

Editorial
Q
Quorum



Viviana Kluger

Escenas de la vida conyugal

Viviana Kluger

Escenas de la vida conyugal

*Los conflictos
matrimoniales
en la sociedad
virreinal rioplatense*



Prólogo de Abelardo Levaggi



Editorial
Q
Quorum



VIVIANA KLUGER

**ESCENAS
DE LA
VIDA CONYUGAL**

LOS CONFLICTOS MATRIMONIALES
EN LA SOCIEDAD VIRREINAL RIOPLATENSE

Editorial

Quorum



Agradecimientos	XIII
Prólogo por el Dr. ABELARDO LEVAGGI	XV
CAPÍTULO 1. <i>Introducción</i>	1
CAPÍTULO 2. <i>La familia española y la familia indiana</i>	9
I. La familia española	9
II. El trasplante cultural	11
III. La familia indiana	13
A) El tipo impuesto	13
B) Las relaciones y uniones de hecho	16
C) El mestizaje	17
CAPÍTULO 3. <i>La relación hombre-mujer en el período hispánico</i>	23
I. Los valores	23
A) La doncella	27
B) La casada	28
II. La inferioridad social y jurídica	31
III. El matrimonio como fin	33
IV. Los días en el hogar	33
V. ¿Aburrimiento o diversión?	36
VI. El ajuste entre el comportamiento prescrito y el real	38
VII. Los extremos: las ricas y las pobres	42
VIII. Las diferencias en el tiempo y en el lugar	43
IX. El honor	45
X. El trabajo de la mujer	48
XI. La educación femenina	51
A) La educación de indias y mestizas	57
B) La educación religiosa	58

CAPÍTULO 4. <i>La libre elección matrimonial</i>	63
I. Trascendencia social de la institución matrimonial	63
II. El amor romántico	64
III. El libre consentimiento	67
IV. Las consideraciones políticas, sociales y económicas	70
V. Las actitudes de los jóvenes	73
VI. Esponsales	74
VII. Los cambios en el tiempo	76
VIII. ¿Antecedente o consecuente?	78
CAPÍTULO 5. <i>La regulación jurídica del matrimonio</i>	85
I. El derecho castellano	85
A) Las fuentes del derecho matrimonial	85
B) Rasgos fundamentales de la regulación jurídica de la familia	88
C) Definición, fines y naturaleza jurídica	90
D) El Concilio de Trento	93
II. El derecho indiano	96
A) El matrimonio en el derecho indiano	96
B) El matrimonio indígena	103
CAPÍTULO 6. <i>La realidad</i>	109
I. La idealización del concepto de familia	109
II. Actores y demandados	110
III. Las justicias	115
CAPÍTULO 7. <i>Deberes y derechos conyugales</i>	119
I. Asistencia	120
II. Derecho-deber alimentario	121
A) Fundamentos	121
B) Condiciones	126
C) Extensión	128
D) Juez competente	135
E) Procedimiento	137
F) Litis expensas	142
G) Acogida de los reclamos	142
III. Fidelidad	143
A) Fundamentos	143
B) Contenido	143
C) Extensión	144
IV. Respeto	146
A) Fundamentos	146
B) Condiciones	147
C) Extensión	147
V. Débito conyugal	148
A) Fundamentos	148

B) Contenido y extensión	148
VI. Obediencia	150
A) Fundamentos	150
B) Condiciones	156
C) Extensión	160
D) El depósito	164
VII. Convivencia	170
A) Fundamentos	170
B) Los casados ausentes	171
C) Los casados presentes	191
D) El deber de convivencia y la realidad	192
CAPÍTULO 8. <i>Régimen patrimonial del matrimonio</i>	195
I. Normas legales	195
II. El régimen patrimonial del matrimonio a través de la praxis judicial	198
CAPÍTULO 9. <i>Incumplimiento de los deberes y derechos conyugales</i>	201
I. Juez competente	201
A) Las leyes y la doctrina	201
B) La praxis judicial	207
C) Jueces seculares competentes	208
II. Las audiencias	209
III. Los oidores	211
IV. El oidor juez de casados	218
V. Las justicias y el incumplimiento	221
CAPÍTULO 10. <i>Los pleitos entre cónyuges</i>	223
I. Viabilidad de las demandas entre marido y mujer	223
II. La praxis judicial	223
CAPÍTULO 11. <i>El divorcio</i>	227
I. Definición	227
II. La indisolubilidad del vínculo	227
III. Juez competente	228
IV. Causales	231
A) Adulterio	232
B) Malos tratos y sevicia	233
V. Las consideraciones sobre el divorcio	234
A) La doctrina	234
B) Las partes	236
VI. La praxis judicial	237
VII. Efectos jurídicos del divorcio	240
A) Alimentos	240
B) Cohabitación	240

C) Fidelidad	240
D) Débito conyugal	241
E) Régimen patrimonial	241
F) Tenencia de los hijos	242
VIII. La separación de hecho	243
CAPÍTULO 12. <i>Otros pleitos entre cónyuges</i>	245
I. Los malos tratamientos	245
II. Depósito	247
III. Reintegro de la esposa al hogar conyugal	248
IV. Escándalo	249
V. Sevicia	250
VI. Recurso de fuerza	250
VII. Entrega de bienes	250
VIII. División y partición de bienes	251
IX. Injurias entre esposos	251
CAPÍTULO 13. <i>La bigamia</i>	253
I. Concepto	253
II. Fundamentos	254
III. El matrimonio clandestino y el Concilio de Trento	256
IV. Juez competente	258
V. Penas seculares y canónicas	263
A) Penas seculares	263
B) Penas canónicas	266
VI. Procedimiento	268
A) Forma de iniciación	268
B) Prisión del reo	268
C) Prueba	268
D) Participación de las esposas	269
E) Penas aplicadas	269
F) La consulta a la Real Audiencia	270
G) Bigamos y bigamas	270
H) Las finalidades del juicio de bigamia	270
I) "La bigamia no es delito"	271
VII. Los pleitos de bigamia ante los estrados judiciales	272
CAPÍTULO 14. <i>Algunas particularidades de los pleitos entre cónyuges</i>	273
I. El juicio verbal	273
II. Tratados matrimoniales	275
III. La reconciliación	277
IV. Las carátulas	278
V. Las sentencias	279
VI. Las partes y el proceso	280

CAPÍTULO 15. <i>El derecho invocado en los pleitos entre cónyuges</i>	281
I. Derecho castellano	281
A) Partidas	282
B) Fuero Real	282
C) Leyes de Estilo	282
D) Ordenanzas Reales de Castilla	282
E) Nueva Recopilación de la Leyes de España (1567)	283
F) Reales cédulas y pragmáticas	283
II. El derecho canónico	284
III. El derecho romano	284
IV. El derecho indiano	285
V. La doctrina	286
A) Los autores de derecho castellano e indiano	287
B) Doctrina canónica	288
VI. La práctica forense	289
VII. La costumbre	289
VIII. Otras fuentes	289
IX. Los resultados	290
CAPÍTULO 16. <i>Conclusión</i>	291
I. El papel de las justicias en las relaciones conyugales	291
II. El control judicial de los deberes y derechos conyugales	293
A) Deber de convivencia	293
B) Deber de obediencia	294
C) Deber de respeto	294
D) Deber de fidelidad	295
E) Deber de asistencia	295
F) Débito conyugal	295
III. La denegación de justicia	295
IV. Las nuevas ideas del siglo XVIII y su influencia sobre la familia ..	296
V. El matrimonio ideal y el matrimonio real	300

AGRADECIMIENTOS

Este libro es producto de un proyecto de investigación desarrollado con el apoyo del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), iniciado en 1991, y cuyo resultado fue la tesis doctoral que defendí en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el 23 de diciembre de 1996. Se trata del mismo texto de aquella oportunidad, que deliberadamente no he actualizado, tanto en lo que respecta a su contenido como con relación a la bibliografía posterior.

A lo largo de esos cinco años de búsqueda entusiasta de las fuentes necesarias, del dato preciso, de la información que hacía falta, recibí el apoyo desinteresado e invaluable de muchas personas que, sin saberlo, terminaron convirtiéndose en elementos imprescindibles para mi formación académica, y que llevaron así a la elaboración de este trabajo.

Por eso hoy, que ese conjunto desordenado de fichas y apuntes pudo finalmente ordenarse y convertirse en este libro, quiero expresar mi agradecimiento a Víctor Tau Anzoátegui, que aceptó el desafío de dirigirme en mi proyecto de investigación ante el CONICET y en mi tesis doctoral; a Abelardo Levaggi que creyó en mí y me dio la primera oportunidad de mi vida; a Eduardo Martiré, cuya ayuda fue invaluable a la hora de defender la tesis y con quien tengo el honor de compartir la docencia universitaria en los cursos de grado y de doctorado, y a Florencia Dutrey, por su laboriosidad y paciencia en la edición de este trabajo.

Y a todos aquellos que pusieron su granito de arena desde las salas de referencia del Archivo General de la Nación, del Histórico de la Provincia de Buenos Aires, de la Biblioteca Nacional, de la biblioteca del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho y desde todos aquellos lugares a los que me llevó mi deseo de saber y de crecer.

VIVIANA KLUGER

Hace tiempo que la historiografía jurídica cortó amarras con el positivismo legal, impulsada por la historia social. Si ese positivismo es hoy inaceptable para la ciencia jurídica —y lo es desde hace más de un siglo—, con mayor razón lo es para aquella, sobre todo si del Derecho tradicional se trata. Pretender reducir los sistemas jurídicos anteriores a la codificación moderna es tanto como querer acostarlos en el lecho de Procusto, es decir, mutilarlos y, por ende, desfigurarlos.

De allí, que las historias de las leyes estén relegadas al ámbito circunscrito al estudio de un texto determinado, y que, si lo que se busca es reconstruir un sistema jurídico del pasado, sea la totalidad del sistema o —como en este libro— alguno de sus sectores o instituciones, el estudioso deba apelar a todas las fuentes históricas disponibles, jurídicas de toda clase y no jurídicas, sin perder de vista la especificidad del objeto Derecho, tratándolo como un hecho histórico al que habrá de someterlo al método histórico.

Una cosa es lo que prescribía la ley, y otra, muchas veces diferente, las conductas socialmente practicadas y admitidas. No es que entonces —como a veces se malinterpretó— hubiera un desprecio hacia las leyes, sino que el método, de raigambre romana, seguido aún en esas épocas, no le atribuía a la ley el monopolio de la creación del Derecho, pese a que los juristas y políticos iluministas abogaban por ello. Si con referencia al Derecho actual se ha dicho que es lo que los jueces dicen que sea, con mayor motivo el juicio es aplicable al Derecho tradicional de entonces.

Hoy es inconcebible una hermenéutica que prescinda de la jurisprudencia de los tribunales. Pues, menos aún lo es en el campo iushistoriográfico. Las llamadas fuentes de aplicación del Derecho, en las que es posible descubrir, con mayor dosis de exactitud el Derecho

vivo, vigente, son de consulta obligada en toda investigación histórica cuyo objeto sea el conocimiento del Derecho. Entre esas fuentes, las decisiones judiciales, en particular las de los tribunales superiores, ocupan un primer lugar.

La tesis doctoral de Viviana Kluger, alistada en la corriente de la llamada historia social del Derecho, ha querido darle a esas decisiones la importancia que se merecen, al hacer de ellas su principal fundamento en la consecución del objetivo de reconstruir las relaciones matrimoniales en tiempos y en el distrito de la segunda Audiencia de Buenos Aires. Una minuciosa búsqueda en el archivo de esa Audiencia, repartido entre el Archivo General de la Nación y el Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires, le permitió acceder, con más fidelidad, a la realidad de tales relaciones. Así lo ha hecho, sin abdicar del espíritu crítico, ni perder, por lo tanto, la conciencia de que los expedientes judiciales —son sus palabras— no dicen toda la verdad, sino sólo “verdades a medias”.

Pero, generalmente, verdades más verdaderas que las contenidas en las fórmulas de las leyes.

Por otra parte, no se limitó a describir dichas relaciones, en la complejidad y riqueza de sus múltiples manifestaciones, y según un plan bien estructurado, abarcativo de todos sus aspectos relevantes, lo que ha logrado a carta cabal; sino que rodeó su exposición de un marco referencial que le permitió, elevándose sobre la mera descripción, interpretar los hechos a la luz de teorías aportadas por la historia social, no siempre aplicables a esa sociedad rioplatense, para de esa manera hacerlos inteligibles.

Es digna de resalto la mesura, la ponderación y la prudencia, de sus juicios, no necesariamente compartibles, pero que le dan a la obra un atributo de objetividad y de desapasionamiento, que aumenta sus méritos.

No se propuso arrogarse el papel de juez, que condena o absuelve, sino mantenerse en el del historiador, que intenta comprender y explicar unos comportamientos sociales propios de una mentalidad que no es la nuestra.

Otro rasgo saliente de la tesis es que, aun cuando se ocupa de las relaciones conyugales, por consiguiente, bilaterales, lo hace desde la óptica de la mujer, acercándose, en este sentido, a la historia de género.

De allí, un capítulo clave dedicado, de hecho, a la mujer, y un permanente enfoque de las relaciones con esa perspectiva, que le brinda originalidad.

No es frecuente que un trabajo de investigación, sin apartarse del método científico, exhiba la soltura estilística y la fluidez expositiva del presente. No necesitó caer la autora en la superficialidad de la novela histórica de moda para que su tesis se lea con gusto, con tanto placer estético como provecho intelectual. Esta cualidad, bien estimable, le permitirá acceder —puede vaticinarse— a un público más amplio que el de los especialistas, y llevar el saber serio y fundado, de esta área del conocimiento, a sectores no habituales. Bienvenido sea, pues, el libro bajo esta faz, también, de puente entre la Historia del Derecho y otras orillas.

ABELARDO LEVAGGI

Capítulo 1 INTRODUCCIÓN

La Historia del derecho de familia no se ha ocupado hasta ahora de los deberes y derechos conyugales. Mucho ha contribuido a esta laguna, la generalizada creencia acerca de la intervención de la justicia eclesiástica en cuestiones de familia que ha generado que las aproximaciones al tema, lo hayan sido desde el derecho canónico. Por otro lado, las relaciones parentales han sido objeto de estudio de la Historia Social, la Antropología y la Sociología.

Derecho y realidad, en el circunscrito marco de las relaciones familiares, han sido preteridos por gran parte de las investigaciones. Pocos autores han sistematizado las normas jurídicas que han pretendido regir las relaciones entre cónyuges, y menos aún, ha habido quien se encargue de estudiar el efectivo cumplimiento de las normas legales.

Dentro del marco específico de la Historia Social, Lawrence Stone ha sostenido que "el historiador de la familia se encuentra con el problema común, aunque en su expresión más complicada, de cómo entrelazar de la mejor manera el hecho y la teoría, la anécdota y el análisis". El mismo autor ha sugerido, para recopilar los cambios de valores y de comportamiento a nivel personal, acudir como fuente a los documentos personales, diarios, autobiografías, memorias, correspondencia doméstica, columnas de lectores en los diarios y manuales populares sobre comportamiento doméstico, literatura, etc., y documentos legales como pleitos de divorcio, contratos matrimoniales, testamentos, etc.¹

En consecuencia, tal vez en el tema de las relaciones familiares, más que en ningún otro, aparece tan clara la necesidad del trabajo

¹ Stone, Lawrence, *Familia, sexo y matrimonio en Inglaterra, 1500-1800*, Fondo de Cultura Económica, México, 1989, pp. 20/22.

sobre expedientes judiciales. Es que muchas cuestiones que no podían ser resueltas por la ley debían ser solucionadas a medida que se iban planteando, y entonces cobraba un papel predominante la actuación judicial o extrajudicial, reflejada en el pleito. Como lo sostuvo Jacques Revel: "la realidad social se aprehende a través de la mirada de los jueces"².

No resulta suficiente, en la Historia del Derecho, la mirada que se centra en las prescripciones normativas, si el investigador no las contrasta permanentemente con la realidad. Y en el campo de lo histórico-jurídico, la realidad surge de los expedientes judiciales, donde se puede ver claramente, a través del cumplimiento efectivo, o de la desviación, si las partes, los interesados, la masa poblacional a la que estaban destinadas las normas, las vivenciaba como razonables, como propias, como efectivas para solucionar sus propias inquietudes.

Los litigios por cuestiones de familia nos permiten apreciar aspectos esenciales de la sociedad colonial del siglo XVIII y principios del siglo XIX, las percepciones sociales, la concepción del amor, el sexo y la sexualidad y el rol de las mujeres, entre otras cuestiones³.

Es justamente en este terreno de lo ideal y lo real donde la recurrencia a las fuentes judiciales se vislumbra como el mejor camino a seguir para poder visualizar el mundo de los valores de la sociedad en estudio⁴. Por el otro lado, estos pleitos judiciales nos proveen a su vez de ideas acerca de "lo que es y de lo que se considera que debería ser, a través de lo que se sanciona"⁵.

Patricia Seed consideró que "las pasiones o las emociones que motivan las acciones humanas, son terrenos resbaladizos para el historiador"⁶. El expediente judicial es un elemento que atrapa a quien se adentra en él, en donde genera el peligro de que quien lo analice, se identifique peligrosamente con las pretensiones de una u otra parte.

² Revel, Jacques, "La recuperación y apropiación de los modelos culturales, en Familia y sexualidad en Nueva España", sep. 80, México, 1982, p. 307.

³ Socolow, Susan Migden, *Parejas bien constituidas: "La elección matrimonial en la Argentina colonial, 1778-1810"*, Anuario de IEHS. V, Tandil, 1990. La autora se refiere a los juicios de disenso, pero consideramos que es aplicable a los pleitos de familia en general.

⁴ Mallo, Silvia, "La mujer rioplatense a fines del siglo XVIII. Ideales y realidad", Anuario del IEHS. V, Tandil, 1990, pp. 117/132. La autora se expresa en estos términos en relación concreta al mundo de los valores de las mujeres. Sin embargo, consideramos que es aplicable a la sociedad toda.

⁵ Mallo, ob. cit., p. 124.

⁶ Seed, Patricia, *Amar, honrar y obedecer en el México Colonial. Conflictos en torno a la elección matrimonial, 1574-1821*, Alianza Editorial, México, 1997, p. 80.

Sin embargo, constituye una premisa básica para cualquiera que quiera situarse como corresponde, en el tiempo y en el lugar en el que se desarrollaron los hechos objeto de su estudio. Es que la comprensión de las pasiones, los reclamos y las expectativas que traslucen las reyertas conyugales, deben apoyarse, primordialmente, en los testimonios de aquellos directamente involucrados, así como en los observadores periféricos, familia o la comunidad más amplia, cuyos informes son "incuestionablemente los de la cultura y la época"⁷.

En el mismo sentido, se ha sostenido que, afortunadamente para los historiadores, cada acción y reacción, los numerosos cuestionarios preparados por las partes en los pleitos, y conscientemente contestados por muchos testigos, cada mínimo detalle, era registrado por los escribanos, y "sobreviven como un testimonio no solo del proceso en sí mismo, sino también como testigo del sistema legal, a lo largo del tiempo"⁸.

La realidad, elemento a menudo ausente en los cuerpos legales, aflora en toda su intensidad cuando un marido pretende sustraerse a sus obligaciones, y es en estas circunstancias, cuando el expediente judicial trasluce las concepciones de la época acerca del honor, el deber de la fidelidad, el trabajo femenino, y hasta la consideración sobre la misma institución matrimonial, y su contrapartida, el divorcio.

Silvia Mallo afirmó que el análisis de los juicios de divorcio en el Río de la Plata en el siglo XVIII, "no hace más que acercarnos a nuestros antecesores", y agregó que estos hombres y mujeres enfrentados, nos muestran sus ideas acerca de lo que consideran el matrimonio ideal, y acerca del papel que en él juega cada marido o cada esposa⁹.

Es en estas fojas ofrecidas a la lectura de letrados, alcaldes o vi-reyes y seres desconocidos, donde los protagonistas se animan a contar lo que tal vez el prejuicio, o el temor, hicieran callar.

De esta manera, nos adentramos en un mundo paralelo que matiza las teóricas normas legales desde la península, y así arribamos a conocer la visión que las propias partes, los testigos, y las justicias tenían sobre el concepto del marido o de la esposa que cumplía con las obligacio-

⁷ Seed, ob. cit., p. 80.

⁸ Cook, Alexandra Parma, y Cook, Noble David, *Good faith and truthful ignorance. A case of transatlantic bigamy*, Duke University Press, Durham and London, 1991, Prefacio, p. 11.

⁹ Mallo, Silvia, "Justicia, divorcio, alimentos y malos tratos en el Río de la Plata, 1766-1857", Investigaciones y Ensayos 42, Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia, 1992.

nes conyugales, o hasta la misma consideración sobre las consecuencias de los divorcios y las separaciones.

En todos los casos, enfrentamos derecho y realidad, indagando el ajuste entre la norma y los problemas concretos que se planteaban en la vida cotidiana; el rigorismo o flexibilidad en la aplicación del derecho; la acción de las justicias como niveladoras de las relaciones conyugales y familiares en general; su labor para mejorar, suavizar o atemperar las mismas, en un siglo tan proclive al cuestionamiento y cambio.

No solo nos interesará la relación derecho-realidad, sino que indagaremos los canales por los que se filtraban, o no, las ideas de la Ilustración.

El derecho-deber alimentario entre cónyuges, el régimen patrimonial del matrimonio, la bigamia, el deber de convivencia, el de obediencia, y algunos otros, no han sido estudiados en profundidad, y las veces que algún investigador se ha aproximado a estos temas, el enfoque no ha sido histórico-jurídico ni la fuente ha sido la misma, por lo que consideramos que el presente trabajo constituye un aporte a la historia del derecho de familia, desde una fuente muy poco utilizada.

Hemos dedicado nuestro trabajo a la época del Virreinato del Río de la Plata, más específicamente al período 1785-1812, lapso en el que actuó en el territorio del Río de la Plata la segunda Audiencia de Buenos Aires, la que sobrevivió dos años a la revolución de Mayo.

Dos razones nos llevaron a elegir este espacio temporal: en primer lugar, por tratarse del comienzo del desempeño de una justicia letrada; y para tratar de dilucidar en qué medida cambiaron —o no— los valores, las expectativas y las concepciones, de quienes pudieron elegir entre seguir llevando sus pleitos a las justicias legas, y aquellos que eligieron el camino del tribunal togado. Nos preguntamos si habría diferencias en las normas de fondo que se aplicaban, en el proceso, en las sentencias, en las convicciones de quienes decidían a qué estaba obligado cada uno de los cónyuges, según fueran o no letrados.

En segundo lugar, el período en cuestión coincide con el surgimiento de nuevas ideas, y en el tema de las relaciones familiares, nos lleva al análisis de la efectiva o no introducción de las corrientes niveladoras de las diferencias sociales, de la disminución de la autoridad paterna, de la aparición de concepciones individualistas, etc. A través del análisis de la fuente principal a utilizar —expedientes judiciales— procuraremos ver la influencia concreta de las corrientes propiciadoras de la libertad social de la Ilustración, sobre las decisiones tomadas en el derecho de familia.

Fijar como demarcación temporal el período de actuación de la segunda Audiencia de Buenos Aires, no significa dejar de lado las causas planteadas ante las otras justicias, ya que los litigantes en general, tenían la posibilidad de elegir ante quién dirigir sus quejas, y en cuestiones jurídicas derivadas del sacramento del matrimonio, eran competentes varios funcionarios, tales como los alcaldes de primer y segundo voto, el gobernador intendente, y el virrey, entre otros. La Audiencia, sin embargo, se presentaba como el más atractivo, en primer lugar, por tratarse de un organismo nuevo, y en segundo lugar, por sus específicas atribuciones como reguladora de las relaciones de familia, establecidas por la Recopilación de Leyes de Indias de 1680.

El juicio de divorcio, litigio entre marido y mujer por excelencia, ha sido analizado desde el derecho canónico. Sin embargo, existen en nuestros repositorios, unas cuantas demandas entre esposos, que van desde "juicios de divorcio" —así caratulados— por supuesto relacionados con los planteados ante la Curia Eclesiástica, hasta expedientes por malos tratamientos, reintegros al hogar conyugal, bigamia, etc., material que resulta imprescindible, si queremos investigar los derechos y deberes emergentes de las relaciones conyugales, y en definitiva, si queremos saber algo más sobre la historia de la familia.

Conforme una real cédula de 1787, se limitó la jurisdicción eclesiástica a las cuestiones derivadas del sacramento del matrimonio, prohibiéndose que interviniera en las de índole patrimonial. Es en estas circunstancias, cuando aparece la justicia secular, intervención que se manifiesta a través de los expedientes judiciales analizados en el presente trabajo.

Esta participación de la autoridad civil consistía en auxiliar al eclesiástico en llevar a cabo el depósito de la mujer durante la sustanciación del pleito de divorcio, y en resolver las cuestiones patrimoniales derivadas del mismo.

En consecuencia, y a pesar de estar caratulados como "divorcio" los expedientes judiciales, existentes en nuestros repositorios, constituyen un conjunto de demandas en las que se reclaman diversos objetos, como la fijación de una cuota alimentaria y *litis expensas*; la prohibición de salida del país del marido, hasta que estuviera asegurado el sustento de su mujer; y la remisión del marido en partida de registro, previo embargo de sus bienes, para cumplir idéntico fin.

Derecho y realidad se entrelazan nuevamente en las consecuencias jurídicas de estos divorcios religiosos, a partir de los cuales quedan fijados derechos y obligaciones de este nuevo "status de divorciado".

Las reyertas conyugales y familiares, se manifiestan también a través de toda una serie de cuestiones conexas a los juicios de di-

vorcio y alimentos, como por ejemplo, los recursos de fuerza planteados ante la Audiencia, que perseguían en realidad otros fines, así como los iniciados para lograr la reintegración de la esposa al hogar conyugal, o su depósito en alguna casa de recogimiento donde "enmendara sus costumbres", o los juicios por malos tratamientos. Es exclusivamente en sede civil, donde podían plantearse juicios por entrega de bienes y división y partición de los mismos, y es en estos casos donde se hace aplicación práctica del régimen patrimonial del matrimonio consagrado por la legislación y la doctrina de la época.

Un renglón aparte en los pleitos entre cónyuges, lo constituían los juicios por doble, y hasta triple matrimonio, en los que la justicia civil había comenzado a intervenir a partir de tres reales cédulas del siglo XVIII. Es en esta materia, donde nuestros tribunales ha ejercido una verdadera labor creadora del derecho, en cuestiones que no habían sido establecidas previamente en la legislación. En los pleitos por bigamia, tal vez en mayor medida que en otros, es donde se trasluce mejor la brecha entre el reclamo ostensible, aquel preceptuado por la norma, y la finalidad encubierta de la demanda.

Los pleitos entre esposos, como expresión de las tensiones conyugales y familiares, son el prisma a través del cual trataremos de ver, si, al decir de Eduardo Martiré, "se erradicaron abusos y opresiones, y si se aseguró la felicidad de los habitantes del virreinato rioplatense"¹⁰.

Las causas entre esposos serán el canal para estudiar la modernización de la estructura económica, social y jurídica vigente, la adecuación entre la solución oficial y la realidad indiana, y la influencia de las nuevas ideas sobre la familia, y su relación con el individuo. En cada expediente, analizaremos la presencia o ausencia de aquellos otros elementos normativos como la costumbre, las decisiones judiciales, y la doctrina de los autores.

Al mismo tiempo, y atento a que no podemos estudiar los temas indianos sin referirnos a la raíz castellana, el punto de partida de nuestra tesis no puede ser otro que la familia española, de la cual la indiana es continuadora. Para ello, recurriremos a los valiosos aportes que nos brinda la historia social, la antropología, y la sociología, ciencias auxiliares de la historia del derecho. A partir de allí, nos ocuparemos del trasplante cultural, y del surgimiento de una familia indiana.

¹⁰ Martiré, Eduardo, "Regentes de Buenos Aires. La reforma judicial indiana de 1776", Universidad de Buenos Aires, Colección del IV Centenario de Buenos Aires, pp. 11/12.

Por constituir el origen de toda relación conyugal, analizaremos la relación hombre-mujer en el período hispánico, y de allí en adelante, haremos una referencia general a la regulación jurídica del matrimonio en el derecho castellano e indiano, contrastándola luego con la realidad, a través de las opiniones de las partes en los pleitos conyugales, y las justicias intervinientes.

Luego comenzaremos el estudio de cada uno de los deberes y derechos conyugales, utilizando como fuentes los expedientes judiciales, la doctrina de los autores, las normas jurídicas, las obras literarias, y los periódicos y publicaciones periódicas correspondientes. Es en este terreno donde habremos hecho el aporte más significativo, por la originalidad de las cuestiones analizadas, el uso de fuentes inéditas, y la particularidad del enfoque histórico-jurídico.

Se analizará cada uno de los deberes y derechos conyugales, en sus fundamentos, condiciones y extensión.

La otra cara de este asunto, el incumplimiento, será encarado a partir del estudio del tema del juez competente, y a continuación, de los mismos pleitos entre cónyuges, comenzando por el divorcio, su regulación jurídica, la experiencia forense, y los efectos jurídicos del mismo, entre otras materias, para seguir con un largo elenco de litigios conyugales, como reintegros al hogar marital, depósitos, juicios por malos tratamientos, división y partición de bienes, y bigamia, entre otros.

Para la elaboración del presente trabajo, se compulsaron alrededor de 170 expedientes de los legajos "Tribunales" Sala IX, del Archivo General de la Nación, y de "Civil" y "Criminal", del Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires; además de unos cuantos expedientes correspondientes a "Tribunal Administrativo" y "Justicia" de la misma Sala IX; libros de reales cédulas, despachos y nombramientos, y bandos de buen gobierno de Sala VII, del Archivo General de la Nación.

No podía faltar, para completar el tratamiento del tema, un análisis minucioso del derecho invocado en los pleitos de familia, comprensivo de las normas de derecho castellano, indiano, doctrina de idéntico origen, costumbre, práctica judicial, y otras.

Es nuestra intención concluir con unas consideraciones sobre la familia ideal y la real, sobre el papel de las justicias como reguladoras de las relaciones conyugales, para arribar finalmente a la familia virreinal y su conexión con las nuevas ideas del siglo XVIII.

Capítulo 2
LA FAMILIA ESPAÑOLA
Y LA FAMILIA INDIANA

I. La familia española

El estudio de los deberes y derechos conyugales exige del investigador indagar en qué contexto familiar se desarrollaron este tipo de relaciones. Y como, siguiendo a Tau Anzoátegui, en el tema que abordamos, en el que tal como sucede en otros, "lo indiano no se explica sin su raíz castellana"¹, no se puede comenzar, sino por la familia española.

Entender cuáles eran los deberes y derechos conyugales, y cómo se desarrollaron los pleitos entre esposos en el Nuevo Mundo, nos lleva necesariamente a averiguar "lo que el Viejo Mundo llevó al Nuevo en la forma de creencias religiosas y culturales", en disposiciones legales, en opiniones doctrinarias, en experiencia foral sobre el matrimonio y "cómo afectaron estos elementos a las condiciones especiales del Nuevo Mundo"².

La célula básica de la sociedad española la constituía una familia de dimensiones reducidas, pero de fuerte cohesión³, considerada como grupo estrictamente doméstico, circunscrito a las personas que convivían en la misma casa: los cónyuges y sus descendientes; aunque algún autor agregaba la posibilidad de que este núcleo se viera ampliado en el supuesto en que los hijos casados no abandonaran la

¹ Tau Anzoátegui, Víctor, "La doctrina de los autores como fuente del derecho castellano-indiano", *Revista de Historia del Derecho* (en adelante RHD), Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho (en adelante INHID), Bs. As., 1989, p. 351.

² Seed, ob. cit., en nota 6, cap. 1.

³ Domínguez Ortiz, Antonio, *Sociedad y estado en el siglo XVIII español*, Ariel Historia, Barcelona, 1981, p. 321.

casa paterna después de la celebración del matrimonio⁴. Este tipo de familia, de dimensiones reducidas, era el fruto de un proceso de decantación, en el que se había comenzado a prescindir de la ayuda y dirección de los parientes y la comunidad, y a afianzar un sentido de privacidad doméstica y relaciones interpersonales dentro de la unidad conyugal⁵.

Algunos autores se refirieron al poco espacio que quedaba para el amor y la intimidad⁶, y lo atribuyeron a las cortas expectativas de vida para los cónyuges y para los hijos. La familia era inestable, ya que ninguno podía esperar, con razón, que sus integrantes permanecieran juntos por mucho tiempo, y este hecho afectaba profundamente las relaciones humanas. "La muerte era parte de la vida, y se la trataba en realidad como tal"⁷. El matrimonio probablemente debía durar escasos veinte años, tal vez un poco más, afirmaba Kamen, a medida que las pestes fueron desapareciendo, "hasta que la muerte se llevaba a uno de los cónyuges"⁸.

De ahí que fueran frecuentes las segundas nupcias, y que entre las clases sociales más acomodadas, se esperara que la viuda tomara un nuevo esposo que la ayudara a administrar su patrimonio⁹. Con respecto a los hijos, los padres, para conservar su estabilidad mental, estaban obligados a limitar el grado de relación psicológica con los hijos pequeños, porque "aunque se deseara realmente a los hijos y no se les considerara una carga económica, era muy irreflexivo que los padres se preocuparan demasiado por criaturas cuya expectativa de vida era tan baja"¹⁰.

En el mismo sentido, Stone sostuvo que la relativa falta de interés por los niños pequeños estaba en correlación general con esta alta mortalidad, y determinaba el bajo grado de afecto. La transitoriedad de la vida, lo efímero de la permanencia, hacían que las relaciones familiares se caracterizaran por el intercambio: era fácil sustituir a una

⁴ Gacto, Enrique, "El grupo familiar de la Edad Moderna en los territorios del Mediterráneo hispánico: una visión jurídica", en *La familia de España mediterránea*, presentación de Pierre Vilar, Ed. Crítica, Barcelona, 1987, p. 97.

