>113</sup>.

En Lima, por ejemplo, para Lohmann Villena, “la clasificación social de las esposas demuestra una tendencia a entrar en contacto con los elementos de significación dentro de los grupos preponderantes en la administración virreinal” y de las estadísticas “se viene en conocimiento que el número de enlaces con criollas es cuantioso”<sup>114</sup>.

Según Burkholder y Chandler “los ministros protagonistas de amores tempestuosos o con graves problemas conyugales dieron innumerables dolores de cabeza a la Corona por la consecuente crítica del público y la perplejidad oficial”<sup>115</sup>. En un principio, las autoridades, que en vez de resolver los problemas los eludían, conforme estos autores, en muchos casos sencillamente alejaban a los transgresores cambiándolos de tribunal y “muchísimos jueces se casaron con damas de la localidad sin obtener la licencia correspondiente, cosa que no fue causa más que de la imposición de una multa”<sup>116</sup>.

Lohmann Villena da cuenta de una “alta cuota de peninsulares que sucumben a los atractivos de las mujeres del país”, concluyendo, “después de haber desovillado varias madejas familiares”<sup>117</sup> que “los ministros de la audiencia de Lima se incorporaron a la flor y nata de la aristocracia de la tierra, a los grupos de poder económico y a la alta burocracia” y que “es incuestionable que a través de estas relaciones familiares la nobleza peruana, como la de Roma y la de Inglaterra, estuvo profundamente identificada con la autoridad, y su predominio dentro de la Audiencia no puede desdeñarse como un factor de positiva gravitación política”<sup>118</sup>.

A pesar de que Lohmann Villena registra el fracaso de la política prohibitiva en el Perú, según Rípodas Ardanaz, “es harto probable que en otras Audiencias se dieran situaciones semejantes”<sup>119</sup>.

En el caso de la Audiencia de Buenos Aires, por ejemplo, cuyos integrantes contaron entre 30 y 50 años de edad, en su mayoría fueron casados, y no sabemos si la rigidez de las normas sobre el matrimonio de los funcionarios, o tal vez las circunstancias de la vida, determinaron que tres de sus miembros permanecieran solteros: Lucas Muñoz y Cubero, José Cabeza Enriquez, y Manuel Reyes y Borda.

Muñoz y Cubero, Manuel de Arredondo, Joaquín Bernardo de Campuzano y Salazar y Tomás Ignacio Palomeque solicitaron autorización para contraer matrimonio con damas locales, y en todos los casos, con excepción de Palomeque, al que nos referiremos a continuación, les fue denegada.

Muñoz y Cubero, Cabeza Enriquez, y Reyes y Borda murieron solteros, Arredondo casó dos veces, mientras Campuzano y Palomeque fueron protagonistas de sendas historias de amor.

##### 5. EL MATRIMONIO DEL OIDOR TOMÁS IGNACIO PALOMEQUE<sup>120</sup>

Corren los primeros meses de febrero de 1786, cuando el virrey del Río de la Plata, Marqués de Loreto, se hace eco de la “pública voz” que se escucha en Buenos Aires, acerca del matrimonio del oidor de la Real Audiencia de Buenos Aires, Tomás Ignacio Palomeque con Andrea Albizury, sin haber solicitado y obtenido la licencia real.

Desde su despacho, constituido el Virrey, tal como lo definió Victorián de Villava en “agente de cada negocio” para estimular a los demás con el ejemplo, el “oscuro e incansable” Loreto decide activar todo el mecanismo burocrático virreinal.

El expediente comienza con un proveído de fecha 7 de febrero de 1786 por el que Loreto, acusa recibo de “algunas especies” que pueden ser hablillas”, pero que “no sería regular se oyesen con indiferencia”, dejando de salir con tiempo a su reparo.

A tiempo de evitar las consecuencias, el Virrey alude a cierta “comunicación estrecha de algún ministro de la Audiencia con gente del pueblo”, pero sin estar seguro aún de quién se trata. Según Loreto, no se sabe si este contacto es “amistad estrecha o enlace”, y pesar de sus dudas, sospecha que es el Señor oidor Don Tomas Ignacio Palomeque. El Virrey opina que si lo que se escucha no es verdad, “se reconocerá y evitará de contraerse contra las leyes”, y si no lo es, el oidor deberá pedir providencia.

A partir de acá, comenzará un expediente, en el que todas las actuaciones se desenvolverán vertiginosamente, en días y horas inhábiles. El mismo día de su primer proveído, el 7 de febrero de 1786, ordena mandarle un oficio a Palomeque.

Pero ¿quién es este funcionario que osa desobedecer las reales disposiciones, poner en funcionamiento la maquinaria de la Corona y dar que hablar a todo un pueblo?

<sup>113</sup> BURKHOLDER, Mark A. - CHANDLER, Dewitt S., (n. 2), p. 117.

<sup>114</sup> LOHMANN VILLENA, Guillermo, (n. 33), p. LXIX.

<sup>115</sup> BURKHOLDER, Mark A. - CHANDLER, Dewitt S., (n. 2), pp. 160 y 184.

<sup>116</sup> Ídem, p. 184.

<sup>117</sup> RÍPODAS ARDANAZ, Daisy, (n. 26), p. 349 nota al pie, citando a LOHMANN VILLENA, Guillermo, (n. 33).

<sup>118</sup> LOHMANN VILLENA, Guillermo, (n. 33), pp. LXIX, XX y LXXI.

<sup>119</sup> RÍPODAS ARDANAZ, Daisy, (n. 26), p. 349.

<sup>120</sup> Archivo General de la Nación. Sala IX. Tribunales IX 32-4-2 “Tres expedientes con motivo del casamiento del oidor de esta Real Audiencia Pretoria Don Tomas Ignacio Palomeque”.

Sabemos que su nombre completo era Tomás Ignacio Palomeque de Céspedes, que había nacido en Fuenteovejuna, Córdoba, España, aproximadamente en 1756, y que era hijo legítimo de don Fernando Palomeque, también nativo de Fuenteovejuna, y de doña Francisca de Tena y Gordillo, nacida en Usagre, Badajoz.

