

REVISTA
DO
INSTITUTO HISTÓRICO
E
GEOGRÁFICO BRASILEIRO

*Hoc facit, ut longos durent bene gesta per annos.
Et possint serâ posteritate frui.*



INSTITUTO HISTÓRICO E GEOGRÁFICO BRASILEIRO

Considerado de utilidade pública:

Estadual: Lei n° 1.068, de 14-9-1966 (*Diário Oficial* do Estado, parte 1, de 20-9-1966)

Federal: Decreto n° 61.251, de 30 de agosto de 1967

Av. Augusto Severo, 8 - Rio de Janeiro - CEP 20021-040

Fundado em 21-10-1838, em plena Regência, por 27 sócios da prestigiosa Sociedade Auxiliadora da Indústria Nacional, o IHGB originou-se de proposta anterior do marechal-de-campo Cunha Matos e do cônego Januário da Cunha Barbosa. Pedro II logo o tomou sob seus auspícios.

Os objetivos estatutários eram, entre outros: coligir, metodizar, publicar ou arquivar documentos, promover cursos e editar a revista Trimestral de História e Geografia ou *Jornal do IHGB*.

O arquivo é hoje um dos melhores do Brasil, graças a sucessivas doações de papéis de estadistas e historiadores, como José Bonifácio, o Marquês de Olinda, Varnhagen, Cotegipe, o Conde d'Eu, o visconde de Ouro Preto, Prudente de Moraes, Rodrigues Alves, Eptácio Pessoa, Manuel Barata, Wanderley Pinho, Hêlio Viana e Jackson de Figueiredo, entre outros.

A biblioteca, por compra, doações e permutas, passa de 500 mil volumes de grande interesse para os estudos brasileiros.

A mapoteca dispõe de cerca de 12 mil cartas geográficas, referentes, sobretudo, ao território brasileiro.

O museu, criado em 1851 para guardar a memória de varões ilustres em máscaras fisionômicas, retratos e lembranças pessoais, exhibe hoje peças como a espada de campanha de Caxias (modelo dos espadins dos cadetes do nosso exército) ou a cadeira em que Pedro II, durante 40 anos, presidiu a 508 sessões do instituto.

A pinacoteca é rica, abrangendo desde a imensa tela da Coroação de Pedro II, de autoria do sócio Araújo Porto-Alegre, até a impressionante galeria de retratos (e bustos) de monarcas, nobres e personalidades da Colônia à República.

Os sócios, eméritos, titulares, honorários e correspondentes, no País e no estrangeiro, são eleitos vitaliciamente. O corpo social promove conferências, congressos e cursos, anunciados com antecedência, e realiza reuniões, de março a dezembro, todas as quartas-feiras. As atas são publicadas pela revista em suplemento ao último número do ano.

R IHGB

a. 163
n. 414
jan./mar.
2002

INSTITUTO HISTÓRICO E GEOGRÁFICO BRASILEIRO

DIRETORIA — (2002-2003)

Presidente: Arno Wehling

1º Vice-Presidente: Newton Lins Buarque Sucupira

2º Vice-Presidente: Mario Antonio Barata

3º Vice-Presidente: João Hermes Pereira de Araújo

1º Secretário: Cybelle Moreira de Ipanema

2º Secretário: Elystio Custódio de Oliveira Belchior

Tesoureiro: Victorino Coutinho Chermont de Miranda

Orador: Marcos Almir Madeira

CONSELHO FISCAL

Membros efetivos: Mircea Buescu, José Pedro Pinto Esposel, Jonas de Moraes Correia Neto

Membros suplentes: Augusto Carlos da Silva Telles, Joaquim Victorino Portella Ferreira Alves,
Maria Cecília Ribas Carneiro

COMISSÕES PERMANENTES

Admissão de sócios: Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, José Arthur Rios, Carlos Wehrs, Francisco
Luiz Teixeira Vinhosa, João Hermes Pereira de Araújo

Ciências Sociais: Lêda Boechat Rodrigues, Paulo José Pardal, Maria da Conceição de Moraes Coutinho
Beltrão, Helio Jaguaribe de Mattos, Cândido Antônio Mendes de Almeida

Estatuto: Geraldo Eulálio do Nascimento, Afonso Arinos de Mello Franco, Rui Vieira da Cunha, Alberto
Venâncio Filho, Victorino Coutinho Chermont de Miranda

Geografia: Max Justo Guedes, Lucinda Coutinho de Mello Coelho, Sydney Martins Gomes dos Santos,
Ronaldo Rogério de Freitas Mourão, Miridan Britto Knox Falci

História: João Hermes Pereira de Araújo, Maria Cecília Ribas Carneiro, Eduardo Silva, Pe. Fernando -
Bastos de Ávila

Patrimônio: Afonso Celso Villela de Carvalho, Claudio Moreira Bento, Geraldo de Menezes, Joaquim
Victorino Portella Ferreira Alves, Helio Leôncio Martins

CONSELHO CONSULTIVO

Membro nato: Cristóvão Leite de Castro, D. Pedro Gastão de Orleans e Bragança

Membros nomeados: Augusto Carlos da Silva Telles, Luiz de Castro Souza, Lêda Boechat Rodrigues,
Frieda Wolff, Evaristo de Moraes Filho, Vasco Mariz, Mario Antonio Barata, Max Justo Guedes

CEPHAS (Comissão de Estudos e Pesquisas Históricas) — Secretário: Arivaldo Silveira Fontes

DIRETORIAS ADJUNTAS

Arquivo: Carlos Wehrs

Biblioteca: Lygia da Fonseca Fernandes da Cunha

Museu: Vera Lucia Bottrel Tostes

Secretaria Adjunta: Arivaldo Silveira Fontes

Coordenadoria de Cursos: Lucinda Coutinho de Mello Coelho

Patrimônio: Guilherme de Andréa Frota

Projetos Especiais: Maria da Conceição de Moraes Coutinho Beltrão
Informática e Disseminação da Informação: Esther Caldas Bertoletti

REVISTA
DO
INSTITUTO HISTÓRICO
E
GEOGRÁFICO BRASILEIRO

*Hoc facit, ut longos durent bene gesta per annos.
Et possint serâ posteritate frui.*



Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, ano 163, n. 414, 2002

Indexada por/Indexado by

Historical Abstract: America, History and Life - Ulrich's International Periodicals Directory - Handbook of Latin American Studies (HLAS) - Sumários Correntes Brasileiros

Comissão da Revista - Editores

Miridan Brito Knox Falci (Diretora) - Esther Bertoletti - Homero Senna

Conselho Editorial

Arno Wehling (Presidente)
Antonio Manuel Dias Farinha
Carlos Wehrs
Elyso de Oliveira Belchior
Humberto Carlos Baquero Moreno
João Hermes Pereira de Araújo
José Murilo de Carvalho
José Octávio Arruda Mello
Lucinda Coutinho de Mello Coelho
Maria Beatriz Nizza da Silva
Marta Lulza Marcilio
Miguel Léon-Portilla
Odilon Nogueira de Matos
Vasco Mariz

Conselho Consultivo

Aniello Avella
Aníbal Pinto de Castro
Antony Russel-Wood
Claude Lévi-Strauss
Fernando Assunção Formica
Horst Pietschmann
José Marques
Leslie Bethel
Newton Lins Buarque Sucupira
Robert Levine
Stuart Schwartz
Tarcísio Meirelles Padilha
Victor Tau Anzouátegui

Correspondência:

Rev. IHGB - Av. Augusto Severo, 8-10º andar - Glória - CEP: 20021-040 - Rio de Janeiro - RJ - Brasil

Fone/fax (21) 2232-1312 / 2509-5107 / 2252-4430

e-mail: ihgbpresidencia@unikey.com.br

Projeto Gráfico: Jorge Carlos Fernandes de Avila

Revisor: Fernando Góes Ferreira dos Santos

© Copyright by IHGB

Tiragem: 700 exemplares

Impresso no Brasil - Printed in Brazil

Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro. - Ano 1-4 (jan./dez., 1839)-
Rio de Janeiro: o Instituto, 1839-

v. : il. ; 23 cm

Trimestral

Título varia ligeiramente

Ind. de autor, título e assunto: Vols. 1-399 publicado em n. 400, jul./set. 1998

ISSN 0101-4366

1. Brasil - História. 2. História. 3. Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro - Discursos, ensaios, conferências. I. Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro.

Ficha catalográfica preparada pela bibliotecária Célia da Costa

ALGUNAS PARTICULARIDADES DEL DERECHO DE FAMILIA EN HISPANOAMÉRICA COLONIAL, Y SU CORRELATO EN EL DERECHO COLONIAL BRASILEÑO

Viviana Kluger¹

I. INTRODUCCIÓN

La convivencia familiar en el Nuevo Mundo planteó a la Corona española y portuguesa la cuestión de acomodar este tipo de relaciones a los nuevos parámetros que una realidad distinta implicaba.

¿Era posible trasladar sin modificaciones, un conjunto de normas dictadas para la península ibérica entre los siglos XIII y XVIII, y que tal vez eran ellas mismas una reiteración de disposiciones aún más antiguas, a un espacio físico tan distinto, y la vez, en algunos casos, tan alejado en el tiempo? Y más aún, ¿se aplicaron en el siglo XVIII y XIX, por ejemplo, las mismas normas que a poco de descubierto el Nuevo Continente, y de la misma forma?

Desentrañar cuál fue el derecho que rigió las relaciones familiares en este nuevo contexto, implica no sólo describir un conjunto de normas incluidas en una serie de repertorios legales, sino también analizar la recepción hecha por los tribunales y por la doctrina americanas, de esas disposiciones legales, para determinar la aplicación efectiva de esas leyes por quienes estaban facultados para interpretarlas y por aquéllos a quienes estaban destinadas.

La lectura del trabajo de Arno y Maria José Wehling "O Direito de Família no mundo luso-brasileiro. Período pombalino e pós-pombalino"² nos llevó a intentar efectuar una comparación, en términos generales, acerca de la regulación jurídica del derecho de familia y su efectiva aplicación a través de la praxis judicial, en el Brasil y en la Hispanoamérica colonial, y en este último caso, con especial énfasis en lo sucedido en el Virreinato del Río de la Plata.³

1 Doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, profesora de Historia del Derecho en la Universidad de Buenos Aires y Universidad del Museo Social Argentino; y Universidad Estacio de Sá, Universidad del Sur de Santa Catarina y Universidad Presidente Alberto Campos de Brasil.

2 Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro 160 (404): 537-546, Rio de Janeiro, jul/set. 1999.

3 El Virreinato del Río de la Plata fue creado en 1776 y comprendía las actuales repúblicas de Argentina, Bolivia, Paraguay y Uruguay, con otros territorios que hoy forman parte de

Por lo tanto, el objeto de este trabajo consistirá en un análisis de algunos aspectos del derecho de familia en los períodos denominados "pombalino y pos pombalino", es decir, en la segunda mitad del siglo XVIII y en el siglo XIX, durante los reinados de José I y María I, llamados así por la presencia del ministro marqués de Pombal. Este período, por lo tanto y en términos generales, coexiste con la organización política correspondiente al Virreinato del Río de la Plata y se desenvuelve contemporáneamente a la difusión de las nuevas ideas de la Ilustración.

Para ello, comenzamos con una descripción del traslado y eventual aplicación del derecho castellano y del derecho lusitano en la América hispana y brasileña, para referirnos en especial al "derecho indiano" y pasar luego al análisis del derecho de familia indiano y luso brasileño. En este orden de ideas, pasaremos revista al matrimonio, a través de una descripción de los impedimentos, las uniones de hecho, los matrimonios interraciales, la libertad de contraer matrimonio, la cuestión de los matrimonios clandestinos, el consentimiento paterno, para ocuparnos a continuación de la situación jurídica de la mujer, la doctrina de los teólogos morales, el problema del "casado ausente", y finalizar con una serie de conclusiones.

II. EL DERECHO APLICABLE

El traslado y eventual aplicación del derecho castellano y del derecho lusitano en la América hispana y brasileña

Para comenzar, habría que preguntarse cuál fue el sistema jurídico que tanto la Corona española como la portuguesa quisieron trasladar al Nuevo Mundo.

En el primer caso, al incorporarse políticamente las Indias a la Corona de Castilla, y atento a que las tierras recién descubiertas habían sido concedidas, documentos pontificios mediante, a los Reyes Católicos y a sus descendientes en el trono de Castilla, se consideró que éstas formaban parte del territorio castellano y sus habitantes, debían ser considerados vasallos, al igual que los peninsulares de ese reino. El fundamento era "porque siendo de una Corona los reinos de Castilla y de las Indias, las leyes y la manera de gobierno de los unos y de los otros debe ser lo mas semejante y conforme que se pueda".⁴

Por lo tanto, no se intentó una estructuración jurídica nueva, y por el contrario, se quiso trasladar el orden jurídico castellano al Nuevo Mundo, en tanto las peculiares condiciones de vida de éste lo permitieran.

Brasil. En 1810 se produce la Revolución de Mayo y se instala el primer gobierno revolucionario, con lo que comienza el período denominado "patrio".

4 Diego de Encinas, *Cedulario indiano*, Madrid, 1596, T I, folio 5.

En consecuencia, la regulación jurídica de la familia en el Virreinato del Río de la Plata se estructuró alrededor del derecho castellano, integrado por dos tipos de fuentes: el derecho canónico y el derecho secular.⁵

Las fuentes del derecho secular eran el Fuero Juzgo, el Fuero Real, las Partidas – estas tres del siglo XIII –, el Ordenamiento Real u Ordenamiento de Alcalá de Henares (siglo XIV), las Ordenanzas Reales de Castilla u Ordenamiento de Montalvo (siglo XV), las Leyes de Toro (principios del siglo XVI), la Nueva Recopilación de las Leyes de España (segunda mitad del siglo XVI) y la Pragmática sobre el matrimonio de los hijos de familia, de 1776.

La profusión de leyes determinó la necesidad de establecer un orden de prelación, por lo que se dispuso que en primer lugar se debía aplicar el derecho territorial del reino, integrado por las normas contenidas en los ordenamientos y las disposiciones reales y recogido en las diversas recopilaciones; en segundo lugar, los fueros municipales, en aquéllo en lo que venían utilizándose y mientras no se opusieran a la ley divina, a la razón o a las normas recopiladas y tercero, las Partidas.