⁵ Stone, ob. cit., p. 330.

⁶ Kamen, Henry, *Vocabulario básico de la Historia Moderna. España y América. 1450-1750*, Crítica, Barcelona, 1986, p. 95.

⁷ Stone, ob. cit., p. 55.

⁸ Kamen, ob. cit., p. 95; José Calvo, *Así vivían en el Siglo de Oro. Vida cotidiana*, Anaya, Madrid, 1989, p. 52.

⁹ Cook y Cook, ob. cit., p. 35.

¹⁰ Stone, ob. cit., pp. 46 y 55.

esposa o a un hijo, "lo que estaba de acuerdo con las reglas externas de conducta"¹¹.

El siglo XVIII marca, como fenómeno especial, la aparición de un nuevo concepto de familia, "marcado por el repliegue en la pareja"¹².

Stone trataba de encontrar el fundamento de este poder absoluto del padre, en razones de utilidad política. Es así como afirmó que "en una sociedad que carecía casi por completo de fuerza policial, el hogar era una institución valiosa para el control social a nivel de los pueblos", y agregaba que "ayudaba a mantener potencialmente frenado al elemento más indómito de cualquier sociedad, la masa flotante de hombres jóvenes y solteros, y proporcionaba la unidad básica para la tributación"¹³.

Otro rasgo característico de la familia española era el clima de estricta moralidad impuesto por la sacralización creciente, que "repercutía en las relaciones entre los sexos, reforzaba tabúes y coartaba comportamientos"¹⁴. Sin llegar al extremo de la Inglaterra protestante, en la que tuvo lugar una transferencia parcial de las funciones de la Iglesia a la familia, del sacerdote a la cabeza del hogar¹⁵, el matrimonio cristiano era exaltado a través de toda una serie de obras dirigidas a aconsejar a hombres y mujeres.

Esta familia, jerárquicamente estructurada, y en la que predominaban los intereses familiares sobre los individuales, no pudo evitar que se filtrara cierto grado de libertad y apertura, del que son testimonio elocuente, los pleitos familiares¹⁶.

II. El trasplante cultural

El modelo de familia española, al que acabamos de referirnos, fue trasladado al Nuevo Mundo y dio origen a una familia indiana estructurada sobre las mismas bases que la peninsular¹⁷. Consecuentemente,

¹¹ Stone, ob. cit., p. 74.

¹² Aries, Philippe, y Shorter, Edward, citado por Giraud, Francois, en "De las problemáticas europeas al caso novohispano. Apuntes para una historia de la familia mexicana", en *Familia y sexualidad en Nueva España*, sep. 80, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1982, p. 73.

¹³ Stone, ob. cit., p. 23.

¹⁴ Domínguez Ortiz, ob. cit., p. 321.

¹⁵ Stone, ob. cit., p. 321.

¹⁶ Cook y Cook, ob. cit., prefacio.

¹⁷ Lockhart, James, "Organización y cambio social en la América española colonial", en BETHELL, Leslie, ed. *Historia de América Latina Colonial: población, sociedad y cultura*, Editorial Crítica, Barcelona, 1990, pp. 63 /108.

el objetivo de la legislación española para Indias, consistió en estimular la formación de una familia que siguiera las pautas impuestas desde la metrópoli. De esta manera, con la familia como núcleo social básico, se podía esperar reproducir las mismas comunidades culturales, legales, sociales y económicas en el mundo recién descubierto¹⁸.

La mayor parte de los españoles que emigraron al Nuevo Mundo conservaban fuertes nexos físicos y emocionales con el Viejo Mundo, "su corazón, hábitos mentales y ambiciones permanecían en España"¹⁹, y el frecuente paso de hombres de un lado a otro a través del Atlántico, sirvió para reforzar esos vínculos²⁰.

Estos inmigrantes y su bagaje cultural, en gran medida invisible, reforzaron las creencias españolas a través del período colonial; y dado que los inmigrantes proporcionaron el liderazgo del comercio, la religión y el gobierno coloniales, "frecuentemente estuvieron en la posición para imponer los valores españoles"²¹. Estos patrones de comportamiento familiar y sexual, se mantuvieron en forma bastante parecida a los de la metrópoli²².

En consecuencia, la familia española y su versión en el Nuevo Mundo, la familia indiana, se presenta como una familia conservadora, y que encaja en el "patrón tradicional"²³.

Tanto la cultura indígena, como la española, atribuyeron al matrimonio un fuerte valor social, y en el siglo XVI ambas corrientes se fusionaron, para consolidar al matrimonio como base esencial de una sociedad sana y ordenada. De esta manera, el matrimonio aseguró la colonización y la estabilidad que la corona española había tratado de establecer y mantener en el nuevo orden colonial²⁴.

¹⁸ Lavrin, Asunción, *Sexualidad y matrimonio en la América hispánica. Siglos XVI-XVIII*. Los Noventa, Grijalbo, México, 1991, Introducción, p. 16.

¹⁹ Seed, ob. cit., p. 32.

²⁰ Prueba elocuente del lazo emocional con la tierra de sus padres, son las cartas que los emigrantes enviaban desde Indias, de las cuales 650 fueron analizadas por José Luis Martínez en *El mundo privado de los emigrados en Indias*, Fondo de Cultura Económica, México, 1987, p. 45.

²¹ Seed, ob. cit., p. 36.

²² Gonzalbo Aizpuru, Pilar, *Las mujeres en la Nueva España. Educación y vida cotidiana*, México, El Colegio de México, 1987, p. 45.

²³ Seed, ob. cit., p. 276.

²⁴ Lavrin, Asunción, "La mujer en la sociedad colonial hispanoamericana", en BETHELL, Leslie, ed. *Historia de América Latina Colonial: población, sociedad y cultura*, Editorial Crítica, Barcelona, 1990.

III. La familia indiana

A) *El tipo impuesto*

El grupo familiar aparecía organizado sobre la base de la insolubilidad matrimonial, la autoridad del "paterfamilias", y correlativamente, de la obediencia de su consorte e hijos²⁵. Silvia Mallo completó la idea, sosteniendo que "estamos frente a una sociedad tradicional, patriarcal y paternalista, al menos como modelo y en sus formas"²⁶.

Dentro de cada grupo social, los mismos patrones morales difieren según el sector al que rigen, y "cada grupo se siente presionado de diferentes formas por los mismos"²⁷.

El poder del padre de familia revistió las mismas características que el del derecho castellano, basado en la patria potestad romano-justiniana. Dichas facultades surgían de las Partidas, que se estructuraron desde las siguientes bases: la perpetuidad, la legitimidad y la exclusión de su ejercicio por parte de la madre.

El cabeza de familia seguía gozando de una autoridad omnímoda, y los vínculos morales del respeto seguían vivos y eficaces siendo la firme garantía del hogar, según constata Ots Capdequí²⁸.

La autoridad paterna no conocía más límites que la propia justicia y prudencia del padre para cumplir con las responsabilidades que le competían²⁹. Abelardo Levaggi ha sostenido que la aplicación de estas características a la familia indiana, en beneficio de los hijos, no significó menor severidad, ni a veces, despotismo³⁰.

En el mismo sentido, Bernardo Frías, refiriéndose a la familia salteña, pero siendo aplicable al resto de las familias indianas, afirmaba que el centro familiar estaba constituido por el padre, "de carácter duro, terco y porfiado"³¹. Otras autoras salteñas, compartiendo la opi-

²⁵ Serrano Redonnet, Antonio, y Rípodas Ardanaz, Daisy, *Cristóbal de Aguilar. Obras*, en *Biblioteca de Autores Españoles*, Ediciones Atlas, Madrid, 1985, tomo I y II, p. 89.

²⁶ Mallo, *La mujer rioplatense...*

²⁷ Mallo, *La mujer rioplatense...*

²⁸ Ots Capdequí, José María, *Bosquejo histórico de los derechos de la mujer casada en la legislación de Indias*, Editorial Reus S.A., Madrid, p. 71.

²⁹ Serrano Redonnet y Rípodas Ardanaz, ob. cit., p. 89.

³⁰ Levaggi, Abelardo, *Manual de Historia de Derecho Argentino. Castellano-Indiano*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 146.

³¹ Frías, Bernardo, *Historia del General Güemes y de la Provincia de Salta*, II, Ed. Educación Cívica, Salta, 1942, p. 119.

nión de Frías, constataban que "infundía el cariño y amor propio a la naturaleza, revestido de aquel velo de respetuosísima veneración casi terrible que infundía en los hijos como una especie de dios doméstico a quien el corazón amaba, pero ante cuya presencia se recogía y temblaba"³².

La mujer estaba limitada a un lugar secundario. Hacía una vida oscura y retirada, siempre relegada en un apartamento indiferente. De soltera, estaba sometida a la autoridad de su padre; de casada, al poder absoluto del marido. Las mismas autoras salteñas, sin embargo, la describían como "ejemplo de heroísmo y mansedumbre, fiel e inteligente compañera del hombre; constituyó el dulce remanso espiritual al que se acogía toda la familia" y agregaron que "supo crear en su hogar el ambiente de religiosidad y del trabajo del que hizo gala la familia americana"³³.

Sin perjuicio de que más adelante analizaremos el tema de la relación hombre-mujer en este período, a partir de las conductas expresadas en los expedientes judiciales, conviene traer a colación, para completar el perfil de esta familia indiana, las apreciaciones de una investigadora de las relaciones familiares desde la óptica de lo histórico-social, quien estimó que, "a pesar de que las leyes y normas morales indican que sean así las cosas, la mujer se rebela y no acepta sin quejas el papel que se le ha asignado". Y refiriéndose al hombre, agregó que "lo propio ocurre con ellos, que no siempre se harán responsables de la conducta de las mujeres" concluyendo con que "hay indicios que no nos permiten considerar a las porteñas del siglo XVIII y primera mitad del siglo XIX, como sumisas, estáticas y reclusas".

A la luz de lo que surge de los expedientes judiciales, y otras fuentes contemporáneas a los mismos, la mujer porteña demostró tener ideas claras acerca del papel que cumplía en el hogar, en la educación de los hijos y el gobierno de los criados³⁴.

La edad en la que las mujeres contraían matrimonio, varía según los autores. Pilar Gonzalbo Aizpurú sostuvo que las mujeres españolas se casaban entre los veinte y veinticinco años³⁵; que los

³² De la Cuesta Figueroa y Silva Nieto de Matorras, *Contribución al estudio del divorcio en Salta en la época hispánica*, Actas y Estudios del VII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Pontificia Universidad Católica Argentina, Bs. As., 1984, p. 184.

³³ De la Cuesta Figueroa y otra, ob. cit., p. 184.

³⁴ Mallo, *La mujer rioplatense...*

³⁵ Gonzalbo Aizpurú, P., ob. cit., p. 52. En el mismo sentido, Lavrin, en *La mujer en la sociedad colonial hispanoamericana*, p. 116.

períodos intergenésicos eran bastante largos y que las familias tenían pocos hijos, o ninguno.

Susan Socolow extendió el período dentro del cual las mujeres contraían matrimonio en el Río de la Plata; consideró que lo hacían entre los catorce y los veintitrés años, edad a la cual, o bien se casaban, o bien se internaban en un convento.

Los hombres, por su parte, tendían a casarse más cerca de los treinta años, o aún después, cuando adquirían la solvencia económica como para mantener una esposa y una familia³⁶.

Algunos autores iban más allá: hacían una distinción según la ocupación de los futuros esposos y afirmaban que entre los artesanos, los salarios relativamente bajos y las condiciones de inestabilidad en el trabajo, afectaban las pautas matrimoniales familiares tradicionales y llevaban a que muchos de ellos postergaran el casamiento hasta cerca de los treinta años de edad, mientras que otros, simplemente, permanecían solteros³⁷.

Esta información que nos acerca la historia social, la antropología, la sociología, y otras ciencias es indispensable para nuestro trabajo, ya que una de las fuentes utilizadas —los expedientes judiciales— pocas veces contienen este tipo de información. Los hombres y mujeres, actores y demandados, no necesariamente informaban su edad, así como tampoco cuántos años tenían cuando contrajeron matrimonio, si ejercieron su voluntad de elegir a sus consortes, y todo el caudal de información que nos proporcionan aquellas otras disciplinas no jurídicas. Sin embargo, acercarnos a ellas, nos permite saber un poco más sobre los deberes y derechos conyugales, pues así entendemos mejor las razones que llevaban a alguno de ellos a pleitear, y sobre todo, cuál era el soporte ideológico y cultural de las discordias conyugales.

³⁶ Socolow, *Parejas... y Cónyuges aceptables: la elección del consorte en la Argentina colonial, 1778-1810*, pp. 229 a 270, en *Sexualidad y matrimonio en la América hispánica. Siglos XVI-XVIII*, Lavrin, Asunción, coordinadora, Grijalbo, México, 1991, p. 233.

³⁷ Johnson, Lyman, *Artesanos*, pp. 255/85, en *Ciudades y sociedad en Latinoamérica colonial*, Hoberman, Louisa S., y Socolow, Susan M., compiladoras, Fondo de Cultura Económica, Bs. As., 1992.

B) *Las relaciones y uniones de hecho*

A pesar del alto valor moral y reconocimiento social que traía aparejado el matrimonio, este no siempre fue práctica universal. Fueron frecuentes las uniones consensuales, que en gran medida dieron lugar al mestizaje. Asunción Lavrin vio en la pobreza generalizada, en un clero numéricamente insuficiente y poco dedicado, y en la aceptación de las costumbres sociales que alentaron las relaciones extramatrimoniales, la explicación de tales desviaciones del patrón formulado; a pesar del esfuerzo de la Corona y la Iglesia para imponer completamente sus cánones en favor del matrimonio³⁸.

Solange Alberro ha buscado la explicación, en el tipo de aventuras que implicaba la conquista, la que se había realizado bajo el signo de la libertad y del absoluto desenfado, típico de esta clase de actividad; y fruto del alejamiento del conquistador respecto a los marcos ideológicos y a las instituciones represivas de la metrópoli. La misma autora menciona "las trayectorias poco ejemplares de la mayoría de los principales actores de la conquista, tanto españoles como indígenas"³⁹.

A pesar del esfuerzo de la Corona y de la Iglesia por imponer el matrimonio cristiano y monogámico, el análisis de los documentos de la época atestiguan la difusión de comportamientos que, sin oponerse clara y deliberadamente al modelo propuesto, "constituyen sin embargo desviaciones y adaptaciones del mismo", sosteniendo que no son características en sí de la Colonia, "pues al fin y al cabo no son raros en la Europa de los siglos VI, XVII y VIII, los bigamos, los amancebados, y menos aún las prostitutas"⁴⁰.

En las Indias, en las posiciones sociales altas y medias, los hombres contraían matrimonio cuando cumplían con los requisitos establecidos, viviendo frecuentemente hasta entonces, en uniones informales con mujeres de posición más baja, con quienes solían procrear hijos naturales; relaciones que, una vez casados, no abandonaban, manteniendo así un segundo hogar⁴¹.

³⁸ Lavrin, *La mujer...*, p. 112.

³⁹ Alberro, Solange, "La sexualidad manipulada en Nueva España: modalidades de recuperación y de adaptación frente a los Tribunales Eclesiásticos", en *Familia y sexualidad en Nueva España*, sep. 80, Fondo de Cultura Económica, México, 1992, pp. 238/57.

⁴⁰ Alberro, ob. cit., p. 242.

⁴¹ Lockhart, ob. cit., p. 66.

Solange Alberro, en su afán de encontrar explicación a cada conducta transgresora, opinó que las modalidades de estas infracciones, su frecuencia, el status de quienes las cometían, las metas perseguidas, y los resultados logrados, "delatan claramente una situación colonial específica, caracterizada por la dominación racial, la existencia de castas y estratos sociales teóricamente heterogéneos, y una realidad social y demográfica determinada"⁴².

Así, entre los españoles, entre los indígenas campesinos, y hasta en las grandes concentraciones indígenas en los márgenes de las ciudades, abundaban las uniones informales y los hijos ilegítimos, en las cuales la mujer era escogida generalmente de una categoría social más baja que la del hombre⁴³. Estos amancebamientos, según algunos, pueden ser interpretados como la respuesta espontánea a una situación de desarraigo y de disponibilidad, propia de emigrados inestables, en un medio menos controlado que el europeo.

Sin embargo, es arriesgado sostener que tal modelo hubiera sido impuesto drásticamente, y menos aún, adoptado y generalizado, y según la autora, se debe buscar el fundamento de tales apartamientos del modelo perseguido, en la "debilidad relativa de las instituciones encargadas de difundirlo y mantenerlo, su multiplicidad, la oposición frecuente existente entre ellas, junto con las peculiaridades de la situación colonial"⁴⁴. Pobreza generalizada, clero insuficiente, desarraigo, problemas institucionales, factores todos que contribuyeron a convertir las desviaciones y recuperaciones diversas del modelo cristiano, en "una realidad tranquila y amenable cotidiana"⁴⁵. Esta circunstancia llevó a que la difusión de las normas cristianas se hiciera en medio de dudas y contradicciones, "con bastante flexibilidad para poder adaptarse a sociedades exóticas y desconocidas", pero siempre con la preocupación de "extraer de la realidad del otro, únicamente lo que encajaba en el esquema tradicional"⁴⁶.

C) *El mestizaje*

El primer contingente de mujeres peninsulares que llegó a las islas del Caribe, fue como colonizadoras y esposas. Sin embargo, a pesar

⁴² Alberro, ob. cit., p. 242.

⁴³ Lockhart, ob. cit., p. 84.

⁴⁴ Alberro, ob. cit., p. 257.

⁴⁵ Alberro, ob. cit., p. 257.

⁴⁶ Gruzinsky, Serge, "La conquista de los cuerpos", en *Familia y sexualidad en Nueva España*, sep. 80, Fondo de Cultura Económica, México, 1992, p. 188.

de que la legislación promulgada en 1502 y 1503 estimulaba la emigración familiar, durante las primeras décadas de la conquista y colonización española, hubo más demanda de mujeres solteras como futuras esposas de los conquistadores⁴⁷. Las cifras indican que, a pesar de la política de la Corona, de estimular el pase de mujeres al Nuevo Mundo, el número de mujeres españolas que emigraron a las Indias después de la conquista, nunca fue grande; y estimaciones recientes establecen que las mujeres constituyeron entre el 5 y el 17% del número total de inmigrantes que llegó a América durante las dos primeras décadas del siglo XVI⁴⁸.

Daisy Rípodas Ardanaz sostuvo que esta circunstancia, sumada a las propias costumbres indígenas, dio como resultado un período que ella denominó de "poliginia desenfrenada", en el que los españoles asimilaron los hábitos de los pueblos sometidos, recibiendo gustosos las mujeres que les entregaron como gesto de amistad, dejando a un lado el matrimonio canónico y formalmente bendecido, y convirtiéndose en polígamos. Esta circunstancia era vivida, según la misma autora, con felicidad y sin prejuicios sociales⁴⁹.

Los primeros cronistas de Indias nos hablaron de la facilidad con que los españoles se unieron con mujeres de las distintas razas indias, en relaciones libres⁵⁰.

Analola Borges limitó estos casos, a aquellos lugares en donde, en los primeros tiempos, habitaban pocas españolas, y las esposas de los residentes estaban aún en España⁵¹. Es que "para el apetito sexual de los españoles, las jóvenes indias fueron un remedio siempre al alcance de la mano, ya fuese de buen grado, o por la fuerza"⁵². Estas mujeres eran obsequiadas por los caciques a los conquistadores, como gesto de amistad; entregadas como botín de guerra, sometidas a la esclavitud, o simplemente, tomadas como barraganas.

La sociedad indiana, más muelle y flexible, gozó de una libertad que alarmó a las autoridades, las que dictaron medidas para poner fin a las uniones fuera de las pautas culturales tradicionales españolas. Un

⁴⁷ Lavrin, *La mujer...*, p. 110.

⁴⁸ Lavrin, *La mujer...*, p. 110.

⁴⁹ Rípodas Ardanaz, Daisy, *El matrimonio en Indias. Realidad social y regulación jurídica*, Fecic, Buenos Aires, 1977, p. 4.

⁵⁰ Ots Capdequí, José María, *Historia del Derecho Español en América y del Derecho Indiano*, Biblioteca Jurídica Aguilar, Buenos Aires, 1968, p. 220.

⁵¹ Borges, Analola, *La mujer pobladora en los orígenes americanos*, Anuario de Estudios Americanos, V. XXIX, 1972, p. 389.

⁵² Gonzalbo Aizpuru, ob. cit., p. 43.

azorado virrey Francisco de Toledo, llegó a decir que era tanta la libertad con que se vivía la lujuria, que casi no se tenía por ilícito el amancebamiento⁵³.

Océano de por medio, en una realidad tan diferente y difícil de vigilar dentro de un mundo nuevo y en formación, "distancias y soledades permitieron un apartamiento de los rígidos principios legales y religiosos"⁵⁴.

Débiles o volubles ante la posibilidad de continuar con la aventura, asimilados rápidamente a unas costumbres más atractivas y emocionantes que las castellanas, lo cierto fue que, más allá del factor afectivo o sensible, las mujeres indias fueron un factor crucial en la conquista de América. Estas uniones de españoles con las naturales, proveyeron a la primera generación de conquistadores, de aliados, intérpretes, cuidado personal, y obviamente, satisfacción sexual⁵⁵.

En consecuencia, a lo largo de los primeros años de conquista, e incluso durante unas cuantas décadas más, las sociedades indígena y española experimentaron un período de relajación en las costumbres sociales y sexuales, y así, "formas de conducta que previamente se consideraban inaceptables para ambas sociedades, se convirtieron en rutina, afectando principalmente a las mujeres"⁵⁶.

De uniones circunstanciales surgieron concubinatos que procrearon numerosos hijos, convirtiéndose este tipo de relación, en una "arraigada práctica social, que demostró ser muy difícil de erradicar en la sociedad colonial"⁵⁷.

La consecuencia de estas uniones de hecho fue el rápido aumento del número de hijos ilegítimos, especialmente en las ciudades, donde la mayor promiscuidad facilitaba las relaciones irregulares, y donde los mecanismos de control del comportamiento individual, vigentes todavía en muchas comunidades rurales, se habían debilitado⁵⁸.

Con el transcurso de los años, los mestizos ilegítimos llegaron a considerarse un problema social, y en 1533, Carlos V expidió una orden en la que se estipulaba que los hijos de españoles e indias debían quedar a cargo de sus padres, siempre que tuviesen hacienda suficiente para

⁵³ Herren, Ricardo, *La conquista erótica de las Indias. Memoria de la Historia*, Planeta, Buenos Aires, 1992, p. 228.

⁵⁴ Alcalá Zamora, Niceto, *Nuevas reflexiones sobre las Leyes de Indias*, Editorial Guillermo Kraft Limitada, Buenos Aires, 1994, p. 94.

⁵⁵ Lavrin, *La mujer...*, p. 130.

⁵⁶ Lavrin, *La mujer...*, p. 130.

⁵⁷ Lavrin, *La mujer...*, p. 130.

⁵⁸ Gonzalbo Aizpuru, ob. cit., p. 58.

mantenerlos, y en caso contrario, se los dejaría a cargo de un encomendero, para que los educara, los adoctrinara y diese un oficio⁵⁹.

Estos contactos sexuales interraciales de los siglos XVI y XVII tuvieron lugar principalmente fuera del matrimonio, lo que dio origen a un mestizaje producto de uniones de hombres españoles y mujeres indias o negras que habían sido sus concubinas durante mucho tiempo, o sus parejas sexuales por breve tiempo, y cuyos hijos eran ilegítimos.

A través del siglo XVII, las palabras "mulato" y "mestizo", fueron sinónimo de nacimiento ilegítimo⁶⁰; sin embargo, mujeres indias, aún sin haber contraído matrimonio con sus compañeros de raza blanca, pronto descubrieron que "en el nuevo orden impuesto, más vale tener hijos mestizos que indios"; no solamente porque al convertirse en manceba de hombre español conseguían insertarse en el mundo colonial, sino también porque como mestizos, su prole iba a tener un estatus de privilegio que le estaba negado al indio: los mestizos no tributaban y tenían acceso a muchas de las posiciones reservadas a los españoles⁶¹.

El mismo Juan de Solórzano Pereyra había escrito: "muchas indias dejan a sus maridos indios o aborrecen y desamparan a los hijos que de ellos paren, viéndolos sujetos a tributos y servicios personales"⁶²; y Huaman Poma de Ayala había observado que "las indias se visten como españolas y ya no quieren casarse con sus iguales indios"⁶³.

Aquello que Solórzano y Poma de Ayala habían querido decir, era que la continua interacción de la mujer indígena con la sociedad española, implicaba que muchas de ellas, con el tiempo y el contacto estrecho con los hombres peninsulares, adoptarían la cultura e instituciones españolas y se convertirían en "mediadoras entre ambas sociedades"⁶⁴.

Estas incipientes y atípicas sociedades, solo comenzaron a normalizarse con la llegada de españolas —doncellas casaderas y esposas olvidadas— que venían para recordarles a los hombres acerca de la

⁵⁹ Gonzalbo Aizpuru, ob. cit., p. 58.

⁶⁰ Seed, p. 184.

⁶¹ Herren, ob. cit., p. 226.

⁶² Solórzano Pereyra, Juan de, *Política Indiana*, Biblioteca de Autores Españoles, Ediciones Atlas, Madrid, 1972.

⁶³ Citado por Herren, ob. cit., p. 228.

⁶⁴ Lavrin, *La mujer...*, p. 131.

observancia de las "desdeñadas tradiciones domésticas"⁶⁵. Pasados los primeros años de descubrimiento y conquista, comenzaron a fundarse las sociedades civiles, en las que "el control social exigía estabilidad personal y legitimidad"⁶⁶, las que solo se encontraban en el matrimonio cristiano.

Los años de flexibilidad y relajamiento habían quedado atrás. Ahora, era necesario encauzar todo tipo de uniones sexuales, dentro del matrimonio canónico. Por lo tanto, luego de vivir en concubinato con las indias, los españoles abandonaron a sus concubinas aborígenes, para contraer enlace con mujeres blancas —ahora las había en mayor cantidad— que les brindaran mejores perspectivas sociales. Así, "en trance de casarse, procuran los españoles sacar un buen partido de la libertad que pierden —si es que la pierden—. Si nobles o titulares de cargos expectables pero pobres, suelen unirse en matrimonio con encomenderas de menor prosapia, o con hijas de mercaderes y tratantes que aportan dotes espléndidas"; "si ricos o poderosos, con mujeres que por su ilustre nacimiento les transfirieran parte de su prestigio social"⁶⁷. Por otro lado, las recién llegadas españolas, contraían matrimonio con sus pares, "como único medio de salvaguardar su decoro social y su forma de vida entrañablemente hispánica"⁶⁸.

Algunas de las uniones interraciales se transformaron en matrimonio canónico, tal vez por dos motivos: "el religioso-cultural, representado por la enseñanza recíproca en las cosas indiferentes y unilateral en las cosas de la fe; y el político, constituido por la posibilidad de acceso a cacicazgos por parte de los españoles casados con cacicas o hijas de caciques"⁶⁹.

Además, el matrimonio lavaba las faltas pasadas, legitimaba a los niños cuando los había, y reincorporaba a toda la familia al grupo de la gente "decente"⁷⁰.

A pesar de que la actitud de la Corona española no parece haber sido la de favorecer los matrimonios interraciales, algunos españoles contraían matrimonio *in facie Ecclesiae*, luego de largos años de vida en común, actitud que era preferible al concubinato, que ponía en peligro las almas inmortales de los hombres⁷¹. Quienes lo contraían

⁶⁵ Rípodas Ardanaz, ob. cit., p. 5.

⁶⁶ Herren, ob. cit., p. 251.

⁶⁷ Rípodas Ardanaz, ob. cit., p. 6.

⁶⁸ Rípodas Ardanaz, ob. cit., pp. 7/8.

⁶⁹ Rípodas Ardanaz, ob. cit., p. 9.

⁷⁰ Gonzalbo Aizpuru, ob. cit., p. 58.

⁷¹ Seed, ob. cit. p. 187.

eran individuos poco representativos, para regularizar situaciones de hecho, y buscando "hidalgarse", con una mujer india del grupo dirigente⁷².

Al arraigarse en estas tierras el matrimonio cristiano, sin embargo, los mestizos nacidos fuera de la institución comenzaron a ser discriminados por las tres notas que traía aparejada la condición: la ilegitimidad, la impureza de sangre, y en los últimos años del gobierno colonial, la desconfianza por el afecto hacia la tierra en la que habían nacido y vivido⁷³.

Al mismo tiempo, aquellos amancebados que legalizaban sus uniones con el matrimonio legítimo, posibilitaban a sus descendientes limpiar toda mancha originaria, y poder aspirar a cargos públicos, honores y beneficios.

También las mujeres españolas habían comenzado a casarse con hombres de otros grupos raciales, y esta circunstancia determinó que los hombres españoles, tradicionales protectores de la conducta sexual de sus hermanas u otros familiares femeninos, tuvieran que competir con hombres de grupos sociales inferiores, para tener acceso con mujeres españolas, perdiendo la exclusividad sexual de que alguna vez habían gozado⁷⁴.

Transcurridos los primeros años de esta política de la Corona de estimular los matrimonios de peninsulares con mujeres indígenas, y así evitar el amancebamiento, se pasó a una actitud oficial de separación y protección de los indios⁷⁵.

Ya era demasiado tarde: en América cada vez iban quedando menos familias antiguas que no hubiesen sido mestizadas en alguna medida. A este mestizaje americano "no se le puede ignorar el mérito de haber permitido la fusión de dos grupos de cultura, la española y la americana", que eran "en principio antitéticas e incompatibles en sus sistemas de valores, en su visión del mundo y de la vida, en sus usos y costumbres"⁷⁶.

⁷² Rípodas Ardanaz, ob. cit., pp. 3 y 10.

⁷³ Herren, ob. cit., p. 251.

⁷⁴ Seed, ob. cit., p. 189.

⁷⁵ Lavrin, *La mujer...*, p. 131.

⁷⁶ Herren, ob. cit., p. 256.

Capítulo 3

LA RELACIÓN HOMBRE-MUJER EN EL PERÍODO HISPÁNICO

Las relaciones conyugales, y su corolario, los deberes y derechos entre esposos, se desenvolvían dentro de un contexto ideológico en el que estaban fijadas *a priori* las expectativas mutuas entre los dos sexos.

Los roles que desempeñaban hombres y mujeres, y luego, maridos y esposas, en la relación marital, dependían de qué consideraciones existían en la sociedad de la época sobre los valores que debían reunir uno y otro sexo.

¿Qué esperaba la sociedad española, y luego la indiana, de la mujer y del hombre? ¿Qué requisitos eran considerados imprescindibles, en el contexto temporal, para hacer de una mujer, por ejemplo, candidata viable para contraer matrimonio —y a partir de allí—, estar en condiciones de exigir a un marido el cumplimiento de sus obligaciones conyugales, y de gozar de los derechos a que la habilitaba el connubio?

I. Los valores

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

En una época y en 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"¹.

¹ Tau Anzoategui, Víctor, "La noción de ley en América Hispana durante los siglos XVI a XVIII", Anuario de Filosofía Jurídica y Social n°6, 1986, Buenos Aires, p. 208.

Los moralistas se expresaban a través de libros piadosos: abecedarios y cartillas espirituales, "espejos del alma", "escuelas de perfección", "caminos 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 monja².

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"³.

La importancia de las opiniones de estos teólogos morales radica en que estos 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 patriarcal⁴.

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"⁵.

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 social⁶, 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 mujeres⁷.

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, colaborando 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

² Vigil, Mariló, *La vida de las mujeres en los siglos XVI y XVII*, Siglo XXI de España Editores S.A., Madrid, 1986, p. 7.

³ Vigil, ob. cit., p. 15.

⁴ Vigil, ob. cit., p. 15.

⁵ Martín Gaité, Carmen, *Usos amorosos del dieciocho en España*, Editorial Anagrama, Barcelona, 1987, p. XV.

⁶ Fitzmaurice-Kelly, Julia, "Women in sixteenth century Spain", en *Revue Hispanique*, 70 (1927), p. 557, citado por Lavrin, Asunción, en *La mujer...*, p. 123.

⁷ Lavrin, *La mujer...*, p. 123.

los modelos de conducta a transmitir se reproducían idénticos de una generación a otra, sin descarriarse 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"⁸.

Las relaciones hombre-mujer en la sociedad colonial de la América española han sido igual de complejas que otras relaciones sociales⁹.

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"¹⁰.

A partir de allí, se gestó una vasta literatura cuyo fin fundamental consistió en describir las características objetivas del sexo femenino —aquellas 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 mujer¹¹, y en consecuencia, que esta 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 común¹², sostenía abiertamente que la mujer era inferior al hombre¹³. A partir de allí, comenzaba a desarrollarse una literatura misógina que identificaba a la mujer con el mal, el exceso, la sensualidad y la animalidad¹⁴.

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"¹⁵.

⁸ Martín Gaité, ob. cit., p. 29.

⁹ Lavrin, *La mujer...*, p. 117.

¹⁰ Vigil, ob. cit., p. 11.

¹¹ Talavera, Fray Hernando de, *De cómo se ha de ordenar el tiempo para que sea bien expendido*, Nueva Biblioteca de Autores Españoles, Madrid, Casa Editorial Bailly Bailliere, 1911, cap. III, p. 97.

¹² Serrano Redonnet y otra, ob. cit., p. 74.

¹³ Arbiol, Antonio, *La familia regulada. Con doctrina de la Sagrada Escritura y Santos Padres de la Iglesia Católica*, Madrid, 1791.

¹⁴ Gruzinski, ob. cit., p. 236.

¹⁵ Gruzinski, ob. cit., p. 236.

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 Escrivá¹⁶.