Había recibido su título en derecho canónico de la Universidad de Alcalá y había sido participante en su Academia de Derecho. En 1776 el Deán y Capitular de la catedral de Córdoba lo presentó para una beca en derecho canónico en el colegio Mayor de San Clemente en Bolonia. Permaneció allí, estudiando y compitiendo con éxito en 1780 por una vacante en derecho canónico en la Universidad de Bologna, hasta que el 12 de julio de 1783 fue designado oidor de la próxima a instalarse Audiencia de Buenos Aires. En 1784 era miembro de la Junta Superior de Real Hacienda en Buenos Aires<sup>121</sup>.

En la época en que se suscitaban los acontecimientos de que nos ocupamos en este trabajo, tenía 30 años y una brillante carrera de funcionario por delante.

¿Cuál es el contenido del oficio, por el que el Virrey Loreto anuncia a Palomeque de que está al tanto de los sucesos que lo tenían por protagonista?

El Virrey trata de justificar la remisión del oficio a Palomeque, sosteniendo que la gente es chismosa, y que son notorias "las experiencias de facilidad con que las gentes, cuando no inventan, abultan, por indiscreción, o de malicia". Loreto se preocupa por dejar sentado que está actuando cuidadosamente, y que, si bien no está demasiado seguro de quién es el sujeto, si todo no son más que habladurías, está bien haber sido cuidadoso y evitado lastimar a la gente. Como recaudo que se convertirá en una constante a lo largo de todo el expediente, le encarga "sigilo y pulso".

Este oficio que Loreto le envía a Palomeque y su respectiva respuesta, constituyen el único contacto que va a existir en las actuaciones entre el Virrey y el oidor.

Y también en línea con la inmediatez y celeridad que caracterizaron a este expediente, Palomeque responde al día siguiente. En su descargo, manifiesta "V.E. conoce la facilidad con que los ociosos hablan, censuran y abultan novedades, y suponen escándalos", con lo que no duda en juzgar a la gente como chismosa y que inventa o agranda las cosas. Hombre político al fin, Palomeque es consciente de que el hombre público vive muy expuesto y tiene enemigos, pero para él no hay que darle al asunto mayor importancia. No reconoce ni niega expresamente que ha contraído el matrimonio, pero sin embargo se pone a disposición del Virrey para dar las explicaciones que éste le requiera.

El 25 de febrero de 1786 Loreto ordena librar oficio al "Diputado Eclesiástico que hace de provisor en sede vacante", el Arcediano de la Santa Iglesia Catedral, Miguel José de Riglos.

Este primer oficio dirigido a Riglos, se libra el mismo día en que se ordena, el 25 de febrero de 1786, y como muestra del apuro que tenía el Virrey en que sus indagaciones se

satisficieran, le indica al edecán que espere hasta que puedan despacharle la respuesta; y el oficio es entregado el mismo día.

¿Cuál es el contenido de este oficio? El Virrey Loreto encara directamente a Riglos para pedirle copia de la partida de matrimonio del oidor con Doña Andrea Albizury y de todas las anotaciones que contenga. Justifica el pedido, "a los fines de ocurrir a inconvenientes y evitar la responsabilidad del gobierno".

Entra en escena a continuación el también polémico arcediano, contestando el oficio al Virrey, el mismo día. Su respuesta es que por el momento no puede contestar con toda extensión y que en los libros no está la partida ni nota sobre el particular.

El Virrey no queda satisfecho con la respuesta de Riglos, por lo que el mismo día ordena un segundo oficio a éste. A partir de ahora, comenzará un intercambio de oficios entre el Virrey y Riglos, caracterizado por la rigidez, la intolerancia y la crítica destructiva de Loreto, y la negación, calma y disfrazado acatamiento de Riglos.

Con la minuciosidad y la obsesión que lo caracterizaban, el Virrey objeta a Riglos aspectos formales de su respuesta, tales como por ejemplo la falta de fecha, y cuestiones de fondo, como el hecho de no haberle aclarado al Virrey, si estaba impedido de responderle o si le iba a responder más adelante, ni cuándo ni por qué postergaba la respuesta. En consecuencia, le reitera el mismo pedido del primer oficio, pero con mayores exigencias: esta vez le solicita toda documentación que esté relacionada con el mencionado documento, inclusive la licencia que se hubiera expedido para el matrimonio. Pareciera que ahora a Loreto ya no le quedan dudas acerca de la celebración de un matrimonio oculto<sup>122</sup>, con la licencia de Riglos.

<sup>122</sup> Según Juan CHELODI, el matrimonio oculto tiene lugar ante el párroco y dos testigos, pero con omisión de las proclamas y llevando a cabo todo de tal forma que su existencia permanezca totalmente desconocida. El texto clásico del derecho en la materia es la Encíclica "Satis vobis" de 17 de noviembre de 1741. Sin embargo, "a pesar de que el matrimonio oculto está rigurosamente prohibido por el derecho común, en razón del peligro de la poligamia, la seducción de las mujeres, el escándalo, los inconvenientes en la educación de la prole, los fraudes en asuntos patrimoniales, y otros, pueden aparecer casos en los que el único modo de tranquilizar la conciencia y evitar el pecado sea realmente el matrimonio entre dos personas que no pueden en absoluto contraer públicamente en cuyo caso, el matrimonio oculto, que por lo dicho se llama de conciencia, está permitido". Para este autor, la causa debe ser muy grave y apremiante, como por ejemplo, cuando el varón y la mujer viviendo públicamente como en matrimonio y no existiendo ninguna sospecha del delito, llevan sin embargo ocultamente una vida concubinaría. La consideración de las causas es deber del obispo y la celebración de este tipo de matrimonios lleva aparejada la obligación grave de guardar el secreto por parte del sacerdote asistente, de los testigos, del Ordinario y de sus sucesores, y aún del otro cónyuge. El matrimonio de conciencia no se anota en los libros parroquiales de costumbre sino en un libro especial, que se guarda cuidadosamente en el libro secreto de la Curia, y no se da testimonio de él sino a los que prueban tener un verdadero interés y no poder adquirir por otro medio prueba del hecho, conf. *El Derecho matrimonial*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, pp. 270-273. Según DONOSO, el libro especial "sólo se podrá abrir con permiso del obispo, cuando lo exigiese la administración de justicia", conf. *Instituciones de Derecho Canónico americano*, París, Librería de Rosa y Bouret, 1854, pp. 414-415.

<sup>121</sup> LOJMAN VILLEN, Guillermo, (n. 33), p. 93 y BURKHOLDER, Mark A. - CHANDLER, Dewitt S., (n. 2), p. 252.