Las principales fuentes del derecho canónico eran las Decretales del papa Gregorio IX (1324) y los cánones pertinentes del Concilio de Trento (1545-1563).

En Brasil, como en Portugal, en el derecho de familia se mezclaban normas de la Iglesia, particularmente del Concilio de Trento, las *Ordenações Filippinas*, la legislación extravagante, el derecho común, la doctrina y la jurisprudencia. Nizza da Silva también presupone que un mismo sistema de normas, sobre todo jurídicas, estaba en vigencia en Portugal y Brasil.⁶

Con respecto al Concilio de Trento, una Real Cédula del 12 de julio de 1564 ordenó a los arzobispos y demás preladados de Indias que publicasen sus cánones, “cuyos acuerdos son ley del Reyno”, y a las justicias ordinarias que prestasen todo el auxilio necesario para que no se alterase su observancia.⁷

En Brasil, sus normas habían sido institucionalizadas en el siglo XVIII por las “Constituciones primeras del arzobispado de Bahía”, de Sebastián Monteiro da Vide.⁸

5 Nos hemos referido extensamente al tema en nuestro trabajo “¿Existió un derecho de familia indiano?”, a ser publicado en las *Actas del XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*.

6 Arno Wehling, ob. Cit y Maria Beatriz Nizza da Silva, *Sistema de casamento no Brasil colonial*, Editora da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1984, p. 8.

7 José María Ots Capdequí, *El estado español en las Indias*, Fondo de Cultura Económica, México, 1948, p. 74.

8 Maria Beatriz Nizza da Silva, ob. cit., p. 8.

III. EL DERECHO DE LA AMÉRICA HISPANA Y PORTUGUESA

El caso especial del "Derecho Indiano"

Una particularidad del sistema jurídico de la América Hispana, que tal vez no se dio de igual manera en Brasil, fue el derecho indiano.

¿Pero qué era precisamente el derecho indiano?

Era el conjunto de reglas jurídicas aplicables en Indias y que estaba integrado por: a) las normas creadas especialmente para las Indias – que se denominaba "derecho indiano propiamente tal o municipal"; b) el derecho castellano, utilizado a falta de disposiciones especiales, y c) el derecho indígena, propio de los aborígenes, y que era aplicable en la medida en que resultara adecuado a los principios morales y cristianos, analizados y contrastados, desde la perspectiva española de la época y que fue equiparado a los fueros municipales.⁹

Las fuentes de este derecho indiano eran la legislación, la costumbre, la praxis judicial y la literatura jurídica.

Una característica de esta nueva legislación indiana fue que se iba formando a medida que los problemas surgían o que se planteaban acuciantes en un lugar cualquiera; por lo que era, conforme García Gallo, "una legislación casuística, ocasional, que va remediando o poniendo parches allá donde la fuerza de la realidad acusa fisuras en el ordenamiento vigente".¹⁰ Este tipo de sistema se adecuaba muy bien a las cambiantes situaciones que planteaban las Indias y sus habitantes.¹¹

Las reformas se orientaban en un mismo sentido en España y en América, por lo que "el nuevo Derecho indiano tiende a aproximarse al castellano, del que antes se había distanciando, si bien el Derecho indiano criollo, que se conserva vivo, acusa las diferencias".¹²

La legislación indiana se centró básicamente en el derecho público, y entonces el derecho privado fue principalmente regido por el castellano, y ante la falta de una legislación específica, y a pesar de su subsidiariedad, "el derecho castellano se aplicó mucho en Indias, sobre todo en materia de derecho pri-

- 9 Miguel Ángel González de San Segundo, *Un mestizaje jurídico: el derecho indiano de los indígenas*, Estudios de Historia del Derecho, Madrid, 1995, p. 13.
- 10 Alfonso García Gallo, "Génesis y desarrollo del Derecho indiano", Atlántida, *Revista del pensamiento actual*, Volumen II, Número 10, julio-agosto 1964, p. 342.
- 11 Antonio Dougnac Rodríguez, *Manual de Historia del Derecho Indiano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994, p.11.
- 12 Alfonso García Gallo, ob. cit., p. 342.

vado, penal y procesal, en que las disposiciones indianas propiamente dichas fueron escasas".¹³

Esta presencia del derecho castellano era aún mayor en lo que respecta al derecho de familia, porque conforme Victoria Chenault, "...las cuestiones que giran alrededor del sexo y la familia han sido las que deben haber cambiado más lentamente por pertenecer al aspecto más privado de la vida en sociedad."¹⁴

Si se examina el contenido de la Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias de 1680 y de las disposiciones dictadas en España para regir en Indias o por quienes en Indias tenían facultades legislativas, hay un predominio de normas de derecho público sobre el privado, y dentro de estas últimas, fueron pocas las disposiciones que se ocuparon de la regulación jurídica de la familia, y éstas giraron alrededor de los temas que examinaremos más adelante.

Y además, que se intentara trasladar el orden jurídico castellano o portugués a América, no significa que efectivamente se hubiera aplicado, por lo que en este aspecto tampoco puede dejar de analizarse qué aplicación efectiva tuvo el derecho que se intentaba recrear, a la luz de la interpretación de sus normas a través de la praxis judicial.

Y entonces, tal como lo sostiene Nizza da Silva para las *Ordenações Filipinas*, pero que consideramos cabe extenderlo a todo el sistema jurídico castellano y portugués, el análisis de éstos debe ser completado a la luz de la legislación posterior y también con relación a los casos dudosos o contradictorios, con la jurisprudencia establecida por quienes tenían facultades de administrar justicia. Y por el otro lado, también siguiendo a Nizza da Silva, el laberinto de leyes del Antiguo Régimen era de tal manera complicado, que el sistema jurídico con relación al matrimonio sólo puede ser reconstruido con la ayuda de los juristas de la época y con la ayuda de cierto tipo de obras, como los manuales de los "prácticos".¹⁵

Una de las cuestiones que correspondería analizar es la presencia del derecho indígena dentro del sistema jurídico indiano. "A los indios se les deja regirse por sus costumbres y, por tanto, el Derecho indígena convive con el castellano", fenómeno de convivencia o coexistencia que desde luego no impide, que "cuando los indios tratan con los españoles es el Derecho de éstos el que prevalece".¹⁶ Pero esta posibilidad se veía limitada en la medida en la que estas

13 Antonio Dougnac Rodríguez, ob. cit., p. 16.

14 Victoria Chenault, "Honor y ley: la mujer totonaca en el conflicto judicial en la segunda mitad del siglo XIX", en *Familias y mujeres en México: del modelo a la diversidad*, El Colegio de México, México, 1997, Soledad González Montes y Silvia Tuñón, compiladores, p. 11-160.

15 María Beatriz Nizza da Silva, ob. cit., p. 9.

16 Miguel Ángel González de San Segundo, ob. cit.

costumbres contrariaran las normas de la Iglesia Católica y de la Corona española.

Para Víctor Tau Anzoátegui, "la supervivencia de las costumbres de los nativos en el seno del ordenamiento indiano constituye un excepción muy notable a la situación y a las reglas generales, contrarias a la admisión de la costumbre como fuente de creación del Derecho".¹⁷

IV. EL DERECHO DE FAMILIA INDIANO Y EL LUSO BRASILEÑO

El modelo que se quería transplantar

El orden natural deseado por Dios, y por los teóricos del absolutismo, interesados en una población extensa, era el matrimonio. Según este orden, fuera de él, reinaban el pecado y el desenfreno.¹⁸

Esta concepción imperó tanto en el caso de la América hispana como en el de la portuguesa. En este último, según los Wehling, parece claro que la motivación de la legislación pombalina y pos pombalina fue consolidar una familia por motivos de orden político y económico, por lo que la familia se tornó en altamente protegida por el Estado. Y como consecuencia de esta motivación, "las leyes sobre las relaciones familiares, sucesiones y actividad comercial las favorecían" y ponían de manifiesto la preocupación por la estabilidad familiar.

La Corona española se ocupó de instruir a todos los funcionarios de su sistema político y judicial, para que se constituyeran en defensores de este orden, y entonces, vemos a justicias capitulares¹⁹ reales²⁰ y Audiencia²¹ mostrándose como guardianas de la armonía y paz conyugal, defensoras de la unión de los cónyuges y de la continuidad de la vida matrimonial. Y por lo tanto, los litigios entre esposos fueron mal vistos por las justicias, las que los percibían como una molestia hacia el tribunal.

También en Brasil las autoridades políticas demostraron un afán por sostener el modelo, y a pesar de estar concentrados en cuestiones militares, ad-

17 La costumbre jurídica en la América española (s. XVI-XVIII), *Revista de Historia del Derecho* (en adelante RHD) N° 14, p. 355-425.

18 Amo y Maria José Wehling, *Formação do Brasil colonial*, 3ª edición, Editora Nova Fronteira, 2000, Rio de Janeiro, p. 244.

19 Nos referimos a los integrantes del cabildo, corporación municipal, algunos de cuyos integrantes, los alcaldes de primer y segundo voto, tenían funciones judiciales.

20 Las justicias reales eran los funcionarios políticos – tales como los gobernadores, capitanes generales, intendentes, etc.

21 Las audiencias eran los supremos tribunales indianos. Sobre el Virreinato del Río de la Plata, tenía jurisdicción la Audiencia de Buenos Aires, creada por Real Cédula del 14 de abril de 1783, y que funcionó en el lapso comprendido entre 1785 y 1812.

ministrativas o económicas, los gobernadores no dejaban de intervenir en la vida conyugal, cuando eran solicitados por uno de los cónyuges.²²

En Indias se insistía en la necesidad de que las autoridades persiguieran a quienes estuvieran amancebados, facultándose a ejercer este control a virreyes, arzobispos, audiencias e inclusive, al mismísimo Consejo de Indias.²³ Se recomendaba a estos funcionarios que aplicaran las penas espirituales y las seculares a fin de evitar los abusos y proceder al ejemplar castigo de los amancebamientos públicos.

Este interés en imponer el matrimonio también se hacía patente a la hora de reprimir el concubinato, el que fue perseguido desde la legislación y punido

22 María Beatriz Nizza da Silva, ob. cit., p. 12 y 202.

23 Real Cédula del 13 de febrero de 1727: "Que el Virrey del Perú, Arzobispos, obispos, y Prelados de las Religiones se dediquen con el mayor esfuerzo, y actividad al más pronto rigoroso, y exemplar castigo de los amancebamientos públicos de los Sacerdotes, así regulares, como seculares, que públicamente sustentan familias enteras de mugeres e hijos, con grave escandalo, procediendo contra ellos conforme al derecho canónico, hasta deponerlos, si fueren incorregibles, de sus prebendas, curatos, y oficios, y estrañarlos del Reyno, para cuyo fin los ordinarios acudirán al virrey, siempre que convenga, para que les dé el auxilio que necesitaren. Que a este efecto llame dicho Virrey a cada uno de los Prelados regulares, que residen en Lima, y les comunique las noticias, que tiene el Rey de los escándalos, y delitos de sus súbditos, a fin de que con toda vigilancia cuiden de su remedio, advirtiéndoles, que en caso de grave omisión, se halla con orden real, para remitir a España al Prelado descuidado. Que asimismo prevenga a todos los ministros reales, procedan rigorosamente al castigo de las mugeres, que viven deshonestamente, para que por este medio se eviten tan perniciosos escandalos". Disposición de diciembre 21 de 1787: "Que los Virreyes, Arzobispos, etc., cumplan lo resuelto sobre causas de concubinatos; disponiendo, que por todos sus respectivos súbditos se guarde en las Indias lo ordenado para España en Cédula de 29 de febrero de 1777, en que se establecen las siguientes reglas: I. Qua para evitar los pecados públicos de los legos, exerciten el celo pastoral los Obispos y Párrocos, tanto el fuero penitencia, como por medio de amonestaciones, y penas espirituales, en los casos, y con las formalidades prescriptas por derecho; y que no bastando estas se dé cuenta a las justicias reales, a quienes toca su castigo en el fuero externo; excusando el abuso de exigir multas por este motivo. II. Que si dada la cuenta a las justicias reales no procediesen estas al castigo de los delinquentes, se dé a los Virreyes, Presidentes, o Audiencias del distrito. III. Que si estos fuesen omisos en ello, lo que no espera S. M., se dirija noticia al Consejo de Indias, quien tomará las providencias mas serias, y efectivas contra unos, y otros. IV. Que en los casos y ocasiones, en que puedan, y deban los jueces eclesiásticos implorar el auxilio del brazo seglar, se imparta sin retardación por las Audiencias y justicias ordinarias respectivas, en el modo y términos, que prescriben las leyes de Indias, que tratan de la materia. V. Que quando se expidan por S. M. Indultos generales, los gocen y sean comprendidos en ellos los delinquentes eclesiásticos, contra quienes estuvieren conociendo sus jueces, siendo las penas que se les habían de imponer tales, que puedan ser remitidas por dichos indultos". Juan Joseph Matraya y Ricci, *Catálogo cronológico de pragmáticas, cédulas, decretos, ordenes y resoluciones reales*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, (INHID), Bs.As, 1979, p. 302-397.

por las autoridades civiles, dada la poca eficacia de las amonestaciones de los párrocos.²⁴

Sin embargo, y como tal como lo sostuvo Nizza da Silva para el Brasil colonial, porque la noción de familia era bastante compleja durante todo el período colonial, variando de acuerdo a los grupos sociales, raciales o jurídicos, parece más seguro tomar el matrimonio como punto de partida.²⁵

IV.1. MATRIMONIO²⁶

Los mismos preceptos que en España regulaban la celebración canónica del matrimonio, estuvieron también vigentes en los territorios hispanoamericanos, es decir, que en principio se aplicaban los ordenamientos jurídicos a los que hicimos referencia al ocuparnos de las fuentes en el derecho castellano.

Tal como señalamos precedentemente, fueron relativamente escasas las normas de derecho indiano propiamente dicho, que se refirieran a materias de derecho privado, las que quedaron por lo general, reguladas por lo que disponía el derecho castellano que supletoriamente a aquél regía en Indias.

Y es que las disposiciones contenidas en las fuentes del derecho indiano – sobre todo la Recopilación de 1680 –, en torno a la familia, “aún cuando se promulgaron en número considerable, versaron sobre puntos muy concretos, y no modificaron en lo fundamental, el viejo derecho castellano”.²⁷

Había, sin embargo, algunos aspectos de la vida práctica americana que escapaban a las disposiciones europeas, y para ellos hubo que legislar especialmente. El choque entre el viejo y el nuevo mundo a menudo producía circunstancias distintas, que exigían determinadas soluciones.