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 complexión y flacas de condición"¹⁷, (exactamente igual que Fray Hernando de Talavera¹⁸). Continuando con las descalificaciones, otro moralista, decía que "todo género de letras y sabiduría es repugnante a su ingenio"¹⁹, y trataba de dar a su postura un fundamento biológico. Para ello, se apoyó en la teoría de los humores de Aristóteles, según la cual las mujeres eran húmedas y frías, mientras los hombres eran secos y calientes, haciendo constar 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 perfeccionaban²⁰. Fray Martín de Córdoba colaboraba con esta imagen destructiva, agregando que las mujeres eran intemperadas, extremosas, "parleras", "porfiosas", móviles e inconstantes²¹. Se daba por sentado que tenían menos resistencia a la tentación; que eran seres menos racionales; más violentas; y más emocionales que los hombres²².

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

¹⁶ Escrivá, Francisco, *Discursos sobre los quatro novísimo, muerte, juicio, infierno y gloria*, Valencia, MDCIII 1604, p. 196.

¹⁷ Guevara, Antonio de, *Epístolas familiares*, 1612, p. 191.v. No consta la edición.

¹⁸ Talavera, Fray Hernando de, ob. cit., cap. III, p. 97.

¹⁹ Huarte, de San Juan, *Examen de ingenios para las Ciencias*, Baeza, 1594, cap. 15, p. 375.

²⁰ Huarte, ob. cit., pp. 292 vta. y 293.

²¹ Córdoba, fray Martín de, *El jardín de las nobles doncellas*, citado por Vigil, ob. cit., p. 11.

²² Lavrin, *La mujer...*, p. 117.

era casi una característica femenina, una parte de su naturaleza²³. 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 femineidad como trampa para el varón, y que proponía como única posibilidad, la subordinación estricta²⁴.

Los moralistas han pretendido 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"²⁵.

A) La doncella

Doncella era la mujer hasta los veinte años de edad, "porque desde allí ya le cumple casarse"²⁶.

El modelo de doncella que predicaban los moralistas incluía la obediencia, la humildad, la modestia, la dirección, la vergüenza y el retraimiento. A los fines de cumplir con el ideal de ser protegidas, se las educaba en el recato y la modestia, el silencio y la obediencia a los hombres; en muchos casos, dentro de una auténtica "disciplina monacal"²⁷. ¿Ángel o demonio? Un doble discurso se desarrollaba sobre la mujer. Por un lado, era la personificación del diablo, y por el otro, un ser idealizado, una virgen cuyas principales virtudes eran la humildad, la pureza y la discreción²⁸.

Con el objeto de protegerla, no se la debía dejar sola nunca, ni siquiera dentro de su propia casa, ya que no se sabía quién podría entrar, y qué podría suceder²⁹.

²³ Lavrin, "La sexualidad en el México colonial. Un dilema para la Iglesia" en *Sexualidad y matrimonio en la América hispánica. Siglos XV-XVIII*, Lavrin, Asunción, coordinadora, Grijalbo, México, 1991, p. 75.

²⁴ Domínguez Ortiz, ob. cit., p. 324.

²⁵ Vigil, ob. cit., p. 16.

²⁶ De la Cerda, Juan de, *Libro intitulado vida política de todos los estados de mujeres*, Impreso en Alcalá de Henares, 1599, p. 8, citado por Vigil, en ob. cit., p. 18.

²⁷ Herren, ob. cit., p. 175.

²⁸ De la Vega, Eulalia, *La mujer en la historia*, Anaya, Madrid, 1992, p. 32.

²⁹ Socolow, *Cónyuges...*, p. 249.

José María Bustillo, decía, haciendo referencia a las niñas casaderas: "no era fácil la vinculación, porque se educaba rígidamente a las mujeres bajo la preocupación de que formaran un hogar sujeto a los severos principios de la moral cristiana. Tomaban los padres precauciones para que la pureza de los sentimientos de sus hijas no fuera afectado por el trato prematuro con hombres jóvenes"; y agregaba: "tan sólo furtivas ojeadas a través de las ventanas, en las iglesias o en los paseos, era todo lo que podían ellas permitirse"³⁰.

Las exigencias en cuanto a las cualidades que debía reunir la doncella estaban enderezadas a hacer de ella una candidata viable para contraer un buen matrimonio, que, como veremos más adelante, constituía un fin en sí mismo. En pleno siglo XVII, así se veía a una postulante a contraer matrimonio con una prominente figura de la sociedad peruana: "Combinaba todas las esenciales virtudes de la mujer española. Venía de una respetada familia castellana, había demostrado coraje; y al mismo tiempo, se había mostrado humilde. Había sido educada como lo eran convencionalmente las mujeres de su posición social. Le habían enseñado a leer, escribir, contar, y probablemente pudiera tocar algún instrumento musical. Más aún, estaba dotada de belleza física, y de posesiones materiales"³¹. ¿Quién no hubiera querido casarse con este paradigma de mujer perfecta?

B) La casada

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"³². 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 sacrificio³³.

³⁰ Bustillo, *Papeles añejos, vidas ignoradas*, Depalma, Buenos Aires, 1972, p. 48.

³¹ Parma Cook, ob. cit., p. 35. La traducción es nuestra.

³² Guevara, Antonio de, ob. cit., p. 189.

³³ Calvo, José, *Así vivían en el Siglo de Oro, Vida cotidiana*, Anaya, Madrid, 1989, p. 52.

Los buenos modales, la modestia en el trato, el conocimiento en 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 familia³⁴. Debía ser honesta y callada, no preciarse de donosa y regidora, 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 continuaba exigiendo que la casada fuera recogida y poco "ocasionada", ya que "la mujer por ser mujer no basta que lo sea, sino que lo parezca"; y que no fuera soberbia ni "brava"³⁵.

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.

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"³⁶; 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"³⁷.

Tanto menosprecio de su capacidad intelectual; tanta desconfianza en su cordura y criterio, por un lado; sin embargo, se esperaba de ella, que fuera el soporte afectivo del varón. ¿Cómo podría ser sospechosa, libertina, mal ejemplo para todos; y al mismo tiempo, sobrellevar la pesada carga de responder por la estabilidad emocional del elemento masculino?

En efecto, la mujer era conceptuada como la administradora del hogar; la que tenía por misión recibir lo que el marido ganaba, para conservarlo, y aumentar así el patrimonio de la familia. ¿Cómo un ser

³⁴ Gonzalbo Aizpuru, ob. cit., p. 158.

³⁵ Guevara, ob. cit., pp. 190 y 195.

³⁶ Talavera, fray Hernando de, ob. cit., Nueva Biblioteca de Autores Españoles, Madrid, Casa Editorial Bailly Bailliere, 1911, cap. V, p. 61.

³⁷ Granada, fray Luis de, *Guía de pecadores*, Biblioteca de Autores Españoles, Madrid, Imprenta de Fernando y Cía., 1899, cap. XVII, p. 159.

de naturaleza tan flaca, húmeda y fría, podría transformar un desierto en vergel? ¿Bruja o Angel guardián? ¿Cenicienta o Keynes?

No sería fray Luis de León quien habría de tener la respuesta a esta pregunta, ya que al explicar el por qué del matrimonio, afirmaba que la naturaleza había ordenado que se casaran los hombres, no solo para que se perpetuasen en los hijos el linaje y nombre de ellos, sino también porque para vivir no bastaba que el hombre ganase hacienda, "que si lo que se adquiere se pierde, es como si no se adquiriese; y el hombre que tiene fuerza para revolver la tierra y para romper el campo y para discurrir por el mundo y contratar con los hombres, negociando su hacienda, no puede asistir a su casa, a la guarda de ella, ni lo lleva su condición; y al revés, la mujer que, por ser de natural flaca, y fina, es inclinada al sosiego y a la escasez y es buena para guardar, por la misma causa no es buena para el sudor y trabajo de adquirir"³⁸.

Entre los moralistas, Arbiol ordenaba a la mujer: "Con gran diligencia habéis de guardar la hacienda"; "no saldréis de casa, sino con necesidad, y esto con licencia de vuestro marido"; y agregaba "porque si la señora casada no sabe discretamente guardar, por mucho que su marido gane y adquiriera, todo se desvanece; pero si la mujer es prudente, y de buen gobierno, lo poco se hace mucho, y todo se prospera con la aplicación de sus manos"³⁹.

Fray Luis de León ponía sus expectativas en la satisfacción que debía experimentar una mujer casada, siendo buena administradora de su hacienda, moderada en su adorno personal, y madre virtuosa. Sus deseos indefinidos, algún anhelo latente, se encauzaba hacia la educación de sus hijos⁴⁰.

Arbiol también sugería privarse "del reposo y descanso de la noche para gobernar su familia, distribuyendo a sus domésticos, esposo, hijos y allegados, y luego a sus criados y criadas, las ocupaciones legítimas"⁴¹.

Todas estas virtudes, que se trataba de inculcar a las mujeres, conformaban un "tratado de sabiduría", destinado a capacitarlas para "aceptar con gusto su situación de mansedumbre, administrar con prudencia los recursos que el marido quisiera poner en sus manos, e

³⁸ Leon, fray Luis de, *La perfecta casada*, Editorial Tor S.R.L., Buenos Aires, 1951, p. 40.

³⁹ Arbiol, ob. cit., lib. II, cap. VI, pp. 39 y 58.

⁴⁰ Martín Gaité, ob. cit., p. 29.

⁴¹ Arbiol, ob. cit., p. 58.

inculcar a los hijos la misma dócil aceptación de las normas sociales y morales"⁴².

Aún en pleno siglo XVIII, un periódico de gran circulación en el Río de la Plata, como el *Telégrafo Mercantil*, exigía de la mujer virtuosa, que fuera, además de complaciente con su marido, dulce con sus hijos y bondadosa con sus sirvientes; sin esperar recompensas, ya que éstas eran las llamadas "virtudes oscuras". El verdadero premio, seguía diciendo el autor del artículo del *Telégrafo*, radica en que "están en sus manos los sentimientos religiosos, el amor conyugal, la ternura materna, el orden y la paz interior, el sueño tranquilo, la salud, la economía y la vida sedentaria, alejando de sus habitaciones las pasiones y necesidades"⁴³.

¿Y cómo debía mostrarse ante los demás? Moderada, sencilla, prudente y con entereza, "luz y calor de la familia"; debía evitar los malos pensamientos; honrar a sus suegros, amar a su marido, dirigir su familia, gobernar su casa, y ser ella misma irreprensible⁴⁴.

Los maridos, a su turno, debían ser reposados en el hablar, mansos en la conversación, fieles en lo que se les confiara, prudentes en lo que aconsejaren, diligentes en cuidar su hacienda, sufrir las importunidades de sus mujeres, y celosos en la crianza de sus hijos⁴⁵.

Antonio de Guevara se enrolaba en la posición de aquellos que consideraban que el marido era el que debía procurar el sustento, y la mujer, administrarlo, exigiendo que el varón fuera dádivo; y en definitiva, sosteniendo que el oficio del marido era "ser señor de todo"; y el de la mujer, "dar cuenta de todo"⁴⁶.

II. La inferioridad social y jurídica

El papel que la sociedad de la época le había adjudicado a las mujeres conducía, inevitablemente, a considerarlas inferiores social y jurídicamente. No les cabía más que un papel secundario, sometidas al poder social, económico, cultural y psicológico de los hombres. Tan arraigados estaban los valores a los que nos hemos referido, tan incorporados a su misma esencia, que irremediamente conducían a

⁴² Gonzalbo Aizpuru, ob. cit., p. 206.

⁴³ Mallo, *La mujer rioplatense...*, p. 120.

⁴⁴ Citado por Mallo, *La mujer rioplatense...*

⁴⁵ Guevara, ob. cit., p. 184.

⁴⁶ Guevara, ob. cit., p. 184.

que las mujeres se sintieran incapaces para desenvolverse con seguridad en otro ámbito que no fuera el doméstico⁴⁷.

De soltera, pesaba sobre ella con todo su prestigio solemne, el conjunto de deberes que le imponía la patria potestad; sometida a la autoridad omnímoda de los padres y hermanos; de casada, "entregada por entero al marido", "sin ser nunca propiamente su compañera en la sociedad conyugal, sometiéndose con docilidad indiferente a las decisiones que el marido tomase en los asuntos de trascendencia que afectasen a la vida familiar, y que ni siquiera le eran consultados"⁴⁸. Así lo refería Juan Agustín García, con relación a las habitantes de Buenos Aires de los siglos XVII y XVIII⁴⁹; y un historiador del derecho como Ots Capdequí, analizando su participación en la vida jurídica, no dudó en asignarle un papel secundario⁵⁰.

Otro ejemplo de esta situación de inferioridad social, lo constituye el hecho de que la regulación de una institución tan ligada a la protección de la mujer, como era la dote, fuera un indicio de la "debilidad y del poco vigor o fuerza que, desde el punto de vista jurídico, tenía la mujer en la relación matrimonial"⁵¹.

A dos siglos de aquellas consideraciones, Juan Agustín García creía encontrar el origen de la situación de inferioridad en un resabio del sistema feudal, que sólo estimaba a los que llevaban armas⁵²; mientras que otros autores más modernos, simplemente vieron esta situación como reflejo de toda sociedad tradicional⁵³.

Como consecuencia de su incapacidad jurídica, obviamente, estaba excluida de toda participación en la vida pública.

Las reyertas conyugales eran oportunidad propicia para que los maridos sostuvieran abiertamente la desigualdad entre los sexos, y afirmaran unilateralmente que "el sexo masculino es superior"⁵⁴.

⁴⁷ Vigil, ob. cit., p. 104.

⁴⁸ Ots Capdequí, *Bosquejo...*, p. 175.

⁴⁹ García, Juan Agustín, *La ciudad indiana. Buenos Aires de 1600 hasta mediados del siglo XVIII*, Perrot, Buenos Aires, 1966, p. 67.

⁵⁰ Ots Capdequí, *Bosquejo...*, p. 79.

⁵¹ Seoane, María Isabel, *Historia de la dote en el derecho argentino*, INHID, Buenos Aires, 1982, p. 49. Para el estudio de la situación jurídica de la mujer, ver Ots Capdequí, *Bosquejo...*

⁵² García, ob. cit., p. 67.

⁵³ Kamen, ob. cit., p. 140.

⁵⁴ Archivo General de la Nación (en adelante, AGN), sala IX, Tribunales, legajo 28, expediente 7 (en adelante, solo el número de legajo primero, seguido del número de expediente; todos de sala IX, Tribunales, salvo cuando se lo indique expresamente).

III. El matrimonio como fin

Fray Martín de Córdoba explicaba que el matrimonio o la familia eran la razón primordial de la existencia femenina, al que se accedía luego de haber hecho gala de modestia, piedad, recogimiento, laboriosidad, gracia, elegancia y discreción.

En este sentido, Carmen Martín Gaité opinó que las solteras habían llegado a ser algo muy semejante a "una frágil mercancía", y que "la atención de los padres hacia ellas se resumía en la preocupación por su posible deterioro", hasta el ansiado momento de transferirle a otro dueño aquel "agobio"⁵⁵.

Contraer un matrimonio adecuado y tener hijos era el destino de la inmensa mayoría de las mujeres, constituyendo una especie de "oficio femenino"⁵⁶. Una de las cosas que más deseaban las mujeres, aparte de ser hermosas, era casarse. Antonio de Guevara lo expresaba así: "La mujer hasta verse casada de lo muy profundo del corazón suspira"⁵⁷. La otra salida viable, y no reprobada por la sociedad, única probable cuando se carecía de dote, o no se encontraba un marido acorde con el estado, era la de entrar en un convento, alternativa que con frecuencia podía quedar también frustrada si se carecía de medios económicos⁵⁸.

IV. Los días en el hogar

El hogar era el ámbito ideal para la adquisición y desarrollo de las virtudes femeninas, y el espacio propicio para generar las actitudes que la sociedad esperaba de las mujeres en todos los momentos de su vida: desempeñar tareas domésticas, y ocuparse de la educación y cuidado de los hijos. Así, cumpliría con las tres funciones básicas que le habían sido asignadas: ordenar el trabajo doméstico, perpetuar la especie humana, y satisfacer las necesidades afectivas de su familia⁵⁹.

⁵⁵ Martín Gaité, ob. cit., p. 115.

⁵⁶ Calvo, ob. cit., p. 52.

⁵⁷ Vigil, ob. cit., p. 78.

⁵⁸ Fernández Vargas, Valentina, y López Cordon-Cortezo, María Victoria, *Mujer y régimen jurídico en el Antiguo Régimen: una realidad disociada*. Actas de las IV Jornadas de Investigación Interdisciplinarias. Ordenamiento jurídico y realidad social de las mujeres. Siglos XVI a XX, Madrid, 1986, p. 26; Gonzalbo Aizpuru y Martín Gaité, ob. cit., pp. 150 y 114 respectivamente.

⁵⁹ Calvo, ob. cit., pp. 45 y 52.

Francisco Antonio de Elizondo, en pleno siglo XVIII, afirmaba que las ocupaciones no se veían continuadas en el "sexo frágil", no por falta de disposición natural, y sí por carecer de la disciplina correspondiente. Agregaba que las leyes prohibían al sexo femenino los cargos y empleos públicos, no por considerarlas incapaces para el desempeño, sino para evitar comprometer su honor y decoro, en la libre comunicación de tantos hombres. Al mismo tiempo, por conceptuarlas más astutas y sagaces que los hombres, les confiaba únicamente el cuidado del gobierno económico de la casa, agregando que al sexo frágil no le eran decentes ciertas ocupaciones o ejercicios del hombre, reservando a las mujeres "la hilaza del lino; el punto de la aguja; la cintería; los encajes; y otras obras menores", con las que "traen igualmente considerables ventajas a sus casas y familias"⁶⁰.

Los días transcurrían en el hogar, cosiendo, bordando y tejiendo en la rueca⁶¹.

En "El sí de las niñas", de Leandro Fernández de Moratín, el anciano Don Diego, deseoso de casarse con una jovencita, le dice a Simón, su criado: "Y sabes lo que es una mujer aprovechada, hacendosa, que sepa cuidar de la casa, economizar, estar en todo". Bordar, coser, leer libros devotos, oír misa y "correr por la huerta detrás de las mariposas, y echar agua en los agujeros de las hormigas, éstas han sido su ocupación y sus diversiones"⁶².

Su ámbito era el hogar, y dentro de sus paredes, podía elegir ser reina o esclava, pensar o no pensar, trascender, o simplemente "pasar". En su interior, sus problemas se limitaban a soportar la indiscutible autoridad de sus maridos, conseguir por medio de astucias femeninas y gracias, que les dieran el dinero necesario para su vestuario, adorno y caprichos, y vigilar el comportamiento de los restantes miembros de la familia y criados a su servicio. "Con ello cumplirían su misión de encantadoras esposas, y celosas guardianas del prestigio y decoro familiar"⁶³.

Una concepción heredada del Medioevo la mantenía en un aislamiento casi absoluto: salía de su casa raras veces, casi exclusivamente

⁶⁰ Elizondo, Francisco Antonio de, *Práctica Universal Forense*, Joachin Ibarra. *Impresos de Cámara de Su Majestad*, Madrid, 774, t. 8, pp. 98/99.

⁶¹ Bustillo, ob. cit., p. 54.

⁶² Moratín, Leandro Fernández de, *El sí de las niñas*, Ediciones Colihue, Buenos Aires, 1991, pp. 37 y 40.

⁶³ Gonzalbo Aizpuru, ob. cit., p. 206.

a la iglesia y las visitas, las que se encontraban sometidas a un ceremonial estricto⁶⁴.

Dentro de su casa, la mujer casada podía dar fiestas y recibir visitas, teniendo siempre presente que su obligación de buena cristiana estaba reñida con las "frivolidades en uso", y la inclinaba a ocupar sus manos en labores destinadas al adorno de las iglesias, la administración de la casa, y a utilizar la limosna para lograr la perfección de su vida de cristiana⁶⁵.

Contraer matrimonio, aquella unánime aspiración de todas las mujeres, deparaba dos alternativas: para las más modestas, solo significaba "nuevos pisos que barrer, ropa que lavar y tortillas que amasar y calentar"; mientras que entre las familias acomodadas, las mujeres disponían de servidumbre, alimentos almacenados y casas confortables. En consecuencia, sus salidas debían limitarse a lo necesario para el cumplimiento de sus devociones⁶⁶. La mujer de buena posición económica ni siquiera debía salir de su hogar para hacer las compras diarias, las que eran efectuadas por medio de esclavos, y si deseaba adquirir ropa, se valía de mercachifles que le llevaban la mercadería a su casa, evitándole que debiera concurrir personalmente a las tiendas de la ciudad⁶⁷.

En su casa, formaba un mundo propio del que saldría muy raramente; parte de ese mundo solían ser algunas reliquias de su vida de soltera —trajes, joyas, muebles, esclavos— que mediante la dote pasaban de su antigua morada a su nuevo hogar; parte estaba constituida por los muebles que el marido ponía a su servicio para su uso y regalo⁶⁸. Era la cabeza y administradora de su casa, familia y estancia, y guardiana de todas las cosas que contenía⁶⁹.

Consecuentemente con la idea de que el contacto con hombres podía contaminarlas, y echar a perder su honor, se sostenía que las mujeres no podían salir a las calles sin estar acompañadas al menos por un sirviente: "el que anduvieran solas era señal de que eran extremadamente pobres, o se dedicaban a la prostitución"⁷⁰.

⁶⁴ Salas, Horacio, *La España Barroca. La Historia Informal*, Altalena, Madrid, 1978, pp. 25 y 26.

⁶⁵ Gonzalbo Aizpuru, ob. cit., p. 53.

⁶⁶ Gonzalbo Aizpuru, ob. cit., p. 206.

⁶⁷ Mariluz Urquijo, José M., *El horizonte femenino porteño de mediados del setecientos*, Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 1988, p. 601.

⁶⁸ Mariluz Urquijo, ob. cit., en nota anterior, p. 60.

⁶⁹ Kagan, Richard L., *Lawsuits and Litigants in Castille. 1500-1700*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1981, p. 181.

⁷⁰ Socolow, *Cónyuges...*, p. 249, Domínguez Ortiz, ob. cit., p. 322.

La vida de las mujeres de clases acomodadas transcurría entre puntada y puntada, con varias horas disponibles, y tal vez la lectura de algún libro, siempre que no pasase los límites de la distracción: padres y maridos no eran amigos de escuchar disertaciones filosóficas en boca de las mujeres de la casa, y mucho menos, cuando ellos mismos no alcanzaban un nivel cultural muy elevado⁷¹.

Así, en este ambiente de "tediosa languidez", lavando ropa, curando, limpiando y haciéndoles de comer a los hombres de la casa, las más pobres; desechadas las preocupaciones intelectuales, la mujer se limitaba a recibir visitas de amigas al atardecer, y "rezar el rosario en torno a la mesa familiar"⁷².

V. ¿Aburrimiento o diversión?

Conforme con los rígidos preceptos de la época, la mujer debía evitar las fiestas, los bailes, demasiados amigos, gasto excesivo en ropas para salir a pasear, y comportamiento frívolo con hombres jóvenes. Se les permitía diversión honesta en casa, tal como lectura de buena literatura, opúsculos religiosos, música y oración⁷³.

El ocio era considerado un enemigo de la virtud de la mujer casada, y se aconsejaba evitar los malos pensamientos, hilando, tejiendo, cosiendo y bordando, contribuyendo así al comer y al vestir⁷⁴. La ociosidad en las mujeres era considerada como el principio de la liviandad, de la deshonestidad, de los deseos inconfesables y de los contubernios⁷⁵.

Las diatribas contra el ocio femenino estaban fundadas en la sospecha de los moralistas —custodios, junto con los padres y los maridos, de la conducta femenina— de que las mujeres encerradas se aburrían, y que este aburrimiento, "incubándose y agriándose un día tras otro", podía llegar a acarrear males imprevisibles.

Las mujeres españolas, "una vez deslumbradas por el incienso del galanteo", pasaban, a través del matrimonio, "de ser reinas por quienes se hacen coplas y se cruzan aceros, a recluirse en un mundo donde ningún extraño penetraba y a convertirse en matronas oscuras

⁷¹ Gonzalbo Aizpuru, ob. cit., p. 200.

⁷² Ots Capdequí, *Bosquejo...*, p. 175.

⁷³ Lavrin, *La mujer...*, p. 123.

⁷⁴ Mallo, *La mujer rioplatense...*, p. 121.

⁷⁵ Vigil, ob. cit., p. 115.

y virtuosas que tenían por delante —dada la edad juvenil en que el matrimonio solía contraerse— mucho más de media vida, para rumiar en soledad el recuerdo de aquellos homenajes a su belleza y posiblemente para comprobar su fraude"⁷⁶.

Los maridos les procuraban todas las comodidades, les amueblaban recintos acolchados y silenciosos, dignos de la condición de ellas, pero sobre aquellas mujeres, sentadas allí entre terciopelos, rodeadas de sus criadas, entregadas a labores de aguja, "empezaba a correr, desde la fecha de su boda, un tiempo muerto que las envejecía, que las iba desligando de un modo cada vez más irremisible, de todo propósito de participación en la vida"⁷⁷.

Las formas de escapar de la casa que tenían las mujeres "respetables", eran las misas, las devociones a los santos, las procesiones, las fiestas religiosas, y las que contaban con maridos liberales, las visitas a los domicilios de las amigas.

Mariló Vigil sostuvo que los moralistas se oponían a las "meriendas de mujeres", porque en las mismas, ellas adquirían "conciencia grupal"⁷⁸. Las mujeres de los sectores altos también podían asistir al teatro⁷⁹.

Desde el expediente, un marido deseoso de ganarse el afecto de su joven esposa le aconsejaba: "procura divertirme y no tomarte las pensiones de señora casada que suelen observar en ausencia del marido"⁸⁰; y un autor del siglo XVIII apuntaba: "Bien me hago cargo de que la mujer, destinada según nuestras costumbres a ser guardiana de la habitación la mayor parte del día, necesita tener gentes con quienes pueda explayar su ánimo en los ratos que la dejan libre los cuidados domésticos"⁸¹.

⁷⁶ Martín Gaité, ob. cit., p. 28.

⁷⁷ Martín Gaité, ob. cit., p. 27.

⁷⁸ Vigil, ob. cit., p. 157.

⁷⁹ Mallo, *La mujer rioplatense...*, p. 127.

⁸⁰ Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires, en adelante AHPBA, expediente 5-2-9-15-17.

⁸¹ Martín Gaité, ob. cit., p. 25.

VI. El ajuste entre el comportamiento prescrito y el real

Las mujeres de "carne y hueso". Una cuestión de imagen

¿Respondían las mujeres españolas e indianas, a este ideal femenino, estatuido por la teología moral, la literatura, el derecho, y la tradición oral? ¿Repetían día a día los modelos de doncella, casada, y viuda que les habían sido impuestos por generaciones enteras de hombres y mujeres, limitados a sostener siempre los mismos esquemas? ¿Era fácil ser, minuto a minuto, hora a hora, una humilde Sara o Ester? ¿Podían dejar que pasaran los días y los meses, puntada tras puntada, rezando padrenuestros y leyendo libros devotos? Francisco de Quevedo había trazado, en pocas palabras, el retrato de la mujer perfecta, el justo medio entre la virgen y la pecadora, el equilibrio entre María y Magdalena, el límite entre la ignorante y la "bachillera": "Desearé, precisamente, que sea noble y virtuosa y entendida, porque necia no sabrá conservar ni usar estas dos cosas. En la nobleza quiero la igualdad. La virtud que sea de mujer casada, y no de ermitaño, ni de beata ni religiosa; su coro y oratorio ha de ser su obligación. Y si hubiese de ser entendida, con resabios de catedrático, más la quiero necia; que es más fácil sufrir lo que uno no sabe, que padecer lo que se presume"⁸². A la mujer la quería noble y virtuosa, pero no tanto; culta, pero no demasiado.

Los modelos que mediante el vehículo de la literatura o de la oratoria sagrada les habían sido propuestos con uniformidad desesperante como espejo rector de su conducta, "no les ofrecían más alternativa, que la de aburrirse o pecar"⁸³. Además, aquellas mujeres que hubieran aparecido de antemano como sumisas a sus maridos, no hubieran sido socialmente valoradas, ni siquiera hubieran sido respetadas por ellos.

Mariló Vigil ha afirmado que "el modelo de perfecta casada que defendían los moralistas no funcionaba en la sociedad española", agregando "no es que los hombres no quisieran dominar a sus esposas, pero no deseaban que fuera tan fácil". A los hombres, tal como observaba Francisco de Villalobos, les gustaba mandar, pero después de vencer una buena guerra⁸⁴.

⁸² Quevedo, Francisco de, *Carta a la Condesa de Olivares*, citado por Gonzalbo Aizpuru, ob. cit., p. 27.

⁸³ Martín Gaité, ob. cit., p. 26.

⁸⁴ Vigil, ob. cit., p. 99.

No obstante las leyes y normas morales que imponían la obligación femenina de someterse al marido, esta se rebelaba y no aceptaba sin quejas el papel que se le había asignado. Lo propio ocurría con los hombres, que no siempre estaban dispuestos a ser responsables de la conducta de ellas. Refiriéndose a las porteñas del siglo XVIII y primera mitad del XIX, Silvia Mallo ha encontrado otros indicios que no le permiten considerarlas "sumisas, estáticas y recluidas"⁸⁵.

No todos los autores están de acuerdo, y algunos han opinado en el sentido de que, a pesar de la existencia de mujeres enérgicas y activas, en conjunto, estas raramente cuestionaron los papeles que se les había asignado en la sociedad, como esposas y como madres⁸⁶. Si bien es cierto que, desde la *praxis* judicial, se nos presentaban mujeres que enfrentaban a los hombres, y en algunos casos, desplazaban las expectativas tradicionales, asumían actitudes que no eran las típicas, lo hacían dentro de un contexto netamente observante y mantenedor de esos mismos valores. El corrimiento, si es que lo hubo, lo fue desde la conducta desviada, la que no estaba acorde con el sentir general, y de esta forma, era percibido por la mujer o por el hombre que se desviaban. En ningún momento cuestionaron esos mismos valores y más bien, lo único que hacían era intentar justificar el desajuste, en función del modelo propuesto. No vemos en los pleitos entre cónyuges, un cuestionamiento de los roles tradicionales, sino más bien una modificación de las actitudes esperadas, pero adaptada a la realidad de cada uno. Y así, cuando una mujer cuestionaba los malos tratos que le propinaba su marido, no ponía en duda su deber de subordinación, sino que buscaba la justificación de su apartamiento del código moral, sin prescindir de él, y siempre tratando de que encuadrara en el mismo.

Parte del desajuste entre el modelo propuesto, y la negativa a mantenerlo al pie de la letra residía en las dificultades en que generaciones y generaciones de mujeres casadas se habían tenido forzosamente que ver, para poder encuadrar el ideal del "amor exaltado" que le prometían los libros y comedias, con aquel otro bienestar apagado, basado en la obediencia, la posesión segura e inerte en la reclusión⁸⁷. Entonces nacía el deseo de libertad, que crecía día a día, "en lo cerrado, al amparo de horas y horas de ocio, con los ojos fijos en la ventana"⁸⁸. Ya habían advertido los moralistas acerca de los peligros de la

⁸⁵ Mallo, *La mujer rioplatense...*, p. 119.

⁸⁶ Lavrín, *La mujer...*, p. 136.

⁸⁷ Martín Gaité, ob. cit., p. 163.

⁸⁸ Martín Gaité, ob. cit., p. 177.

libertad. Ésta iba de mano de la perdición, de la despreocupación respecto de las cuestiones domésticas, del enfrentamiento de opiniones con sus maridos y del gusto por la diversión.

En pleno siglo XVIII, las disputas conyugales daban cuenta de que los hombres aún esperaban el ajuste entre las conductas de sus mujeres, y los valores femeninos tradicionales; y al mismo tiempo, eran testimonio de que muchas de las expectativas masculinas quedaban en el camino. Así, de tanto en tanto, afloraban amargas reflexiones de quienes no habían podido convivir con los ángeles que las pautas sociales les tenían reservados. "La mujer debe vivir con modestia y recogimiento"⁸⁹, reclamaba algún marido desde el expediente, mientras que otro no se resignaba a que su mujer no fuera el modelo de la esposa de la Biblia⁹⁰, mientras que se consolaba diciendo que la mujer era "frágil".

En una sociedad en la que tenía tanto peso la opinión de los religiosos, plasmada a través de obras morales y confesionarios, se denunciaba la intemperancia y la locuacidad, como los vicios más frecuentes.

La rigidez y la desconfianza, amasadas siglo a siglo, se hacían patentes a la hora de fundar las prerrogativas maritales, para hacer frente a las actitudes contestatarias de sus mujeres; y así incumplir con la obligación conyugal. Es así como brotan de las causas judiciales, afirmaciones acerca de que la mujer no debía salir, de que la que lo hacía "a todas horas" era para dar rienda suelta a sus devaneos⁹¹, que no debía "ir a fandangos y juntas"⁹², y que debía ser separada de toda diversión, y aun de los más lícitos entretenimientos, sin otro objeto que el de "no degradar y vivir una vida tranquila correspondiente al estado de ambos"⁹³.

La realidad mostraba mujeres de los sectores altos que no se resignaban a la reclusión, y que asistían a los teatros o a las visitas, mientras que las mujeres de los sectores medios y bajos, además de participar en "fandangos", jugaban a los naipes, incluso por dinero y recibían en sus casas para entretenimientos diversos⁹⁴.

⁸⁹ AHPBA 7-1-34.

⁹⁰ AGN 90-16.

⁹¹ AGN 21-4.

⁹² AGN Tribunal Civil (en adelante TC) Letra M (en adelante solo la letra) n.º 8 (en adelante solo el n.º) 1810-1811.

⁹³ AGN TC "F" 1-18, 1800.

⁹⁴ Mallo, *La mujer rioplatense...*, p. 127.