El tono de este segundo oficio es dramático y amenazador: el Virrey apura a Riglos en mandar la partida del matrimonio, porque "el asunto urge" y le señala que, si no le da la información que le pide, deberá comprometerse "a las resultas que subsigan de retardarme este documento tan necesario por su naturaleza".

Siempre en línea con la rapidez que va a caracterizar a estas actuaciones, Riglos contesta el mismo día y trata de justificar las omisiones de su primera respuesta, excusándose en el apuro y en la circunstancia de que el edecán no le dio tiempo para responder como correspondía, por lo que había olvidado ponerle la fecha. En esta segunda oportunidad, Riglos reitera que no casó ni dio licencia a Andrea Albizury. Y refiriéndose a los habitantes de Buenos Aires, por ahora espectadores de esta obra teatral que no se sabe si concluirá como comedia o drama, pero que no cabe duda de que tiene todo tipo de ingredientes, tales como ocultamientos, habladurías, amenazas y desconfianza, considera que "todo pueblo es un monstruo que se compone por lo común, de unos adulones, mentirosos; otros, llenos de pasiones y que aún tienen poca charidad de sus hermanos los próximos; y otros, de simples credulos, que ablan lo que oyen, sin ningún estomago, y digestion, que ablan por ablar, y no mas". Otra vez se pone de manifiesto el desprecio y la desconfianza hacia el pueblo, para finalizar con una enigmática frase: "si ellos, han dado, o dan algunas señales, para que se hable, yo no tengo la culpa, quizás otros la pueden tener".

Como no podía ser de otra manera, esta respuesta no satisface al Virrey, quien inmediatamente, el 27 de febrero de 1786, le dirige un tercer oficio a Riglos.

El Virrey no deja pasar ninguna oportunidad para objetar a Riglos, y le reprocha que podría haber contestado mejor al oficio, mandando de vuelta al edecán y diciéndole cuándo podía despacharlo. Le señala nuevamente sus contradicciones, en este caso, entre su respuesta de la mañana y la de la noche, y lo acusa de que "se viene extendiendo para rehusar a mis encargos, y ruegos". A esta altura, Loreto le manifiesta abiertamente a Riglos sus sospechas de que el hecho de que no se hubiera encontrado la partida de matrimonio es un indicador de la reserva con que se ha pretendido manejar el tema.

Por tercera vez el Virrey le expresa a Riglos que necesita el documento y disiente nuevamente con Riglos, en especial respecto a lo que éste opina del pueblo y le hace cargo a Riglos de los daños y perjuicios que ocasionen su demora en responder a los tres oficios que le mandó.

El tercer oficio del Virrey es contestado rápidamente por Riglos. En esta oportunidad, una de sus excusas a las aparentes contradicciones entre la primera y la segunda respuesta al oficio, es que el edecán que le llevó el oficio lo había tomado de sorpresa, y le había dicho que no se retiraría hasta que le entregase la respuesta. Ahora también trata de justificar sus anteriores respuestas a Loreto. Con respecto a la primera, le manifiesta que siéndole preciso registrar en los libros en donde se podía sacar el documento que se necesitaba, no podía en aquel momento contestar, si bien tenía por cierto que en los libros no estaba la partida que buscaban, porque no recordaba haber dado licencia, lo que le pareció suficiente respuesta para darle a entender que no se había celebrado el matrimonio, aunque no hiciera referencia a los libros parroquiales, referencia que no podía hacer atento

a lo ceñido de los términos. Ya para la época en que Riglos contestaba por tercera vez al Virrey, seguía negando la celebración del matrimonio.

En esta respuesta, Riglos se extiende acerca de los casos en los cuales los contrayentes, además de necesitar de la licencia del ordinario para contraer matrimonio, necesitan de otra del Superior gobierno, pero insiste en que él no dio ningún tipo de licencia, ni bajo el nombre de Andrea Albizury ni de ningún otro que tenga Andrea Albizury. Con respecto a su criticado comentario acerca de que "el Pueblo es un monstruo que se compone por lo común de unos adulones, mentirosos", remite al conocimiento acerca del género humano que proveen los Santos Libros y a la experiencia, aunque no duda del conocimiento acerca de los hombres que tiene el Virrey. Sin embargo, advierte que hasta los más lúcidos pueden ser engañados, y así "David era un Príncipe justo, sabio e iluminado con el espíritu de Profecía, y no obstante esto fue sorprendido con la impostura de Siba contra el mismo hijo de su íntimo Amigo Jonatas".

Ante la tercer contestación de Riglos, el 1 de marzo 1786, el Virrey le remite un cuarto oficio, pero esta vez suscripto también por su asesor letrado. Con él al lado, el Virrey parece mucho más seguro y confiado que antes. Descalifica la respuesta de Riglos acerca de su apuro en contestar porque el edecán lo estaba esperando, y reconoce que Riglos filosofando lo vence, pero que a él le interesa lo principal, y no lo accesorio.

Otra vez los habitantes de Buenos Aires son el tema de las discusiones entre el Virrey y el Arcediano. El Virrey acusa a Riglos de herir a un pueblo que con toda razón se escandaliza, ya que lo grave sería si fuera indolente al escándalo, y considera que de la utilización de las Sagradas Escrituras, a las que había recurrido Riglos como fuente de uno de los argumentos, "se tiene hecho muchas veces mui mal usso".

El Virrey le recuerda al arcediano que el gobierno ha sido muy considerado con él y con los errores y omisiones de sus respuestas, al tiempo que lo acusa de no querer darle la información que le pide.

Por cuarta vez le pide el "documento fehaciente del casamiento", pero ahora, "ruego, y encargo a VS nuevamente, pero con urgencias acumuladas, y mas poderosas". Temeroso de que Riglos continúe con su actitud de poca colaboración, vuelve a amenazarlo con "el uso de otros medios" y le hace cargo de los perjuicios que ocasionará su omisión y retardo, sobre los que deberá responder ante Dios y el pueblo, porque es preferible sacrificar el escándalo de una sola persona, que el de muchas.

La respuesta de Riglos al cuarto oficio no se hace esperar, y el 3 de marzo de 1786 insiste en la presión del apuro en remitir las respuestas al Virrey, porque las dos veces lo habían tomado de sorpresa. Por momentos inocente, el arcediano le hace saber al Virrey que tal vez no entendió sus pedidos debido a su rudeza, y con respecto a la cínica opinión del Virrey acerca de la versación de Riglos sobre la que se había referido en su anterior oficio, dice no creer que pueda vencerlo como filósofo.