En la adaptación de lo castellano a lo indiano, y en la fusión de los elementos viejos y los nuevos, “la institución que aseguraba principalmente la ejecución de una mezcla de tradiciones tanto eclesiásticas como españolas del Viejo Mundo con respecto al matrimonio, fue la Iglesia católica”. Ésta determinaba las calificaciones mínimas de edad, estudiaba el grado de parentesco entre los cónyuges y registraba y legitimaba los matrimonios. Según Patricia Seed, “la característica más sobresaliente de la regulación matrimo-

24 María Beatriz Nizza da Silva, ob. cit., p. 12.

25 María Beatriz Nizza da Silva, ob. cit., p. 12.

26 Nos hemos referido al tema del matrimonio en nuestro trabajo “Las relaciones conyugales en el Virreinato del Río de la Plata. Del ámbito doméstico a los estrados judiciales”, en prensa.

27 José María Ots Capdequí, “El estado...”, p. 73.

nial en el Nuevo Mundo, era el grado en el que la Iglesia ejercía un control independiente de los funcionarios reales".²⁸

IV. 1.1 IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES

A) En la América Hispana

El matrimonio se debía celebrar libre de todo impedimento. Los impedimentos eran requisitos cuya presencia o ausencia, según los casos, hacían que el matrimonio fuera jurídicamente nulo, o cuando menos, ilícito.

Se distinguían dos especies de impedimentos, según sus efectos sobre la validez del matrimonio: los impedimentos dirimentes, que anulaban el matrimonio; y los impedientes, que lo hacían ilícito, y a quienes lo contraían, pasibles de sanciones, sin llegar a invalidarlo.

Las Partidas se ocupaban, además del error y la fuerza, del parentesco o consanguinidad, del voto solemne de castidad, de la afinidad, del parentesco espiritual, la pública honestidad, el adulterio u homicidio del cónyuge, la disparidad de culto, el rapto y la impotencia para procrear.²⁹

Así fue como, cuando surgieron conflictos alrededor del matrimonio de los indios, esclavos y mestizos – categorías sociales nuevas para el derecho castellano – éstos fueron contemplados por la Iglesia Católica, institución que "operaba con un grado asombroso de independencia de la Corona, en la aplicación de las ideas religiosas y culturales españolas sobre los vínculos matrimoniales".³⁰

Cabe hacer una serie de distinciones entre los distintos tipos de uniones interraciales.

a) El matrimonio indígena

Los grados prohibidos de parentesco

Un punto de fricción entre las costumbres matrimoniales indígenas y el sacramento cristiano, fue el de los grados prohibidos de parentesco. Es que "desde el punto de vista europeo, practicaban una endogamia demasiado estrecha".³¹

28 Patricia Seed, *Amar, honrar y obedecer en el México Colonial. Conflictos en torno a la elección matrimonial. 1574-1821*, Alianza Editorial, México, 1997, p. 44.

29 Partida. 4, título. 2, ley 10; (en adelante, "P" para Partida, "t" para título y "l" para ley); P. 4, t. 2, l. 19.

30 Patricia Seed, *ob. cit.*, p. 31.

31 Mónica Patricia Martini, *El indio y los sacramentos. Circunstancias adversas y malas interpretaciones*, PRHISCO, CONICET, 1993, p. 201-202.

En la esfera de la consanguinidad, los indígenas solían aceptar unas veces un sistema unilateral de parentesco matrilineal o patrilineal, y otras, un sistema bilateral que sólo rechazaba el primer grado en línea recta (padres e hijos), dándose casos en los que se aceptaba, incluso, el primero en línea transversal (hermanos entre sí). El parentesco por afinidad no constituía un impedimento, y en algunos casos, constituía un incentivo para los matrimonios.³² Además, la mayoría parecía desconocer el parentesco espiritual derivado del bautismo o de la confirmación.³³

Frente a esta situación, la Iglesia intentó flexibilizar sus propios preceptos para acercarse a la modalidad de los naturales, por lo que se obviaron en muchas ocasiones los impedimentos por parentesco y no se aplicaron con el mismo rigor y disciplina los preceptos del Concilio de Trento.

A los neoconvertos, por ejemplo, se les permitía permanecer en matrimonios contraídos en su infidelidad dentro del segundo y ulteriores grados de parentesco, echando mano del capítulo *Gaudemus*.

En cuanto a los matrimonios por contraer, la bula *Altitudo* declaró válidas las uniones sin dispensa previa hasta el tercer grado de parentesco por consanguinidad o afinidad.³⁴

Imposición del matrimonio monogámico

Se insistía en la necesidad de que los indígenas no se casaran con más de una mujer.³⁵ Sin embargo, los monarcas recomendaban paciencia en la exigencia de implantar la monogamia "por ser gente nuevamente convertida y ser cosa que se usaba entre ellos, tener muchas mujeres".³⁶

32 Daisy Ripodas Ardanaz, *El matrimonio en Indias. Realidad social y regulación jurídica*, Fecic, Buenos Aires, 1977, p. 175.

33 Mónica Patricia Martini, ob. cit., p. 202.

34 Daisy Ripodas Ardanaz, ob. cit., p. 170-172.

35 Año 1551 17 de diciembre "Cédula que manda a la Audiencia de las provincias de Perú que no se consienta que ningún cacique se case con más de una mujer, aunque sea infiel"; "... a nos se ha hecho relación de que en esa tierra muchos caciques tienen número de mujeres encerradas en su término para usar de ellas en sus desconciertos... os mando que veais lo suso dicho y proveais que en todas las provincias sujetas a esa Audiencia ningún cacique, aunque sea infiel, se case con más de una mujer". *Cedulario de Encinas*, lib. IV, fols. 350-351. Sobre la base de esta disposición se forma la ley 6,1,5 de la Recopilación de 1680.

36 Alonso de Zorita, *Cedulario de 1574. Leyes y ordenanzas reales de las Indias del mar oceano, por las cuales primeramente se han de librar todos los pleitos civiles y criminales de aquellas partes*, Introducción de Jesus Silva-Herzog Flores, México, 1984.

Las uniones de hecho

Como en el caso de los españoles – al que nos referiremos más adelante, existieron disposiciones de la Corona dirigidas a evitar que los indios se amancebaran.³⁷ Al respecto, Juan de Matienzo sostenía que los indios tenían la mala costumbre de emborracharse, ser adúlteros, tener mancebas, y hasta ser bigamos y polígamos, por lo que aconsejaba que los doctrineros no incurriesen en los mismos delitos, porque esta conducta constituiría un mal ejemplo para los indígenas.

Para evitar estas conductas entre ellos, proponía que al indio que hubiera ya abrazado el cristianismo y que estuviere públicamente amancebado, le persuadieran a que se casase y dejase la manceba, y si éste no lo quisiese hacer, fuera azotado públicamente y cortados los cabellos. A la india, sugería que se le diese el mismo castigo, y que fuera desterrada del repartimiento por un año; y que la misma pena se le diera al que adulterare o tuviere dos o tres mujeres o mancebas.³⁸

b) Matrimonio entre españoles y negros libres

En líneas generales el matrimonio entre españoles y negros libres era permitido. Sin embargo, estaba prohibido contraerlo a aquellos españoles que tuviesen una encomienda a perpetuidad.

c) Matrimonio entre indios y negros

De todos los matrimonios interraciales, éste es el que contó con mayores detractores por parte de las autoridades indianas, porque desde el punto de vis-

37 Año 1565 entre las "prevenciones hechas por el Licenciado Castro para el buen gobierno del Reino del Perú, y especialmente para la conservacion e instrucción de los indios", figura la siguiente: "...Item habeis de tener muy gran cuidado de mirar cómo se intruyen y enseñan los dichos naturales en nuestra santa fe, y de prohibirles las borracheras y amancebamientos e idolatrías y entierros que hacen conforme a sus ritos y antiguas costumbres. Le 4, 4, 2 de la *Recopilación de Leyes de Indias* de 1680 (en adelante RLI).

38 Juan de Matienzo, *Gobierno del Perú*, Ouvrage Publie avec le concours du Ministère des Affaires Etrangères Paris, Lima, 1967, p. 84. Parte Primera Capitulo XXIII: "de las borracheras y malas costumbres de los indios; de los cabellos y chicos para las cabezas; de los adúlteros y amancebados, y del remedio que en ello se ha de tener... tienen, demás de esto, otra mala costumbre, que es estar amancebados, y aun tener dos y tres mugeres, y tomar mugeres axenas. Este es el mayor pecado que ellos tienen, y el más ordinario. El remedio de esto es que los que vivieren entre ellos no lo estén, especialmente los padres que los doctrinaren, que de lo contrario podrán tomar avilantez para lo estar, y el padre no tener lengua para los reprehender de ello, estando él de la mesma manera, y si los reprehendiere, ellos se reirán dél y no le crerán, como ha acaecido no sólo una vez en este Reino. ...pero no dañará tanto a los indios como el estar amancebados, porque en lo de la codicia no pecan los indios, y en este otro pecado sí.

ta sociorracial, éstas entendían que eran perjudiciales, porque llevaban a mezclar la sangre limpia de los indios con la impura de la condición servil de los negros, en lo político porque la mezcla propiciaba una clase social levantisca; y en lo económico, porque no tributaban.

d) *Matrimonios entre negros*

No sucedió lo mismo con este tipo de matrimonio, que seguramente por motivos económicos de aumento de mano de obra esclava fue, en los primeros momentos, potenciado por la Corona, obligando, en numerosas capitulaciones de descubrimiento, conquista y población en que se autorizaba el paso de esclavos, a llevar al menos un tercio de mujeres. Esta aspiración fue recogida en la Recopilación de las Leyes de Indias.³⁹

B) *En Brasil*

a) *Impedimentos matrimoniales*

En principio, no se efectuaron modificaciones en el tema de los impedimentos matrimoniales, definidos por la legislación tridentina, y punidos, en algunas situaciones previstas, en el Libro V de las *Ordenações*.

Sin embargo, esta uniformidad no se pudo mantener en el caso de los indios, y durante todo el período colonial, uno de los puntos básicos de catequización de las tribus indígenas consistió precisamente, y como en el caso de la América Hispánica, en llevarlas a abandonar sus reglas y prácticas matrimoniales para que aceptaran el matrimonio según la doctrina católica.

Con particular referencia a los matrimonios de los indígenas, el problema del incesto se colocaba de manera bien distinta en el mundo indígena y en el mundo católico, y por lo tanto, la Compañía de Jesús se vio obligada al celebrar los primeros matrimonios, a aceptar la regla preferencial indígena, a pesar de considerarla incestuosa y esto a partir del momento en el que le fue concedido el poder de dispensar de este impedimento de consanguinidad.⁴⁰

Prácticamente no hubo modificaciones en los casos de impedimentos matrimoniales, salvo de la dispensa en los grados de parentesco.

Fue la Bula *Mágnam profecto Curam*, de Pío VI, del 26 de enero de 1790, que concedió a los obispos brasileños y "padres respetables" la facultad

39 Recopilación de Leyes de Indias, Libro 7, Título 5, Ley 5; (en adelante, RLI, y "L" para libro, "t" para título y "l" para ley); Marta Milagros del Vas Mingo, *Manuel Josef de Ayala, Diccionario de Gobierno y Legislación de Indias*, Edición y Estudios, Ediciones de Cultura Hispánica, Madrid, 1991, Tomo IX, p. 26-44.

40 Maria Beatriz Nizza da Silva, ob. cit., p. 33.

de dispensar gratuitamente en la mayoría de los grados de parentesco, excepto en el primero de consanguinidad en líneas directa y transversal y en el primero de afinidad en línea directa. Los primeros casos fueron difíciles de superar en el medio rural, donde eran más frecuentes las uniones endogámicas.⁴¹ La medida atendió a la realidad colonial, pero llegó muy tarde, a pesar de que ya había sido pedida desde el inicio de la colonización.

b) Las uniones interraciales

Los matrimonios de los colonos portugueses con indias, no fueron objeto de interdicción, lo que fue confirmado por el alvará de 4 de abril de 1755, en el que explícitamente se aseguró que las parejas así constituídas y sus descendientes gozarían de especial protección, permitiéndose el acceso a cargos y dignidades y prohibiendo actitudes discriminatorias, tales como considerarlos infames o referirse a ellos como "caboclos".

Con respecto a la esclavitud, en la tradición jurídica romano-germánica, siempre fue un impedimento dirimente al matrimonio, pero la Iglesia, a través del derecho canónico, reconoció esos casamientos, aún cuando eran realizados contra la voluntad del señor. Creóse consecuentemente una ambigüedad, porque el derecho real, por la recepción de las normas tridentinas, tuvo que aceptar de hecho, limitaciones al derecho de propiedad, como el del señor de no poder vender el esclavo casado, impidiendo tener vida matrimonial.

Ya en 1585 una bula del papa Gregorio XIII se había preocupado en regularizar la situación de aquéllos que antes de haber sido esclavizados, habían contraído matrimonio según los ritos de su propio pueblo y que, pasando a ser esclavos, eran colocados frente al matrimonio católico. En este orden de ideas, las Constituciones establecían que todos los párrocos, cuando recibieran algunos esclavos recientemente convertidos, sobre los que hubiera sospecha de que hubieran estado casados en su tierra, se les dispensase del matrimonio previo.⁴²

Eso mismo fue confirmado, en la época que consideramos, por el decreto del 3 de noviembre de 1776, no obstante la fuerza del regalismo y la hostilidad contra el derecho común, también defensor de la unidad de la familia esclava.