Al fin y al cabo, tanta presión masculina, tanto encierro, tanta desconfianza generarían en sí mismos el germen de lo que habían querido evitar. Y como aquellos niños a los que, de tanto decirles "no hagas", terminan haciendo precisamente lo contrario, así, a medida que el tiempo avanzaba, las mujeres se hacían, además de "parleras", "ventaneras", "callejeras", "visitadoras", "amigas de fiestas", enemigas de sus propios rincones y de sus casas olvidadas⁹⁵. Las críticas no cesaban: las mujeres eran acusadas de "utilizar artificios mujeriles", de "alborotadoras", revoltosas, "enredistas", de "incomodar con chismes a punto de no haber para ellas, hombres de bien, ni mujer honrada casada ni soltera"⁹⁶.

Los mismos moralistas asistían a la rebeldía que mostraban las mujeres, reaccionando con sorpresa a la vista de aquellas que no solo no se callaban, sino que "aún presumían de ser buenas decididoras"⁹⁷.

Los documentos judiciales nos muestran, sin embargo, que hubo quienes tuvieron que vérselas con mujeres que no encajaban en el tipo prescrito y que fueron protagonistas activas aun dentro de la sociedad patriarcal; que actuaban mucho más cercanas a la realidad; y que opinaban sobre hechos concretos. Aun desde conductas consideradas "desordenadas", se explicaban a sí mismas a través de circunstancias atenuantes, que eran las verdaderas culpables del abandono de las normas⁹⁸. Las fuentes coinciden en mostrarnos a una mujer que escapaba al rol que le correspondía según el orden establecido y que evidenciaba "falta de recato", gusto por las diversiones y "tendencia a la libertad". No estaba enteramente sojuzgada y sometida, y defendía el papel que creía era el que le correspondía⁹⁹.

¿Y qué pensaban los contemporáneos —hombres y mujeres— de la vida que llevaba el sexo femenino? ¿Qué imagen recibían aquellos que las veían —o no— asumir su rol de esposas sometidas, sin cuestionar —o tal vez sí— el reparto de tareas que les había tocado en suerte?

Los testimonios de los viajeros por España durante el reinado de Felipe IV decían que allá las mujeres gozaban de una gran libertad de movimientos¹⁰⁰. John Fairburn, quien viajó por la ciudad de Buenos Aires durante el siglo XVIII, recibió esta impresión: "La vida de una

⁹⁵ Vigil, ob. cit., p. 25.

⁹⁶ Mallo, *La mujer rioplatense...*, p. 124.

⁹⁷ Vigil, ob. cit., p. 25.

⁹⁸ Mallo, *La mujer rioplatense...*, p. 131.

⁹⁹ Mallo, *La mujer rioplatense...*, p. 132.

¹⁰⁰ Vigil, ob. cit., p. 29.

mujer que está por encima de la clase media, es una escena continua de indolente monotonía. Ella se consideraría degradada a la más baja categoría si tuviera que considerar por un momento por qué medios podría arreglar más cómodamente una parte de la casa que otra"¹⁰¹.

Horacio Salas ha recogido la opinión de quienes consideraban que las mujeres pasaban su tiempo cuidando de su aspecto, conversando sobre nimiedades, aburridas, sin poder decidir nada por sí mismas, ni leer otro libro que el devocionario, y viviendo exclusivamente para el lujo, la vanidad, el chismorreó y el galanteo más o menos fingido¹⁰².

El viajero francés, Laborde, observaba que la mujer peninsular trabajaba poco y leía menos; la mayoría pasaba su vida en el ocio, en donde gozaba de gran libertad de movimientos, y obtenía, fácilmente, la confianza de sus maridos¹⁰³.

Severos críticos de la conducta femenina eran estos viajeros extranjeros, como Fairburn y Laborde, "desdeñosos o burlones, casi siempre superficiales", según la apreciación de Jean Sarrailh¹⁰⁴. Cabe cuestionar la superficialidad de los comentarios de individuos que tan solo eran circunstanciales testigos de las relaciones entre hombres y mujeres de tierras extrañas, las que ni ellos mismos conocían bien. De esta manera, pasaban por alto formas de vida, sutilezas, modos de ser, que su visión de circunstanciales testigos les hacía perder de vista; y aún las diferencias regionales, a veces imperceptibles para quien está solo de paso.

VII. Los extremos: Las ricas y las pobres

El modelo femenino admitía cierta elasticidad a partir de la clase social a la que se pretendiera aplicarlo. Según el sector al que pertenecía, la mujer era protegida o enteramente vulnerable¹⁰⁵, reprimida o desinhibida.

¹⁰¹ Fairburn, John, *Auténtica e interesante descripción de la ciudad de Buenos Aires*, Anuario de Historia Argentina, Sociedad de Historia Argentina, año 1940, V. 2, p. 574.

¹⁰² Salas, ob. cit., p. 25.

¹⁰³ Cit. por Domínguez Ortiz, en ob. cit., p. 322.

¹⁰⁴ Sarrailh, Jean, *La España ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII*, Fondo de Cultura Económica, México, 1957, p. 12.

¹⁰⁵ Mallo, *La mujer rioplatense...*, p. 118.

En ciertas capas elevadas de las clases urbanas, se llegaba a mayor libertad, e incluso, según Domínguez Ortiz, a "cierta licencia en las costumbres"¹⁰⁶; mientras en las zonas rurales, las mujeres realizaban trabajos varoniles, y los hombres no podían mantener a la mujer segregada, ociosa como objeto de lujo, tal como sucedía en otras economías más ricas; lo que había impedido la aparición de ciertos tabúes, y daba lugar a prácticas que en otros medios escandalizaban¹⁰⁷. El precio que debían pagar los hombres por la ayuda económica de la mujer consistía en aceptar la supervivencia de antiquísimas costumbres que daban más libertad a la mujer, y más naturalidad a sus relaciones con el hombre. La mujer plebeya solía tener mayor libertad que la noble, por moverse en un contexto menos observante de una legalidad opresiva¹⁰⁸. Las mujeres pobres, las campesinas, mozas y sirvientas disponían de libertad de movimientos y relativa independencia, mientras que las señoras debían permanecer en su "dorada jaula", sin más contacto con el exterior, que las visitas de familiares, las salidas a la iglesia, y los "chismorreos domésticos" de sirvientas y esclavos¹⁰⁹.

El problema de los encierros domésticos, según Mariló Vigil, afectó a las mujeres insertas en las clases sociales para las que el "código del honor" era inexcusable: clases urbanas medias y altas; mientras que para las criadas y para todo el "lumpen femenino", aquello, no era aplicable¹¹⁰.

A la luz de los expedientes judiciales, las mujeres de las clases bajas eran el "cúmulo de todas las desviaciones y vicios"¹¹¹.

VIII. Las diferencias en el tiempo y en el lugar

Del siglo XVI al XIX. De España a Indias

Las sociedades de la América española colonial compartieron con España la idea de la debilidad intrínseca del sexo femenino, y heredaron el sistema legal que pretendía proteger a las mujeres de su propia

¹⁰⁶ Domínguez Ortiz, ob. cit., p. 322.

¹⁰⁷ Domínguez Ortiz, ob. cit., p. 322.

¹⁰⁸ Fernández Vargas y otra, ob. cit., p. 58. Mariluz Urquijo en *El horizonte...*, p. 58.

¹⁰⁹ Gonzalbo Aizpuru, ob. cit., p. 53.

¹¹⁰ Vigil, ob. cit., p. 27.

¹¹¹ Mallo, *La mujer rioplatense...*, p. 121.

debilidad, o del abuso de los hombres. Este sistema legal contenía los preceptos restrictivos y protectores que emanaban de los códigos medievales y renacentistas, tales como las Siete Partidas (1265); el Ordenamiento de Alcalá (1348); las Ordenanzas de Castilla (1484) y las Leyes de Toro (1505).

Esta combinación de restricción y protección dio a las mujeres ventajas considerables, aunque el concepto de primacía del hombre sobre la mujer continuó imperando ¹¹².

En los primeros tiempos, era el "principal factor de la fortuna o desgracia del hogar", que cooperaba directamente en casi todas las tareas, aun las más rudas.

La situación cambió luego de superar la época de la conquista. Lejos se estaba ya de aquellos tiempos heroicos, en los que —tal como describía Juan Agustín García a partir de una carta fechada en Asunción en 1556— "todos los trabajos cargaban a las pobres mujeres, así de labarles las ropas, como en curarles, hacerles de comer lo poco que tenían, limpiarlos, hacer sentinela, rondar los fuegos, armar las vallestas, quando algunas vezes los indios venían a dar la guerra" ¹¹³.

Poco tiempo después, superados los primeros años en los que todas las manos eran imprescindibles, en los que los sacrificios se compartían sin distinción de sexos, y en los que hombres y mujeres eran buenos para lo que se ofreciera, las mujeres dejaron de ser para el sexo masculino, elemento esencialísimo de la vida, con cuya actuación era necesario contar para hacer frente a las persistentes dificultades. De esta manera, en las ciudades cada vez más importantes, "la mujer fue la que había sido, lo que seguía siendo en España: un ser apenas con propia personalidad" ¹¹⁴.

De la combinación de las implicaciones positivas y negativas del concepto legal de protección, resultó una mujer colonial que gozaba de un considerable grado de libertad y autoridad. Sin embargo, y a pesar de las pocas vías legales de que disponía la mujer para expresar su disconformidad con el rol que se le había asignado, lo ejerció en contadas oportunidades, cumpliendo sus funciones de madre y esposa, no obstante los vaivenes de su relación con el sexo opuesto.

¹¹² Lavrin, *La mujer...*, p. 114.

¹¹³ García, ob. cit., p. 67.

¹¹⁴ Ots Capdequí, *Bosquejo...*, p. 175.

IX. El honor

Un renglón aparte en el tema de las relaciones entre sexos lo constituye el concepto del honor, valor que, dado el peso que tenía aún en la época de nuestro estudio, no puede considerarse junto con el resto.

La sociedad del siglo XVIII estaba organizada en torno de la familia, su posición social y la preservación del honor ¹¹⁵. El honor era, tal vez, la más distintiva de todas las características culturales españolas ¹¹⁶; y junto con la religiosidad constituyen los pilares básicos de la mentalidad de los españoles ¹¹⁷.

El concepto de honor integraba un complejo código social que establecía los criterios para lograr el respeto en la sociedad española: significaba tanto la estima que una persona tenía por sí misma como la estima en que la sociedad lo tenía ¹¹⁸.

El honor tenía un significado diferente según se tratara de un hombre o de una mujer.

En el primer caso, mantener el honor implicaba "una voluntad de lucha, de usar la fuerza para mantener la reputación propia en contra de quienes la impugnaran". De esta manera, el honor creaba significados importantes para la conducta masculina en el campo de batalla, en el comercio y en otras áreas de la vida.

En el caso de las mujeres, la defensa del honor estaba vinculada con la conducta sexual. Era tan importante para la sociedad de la época que estaba presente en todos los tratados eclesiásticos, especialmente en relación con la virginidad para las solteras y el adulterio, para las casadas ¹¹⁹. Es que existía una expectativa distinta, según el estado civil de la mujer. Para las primeras, una conducta honorable significaba la permanencia en la castidad; para las segundas, la fidelidad.

Entre los moralistas, Antonio de Guevara sostenía, desde sus "Epístolas familiares", que "la mejor dote, la mejor heredad, y la mejor joya que la muger ha de llevar consigo, ha de ser la de la vergüenza" ¹²⁰.

¹¹⁵ Socolow, *Parejas...*

¹¹⁶ Seed, ob. cit., p. 87.

¹¹⁷ Calvo, ob. cit., p. 58.

¹¹⁸ Seed, ob. cit., p. 88.

¹¹⁹ Fernández Vargas y otra, ob. cit., p. 32.

¹²⁰ Arbiol, ob. cit., p. 188 vta.

Era el sentir de la mayoría de los teólogos morales, que la honra de la familia solo dependía de la mujer¹²¹, y que en consecuencia, de la mujer pendía la honra y crédito del varón¹²².

Que las mujeres no tuviesen tratos estrechos con ningún varón, enunciada la prohibición en estos términos literales, era "canción machacona que se les venía repitiendo desde muy atrás a cuantas españolas soñasen con tener reputación de honradas". "Y buena reputación era concepto reñido con el trato estrecho u obediencia estrecha a varón ninguno, excepto al padre en una primera etapa de la vida, y más tarde, a aquel que las leyes de la conveniencia o el azar convirtiesen en señor y esposo"¹²³.

Las relaciones sexuales, antes o fuera del matrimonio, debían permanecer ocultas, ya que, de conocerse, "demolerían el honor de una mujer y su reputación"¹²⁴. Por esta razón, dentro del código español, más importante que la moral privada, era la no trascendencia, y cuando se perdía el honor sexual, la principal respuesta de la sociedad, era cubrir o remediar la pérdida de virtud, tan rápida y silenciosamente como fuera posible¹²⁵.

La virginidad era muy importante dentro de la política de los intereses matrimoniales y familiares, en la medida en que una novia virgen representaba una línea segura de sucesión libre de indeseables "manchas"¹²⁶. Tal vez, haya sido por eso, que se ha afirmado que arriesgaba mucho más una soltera que una casada¹²⁷.

Antonio de Guevara, decía: "Cada vez que la doncella sale de la casa, pone en el peso de las lenguas su hermosura, su crianza, su sabor y su bondad... que no hay cosa en el mundo tan tierna ni tan delicada ni tan frágil como es la honra y la reputación de una muger, en tanto grado que parece estar colgando de un cabello"¹²⁸.

Para las casadas, la fidelidad y una vida de recogimiento eran las virtudes que salvaguardaban el honor de una esposa¹²⁹. En este caso, el honor era sinónimo de fidelidad, término que era entendido tan escrupulosamente, que bastaba un mínimo avance en el contacto

¹²¹ Guevara, ob. cit., p. 190.

¹²² Guevara, ob. cit., lib. II, cap. VII.

¹²³ Martín Gaité, ob. cit., p. 9.

¹²⁴ Seed, ob. cit., p. 89.

¹²⁵ Seed, ob. cit., p. 91.

¹²⁶ Lavrin, *Sexualidad y matrimonio en la América hispánica, siglos XVI-XVIII*, Asunción Lavrin coordinadora, Grijalbo, México, 1991, Introducción, p. 24.

¹²⁷ Martín Gaité, ob. cit., p. 135.

¹²⁸ Guevara, ob. cit., p. 190.

¹²⁹ Lavrin, *La mujer...*, p. 25.

intersexual, para comprometer el honor. Cook y Cook han reflejado esa concepción, cuando afirmaron que para la mujer casada, "ser besada por otro hombre era arriesgar, manchar su reputación"¹³⁰.

Al igual que en otros aspectos de las relaciones entre los dos sexos —bastante complejas, como dijimos al principio— se transmitía un doble mensaje: por un lado, el español, y sobre todo el conquistador que llegó a estas tierras, traía consigo un concepto de la mujer como subordinada y como irresponsable; y por el otro lado, "descargaba en ella la responsabilidad agobiante del honor familiar, y precisamente, del honor sexual"¹³¹.

Los pleitos entre cónyuges abundaban en disquisiciones acerca del honor femenino y masculino. A no dudar que mejoraba la condición procesal de la mujer, por ejemplo, alegar que había mantenido siempre su honor con toda integridad¹³²; que había vivido honradamente, "aún en el desamparo"¹³³; y que su mayor satisfacción era su honor y reputación¹³⁴. No cabían dudas de que la conducta de la mujer casada debía estar libre de toda sospecha¹³⁵.

Más de una esposa se quejaba amargamente de que el marido comprometía su estimación y honradez, "para con todo el pueblo"¹³⁶; y aún preocupaba a la esposa, el hecho de que el marido vulnerara su fama y su nombre "en los mismos magistrados"¹³⁷; y hasta alguna iba más allá en su descripción de los ámbitos donde se difundía su reputación de adúltera: "en el foro, en las plazas, y hasta dentro de las paredes de su casa, llamando a sus hijos y domésticos para que escuchasen las mismas liviandades"¹³⁸. Constituía una afrenta mayor, que los actos conceptuados como lascivos para el honor, trascendieran¹³⁹.

A su turno, estaban aquellos que, conscientes del perjuicio que les irrogaría la propagación de la pérdida del honor de sus esposas, afirmaban que cuidaban el honor de ellas, sin querer dar a luz las

¹³⁰ Cook y Cook, ob. cit., p. 32.

¹³¹ Giraud, Francois, "De las problemáticas europeas al caso novohispano. Apuntes para la historia de la familia mexicana", en *Familia y sexualidad en Nueva España*, sep. 80, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1982, p. 75.

¹³² AGN "G" 15-9.

¹³³ AGN 90-16.

¹³⁴ AGN B7-20.

¹³⁵ AGN TC "C" 1802.

¹³⁶ AHPBA 7-5-13-6.

¹³⁷ AGN TC C1 1800-1801.

¹³⁸ AHPBA 5-2-22-1.

¹³⁹ AHPBA 5-5-78-9; TC "G" 1 1802; AHPBA 5-2-17.

infidelidades de sus esposas, que "ceden en total destrucción de su honor"¹⁴⁰.

Se daba por sentado que las mujeres tenían menos resistencia a la tentación, que eran seres menos racionales, más violentos y más emocionales que los hombres. Mientras, por un lado, debían preservar su pureza y virginidad hasta llegar al matrimonio, y mantenerse fieles a sus maridos después del mismo, ellos debían proteger el honor de sus mujeres en el hogar, puesto que el suyo propio estaba en juego si ellas flaqueaban.

En este tácito compromiso de proteger mutuamente el honor, "el elemento masculino tenía prerrogativas especiales que le permitían romper fuera de la casa, las normas establecidas dentro de la misma, y según esta doble moral, se hizo más fácil al hombre entregarse a prácticas que estaban totalmente condenadas para las mujeres"¹⁴¹.

De cualquier manera, en este constante reto, muchos hombres y mujeres no lograron vivir a la altura de las expectativas sociales; y a pesar de que los conceptos de honor, virginidad, fidelidad y discreción, resistieron tenazmente el paso de los siglos, durante el XVIII, de hecho, el código del honor estaba de "capa caída", al compás de los nuevos valores que impusieron los Borbones, en España primero, y aquellos que se trasladaron luego a la sociedad colonial¹⁴².

X. El trabajo de la mujer

No todas las mujeres podían responder al modelo propuesto de esposa limitada, únicamente, a las actividades domésticas y aislada del mundo exterior. Las limitaciones económicas, muchas veces, las obligaban a salir de las paredes de su hogar para ayudar a su mantenimiento. Y entonces, a pesar de que el derecho las consideraba incapaces de realizar los trabajos que le correspondían al hombre, y que la vida misma no las había destinado a ponerse a la altura de ellos, muchas veces, debían prepararse para ejercer los mismos penosos oficios que el varón¹⁴³.

¹⁴⁰ AHPBA 7-5-12-8.

¹⁴¹ Lavrin, *La mujer...*, p. 117.

¹⁴² Martín Gaité, ob. cit., pp. 156 y 158 y Seed, ob. cit., 289 y 291.

¹⁴³ Gómez Cepeda, Paloma, "La situación jurídica de la mujer en España durante el Antiguo Régimen liberal", en *Actas de las IV Jornadas de Investigación Interdisciplinarias*, p. 182.

Elizondo, tan estricto en el tema de las diferencias sexuales, admitía que las mujeres pobres —llamadas por el mundo, según él, "de baja esfera"— se veían iguales en el trabajo, a sus maridos, y podían emplear la fuerza en rústicos ejercicios, "dando alivio a aquellos en sus artes y oficios", sin faltar a la educación y crianza de los hijos, al cuidado de la casa, y a la conservación de los haberes domésticos"¹⁴⁴. Demasiadas obligaciones para un sexo contra el que se inclinaba la balanza para un solo lado, en un contexto en el que se le aconsejaba al hombre "que considerara prudente su dignidad, y se compadeciera de su mujer", "por su natural imbecilidad y flaqueza"¹⁴⁵.

Sin embargo, recientes investigaciones nos han demostrado que "ya se hable de roles de hacendados, comerciantes o burócratas, las mujeres eran fundamentales para consolidar y transmitir las empresas económicas y mantener las redes de relaciones sociales"¹⁴⁶.

La relación entre la mujer y el trabajo en el sector alto de la población ha sido considerada nula, mientras que, según Silvia Mallo, se ensancharía entre las mujeres del sector medio y bajo¹⁴⁷. En estos sectores colaboraban en la manutención del hogar, o lo mantenían ellas mismas, según la declaración de los propios maridos. Al mismo tiempo, estaban las que trabajaban no solo para mantener el hogar, sino también porque ambicionaban una vida mejor, y se sentían capaces de lograrla.

Mientras más abajo en la escala social estaba situada la mujer, más trabajaba. Para los artesanos, las mujeres y los niños prestaban una importantísima ayuda en la producción y venta de productos¹⁴⁸.

Las actividades de las mujeres variaban según el grupo étnico y social al que pertenecían, siendo algunas de estas consideradas más apropiadas para las mujeres blancas, urbanas y no acaudaladas, y otras más comúnmente realizadas por indias, castas o negras.

¿A qué se dedicaban, en general, las mujeres? Ejercían los llamados "trabajos mujeriles": maestras, parteras, lavanderas, y planchadoras.

Puede afirmarse que, sea como fuere, en el siglo XVIII y principios del XIX, la esposa de la clase baja manejaba la economía doméstica, era responsable del gasto mancomunado de la familia. En tales circunstancias, "sin importar las teorías legales o morales de la época,

¹⁴⁴ Elizondo, ob. cit., t. 8, pp. 98/99.

¹⁴⁵ Guevara, Antonio de, y Talavera, fray Hernando de, ob. cit.

¹⁴⁶ Hoberman, Louisa, *Ciudades y sociedad...*, Conclusión, p. 374.

¹⁴⁷ Mallo, *La mujer rioplatense...*, p. 118.

¹⁴⁸ Hoberman, ob. cit., p. 374.

y sin tomar en cuenta cómo la trataba el esposo en términos de posición o respeto, por lo menos la esposa era un importante recurso económico¹⁴⁹. Entre las españolas americanas había quienes administraban pulperías y vendían tripas y carne¹⁵⁰.

Cristóbal de Aguilar mostraba mujeres preocupadas por ser útiles; y desde la familia, el bienestar económico no parecía depender únicamente del trabajo masculino, ya que se daban situaciones en las que la mujer ayudaba con su trabajo manual, actitud esta no solo aceptada, sino aun ensalzada por algún personaje femenino¹⁵¹.

Las mujeres se dedicaban a los oficios textiles —tejedoras de seda, algodón y lana—, elaboración de dulces y pastas, y al vestido —fabricación de sombreros, cinturones y peines—¹⁵².

Las criollas y mestizas, a menudo, estaban ocupadas en la administración de pequeñas tiendas, como propietarias; o atendían los establecimientos de sus cónyuges. La administración de estancias y haciendas pequeñas era menos común, pero desde el siglo XVI en adelante, esta era llevada a cabo por mujeres de todos los grupos étnicos, que carecían de parientes varones¹⁵³. Las mujeres de estancieros gobernaban a todo un grupo de esclavos en el campo y en la ciudad; y cuando el marido no administraba los bienes conforme a su criterio, discutían su manejo¹⁵⁴.

A medida que el trabajo institucional fue dominado por los gremios, las mujeres de las clases no privilegiadas no dejaron de trabajar, pero buscaron vías alternativas fuera del control institucional, extendiéndose el trabajo a domicilio en el siglo XVII, y difundiéndose aún más en el XVIII¹⁵⁵.

La participación de las mujeres en el trabajo contribuyó, según algunos autores, a fomentar su individualismo, otorgándoles un liderazgo de orden práctico en el ámbito de la familia¹⁵⁶.

Desde el foro, se sostenía que era tarea de la mujer conservar los bienes de fortuna que había adquirido su marido, y aumentarlos¹⁵⁷. A

¹⁴⁹ Stone, ob. cit., p. 114. Aunque este autor realizó su trabajo tomando como ámbito geográfico la Inglaterra de los siglos XVI a XIX, creemos que es aplicable a nuestra realidad colonial.

¹⁵⁰ Socolow, *Cónyuges...*, p. 249.

¹⁵¹ Serrano Redonnet y otra, ob. cit., p. 164.

¹⁵² Johnson, ob. cit., p. 227.

¹⁵³ Lavrin, *La mujer...*, p. 116; y Hoberman, ob. cit., p. 374.

¹⁵⁴ Mallo, *La mujer rioplatense...*

¹⁵⁵ De Vega, Eulalia de, *La mujer en la historia*, Biblioteca Básica de Historia, Monografías, Anaya, 1992, Madrid, pp. 30 y 32.

¹⁵⁶ Kamen, ob. cit., p. 142.

¹⁵⁷ AHPBA 5-2-9-17.

su tiempo, las esposas que se consideraban ejemplares, alegaban que ayudaban a sus maridos a hacer algunos ahorros y sostener las cargas del matrimonio¹⁵⁸.

XI. La educación femenina

La educación femenina en España, y luego en la América española estaba enderezada a reforzar el papel de la mujer como candidata para el matrimonio, como esposa y como madre.

Se impone distinguir entre educación formal —instrucción metódica, impartida por un profesor en una escuela—; y educación informal —preparación general para una vida adulta, impartida en el hogar—¹⁵⁹.

Todas las mujeres recibían alguna clase de educación informal durante su infancia y pubertad, destinada a su preparación para los tradicionales papeles de esposas y madres; y también, según su condición, ya que “la clase a la que pertenecía determinaba importantes diferencias en cuanto a conductas y expectativas”¹⁶⁰.

La crianza de una mujer consistía, fundamentalmente, en instruir-la en los “ejercicios de honestidad” propios de su sexo y en proporcionarle los principios de recato para su colocación matrimonial¹⁶¹.

Consecuentemente, recibía una educación que apenas superaba las llamadas “artes femeninas”: la cocina y el bordado¹⁶². Esta instrucción, por su carácter elemental, no contradecía el mantenimiento del papel tradicional de la mujer, sino que incluso podía mejorar su tarea como educadora de los hijos¹⁶³.

El deseo de cualquier padre de familia era facilitar a los hijos la asimilación a su sociedad. La actitud respecto de las mujeres era similar, porque eran consideradas de acuerdo con las antiguas valoraciones y las inmediatas necesidades¹⁶⁴. Se reconocía la importancia de que aprendieran a leer, además de ejercitarse en labores manuales y

¹⁵⁸ AGN TC “F” 1-18 1800.

¹⁵⁹ Lavrin, *La mujer...*, p. 123.

¹⁶⁰ Lavrin, *La mujer...*, p. 123.

¹⁶¹ Mallo, *La mujer rioplatense...*

¹⁶² Lavrin, “Religiosas”, en *Ciudades y Sociedad en Latinoamérica colonial*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1992, p. 201.

¹⁶³ De Vega, ob. cit., p. 67.

¹⁶⁴ Gonzalbo Aizpuru, ob. cit., p. 9.

virtudes cristianas¹⁶⁵. Esto era lo que una madre consideraba una buena crianza para su hija de corta edad, y como ejemplo de las prioridades en materia de educación femenina, entre nosotros, escuchamos estas palabras en boca de una progenitora: "En el Tucumán hay buena crianza en las gentes, mayormente en las mujeres, porque luego que aprenden el rezo, y todo lo que es de religión, les aplican al trabajo del hilado y tejido; y demás que deben saber las mujeres por si llegasen a tomar estado"¹⁶⁶.

Una costumbre que disgustaba a los moralistas era el aprendizaje por parte de las jóvenes, de danza, canto, o algún instrumento¹⁶⁷. Sin embargo, estas aptitudes llegaron a considerarse por algunos, como atributos unidos a la esencia femenina y "capaces de sustituir y desplazar a los tradicionales méritos de economía y aplicación al hogar", ensalzados por fray Luis de León como virtudes de la mujer fuerte¹⁶⁸.

Todas las mujeres, españolas, indias, negras, etc., aprendían en sus hogares las tareas que habrían de desempeñar en su madurez. Las indígenas aprendían las labores del campo, hilado, tejido, comercio local y tareas domésticas.

Más allá de esta educación informal, según Martín Gaité, "las mujeres no estaban preparadas para conversar, ni siquiera de amores, porque nadie les había enseñado nada"¹⁶⁹. Mme. D'Aulnoy, una viajera francesa que visitó España en el siglo XVII, decía que allí las mujeres "leían poco y escribían menos"¹⁷⁰.

Entre nosotros, todavía a principios del siglo XIX, el editor del periódico "El Telégrafo Mercantil", sostenía que los periódicos cortos y entretenidos iban dirigidos a los artesanos, a la mujer y al niño, "por no ser éstos capaces de leer un libro de volumen"¹⁷¹.

La mayoría de las mujeres que intervinieron en los pleitos de familia eran analfabetas, lo que les impedía aún firmar sus escritos. Entre estas páginas atascadas de reclamos y protestas de maridos y esposas, un cónyuge enamorado escribía a su mujer: "Si no sabes escribir, pro-

¹⁶⁵ Seoane, María Isabel, "Instituciones protectoras del menor en el derecho argentino precodificado, 1800 a 1870", en RHD n.º 7, INHID, Bs. As., 1980, p. 194. En el mismo sentido Martín Gaité, ob. cit., p. 262.

¹⁶⁶ Seoane, *Historia de la dote...*, p. 194.

¹⁶⁷ Soto, Juan de; Andrade, Alonso de, y Astete, Gaspar de, cit. por Vigil, en ob. cit., p. 57.

¹⁶⁸ Martín Gaité, ob. cit., p. 42.

¹⁶⁹ Martín Gaité, ob. cit., p. 241.

¹⁷⁰ Vigil, ob. cit., p. 50.

¹⁷¹ Mallo, *La mujer rioplatense...*, p. 120.

cura aprender, aunque no sea sino firmar"¹⁷². Se conformaba con poco, quien no esperaba de su esposa más que acatar los valores que la sociedad le imponía: alfabeta, pero no tanto; instruida, pero no erudita.

Las mujeres, ante las acusaciones de los hombres, pedían que las educasen, defendiéndose, y señalando dos culpables: los hombres y la falta de educación¹⁷³.

Sin embargo, las ciudades coloniales no fueron campo propicio para el desarrollo de una elite femenina culta, ya que la mayoría de las mujeres laicas eran analfabetas y muy pocas eran "capaces de leer otra cosa que el catecismo". Casi ninguna podía escribir algo más difícil que una carta breve, "con mala caligrafía"¹⁷⁴.

Las mujeres de las clases sociales elevadas eran consideradas, principalmente, como "insignificantes devotas", como filántropas con escasas funciones económicas o sociales, o como un pequeño número de monjas excepcionales, dándose por sentado que las mujeres pobres solo hacían tareas manuales¹⁷⁵.

Las jóvenes de las ciudades, con algunos bienes de fortuna, estudiaban en las escuelas de "amiga", o en colegios o conventos. Las que profesarían como monjas, recibían una educación más completa.

En las escuelas y colegios, la mayor parte del tiempo, estaba destinado a que las niñas aprendieran labores de costura, tejido, bordado, flores artificiales, etc. Tal como lo ha afirmado Pilar Gonzalbo Aizpuru, a quien seguimos en este tema, "imperaba la educación doméstica, que se transmitía por generaciones, y perpetuaba virtudes, anhelos, frustraciones y perjuicios"¹⁷⁶.

La generalidad de las mujeres de la Colonia, fueran esclavas o libres, blancas, castas o mestizas, aspiraban a poco más que una educación informal, y algún conocimiento rudimentario de los principios del catolicismo, con énfasis en la preservación del honor y en los modelos femeninos de conducta. Las jóvenes que recibían esta educación, fuera en casa o en conventos y escuelas, pertenecían a la elite¹⁷⁷.

Las "amigas" eran matronas o beatas que reunían en sus casas a grupos de niñas a las cuales atendían en su formación cultural¹⁷⁸.

¹⁷² AHPBA 5-2-9-17.

¹⁷³ Mallo, *La mujer rioplatense...*, pp. 122/123.

¹⁷⁴ Lavrin, *Religiosas...*, p. 201.

¹⁷⁵ Hoberman, ob. cit., *Conclusión*, p. 374.

¹⁷⁶ Gonzalbo Aizpuru, ob. cit., p. 61.

¹⁷⁷ Lavrin, *La mujer...*, p. 124.

¹⁷⁸ Molina, Raúl, "La educación de la mujer en el siglo XVII y comienzo del siguiente. La influencia de la beata española Doña Marina de Escobar", en *Historia*, n.º 5, p. 11.

Alrededor de los diez años era cuando debían dejar de asistir a la escuela de "amiga": se consideraba que las niñas habían abandonado la infancia, y más allá de esta edad, se estimaba peligroso que se ausentasen de sus casas algunas horas¹⁷⁹. Desde esta edad, hasta los 20 o los 25 años, que era el momento apropiado para contraer matrimonio, su actividad se orientaba hacia el ejercicio de las habilidades propias de una buena esposa¹⁸⁰.

A partir de los diez años, las niñas concurrían a los "colegios", que no dependían de ninguna orden regular, sino de la jerarquía eclesiástica ordinaria, como cualquier otra corporación de carácter benéfico y docente, o directamente de la autoridad virreinal.

Los colegios femeninos siguieron el modelo de los beaterios, donde, además de ocuparse de ejercicios de piedad y vida de penitencia, se tomaba a cargo la educación de niñas y jóvenes a quienes se recibía como internas para darles instrucción en doctrina cristiana y labores femeninas.

En definitiva, todas: nanas, "amigas", madres y maestras, mediante prudentes consejos de sabiduría popular, orientaban a las jóvenes respecto de lo que debían hacer para lograr un buen matrimonio¹⁸¹.