Por cuarta vez, niega el matrimonio, insistiendo en que no puede acreditarlo, ya que no está asentado en los libros parroquiales ni en otro documento, ni le consta que se

hubiera practicado sin esta formalidad. Con respecto al escándalo, Riglos pone en cabeza del Virrey la facultad de remediarlo con su autoridad y poder coactivo, de los que carece el arcediano.

La respuesta de Riglos, por quinta vez no satisface a Loreto. Por oficio del 4 de marzo pide las certificaciones jurídicas que acrediten el matrimonio.

Y por quinta vez el arcediano vuelve a negar la celebración del matrimonio y la concesión de la licencia, pero ahora, ante la presión del Virrey, ensaya una certificación en la que asesta que "que ni en los libros parroquiales ha encontrado partida, ni tiene noticia de que conste en otro documento, ni ha dado licencia para que ésta se case", es decir, da fe de la no celebración de un hecho.

En esta oportunidad transcurren un par de días entre la respuesta de Riglos y la del Virrey, y el 9 de marzo Loreto, nuevamente con asesoramiento letrado, le dirige un sexto oficio a Riglos

Por primera vez el Virrey reconoce abiertamente que se está haciendo eco del rumor que corre en la ciudad acerca del matrimonio de Palomeque con Andrea Albizury, sin haber mediado licencia real y que estos rumores están acreditados por sus antecedentes "y otros comprobantes".

En consecuencia, y teniendo por acreditado el hecho, le manifiesta a Riglos que se ve en la obligación de hacer cumplir las leyes, evitando perjuicios insanables y el incumplimiento de las obligaciones a su cargo. Preocupado por la transparencia del procedimiento, y de que aparezca en el expediente constancia de todo lo actuado, ordena a Riglos en nombre del Rey, que remita certificación jurídica del matrimonio y diligencias practicadas. Ahora apela a las obligaciones que tiene Riglos para con el rey, le pide que le dé prioridad a este trámite, que expida el documento con las formalidades con que lo expediría si se lo pidiera el rey directamente y que evite que el virrey tenga que tomar otras medidas.

El 10 de marzo Riglos contesta al sexto oficio insistiendo en que no puede certificar lo que no sabe y remitiendo el siguiente certificado: "certifico en cuanto puedo, y ha lugar en derecho, que no sé que Doña Andrea de Albizury este casada con el Sr. Oydor Don Tomas Ignacio Palomeque, y que habiendo reconocido los libros parroquiales no he hallado partida alguna ni asiento de semejante matrimonio".

Pareciera que a esta altura ya Riglos ha perdido la paciencia, por lo que le manifiesta al Virrey que si esta respuesta no es la que éste espera, que se lo especifique, "porque yo ignoro como deva formarla".

El 12 de marzo de 1786, Loreto dirige un séptimo oficio a Riglos. Como era de esperar, al Virrey no le satisface la respuesta de Riglos, por "no venir acompañado de la solemne jurídica certificación de lo que le conste". ¿Cómo podía el Virrey aceptar el certificado negativo de Riglos, cuando a él le constaba que el matrimonio había tenido lugar? Para el Virrey, Riglos introduce "ex profeso" la confusión en las actuaciones, y en su séptimo oficio le recuerda todas las oportunidades en las que le encargó a Riglos que "se abstuviera

por las justas causas que se manifiestan en dicho decreto reducidas a evitar toda confusión y dejar las cosas en el debido tono y claridad".

Ya el Virrey no oculta la opinión que le merece Riglos. Le dice expresamente que su modo de proceder no es digno de un juez eclesiástico, que su conducta se hace intolerable y que no se puede escudar en su ignorancia una persona a cargo de un juzgado, por la posibilidad que tiene de valerse de un asesor "que pueda dirigirle por sus sendas y preceptos", en caso necesario.

Por séptima vez le exige que Riglos remita puntualmente la formal certificación jurídica y le advierte, tal como lo había hecho últimamente, que no tolerará más la inobediencia de Riglos y que lo hará responsable de las consecuencias, en nombre del Rey.

Cinco semanas después del primer pedido del Virrey, y después de siete oficios, el 13 de marzo Riglos certifica nuevamente, pero esta vez sobre la base de la compulsión de los libros correspondientes a 1784, 1785 y 1786, que no existió el tal casamiento ni se dio licencia para celebrarlo.

Esta vez es Riglos quien no quiere dejar pasar nada, y junto con la certificación, se dirige al Virrey reprochándole que él no le dio mérito para recibir tan fuertes y conminatorias expresiones con que increpa su desobediencia, sólo por haberle dicho que no podía certificar un casamiento que no había hecho ni dado a otro licencia para que lo hiciera y que a pesar de su ignorancia, sabe lo que significa desobedecer. La acusación de ignorancia parece haberle dolido bastante al arcediano, porque a continuación le manifiesta a Loreto que no es tal su ignorancia como para necesitar un asesor y que no se puede certificar un hecho negativo, pues sólo se certifica sobre aquello que perciben los sentidos.

Tal vez intuyendo que éste sería su último contacto en el expediente con el Virrey, Riglos le dice abiertamente que "tengo la desgracia de no agradar a VE en mis representaciones" y que respeta su autoridad como Virrey, pero no comparte sus criterios.

Con esta respuesta, se pone fin a la relación entre el Virrey Loreto y el Arcediano Miguel Josef de Riglos entablada a lo largo del expediente, que se desarrolló a través de siete oficios y treinta y cuatro fojas, y que se extendió por aproximadamente dos semanas, lapso que impresiona como mucho más largo por el intenso, agresivo y amenazador tono del intercambio.

Ahora la causa parece haber entrado en un ritmo más lento. Diecisiete días después de la respuesta de Riglos, se ordena el pase del expediente en vista al fiscal de la Audiencia de Buenos Aires, José Márquez de la Plata, quien, en línea con estos lapsos más extensos entre actuación y actuación, tardó un mes y medio en contestar, constituyendo hasta ese momento el mayor intervalo del pleito.

Tocaba al Fiscal dictaminar en un caso que le llegaba muy de cerca, y pronunciarse sobre el comportamiento de un colega suyo de la Audiencia, manifestando que le era doloroso tener que pronunciarse, pero que inevitablemente debía cumplir con su obligación.