Desde el punto de vista del Estado, era preciso incentivar los casamientos de esclavos, de igual manera que los demás matrimonios.⁴³

Según Nizza da Silva, era reducido en número el casamiento de esclavos — número que aumentaría considerablemente si fueran computados los matri-

41 Arno y Maria José Wehling, "Formação..." .

42 Maria Beatriz Nizza da Silva, ob. cit., p. 141.

43 Maria Beatriz Nizza da Silva, ob. cit., p. 147.

monios mixtos – pero también era alta la tasa de celibato entre la población libre. El problema era el mismo en las clases populares que en el grupo de esclavos: el complicado proceso matrimonial y los gastos exigidos contribuían al mantenimiento del concubinato.⁴⁴

c) Las uniones de hecho

Además, en los primeros tiempos de la colonización, los portugueses traían de la metrópoli dos prácticas matrimoniales, las dos reconocidas por las *Ordenações*: el matrimonio “a la faz de la Iglesia” y el “casamiento presumido”. Esta segunda práctica, en la medida en que presuponía una cohabitación prolongada, sin cualquier presencia de la Iglesia en su celebración, naturalmente facilitaba la adopción de la poligamia por parte de los blancos.⁴⁵

Y entonces, a pesar de las disposiciones de las *Ordenações*, que imponían penas pecuniarias a quienes comenzaran a cohabitar antes de la consagración religiosa, la práctica de convivir, generalmente en casa de los padres de la mujer, aún existía en la Capitanía de San Paulo a mediados del siglo XVIII.⁴⁶

Es que en una sociedad en la que los individuos no necesitaban presentar constantemente certificaciones de haber celebrado matrimonio, tales uniones tuvieron la misma fuerza, sobre todo en los suburbios, que aquéllas celebradas por los párrocos. Según la costumbre de Portugal, y esta costumbre ciertamente tuvo larga vigencia en el Brasil colonial, ser marido y mujer era vivir como marido y mujer, compartiendo la misma casa, mesa y cama.

Y además, contraer matrimonio representaba, para amplios grupos de habitantes, pero sobre todo para negros, mestizos y blancos pobres, un gasto y un trabajo tal, que la mayoría prefería vivir en concubinato estable, constituyendo una familia y viviendo como marido y mujer.⁴⁷

La interrelación entre las prácticas matrimoniales indígenas y las prácticas transplantadas de la metrópoli antes de la reformulación tridentina creaba situaciones complicadas, que los religiosos describían como situaciones de “concubinato” o “mancebía”.

A veces, ellos mismos distinguían entre una situación de auténtica mancebía – la relación entre un blanco y sus esclavas indias –, de otro tipo de unión con indias libres, “según la costumbre de la tierra”. Debido a que los principales indígenas practicaban la poligamia, muchos blancos adoptaron naturalmente este sistema, recibiendo varias indias libres como mujeres.

44 Maria Beatriz Nizza da Silva, ob. cit., p. 147.

45 Maria Beatriz Nizza da Silva, ob. cit., p. 37-8.

46 Maria Beatriz Nizza da Silva, ob. cit., p. 85.

47 Maria Beatriz Nizza da Silva, ob. cit., p. 55.

IV. 1. 2 EL FOMENTO DE LOS MATRIMONIOS.

LAS INTROMISIONES EN LA LIBERTAD DE CONTRAER

a) *En la América hispana*

Por distintos motivos políticos y sociales, que influyeron sobre el legislador de América, se dictaron disposiciones que, enderezadas a fomentar los matrimonios, coartaban en muchos casos la libertad de su celebración.

Con el objeto de fomentar los matrimonios, se mandaba al prelado y gobernador a que persuadieran a los que tuvieran indios encomendados, a que se casaran dentro de los tres años, así como que se convenciera a los vecinos solteros, a casarse. También las hijas sucesoras en encomienda, tenían obligación de casarse, dentro del año siguiente al de la muerte de su causante. El fundamento de estas disposiciones era que "es muy justo que todos vivan con buen ejemplo y crezcan las poblaciones".⁴⁸

Uno de los móviles que llevaba a la Corona a inmiscuirse en estas cuestiones, era su convicción de que la empresa de conquista y asentamiento debía llevarse a cabo a partir de la familia cristiana. Convenía mantener en Indias, por razones económicas, sociales, y aún por la seguridad de las zonas ya conquistadas, al conquistador convertido en vecino, y para ser vecino, debía ser cabeza de familia.⁴⁹

Ots Capdequí citó varias disposiciones en las que se obligaba a contraer matrimonio a determinados sujetos, en ocasiones excepcionales, como aquélla a la que se refería Ricardo Palma, por la que Felipe II mandó que todas las viudas ricas en el Perú, contrajesen nuevo matrimonio con españoles escogidos entre los que más se hubieran distinguido en el restablecimiento del orden alterado en aquella región. Así quería el monarca no sólo premiar a sus súbditos, dándoles esposas acaudaladas, sino poner coto a nuevas rebeldías.⁵⁰

En otra ocasión, el mismo rey dictó una provisión también para la Audiencia del Perú, en la que se mandaba que todos los vecinos solteros contrajeran matrimonio dentro de los treinta días, y a los que no tenían compromiso contraído, se los obligaba a contraer matrimonio con la mujer que la Audiencia les designase, eligiéndola entre las indias del país.

El motivo de estas disposiciones, también evocadas por Palma, estaba al final del texto de la misma real cédula: "Así desaparecerá todo olor a barraga-

48 RLI, L. 36, t. 9, l. 6; L. 5, t. 5, l. 4; L. 4, t. 11, l. 6.

49 Analola Borges, "La mujer pobladora en los orígenes americanos", *Anuario de Estudios Americanos*, V. XXIX, 1972, p. 386.

50 José María Ots Capdequí, *El estado...*, p. 87.

nía; habrá moral, ganancia, y se amansarán los genios turbulentos; que con vi-
ento se limpia el trigo y los vicios con castigos”.

Un suceso semejante se registró en la Isla Española en tiempos del go-
bernador Ovando, donde vivían unos trescientos castellanos que habían toma-
do como mancebas a las más principales y hermosas mujeres del país, a las que
sus padres habían entregado en la creencia de que vivían en legítimo matrimo-
nio. Exhortado por los religiosos franciscanos a que pusiese remedio a ese esta-
do de cosas, dispuso que, dentro de cierto plazo, todos los españoles que vivían
con indias, estaban obligados a casarse con ellas o separarse, dejando de hacer
vida marital. Con relación a estos acontecimientos, Ots Capdequí cita a Anto-
nio Herrera, quien en sus “Décadas” afirmó que mucho repugnaba a los espa-
ñoles el casarse con mujeres de aquella raza, pero que para no perder los seño-
ríos que por aquellos enlaces habían heredado, casi todos optaron por contraer
matrimonio.

Otras veces, la Corona dictó disposiciones tendientes a fomentar los ma-
trimonios, como aquélla en la que se ordenó a los oficiales de la Casa de Con-
tratación, que enviasen esclavas blancas cristianas, que servirían mejor que las
indias, y con quienes se podrían casar los españoles.

En el mismo sentido, se dictaron normas fomentadoras de los matrimo-
nios, consistentes en procedimientos indirectos, enderezados a imponer gravá-
menes mayores a los solteros y a conceder determinados privilegios a los casa-
dos.

A los casados se les concedía una parte mayor en el reparto de tierras, y a
los “españoles, mestizos, mulatos zambaigos vagabundos no casados que vi-
ven entre los indios”, se ordenó echarlos de los pueblos.⁵¹

Fue necesario insistir en la libertad para contraer matrimonio, prohibi-
endo a los indios que vendieran a sus hijas, a quienes conviniera a sus intere-
ses.⁵²

b) En Brasil

Desde un punto de vista exclusivamente religioso, el matrimonio era en-
carado como un sacramento en el cual los propios novios eran los ministros.

51 José María Ots Capdequí, *El estado...*, p. 90 y RLI, L. 2, t. 4, l. 7.

52 Año 1628, 29 de septiembre. A partir de una disposición del Rey Felipe IV, dada en Madrid en esa fecha, se forma la ley 6,1,6 de la Recopilación de 1680, la cual establece que los indios no puedan vender a sus hijas para contrar matrimonio: “usaban los indios al tiempo de su gentilidad vender a sus hijas a quien más les diese, para casarse con ellas. Y porque no es justo permitir en la cristiandad tan pernicioso abuso contra el servicio de Dios, ... ordenamos y mandamos que ningún indio ni india reciba cosa alguna... del indio que se hubiese de casar con su hija.”

Sin embargo, la sociedad y el Estado interferían abiertamente en la relación. En primer lugar, las normas relativas al matrimonio, como todas las otras, variaban de acuerdo a la clase social a la cual pertenecían los contrayentes. En Brasil existían también adaptaciones regionales, que lo hacían diferente de la metrópoli en algunos aspectos.

Una de los sectores sociales en los que se hacía más patente la posibilidad de intromisiones en cuanto a las elecciones matrimoniales, era en el tema del matrimonio de los esclavos. Las leyes determinaban que los esclavos podían casarse, sin que los señores pudiesen impedirlo, y en este sentido, las "Constituciones primeras del arzobispado de Bahía" abordaron dos problemas: por un lado, la cuestión referente a la propia celebración del matrimonio, la que no podía ser impedida por el amo del esclavo, y por el otro lado, el tema de que se permitiera al esclavo gozar de una vida matrimonial tranquila y continua, sin que pudiera ser perturbada por los malos tratamientos o por la venta de uno de los cónyuges por separado.⁵³

En la práctica, sin embargo, sobre todo en el medio rural, era frecuente que los señores obstaculizasen estos casamientos,⁵⁴ alegando la promiscuidad sexual de los esclavos, a los que acusaban de ser incapaces de respetar las relaciones matrimoniales monogámicas.⁵⁵

IV 1.1.3. LA CUESTIÓN DE LOS MATRIMONIOS CLANDESTINOS

a) En la América Hispana

Desde mediados del siglo IX se había consagrado el principio de que lo que hacía surgir la relación matrimonial, era el consentimiento de las partes libremente formulado por los contrayentes, tal como la habían sostenido las Partidas.⁵⁶

Ninguna otra ceremonia era necesaria para la validez de las nupcias: ni testigos, ni celebración en la iglesia, ni bendiciones sacerdotales.⁵⁷

El matrimonio se perfeccionaba simplemente por la manifestación del consentimiento emitido con libertad, y en consecuencia, estos matrimonios, denominados "clandestinos", por contraposición a los celebrados "in facie ecclesiae" – en los que los contrayentes se velaban y eran bendecidos pública-

53 Maria Beatriz Nizza da Silva, ob. cit., p. 140.

54 Ob. cit. nota precedente y Maria Beatriz Nizza da Silva, ob. cit., p. 140.

55 Maria Beatriz Nizza da Silva, ob. cit., p. 140.

56 P. 4, t. 2, ley 5.

57 Enrique Gacto, "El marco jurídico de la familia castellana. Edad Moderna", en "Historia. Instituciones. Documentos", Universidad de Sevilla, 1984, p. 37.

mente en las iglesias por el párroco –, eran jurídicamente válidos, y como tales, vinculaban a las partes en conciencia, “aunque en el fuero externo – canónico y civil – sólo obligaban en la medida en que pudieran probarse”.

La prueba – salvo el caso de errores u omisiones de los párrocos – era cuestión difícil, porque precisamente,

“este tipo de matrimonio solía ser el expediente al que recurrían quienes por la razón que fuere, no querían o no podían dar publicidad a su unión: sin testigos y sin documentación escrita del acto, en cualquier momento posterior los cónyuges podían volverse atrás sin mayor inconveniente, quedando en apariencia libres para contraer, cada cual por su lado, un nuevo matrimonio”.

Este posterior matrimonio, daría lugar a una situación de bigamia, “sólo conocida por las partes que contrajeron en secreto el primero, por lo que si ambas actuaban de acuerdo, resultaba imperseguido y permanecía impune”.⁵⁸

Las Leyes de Toro sancionaron los matrimonios clandestinos con severísimas penas: pérdida de los bienes y destierro de los contrayentes, de los testigos, y de cuantos intervinieran en el acto. Prolongando el castigo contenido en las Partidas, se agregaba la posibilidad de desheredar a las hijas que recurrieran a esta forma de casarse.⁵⁹

El decreto Tametsi, aprobado en la sesión 24 del Concilio de Trento, terminó con el problema: en adelante, la validez jurídica del matrimonio canónico, aunque siguió dependiendo del consentimiento, sólo surtía efecto cuando se hubiera formulado con arreglo a las formalidades establecidas por el Concilio, encaminadas a asegurar una publicidad que excluyera los anteriores abusos. Estas formalidades eran las pruebas de soltería, fehacientes a juicio del párroco que bendijera la unión; las proclamas hechas ante la comunidad de fieles en días festivos, y por último, los registros parroquiales, donde quedaban consignados los matrimonios con minucioso detalle de cuantos hubieran intervenido en su tramitación y celebración. De esta manera, a partir de Trento, “quedó cerrado el camino más importante de cuantos llevaban a una bigamia impune”.⁶⁰

b) En el derecho luso brasileño

Este tema venía siendo tratado en legislación complementaria desde el siglo XVII. La ley del 19 de julio de 1775, con el objetivo de facilitar la legiti-

58 Enrique Gacto, “El delito de bigamia y la Inquisición Española”, en Tomás y Valiente, Francisco y otros, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Alianza Universidad, Madrid, 1990, p. 127.

59 Ley 49 de Toro.

60 Enrique Gacto, ob. cit., p. 127.

mación de situaciones de hecho, instituyó la supresión de la voluntad paterna por el Desembargo do Paço para el caso de nobles, comerciantes importantes y dignatarios y de los corregidores de comarca en el caso de plebeyos. En ambos casos debía llevarse a cabo un proceso sumario, dándose audiencia a los padres, madres, tutores o curadores que se opusiesen al matrimonio, cabiendo la decisión a la autoridad.

Fueron combatidos con normas penales como la confiscación de bienes y el "degreo para celebrantes e testemunhas", por lo menos desde el siglo XIV, reiterándose en las Ordenações Afonsinas, Manuelinas y Filipinas, en los decretos tridentinos y en el derecho canónico.⁶¹

IV. 1. 1. 4. CONSENTIMIENTO PATERNO

a) En la América Hispana. La Pragmática sobre matrimonio de hijos de familia

El capítulo I del Concilio contenía la afirmación de que los hijos tenían derecho a contraer matrimonio por su propia voluntad, y que por tanto, no requerían del consentimiento de los padres.⁶² En consecuencia, el énfasis católico estaba puesto en la necesidad de que las partes dieran libremente su consentimiento para contraer matrimonio. Mientras que en los países reformados se propiciaba el control de los padres sobre el matrimonio de los hijos, esto no ocurrió en la España católica: los reyes católicos españoles no obstruyeron las leyes del matrimonio emitidas en Trento, sino que, por el contrario, las abrazaron.