Las bases de la educación de la mujer habían sido trazadas en el siglo XVI como parte de la transferencia de la cultura española a las colonias. En España, la educación de la mujer perteneciente a la clase alta no fue desaprobada mientras permaneciera como una virtud discreta, no para ser ostentada ante la sociedad, y preparar a las mujeres para su destino biológico.

Los hombres las querían madres y esposas, no "bachilleras". La literatura del Siglo de Oro se había hecho eco de estas inquietudes, y entre los escritores, Lope de Vega tuvo muy en claro que las mujeres instruidas dificultaban el control ejercido sobre ellas. En "La boba para otros y discreta para sí", afirmaba:

Más la quiero boba a Diana
con aquel simple sentido
que bachillera a Teodora;
pues un filósofo dijo
que las mujeres casadas

¹⁷⁹ Gonzalbo Aizpuru, ob. cit., p. 23.

¹⁸⁰ Gonzalbo Aizpuru, ob. cit., p. 52.

¹⁸¹ Gonzalbo Aizpuru, ob. cit., p. 206.

eran el mayor castigo
cuando, soberbias de ingenio,
gobernaban a sus maridos.
Lo que ha de saber es sólo
parir y criar sus hijos¹⁸².

Y ya sabemos lo que pensaba Francisco de Quevedo sobre la mujer leída.

En Indias, una minoría de las mujeres escribía bien, leía libros, e incluso, produjo obras literarias. La mayoría de esas mujeres eran monjas.

Los humanistas españoles y europeos destacaron la importancia de la educación como medio de lograr el perfeccionamiento individual y de contribuir a la armonía social. Tomás Moro recomendaba que las mujeres dedicasen al estudio varias horas diarias a lo largo de su vida, y Erasmo de Rotterdam, según Pilar Gonzalbo Aizpuru, el humanista que más influencia tuvo en el pensamiento hispánico, destacó la importancia de la educación en el hogar, y la utilidad del estudio del latín para leer las obras literarias y filosóficas de los mejores autores. El humanista español, Luis Vives, reclamó el derecho a la educación para todos los seres humanos, incluidas las mujeres, proponiendo para ellas un nivel de instrucción más alto del que en su tiempo se acostumbraba, aunque aconsejaba que los varones sensatos y responsables de la familia vigilasen las lecturas de las mujeres de la casa, "claudicando así con su ideal humanista"¹⁸³.

Paralelamente, John Locke adaptó su plan de una educación más académica para las mujeres, a mejorar su capacidad para educar a sus hijos durante los primeros ocho o diez años. Creía que las mujeres debían leer perfectamente el inglés, entender el latín ordinario y la aritmética, y que tuvieran conocimiento general de la cronología y la historia¹⁸⁴.

Las mujeres, por su parte, expresaron sus rebeldías a través de figuras como María de Zayas y Sotomayor, quien en España clamaba contra la injusticia de que a las mujeres no se les dieran estudios¹⁸⁵; y hacia finales del siglo XVIII, doña Josefa Amar y Borbón escribió un libro sobre la educación de la mujer que no difería demasiado de

¹⁸² Vigil, ob. cit., p. 59.

¹⁸³ Gonzalbo Aizpuru, ob. cit., p. 29.

¹⁸⁴ Citado por Stone, en ob. cit., p. 187.

¹⁸⁵ Martín Gaité, ob. cit., p. 245.

las pautas impuestas por los escritores masculinos anteriores. Sin embargo, innovó en cuanto a conceder más crédito a las capacidades intelectuales de la mujer, que el que hasta entonces se le había dado.

Abogaba por una educación más amplia, la cual permitiría a la mujer usar sus habilidades “y de este modo añadir más sentido a su vida”¹⁸⁶. Sin embargo, seguía viendo que el principal papel de la mujer era el de madre y esposa cariñosa. Poco a poco, a lo largo del siglo, se fue abriendo camino la opinión que preconizaba el derecho de la mujer a participar de la Ilustración.

La etapa final en el proceso de desarrollo de la educación femenina fue la aparición a finales del siglo XVIII, de escuelas públicas, apoyadas con recursos municipales o sociedades patrióticas y alentadas por los conceptos educacionales que emanaban de España y de la Ilustración europea. Desde el gobierno, el conde de Campomanes propuso que la mujer debía ser instruida en las artes y oficios como medio para ganarse la vida en ausencia de su marido, y para que contribuyera en el esfuerzo para industrializar España y el Imperio¹⁸⁷.

En el Río de la Plata, la prensa no dejó de hacerse eco del pensamiento humanista, pero aún en 1802, un autor francés, traducido en “El Telégrafo Mercantil, Rural, Político, económico e historiográfico del Río de la Plata”, se preguntaba si la buena educación era necesaria a los hombres, y si sería inútil a un sexo que debía ser el ejemplo y adorno de la sociedad. El mismo autor —Lecrec— no dudaba en afirmar que de cualquier condición que fueran las mujeres merecían una educación tan cuidadosa como los hombres, pero que “en vano las mujeres hacen brillar el valor y el saber, porque nos obstinamos a no reconocer en ellas estas gloriosas cualidades”, concluyendo que las mujeres en su clase, eran “seres tan perfectos como los hombres”¹⁸⁸.

Raúl Molina reaccionó contra la concepción clásica acerca de que la educación de la mujer era muy inferior a la del varón, criticando la opinión de Juan Agustín García en el sentido de que la mujer era un “ser sin otro destino que el matrimonio, o el convento, limitado a su casa, cocina, rodeado de servidumbre, sin conocer otro teatro que la escena familiar, limitado a oficios manuales industrias caseras y confección de vestidos”. Por el contrario, Molina afirmó: “El nivel de la mujer en la educación de las primeras letras estuvo a la misma altura

¹⁸⁶ Martín Gaité, ob. cit., p. 123.

¹⁸⁷ Lavrin, *La mujer...*, p. 126.

¹⁸⁸ Telégrafo, 28-3-1802; t. III, n.º 13.

que el del hombre”, y como ejemplo, destacó la actuación de Francisca de Bocanegra en el Paraguay y de Mariana de Escobar. Contradiciendo a García, sostuvo que la mujer, educada religiosamente en la imitación de sujetos extraordinarios de su sexo, no ignoraba la instrucción escolar, sabía leer y escribir correctamente, agregando que “muchas de ellas poseían hermosa caligrafía”¹⁸⁹. Sin embargo, la mayoría de las mujeres que como partes o testigos, intervinieron en los expedientes compulsados, fueron analfabetas.

A) La educación de indias y mestizas

Tanto la sociedad azteca como la inca eran jerárquicas, y en ambas, la mujer estaba subordinada al hombre, en el estado y en la familia.

El trabajo femenino era reconocido como esencial para la economía doméstica y comunitaria, a pesar de que las mujeres, como en la civilización castellana, eran también educadas en el recato, la fidelidad, la sumisión, la resistencia y la abstinencia¹⁹⁰.

La Corona, por su parte, manifestó desde los primeros tiempos, su preocupación por la educación de origen.

Pilar Gonzalbo Aizpuru menciona la Instrucción del 20 y 29 de mayo de 1503, al gobernador Ovando, en la que los Reyes Católicos le ordenaban que en las poblaciones, y junto a las iglesias, fundara una casa en la que los niños se juntaran dos veces por día para que el capellán les enseñara a leer y escribir y los instruyera en la fe católica.

También en las Leyes de Burgos se estableció que en las tierras descubiertas se procurase agrupar a los indios en poblados próximos a las viviendas de los españoles, y se les proporcionase alimentos, ropa, se les enseñase las costumbres, reglas de moral y textos de catecismo.

Pronto se estableció una diferencia entre la educación que deberían recibir los representantes de los antiguos grupos dominantes de la vieja aristocracia indígena, y la que correspondía a quienes en otro tiempo habían estado sometidos a ellos, y ahora lo estaban al servicio de los españoles.

Para las minorías se proyectó el sistema de colegios en los conventos, mientras que los niños del común recibían instrucción catequística mediante la lectura al aire libre en los atrios de las iglesias.

¹⁸⁹ Molina, Raúl, ob. cit., pp. 129 y 130.

¹⁹⁰ Lavrin, *La mujer...*, pp. 129 y 130.

En el siglo XVII se insistió para que se fundasen casas de recogimiento para hijas de principales, donde debían aprender castellano, idioma que también se enseñaba en las escuelas de todos los pueblos indígenas.

Si bien durante el siglo XVI, caracterizado por un gran fervor misionero, se tendió a la creación de una comunidad cristiana ejemplar, durante las últimas décadas del siglo XVIII se siguió un criterio utilitario que buscaba una formación práctica en las ciencias y técnicas, y una capacitación del hombre y la mujer para un trabajo más productivo. Fue, así, como el centro del interés educativo se desplazó paulatinamente, de la formación religiosa como único bien valioso, hacia la ampliación de estudios prácticos para todos los grupos sociales, y para los dos sexos¹⁹¹. Así, en México, por ejemplo, cuando los misioneros intentaron recluir a las mujeres indígenas en conventos parecidos a escuelas, sus padres se opusieron, ya que tal encierro privaría a sus hijas del aprendizaje que necesitaban para realzar su valor económico, a los ojos de los futuros maridos¹⁹².

B) La educación religiosa

El contenido más importante de la educación de las mujeres lo constituía la absorción de los conocimientos doctrinales, que las encaminaba hacia la vida doméstica y la perpetuación de los valores cristianos que la sociedad estaba interesada en imponer. Sermones, confesiones y celebraciones religiosas afianzaban en las jóvenes los conocimientos doctrinales, y les inculcaban la devoción por los santos, el respeto a los representantes del clero, y la reverencia hacia los símbolos de la fe¹⁹³.

España había dedicado cierta atención a la educación de las mujeres durante los últimos años del siglo XV y comienzos del XVI, pero en la época en que empezaron a desarrollarse los centros urbanos del Nuevo Mundo, dicha tendencia se estaba debilitando en la península¹⁹⁴.

Más allá del aprendizaje de los preceptos religiosos, impuesto a las mujeres, como otros tantos valores juzgados como apetecibles por la sociedad castellano-indiana, hubo un sector de la población feme-

¹⁹¹ Gonzalbo Aizpuru, ob. cit., p. 9.

¹⁹² Lavrin, *La mujer...*, p. 124.

¹⁹³ Gonzalbo Aizpuru, ob. cit., p. 9.

¹⁹⁴ Lavrin, *Religiosas...*, p. 206.

nina que se volcó hacia la vida espiritual, por sentirla como una necesidad, y en algunos casos, como una alternativa.

Hacia el siglo XVI, una de las fuerzas espirituales más importantes dentro de la iglesia española era el recogimiento, el retiro, con el propósito de encontrar a Dios a través de la contemplación mística¹⁹⁵. Esta corriente tuvo gran aceptación entre religiosos y laicos.

Al mismo tiempo, la palabra recogimiento llegó, finalmente, a ser usada, también, para significar un lugar de asilo donde las mujeres podían retirarse en busca de protección física y desarrollo espiritual.

La vida en clausura, probablemente, era la única que permitía pensar, y un relativo encuentro con uno mismo, ofreciendo el medio adecuado de alcanzar "la cumbre intelectual" que pocas otras mujeres jamás pudieran soñar¹⁹⁶.

Los conventos proporcionaban a las monjas un ambiente propio, apartado de la autoridad masculina directa, en el que podían gobernarse a sí mismas, ser creativas a su manera, desarrollar su personalidad, y, en cierta medida, librarse de algunos de los impedimentos que abrumaban a las mujeres de la América colonial. También, eran una vía de integración social, ya que las mujeres adquirían allí una posición social superior a la de la soltera, y equiparable a la categoría de la casada¹⁹⁷.

Entre los muros de los conventos "se gestaron importantes corrientes culturales, sostenidas por los únicos grupos de mujeres educadas que había en las ciudades coloniales"¹⁹⁸.

La vida religiosa ofrecía el ideal de perfección, al que solo una pequeña parte de las mujeres tenía acceso: otras tantas se conformaban con mantenerse célibes, vivir en la proximidad de las monjas, imitar sus devociones, y someterse a la disciplina y el enclaustramiento temporal o indefinido¹⁹⁹.

Mientras la mayoría de las mujeres en la América española contraía matrimonio —o vivía en uniones consensuales—, y criaba a sus hijos, un pequeño grupo optaba por hacerse monja, dedicando su vida a Dios.

No todas podían elegir esta alternativa, ya que la opción solo estaba disponible para aquellas cuyos padres estaban en condiciones económicas de aportar la dote exigida para ingresar en un convento. Estos requerían a las postulantes dotes comparables con las que la mayoría

¹⁹⁵ Lavrin, *Religiosas...*, p. 176.

¹⁹⁶ Lavrin, *La mujer...*, p. 125.

¹⁹⁷ Vigil, ob. cit., p. 211.

¹⁹⁸ Lavrin, *Religiosas...*, p. 200.

¹⁹⁹ Lavrin, *Religiosas...*, p. 200.

de los padres proporcionaba a sus hijas al contraer matrimonio por lo que no era una alternativa fácil para deshacerse de una hija, a bajo precio²⁰⁰.

La vida religiosa, también, era el camino alternativo para aquellas que no deseaban contraer nupcias, que tenían una profunda vocación religiosa, o que apreciaban la relativa independencia que los claustros ofrecían²⁰¹.

El convento era, asimismo, el lugar utilizado por los padres para encerrar a aquellas hijas que debían purgar devaneos sentimentales o aventuras eróticas, constituyéndose, así, en sucedáneo de la prisión²⁰².

Aunque los límites entre colegio y recogimiento nunca estuvieron muy definidos, siempre existió la idea de que el recogimiento podía recibir a mujeres de cualquier edad, mientras que los colegios estaban proyectados para cuidar de las jóvenes, en tanto llegaba el momento en que debía tomar estado²⁰³. El grado de estrictez de las normas, así como la diversidad de objetos perseguidos por el fundador de estos establecimientos dieron por resultado el desarrollo de distintos tipos de refugios: beaterios, recogimientos y orfanatos.

Los beaterios eran asociaciones voluntarias de mujeres piadosas —beatas—, que deseaban llevar una existencia religiosa sin tomar los irrevocables votos exigidos por la vida del convento, especialmente, el voto de clausura perpetua²⁰⁴. Aspiraban a un ideal de vida semejante al de las religiosas, requerían votos simples, y no estaban obligadas a aportar una dote, estando sujetas a la autoridad de la iglesia secular. Los beaterios acostumbraban aceptar niñas para darles instrucción, especialmente en ciudades que no tenían demasiados recursos educativos. Al dedicarse a esta tarea, copiaban las prácticas de los conventos.

Sin embargo, la Ilustración, las revoluciones y las ideas republicanas desafiaron el orden político establecido, y dentro de ese orden, los recogimientos y los conventos, representantes de la vida contemplativa, quedaron desconectados de las nuevas realidades. La consecuencia inevitable de esta transformación fue que "la idea de educar reemplazó a la de la contemplación", como alternativa conveniente para las mujeres; y hacia fines del siglo XIX eran relativamente pocas las que abrazaban la vida religiosa.

²⁰⁰ Lavrin, *La mujer...*, p. 127.

²⁰¹ Lavrin, *La mujer...*, p. 128.

²⁰² Salas, ob. cit., p. 160.

²⁰³ Gonzalbo Aizpuru, ob. cit., p. 153.

²⁰⁴ Lavrin, *Religiosas...*, p. 204.

Los edificios de los conventos, y sus iglesias, quedaron "como testigos de una época en que sus muros definían los límites de un mundo femenino muy especial dentro de las ciudades de la América española"²⁰⁵.

²⁰⁵ Lavrin, *Religiosas...*, p. 208.

Capítulo 4
LA LIBRE ELECCIÓN
MATRIMONIAL

El tema de la elección matrimonial es el punto de partida de este largo camino, en el que hombres y mujeres entrecruzarán sus mutuas exigencias, en torno a la institución conyugal.

Saber si esta elección era o no libre, la trascendencia social de la opción, las presiones familiares, y otras cuantas cuestiones más de las que nos ocuparemos más adelante, son el prisma a través del cual se podrá analizar desde qué postura estos hombres y mujeres se exigían el uno al otro el efectivo cumplimiento de aquellas promesas que se habían hecho ante el altar.

Conocer qué motivos habían llevado a cada una de las partes a contraer matrimonio, nos puede ayudar a entender un poco mejor, desde qué actitud el marido o la mujer estaban dispuestos, o no, a ser deudores o acreedores de las obligaciones conyugales. Tal vez mucho no contribuiría a que uno fuera fiel con el otro, lo respetara, lo asistiera, lo obedeciera, el hecho de no encontrarse a gusto con su compañero, y haber deseado otro destino para sí mismo.

I. Trascendencia social de la institución matrimonial

Elegir consorte debiera ser una decisión en la que únicamente jugaran las inclinaciones personales. Sin embargo a lo largo de la historia, esta experiencia tan íntima se ha visto sujeta al riguroso control religioso y social, a través de una legislación directa o normas sociales restrictivas. Estas "censuras" aparecían como indicadores de que en la formación de la pareja humana y la familia, intervenían factores que iban más allá de una función fisiológica.

Reproducirse y constituir un hogar para la educación de los hijos, ha sido tradicionalmente considerado como el objetivo fundamental de

la unión de los sexos. A pesar de esto, tanto el Estado como la Iglesia, han visto en la institución familiar un medio de socialización de la moral y la política. Relaciones que comenzaron a nivel personal, "maduran hasta convertirse en el núcleo social básico que mantiene las costumbres, el orden, y determinadas tradiciones". De ahí que la identificación y elección de la pareja, y el reconocimiento de dicho compromiso dentro de la relación, tengan más de un significado personal¹.

Aspectos tan íntimos del matrimonio como la elección misma del esposo o esposa, o el tipo de relación establecido entre ellos, se entrelazaban con los intereses más importantes de la Iglesia y del Estado, como el fortalecimiento del orden social a través del control matrimonial, o la protección de la estabilidad del matrimonio cristiano. Visto desde esta perspectiva, el matrimonio era una estructura en la cual convergían aspectos personales, familiares, estatales y canónicos, que eran expresiones de intereses en ocasiones contrarios.

Esta doble lectura acerca de la institución: por un lado, "medio por el cual dos individuos se comprometen en una unión socialmente reconocida", a través de la cual se forman las familias legítimas; por otro, institución que cimienta lazos entre familias ya constituidas, implicó que la elección matrimonial no solamente interesara a los novios, sino que trascendiera a toda la familia, debido al "rol crucial", que jugaba en la estructuración de la sociedad, en la formación de alianzas, y en el entramado de los grupos de parentesco².

II. El amor romántico

Si el matrimonio traía aparejadas consecuencias sociales, económicas, jurídicas y hasta políticas, ¿qué espacio quedaba para las elecciones personales? ¿Podían quienes estaban a punto de dar un paso tan fundamental, y con tales connotaciones, elegir libremente con quién pasarían el resto de sus días?

Durante varios siglos, escritores, teólogos morales y juristas, entre otras figuras de peso, se habían explayado en cuanto a las ventajas y desventajas del amor romántico.

Enrique de Villalobos, autor de una *Suma de Teología Moral y Canónica*, publicada por primera vez en Madrid, en 1622, y reimpresa

¹ Lavrin, *Sexualidad y matrimonio...*, p. 12.

² Socolow, *Parejas...*

trece veces entre esa fecha y 1682³ —lo que da cuenta de su difusión y popularidad— permitía la anulación de los desposorios —aun después de perdida la virginidad— si era muy marcada la desigualdad entre los cónyuges.

Dramaturgos y novelistas del Siglo de Oro, apoyaban el amor como una razón legítima para contraer matrimonio. Lope de Vega en *Enmendar un daño a otro*, Cervantes en *La Galatea*, y teólogos morales, acordes con las definiciones eclesiásticas acerca de la necesidad de ejercer la libre voluntad con respecto al cónyuge, pintaban al amor marital con colores brillantes.

Las obras religiosas y literarias no nos pueden revelar con qué frecuencia las parejas se casaban por amor, pero al caracterizar la deseada relación entre marido y mujer como "la cosa que entre dos casados más se ha de procurar es que se amen mucho", dejan entrever que el amor como base del matrimonio, era un valor apetecido en la época⁴. Uno de los manuales de confesión más usados a mediados del siglo XVII, incluía el amor entre los esposos en la lista de las formas de amor válidas⁵. La mayoría de los moralistas se pronunciaron en este sentido, entre ellos Martín de Torrecilla, Ciriaco Morelli y Antonio Arbiol⁶.

La existencia misma de los juicios de disenso, y la implantación de la Pragmática sobre Matrimonios de hijos de familia de 1776, son un indicador válido de la existencia de cierto grado de independencia personal en los jóvenes, y de una firme voluntad de contraer matrimonio con quienes ellos quisiesen, más allá de los deseos de sus progenitores. La tenacidad con que muchos pretendientes luchaban contra sus padres en estos casos de disenso matrimonial, y las ocasionales cartas de amor incluidas en los expedientes, no dejan lugar a dudas, —según algunos autores—, acerca de la existencia del amor romántico hacia fines del siglo XVIII⁷.

Cristóbal de Aguilar, español residente en Córdoba desde niño, con la experiencia que en achaques matrimoniales le proporcionaba su

³ Lavrin, *Sexualidad y matrimonio...*, p. 18.

⁴ Rodríguez, Juan, *Prudente confesor y resolución de dificultades en la administración del santo sacramento de la penitencia*, Valencia, 1645, citado por Seed, ob. cit., p. 77.

⁵ Se trata del libro de Manuel Rodríguez Lusitano, *Suma de los casos de conciencia*, Salamanca, 1597, cit. por Seed, ob. cit., p. 77.

⁶ Ver cap. IV.

⁷ Socolow, *Cónyuges...*

cargo de notario mayor del obispado de su provincia⁸, retrató magníficamente en varias obras teatrales la vida familiar a fines del siglo XVIII. Aparecen en sus trabajos, personajes que defienden la libre elección matrimonial⁹. En *La industria contra la fuerza*, Pepa confiesa su ardid a su padre, y le asegura que "en ello no hubo mengua del filial amor que os debo ni del respeto que a vuestra autoridad corresponde".

Un clásico en el tema del tránsito del matrimonio por conveniencia al matrimonio por amor, es la obra de Leandro Fernández de Moratín, *El sí de las niñas*, en la que una joven está a punto de contraer matrimonio con el candidato elegido por sus padres, que es mucho mayor que ella, para casarse finalmente con el mozo de quien está enamorada¹⁰. En esta obra se hace patente cómo "el amor romántico comienza a desempeñar un papel, desplazando al matrimonio basado solamente en las normas sociales del estamento"¹¹.

En el resto de Europa, también el matrimonio por amor va reemplazando lentamente al matrimonio por interés y por dinero, durante los siglos XVII y XVIII¹². Sin embargo, hay autores que han sostenido que los matrimonios por amor eran totalmente insólitos y, de hecho, no existían: se hacían siempre atendiendo a las consideraciones de la igualdad de clases y fortunas¹³.

En el Buenos Aires virreinal, según recuerda un autor, "muy pocos casamientos se hacían por inclinación, y estos eran a disgusto de los padres"¹⁴.

La doctrina se mostraba a favor de la cohesión del grupo familiar, y en este sentido, Elizondo opinaba acerca de la necesidad de recortar la libertad del hijo en favor de los intereses familiares¹⁵.

En la condena reiterada de quienes se oponían al matrimonio por amor, subyacía una defensa de la sociedad estamental. Se temía que

⁸ Rípodas Ardanaz, ob. cit., p. 42.

⁹ Serrano Redonnet y otra, ob. cit., p. 91.

¹⁰ Fernández de Moratín, ob. cit.

¹¹ Mariluz Urquijo, J. M., Victorán de Villava y la Pragmática de 1776 sobre matrimonios de hijos de familia, *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene* (en adelante RIHDRL), n.º 11, p. 88.

¹² Ranum, Orest. "Los refugios de la intimidad", en Aries, Philippe, y Duby, Georges, *Historia de la vida privada. El proceso de cambio en la sociedad del siglo XVI a la sociedad del siglo XVIII*, Taurus, Bs. As., 1990, p. 277.

¹³ El Censor, Disput. CLII, cit. por Martín Gaité, ob. cit., p. 116.

¹⁴ Zavalía Lagos, Jorge A., *Mariquita Sánchez y su tiempo*, Plus Ultra, 1986.

¹⁵ Elizondo, ob. cit., t. VII, n.º 34, p. 178.

si los jóvenes se casaban por su cuenta, no era seguro que lo hicieran dentro de su nivel social.

Además, siempre estaba a mano el argumento de la supuesta inmadurez de la juventud y de la "peligrosidad" de las relaciones románticas. Constituía la obligación de los mayores, encauzar objetiva y racionalmente el "amor romántico". Este, la pasión y la juventud debían ser controlados para la supervivencia del orden social.

Tanto el Estado como los padres, hubieran preferido evitar las cuestiones del amor y el matrimonio, y seleccionar consortes adecuados para sus descendientes. No obstante, la existencia de los juicios de disenso nos revela el deseo de la gente joven de elegir a su propio cónyuge¹⁶.

Consecuentemente, el matrimonio por amor era descrito con frecuencia como desorganizador de la estructura social, porque unía a las personas de distintos antecedentes sociales y económicos y podía alterar los planes de progreso financiero de una familia¹⁷.

III. El libre consentimiento

El caso español

Desde fines del siglo XVI hasta fines del siglo XVII, la Iglesia había sostenido la creencia de que el matrimonio debía tener lugar entre dos personas que libremente consintieran en compartir ese sacramento.

Mientras no existieran impedimentos canónicos, la Iglesia propendió a alentar las uniones matrimoniales¹⁸.

En la España de los siglos XVI y XVII, una poderosa tradición eclesiástica reforzada por el remozamiento español de las enseñanzas de Tomás de Aquino, estableció el amor como una expresión de las facultades racionales del hombre, y como expresión de la voluntad individual. En consecuencia, el matrimonio por amor gozó de un apoyo positivo en el seno de la misma Iglesia católica. Esta protección eclesiástica y la defensa del matrimonio por amor separaron a la sociedad española de otras sociedades europeas, en los siglos XVI y

¹⁶ Socolow, *Cónyuges...*

¹⁷ Seed, ob. cit., p. 85.

¹⁸ Socolow, *Parejas...*

XVII. En efecto, esta actitud hacia el matrimonio contrastaba con las enseñanzas y prácticas de las comunidades protestantes de Europa occidental durante el mismo período. Las enseñanzas protestantes se enderezaban hacia el control sobre la elección del cónyuge en cabeza de los padres, en lugar de en la pareja. Por el contrario, el catolicismo ponía el énfasis en que la elección misma de un cónyuge era una cuestión en la que los jóvenes debían guiarse por sus propias inclinaciones y gustos, porque las preferencias personales eran un signo directo de los planes que Dios tenía para la persona. Los padres y tutores no tenían la autoridad personal para contravenir los deseos de Dios. Solo en este sistema español de valores personales reforzado por la Iglesia Católica, el amor, como expresión de la voluntad, fue defendido abiertamente por encima de las consideraciones de interés¹⁹.

Casarse por amor era virtuoso, mientras que permitir que los padres se entrometieran debido a un motivo personal o familiar de interés, era un reto injusto a la voluntad de las parejas. Solo el consentimiento de las partes era necesario para contraer matrimonio, y en este sentido, el Concilio de Trento revitalizó la tradición histórica española, al proporcionar una nueva serie de medios para proteger a los hijos de la interferencia maliciosa de los padres.

El capítulo I del Concilio contenía la asombrosa afirmación de que los hijos tenían derecho a contraer matrimonio por su propia voluntad y que, por tanto, no requerían del consentimiento de los padres²⁰. 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

¹⁹ Seed, ob. cit., p. 158.

²⁰ Seed, ob. cit., p. 52.

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 solo la hija que se casaba sin el consentimiento paterno, sino también el yerno, y aun la hija que rechazaba el matrimonio con el candidato ofrecido por el padre²¹.

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 casarse²².

Tanta severidad pretendía reforzar la autoridad de los padres, pero también poner freno a la indiscriminada profusión de situaciones equívocas desde las que resultaba fácil incurrir en estado de bigamia, ante la dificultad de probar tales matrimonios²³.

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 jurista español Tomás Sánchez²⁴, sostuvieron que los hijos y no los padres guardaban 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 Sánchez²⁵. Enrique de Villalobos, tan exigente en otros aspectos, sostenía que no podían los padres forzar a que sus hijos se casasen, ni impedir su matrimonio, porque en esa cuestión, eran *sui iuris*²⁶.

²¹ Fuero Real, lib. 3, t. 1, ley 5; Partidas. (en adelante P.) 4, t. 3, ley 5; 6, t. 7 ley 5; 4, t. 1, ley 10.

²² Ley 49 de Toro.

²³ Gacto, Enrique, "El marco jurídico de la familia castellana. Edad Moderna", en *Historia. Instituciones. Documentos*, 11 Universidad de Sevilla, 1985, pp. 37/66.

²⁴ Nacido en Córdoba (España) en 1550 y muerto en 1610. Jesuita y canonista, autor del 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 Peña, Roberto L., *Fuentes del Derecho Indiano*, en *Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*.

²⁵ Seed, ob. cit., p. 56.

²⁶ Villalobos, fray Enrique de, *Suma de Teología Moral y Canónica*, Madrid, Imprenta Bernardo de Villa, 1682.

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 estos creían en el amor romántico, y no estaban dispuestos a hacer realidad las aspiraciones de sus progenitores.

IV. Las consideraciones políticas, sociales y económicas

Factores sociales, conveniencias familiares, o razones de linaje influían en la constitución de un matrimonio.

Los miembros de la familia constituían una importante reserva de influencias y recursos, y el parentesco político era tan fuerte y vinculante como el consanguíneo.

Los padres se preocupaban por concertar un buen enlace para sus hijas. Los grandes terratenientes planificaban escrupulosamente los matrimonios, considerándolos movimientos estratégicos que ampliarían la gama de contactos. Además de unir a dos personas, el matrimonio convertía a todos los parientes de un cónyuge en parientes del otro²⁷.

Idéntica situación se planteaba con referencia a los comerciantes. La red de relaciones personales, a través de la cual se realizaban las transacciones comerciales durante la era colonial, ponía especial énfasis en la importancia de los vínculos familiares, ya que los lazos parentales ayudaban a los jóvenes inmigrantes a asegurarse una posición comercial en las colonias. Los comerciantes ponían gran cuidado en el trato con los posibles candidatos de sus hijas, y los escogían de entre el círculo de sus subordinados y socios. De esta manera, un hombre joven que trabajaba a su servicio debía demostrar durante varios años su probidad y valía.

Hacia fines del siglo XVIII, en las capitales virreinales, en las ciudades con audiencia y en los centros comerciales y administrativos, los comerciantes ricos no encontraron obstáculos para ingresar a los niveles más altos de las "elites" regionales. Los matrimonios entre comerciantes inmigrantes y mujeres criollas fundían los diversos intereses comerciales y las influencias políticas de los estratos superiores, integrados por funcionarios de la Corona, grandes terratenientes y magnates mineros, con fortunas amasadas en el comercio de ultra-

²⁷ Ramírez, Susan, "Grandes Terratenientes", p. 29, en *Ciudades y sociedad...*

mar. Los comerciantes se casaban con hijas de otros comerciantes —nacidas en las colonias— con frecuencia de la mitad de su edad, que podían proporcionarles el ingreso en una familia local, a cambio de su capital comercial.

Los hombres contraían matrimonio cuando contaban entre 30 y 40 años de edad, aportando su abolengo europeo y sus habilidades comerciales, a cambio de la dote de su esposa, en bienes o en dinero, lo que se consideraba haber hecho un buen arreglo financiero. De esta manera, los matrimonios concertados, en los que las mujeres tenían muy poco que opinar, garantizaban la extensión de los negocios, y crearon algunos de los más notables clanes comerciales que florecían en el siglo XVIII. El papel de las mujeres era el de ser instrumentos claves y agentes activas en los negocios y en la organización social del período²⁸.

¿Qué sucedía entre los burócratas? Muchos funcionarios no se casaban, debido a los gastos adicionales que implicaba tener una familia, por lo que permanecían solteros o se casaban más maduros, como los demás. Entre las ventajas de ocupar una posición burocrática de alto rango estaba, para los solteros, la posibilidad de casarse con una mujer que aportara una rica dote, cambiando prestigio social por ventajas económicas²⁹.

Entre los artesanos existían poderosas razones como para casarse con una persona que estuviera en la misma actividad, ya que como la clase artesanal era muy pobre, casi siempre las herramientas, los materiales y la clientela eran el único legado que el artesano dejaba a su familia³⁰.

Fuera cual fuese el nivel social al que pertenecían los futuros contrayentes, estaba siempre presente con su influencia el sacerdote. Los religiosos criollos solían participar activamente en las cuestiones de familia, ya que era frecuente que el sacerdote fuera el hombre de más edad de la familia, y asumiera los deberes del patriarca.

Era él quien manejaba la riqueza de la familia, vigilaba la educación de los jóvenes y negociaba los matrimonios³¹.

Otra de las consideraciones tenida presente por los padres al momento de encarar el matrimonio de sus hijos, era el linaje. Aunque no necesariamente se presentaba desconectado de los demás, el abo-

²⁸ Lugar, Catherine, *Comerciantes*, p. 67, en ob. cit., nota anterior.

²⁹ Burkholder, Mark A., *Burócratas*, p. 105.

³⁰ Johnson, ob. cit., p. 278.

³¹ Ganster, Paul, *Religiosos*, p. 141, en ob. cit., nota 27.

lengo que se desprendía de ser descendiente de conquistadores, era el más alto timbre de orgullo para hombres y mujeres.

Pronto el linaje también comenzó a ser negociable, a cambio del bienestar económico que podían aportar muchos recién llegados: negociantes, funcionarios o protegidos de las autoridades civiles o eclesiásticas, que compensaban con lujos lo que les faltaba en hidalguía. Fue así como, con el transcurso del tiempo, las marcas tradicionales de exclusividad que distinguían a los españoles de las clases elevadas del resto de la sociedad, "perdieron el cachet de la exclusividad", a medida que un número cada vez mayor de no españoles ricos, pudo comprar el *status* de "español", que antes solo podían adquirir unos cuantos.