Márquez de la Plata se refirió en primer lugar al tema del efecto que este supuesto matrimonio había tenido para el pueblo, sosteniendo que "es cierto que en este asunto hay

mucha facilidad en las gentes de todas clases para dar por público lo que no existe, y mas en este pueblo, que con la novedad de estas creaciones suele ocuparse en observar, e interpretar siniestramente los movimientos de cada ministro". Para Levaggi, "con el oidor Tomás Ignacio Palomeque, en el espinoso asunto de su matrimonio oculto, tuvo la delicadeza de no prestarle oídos a la voz pública que lo acusaba y de manifestar el dolor que le producía el ejercicio de su ministerio en tal circunstancia"<sup>123</sup>.

En opinión del Fiscal, generalmente este tipo de matrimonios siempre eran secretos, porque "semejantes contravenciones se hacen siempre ocultamente con recatos y paliaciones", a lo que se sumaba el hecho de que "como los señores oidores son personas poderosas, se presume que no les faltan arbitrios, y confidentes para efectuar sus matrimonios de secreto, y eludir los medios ordinarios de su averiguación", por lo que son de "dificultosisima prueba".

Por el Márquez de la Plata se pronunció acerca de la necesidad de abrir la causa a prueba, produciendo la testimonial e invocando la ley LXXXVII, tít. 16, libro 2 de la *Recopilación de Leyes de Indias* que establecía la competencia de los presidentes de las audiencias para conocer de las causas de casamientos y parcialidades de oidores, y otros ministros, y del aviso y de las informaciones que es necesario efectuar.

Una vez producida la prueba, según el Fiscal, el Virrey,

"de las declaraciones, y circunstancias de los testigos, de los informes secretos, y jurados, atestaciones reservadas, y demás diligencias, que haya mandado hacer, o da por incurso al ministro por auto declaratorio, como corresponde a disposición de la ley 82 del mismo título y libro citados, en la pena de ella o sobresee en el procedimiento, o envía las actuaciones al consejo con su parecer, para que en él se tome la resolución que convenga".

Sin embargo, para el Fiscal, el hecho está probado por la propia convicción del Virrey, las legítimas presunciones, que produce el tenor de las contestaciones del diputado de la jurisdicción eclesiástica y el reconocimiento del hecho que hiciera el Virrey en su sexto oficio a Riglos.

En línea con el dictamen del Fiscal, el 27 de mayo, casi cuatro meses después del primer auto del Virrey, y casi un mes y medio después de la evacuación de la vista fiscal, el Virrey, decidió que "por la calidad del prohibido hecho de que trata se hace indispensable su continuación" y "para la remoción del escándalo", "el medio más adecuado y oportuno a los propuestos fines es el esclarecimiento de la verdad sobre las especies, divulgadas referentes al matrimonio que se dice contraído entre el señor oidor don Tomas Ignacio Palomeque y doña Andrea Albisury", por lo que ordenó recibir secreta información de testigos.

<sup>123</sup> LEVAGGI, Abelardo, *El Virreinato rioplatense en las vistas fiscales de José Márquez de la Plata*, Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, 1988, I, p. 18. El mismo autor agrega: "coincidía, por otra parte, el hecho con los halagos de su reciente matrimonio y la espera del primer fruto del mismo".

Pero no sería esta producción de prueba testimonial igual a cualquier otra, "atendiendo a que entre sus varios objetos no debe olvidarse la importancia, de que no se trascienda por el público e interesados noticia de los testigos, que declararen, tanto por lo que se arriesga la misma justificación de que se trata, como porque puedan evitarse resentimientos entre unas y otras familias de esta ciudad con unas perjudiciales, largas e irremediables resultas por la conexión, que tiene la de la interesada con las mas principales de ella".

Por las razones indicadas, el Virrey comisionó a un funcionario para tomar las declaraciones testimoniales, por considerar que dicha tarea debía ser llevada a cabo por una persona particular, "sin nota"; "adornada de la correspondiente instrucción practica y literatura, y demas partes, que funden toda esperanza, de que la evacuará con puntual arreglo a derecho y desempeño cabal de todas las atenciones de que es susceptible".

La designación recayó en José Gómez Pacheco, que había ejercido la fiscalía del Virreinato, y que estaba sirviendo "el empleo de defensor de las temporalidades de los regulares de la extinguida Compañía de Jesús".

Los testigos debían deponer a tenor de un pliego en el que se les interrogaría "lo que les conste en razón del citado matrimonio y de la naturaleza y vecindad de la referida dona Andrea Albisury y conexiones" y tanto los funcionarios como los testigos "deben guardar reserva de lo que se actuase y de lo que supieren", habilitándose los días y horas que fueran necesarios.

Las testimoniales comenzaron el 29 de mayo de 1786 y se extendieron hasta el 25 de junio, por lo que la producción de esta prueba duró casi un mes.

En el transcurso de este periodo, depusieron 10 testigos en total, tratándose de personas pertenecientes a los estratos más elevados de la sociedad virreinal: militares, religiosos y alcaldes del cabildo.

La mayoría de los testigos dijo que era público y notorio en la ciudad que Palomeque y Albisury habían matrimoniado y que lo consideraban así, por las frecuentes visitas; por los paseos que solían dar juntos; por compartir jugos y tertulias; "por no creer regulares en personas de su clase las prevenidas demostraciones y resultas, sin la precedencia de aquel honesto principio" o porque doña Andrea solía llegar a la casa de Palomeque "una que otra vez sin criada, ni otro acompañamiento que es una de las señales inductivas en este país de haber pasado del estado de soltera al de casadas". Estaban persuadidos de este hecho, no sólo los que habían presenciado las continuas visitas entre el oidor y doña Andrea, sino incluso aquéllos que habían estado ausentes de la ciudad por cierto tiempo y habían recibido estas noticias de parte de sus vecinos.

Hubo varios testigos que hasta declararon que de esa unión había resultado un embarazo que no había llegado a término<sup>124</sup>, y con respecto a la relación de los Albisury con

<sup>124</sup> Un testigo afirmó que "hallándose poco tiempo ha en un cuarto con ventana a la calle de su casa en acción de escribir, percibió a la parte de afuera la conversación de dos criadas, y que la una le decía a la otra en el tono que acostumbran: ¿no sabes que parió Doña Andrcita, y después se le ha muerto la criatura?".

el resto del pueblo, dijeron que éstos estaban emparentados con las familias más notables de Buenos Aires<sup>123</sup>.