La normativa emanada de Trento tuvo por objeto derogar expresamente la legislación medieval secular, en la que se requería el permiso de los padres para el matrimonio de la hija. Hasta el siglo XVI, el derecho castellano había reforzado el poder del padre de autorizar con su consentimiento el matrimonio de los hijos, castigando el contraído por las hijas, sin el consentimiento del padre. Por el contrario, la práctica permitió el de los hijos, quienes además, quedaban emancipados de la autoridad paterna, como taxativamente expresaron las Leyes de Toro. De esta manera, se discriminaba a las mujeres, basando esta diferencia en la fragilidad atribuida al sexo femenino. Incurría en sanción no sólo la hija que se casaba sin el consentimiento paterno, sino también el yerno, y aún la hija que rechazaba el matrimonio con el candidato ofrecido por el padre.⁶³

Tanta severidad pretendía reforzar la autoridad de los padres, pero también poner freno a la indiscriminada profusión de situaciones equívocas desde

61 Maria Beatriz Nizza da Silva, ob. cit., p. 44.

62 Patricia Seed, ob. cit., p. 52.

63 Fuero Real, Libro 3, Título, 1, libro 1. 5; P. 4, t. 3, l. 5; 6, t. 7 l. 5; 4, t. 1, l. 10.

las que resultaba fácil incurrir en estado de bigamia, ante la dificultad de probar tales matrimonios.⁶⁴

El Concilio de Trento limitó la capacidad de los padres para desheredar a los hijos por contraer matrimonio en contra de sus deseos, y como sus disposiciones se convirtieron en derecho positivo por propia voluntad real, el matrimonio sin el consentimiento de los padres era válido en España y en sus colonias del Nuevo Mundo.

Algunos canonistas españoles, siguiendo la posición del prominente Tomás Sánchez,⁶⁵ sostuvieron que los hijos y no los padres tenían prioridad en la elección del cónyuge. La única excepción a la regla era la existencia de causa grave para rechazar la elección filial – como por ejemplo razones de Estado y establecimiento de paz entre territorios en conflicto, excepciones aplicables exclusivamente a la familia real, citadas por Sánchez.⁶⁶ Enrique de Villalobos sostenía que no podían los padres forzar a que sus hijos se casasen, ni impedir su matrimonio, porque en esa cuestión, eran “sui iuris”.⁶⁷

Sin embargo, la existencia de los juicios de disenso nos revela ambas caras de una misma moneda: por un lado, el hecho de que padres e hijos llevaran sus diferencias ante la justicia, es una prueba más de que los padres tenían ciertos planes con relación al matrimonio de sus hijos; y por el otro, que éstos creían en el amor romántico, y no estaban dispuestos a hacer realidad las aspiraciones de sus progenitores.

El 23 de marzo de 1776 se dictó una Pragmática sanción, cuyo objetivo era evitar los frecuentes matrimonios desiguales, contraídos por los hijos de familia sin el consejo o consentimiento de los padres, o de quienes hicieran sus veces. Esta disposición proveyó la justificación legal para levantar barreras económicas y sociales “en el dominio más íntimo, el de la familia y el matrimonio”.⁶⁸

Conforme la disposición, todos los hijos e hijas de familia, “desde las más altas clases del estado sin excepción alguna, hasta las más comunes del pueblo”, si eran menores de 25 años, para celebrar el contrato de esponsales de-

64 Enrique Gacto, “El marco jurídico...”

65 Nacido en Córdoba (España) en 1550 y muerto en 1610. Jesuita y canonista, autor de un trabajo “Controversia de Sancti Sacramenti Matrimonii”. Es el más citado en los expedientes sobre divorcio y nulidad depositados en el Archivo del Arzobispado de Córdoba, conforme Roberto I Peña, “Fuentes del Derecho Indiano”, en *Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*.

66 Patricia Seed, ob. cit., p. 56.

67 Fray Enrique de Villalobos, *Suma de Teología Moral y Canónica*, Madrid, Imprenta Bernardo de Villa, 1682.

68 Susan Migden Socolow, “Parejas bien constituidas: La elección matrimonial en la Argentina colonial. 1778-1810”, *Anuario de IEHS*, V. Tandil, 1990.

bían pedir y obtener el consentimiento de su padre, y en su defecto de su madre, y a falta de ambos, sucesivamente, el de sus abuelos, parientes más cercanos mayores de edad, tutores o curadores; y si eran mayores de 25 años, cumplir con pedir el consejo de las mismas personas.

Quien omitiera pedirlo, o no lo obtuviera, quedaba privado de suceder como heredero forzoso de aquellos ascendientes a quienes hubiera faltado en su deber de obediencia.

Los padres debían prestar el consentimiento, si no tuviesen causa racional para negarlo, como sería si del matrimonio resultase un perjuicio al Estado u ofensa grave al honor de la familia.

Se estatua para los perjudicados por el disenso irracional, la posibilidad de interponer un recurso sumario ante la justicia,⁶⁹ la que debía pronunciarse en plazos breves fijados por la misma Pragmática. Aún así, los hijos de familia que quisiesen casar contra la voluntad de sus padres, podrían hacerlo sin otro castigo que las citadas consecuencias de índole patrimonial, insignificantes en el caso de padres pobres. Sin embargo esa posibilidad de prescindir de la opinión paterna, sometiéndose a las responsabilidades fijadas por la ley, quedaría coartada ante la iniciativa del Arcipreste de Ager (Cataluña), quien enseñaba a sus fieles que los hijos de familia que intentaban contraer matrimonio sin anuencia de sus progenitores, pecaban mortalmente, por lo que no se les podía admitir a la participación de los sacramentos, o sea, que el que no contaba con el permiso paterno correspondiente no podría casarse.⁷⁰

Dos años después del dictado de la Pragmática sobre Matrimonios de hijos de familia en España, ésta se comunicó a América, y en este traslado, fue necesario adaptarla a la realidad indiana, en función de aparición de nuevas etnias, tales como los indios y los negros y las distintas mezclas de razas, así como la distancia que separaba la metrópoli de las Colonias, lo que impedía en algunos casos obtener el permiso de los familiares. Además, era necesario simplificar y abaratar los trámites en aquellos casos en los que los que debían proporcionar el permiso vivían lejos de aquéllos a quienes debían autorizar. La propia Pragmática dejaba abierta la posibilidad de que se introdujeran modificaciones en su aplicación, al establecer que "a estos fines y el de que se establezcan las demás reglas que parezcan necesarias y conducentes, además de las que contiene la Pragmática, e incluye esta cedula, proporcionadas a las calidades de los habitantes, sus costumbres, distancias y demás circunstancias que

69 Daisy Ripodas Ardanaz, ob. cit., p. 266 y Francisco Antonio de Elizondo, *Práctica Universal Forense*, Joachin Ibarra, Impresos de Cámara de Su Majestad, Madrid, 1774, Tº 11, p. 393.

70 José María Mariluz Urquijo, "Victorián de Villava y la Pragmática de 1776 sobre matrimonios de hijos de familia", *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene* Nº 11, p. 88.

concurrer en las varias Provincias de dichos mis Reynos de las Indias, mando a las Audiencia, que cada una forme un reglamento o instrucción que todo lo que parezca conveniente establecer en su distrito, conformándose en todo lo que sea posible al espíritu y objeto de una y otra..."⁷¹

Susan Socolow ha afirmado que "la Pragmática no creó las actitudes que produjeron la discriminación social y económica, sino más bien, legitimó prejuicios y preferencias que ya existían".⁷² La misma Pragmática traía la razón del control real, y el de los padres de los novios: "para contener el desorden que poco a poco ha ido introduciéndose en la población con el paso del tiempo".

La Pragmática y la legislación sobre matrimonios que se dictó posteriormente, "tuvo sin duda la intención de transformar las costumbres sociales desde el nivel fundamental del matrimonio, y de los lazos de parentesco. A partir de allí, el control sobre la elección del cónyuge, fue transferido, de los novios ejerciendo su libre voluntad, y de la Iglesia, a los padres, la Iglesia, y el estado".⁷³

La justa causa invocada como impedimento para la celebración de un matrimonio, era la desigualdad entre los novios. Según la Pragmática, los padres podían impedir los matrimonios de sus hijos, si había una desigualdad social sustancial entre los cónyuges.

Para Patricia Seed, esta desigualdad social sustancial recibió una definición muy estricta en las instrucciones que acompañaron la proclama de la Pragmática en América: disparidad étnica o racial, y sólo disparidad racial. Las diferencias no relacionadas con la raza, como el status, la riqueza o el poder político, no constituían una desigualdad bajo los términos de la Pragmática. En este orden de ideas, "las personas de distintos niveles de riqueza o poder, eran, así, implícitamente iguales, siempre y cuando fueran de la misma raza". Seed puso como ejemplo, el caso de la hija de un sastre blanco (español), y el hijo de un marqués, que estaban en un mismo nivel, y cuyo matrimonio era considerado una unión entre iguales, agregando que sólo los matrimonios interraciales eran oficialmente desiguales. De esta manera, se materializaba la aspiración de la elite, de que una manera de mantener las barreras del status tradicional español, era poner fin a los matrimonios entre hombres y mujeres de distintos antecedentes raciales.⁷⁴

71 Pérez y López, Antonio, *Teatro de la legislación universal de España e Indias, por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopilados, y alfabético de sus títulos y principales materias*, Madrid. MDCCXCII, Tomo XIX, Reales resoluciones no recopiladas en Indias, p. 419, Real Cédula de 7 de abril de 1778.

72 Susan Migden Socolow, ob. cit.

73 Susan Migden Socolow, ob. cit.

74 Patricia Seed, ob. cit., p. 197-253.

Más allá de las diferencias raciales, cabe también poner el acento en las consecuencias que esta Pragmática traía para las mujeres por un lado, y para los hombres, por el otro. Es que imponer el consentimiento de los padres, para hombres y mujeres dentro de los 25 años, implicaba controlar esencialmente a las mujeres, y no a los varones, ya que unos pocos de éstos se casaban antes de los 25 años, mientras que en el Río de la Plata, por ejemplo, en el siglo XVIII era raro que una española llegara a esa edad soltera. Por lo tanto, disponer que hasta los 25 años, debía contarse con el permiso paterno, traía aparejado que, en el fondo, en adelante a casi todas las mujeres, les sería indispensable ese consentimiento para casarse.⁷⁵

Los casos de disenso nos dan la posibilidad de entender la sociedad, sus pautas morales, los prejuicios sociales de la época, y en definitiva, qué se pensaba del amor, el sexo y la sexualidad, en el mundo colonial.⁷⁶

La Pragmática pedía, para oír a los padres, una ofensa grave al honor de la familia o perjudicial a la sociedad, pero “graduar esa circunstancia era comúnmente objeto de discusión en los estrados de la justicia”.⁷⁷

Así, alcaldes de primer y segundo voto, quienes pronunciaban las resoluciones iniciales, y que eran poderosos comerciantes locales,⁷⁸ debían escuchar causales de disenso, que iban desde la conducta del interesado, o sus parientes, la pobreza, edad, ilegitimidad del pretendiente o de sus padres, ejercicio de oficios viles – carniceros, pulperos, verduleros –, hasta los únicamente atendibles prejuicios raciales, como por ejemplo, la presencia de sangre africana o india.⁷⁹ Estos alcaldes-comerciantes, en sus resoluciones, reflejaron la visión del mundo que tenían las autoridades de la elite.⁸⁰

La Pragmática, según Seed, “hizo brotar lo peor de los padres”, al permitirles ventilar sus frustraciones y ambiciones personales sobre los hijos. El lenguaje usado en sus peticiones está permeado de una “preocupación hipócrita por la estabilidad social, que apenas enmascara su egoísmo, pequeñez y amargura”.⁸¹

En las sociedades más antiguas y tradicionales, se presentaban más conflictos entre los padres y sus descendientes, con relación al matrimonio, que en

75 Susan Migden Socolow, ob. cit.

76 Susan Migden Socolow, ob. cit. y Nelly R. Porro, *Conflictos sociales y tensiones familiares en la sociedad virreinal rioplatense a través de los juicios de disenso*, Buenos Aires, Imprenta de la Universidad, 1980.

77 Nelly R. Porro, ob. cit.

78 Susan Migden Socolow, ob. cit.

79 Nelly R. Porro, ob. cit.

80 Susan Migden Socolow, ob. cit.

81 Patricia Seed, ob. cit., p. 273.

ciudades que hacía poco habían adquirido una prosperidad económica. Susan Socolow trajo el ejemplo de las ciudades de Buenos Aires y Córdoba. Mientras la primera había conocido un desarrollo económico y demográfico constante desde la segunda mitad del siglo XVII, cuando pasó de ser una ciudad eminentemente comercial, a capital del Virreinato, con nuevas funciones administrativas, Córdoba se mantenía como albergue de una sociedad más antigua y tradicional. Por eso, mientras los casos de disensión en la primera apenas llegaban al 1% del total de matrimonios celebrados, en el área de Córdoba esta cifra llegaba al 10%, lo que nos da la pauta de que en las sociedades más conservadoras se presentaban más conflictos entre los padres y sus descendientes con relación al matrimonio.

Por el otro lado, los porteños, que atravesaban un periodo de prosperidad económica, estaban dispuestos a pasar por alto antecedentes raciales dudosos, y le daban mayor peso a la posición económica de la familia de los novios. Mientras que los cordobeses, habitantes de una ciudad económicamente estancada, ponían en primer plano el rango social y racial. Acá surgían las referencias a "un abuelo" o incluso "bisabuelo mulato", y en estas circunstancias, jóvenes que creían ser españoles, se encontraban con que su pureza racial se hallaba bajo sospecha.

Otras desigualdades, eran la distinción entre nobles y plebeyos, criollos y españoles, o la combinación de ambas razones.⁸²

Una estrategia utilizada frente a este tipo de acusaciones, era el "nosotros también", es decir, los jóvenes se oponían a los argumentos de sus padres, alegando que en el seno de la familia de ellos, también había habido algún individuo cuestionable.