El resultado fue un sentido profundo de inseguridad en la aristocracia española rica y una preocupación por restablecer una barrera efectiva a los matrimonios entre los "propios", y aquellos de origen social inferior, incluyendo a los de diferente calidad racial³².

La mezcla racial, aceptada con naturalidad durante los primeros años, siempre y cuando fuera bendecida por la Iglesia mediante el matrimonio canónico, también fue objetada más adelante, como causal de desigualdad entre los contrayentes.

Aunque ninguna ley civil o eclesiástica aprobaba el matrimonio forzado, en la literatura sobre consejos y educación, se recomendaba la conservación de las clases y el orden social general a través del matrimonio entre iguales³³.

Más allá de las rígidas barreras impuestas desde la literatura moral, la legislación secular y la canónica, y la propia presión familiar, las uniones de hecho con mujeres de clases sociales y económicas más bajas, permitían a los hombres casarse con sus "iguales", sin dejar de tener relaciones sexuales fuera del matrimonio³⁴.

Siempre estaba abierta la puerta, como en otros casos, para escapar al control social impuesto sobre el matrimonio, a través de las soluciones alternativas, como el amancebamiento, la bigamia y el adulterio, entre otras transgresiones.

³² Seed, ob. cit., p. 196.

³³ Lavrin, *Sexualidad...*, p. 32.

³⁴ Lavrin, *Sexualidad...*, p. 33.

V. Las actitudes de los jóvenes

¿Qué actitud asumían los jóvenes, hombres y mujeres, frente a las pretensiones de sus padres de digitar un aspecto tan personal y tan definitivo de sus vidas? ¿Cómo se disponían a iniciar esta nueva instancia, sin conocer, o sin estar a gusto, con quien debía acompañarlos por el resto del camino?

Carmen Martín Gaité recogió la opinión de quien decía que "la mayor parte de las mujeres, por no decir todas llegan a casarse sin tener más noticia del estado que van a contraer, sino que las pretende tal o cual sujeto, que tiene éstas o las otras calidades de mayorazgo, empleo y de enlaces"³⁵.

Entre nosotros, una joven a quien su marido pretendía separar del lado de sus padres para fijar el hogar conyugal en otro lugar, decía amargamente que ella, antes del matrimonio, no lo había tratado ni "aún visto jamás", y que había aceptado casarse con él, "reconvenida por los míos, ya con las ventajas que me representaron, en una alianza que proporcionaría a toda mi casa las mayores utilidades que podían apetecer". Y como conclusión, y para no dejar dudas acerca del papel que le cupo a su familia en la elección del consorte, concluía: "Condescendí, por dar gusto a los míos"³⁶.

Contrariamente a lo que debiera esperarse, los pleitos entre cónyuges examinados no ilustran demasiado acerca de los móviles que llevaron a las partes a contraer matrimonio, o si en la decisión tuvo algo que ver la presión familiar. No nos cabe duda de que probablemente las consideraciones que tuvieron en mente los futuros esposos, o sus familiares, a la hora de concertar el enlace, deben haber estado subyacentes cuando el marido o la mujer faltaron a sus deberes conyugales o exigieron del otro el efectivo cumplimiento de los suyos.

El matrimonio entre Francisco Noguero de Ulloa y Beatriz de Villasur —el primero, años después rico conquistador del Perú, demandado en un pleito por bigamia— había sido el fruto de una transacción comercial, entre un rico mercader y un menos opulento individuo de clase media, en el que los deseos personales de la gente joven que se uniría, no habían sido considerados relevantes. Sus padres habían negociado un trato mutuamente satisfactorio, pero a sus hijos solo les había cabido aceptar sus términos. "Francisco protestó: Beatriz per-

³⁵ Martín Gaité, ob. cit., p. 115.

³⁶ AHPBA 5-2-9-17.

maneció silenciosa". Así fueron casados, "y el renuente novio endulzó su destino con la deleitable dote"³⁷.

Junto a las que callaban, pero que en su fuero interior soñaban con otro destino³⁸, estaban las que, a pesar de aceptar casarse con las personas que les repugnaban, no dudaban en afirmar —como la jovencita mexicana citada por Daisy Rípodas Ardanaz— que en su cónyuge "la ofendían hasta sus pisadas"³⁹. Otras, como las mujeres litoraleñas del Río de la Plata finisecular que recordaba Azara, "no parecen haberse recatado de manifestar la aversión que experimentaban hacia sus maridos"⁴⁰.

En la práctica, ha afirmado Lawrence Stone siguiendo a los antropólogos, "el matrimonio arreglado funciona menos mal de lo que supondrían aquellos educados en una cultura romántica, debido a que las expectativas de felicidad en este matrimonio no se consideran irrealmente altas, y en parte porque es un hecho que el sentimiento se puede adaptar con relativa facilidad al mandato social"⁴¹.

En síntesis, las madres se preocupaban para preparar a sus hijas a que supieran cumplir con sus obligaciones conyugales; y las jóvenes, "en casi todos los casos, se sometían a la costumbre de que sus progenitores resolviesen su futuro", y "sólo les restaba poner todo lo que estuviera de su parte para no defraudar al pretendiente elegido"⁴².

VI. Esponsales

Elegido el candidato o candidata, restaba encuadrar el compromiso asumido por los padres, o tal vez por los propios hijos, conforme las pautas sociales, religiosas y jurídicas.

En este sentido, desde la Antigüedad hasta las primeras décadas del siglo XIX, los sponsales fueron el paso previo a la celebración del matrimonio.

Los "sponsales de futuro" o simplemente "sponsales" eran la promesa de matrimonio.

Podían celebrarlos los esponentes a partir de los siete años, y aún antes, por intermedio de sus padres, pero sujeto, en este caso, a

³⁷ Cook y Cook, ob. cit., p. 46.

³⁸ Bustillo, ob. cit., p. 48.

³⁹ Rípodas Ardanaz, ob. cit., p. 37.

⁴⁰ Citado por Rípodas Ardanaz, en ob. cit., p. 37.

⁴¹ Stone, ob. cit., p. 69.

⁴² Gonzalbo Aizpuru, ob. cit., p. 149.

su ratificación⁴³. Bastaba el solo consentimiento de las partes, si bien se acompañaba, a veces, con otras solemnidades que iban desde la bendición sacerdotal hasta la protocolización en el registro de un escribano.

A menos que se disolvieran por algunas de las justas causas previstas por el derecho canónico, obligaban en conciencia bajo culpa grave, y la parte afectada por el incumplimiento de la promesa, tenía derecho a introducir demanda al respecto ante el juez eclesiástico. Este era el único al que correspondía conocer en estos casos y quien podía, con penas espirituales, llegar a compeler a contraer matrimonio a la parte renuente⁴⁴.

Frente a terceros, los sponsales creaban un impedimento impediente, y el incumplimiento de la promesa de matrimonio hacía incurrir al culpable en pecado mortal. El varón debía dotar a la esposa desflorada, ya que era responsable del honor de la mujer ante las autoridades civiles y eclesiásticas.

Esta promesa mutua gozaba de peso legal y religioso, aunque no hubiera sido testificada por nadie. De este modo, había mujeres que contraían relaciones ilícitas, con la esperanza de un eventual matrimonio. Muchas aceptaban, durante años, compartir la vida con un hombre y darle hijos, sin ninguna queja, a menos que él decidiera contraer nupcias con otra mujer. Esta circunstancia, "los celos y el abandono", hacían que la mujer llevara al hombre a los tribunales, por no haber cumplido con la promesa de matrimonio, y por haberle hecho perder su virginidad. La mayoría de los hombres negaba haberse comprometido en matrimonio y haber desvirgado a la mujer —cuestiones muy personales y de difícil prueba, que ni aun con la presencia de muchos testigos por ambos lados podían establecerse firmemente—. Sin embargo, si esto no sucedía, y el hombre estaba dispuesto a casarse con la mujer y borrar el "pecado" en el que ambos habían incurrido, la Iglesia se apresuraba a bendecir la unión, y así salvar el honor de la mujer.

Con particular referencia a lo que sucedía a mediados del siglo XVII, Asunción Lavrin ha afirmado que "la frecuencia de casos relacionados con la pérdida de virginidad bajo promesa de matrimonio, y el índice elevado de ilegitimidad en algunos centros urbanos,

⁴³ Levaggi, *Esponsales. Su régimen jurídico en Castilla, Indias y el Río de la Plata hasta la codificación*, RIHDRL, n.º 21, Bs. As., 1970, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, pp. 11/99.

⁴⁴ Rípodas Ardanaz, ob. cit., p. 62.

sugiere una tensión entre los modelos aceptados de decoro femenino y la realidad que negaba tales modelos"⁴⁵.

VII. Los cambios en el tiempo

Durante los siglos XVI y XVII, la Iglesia, consecuente con su teoría sobre el libre consentimiento matrimonial, estaba dispuesta a bendecir con matrimonios secretos, aquellas promesas de matrimonio en las que había habido relaciones sexuales previas. Pero a partir de 1690, y como consecuencia de un cambio en la escala de valores, comenzó a considerarse que únicamente las mujeres españolas en la cumbre de la elite debían ser protegidas mediante estos recursos secretos. Este cambio de criterio obedecía a una posición en el sentido de que "sólo las reputaciones de la elite merecían protección", aún cuando "la conducta de estas mujeres era tan sospechosa como la de sus hermanas menos favorecidas"⁴⁶.

Al dejar de otorgar matrimonios secretos en 1690, los funcionarios eclesiásticos dieron su propia respuesta a los cambios en la significación social de la conducta honorable; discontinuaron una práctica que tradicionalmente había protegido a las mujeres españolas de la pérdida del honor, por la exposición pública de sus actividades sexuales.

¿Cuál fue el motivo de este cambio en la actitud de la Iglesia? ¿Por qué dejó esta de proteger la reputación femenina —de cualquier clase social que fuere la damnificada—, para adoptar una actitud más prescindente?

La explicación puede estar en la creciente respetabilidad del "interés", o persecución interesada y calculada de objetivos, argumento esgrimido por los padres y expresado en el derecho que tenían a interferir en lo que, hasta ese momento, se había considerado como la manifestación de la voluntad de Dios. Empezaron a insistir en que ellos eran los árbitros finales de la elección, por parte de sus hijos, de un cónyuge, y de demandar un veto sobre los matrimonios.

Paralelamente, los funcionarios reales fueron crecientemente pasivos e indiferentes en torno a las solicitudes de ayuda de la Iglesia en los conflictos prenupciales, retirando así una forma de apoyo que

⁴⁵ Lavrin, *La mujer...*, p. 119.

⁴⁶ Seed, ob. cit., pp. 131 y 132.

históricamente había estado disponible a la Iglesia cuando se había dado una infracción al honor.

Los nuevos valores surgidos a partir del renacimiento comercial, y la creciente asociación con el sistema del mercado mundial, determinaron un cambio en la actitud de la Iglesia, haciendo que ésta comenzara a escuchar los argumentos de los padres, en contra de la legitimidad del matrimonio de sus hijos.

Como consecuencia de este cambio de actitud, las demandas en torno a promesas matrimoniales, comenzaron a ser consideradas privadas, por lo que les fue mucho más fácil a los padres ricos impedir que sus hijos o hijas se casaran con alguien que tuviera menos recursos económicos. A partir de ese momento, tomar la iniciativa de solicitar la intervención eclesiástica, requería un conocimiento sofisticado de procedimientos, que desde luego era raro entre los más pobres, y menos educados. Por lo tanto, los menos privilegiados, o bien no levantaban demandas, o las plateaban inadecuadamente, y eran rechazadas por fallas en el procedimiento. El resultado fue que las familias ricas, que conocían los procedimientos adecuados, o tenían posibilidades económicas de contratar expertos, tenían libre el acceso a la demanda por incumplimiento de la promesa matrimonial, mientras que los pobres, quedaban a expensas de sus propios y limitados recursos.

Mientras las familias fueron respaldadas por el poder de la Iglesia y el estado para obligar a los hombres a casarse con mujeres con las que habían tenido relaciones sexuales, había cierto equilibrio entre los dos sexos. Y si una mujer recibía promesa de matrimonio y luego perdía su virginidad, sabía que su infracción al código se fundaba en una expectativa razonable de que podría casarse. Pero cuando en el último siglo colonial, el estado retiró su apoyo a la Iglesia —con la reducción del uso de amenazas de exilio o prisión—, las mujeres quedaron en una posición mucho más vulnerable. Ya las promesas incumplidas de matrimonio no podían hacerse efectivas "de oficio" por parte de la Iglesia, y como resultado, la mujer que había roto el código, quedó sin un último recurso esencial: el matrimonio para reparar el honor perdido.

Convertir la cuestión del compromiso en un asunto puramente privado implicaba que sería más difícil lograr que la Iglesia concediera un rápido matrimonio secreto, y que el casamiento se celebraría previas proclamas desde el púlpito. Entonces, el matrimonio sería público, y la mujer sería la única responsable de su actividad sexual.

Los cambios económicos y culturales operados en la sociedad colonial determinaron tres consecuencias para los participantes en los conflictos prenupciales. En primer lugar, una nueva tolerancia de parte

de los tribunales eclesiásticos en el uso paterno de sanciones económicas, al oponerse a las elecciones matrimoniales de sus hijos.

En segundo lugar, un reconocimiento general, creciente de parte de algunos funcionarios eclesiásticos, padres y sus aliados, en el sentido de que las consideraciones de *status* social e interés económico propio, debieran tener prioridad sobre el amor y la atracción al elegir cónyuges; y en tercer lugar, una nueva legitimación del papel de la autoridad de los padres en los matrimonios de sus hijos. La base de estas nuevas actitudes de la Iglesia y el estado residía en que el padre, como responsable del bienestar financiero de la familia, vio reforzada su posición en las cuestiones matrimoniales, en el cambiante orden económico, en el que la autoridad sobre el bolsillo se convirtió en una razón legítima de control⁴⁷.

De cualquier manera, y atento a que los cambios en los valores nunca son uniformes, y rara vez afectan todos los niveles de la sociedad de igual manera, lo arriba expuesto vale como un rasgo característico de la sociedad española, como una tendencia que no necesariamente se manifestó en todos los casos planteados, y que, tal vez, sirva para comprender las soluciones dadas en algunas situaciones particulares.

VIII. ¿Antecedente o consecuente?

La Pragmática de 1776

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 justifi-

⁴⁷ Seed, ob. cit., pp. 142/173. Tal como había sucedido en otras regiones, la introducción de una ideología económica capitalista, en interacción con otros cambios culturales complejos, alteraron el paternalismo limitado e influyeron sobre las elecciones matrimoniales, hacia un control patriarcal más autoritario del matrimonio en el siglo XVIII. Así, el capitalismo, junto con los cambios en las actitudes hacia el control de la propiedad y el afán de ganancia que lo acompañaron, sostuvieron una revalorización del papel del padre al subrayar su autoridad. De esta manera, se justificaba el ejercicio de la autoridad paterna en la elección de un cónyuge. Ver también Seed, ob. cit., pp. 282 y 286.

cación legal para levantar barreras económicas y sociales "en el dominio más íntimo, el de la familia y el matrimonio"⁴⁸.

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", para celebrar el contrato de esponsales, si eran menores de 25 años, debían 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 cuya obediencia hubiera faltado.

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 estatuyó para los perjudicados por el disenso irracional, la posibilidad de interponer un recurso sumario ante la justicia⁴⁹, la que debía pronunciarse en plazos breves fijados por la misma Pragmática. Aún así, los hijos de familia que se 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 casarse⁵⁰.

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"⁵¹. 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".

⁴⁸ Socolow, *Parejas...*

⁴⁹ Rípodas Ardanaz, ob. cit., p. 266, y Elizondo, ob. cit., t. 11, p. 393.

⁵⁰ Mariluz Urquijo, *Victorián de Villava...*

⁵¹ Socolow, *Parejas...*

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"⁵².

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.

Según 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 solo 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 solo 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 raciales⁵³.

Mas 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.

Imponer el consentimiento de los padres, para hombres y mujeres dentro de los veinticinco años, implicaba controlar esencialmente a las mujeres, y no a los varones, ya que unos pocos de estos se casaban antes de los veinticinco 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 veinticinco 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 casarse⁵⁴.

⁵² Socolow, *Parejas...*

⁵³ Seed, ob. cit., pp. 197/253.

⁵⁴ Socolow, *Parejas...*

Los casos de disenso nos dan la interesante 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 colonial⁵⁵.

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"⁵⁶.

Así, alcaldes de primer y segundo voto, quienes pronunciaban las resoluciones iniciales, y que eran poderosos comerciantes locales⁵⁷, debían escuchar causales de disenso, que iban desde la inconducta 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 india⁵⁸. Estos alcaldes-comerciantes, en sus resoluciones, reflejaron la visión del mundo que tenían las autoridades de la elite⁵⁹.

La Pragmática "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"⁶⁰.

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

⁵⁵ Socolow, *Parejas...*, y Porro, Nelly R., *Conflictos sociales y tensiones familiares en la sociedad virreinal rioplatense a través de los juicios de disenso*, Buenos Aires, Imprenta de la Universidad, 1980.

⁵⁶ Porro, ob. cit.

⁵⁷ Socolow, *Cónyuges...*

⁵⁸ Porro, ob. cit.

⁵⁹ Socolow, *Parejas...*

⁶⁰ Seed, ob. cit., p. 273.

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 en relación al matrimonio.

Por el otro lado, los porteños, que atravesaban un período 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.

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 ⁶¹.

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 ⁶².

La Pragmática, dictada en pleno siglo de las nuevas ideas fue, según Mariluz Urquijo, "reflejo de una concepción estamental que ya moría" ⁶³; "un intento de segregación mediante real decreto, tardío e impracticable", en la opinión de otra autora ⁶⁴, 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 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 recordadas sus facultades a partir de la sanción de la disposición real. Los

⁶¹ Socolow, *Parejas...*

⁶² Socolow, *Parejas...*

⁶³ Mariluz Urquijo, *Victorián de Villava...*

⁶⁴ Gonzalbo Aizpuru, ob. cit., p. 211.

otros perjudicados eran los hijos de familia, quienes, sin embargo y 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 ⁶⁵.

Y análogamente a lo expresado cuando nos referimos a la relación hombre-mujer, "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" ⁶⁶.

⁶⁵ Gonzalbo Aizpuru, ob. cit., p. 211.

⁶⁶ Gonzalbo Aizpuru, ob. cit., p. 212.

Capítulo 5
LA REGULACIÓN JURÍDICA
DEL MATRIMONIO

Una vez examinada la familia española e indiana, a partir del contexto social y cultural en el que se desenvolvía; y analizada la relación hombre-mujer dentro de esos parámetros, pasaremos al estudio del matrimonio, tal como aparecía regulado en el derecho castellano y en el indiano.

I. El derecho castellano

A) Las fuentes del derecho matrimonial

La regulación jurídica del matrimonio se estructuró alrededor de dos tipos de fuentes: el derecho canónico y el derecho castellano.

El fundamento de la competencia eclesiástica, en materia de cuestiones familiares, tiene su origen en el siglo X, cuando el Imperio Romano de Occidente reconoció la jurisdicción eclesiástica en materia de matrimonio; y cuando en el de Oriente, León, el filósofo, fue el primer emperador bizantino que reconoció la exclusiva competencia eclesiástica en asuntos matrimoniales¹.

En la península ibérica, durante la Reconquista —siglos VIII a XV— el cristianismo fue el factor aglutinante entre los distintos reinos españoles, tan diferentes entre sí. La expulsión de las minorías —judíos y moros— en los siglos XV, XVI y principios del XVII fue un intento de alcanzar la unidad política, a través de la homogeneidad

¹ Hanisch B., Hugo, *Historia de la Doctrina y Legislación de matrimonio*, Revista chilena de Derecho, vol. 7, N.º 8.1-6, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile, IV Jornadas chilenas de Derecho Natural, p. 488.

religiosa. De ahí, el papel fundamental que tuvo la Iglesia en tiempos de los Reyes Católicos y de los Habsburgos, en los que "la ortodoxia católica y la lealtad a la Corona, eran una y la misma cosa"².

De jurisdicción eclesiástica, eran las disposiciones sobre el matrimonio, relaciones personales —y a veces patrimoniales— entre los cónyuges, esponsales, segundas nupcias, filiación, parentesco, alimentos y toda cuestión en la que, por razón de pecado, estuviera afectado el bien de las almas³.

Esta jurisdicción, tan amplia, se vería recortada, cuando en el Siglo XVIII, los Borbones, limitaron la competencia religiosa en las cuestiones patrimoniales derivadas del matrimonio.

Las principales fuentes canónicas eran las Decretales del papa Gregorio IX⁴, y los cánones pertinentes del Concilio de Trento (1545-1563)⁵.

Las Decretales se ocupaban del matrimonio clandestino, y del contraído por leprosos y esclavos⁶.

Las fuentes seculares eran:

a) Fuero Juzgo: traducción al romance del "*Liber Iudiciorum*". (Siglo XIII). Se ocupaba de las "arras", de la autorización para contraer matrimonio, del matrimonio de la viuda, de la unión entre y con sierva, del contraído en ausencia del marido, y del matrimonio efectuado por el hijo contra la voluntad del padre⁷.

b) Fuero Real (1255): dictado con el objeto de unificar los derechos locales. Estaba inspirado en los fueros anteriores, y también en el derecho común —romano y canónico—⁸. Contenía disposiciones sobre el matrimonio de la huérfana, el de la viuda, el contraído sin el consentimiento del padre, sobre la bigamia, así como normas sobre el matrimonio celebrado por la mujer estando el marido ausente, el adulterio, y el matrimonio con el esclavo⁹.

² Seed, ob. cit., p. 45.

³ Levaggi, Abelardo, *Manual de Historia de Derecho Argentino. Castellano-Indiano*, Depalma, Bs. As., 1986, t. II, pp. 115/116.

⁴ Decretales, lib. 4, t. 3, 8, 9 y 16.

⁵ Levaggi, *Manual de Historia...*, p. 95.

⁶ Lib. 4, título 3 (en adelante t.). Conf. Pérez y López, Antonio Xavier, "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, *Matrimonio*, p. 354, lib. 4, t. 3, lib. 4, t. 9.

⁷ Fuero Juzgo, lib. 3, t. 1; Pérez y López, ob. cit., p. 365 a 370; lib. 3, t. 2.

⁸ Zorraquín Becu, Ricardo, *Historia del Derecho Argentino*, Perrot, Bs. As., 1975, t. I, p. 55.

⁹ Lib. 3, t. 1; lib. 4, t. II, Pérez y López, 370/374.

c) Las Partidas: dictadas por Alfonso el Sabio entre 1256 y 1260. La partida cuarta se ocupaba del matrimonio.

Su fuente eran las Decretales; contenían la definición de matrimonio, la etimología de la palabra, las consecuencias del matrimonio, sus fines, la capacidad para contraerlo, algunos deberes y derechos entre cónyuges —como el de asistencia y fidelidad—, los impedimentos, el matrimonio clandestino y el de los siervos.

Exigían el mutuo consentimiento de los contrayentes con la intención de vivir juntos para que quedara perfeccionado el matrimonio. De ahí que, como decía Juan de Sala, "no pueden contraerlo los que no pueden prestar verdadero consentimiento, como los mentecatos, ó los locos si no es que teniendo estos intervalos de buena razón, quisieren contraerlo en uno de ellos"¹⁰. Los mudos podían contraer matrimonio "porque aunque este consentimiento suele manifestarse por palabras, se puede manifestar suficientemente por señales"¹¹. No había matrimonio, si se contrajese por error en la persona de uno de los contrayentes, así como con miedo o fuerza¹². El varón debía tener catorce años y la mujer doce años para que pudiera celebrarse válidamente este contrato, "a no ser que estuviesen tan cercanos a esta edad, que tuvieran proporción para juntarse carnalmente, porque la sabiduría y poder para hacerlo, mengua la edad", o como suele decirse, "la malicia suple la edad"¹³.

El matrimonio se debía celebrar libre de todo impedimento. Este era todo requisito cuya presencia o ausencia, según los casos, hacía que el matrimonio fuera jurídicamente nulo, o cuando menos, que se hallase jurídicamente prohibido, es decir, fuera ilícito.

Se distinguían dos especies de impedimentos, según sus efectos sobre la validez del matrimonio: los impedimentos dirigentes, 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 procrear¹⁴.

¹⁰ P. 1, t. 4, ley 6; p. 6, t. 2, ley 4; Sala, Juan, *Sala Acondicionado e Ilustración del Derecho Español*, París, Librería de D. V. Salva, Calle de Lille n.º 4, 1844, p. 42.

¹¹ P. 4, t. 2, ley 5.

¹² P. 4, t. 2, ley 1; p. 4, t. 2, ley 15.

¹³ P. 4, t. 1, ley 6.

¹⁴ P. 4, t. 2, ley 10 a P. 4, t. 2, ley 19.

d) Ordenamiento Real: Dictado en Alcalá, en 1348, establecía la pena del bigamo.

e) Ordenanzas Reales de Castilla u Ordenamiento de Montalvo (1484): Disponía la publicidad de los matrimonios, fijaba la pena del bigamo y legislaba sobre el régimen patrimonial del matrimonio¹⁵.

f) Leyes de Toro (1505): La mayoría de las normas contenidas en este ordenamiento jurídico giraban alrededor del derecho sucesorio; y en el tema que nos ocupa, traían algunas normas sobre el matrimonio clandestino¹⁶.

g) Concilio de Trento: Nos ocuparemos de él con especial detenimiento, en el apartado D.

h) Nueva Recopilación de las Leyes de España (1567): Legislaba sobre el matrimonio clandestino, el de las viudas, la pena del bigamo y la de los adúlteros, y el régimen patrimonial del matrimonio¹⁷.

i) Pragmática de 1776: Se ocupaba del matrimonio de los hijos de familia menores de 25 años, requiriendo el consentimiento paterno para celebrarlo. Establecía penas para los que lo omitieran e instrumentaba un recurso contra la irracional oposición de los padres¹⁸.

B) Rasgos fundamentales de la regulación jurídica de la familia

De este abanico de normas, dictadas a lo largo de cinco siglos, podemos construir el siguiente perfil jurídico del grupo familiar castellano:

a) La familia se concebía en el plano jurídico como un núcleo reducido al grupo doméstico, esto es, al matrimonio y a sus hijos.

b) Dentro del grupo familiar, la figura del marido y padre se elevaba a un nivel de superioridad jurídica que lo situaba muy por encima del que ocupaban los restantes miembros.

c) Las líneas maestras de esta estructura normativa se trazaron en las Partidas y se mantuvieron, extraordinariamente estables y fieles a la construcción romana del último período cristiano justiniano. En estas directrices se inspiró todo el derecho de familia y sucesorio hasta finales del siglo XIX¹⁹. En las Partidas se mezclaron las tradiciones

¹⁵ P. 5, t. 1, ley 1; P. 5, t. 1, ley 3 y 5-4.

¹⁶ Ley 49.

¹⁷ P. 5, t. 1, ley 1; P. 5, t. 1, ley 5/7; P. 5, t. 9, ley 1.

¹⁸ Ya nos referimos a ella en el apartado VIII del Cap. 4.

¹⁹ Gacto, *El marco...*

españolas con el espíritu romanista que venía de Italia. Estas, junto con las Leyes de Toro, constituyen el fundamento de la familia castellana.

La comunidad doméstica surgía como consecuencia de la constitución de cualquiera de las uniones sexuales reconocidas por el derecho: matrimonio o barraganía, según Enrique Gacto, "ambas de caracteres muy semejantes".

La primer línea maestra fue la monogamia, puesto que ninguna de estas relaciones era compatible con otra mantenida simultáneamente: la segunda, la indisolubilidad matrimonial, consagrada por el derecho canónico; la tercera, la estabilidad de la barraganía, indispensable para atribuirle un efecto tan importante como el de dar origen a una comunidad doméstica; y en cuarto lugar, la ausencia de parentesco entre las partes, e inexistencia de vínculo religioso contraído por alguna de ellas, para consagrarse al servicio de Dios.

La ausencia del requisito de la monogamia tradicional implicaba la tipificación del delito de adulterio, sancionado en forma discriminada en función del sexo: la mujer lo cometía cuando realizaba un acto sexual, incluso episódico, con cualquier hombre que no fuera su marido. Por el contrario, el adulterio del hombre casado, surgía por el ordenamiento jurídico secular, solo cuando la relación extramatrimonial tuviera carácter permanente: cuando mantuviera públicamente a la barragana "constante matrimonio" —situación sancionada con la pérdida de hasta la quinta parte de su patrimonio— o cuando abandonaba la casa para ir a vivir con la barragana, en cuyo supuesto, se lo castigaba con la confiscación de la mitad de sus bienes²⁰.

La discriminación entre ambos sexos descansaba en fundamentos objetivamente constatables desde el punto de vista jurídico, uno de ellos, el riesgo de que la conducta infiel de la mujer provocara la "*commixtio sanguinis*", con las consiguientes consecuencias hereditarias, profundamente perturbadoras.

La institución familiar alternativa, la barraganía, aparecía como una relación que imitaba al matrimonio, y en la que las diferencias con esta no siempre resultaron fáciles de precisar, aunque en el ámbito externo, la distinción aparecía en la categoría social inferior de la mujer con respecto al hombre. En la esfera interna, hasta mediados del siglo XVI —nos estamos refiriendo al cambio operado a partir del Concilio de Trento—, la diferencia entre matrimonio y barraganía dependía solo de la intención de las partes. Es que, hasta Trento, el matrimonio nacía

²⁰ Gacto, *El marco...*

aún del simple consentimiento, bastaba la " *affectio maritalis* " entre las partes para dar vida a un auténtico matrimonio ²¹.

Aunque ambas, justicia secular y justicia eclesiástica se ocuparon de los matrimonios, "el estado se interesaba básicamente en aspectos más concretos, y se concentraba en las cuestiones legales relacionadas con el comportamiento sexual y la institución matrimonial. Entre ellos, estaba el dar un carácter legal a la unión marital, para asegurar la herencia y la división de bienes entre los cónyuges y los hijos, como un aspecto de vital importancia. A su vez, la Iglesia estableció una cohesión sacramental para vincular lo material con lo espiritual". Además, "la finalidad de esta institución era enmarcar todas las manifestaciones de la sexualidad, en un objetivo teológico: la salvación del alma". Como resultado, el control eclesiástico era más amplio que el del Estado, y se inmiscuía más en la vida íntima de los individuos, "pues definía rituales propios de la unión y los tabúes sobre la afinidad y el parentesco" ²².

De la interacción entre la legislación real y la canónica, surgió la dispensa. La Iglesia era la única que podía salvar un impedimento de derecho eclesiástico positivo —los provenientes de los derechos divino y natural eran insalvables: ligamen, consanguinidad en línea recta, impotencia—. La dispensa era una creación surgida de las costumbres de los pueblos recientemente convertidos —ingleses en el siglo XVI— y producto, a su vez, de la evaluación de ciertas circunstancias personales existentes en la celebración de determinados matrimonios ²³.

C) Definición, fines y naturaleza jurídica

El matrimonio aparecía definido en las Partidas como "ayuntamiento de marido e muger, fecho con tal intención de vivir siempre en uno e de non se departir; guardando lealtad cada uno dellos al otro, é nonse ayuntando el varón a otra muger, nin ella a otro varón, viviendo ambos á dos" ²⁴. Esto significa que es "ayuntamiento o enlace de hombre y mujer hecho con intención de vivir siempre en uno guardándose mutuamente fidelidad".

Esta definición del matrimonio iba más allá del concepto, pues incluía su rasgo más trascendente: la indisolubilidad del vínculo, y uno de los deberes de los cónyuges: el de fidelidad.

²¹ Gacto, *El marco... y El grupo...*

²² Lavrin, *Sexualidad...*, p. 15.

²³ Levaggi, *Manual de Historia...*, t. II, p. 122.

²⁴ 4-1-9.

Febrero, uniendo las dos potestades, definía el matrimonio como "la sociedad perpetua que con arreglo a las leyes eclesiásticas y civiles" contraían varón y mujer para procrear y educar hijos y ayudarse mutuamente", poniendo el acento en la indisolubilidad del vínculo, la trascendencia social a través de los hijos, y el deber de asistencia ²⁵.

Casi todas las definiciones de matrimonio eran amplias y comprensivas de sus fines y de algunas de las obligaciones conyugales.

Martín de Torrecilla, un teólogo moral, también había puesto el acento en la procreación, al conceptuar el matrimonio, a partir de su fin: "el matrimonio se dice tal, porque la muger contrae matrimonio para hacerse madre" ²⁶. Yendo más allá, en cuanto a los fines, el mismo moralista decía que el matrimonio consistía en el vínculo de los ánimos entre los casados, "porque éste dura mientras dura el matrimonio, y las demás cosas no duran siempre" para finalizar sosteniendo que "el fin del matrimonio es la mutua cohabitación y la amigable sociedad y comercio".

Antonio Arbiol, afirmaba que el matrimonio, "entrega mutua de los ánimos y de los cuerpos entre varón y mujer", se contraía para hacerse ambos perpetua compañía, para la procreación de los hijos, y para remedio de la concupiscencia ²⁷; y fray Luis de León, agregaba que se celebraba, además, para perpetuar en los hijos el linaje y el nombre de ellos, y para la conservación de los mismos cónyuges, ya que ni el hombre podía vivir sin la mujer, ni esta sin el hombre ²⁸.

Asso y Manuel ponían el acento en la significación política de la institución, considerando al matrimonio "tan ventajoso al bien del estado" ²⁹.

Promediando el siglo XIX, Domingo Cavalario seguía considerando el matrimonio como una "sociedad indisoluble", con idéntico fin, y la misma obligación de socorrerse que había señalado Febrero unos siglos antes ³⁰.