Uno de los testimonios más importantes, y que confirmó las presunciones acerca de la efectiva celebración del matrimonio, comprometiendo la participación de Riglos en el tema y su pretensión de ocultar el casamiento, fue el del alcalde Manuel Antonio de Warnes, quien sostuvo que Riglos le había confiado que Palomeque y Albizury estaban efectivamente casados, mediante la licencia que había dado "de secreto, y comunión bastante" al Doctor Don Pantaleón Riverola, de quien habían recibido las bendiciones para la celebración del matrimonio y que se hallaba en dificultades ante el oficio que le había pasado el Virrey para que remitiese certificación o fe del casamiento porque había negado tanto el casamiento como que hubiese dado la licencia para certificarlo, y que el motivo que tenía para sigilarlo, era por el perjuicio que podía resultar al Sr. Palomeque quien lo había pedido así. Según el propio declarante, "sin prometer, ni negarse a la reserva encargada" éste había tratado de persuadir a Riglos "lo notorio que era en toda la ciudad el casamiento, con el agregado de hallarse encinta Dona Andrea, y haverlo participado ella, y su madre a varias personas" y que seguramente el Virrey ya tendría sobre esto "individual noticia". Conforme Warnes, éste le habría aconsejado que el mismo Palomeque "se fuese en derechura al mismo Excmo. Sr. Virrey, y declarándose, confiarse de su notoria justificación y piedad el remedio del desacierto incurrido", a lo que Riglos habría respondido que se lo propondría al oidor. A mayor abundamiento, el testigo agregó que pocos días después de este suceso, Riglos le había hablado del segundo oficio del Virrey, y que nuevamente el alcalde le había aconsejado "que mirase lo que hacia, que Su Excelencia tendría ya una plena justificación, y que respondiese sobre el arbitrio que le había dado", a lo que Riglos habría respondido que "bien sabía la facilidad de las mugeres" y que no dudaba que "la madre y la hija lo habían publicado", pero que él no podía menos que sigilarlo porque "el medio que le había sugerido no le abrasaba el S. Palomeque por el miedo, que le dijo tenía a Su Excelencia".

El 27 de junio de 1786, el juez comisionado dio cuenta de las diligencias efectuadas y al día siguiente, sin esperar la respuesta del Virrey, le hizo saber a éste sus escrúpulos de conciencia, y su inquietud "con la más reñida contienda entre mi obediencia y respeto". Después de expresarle lo honrado que se había sentido con la confianza que el Virrey había puesto en él, le manifestó que "nada consideraba tampoco más arduo, ni de ejecución más ingrata, aún al ánimo más resuelto, que la pesquisa del exceso, o transgresión de las leyes relativas al casamiento prohibido en ellas a los magistrados tan dignamente autorizado, y de tan brillantes prerrogativas como el Señor Don Tomás Ignacio Palomeque; y más concurriendo en mí para aumentar mi respetuoso temor, mi inmediata dependencia del alto Tribunal de su destino en la clase que mi fortuna me conserva de abogado"; palabras que ponen de manifiesto el respeto que inspiraba el cargo de oidor, así como el reparo que tenían sus colegas en pronunciarse en su contra.

<sup>123</sup> Tales como las de "Don Juan de Lasala, D. Marcos Riglos, de Don Manuel Warnes, de las Quintana, Abellanedas, Larrazabal, Araoz, Otarola, Gainza, y en grados mas distantes, con las de Gascon, Galoso, Pinedo ...".

El 6 de julio de 1786 el Virrey tuvo "por más conveniente y conforme el esperar sobre todo la Real determinación", por lo que el 8 del mismo mes se sacó copia del expediente y se informó al Rey, a través del Consejo de Indias, para que recaiga "la resolución que fuere del agrado de S.M."

Transcurrieron un año y dos meses sin que ninguna actuación se incorporara al expediente, cuando el 31 de agosto de 1787, el deán Pedro Ignacio Picasarri le remitió al Virrey testimonio de las diligencias que el Cabildo eclesiástico había tenido que practicar "en descubrimiento del matrimonio oculto" del oidor Palomeque, haciendo referencia a un oficio del Virrey del 24 de agosto, que no está agregado al expediente "a los fines que VE previene" y "quedando haciendo las demás respectivas a los otros matrimonios de igual naturaleza".

Atento a la paralización del expediente durante un lapso tan prolongado, y a la falta de incorporación al mismo, de actuaciones que se mencionan incidentalmente, deducimos que debe haber existido alguna instrucción por parte del Virrey, o por parte del propio cabildo eclesiástico, para que se efectuaran diligencias tendientes a la averiguación de los matrimonios ocultos de los oidores, a raíz del casamiento de Palomeque.

De la información que Picasarri le remitió al Virrey, resultaba que el 27 de agosto de 1787, el Cabildo eclesiástico, como consecuencia del expediente que tenía iniciado sobre "la materia de los casamientos ocultos o de conciencia hechos en esta vacante cuya indagación se hace forzosa por los graves motivos que expresa el Excelentísimo señor Virrey" y constando "por el expediente que se ha formado a este intento, que uno de los matrimonios de esta clase fue el del Señor Oydor Don Tomás Ignacio de Palomeque", ordenó se examinara al Doctor Don Pantaleón de Riverola.

Esta documentación que se incorpora a las actuaciones que estamos analizando, consiste en una declaración testimonial efectuada el 27 de agosto de 1787, en la que Riverola, preguntado acerca de la fecha que tenía el certificado que había pasado al señor Arcediano de dicho matrimonio, había declarado que le parecía que había sido por el mes de agosto y octubre del año 1785 y que lo había celebrado en la casa que habitaba el mismo señor oidor. Ante la pregunta de que si en el tiempo en que el Virrey pasaba a Riglos los oficios inquiriendo sobre la verdad del referido matrimonio, estaba ya éste verificado de antemano, había respondido en forma afirmativa. Y para finalizar, informó que los testigos habían sido doña Dionisia de Echauri, madre de la contrayente y el profesor de Medicina don Agustín Fabre. Dos días después, el Cabildo eclesiástico citó a a Fabre, quien respondió en el mismo sentido que Riverola.

Con estos antecedentes en su poder, en septiembre de 1787 el Virrey le pidió al Cabildo eclesiástico la certificación del matrimonio, a efectos de remitirla al Fondo del Montepío.