Sin perjuicio de la diferencia entre sociedades tradicionales y sociedades incipientes arriba apuntada, los sectores sociales más dispuestos a oponerse al casamiento de sus hijos, eran los artesanos, peones y pequeños propietarios. Fueron los españoles pobres de la colonia, quienes tuvieron un contacto social más frecuente con personas de sangre mezclada, y por eso conformaban el grupo que más rechazo demostró al matrimonio de sus hijos con parejas pertenecientes a un status social y racial más bajo.⁸³

La Pragmática, dictada en pleno siglo de las nuevas ideas fue, según Mariluz Urquijo, "reflejo de una concepción estamental que ya moría";⁸⁴ "un intento de segregación mediante real decreto, tardío e impracticable", en la opinión de otra autora;⁸⁵ un último intento de perpetuar un criterio de desigualdad social, que ya se estaba borrando. Los perjudicados en esta prueba final, eran la Iglesia, que si bien

82 Susan Migden Socolow, ob. cit.

83 Susan Migden Socolow, ob. cit.

84 José María Mariluz Urquijo, ob. cit.

85 Pilar Gonzalbo Aizpurú, *Las mujeres en la Nueva España. Educación y vida cotidiana*, México, El Colegio de México, 1987, p. 211.

había sido capaz de apoyar el libre albedrío durante el siglo XVII, y cuyo poder ya había comenzado a menguar en el XVIII, vio bastante recortadas sus facultades a partir de la sanción de la disposición real. Los otros perjudicados: los hijos de familia, quienes, sin embargo, mientras tanto, habían aprendido a emplear los trucos necesarios para burlar la vigilancia paterna; se habían atrevido en muchos casos, a desafiar la oposición familiar; y habían podido leer novelas o comedias que los alentaban en sus aspiraciones, entre las cuales circulaba "El sí de las niñas", calificada de "peligrosa", y prohibida por la Inquisición.⁸⁶

Paradójicamente, "cuanto más precisas y autoritarias se hacían las normas reguladoras del matrimonio y de la vida social, más ansiosa de libertades se mostraba la juventud, y más dispuesta a volver por sus derechos, y rechazar imposiciones en su vida privada".⁸⁷

En su traslado a América, se observan las siguientes diferencias con relación a lo establecido para España: a) La exclusión de su aplicación a "los mulatos, negros, coyotes e individuos de castas, y razas semejantes", exceptuando "los que en calidad de oficiales sirvan en las milicias" o "se distinguen de los demás por su reputación, buenas operaciones y servicios y que todos los demás estuviesen obligados a su observancia". b) Los indios tributarios, cuyos padres no eran conocidos, o estuvieran distantes, podían solicitar el permiso a su respectivo cura, quien "en nombre de SM dara el consentimiento". c) La autorización a los padres a negar la licencia, sin dar cuenta de los motivos de su disenso, limitándose la vía del recurso a la Audiencia respectiva, sistema más engorroso para quienes no residieran en sedes audienciales, que la intervención del juez local prevista por la Pragmática anterior. d) La disminución de la edad para solicitar el consentimiento: se permitió que los hijos mayores de 25 años y las hijas mayores de 23 – edades que disminuían a 24 y 22, 23 y 21 o a 22 y 20 si eran, respectivamente, las madres, los abuelos o los tutores quienes debían prestar el consentimiento – dispusieran de sus personas, al autorizarlos a casarse a su arbitrio, sin necesidad de pedir ni obtener consentimiento ni consejo de sus mayores.⁸⁸ e) Los indios nobles estaban comprendidos en la pragmática. f) Los indios tributarios, debían obtener el consejo, permiso o licencia de sus padres, si éstos eran conocidos, "y pronta y fácilmente puedan obtenerse de ellos, y en su defecto de sus respectivos Curas o Doctrineros, sin que por ello hayan de percibir derechos, gratificación ni recompensa alguna, para cuyo fin los habilito y pongo en lugar de los padres" recalándose que subsistía igualmente la obligación "de buscar el consentimiento de sus padres y mayores para estos y

86 Pilar Gonzalbo Aizpuru, ob. cit., p. 211.

87 Pilar Gonzalbo Aizpuru, ob. cit., p. 211.

88 *Los Códigos Españoles*, To. III, Madrid, Imprenta de la Publicidad, 1850; Daisy Ripodas Ardanaz, ob. cit., *Documentos para la historia del virreinato del Río de la Plata*, To. I, p. 242-253, Buenos Aires, 1912.

semejantes actos, por el honor y respeto que deben tributarles, conforme a los preceptos de nuestra santa ley". g) Los españoles europeos y los de "otras naciones transeuntes, si los hubiere, que hubiesen pasado a Indias con legítimas licencias, cuyos padres, abuelos, parientes, tutores o curadores, residen en estos y otros Reynos y Provincias muy distantes, por cuya causa no pueden fácilmente pedir ni obtener el consejo o consentimiento y licencia de ellos" cumplían solicitando el permiso a las justicias del distrito.⁸⁹

b) En Brasil

Las *Ordenações* establecían la sumisión de las mujeres a la autoridad paterna, al establecer que ningún hombre se casara con una mujer virgen o viuda honesta, que no tuviera más de 25 años y que estuviera en poder del padre, madre o abuelo, sin el consentimiento de estas personas.⁹⁰ El castigo para la hija menor que se casara sin este permiso era la pérdida del derecho de heredar.⁹¹

Con el tiempo, la cuestión de la autorización paterna dejó de ser necesaria exclusivamente para las hijas, para colocarse con relación a todos los hijos menores de edad, fueran hombres o mujeres.

El principio establecido en las *Ordenações* era que la patria potestad permanecía activa mientras el padre estuviere vivo, independientemente de la edad del hijo. El asunto, polémico hacia fines del siglo XVIII, fue definido por la ley, al determinar que el poder cesaba con la muerte del padre, por matrimonio o por emancipación (como concesión paterna, ratificada por el Desembargo do Paço) y por sentencia en caso de abuso. Ni el acceso a cargo o dignidad, ni la edad, lo eliminaban.

Esa posición fue reiterada en la legislación extravagante, con las leyes de 19 de junio de 1775, contra la seducción o corrupción de los hijos de familias de ambos sexos. La ley tornó más duras las restricciones ya previstas en las *Ordenações*. Su espíritu no era propiamente novedoso, ya que anteriormente había sido suprimido el alvará del 13 de noviembre de 1651, autorizando a los padres a desheredar a los hijos casados clandestinamente, contrariando las normas tridentinas, así como las leyes del 23 de noviembre de 1616 y 29 de enero de 1739, relativas a los matrimonios de los nobles.

El tema continuó siendo discutido, y una nueva ley, del 29 de noviembre de 1775, constatando la existencia de abusos por parte de los padres, determinó

89 Antonio Xavier Pérez y López, Tomo XIX, Reales resoluciones no recopiladas en Indias, p. 419, Real Cédula de 7 de abril de 1778.

90 *Ordenações*, tit. XXII, Libro V.

91 *Ordenações*, tit. XXXVIII, libro VI.

que tales cuestiones pasaran a competencia de la Mesa del Desembargo do Paço, en el caso de nobres y grandes comerciantes y por los corregidores de comarcas en los demás casos. En la reglamentación de la ley del 19 de junio, por el alvará del 29 de noviembre de 1775, fueron definidos los procedimientos complementarios acerca de los casamientos en los cuales no hubiese habido consentimiento de padres, madres, tutores o curadores. En el mismo sentido que la ley del 29 de noviembre de 1775, el decreto del 15 de mayo de 1778 determinó el cumplimiento de bandos de matrimonio, aún sin consentimiento paterno. Todas estas disposiciones apuntaban a instituir un procedimiento para suplir, por medio de licencia de las autoridades civiles, el consentimiento de los padres.⁹²

Desde el siglo XVI, pero sobre todo con el proceso de centralización acentuado en el siglo XVIII, la Iglesia buscó imponer la intermediación de los sacerdotes en los matrimonios, mientras que el Estado legisaba intentando aumentar la autoridad del padre, en especial de la nobleza, y procuraba así evitar el individualismo de los novios.

Es que los casamientos desiguales desde el punto de vista social eran mal vistos en el Brasil colonial, y los padres no dudaban en concurrir ante la autoridad del gobernador para impedir tales enlaces. La elección del futuro cónyuge, en la que no estuviera presente el principio de la igualdad, sin una posición sólida, un modo de vida definido, era una cuestión en la cual el entendimiento y la razón debían ser los hilos conductores, excluyéndose de este modo la pasión amorosa y la atracción física, de una decisión tan importante.⁹³

¿Pero qué pensaban los moralistas o teólogos morales, sobre los que nos referiremos en detalle más adelante, acerca de las elecciones matrimoniales de los jóvenes? Se insistía en la necesidad de la elección maduramente pensada del futuro cónyuge, y se ponía el acento en el principio de la igualdad. A principios del siglo XVIII, el padre Manuel Bernardes se mostraba defensor de una igualdad social, física y moral, y en el mismo sentido se pronunciaba Francisco Manuel de Melo.⁹⁴

Sin embargo, esta necesidad de autorización no se limitó sólo a los menores de 25 años que necesitaban autorización paterna para casarse, sino también al hombre que servía en las tropas regulares y en las milicias, que dependía del consentimiento de su jefe militar. Las autoridades militares recelaban del pedido de licencia para contraer matrimonio, por parte de oficiales o de simples soldados, porque temían que este pedido fuera luego acompañado de un pedido de baja en el servicio militar.⁹⁵ Como por lo menos teóricamente to-

92 Maria Beatriz Nizza da Silva, ob. cit., p. 121.

93 Maria Beatriz Nizza da Silva, ob. cit., p. 69.

94 Maria Beatriz Nizza da Silva, ob. cit., p. 66.

95 Maria Beatriz Nizza da Silva, ob. cit., p. 58.

dos los hombres libres servían en ellas, esto en la práctica tendía a fortalecer el poder paterno, porque no fueron raros los casos de apelación de padres interesados en impedir el casamiento de los hijos.

Esta legislación permaneció igualmente sin alteración con el transcurso del tiempo, a pesar de que desde el plano doctrinario, se efectuaran frecuentes críticas a la extensión del poder paterno. Entretanto, el número de emancipaciones planteadas ante el Tribunal de Relação de Rio de Janeiro parece evidenciar que en la realidad social, por lo menos de las capitanías del centro-sur, este procedimiento era común.

En el terreno de las interdicciones, no existía en el derecho portugués ninguna que se refiriese al desigual status social de los futuros cónyuges, a pesar de que en cartas regias de 1614 y 1642 hubiese restricciones a los cristianos nuevos.

Por la ley del 6 de octubre de 1784 fue exigido el consentimiento paterno para la realización de los esponsales, en el caso de los hijos de familia hasta los 25 años. Esta disposición se debía aplicar a todas las personas, de cualquier cualidad o condición, y si el padre lo negaba, cabía recurso ante las mismas instancias declaradas en la ley del 29 de noviembre de 1775.

El objetivo de esta disposición era el interés en preservar la familia, con miras al aumento de la población y al fortalecimiento del Estado, objetivos explícitos de la retórica ilustrada.

V. LA MUJER

V. 1. SU SITUACIÓN JURÍDICA

A) En la América Hispana

En la Alta Edad Media, la mujer podía ser tutora y tener potestad sobre sus hijos, pero existían sobre ella restricciones para testimoniar. Estaba incapacitada para ejercer cargos públicos, con excepción de lo prescripto en algunos reinos, en los que llegó a ser reina, como en Castilla y Navarra, pero sólo en defecto de varones en el mismo grado de parentesco. Fue bajo estas condiciones que Isabel I llegó a ser reina de Castilla, y su marido rey sólo mientras durara el matrimonio. Por la ley sálica, dictada en el siglo XVIII, se excluyó a las mujeres de la sucesión al trono.

En principio, se aplicaron las mismas disposiciones en la América Hispana, y aunque no pudieran desempeñar cargos públicos, en Indias algunas mujeres llegaron a ser gobernadoras y virreinas.

Con respecto a su actuación procesal, sólo podían comparecer en juicio para defender pleitos propios, pero podían alegar ignorancia de las leyes en lo que no concerniera a la moralidad natural, y no eran aprensibles por deudas civiles, ni podían ser tutoras.

La ley canónica castigaba con el mismo rigor la infidelidad de ambos cónyuges, pero para el derecho castellano el adulterio de la mujer constituía siempre delito – un delito expuesto hasta el siglo XVI a la venganza del marido ofendido –, mientras que el del marido, sólo cuando era público y escandaloso.

B) En Brasil

La capacidad jurídica de la mujer era limitada, aunque no totalmente. No podía contratar, ni estar en juicio, ni repudiar herencias sin licencia del marido; pero éste podía darle autorización general para todo ello, y aún ser facultada por el juez en caso de negarse aquél. Tampoco podía la mujer ser fiadora, ni tutora – excepto la abuela viuda –, ni ejercer cargos públicos.

La situación jurídica de la mujer, reflejo del patriarcalismo reinante, le atribuía un estatuto especial, porque era simultáneamente discriminada, pero al mismo tiempo gozaba de ciertas excepciones. En las *Ordenações Filipinas* estaba patente el juicio previo sobre su naturaleza, explicitado en la doctrina de inspiración medieval: “imbecilitas sexus, inconstancia anima”. Por lo tanto, era al mismo tiempo objeto de pesadas restricciones y a la vez se tornaba también relativamente protegida, como por ejemplo, no podía ser presa por deudas y gozaba de una presunción más favorable en materia de error.

La desigualdad entre los sexos se hacía patente también en el caso del adulterio, ya que no era adúltero el marido que cometía el delito contra una mujer, sino el hombre que dormía con una mujer casada.⁹⁶

Esta tendencia se acentuó con la legislación pombalina y pos pombalina: la ley del 26 de junio de 1765, determinó un favor en la aplicación de las penas, el de no ser degradada y ser prisionera doméstica, la del 8 de noviembre de 1785, que le reservó el comercio de algunos productos, y la del 2 de diciembre de 1791, que la liberaba de responsabilidad de fianza dada a favor de un tercero, excepto si fuese comerciante.⁹⁷

96 Maria Beatriz Nizza da Silva, ob. cit., p. 192.

97 Arno y Maria José Wehling, “O Direito de família...”

V.2 LA DOCTRINA DE LOS TEÓLOGOS MORALES

A) En la América Hispana

Hacia los siglos XVI y XVII los moralistas, teólogos e inquisidores, escribieron numerosas obras dirigidas al grupo femenino, que contenían modelos de comportamiento dentro de la familia e informaban sobre las desviaciones que se producían en la práctica.