²⁵ Febrero, "Libería de Jueces, Abogados y Escribanos", Madrid, 1844, t. 3-4, p. 29.

²⁶ Torrecilla, Martín de, *Suma de todas las materias morales*, 2.ª impresión, Madrid, 1696, t. II, trat. IV, disput. VII, secc. II, cap. II.

²⁷ Arbiol, ob. cit., lib. 1, cap. 1 y 2.

²⁸ León, fray L. de, ob. cit., p. 40.

²⁹ Jordán de Asso, Ignacio, y Manuel y Rodríguez, Miguel, *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, Imprenta de Andrés de Soto, Calle de Bordadores, 1786, p. 50.

³⁰ Cavalario, Domingo, *Compendio de las instituciones de Derecho Canónico*, 2.ª ed., Barcelona, Librería de Seller y Oliva, 1845.

La prensa misma de principios del siglo XIX, se hacía eco de la importancia de la institución, al afirmar que era "una unión de dos voluntades de la cual pende necesariamente la paz y felicidad de los esposos"³¹.

La suma de todas estas definiciones nos hace concluir que el concepto de matrimonio y sus fines permanecieron incólumes a lo largo de cinco siglos, poniéndose siempre de relieve la indisolubilidad del vínculo, la trascendencia a través de los hijos, y las obligaciones de respeto, fidelidad y asistencia.

La doctrina discrepaba acerca de si el matrimonio era un contrato, o uno de los siete sacramentos, o ambas cosas a la vez.

Martín de Torrecilla decía que en el matrimonio se podían considerar cinco cosas:

- a) El mismo contrato o acción de contraer;
- b) La mutua obligación que resultaba del contrato para los actos conyugales;
- c) El vínculo indisoluble de ánimo entre los casados;
- d) El derecho o potestad para ejercer lícitamente los actos conyugales;
- e) El uso de tal potestad.

No cabe duda, de que para este teólogo moral, el matrimonio era un contrato, y además, un sacramento³².

Otro moralista, Martín de Azpilcueta Navarro, autor de un *Manual de confesores y penitentes*, distinguía entre el matrimonio como contrato, aplicable a todos los individuos, sin distinguir a qué religión pertenecían, y el matrimonio como contrato y sacramento, "propio acerca de los christianos"³³.

Entre los juristas, Asso y Manuel decían: "El matrimonio como contrato se celebra entre los desposados, y de quien toma su fuerza y valor; pero autorizado por la Iglesia que le dió su lugar entre sus sacramentos por razón de su dignidad, mystica significación y sus fines"³⁴. En igual sentido, se pronunciaba Febrero³⁵, mientras que Juan Sala iba más allá, sosteniendo que "todo el mundo considera al matrimonio como a contrato, pero además los católicos le consideramos como a sacramento, y observamos con reverencia los efectos que por

³¹ *El grito del Sud*, Bs. As., 8-9-1812, n.º 9, t. I, *El matrimonio*, p. 68.

³² Torrecilla, ob. cit., t. II, trat. IV, disput. VII, secc. II, cap. I.

³³ Azpilcueta Navarro, Martín de, *Manual de confesores y penitentes*, Valladolid, 1570.

³⁴ Asso y Manuel, ob. cit., p. 45.

³⁵ Febrero, ob. cit., t. 3-4, p. 39.

esta razón le corresponden", y se justificaba: "por eso diremos algo de ellos aquí, aunque este asunto pertenece directamente al Derecho Canónico, cuyos autores podrán ver los que quieran mayor extensión". Insistiendo en la competencia religiosa, agregaba: "Y debemos también advertir que algunos de estos efectos los podemos también considerar civiles en cuanto los aprueban expresamente nuestras leyes, que jamás se apartan de la religión católica"³⁶.

La mayoría de la doctrina jurídica del siglo XVIII y XIX, no dudó en considerar el matrimonio, como un sacramento³⁷.

D) *El Concilio de Trento*

El matrimonio se perfeccionaba, simplemente, con un acuerdo verbal entre dos personas que daban libremente su consentimiento, y a menudo, era seguido por el inicio de las relaciones sexuales³⁸. Las parejas no esperaban la consagración religiosa para comenzar a tener este tipo de contactos. Consecuentemente, la *affectio maritalis* entre las partes, daba vida a un auténtico matrimonio, fueran cuales fuesen las apariencias externas, con el consiguiente riesgo de indeterminación de las uniones no constituidas *in facie ecclesiae*.

A medida que aumentaba el poder de la Iglesia, las leyes civiles asumían los dictados eclesiásticos. Tanto el Fuero Real como las Partidas prohibían todo matrimonio que no hubiera sido convenientemente solemnizado por la Iglesia, debido, justamente, a los expresados peligros de confundir una relación prematrimonial con una resultante de los cánones y solemnidades de la Iglesia católica.

Las enseñanzas de esta institución sobre el matrimonio, giraban en torno a dos puntos centrales: la sacramentalidad del matrimonio, y la importancia de la voluntad personal en la creación del vínculo matrimonial³⁹.

Estas doctrinas sobre el matrimonio fueron tratadas a mediados del siglo XVI en el Concilio de Trento (1545-1563), el que fue convocado como reacción del catolicismo a los desafíos protestantes a la hegemonía católica romana en Europa; para definir elementos claves de la doctrina católica; y para proporcionar una defensa uniforme y efectiva ante las críticas protestantes⁴⁰.

³⁶ Sala, ob. cit., p. 42.

³⁷ Febrero, Sala, Asso y Manuel, Cavalario y otros ob. cit.

³⁸ Gacto, *El marco...*

³⁹ Seed, ob. cit., pp. 48 y 49.

⁴⁰ Seed, ob. cit., p. 51.

Los reyes españoles hicieron suyas las disposiciones tridentinas. La publicación, en 1582, del *Corpus Iuris Canonici* lo consolidó definitivamente, y contribuyó a su difusión por todo el mundo católico.

"Tan temprana codificación, y la perfecta ósmosis entre lo religioso y lo profano de la sociedad de entonces" explicaban que la Iglesia tuviera competencia, casi exclusiva, en materia matrimonial, y que, de hecho, se le atribuyese todo lo que, después, pasaría a llamarse derecho de familia⁴¹.

Los reformadores protestantes consideraban que el matrimonio era una cuestión que debía ser regulada por los líderes seculares, mientras que la Iglesia se apresuraba a consagrar el matrimonio como un sacramento, ya que "negar la función sacramental del matrimonio, amenazaba indirectamente la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos sobre la unión conyugal". Por eso, tres de los cánones emitidos por el Concilio de Trento, afirmaban dicha función sacramental, y la jurisdicción exclusiva de la Iglesia sobre el matrimonio, excomulgando a quien no sostuviera esta doctrina⁴².

El Concilio ordenó y sistematizó toda la doctrina del matrimonio, reafirmando su unidad, su indisolubilidad, y su carácter sacramental.

De Trento en adelante, no habrá duda de que el matrimonio es un contrato elevado a la dignidad de sacramento.

Las directrices del Concilio de Trento hicieron hincapié en la condena de las relaciones prematrimoniales y en la nulidad de los matrimonios clandestinos, lo que es claro indicio de su existencia⁴³.

De allí en más, concluyó el proceso de sacralización de la unión marital: "el mismo matrimonio que los propios canonistas veían como contrato, e incluso como donación —para mantener su irrevocabilidad—, se convirtió en sacramento"⁴⁴.

A partir del Concilio, la Iglesia asumió plena competencia sobre la institución matrimonial, al declararla sacramento⁴⁵.

El Concilio ordenó el ceremonial eclesiástico: El matrimonio no se consagraría si, previo a su celebración, no se efectuaban los bandos o amonestaciones. Estos consistían en un tipo de publicidad prenupcial que se convirtió en obligatorio para el matrimonio católico. Se trataba de un anuncio hecho desde el púlpito, en tres días sucesivos de fies-

⁴¹ Fernández Vargas y otra, ob. cit., p. 26.

⁴² Seed, ob. cit., p. 51.

⁴³ Calvo, ob. cit., p. 55.

⁴⁴ Beneyto, Juan, *Una historia del matrimonio*, Eudema, Madrid, 1993, p. 36.

⁴⁵ Beneyto, ob. cit., p. 56.

tas, de que dos personas mencionadas por su nombre, tenían intención de contraer matrimonio. Los miembros de la parroquia debían aprovechar para revelar cualquier información que pudiera impedir la boda. Si nadie se presentaba después de los tres anuncios, la pareja podría casarse. Al mismo tiempo, el Concilio otorgó a los obispos la facultad de dispensar los bandos, si así lo consideraban necesario, instrumento utilizado por las autoridades eclesiásticas cuando había una interferencia estimada injusta para que la pareja contrajera matrimonio. La dispensa de amonestaciones implicaba que el hombre y la mujer contraerían matrimonio de inmediato, y en secreto, ante el sacerdote y dos testigos presentes⁴⁶.

Salvo en este caso de matrimonio secreto, la ceremonia debía efectuarse ante tres testigos, uno de los cuales era el párroco del lugar de residencia o domicilio de la novia, o ante el sacerdote que este autorizara.

Luego de las proclamas, si no existían impedimentos, el matrimonio se celebraba "*in facie ecclesiae*" y el párroco debía pedirle al varón y a la mujer que expresaran libremente su mutuo consentimiento, declarándolos casados en nombre del Padre, del Hijo, y del Espíritu Santo.

El párroco debía dejar constancia del matrimonio en un registro parroquial, con el nombre de los contrayentes, de los testigos y del día y lugar en que se celebrase⁴⁷. Este sistema de inscripción en los asientos parroquiales sería luego el antecedente del registro de matrimonios de las leyes civiles⁴⁸.

En consecuencia, el matrimonio clandestino —aquel que no cumplía las exigencias que requería la fama pública contraído secretamente y sin testigos— se declaró írrito; y la clandestinidad se definió como impedimento canónico.

Quedaba, así, cerrada la vía a las relaciones de bigamia, y en manos de la Iglesia, una herramienta teórica para impedir el intento encubierto de escapar a su control⁴⁹.

⁴⁶ Seed, ob. cit., pp. 105 y 106.

⁴⁷ Hanisch B., ob. cit.

⁴⁸ Levaggi, *Manual de Historia ...*, y Beneyto, ob. cit., p. 35.

⁴⁹ Lavrin, *Sexualidad...*, p. 18 y Gacto, *El marco...*

II. El derecho indiano

A) El matrimonio en el derecho indiano

Fue intención de la Corona española que la regulación jurídica de la familia en Indias respondiera a los mismos preceptos que en la península.

Al incorporarse los vastos territorios descubiertos por Colón y sus continuadores políticamente a la Corona de Castilla, no se intentó una estructuración jurídica nueva de los mismos: las Indias eran territorio castellano y sus habitantes, vasallos, al igual que los peninsulares, de la Corona de Castilla.

Solo cuando exigencias ineludibles, de una realidad nueva y distinta, impusieron un quebrantamiento de esta ficción jurídica, reclamando una regulación especial, se dictaron normas nuevas para resolver las dificultades del momento. En lo demás, se acudió al derecho castellano declarado vigente, aún con carácter supletorio. Nació así, un orden de legislación muy copioso, cuando la mayor complejidad de la vida colonial así lo requería, pero afectado, siempre, por los caracteres originarios del derecho castellano⁵⁰.

En atención a lo expuesto, fueron relativamente escasas las normas de derecho indiano propiamente dicho, o sea del dictado especialmente para las Indias, que se refirieran a materias de derecho privado. Estas quedaron, por lo general, reguladas por lo que disponía el derecho castellano, que supletoriamente a aquel, regía en Indias.

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 mundo viejo y el nuevo, a menudo, producía circunstancias distintas, que exigían determinadas soluciones⁵¹.

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". Esta determinaba las calificaciones

⁵⁰ Ots Capdequí, *Bosquejo...*, p. 379.

⁵¹ Zorraquín Becú, ob. cit., t. I, p. 184; Ots Capdequí, José María, *El estado español en las Indias*, Fondo de Cultura Económica, México, 1948, p. 173; Dougnac R., Antonio, La unidad de domicilio conyugal en Chile indiano, *Revista Chilena de Derecho*, n.º 7, 1-6, p. 567, Enero-dic. 1980, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile. IV Jornadas chilenas de Derecho Natural.

mínimas de edad, estudiaba el grado de parentesco entre los cónyuges y registraba y legitimaba los matrimonios. Las regulaciones matrimoniales canónicas se alteraron para adaptarse a las necesidades especiales de la población india recién convertida. "La característica más sobresaliente de la regulación matrimonial en el Nuevo Mundo, era el grado en el que la Iglesia ejercía un control independiente de los funcionarios reales"⁵².

Así fue como, cuando surgieron conflictos alrededor del matrimonio de los indios, esclavos y mestizos, es decir, de categorías sociales nuevas para el derecho castellano, estos 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"⁵³.

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. Una real cédula del 12 de julio de 1564, ordenó a los arzobispos y demás preladados de Indias que publicasen los cánones del Concilio de Trento, "cuyos acuerdos son ley del Reyno"; y a las justicias ordinarias que prestasen todo el auxilio necesario para que no se alterase su observancia⁵⁴.

Asimismo, las disposiciones contenidas en las fuentes del derecho indiano propiamente dicho —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"⁵⁵.

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

⁵² Seed, ob. cit., p. 44.

⁵³ Seed, ob. cit., p. 31.

⁵⁴ Ots Capdequí, *El estado...*, p. 74.

⁵⁵ Ots Capdequí, *El estado...*, p. 73.

siguiente al de la muerte de su causante⁵⁶. El fundamento de estas disposiciones era que "es muy justo que todos vivan con buen ejemplo y crezcan las poblaciones".

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 aun por la seguridad de las zonas ya conquistadas, al conquistador convertido en vecino, y para ser vecino, debía ser cabeza de familia⁵⁷.

Ots Capdequí citó varias disposiciones en las que se obligaba a contraer matrimonio a determinados sujetos, en ocasiones excepcionales, como aquella 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 solo premiar a sus súbditos, dándoles esposas acaudaladas, sino poner coto a nuevas rebeldías⁵⁸.

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 barraganía; habrá moral, ganancia, y se amansarán los genios turbulentos; que con viento se limpia el trigo y los vicios con castigos".

Un suceso semejante se registró en la Isla Española, en tiempos del gobernador Ovando, donde vivían unos trescientos castellanos que habían tomado 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 matrimonio. Exhortado por los religiosos franciscanos a que pusiese remedio a ese estado 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

⁵⁶ Lib. 36, t. 9, ley 6; lib. 5, t. 5, ley 4; lib. 4, t. 11, ley 6, Recopilación de Leyes de Indias de 1680 (en adelante RLI).

⁵⁷ Borges, Analola, ob. cit., p. 388.

⁵⁸ Ots Capdequí, *El estado...*, p. 87.

a Antonio Herrera, quien en sus *Décadas* afirmó que mucho repugnaba a los españoles el casarse con mujeres de aquella raza, pero que para no perder los señoríos que por aquellos enlaces habían heredado, casi todos optaron por contraer matrimonio.

Otras veces, la Corona también dictó disposiciones tendientes a fomentar los matrimonios, como aquella en la que se ordenó a los oficiales de la Casa de Contratación, 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 matrimonios, consistentes en procedimientos indirectos, enderezados a imponer gravámenes mayores a los solteros y a conceder determinados privilegios a los casados.

A los casados se les concedía una parte mayor en el reparto de tierras, y a los "españoles, mestizos, mulatos, zambaigos y vagabundos no casados que viven entre los indios", se ordenó echarlos de los pueblos⁵⁹.

Además de este conjunto de disposiciones, que implicaron una restricción en el requisito de libertad de consentimiento matrimonial, se dictaron otras, referidas a las personas que ocupaban cargos públicos y a sus parientes más allegados. En este caso, el móvil de la Corona era evitar que determinados funcionarios se afianzasen social y económicamente en el destino público que les había tocado, y que, en consecuencia, su imparcialidad se viera comprometida. Unas veces, estas normas tenían un carácter general hasta cierto punto, pues establecían prohibiciones de contraer matrimonio a determinadas personas, con todas las demás; otras veces, solo se prohibían los matrimonios de ciertas personas entre sí.

Tenían prohibido contraer matrimonio en sus distritos, durante el tiempo que durase el ejercicio de su cargo, los virreyes, presidentes, oidores, alcaldes del crimen, fiscales, gobernadores, corregidores, alcaldes mayores, y sus tenientes letrados⁶⁰. Esta obligación trascendía a sus hijos e hijas en el caso, entre otros, de los virreyes, oidores, fiscales, presidentes y alcaldes del crimen⁶¹. Tampoco podían contraer matrimonio entre sí, los contadores de cuentas, con hijas y parientes de oficiales reales, y estos, con las hijas y parientes de los contadores, y aun los parientes de unos con los parientes de otros,

⁵⁹ Ots Capdequí, *El estado...*, p. 90 y RLI, lib. 2, t. 4, ley 7.

⁶⁰ RLI, lib. II, t. 16, ley 82; lib. 5, t. 2, ley 44.

⁶¹ RLI, lib. 2, t. 16, ley 62.

hasta el cuarto grado⁶². Una real cédula del 24 de diciembre de 1612 prohibía el matrimonio de oficiales reales y contadores de cuentas y sus parientes, "con toda otra persona que haya de rendir cuentas a la Real Hacienda"⁶³. Esta prohibición se extendió a los militares, con el objeto de impedir la celebración de matrimonios indignos, que mancharan el honor de la carrera de las armas.

La mayoría de los tratadistas creía encontrar el fundamento de estas normas, en el hecho de que todos estos funcionarios habían celebrado un contrato libre con el rey, una de cuyas cláusulas estipulaba la condición de la prohibición de casarse, y cuya consecuencia, en caso de incumplimiento, era la rescisión del contrato⁶⁴.

Juan de Solórzano Pereyra sostenía que estas prohibiciones eran válidas en el fuero interno, porque no iban contra el derecho canónico ni contra la libertad en la celebración de los matrimonios, ya que estos eran válidos, con la única consecuencia de la pérdida de los cargos, para los que se casaran sin el permiso real, y "todos los autores están conformes en que pueden los príncipes por justas causas, prohibir matrimonios entre sus súbditos, aunque no forzarlos"⁶⁵.

En caso de celebrarse igualmente el matrimonio, la sanción era la pérdida de sus oficios para los contrayentes⁶⁶, e inclusive, para los que se atrevían a "tratar y concertar el casamiento de palabra o por escrito, o por promesa, o esperanza de licencia"⁶⁷.

Todas estas prohibiciones se entendían subsistentes, únicamente, mientras para su dispensa no se solicitara y obtuviera licencia real. Ots Capdequí decía que "la concesión de esta licencia no debía ser cosa muy difícil de conseguir, pues tenemos testimonio de muchas reales cédulas en que se concedía el permiso solicitado"⁶⁸. Tal como vere-

⁶² RLI, lib. 8, t. 2, ley 8; p. 8, t. 4, ley 62.

⁶³ Diccionario de Gobierno y Legislación de Indias, citado por Ots Capdequí, *El estado...*, p. 96.

⁶⁴ Ots Capdequí, *El estado...*, p. 124.

⁶⁵ Solórzano, ob. cit., lib. V, cap. IX.

⁶⁶ RLI, lib. 2, t. 16, ley 82.

⁶⁷ RLI, lib. 8, t. 4, ley 6.

⁶⁸ Ots Capdequí, *El estado...*, p. 98 y agregaba: "Por otra parte, las restricciones impuestas no debieron tener eficacia, pues constantemente vemos a los monarcas teniendo que insistir sobre lo mandado, y en muchas de estas resoluciones legislativas, se ve claramente que las propias dignidades eclesiásticas solían mostrarse muy remisas al cumplimiento de este precepto y casaban personas sobre las que pesaban impedimentos, sin exigir la presentación de la licencia necesaria, siendo también práctica bastante frecuente el casarse previamente aquellos que tenían algún impedimento, a reserva de conseguir más tarde la dispensa juntamente con el

mos cuando nos ocupemos de los oidores, a pesar de las prohibiciones, a lo que más aspiraban los garnachas era justamente a contraer matrimonio con mujeres residentes en sus distritos, y así, emparentarse con familias poderosas de la sociedad local. Lograban, de esta manera, mejorar su situación económica, nunca lo suficientemente acorde con el nivel social que implicaba el ejercicio de la magistratura. Las familias ricas del distrito, por otro lado, aspiraban a casar a sus hijos con parientes de los letrados, logrando, de esta manera, ascender en la escala social por el prestigio que emanaba de la investidura togada.

De cualquier modo, la praxis judicial nos muestra algunos casos de ministros que se casaron a pesar de que la dispensa no les llegó nunca, y aun les fue denegada, con la única sanción del traslado a otro distrito⁶⁹.

Estos dos grupos de normas, tanto las fomentadoras de matrimonios como las que prohibían determinados enlaces, implicaron de todos modos, la imposición de un impedimento nuevo; inexistentes en el derecho castellano, cuyo fundamento no surgía ni de las Sagradas Escrituras, ni de la legislación pontificia ni conciliar, era producto de disposiciones reales, en cuyas manos estaba o no, el derecho de dispensar de ellas.

Ots Capdequí insistió en la vigencia del principio de la libertad en la prestación del consentimiento, el que, a pesar de no declararse expresamente en la legislación de Indias, resulta incuestionable por numerosos documentos históricos "que de una manera indirecta así lo atestiguan". Para ello, este autor trajo a colación la ley XXXII, título III, libro II, de la Recopilación de 1680, que declaraba: "Que los Virreyes y gobernadores no traten casamientos de sus deudos y criados con mujeres que han sucedido en encomiendas... y las dejen casar y tomar estado con la libertad que tan justa y debida es". Esta cita en nada empaña lo que afirmamos más arriba, acerca de la creación de un impedimento nuevo para la celebración del matrimonio en Indias, por dos razones. En primer lugar, es muy clara la existencia de una regulación de derecho, enderezada, tal vez, a consagrar la libertad para contraer matrimonio; y una situación de hecho, constituida por un número de disposiciones tendientes a fomentar determinados matrimonios que la Corona intuía ventajosos a su empresa. En segundo lugar,

perdón por su falta; y muchas cédulas reales se encuentran en las que se dispensa por matrimonios contraídos sin la oportuna y a veces necesaria licencia, aunque ratificando siempre la doctrina general tantas veces consignada".

⁶⁹ Burkholder, Mark A., y Chandler, D. S., *De la impotencia a la autoridad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, p. 127.

el hecho de que en la Recopilación de Leyes de Indias de 1680 se tuviera que incluir una norma que, aunque fuera de manera indirecta, recordara a las autoridades acerca de la no interferencia en el matrimonio de sus gobernados, es un claro indicio de que esta ingerencia estaba instalada en la comunidad.

Las normas vigentes en la península sobre la necesidad del consentimiento paterno para el matrimonio de los hijos de familia, también sufrieron, al aplicarse en las Indias, las necesarias adaptaciones.

Se exceptuó del requisito previo de la licencia, "a los mulatos, negros, coyotes e individuos de castas semejantes", a los cuales, sin embargo, se les debía hacer ver el respeto natural que se debía a los padres y personas mayores. Los indios, por estar jurídicamente equiparados a los españoles, debían cumplir con los preceptos establecidos para la obtención de la licencia paterna al celebrar sus matrimonios; pero los tributarios podían suplir este requisito con la licencia de sus curas y doctriñeros, si sus padres no fueran conocidos o vivieran en lugares alejados. Los españoles que vivieran en las Indias, y cuyos padres o tutores se encontrasen en la península, o en otras provincias muy distantes de las Indias, podían suplir el consentimiento paterno con la licencia judicial, sin pagar por ello derecho alguno. En una circunstancia, se planteó la duda acerca de si los ministros eclesiásticos podían autorizar los matrimonios sin la presentación previa de la licencia paterna, cuando los contrayentes se conformasen de antemano con la pena de desheredación establecida en la Pragmática. Se resolvió, por una real cédula del 8 de marzo de 1777, que la presentación de esta licencia era requisito previo inexcusable⁷⁰.

También, se registraron adaptaciones de la doctrina tridentina a las nuevas modalidades imperantes en los territorios indios, como en el caso de los matrimonios de mestizos, criollos y españoles radicados en el Nuevo Mundo, para los que se dictaron normas distintas respecto a la forma en que las dispensas debían solicitarse y obtenerse. En cuanto a ella se concedían a los prelados de Indias y a otras dignidades eclesiásticas, facultades especialísimas para dispensar impedimentos que, en circunstancias normales, no hubieran sido otorgados⁷¹.

⁷⁰ Ots Capdequí, *El estado...*, p. 76.

⁷¹ Ots Capdequí, *El estado...*, p. 77.

B) *El matrimonio indígena*

El legislador español, "comprendiendo lo injusto e impolítico que hubiere sido tratar de imponer a los hombres de aquellas razas, los mismos moldes en que se había venido vaciando una civilización de siglos", buscó el medio de condensar, en preceptos nuevos, las reglas más adecuadas para el régimen civil de aquellos pueblos.

Era preciso atraerlos lentamente al derecho de Castilla, "sin transiciones demasiado violentas, que hubieran resultado, a más de abusivas y tiránicas, en absoluto contraproducentes"⁷².

Atento a que uno de los fines que, con más ahínco, persiguió la obra colonizadora, fue la conversión de los infieles, "para ello era forzoso ir administrando a los neófitos los sacramentos del catolicismo, y si en cada uno de éstos se ofrecían dificultades de muy penoso vencimiento, éstas aumentaban todavía más al tratar del matrimonio". Por lo tanto, pensar en imponer a aquellas gentes los preceptos canónicos con el mismo rigor y disciplina con que habían sido declarados en el Concilio de Trento, "hubiera sido acometer una empresa poco menos que insuperable; con todas las probabilidades de un fracaso seguro"⁷³. En consecuencia, la Iglesia tuvo que encontrar soluciones alternativas, frente a instituciones indígenas profundamente arraigadas y contrarias a la fe católica.

Una de ellas era la poligamia, y su variante, el repudio. Estas eran costumbres ampliamente difundidas entre los indios americanos, y en consecuencia, "una de las preocupaciones de la Iglesia, fue la de facilitar a los naturales, la aceptación del matrimonio cristiano, mediante nuevas normas que ordenaran el complicado tránsito a la monogamia".

Mónica Martini ha puesto el énfasis en la imprescindibilidad de la aceptación del matrimonio monogámico, como requisito previo a la recepción del bautismo, así como para saber con qué mujer solemnizarían la unión, dado que ambos sacramentos solían administrarse uno a continuación de otro⁷⁴.

Abogados y teólogos del siglo XVI se plantearon la aceptación del matrimonio cristiano por la sociedad indígena⁷⁵.

El primer intento de regulación, por parte de la legislación canónica, se concretó en la bula *Altitudo divini consilii* de Paulo III, (1537)

⁷² Ots Capdequí, *El estado...*, p. 78.

⁷³ Ots Capdequí, *El estado...*, p. 78.

⁷⁴ Martini, Mónica Patricia, *El indio y los sacramentos. Circunstancias diversas y malas interpretaciones*. PRHISCO, CONICET, 1993, pp. 201 y 202.

⁷⁵ Lavrin, *Sexualidad...*, p. 17.

por la que, partiendo de la aceptación de un verdadero matrimonio entre los indios, se ordenó que se unieran *in facie ecclesiae*, con su primera mujer. Sin embargo, se añadió un verdadero privilegio, al permitir retener a la mujer que desearan aquellos que no recordaren cuál había sido la primera, permiso que el I Concilio limense perfeccionó al precisar que el neófito pudiese elegir por esposa a la que quisiera, sin tener en cuenta si convivía o había convivido con él.

La aplicación de la bula *Altitudo* planteó algunas dificultades, por lo que Pío V introdujo una variante a través del breve *Romani Pontificis* de 1571, "amplio privilegio en pro de la conversión de los naturales infieles", a quienes dio libertad para escoger y conservar, como legítima, a aquella mujer que se bautizara con ellos, sin exigir que fuese la primera. Mónica Martini dio cuenta de la interpretación restrictiva y del desconocimiento de este breve, en algunos lugares de Indias⁷⁶.

La obra de adaptación de las disposiciones tridentinas, fue cumplida, además, por los concilios provinciales, como el limeño ya mencionado y el mexicano, y por los sínodos diocesanos celebrados en distintos lugares del Nuevo Mundo⁷⁷.

Aceptado el matrimonio monogámico, fue necesario adaptar otros dos aspectos: los trámites previos y los impedimentos.

Los primeros, conforme a las disposiciones tridentinas, se orientaban, por un lado, a indagar la voluntad para contraer de los futuros esposos, mediante una conversación personal con el cura; y por el otro, a inquirir posibles impedimentos a través de una doble vía: las informaciones de soltura, basadas en las declaraciones de los propios cónyuges y de testigos presentados por ellos, y las proclamas o amonestaciones, que hacían pública la intención de contraer matrimonio y permitían a los sabedores de impedimentos, denunciarlos ante el párroco⁷⁸.

Fue necesario adoptar, en el caso de los naturales, ciertas modificaciones respecto de las amonestaciones.

En principio, debía amonestarse por tres veces a los fieles, en otros tantos días de precepto, a que denunciaran la existencia de impedimentos, mientras que el único que podía dispensar las proclamas era el obispo. En el caso de los naturales, aunque se estimase poco prudente acelerar los trámites para no acortar el tiempo posible para eventuales denuncias, y así lograr mayor eficacia, primó el criterio de evitar que el matrimonio se demorara más de lo necesario. Se

⁷⁶ Martini, ob. cit., p. 202.

⁷⁷ Levaggi, *Manual de Historia...*, t. II, p. 122.

⁷⁸ Rípodas Ardanaz, ob. cit., p. 70.

temía que los naturales comenzaran a cohabitar antes de recibir el sacramento, y atento a que la escasez de sacerdotes impedía en muchos pueblos celebrar misa todos los días de precepto, se llegó a permitir que, siempre que hubiera feligreses reunidos, se leyeran las proclamas en jornadas no festivas, y hasta dos veces en el mismo día⁷⁹.

Otro detalle a tener en cuenta en las informaciones de soltura, era el peligro de que los naturales presentaran como testigos a ciertos congéneres cuyas declaraciones pudieran incidir sobre la validez del matrimonio. Daisy Rípodas Ardanaz citó el ejemplo de la Nueva España del Setecientos, donde comparecían con cierta frecuencia, testigos ebrios, por la costumbre de que el día que se presentaban a iniciar los trámites matrimoniales, hubiera en la casa de los novios, abundancia de pulque y lo que era peor —porque, al fin de cuentas, los testigos ebrios eran fácilmente discernibles—, solían comparecer testigos alquilados a los que se les había enseñado, un rato antes, lo que debían declarar, y esto no tanto con el propósito de alterar los datos como por el hecho de que, habiendo decidido muchas veces los novios casarse a disgusto de los padres, los conocidos no se atrevían a prestarse para las informaciones, para no desagradarlos⁸⁰.

El otro punto de fricción entre las costumbres matrimoniales indígenas y el sacramento cristiano, fue el de los grados prohibidos de parentesco. "Desde el punto de vista europeo, practicaban una endogamia demasiado estrecha"⁸¹. En la esfera de la consanguinidad solían aceptar, unas veces, un sistema unilateral de parentesco matrilineal o patrilineal, y otras, un sistema bilateral que solo rechazaba el primer grado en línea recta (padres e hijos), dándose casos en 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 matrimonios⁸².

Además, la mayoría parecía desconocer el parentesco espiritual derivado del bautismo o de la confirmación⁸³.

En estos aspectos, la Iglesia intentó flexibilizar sus propios preceptos para acercarse a la modalidad de los naturales. A los neoconvertidos, 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

⁷⁹ Rípodas Ardanaz, ob. cit., pp. 76 y 77.

⁸⁰ Rípodas Ardanaz, ob. cit., pp. 73 y 74.

⁸¹ Martini, ob. cit., p. 202.

⁸² Rípodas Ardanaz, ob. cit., p. 175.

⁸³ Martini, ob. cit., p. 202.

por contraer, la bula *Altitudo* declaró válidas las uniones sin dispensa previa hasta el tercer grado de parentesco por consanguinidad o afinidad⁸⁴.

Fue necesario, también, garantizar la libertad de los indios para contraer matrimonio, corrigiendo abusos contrarios a ella, cometidos, a veces, por sus propios caciques, y otras, por los españoles encomenderos. Es que el matrimonio de las indias de un repartimiento con indios de otros repartimientos, significaba para los encomenderos la pérdida no solo de mujeres adscritas a su servicio doméstico, sino de la futura prole como fuente de tributos o servicios personales, ya que la mujer debía seguir al marido. Esta situación justificaba ejercer coacción sobre las indias, con el fin de casarlas con indios de su propio repartimiento. Mónica Martini relató que con este fin, "las unen a la fuerza con indígenas o esclavos negros de su propia casa, así sean viejos o se hallen estropeados, con cualquiera que tenga forma de hombre, y no vacilan en maltratarlas de palabra, azotarlas o tenerlas encerradas —sin permitirles asistir a misa o a la doctrina— si intentan casarse con indios de otros repartimientos, riñendo incluso, con los párrocos o con los prelados que dan la correspondiente licencia. Si no lograban apartar a los indios de sus proyectos matrimoniales, los españoles no dudaban en aprovechar el lapso en el que se tramitaban las informaciones de libertad, para inventar impedimentos que los hicieran imposibles, y finalmente, si las indias lograban casarse, procuraban retenerlas e impedirles marchar a vivir con sus maridos, y hasta intentaban la anulación de las uniones"⁸⁵.