¿Qué es lo que había sucedido en realidad? ¿Por qué tenemos que esperar un año y medio para enterarnos de lo que en realidad había sucedido en este intervalo, y que motivara el enojo del Virrey?

Ignoramos por qué faltan eslabones en este expediente que pretende reconstruir una historia, pero de las constancias que se incorporaron a posteriori en estos autos, surge

que el 10 de agosto de 1785, es decir, casi seis meses antes de que el Virrey iniciara el expediente, Palomeque había solicitado, por medio de su hermano Don Lucas Palomeque, oficial de la Secretaría del Despacho de Hacienda, licencia para casarse con persona del distrito de la misma audiencia, o de fuera de él, "en quien concurriesen las circunstancias correspondientes" y que el 11 de agosto de 1786, es decir casi un año después, le había sido otorgada, con la prevención de que "si casase con persona natural del distrito de esa audiencia deberá pasar a servir en la de Charcas".

Decidido a no esperar la licencia del rey, un mes después de requerir el real permiso, en septiembre de 1785, Palomeque se había casado en forma privada con Andrea Albizury, mujer residente en su distrito. Los había casado el Doctor don Pantaleón de Riverola, clérigo presbítero del Obispado, con facultad y comisión del Doctor don Miguel Josef de Riglos, Arcediano de la Iglesia Catedral, y juez diputado de la Jurisdicción eclesiástica en sede vacante.

En orden a seguir reconstruyendo los hechos, el 6 de octubre de 1786, se había resuelto que el oidor don Tomás Ignacio Palomeque pasase a servir en la de Charcas, y que don Lorenzo Blanco Cicerón, oidor de esta última se trasladara a servir la plaza que resulta vacante en la promoción de Palomeque. El 26 de diciembre de 1786 Palomeque se había notificado de la licencia y del traslado.

Sin embargo, durante cinco semanas, Riglos había respondido a siete oficios del Virrey, negando la celebración de un matrimonio que había tenido lugar cinco meses antes.

Finalmente, el 19 de septiembre de 1787, es decir, un año y siete meses después de la iniciación de las actuaciones por parte del Virrey, y dos años después de la celebración del matrimonio, ante la negativa de Riglos, la partida de matrimonio de Tomás Ignacio Palomeque con Andrea Albizury era asentada por los rectores de la Iglesia Catedral.

El 1 de septiembre se ordenó dar intervención a la Junta del Montepío del Ministerio de Hacienda. Según Burkholder y Chandler, los llamados "montepíos de ministros y de oficinas" fueron uno de los instrumentos de que la corona se sirvió para aplicar con mayor rigor las restricciones matrimoniales. Estos fondos de pensiones, administrados por el gobierno a favor de los deudos de sus funcionarios desaparecidos, se usaron como medio para tramitar las peticiones de permisos matrimoniales haciendo al mismo tiempo una detallada investigación, además de que permitían imponer sanciones porque tenían la facultad de suspender el pago de pensiones a viudas y huérfanos en caso de que se descubriera alguna irregularidad. Los autores citados señalan que el control matrimonial se ejercía con el siguiente sistema: un juez de audiencia que pretendiera contraer nupcias solicitaba por medio del representante de su categoría en la Junta, la aprobación de su novia, ya que si el montepío no aceptaba y registraba a la esposa no le pagaba la pensión una vez muerto el juez solicitante. El examen consistía únicamente en comprobar mediante testimonios que la dama en cuestión fuera de buena posición social y de una familia digna de contar entre sus miembros al juez de una audiencia. Si todo salía bien, la señora era registrada como dependiente legal del magistrado, con derecho a recibir una pensión vitalicia una vez viuda. Los hijos eran agregados a la lista cuando nacían. Según Burkholder y Chandler, "el montepío

no podía dar excepciones a la ley que prohibía el matrimonio de los ministros con mujeres nativas de la jurisdicción donde administraban la real justicia. En ese caso especial, el interesado tenía que empezar por solicitar al rey la exención, que luego, si se le concedía presentaba a la junta". Por lo tanto, para estos autores, "la función del montepío, pues, era importante pero pasiva. En los primeros tiempos, un juez que se hubiera casado sin licencia con una dama de la localidad podía eludir ser molestado durante años o para siempre, pero una vez establecidos los montepíos las investigaciones que se hacían eliminaron tal posibilidad, ya que tenían la obligación de hacer acatar las leyes y de informar acerca de cualquier irregularidad que descubrieran. Y como lo que estaba en juego era la pensión de la viuda, sólo un magistrado muy rico podía permitirse un matrimonio secreto sin graves consecuencias. La regularización de los procedimientos del montepío, pues, fue un medio de dar rigor a la aplicación de las leyes relativas al matrimonio durante el período final de la época colonial"<sup>126</sup>.

Siguiendo los procedimientos de rutina, el 20 de octubre de 1787 se remitieron los antecedentes a la Junta del Monte Pío.

## 6. EL FINAL DE LA HISTORIA

Terminaba así una larga batalla entre el Virrey Loreto, el oidor Palomeque y el arcediano Riglos, de la que ninguno de los que intervinieron en ella salió indemne. Habían transcurrido dos años de idas y venidas, de intrigas, ocultamientos, favoritismos y verdades a medias, en los que todos resultaron afectados.

El arcediano Riglos interpuso un recurso de fuerza ante la Real Audiencia, alegando haber concedido la licencia a Palomeque para casarse, atento a que éste ya tenía otorgado permiso del Rey para contraer matrimonio. No cabe duda que Riglos tuvo que pagar un precio por muy alto por la forma en la que había procedido en la cuestión del matrimonio de Palomeque, debiendo responder ante las objeciones que el cabildo eclesiástico le hizo de su actuación.

Palomeque, por su parte, a pesar de su matrimonio secreto, no pudo impedir ser trasladado. Sin embargo, continuó una exitosa carrera como oidor de la Audiencia de Charcas, a partir del 17 de marzo de 1787, y luego como alcalde del crimen de la Audiencia de Lima, desde el 16 de marzo de 1797. De allí pasó a ser oidor de la misma audiencia a partir del 31 de diciembre de 1805, y se desempeñó como Consejero de Su Magestad. Sirvió en la primer corte suprema del Perú independiente y luego en la suprema corte establecida en 1824. Se jubiló en 1828 y murió en su patria adoptada el 22 de mayo de 1834<sup>127</sup>.