En una época y una sociedad en la que la religión ocupaba un lugar preponderante en la vida del cristiano, "el moralista cumplía una importante función social al ir directamente a la conciencia individual, y en consecuencia, los planteos jurídicos habituales en muchos de ellos, perseguían una orientación práctica para la vida del cristiano".⁹⁸

Los moralistas se expresaban a través de libros piadosos: abecedarios y "cartillas espirituales", "espejos del alma", "escuelas de perfección", "camino del espíritu", "guía de pecadores", "memoriales de la vida cristiana", "vergeles de oración", "tratados de vanidad", etc. Los libros de doctrina destinados a las mujeres incluían normalmente cuatro estados: doncella, casada, viuda y monja.⁹⁹

Estos autores establecían una diferenciación entre los estados civiles y el religioso. Los primeros se configuraban según la posición de las mujeres dentro de la familia, "lo que significaba que desde el punto de vista de la ideología dominante, no se concebía más posiciones femeninas que aquellas que cercaban a las mujeres dentro del ámbito de lo familiar".¹⁰⁰

La importancia de las opiniones de estos teólogos morales, radica en que éstos eran portavoces, en el plano ideológico, por una parte, "de la visión del mundo de las clases aristocráticas que defendían un orden estamental", y por la otra, actuaban como transmisores de un ideal masculino de sociedad, fuertemente patriarcal.¹⁰¹

En el mismo sentido, Carmen Martín Gaité, ha sostenido que "si se quiere saber algo acerca de las mujeres y su significación en una época determinada, son los patrones que les ha propuesto esa época y por qué se los ha propuesto, lo que hace falta analizar y entender".¹⁰²

98 Victor Tau Anzoátegui, "La noción de ley en América Hispana durante los siglos XVI a XVIII", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 6, 1986, Buenos Aires.

99 Mariló Vigil, *La vida de las mujeres en los siglos XVI y XVII*, Siglo XXI de España Editores S.A., Madrid, 1986, p. 7.

100 Mariló Vigil, ob. cit., p. 15.

101 Mariló Vigil, ob. cit., p. 15.

102 Carmen Martín Gaité, *Usos amorosos del dieciocho en España*, Editorial Anagrama, Barcelona, 1987, p. XV.

Las implicaciones culturales de la literatura preceptiva del siglo XVI fueron profundas. La opinión que de la mujer tenían los teólogos y moralistas determinó su posición social,¹⁰³ y si bien estas normas iban dirigidas a la elite, afectaban también a todas las clases sociales en la medida en que se convertían en modelo para todas las mujeres.¹⁰⁴

A pesar de que no todas las mujeres encuadraban en los perfiles propuestos, ellas mismas a su vez fueron transmisoras de los valores en que se pretendía encasillarlas, viniendo a colaborar con los hombres en la formación de nuevas mujeres obedientes y sumisas. Así reanudaban

"un quehacer circular, una especie de cuento de la buena pipa, donde los modelos de conducta a transmitir se reproducían idénticos de una generación a otra, sin descarrarse un ápice, maquinalmente, con la sequedad y falta de viveza que confiere el no haber inventado ni descubierto ni discutido las normas que se insuflan, pero al mismo tiempo, con la eficacia de lo padecido, de lo sabido de memoria, de lo irremediable".¹⁰⁵

El modelo ideal de conducta fue severo y muy exigente para la mujer, a pesar de que la doctrina oficial que mantuvo la Iglesia desde el principio fue que la mujer era "persona humana".¹⁰⁶

A partir de allí, se gestó una vasta literatura cuyo fin fundamental consistió en describir las características objetivas del sexo femenino –aquéllas de que habían sido dotadas por la Naturaleza – por un lado; y el modelo que se pretendía imponer, por el otro.

Tradicionalmente se consideraba que el varón era más perfecto que la mujer,¹⁰⁷ y en consecuencia, que ésta era una criatura inferior.

Antonio Arbiol, autor de una obra de Teología Moral de gran circulación en la península, donde entre 1713 y 1805 tuvo por lo menos diecisiete ediciones, como en la América del setecientos, en cuyas bibliotecas era común,¹⁰⁸ sostenía abiertamente que la mujer era inferior al hombre.¹⁰⁹

103 Julia Fitzmaurice-Kelly, "Women in sixteenth century Spain", en *Revue Hispanique*, 70 (1927) p. 557, citado por Asunción Lavrin, en "La mujer en la sociedad colonial hispanoamericana", en Leslie Bethell, ed. *Historia de América Latina Colonial: población, sociedad y cultura, Editorial Crítica, Barcelona, 1990*, p. 123.

104 Asunción Lavrin, "La mujer ...", p. 63-108.

105 Carmen Martín Gaité, ob. cit., p. 29.

106 Mariño Vigil, ob. cit., p. 11.

107 Fray Hernando de Talavera, *De cómo se ha de ordenar el tiempo para que sea bien expendido*, Nueva Biblioteca de Autores Españoles, Madrid, Casa Editorial Bailly Baillière, 1911, Cap. III, p. 97.

108 Antonio Serrano Redonnet y Daisy Ripodas Ardanaz, *Cristóbal de Aguilar. Obras*, en Biblioteca de Autores Españoles, Ediciones Atlas, Madrid, 1985, Tomo I y II, p. 74.

109 Antonio Arbiol, *La familia regulada. Con doctrina de la Sagrada Escritura y Santos Padres de la Iglesia Católica*, Madrid, 1791.

A partir de allí, comenzaba a desarrollarse una literatura misógina que identificaba a la mujer con el mal, el exceso, la sensualidad, la animalidad.¹¹⁰

Al mismo tiempo que se trataba de imponer, desde los postulados del cristianismo, el principio de la igualdad entre los sexos, la mujer continuaba asociada con las fuerzas de lo desconocido, del desorden de la noche, del mal, e identificada como "cierto diablo".¹¹¹

La mujer era considerada frágil, mudable, "flaca", inconstante, "naturalmente blanda y tierna": "Dadme una mujer constante, y yo os daré por ella todo el oro de las Indias", decía Francisco Escrivá.¹¹²

Otro desconfiado del sexo femenino era Antonio de Guevara, quien, en sus "Epístolas familiares", advertía acerca de contarle secretos a las mujeres: "Tiene más habilidad para criar hijos que para guardar secretos", decía este enemigo del sexo femenino, insinuando, como veremos más adelante, que las mujeres sólo servían para parir. También pensaba que eran naturalmente "tiernas de complejión y flacas de condición",¹¹³ exactamente igual que Fray Hernando de Talavera.¹¹⁴ Continuando con las descalificaciones, otro moralista, decía que "todo género de letras y sabiduría es repugnante a su ingenio",¹¹⁵ y trataba de dar a su postura un fundamento biológico. Para ello, se apoyaba en la teoría de los humores de Aristóteles, según la cual las mujeres eran húmedas y frías, mientras los hombres eran secos y calientes, señalando que era precisamente la frialdad y la humedad las calidades que echaban a perder la parte racional; y que el calor y la sequedad la aumentaban y perfeccionaban.¹¹⁶ Fray Martín de Córdoba colaboraba con esta imagen destructiva, agregando que las mujeres eran intemperadas, extremosas, "parleras", "porfiosas", móviles e inconstantes.¹¹⁷ Se daba por sentado que tenían menos resistencia a la tentación; que eran seres menos racionales; más violentas; y más emocionales que los hombres.¹¹⁸

110 Serge Gruzinsky, "La conquista de los cuerpos", en *Familia y sexualidad en Nueva España*, Sep. 80, Fondo de Cultura Económica, México, 992., p. 236.

111 Serge Gruzinsky, ob. cit.

112 Francisco Escrivá, *Discursos sobre los quatro novísimo, muerte, juicio, infierno y gloria*, Novísimo la. De la Muerte, Valencia. MDCIII, (1604), p. 196.

113 Antonio de Guevara, *Epístolas familiares*, 1612, p. 191.v. No consta la edición.

114 Fray Hernando de Talavera, ob. cit., Cap. III, p. 97.

115 Huarte de San Juan, *Examen de ingenios para las Ciencias*, Madrid, Imprenta La Rifa, 930. Edición comparada de la de príncipe (Baeza 1575) u subpríncipe (Baeza, 1594), Cap. 15, p. 375.

116 Huarte de San Juan, ob. cit., p. 292 vta. y 293.

117 Fray Martín de Córdoba, *El jardín de las nobles doncellas*, citado por Mariló Vigil, ob. cit., p. 11.

118 Asunción Lavrin, "La mujer en la sociedad colonial hispanoamericana", en Leslie Bethell, ed. *Historia de América Latina Colonial: población, sociedad y cultura*, Editorial Crítica, Barcelona, 1990, p. 63-108.

Su natural fragilidad, hacía que necesitaran una forma especial de protección, a través de la reclusión; la vigilancia de los padres, primero, y del marido después; y el control de la religión.

La hipótesis de que las mujeres requerían amparo, se basaba en la idea de que la voluntad y el honor femeninos eran frágiles bienes. Había en el fondo de este concepto la creencia en la propensión femenina a quebrantar las leyes divinas. Consecuentemente, la maldad era casi una característica femenina, una parte de su naturaleza.¹¹⁹ Se la equiparaba a una criatura peligrosa, un objeto de tentación y de pecado, una personificación de Eva. Por lo tanto, la Iglesia, que fundamentaba la inferioridad social de la mujer en el pecado de nuestros primeros padres, propició que se desarrollara una literatura eclesiástica que veía la femeneidad como trampa para el varón, y que proponía como única posibilidad, la subordinación estricta.¹²⁰

Los moralistas pretendieron ejercer su labor docente, a partir de la elaboración de modelos de "perfecta doncella", de "perfecta casada", de "perfecta viuda", y "perfecta monja", tratando de convencer a las mujeres de que se ajustaran a las normas de acción que correspondían a "los papeles y estados en los que trataban de ser ubicadas por el poder masculino".¹²¹

Se esperaba que la casada fuera la materialización de la esmerada y cuidadosa educación de que había sido sujeto, en sus días de doncella. Debía tener gravedad para salir, cordura para gobernar la casa, paciencia para sufrir al marido, amor para criar los hijos, afabilidad para con los vecinos, diligencia para guardar la hacienda, amiga de buena compañía, y muy enemiga de "liviandades de moza".¹²² Se imponía que fuera la esposa gentil, amable y perfecta madre para sus hijos, expectativas claramente planteadas en la obra de Fray Luis de León "La perfecta casada", que ofrece un ideal de mujer, para la que el matrimonio se convierte en un fin y cuyas normas de comportamiento deben ser la modestia, el recato, la obediencia y el sacrificio.¹²³ Los buenos modales, la modestia en el trato, el conocimiento de las labores, y algunos otros aprendizajes cuidadosamente seleccionados, eran el "dechado de educación", considerado como lo más deseable en una esposa; y lo que se esperaba de un ama de casa y madre de familia.¹²⁴ Debía ser honesta y callada, no preciarse de donosa y regi-

119 Asunción Lavrin, "La sexualidad en el México colonial. Un dilema para la Iglesia" en *Sexualidad y matrimonio en la América hispánica. Siglos XV-XVIII*, Asunción Lavrin coordinadora, Grijalbo, México, 1991, p. 75.

120 Antonio Domínguez Ortiz, *Sociedad y estado en el siglo XVIII español*, Ariel Historia, Barcelona, 1981, p. 324.

121 Mariló Vigil, ob. cit., p. 16.

122 Antonio de Guevara, ob. cit., p. 189.

123 José Calvo, *Así vivían en el Siglo de Oro. Vida cotidiana*, Anaya, Madrid, 1989, p. 52.

124 Pilar Gonzalbo Aispuri, ob. cit., p. 158.

dora, ya que la mujer "jamás yerra callando, y muy poquitas veces acierta hablando".

El partidario de la mudez femenina era Antonio de Guevara, quien en su obra exigía que la casada fuera recogida y poco "ocasionada", ya que "la mujer por ser mujer no abasta que lo sea, sino que lo parezca"; y que no fuera soberbia ni "brava".¹²⁵

La literatura moral de la época estaba enderezada a reforzar el papel de la mujer como esposa y madre. Sus actividades estaban centradas en el hogar; y las del hombre, fuera de él. Por eso, los estudios de fray Hernando de Talavera, fray Martín de Córdoba, fray Luis de León, el obispo Antonio de Guevara, y otros, trataban de instruir a la mujer en el mejor desempeño de sus funciones sociales y familiares. Fray Hernando de Talavera recordaba que "comúnmente las mujeres están y fueron hechas para estar encerradas é ocupadas en sus casas; y los varones para andar é procurar las cosas de fuera";¹²⁶ y fray Luis de Granada, agregaba: "que la mujer casada mire por el gobierno de su casa, por la provisión de los suyos, por el contentamiento de su marido, y por todo lo demás; y cuando hubiere satisfecho á esta obligación, extienda las velas á toda la devoción que quisiere, habiendo primero cumplido con las obligaciones de su estado".¹²⁷

B) En Brasil

Las obras de los moralistas publicadas en Portugal en los siglos XVII y XVIII circularon también en Brasil, tal vez, como sostiene Nizza da Silva, un poco más restringidas, pero sin dudas conocidas por los párrocos de las distintas ciudades, aunque fuera a través de los consejos y de la correspondencia con los obispos.¹²⁸

Obras como *Espelhos de casados* (João de Barros, 1540), *Casamento perfeito* (Diogo P. De Andrada, 1630) e *Carta Guia de casados* (Francisco Manuel de Melo, 1651) se referían a la "sobriedad y equilibrio en el hablar, vestir, comer, beber y en el sexo", este último entendido como un "mal menor", limitado a la procreación, por causa de la inferioridad de la mujer, basada en la definición clásica de Aristóteles en la *Política*.¹²⁹

125 Antonio de Guevara, ob. cit., p. 189, 190 y 195.

126 Fray Hernando de Talavera, ob. cit., p. 61.

127 Fray Luis de Granada, *Guía de pecadores, Biblioteca de Autores Españoles*, Madrid, Imprenta de Fernando y Cia., 1899, Cap. XVII, p. 159 (37).