Loreto, por su parte, tuvo que abandonar su rigidez cuando el Canónigo y Maestrescuela Juan Baltasar Maziel dictaminó que Palomeque podía casarse públicamente al

<sup>126</sup> BURKHOLDER, Mark A. - CHANDLER, Dewitt S., (n. 2), pp. 159-160.

<sup>127</sup> LOHMANN VILLENA, Guillermo, (n. 33), p. 93.

recibir su licencia, librándose de las penas comunes. Para Burkholder y Chandler, "sólo la intervención eclesiástica salvó a Palomeque de la férrea justicia del Virrey Marqués de Loreto. Su rápida transferencia a otro tribunal dejó a Loreto con un resentimiento considerable ya que él hubiera preferido que se castigara a Palomeque sin compasión<sup>128</sup>. Al llegar el fin del gobierno del Virrey, el 24 de marzo de 1789 cuando se le avisa de su relevo, se dispone su residencia, la que se confía al recién designado Fiscal de Charcas Victorián de Villava. En el juicio de residencia que se le siguió, la denuncia de los sobrinos de Maziel con relación a otro desagradable episodio que los tuvo a todos por parte, llevó a la condena del Virrey<sup>129</sup>.

## 7. CONSIDERACIONES FINALES

Más allá de la forma en la que concluyó este episodio, las actuaciones que se suscitaron como consecuencia de este matrimonio prohibido, nos llevan a las siguientes consideraciones finales:

Desde el punto de vista formal, la investigación se llevó a cabo a través de un expediente administrativo, en el que no faltaron los elementos usuales en este tipo de trámites, tales como proveídos despachados por el Virrey a través de su secretario, libramiento de oficios y sus respectivas respuestas, declaraciones testimoniales, agregación de prueba documental y cierre del período probatorio.

El caso analizado, tal vez a semejanza de otros tantos planteados en otros lugares de Hispanoamérica, nos acerca a una serie de temas que están presentes independientemente del lugar en el que se esté y que son propias de todas las regiones del Nuevo Mundo en las que la Corona española ejerció su dominio: la consideración social que merecían los oidores, la repercusión social de su comportamiento, la relación hombre-mujer, las concepciones acerca del honor de ambos, el papel de la mujer, el peso social de determinadas familias, las relaciones entre el poder político y la Iglesia y entre los propios integrantes de la misma, entre otras.

Pero por sobre todas las cosas, este matrimonio prohibido nos acerca a dos cuestiones que son independientes de la época y del lugar: la preocupación por la transparencia de quien ejerce el poder político y la necesidad de garantizar la imparcialidad de quienes tienen el poder de decidir.

<sup>128</sup> BURKHOLDER, Mark A. - CHANDLER, Dewitt S., (n. 1), p. 252. En el mismo sentido, TANZI, Héctor, "El Río de la Plata en la época de los Virreyes Loreto y Arredondo (1784-1794)", en *Revista de Historia de América*, N° 83 jan-june 1977 p. 153-192.

<sup>129</sup> El marqués de Loreto falleció en Madrid el 17 de febrero de 1803. TANZI, Héctor, (n. 128).

## LA ACTIO DE IN REM VERSO EN LA LITERATURA JURÍDICA FRANCESA. DE POTHIER A L'ARRÊT BOUDIER

JAVIER BARRIENTOS GRANDON  
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES  
SANTIAGO DE CHILE

### 1. PRESUPUESTOS

Es ya un lugar común en la dogmática francesa afirmar que los primeros juristas de la *École de l'exégèse* admitieron la existencia de una acción *de in rem verso* vinculada a la agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos, concretamente en ciertos supuestos en los cuales se discutía si propiamente se había formado o no el cuasicontrato de gestión de negocios, de manera que así la aceptaban en algunos casos de *gestion d'affaires anormale*<sup>1</sup>.

Esa doctrina había nacido como una respuesta inicial a la ausencia de consagración en el *Code Civil* de una acción general *de in rem verso* y los juristas decimonónicos la fundaban en el principio de equidad conforme al cual no es justo ni equitativo que alguien se enriquezca a expensas de otro. Tal opinión fue incluso reconocida por algunas decisiones jurisprudenciales, hasta que se impuso la visión de Aubry y Rau que, sobre la base de las ideas de Zachariae, basaba una acción general *de in rem verso* ligándola a la teoría del patrimonio, la que acabó por imponerse en el derecho francés desde su reconocimiento por la Corte de Casación en el célebre *Arrêt Boudier o du marchand d'anglais* del año 1892.

El curso histórico de la configuración de la *actio de in rem verso* en el derecho civil francés es el que se intentará reconstruir en este trabajo, sobre todo con la finalidad de precisar la influencia de los textos romanos en la larga historia del, hoy llamado, "enriquecimiento sin causa", pues, como ocurre con la mayoría de las categorías dogmáticas del

<sup>1</sup> Vide, entre otros, BAUDRY-LACANTINIERE, Gabriel. - BARDE, L. *Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations*, III, Paris, 1903, nr. 2826, p. 1.060; RIPERT, Georges - TEISSEIRE, "Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, III, Paris, 1904, pp. 732 y 741-746; PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, III, Paris, 1909, nr. 933, p. 318; RENARD, Jean, "Étude sur les conditions de l'application de l'action d'enrichissement sans cause dans le droit français moderne", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, XIX, Paris, 1920, p. 244; ROUAST, André, "L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, XIX, Paris, 1922, nr. 4, pp. 42-43; RIPERT, Marcel, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1925, nr. 133, p. 232; FLOUR, Jacques - AUBERT, Jean-Luc, *Les Obligations. II. Sources: Le fait juridique* (Par Jean-Luc Aubert), Paris, 1990, nr. 35, pp. 38-39; ROLAND, Henri - BOYER, Laurent, *Obligations. 2. Contrat*, Paris, 1993, n. 1890, p. 801; FLOUR, Jacques - AUBERT, Jean-Luc, *Les obligations. 2. Le fait juridique*, Paris, 1994, nr. 35, pp. 36-37; MALAURIE, Philippe - AYNES, Laurent, *Cours de Droit Civil*, VI, Paris, 1995, nr. 944, pp. 541-542; TERRÉ, François - SIMLER, Philippe - LEQUETTE, Yves, *Droit Civil. Les obligations*, Paris, 1996, nr. 970, pp. 789-790.