128 Maria Beatriz Nizza da Silva, ob. cit., p. 9.

129 Arno y Maria José Wehling, *Formação...* p. 244.

Estos moralistas también se ocuparon de las virtudes que debía poseer la mujer que se pretendía tomar como esposa. Francisco Joaquim de Sousa Nunes exigía que la mujer fuese virtuosa, honesta, honrada y discreta. Y esta noción de honra aparecía ligada a la fama, es decir, a la opinión pública, dando origen al adagio "si no fueras casta, sé cauta", de donde se concluye que el "parecer" se antepone al "ser".¹³⁰

En este orden de ideas, aconsejaban que a fin de que las mujeres evitaran caer en la tentación del adulterio, era conveniente que efectuaran pocas visitas y siempre delante de otras personas; también pocas salidas, incluso hasta la iglesia. La reclusión de la mujer era, por lo tanto, la mejor garantía para su honestidad y su buena fama, como si la propia sociabilidad y la participación en la vida de la comunidad constituyeran otras tantas ocasiones de pecado.¹³¹

VI. EL PROBLEMA DEL CASADO AUSENTE

A) *En la América Hispana*

Uno de los derechos que tenía el marido era el de fijar el lugar físico sobre el que se iba a asentar el hogar conyugal. Consecuencia de la sujeción de la mujer a su cónyuge, las Ordenanzas de Montalvo disponían que la mujer no podía, ni debía morar "sino do aquel mandare".¹³² Marido y mujer estaban obligados a cohabitar, porque ello conducía a la unión perfecta del amor y a que se engendrara una "amistad íntima entre ambos",¹³³ "porque por este camino se crían mejor los hijos".¹³⁴

La cuestión se complicaba cuando el marido decidía cambiar el lugar donde ya estaba asentado el hogar conyugal. En este caso, la mayoría de los teólogos morales y tratadistas del derecho, como Enrique de Villalobos, Martín de Torrecilla y Francisco Antonio de Elizondo, sostenía que la mujer estaba obligada a aceptar la sustitución.

Un siglo después de la norma de las Ordenanzas de Montalvo, que imponía a los casados la obligación de convivir, aparecía una realidad distinta: el descubrimiento de América y la partida de hombres hacia el Nuevo Mundo.¹³⁵

130 Maria Beatriz Nizza da Silva, ob. cit., p. 71.

131 Maria Beatriz Nizza da Silva, ob. cit., p. 199.

132 *Ordenanzas Reales de Castilla, recopiladas y compuestas por el Lic. Alonso Díaz de Montalvo*. Glosadas por el Dr. Diego Pérez, Madrid, 1779, libro IV, título II, ley XXIX.

133 Martín de Torrecilla, *Suma de todas las materias morales*, 2a. Impresión, Madrid, 1696, To. II, Trat., III. Disput. VI, Secc. IV, cap. no.10.

134 Fray Enrique de Villalobos, *Suma de Teología Moral y Canónica*, Madrid, Imprenta de Bernardo de Villa, 1682, Trat. XIII, Dif. XVIII, p. 321.

135 Viviana Kluger, *Las relaciones conyugales en el Río de la Plata. Del ámbito doméstico a los estrados judiciales*. En prensa.

Para hacer frente a esta problemática, la Corona se ocupó especialmente de insistir en la obligación de los casados de llevar a sus mujeres, interesada en poblar el nuevo continente con conquistadores que fueran "vecinos", es decir que tuvieran casa poblada y fueran padres de familia, y preocupada ante el inconveniente de tener que hacerse cargo del sustento de las mujeres abandonadas por quienes se aventuraran a las Indias.

Esta circunstancia determinó que surgiera un nuevo "status social" en Indias: "el casado ausente", al que la Recopilación de Leyes de Indias de 1680 le dedicó todo el título tercero del libro séptimo – "De los casados y desposados en España e Indias que están ausentes de sus mujeres y esposas" – sentando en la primera ley el principio general de que los casados pasaran a América con sus mujeres y que los que así no lo hicieran, fueran remitidos de vuelta con sus bienes, "a hacer vida con sus mujeres".¹³⁶

En consecuencia, las mujeres casadas "sólo podían pasar a Indias acompañadas de sus maridos o haciendo constar que ellos estaban ya allí y que ellas iban a buscarles para reanudar su interrumpida vida matrimonial".¹³⁷

El hecho de que aún en 1680, es decir, casi doscientos años después del descubrimiento de América, la Corona tuviera que insistir en el tema de la obligación de convivir de aquéllos que se habían trasladado al Nuevo Mundo, revela que aquella norma de Montalvo no debía ser lo suficientemente observada en la realidad y que muchos casados que pasaban a las Indias o los que naturales de ellas que se dirigían a la península, se entretenían largos años lejos de sus mujeres, descuidando la obligación de convivir a la que se habían sujetado al contraer matrimonio. El principio general era que los casados en la península no podían pasar a Indias sin sus mujeres y que éstos debían ser remitidos a hacer vida con sus ellas.

Para llevar a la práctica este principio, se estableció que las autoridades indianas estaban obligadas a averiguar qué hombres casados estaban residiendo sin sus mujeres, y los debían embarcar a hacer vida con ellas, en el supuesto de que no tuvieran licencia o ésta se hubiera acabado. Esta obligación tenía su fuente también en bandos de buen gobierno y en provisiones a las reales audiencias americanas.¹³⁸

136 La Recopilación recogió una serie de disposiciones anteriores, mencionadas por Antonio Xavier Pérez y López y que le sirvieron de antecedente.

137 José María Ots Capdequí, "El sexo como circunstancia modificativa de la capacidad jurídica en nuestra legislación de Indias", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo VII, Madrid, 1930, p. 311-80.

138 Bando del 9 de septiembre de 1777 y Real Provisión dada el 18 de enero de 1771 a la Audiencia de La Plata, sobre reunión de los casados.

Los virreyes y audiencias tenían prohibido conceder prórrogas "sino fuere en casos muy precisos e inexcusables, y que para ello precediera una plenisima prueba". Se recomendaba que no se nombraran para determinados cargos a los casados en España que residieran en Indias.¹³⁹

B) En el Brasil colonial

Según Nizza da Silva, y con particular referencia a la Capitanía de San Pablo, la movilidad geográfica de la población masculina fue siempre muy acentuada, desde el inicio de la colonización, por distintas razones que variaron a lo largo de los siglos, pero que siempre tuvieron como consecuencia una vida matrimonial intermitente y también una cierta autonomía de la mujer durante los largos períodos en los que permanecía como jefe del hogar.

139 Ley 1. El emperador Don Carlos en Valladolid, a 19 de octubre de 1544: Que los casados ó desposados en estos Reynos sean remitidos a ellos. Los Virreyes, Audiencias, y demás Jueces y Justicias de Indias se informen de los casados ó desposados en estos Reynos que hubiere en sus distritos; y no habiendo llevado licencia para ir, o habiéndoseles acabado el término de ella, los hagan embarcar en la primera ocasión con todos sus bienes, para que hagan vida con sus mugeres e hijos, sin embargo de qualquier excusa que pongan. Los Generales de Armada en lo tocante a su jurisdiccion así lo cumplan precisamente. Perez y Lopez, Antonio, Tomo 6.

Ley 2. Don Felipe II en el Bosque de Segovia, á 19 de julio de 1565: Dichos Virreyes y Audiencias no den prorrogaciones de tiempo á los casados en estos Reynos, y residentes en Indias, sino fuere en casos muy precisos ée inexcusables, y para ello preceda una plenisima prueba.

Ley 3. Don Felipe III en Madrid, 'a 12 de Diciembre de 1619: Forma en que los casados en Espana sean enviados. Los casados que fueren a Indias, y se casaren viviendo sus mugeres, se castiguen conforme a derecho y los que pasaren con licencia, habiendo dado fianzas en la Contratacion de volver dentro de cierto tiempo, aunque paguen la pena contenida en la fianza, y presentaren testimonio de ello, sean apremiados por prision a que vuelvan a vivir con sus mugeres, pudiendolos traer presos a su costa; y si hicieren obligacion, dando juntamente fianza ante el Escribano de Camara, si fuese en Audiencia, o ante el de su causa, expresando no solo que vendra a residir con su muger, sino que en caso de no hacerlo, o quedarse en las Indias, pague el fiador la cantidad que fuere justa.

Ley 4. El Emperador Don Carlos en Valladolid, a 5 de Septiembre de 1555: Los desterrados por casados, y ausentes de sus mugeres a estos Reynos, se envíen en la primera ocasión sin dilatarlo por ningun ppretexto; y por las deudas que hicieren despues que son mandados venir, o las que executaren los mercaderes y otras personas que tiene tiempo limitado, se haga justicia, y no por eso dexen de ser enviados, siendo ya pasado el tiempo de su licencia.

Ley 5. Don Felipe II, en Valladolid, a 29 de Junio de 1592: Los Tesoreros no nombren casados en España que residan en Indias por Oficiales de Cruzada; y si lo hicieren, no por eso dexen de ser enviados a estos Reynos. Los esclavos casados que pasen a Indias sin sus mugeres e hijos, y las mugeres libres vayan con sus maridos; y si estos las enviaren a llamar, de licencia la Casa de Contratación, y los pasajeros puedan llevar a sus mugeres y otras cosas. Antonio Xavier Pérez y López, ob. cit., Tomo VI, "Casados y Desposados."

Los factores que llevaron a esta gran movilidad geográfica fueron varios, y en los siglos XVI, XVII e inicio del XVIII se puede señalar como el principal las entradas en el "sertão" y los viajes a las minas. Los hombres partían y las mujeres quedaban solas, soportando situaciones económicas difíciles.¹⁴⁰

Las Constituciones incitaban a las mujeres a seguir a los maridos donde ellos fuesen, pero a pesar de estas disposiciones, las ausencias de los maridos se transformaban a veces en auténtico abandono del hogar. Así, la solución adoptada por muchas mujeres de la Capitanía de San Pablo era volver a casa de sus padres, para de esta manera poder encontrar amparo para sobrevivir. Esta situación a veces se mantenía por largos años, y solamente cuando los padres fallecían, la mujer pedía la intervención del gobernador para obtener algo para su subsistencia.¹⁴¹

VII. CONCLUSIONES

Los aspectos del derecho de familia hispanoamericano y colonial brasileño analizados en el presente trabajo, nos llevan a las siguientes consideraciones:

1. En primer lugar, cabe señalar el fenómeno que desde el punto de vista jurídico, implicó en la América hispana el surgimiento del derecho indiano, como sistema jurídico, a diferencia de lo sucedido en el Brasil. A partir de la existencia de este derecho, e independientemente de que en materia de derecho de familia hubiera habido muchas o pocas disposiciones, distintas o iguales soluciones, no puede dejar de mencionarse la peculiaridad que implicó la sistematización de las normas destinadas a ser aplicadas en Hispanoamérica.
2. Tanto en la América hispana como en el Brasil, coexistieron el matrimonio monogámico con las uniones de hecho, a pesar del interés de ambas Coronas en imponer el primero. Se continuó insistiendo en este tipo de matrimonio, al tiempo que se persiguió a los amancebados, lo que revela que hubo quienes no dudaban de que fuera de los marcos geográficos e ideológicos de su lugar de origen, seguían en vigencia sus principios fundamentales.
3. En ambos sistemas, se pusieron de manifiesto interferencias de las autoridades políticas en materia de elecciones matrimoniales.
4. Tanto en la América hispana como en el Brasil, se plantearon las mismas dificultades en lo relativo al tránsito de la poligamia practicada por los indígenas, al matrimonio monogámico consagrado por la Igle-

140 Maria Beatriz Nizza da Silva, *ob. cit.*, p. 188.

141 Maria Beatriz Nizza da Silva, *ob. cit.*, p. 191.

- sia Católica, y en ambos casos fue necesario flexibilizar la legislación canónica e introducir algunas matizaciones.
5. Ambas Coronas acudieron a formas encubiertas de seguir controlando las elecciones juveniles más allá de cierta edad, al establecer en el caso de la española, la necesidad de pedir consejo, aunque no autorización, a los mayores de 25 años y al exigir el consentimiento de los superiores en el caso de los que pertenecían a los ejércitos – esto último, en la América hispana y brasileña.
 6. Tanto en la América hispana como en la portuguesa, ante la disconformidad de los hijos frente a estas disposiciones, se consagró la posibilidad de plantear juicios de disenso ante los estrados judiciales, recurriendo los jóvenes con asiduidad a este tipo de instrumentos.
 7. En ambos territorios, la mujer recibió igual tratamiento en lo que se refiere a su condición jurídica; y al ser considerada al mismo tiempo interdita y protegida.
 8. La presencia de la teología moral y la instauración de modelos de conducta para la mujer, tanto en Hispanoamérica como en Brasil.
 9. Tanto en la América hispana como en el Brasil colonial, detectamos una preocupación por la problemática del casado ausente, si bien en el caso de Brasil, las disposiciones que hemos encontrado no se refieren al desplazamiento de los maridos de un continente a otro, como en el caso hispanoamericano, sino a traslados dentro del mismo país.
 10. La aplicación de normas similares por parte de ambas Coronas con relación a la regulación jurídica de la familia, y la internalización en ambos casos de las disposiciones del Concilio de Trento.
 11. Tanto en la América hispana como en Brasil se nota una especial preocupación por parte de las autoridades políticas en cuestiones de familia, a través de la imposición de la institución matrimonial y la autoridad paternal.

Creemos que las disposiciones de derecho castellano y lusitano que regulaban la familia se habrán mantenido sin alteraciones, a través de la praxis judicial, en la medida en que satisficieran los intereses y las necesidades de aquéllos a quienes estaban originariamente destinadas.

En el caso de Brasil, para los Wehling, en la práctica del Tribunal de Relação, “experiencia que posiblemente puede ser ampliada para el restante universo jurídico portugués”, se dio un proceso de acciones y reacciones en el que los resquicios de soluciones anteriores permanecieron en la medida en que atendían a intereses sociales y económicos específicos, a pesar de ser estimado el triunfo de nuevas disposiciones.

Coincidimos con Soledad González Montes y Silvia Tuñón en que "la historia nos hace entender que no existen las recetas ni cabe aplicar en un contexto determinado los esquemas y modelos válidos para otras realidades, nos recuerda que la vida se teje con muchos hilos y que no se pueden violentar los ritmos del tiempo".¹⁴²

Sin embargo, en dos lugares distintos de América, conquistados por dos Coronas diferentes y habitados por pueblos que hablaban distintos idiomas, se perfilan disposiciones, decisiones y opiniones semejantes, para tratar de encontrar solución a las situaciones de siempre, las de todas las épocas y lugares, las de todos los niveles sociales y culturales, y las que son comunes a todos los grupos étnicos: el amor y el desamor, el encuentro y el desencuentro, el afecto y el odio, la cercanía y la distancia.

142 Soledad González Montes y Silvia Tuñón, *ob. cit.*, p. 28.