Fue así que se dictó la real cédula del 5 de febrero de 1515 que dispuso que era voluntad del rey, que los indios e indias tuvieran entera libertad para casarse con quienes quisieran, "así con indios como con naturales de estas partes"⁸⁶. La legislación civil, conjunto con las autoridades eclesiásticas, se empeñaron en remediar los excesos: se estableció la voluntariedad del servicio doméstico con la consiguiente posibilidad de dejar de prestarlo para ir a casarse a los lugares de origen; limitación del número de indias que servían en cada familia; residencia de las indias en pueblos propios y no en la casa de los encomenderos; rigurosas penas temporales para los infractores, las que, además de sumarse a las eclesiásticas, llegaban, en algunos ca-

⁸⁴ Rípodas Ardanaz, ob. cit., pp. 170/172.

⁸⁵ Martini, ob. cit., p. 209.

⁸⁶ Encinas, Diego de, *Cedulario Indiano*. Reproducción facsímil de la edición única de 1596, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1946, t. 4, p. 271; y Ots Capdequí, *El estado...*, p. 71.

sos, a la pérdida del repartimiento para los encomenderos y multas considerables, así como la prohibición de servirse, en el futuro, de indias para quienes no poseyeran encomiendas⁸⁷.

Fue necesario reiterar las normas enderezadas a castigar la poligamia. En 1557, se ordenó a la Audiencia del Perú que a ningún cacique, aunque fuera infiel, se le permitiese casar más de una vez, ni tener mujeres encerradas, o "privarles de que ellas lo executasen con quien quisieren". Parece ser que las situaciones se repetían, por lo que fue preciso reiterar la disposición en 1628, para finalmente, incorporarla a la Recopilación de Leyes de Indias de 1680⁸⁸. En dicha norma, se advertía que, si se averiguaba que algún indio, siendo ya cristiano, se había casado con otra mujer, o la india con otro marido, viviendo los primeros, fuesen apartados y amonestados, y si amonestados dos veces, no se apartaban y volvían a cohabitar, se les aplicaría la pena, para su castigo y enmienda de los otros.

Otra de las dificultades con las que se encontraban los españoles, era la costumbre de algunos grupos indígenas, de convivir un tiempo antes de casarse, de conformar un "matrimonio de prueba", escollo para la rígida moral cristiana, que exigía la unión sacramental antes de la cohabitación⁸⁹. Los sínodos americanos insistieron sobre el tema a lo largo del siglo XVII, y los predicadores, al intentar apartar a los indígenas de esta costumbre, se encontraban con justificaciones como que "el vínculo indisoluble del matrimonio que ha de durar hasta la muerte, no es acertado que sea como entrega de carga cerrada, porque va a riesgo de encontrarse con una sierpe, quien esperaba un ángel"⁹⁰. Todavía en 1773, los sínodos platenses continuaban denunciando el abuso y aconsejando a los curas promovieran el casamiento a los jóvenes, lo más rápido posible, y amonestasen a padres y deudos para no dejar que los jóvenes se vieran a solas⁹¹.

También, los españoles fueron, muchas veces, responsables de la ruptura de domicilio conyugal del matrimonio indígena, apartando a los hombres del hogar para cumplir con prestaciones laborales. Desde la primera mitad del siglo XVI se mandó o solicitó —según los casos, por autoridades civiles y eclesiásticas— bajo penas

⁸⁷ RLI, lib. 21, t. 9, ley 6.

⁸⁸ RLI, lib. 4, t. 1, ley 6.

⁸⁹ Martini, ob. cit., p. 206.

⁹⁰ Reina Maldonado, *Norte*, lib. 6, t. 1, p. 4 y p. 29 y Peña Montenegro, *Itinerario para párrocos de indios*, lib. 1, trat. 1, secc. 8, p. 151, cit. por Martini, ob. cit., p. 208.

⁹¹ Martini, ob. cit., p. 208.

pecuniarias y espirituales, que se moderaran los períodos de las mitas, o se circunscribieran a determinados lugares, y se disminuyeran los trajines y carretajes, ya que ambos menesteres solían mantener alejados a los hombres⁹².

Fue necesario, asimismo, terminar con la costumbre de los padres de vender a sus hijas al mejor postor, o aceptar los servicios del futuro yerno, como expresión de la prevalencia en el mundo indígena prehispánico de los intereses grupales sobre los individuales. Dicha intervención coartaba el derecho a la libre elección matrimonial consagrada por la Iglesia Católica, por lo que la Corona sancionaba con azotes, con declaración de inhabilidad para el desempeño de cargos públicos y con la obligación de restituir lo percibido, entre otras penas, a los señores indígenas que acaparaban doncellas, y a los padres que vendían a sus hijas⁹³.

Asimismo, se impuso la conveniencia de garantizar la edad mínima de los indígenas para contraer matrimonio, ya que muchos encomenderos, por cobrar los tributos que los indios solteros no pagaban hasta la edad de los dieciocho años, les obligaban a casarse antes de cumplir el mínimo de años exigidos por la ley. Este abuso fue corregido estableciéndose que los indios mayores de dieciocho años tributasen aunque no fuesen casados⁹⁴.

De lo expuesto, surge que fue necesario dictar un cúmulo de disposiciones seculares y canónicas enderezadas a adaptar las formas de convivencia preexistentes a la llegada de los españoles, para que estuvieran en línea con el matrimonio castellano.

La aplicación lisa y llana de los principios generales a una sociedad estructurada sobre bases completamente distintas a las peninsulares, hubiera sido imposible. La flexibilidad en los criterios y la aceptación de algunas costumbres vernáculas, en cuanto fueran compatibles con la filosofía cristiana, fue el precio que tuvo que pagar la Corona para imponer, entre las comunidades recién incorporadas, el matrimonio constituido conforme a las pautas de los nuevos administradores.

⁹² Rípodas Ardanaz, ob. cit., p. 373.

⁹³ Rípodas Ardanaz, ob. cit., p. 239.

⁹⁴ RLI, lib. 7, t. 5, ley 6.

I. La idealización del concepto de familia

Los contrastes y ajustes

A esta altura de nuestro análisis, habiendo descrito la familia castellana y la indiana, y la regulación jurídica del matrimonio en ambos derechos, cabe preguntarnos qué grado de aceptación tuvo, entre los protagonistas de los pleitos conyugales, esa imagen de familia que, a través de las leyes y la doctrina moral y jurídica, se quería imponer.

¿La familia era ese ente ideal, perfecto, al que todos aspiraban, o por el contrario, había un desfase entre la conducta prescrita y la real? ¿Cómo entendían las partes involucradas, el concepto de familia, de matrimonio, de esposa inobjetable, de marido competente? ¿Opinaban todos en el mismo sentido, o las consideraciones variaban según proviniesen de un oidor, de un marido o de una esposa?

La existencia de pleitos entre cónyuges —base de nuestro estudio— nos lleva a cuestionarnos sobre qué tanto aceptaba la gente común —artesanos, comerciantes, empleados públicos, seres humanos comunes, ni “santos ni superhombres”— los modelos de conducta impuestos por la Iglesia y el Estado, como codificadores de los comportamientos sexuales.

Asunción Lavrin ha afirmado que para comprender mejor las normas morales del comportamiento sexual subrayadas por la Iglesia, y el grado de aceptación o resistencia encontrado entre la población en general, se deben tomar en cuenta dos niveles de análisis. Uno es el de la conducta prescrita en los tratados sobre Teología Moral y en los confesionarios —libros para ayudar a los confesores en su labor de sondeo y guía moral de los confesados—, a los que nosotros agre-

garíamos, también, el de la conducta estatuida por la legislación real en consonancia con la religiosa. El otro es el del comportamiento real de la población, reflejado en los expedientes planteados ante los jueces reales y eclesiásticos. Estos implicaban autoconfesiones o denuncias de violación de las normas seculares o religiosas, y según Lavrin, "representan la realidad de la vida cotidiana de quienes no fueron capaces de poner en práctica todas las enseñanzas de la Iglesia"¹.

La praxis judicial nos muestra ambas caras de una misma moneda: por un lado, estaban aquellos que expresaban su conformidad con el orden familiar impuesto, considerándolo el adecuado, y haciendo alarde de la conformidad de su conducta con el modelo impuesto. La pretensión de ajustar su actuar al paradigma propuesto implicaba no cuestionar las normas mismas sobre las que se asentaba toda la estructura jurídica, sosteniendo que "las leyes canónicas todos los soberanos del orbe cristiano las laudan y observan y las protegen por ser el gobierno espiritual de las repúblicas". Por el otro, estaban los que se desviaban del modelo diseñado, dando cuenta del divorcio entre la norma y la realidad.

A las justicias civiles y eclesiásticas tocaba medir el ajuste con el modelo decretado a partir de la legislación y la literatura. Sin embargo, no siempre el contraste era tan fácilmente perceptible: los prejuicios sociales, el temor a ventilar intimidades, el acceso de determinados grupos sociales a otras instituciones alternativas donde pedir y obtener ayuda, constituyen una traba que, a veces, resulta difícil de superar para el investigador.

II. Actores y demandados

Entre folio y folio, entre expediente y expediente, surgía la opinión que actores y demandados, hombres y mujeres, tenían sobre la misma institución matrimonial.

Más allá de la convicción de cada uno, del grado de veracidad de cada acerto, se perfilaba una imagen de matrimonio ideal, que se quería imponer a la hora de reclamarle al otro el cumplimiento de su obligación, o en oportunidad de querer esquivar su ejecución.

¹ Lavrin, Asunción, "La sexualidad en el México colonial: Un dilema para la Iglesia", en *Sexualidad y matrimonio en la América hispánica. Siglos XVI-XVIII*, Asunción Lavrin, coordinadora, Grijalbo, México, 1991, pp. 55/83.

Y así, se escuchaban voces de quienes exigían que en el matrimonio reinara la paz, la quietud y la armonía²; de los que opinaban que los asuntos matrimoniales requerían pulso y circunspección³; y de quienes consideraban que la unión de los matrimonios era el asunto más sagrado, más ejecutivo y más digno de apremio contra la parte desobediente⁴. Al mismo tiempo, expresaban que la vida maridable era deseable⁵, que el matrimonio debía ser unido⁶, que el marido debía estimar y amar a la mujer⁷, y que se debía poner todos los arbitrios para la reunión del matrimonio⁸.

Quienes consideraban que encajaban dentro del esquema de perfectas esposas, descargaban su conciencia afirmando que "será el crisol de mi conducta, el amor, lealtad y paciencia" con que habían tolerado el manejo del marido⁹; mientras otros estaban en paz consigo mismos, porque habían amado a sus esposas con extremo y socorrido de todo lo necesario con más esmero que a ninguna otra persona¹⁰; tratándola con "el amor debido a una fiel compañera"¹¹. La idea era aparecer como amantes de la vida maridable, como aspirantes a la unión del matrimonio, como maridos y esposas que amaban y estimaban al otro, y que habían puesto todos los arbitrios para la reunión del consorcio, y así evitar mayores daños.

El matrimonio aparecía así como el estado ideal, contrapuesto a la separación de hecho y al divorcio, que provocaban "escándalos y fatales resultas"¹², así como "funestas consecuencias"¹³.

² AGN 38-25. Año 1807. Argumento utilizado para justificar un convenio sobre fijación de domicilio conyugal.

³ AHPBA 5-5-80-31. Tal la opinión del defensor de un marido demandado por malos tratamientos, por su mujer.

⁴ AHPBA 7-5-12-8. Consideraciones de un marido ante un recurso de fuerza interpuesto por su mujer contra una sentencia de divorcio. En respuesta a la orden del gobierno de que el marido vuelva a hacer vida conyugal, éste declaraba que no eran otros sus deseos.

⁵ AGN C 17-1.

⁶ AGN 90-16. El marido pretendía liberarse de la obligación de alimentar a su mujer y suministrarle las litis expensas, insistiendo en la necesidad de convivir.

⁷ AHPBA 5-5-78-9. De esta forma trataba de justificar un marido los malos tratos, alegando que solo había incurrido en ellos para corregir a su mujer, al tiempo que la había amado y estimado en extremo.

⁸ AHPBA 7-5-12-8. Así se presentaba el marido ante el recurso de fuerza interpuesto por su esposa como consecuencia de un pleito de divorcio.

⁹ AGN B 7-31.

¹⁰ AGN "G" 14-20; 214-12. Argumento del marido demandado por malos tratos.

¹¹ AHPBA 5-5-80-31. Ídem.

¹² AGN TC 1807.

¹³ AGN 282-4; TC 1 I-1802. El reo por bigamia trataba de lograr la reducción de su pena, poniendo el acento en el perjuicio que resultaría de la prolongada

El vínculo conyugal se presentaba incuestionablemente perpetuo; se sostenía que la Iglesia había unido a ambas partes "con un vínculo indisoluble, lazo tan terrible que no es dado poder a los hombres para desatarlo"¹⁴.

Las reyertas conyugales se minimizaban; se consideraban "una cruz de nuestro estado", pero no un motivo legítimo para el abandono de los deberes¹⁵. Se aceptaba que las desavenencias y riñas fueran frecuentes entre los casados, y que eran pocos los matrimonios donde nó hubiera peleas y discordias¹⁶, pero se mantenía siempre la obligación de seguir unidos mientras la autoridad eclesiástica no determinara, en el competente juicio de divorcio, la separación del matrimonio y la prohibición de dividirse por voluntad de uno de los cónyuges¹⁷. La obligación de hacer vida maridable era considerada "justa y digna del mayor obediencia"¹⁸.

Se temía por las consecuencias de los divorcios y se sostenía que "de estos asuntos puede resultar la ruina espiritual y la perdición de las familias, con la falta de educación y abandono de los hijos"¹⁹.

A pesar del principio general que vedaba a los cónyuges demandarse recíprocamente, los estrados judiciales abundaban en pleitos en los que marido y mujer hacían ostensible el abandono de los deberes y derechos conyugales. Era, en estas circunstancias, cuando se hacía patente que los esposos y esposas no cumplían con las obligaciones impuestas desde las normas reales y religiosas, dejando entrever el desajuste entre la conducta esperada y la efectivamente cumplida.

Los pleitos por alimentos dan cuenta de que algunos maridos no sostenían efectivamente a sus mujeres, no las vestían ni las albergaban

separación de los cónyuges como consecuencia de la pena de 10 años de presidio. (282-4). En TC LI (1802) el alcalde de primer voto solicitaba al obispo que interviniera en favor de la unión del matrimonio.

¹⁴ AGN 214-12. En este caso el marido se presentaba solicitando se conminara a su mujer a unirse a él.

¹⁵ AGN 138-25. Este fue el argumento utilizado por un marido para fundamentar la imposibilidad de su cónyuge de separarse por su propia voluntad.

¹⁶ AHPBA 5-3-43-19. Así lo sostuvo el marido demandado por malos tratamientos.

¹⁷ AGN 18-88; 110-1; C 17-13. Era el fundamento de la negativa marital a prestar alimentos a su mujer durante la separación de hecho.

¹⁸ AGN C 17-1. De esta manera lo entendía el marido compelido a unirse a su mujer.

¹⁹ AGN 196-5. Conceptos vertidos por el oidor Sebastián de Velasco, "juez de casados", comisionado por el virrey para dar cumplimiento de las leyes que mandaban regresar a los casados a unirse con sus cónyuges. Del oidor juez de casados nos ocuparemos en el cap. 9, IV.

ni las asistían como estaba expresamente prescrito. Tampoco las respetaban ni las amaban como se pretendía, y en ocasiones, ni ellos ni ellas cumplían con el deber de fidelidad.

La preterición de las obligaciones generaba un desgaste que llevaba finalmente a la desaparición de la *affectio maritalis*, presupuesto de la vida en común. En estas circunstancias, parecía lógico no querer continuar al lado de quien se había ganado el odio de la otra parte por "sus perversas operaciones"²⁰; "a quien se ha tomado aversión y miedo"²¹; al que se profesaba "odio, aborrecimiento, abandono y venganza"²²; o simplemente, "vivir con quien no me quiere y no me ama"²³; o junto a aquel cuya compañía "le es pesada" al otro²⁴. Tampoco estimaban que se podía compartir el techo con quien había sindicado a su propia mujer de adúltera²⁵, como ramera²⁶, o la trataba como esclava²⁷. Con mucho menos dramatismo, una mujer sostenía que el marido había interpuesto demanda de divorcio contra ella, sencillamente por "haberse cansado y hastiado, como hombre inconstante y voluble, de la vida conyugal y sociable"²⁸.

Estas reyertas conyugales, según las mismas partes, conducían a la propia destrucción²⁹.

Una de estas "escandalosas resultas" era, sin duda, la publicidad de la desavenencia conyugal. Las partes eran conscientes de la nece-

²⁰ AGN 133-10; AHPBA 5-2-22-1. En estas condiciones, tampoco el marido quería continuar contribuyendo a su mujer con alimentos.

²¹ AGN 133-10; AHPBA 7-5-12-8. Así lo entendía quien tenía un divorcio entablado contra el marido.

²² AHPBA 5-5-80-31. De esta manera se defendía un marido demandado por malos tratos, agregando que "en lo más leve... es motivo de discordia y de vivir en una viva guerra".

²³ AGN 90-16. Nuevamente, un marido se negaba a alimentar a quien no quería convivir con él.

²⁴ AHPBA 5-2-22-5. Por esta razón, según el marido, su mujer entablaba juicio de divorcio.

²⁵ AGN 113-10. En atención a esto, la mujer tenía iniciado pleito de divorcio.

²⁶ AGN TC M8-1811. La esposa demandante por malos tratos incluía el maltrato moral para justificar su pretensión.

²⁷ AGN TC M8-1811. También tratar a la esposa como esclava justificaría demandar al marido por malos tratos.

²⁸ AGN 21-28. En esta oportunidad, el apoderado de la esposa pedía se obstaculizase un viaje del marido hasta que estuviera lo suficientemente afianzada la obligación de este de alimentarla.

²⁹ AHPBA 5-2-17-9, año 1799. Así opinaba un marido acerca de un pleito entablado, porque su mujer pretendía hacer valer un convenio por el que se desobligaba de seguirlo al lugar donde su marido quisiera fijar su residencia.

sidad de alimentar una imagen que coincidiera con la formulada por la cultura de la época, y que en caso de no ser esto posible, era imperioso evitar que trascendiera el desacomodo. Entablar demanda de divorcio era para algunos "publicar los excesos" del otro³⁰, mostrar al público que la mujer no llevaba la honra de la familia en alto, como era de esperarse, o que el marido le era infiel, en contradicción con las normas. Es que "en la sociedad colonial, el adulterio cometido por un hombre era considerado como una falta más perdonable, que sólo le acarrearía una gran censura si la cometía en forma indiscreta y ofensiva sobre la mujer y la familia"³¹.

La prolongación en la sustanciación de los pleitos entre cónyuges, podía poner en peligro la naturaleza misma del matrimonio como "remedio para la concupiscencia", ya que daba lugar a que se sostuviera que "prepara el peligro de la incontinencia respecto del marido, y un desorden en la libertad de ella"³².

El principio de la obediencia de la mujer al marido, y la subsiguiente sujeción de ella a él, tambaleó a lo largo de todo el período objeto de nuestro estudio. Sin perjuicio de las resultas de estos intentos de libertad femenina, los expedientes judiciales revelan que las mujeres, en algunos casos, asumieron su rol con resignación, mientras que en otros, se animaron a discutir las prerrogativas maritales. Así, mientras el hombre afirmaba que él mandaba y gobernaba en su casa, y no la mujer³³, esta le contestaba que "tanto manda uno como otro en casa"³⁴. Otras contestatarias eran las que manifestaban que "el marido no tiene poder para manejar a la esposa a su voluntad, y ésta no tiene obligación de seguirlo en sus caprichos"³⁵, mientras que las "sumisas", aceptaban lisa y llanamente la autoridad del esposo, tributándole una ciega obediencia³⁶.

³⁰ AGN TC L 1 1802. El marido se resistía a entablar un juicio de divorcio para no hacer pública la desavenencia conyugal.

³¹ Lavrin, *La sexualidad...*, p. 80.

³² AHPBA 7-5-12-8. Se refiere al peligro en la demora acerca de la resolución de un recurso de fuerza planteado por la mujer como consecuencia de un juicio de divorcio.

³³ AHPBA 5-5-78-9. Así lo relataba la esposa demandante por malos tratos al marido, ante el oidor.

³⁴ AHPBA 5-5-78-9. Tal el relato del mismo marido demandado por malos tratamientos.

³⁵ AGN TC P 2 1807. Ese era uno de los argumentos de una esposa cuyo cónyuge pretendía depositarla a causa de sus desórdenes.

³⁶ AGN 83-24.

Fiel reflejo del ejercicio del poder marital de corregir a la mujer, era la institución del depósito³⁷. Los pleitos en los que los maridos pretendían encerrar a sus mujeres, alegando sus prerrogativas conyugales, constituyen un índice del desajuste entre la teoría del deber de obediencia y el efectivo cumplimiento del rol esperado. Por otro lado, el poder de corrección del marido hacia la mujer, llevado al exceso, traía aparejado el pleito por "malos tratos", expresión de la discordancia entre el derecho y el hecho, y fuente, además del abandono de todos los otros deberes conyugales.

En efecto, cada vez que un hombre aparecía demandado por malos tratamientos, se hacía patente el olvido intencionado del deber de respeto, de asistencia, y algunas veces, hasta de cohabitar.

No es de extrañar, por otra parte, que frente al apartamiento del principio de la indisolubilidad del vínculo —nunca cuestionado abiertamente, pero sí evadido— surgieran otras vías para evitar la compañía indeseada, o para paliar las ausencias, voluntarias o no tanto. Uno de estos caminos era, por supuesto, el de la bigamia, entablado contra aquel que no había querido adaptarse a este rasgo característico del matrimonio cristiano.

III. Las justicias

Los litigios familiares nos dan la posibilidad de conocer las relaciones entre sus miembros, no solo a través de lo que ellos mismos expresan, sino también enriqueciendo esta visión con las opiniones de aquellos a los que les tocó ser árbitros de las discordias, es decir, los jueces. Estos funcionarios fueron también portavoces del punto de vista de la sociedad en la que actuaron, y testigos de la conformidad o no, de la teoría con la realidad. Es a través de estos autos interlocutorios o sentencias cuando surge claramente el concepto de matrimonio que la práctica judicial había consolidado.

¿Coincidió esta idea "jurisprudencial" con la noción que sobre el mismo tema emanaba desde las sumas, los tratados y los manuales?

Para alcaldes de primero y segundo voto, para oidores, para gobernadores-intendentes, entre otros, la familia era el marco ideal para el desarrollo personal y la educación de los hijos. Por eso, era necesario defender su continuidad a toda costa y eliminar todos los esco-

³⁷ Ver cap. 7.

llos que se pusieran en su camino. Ninguna consideración especial debía tenerse en cuenta, porque lo que primaba era la persistencia de la vida en común. De ahí que se pusiera el acento en la indisolubilidad del vínculo y se minimizaran las peleas de todos los días.

El matrimonio, para las justicias, era una imposición perpetua, durante la cual la mujer debía aceptar todo, o casi todo, y el hombre hacer lo posible para convencerla, por las buenas o por las malas. Y cuando quienes administraban justicia se encontraban con alguna mujer que se rebelaba contra este sino, la conminaban a que lo aceptara con resignación, ordenándole que ya que se había casado, "que se aguante"³⁸. Es que contrariar el principio de la indisolubilidad del vínculo matrimonial, pretender empezar otra vida con un nuevo socio, era percibido como un pecado público. Y si algún funcionario tenía conocimiento de una transgresión de esta naturaleza, debía denunciarla³⁹.

Las justicias se mostraban como guardianas de la armonía y la paz conyugal, defensoras de la unión de marido y mujer, y de la continuidad de la vida marital. Los valores que trataban de preservar eran la paz y la quietud de la institución, la superioridad del marido sobre la mujer y la inobjetablez de la conducta de la esposa⁴⁰.

Los litigios entre esposos eran mal vistos por los funcionarios, quienes los percibían como una molestia hacia el tribunal⁴¹. Eran ellos quienes debían poner remedio a los desórdenes, vigilando estrechamente la conducta de las partes, "poniendo quietud en las continuas discordias"⁴²; y en definitiva, "evitando escándalos y proporcionando los remedios más suaves para el establecimiento de la unión de los matrimonios"⁴³. También ellas debían evitar que las diferencias entre marido y mujer trascendieran o tomaran estado público.

En cuestiones de familia, cobraba especial significación el valor del ejemplo. Las justicias eran conscientes de la trascendencia de cada una de sus decisiones en la conducta posterior de las partes y de la sociedad, y en la necesidad de evitar la proliferación de prototipos

³⁸ AGN TC M8-1811. Se refiere a la queja de una esposa ante el alcalde y a la respuesta recibida en aquella oportunidad.

³⁹ RLI lib. 1, t. 7, ley 14.

⁴⁰ AGN "A" 16-8; 40-16; 16-8.

⁴¹ AGN 40-16. La Real Audiencia advertía a marido y mujer se abstuvieran de las discordias con que habían molestado a los tribunales de justicia.

⁴² AGN R15-5. En esos términos se expresaba la Real Audiencia interviniente.

⁴³ AGN TC P2-1087. En este caso, la justicia capitular ordenaba el depósito de la mujer a pedido del marido.

objetables. Por eso insistían: "con cuanto cuidado debe procederse en esta causa, por el asiento de su decisión, como que en ello deja un ejemplo a la posteridad que puede influir por los más graves inconvenientes en la religión y en el estado... pues la miseria de nuestra naturaleza parece que más continuamente nos mueve a la imitación de la malicia"⁴⁴. La misma voluntad de desterrar el mal hábito guiaba sus decisiones cuando sostenían, en un caso, que si el la que mujer viviera separada de su marido fuera tolerable, eso sería "abrir margen a toda mujer que estuviese mal hallada en la sujeción de su marido... para contener la malicia de las que se valen de tales antecedentes para evadirla"⁴⁵.

Hombres y mujeres eran vigilados bien de cerca, con el objeto de comprobar si, una vez finalizado el pleito, ajustaban sus conductas a las recomendaciones morales contenidas en la sentencia. Los funcionarios se encomendaban unos a otros, "estar a la mira de la conducta" de los matrimonios⁴⁶; a los cónyuges a "manejarse con prudencia y moderación absteniéndose uno y otro de las discordias con que han molestado en los tribunales de justicia"⁴⁷.

Exigir de las partes el cumplimiento efectivo de las resoluciones y, consecuentemente, el acatamiento de las normas, implicaba la necesidad de contar con la colaboración de los obligados. De esta manera, se arrancaba a marido y mujer, promesas de variada índole. Así, el esposo se obligaba a tratar bien a la mujer, y uno y otro prometían enmendarse, mejorando sus conductas, respetándose y venerándose⁴⁸. Cabe preguntarse si las justicias mismas estaban seguras de las posibilidades de éxito de estas promesas, extraídas a la fuerza, bajo apercebimientos legales, y sobre cuya viabilidad nosotros también dudamos.

⁴⁴ AGN 40-16. Así se expresaba el apoderado del marido, advirtiendo acerca de las peligrosas consecuencias de conceder alimentos a la mujer que no estuviera depositada, atento a que, de hacerlo así, muchas otras mujeres, no conformes con la sujeción a sus maridos, les demandarían alimentos para disfrutarlos lejos de su lado y a su antojo.

⁴⁵ AGN 126-10. Por esta razón, el marido pedía el depósito de su mujer, en tanto se resolvía un recurso de apelación interpuesto por esta en el juicio de divorcio.

⁴⁶ AGN A 16-8; G15-9; AHPBA 7-2-104-12. Se encomendó esta tarea al Gobernador Intendente en G15-9 y al alcalde de Montevideo en 7-2-104-12.

⁴⁷ AGN 40-16. Esto lo disponía la Audiencia, ordenando el depósito de la mujer.

⁴⁸ AGN M8-1811. Se trataba de aquellos casos en los que las mujeres demandaban a los maridos por malos tratos, y para finalizar el pleito, se trataba de llegar a una promesa de enmienda.

Los planteos suscitados, las actitudes de las partes ante los estrados judiciales, las opiniones de los magistrados y los resultados a los que se arribaba, son una pequeña muestra de diferencias entre el modelo que se pretendía imponer y la verdad de todos los días: las familias perfectas, las parejas amantes y las obligaciones y derechos alineados a ambos lados, había que buscarlos en otros ámbitos, si es que estos efectivamente existían.

Capítulo 7

DEBERES Y DERECHOS

Uno de los efectos jurídicos del matrimonio era el surgimiento de deberes y derechos para ambas partes. Algunos pesaban sobre marido y mujer simultáneamente, mientras que otros eran exclusivos de uno u otro sexo.

En pleno siglo XVIII, un teólogo moral como Martín de Torrecilla hacía arrancar del *Decálogo* el origen de las obligaciones conyugales, sosteniendo que en dicho libro se mandaba "el honor y reverencia y también la mutua obligación y amor del marido y la muger"¹. La cita del *Decálogo* es amplia e imprecisa; sus imposiciones no encuadran específica ni exclusivamente en ninguna de las obligaciones conyugales, en especial, y recaen sobre ambas cabezas.

La posibilidad efectiva de hacerse cargo de las obligaciones conyugales, era requisito para que los futuros contrayentes pudieran convertirse en marido y mujer. Ciriaco Morelli, otro teólogo moral, sostenía que "la ley natural prescribe que no se contraiga matrimonio antes que los cónyuges sean capaces de cumplir con los deberes corporales y morales de su estado"².

La doctrina canónica insistía en lo árido de sobrellevar las cargas conyugales, afirmando que ambos cónyuges debían ayudarse el uno al otro a "llevar las incomodidades de la vida y flaquezas de la vejez", y también insistía en que ambos cónyuges debían asumirlas conjuntamente³.

También Morelli opinaba que "los dos cónyuges forman una sola carne, o una sola persona moral a causa de la cooperación simultánea

¹ Torrecilla, ob. cit., trat. III, disput. III, cap. I, secc. IV, p. 411. *De la obligación de los maridos para con sus mugeres y al contrario.*

² Morelli, Ciriaco, *Elementos de Derecho Natural y de Gentes*, t. III, Imprenta de Coñi Hnos., Bs. As., 1911, p. 227.

³ Arbiol, ob. cit., lib. II, cap. I, p. 58.

de uno y otro requerida por el cumplimiento de los deberes matrimoniales"⁴.

En una instrucción a los casados, escrita por un autor anónimo, se enfatizaban los trabajos que se ofrecían en la vida conyugal, "tantos y tan grandes", y se proponía, como única vía para hacerlos más tolerables, el amor entre los casados, que "hace suaves y dulces los trabajos"⁵.

"Terribles, gravosas, pesadas, son consideradas las que emergen del lazo conyugal", fueron las expresiones utilizadas para adjetivar las obligaciones que surgían del estado matrimonial⁶.

Los propios protagonistas de los pleitos conyugales no dudaban en sostener que "las cargas y leyes del matrimonio se hacen soportables sólo cuando el amor anima la elección"⁷; destacaban el aspecto fatigoso del enlace; y proponían, como única alternativa para hacerlo más soportable, el amor entre los cónyuges.

Vamos a ver a continuación cada uno de estos deberes y derechos conyugales.

I. Asistencia

El derecho-deber de asistencia constituía una obligación que pesaba por partes iguales en cabeza de ambos cónyuges.

Ya las Partidas, al referirse a la fuerza del matrimonio, habían impulsado a los esposos a no abandonarse el uno al otro cuando las circunstancias de la vida determinasen que alguno de ellos se enfermase, ponían el acento en que "non deve el uno desamparar al otro... antes deben venir todos en uno, e servir el sano al otro"⁸.

Esta obligación tenía que ver con la ayuda, el consuelo, la colaboración y la compañía mutuas, sentidas como imprescindibles para sobrellevar las distintas alternativas que podían presentarse a lo largo de la vida en común. Constituían una exigencia de apoyo, de "contención"

⁴ Morelli, ob. cit., p. 244.

⁵ "Ave María Purísima", Anónimo, *Breve instrucción a los casados y útiles advertencias a los que pretenden serlo*, 4.ª ed., Imprenta de los herederos del Lic. Don José de Jáuregui, México, 1797, cit. por Lavrin en *La sexualidad...* La autora destaca que esta obra había sido editada cuatro veces en 1791, en México.

⁶ Serrano Redonnet y otra, ob. cit., p. 44.

⁷ AHPBA 5-2-17-9.

⁸ P. 4, t. 2, ley 7.

—en palabras hoy en día de moda—, que, en este aspecto específico, eran más bien morales y no tenían necesariamente un correlato con las exigencias materiales.

A esta obligación se referían los moralistas cuando decían que los esposos debían "ayudarse y consolarse... puesto que ambos son como una sola persona..."⁹.

También la literatura del siglo XVIII reflejaba esta exigencia del connubio cuando presentaba la cooperación de los esposos y el acuerdo mutuo como necesarios para la educación de los hijos y el sostenimiento de las relaciones familiares¹⁰.

II. Derecho-deber alimentario

Traspasados los límites del apoyo moral, y configurado básicamente a cargo del marido, se presentaba el derecho deber-alimentario, expresión material del de asistencia.

A) Fundamentos

La palabra "alimentos" aludía, en general, a las asistencias que se debían unas personas a otras para mantenerse¹¹.

El fundamento del derecho-deber alimentario entre cónyuges surgía implícitamente de la ley 7, título II, Partida IV, cuando decía, refiriéndose a la fuerza del matrimonio: "Mas si alguno de los que fuesen casados, cegasse, o se fiziese sordo o contrecho o perdiese sus miembros por dolores o por enfermedad, o por otra manera cualquier, por ninguna de estas cosas, nin aunque se fiziese gafo, non deve el uno desamparar al otro... antes deben venir todos en uno, e servir el sano al otro, e proveerle de las cosas que menester le fiziesen: segund su poder".

Es difícil encontrar en la doctrina jurídica, claras referencias a la obligación alimentaria entre cónyuges. Mereció más atención el tema de la obligación alimentaria entre padres e hijos o entre parientes.

Solo los moralistas consagraron expresamente la obligación del marido de alimentar a su mujer, como Martín de Torrecilla, que sos-

⁹ Morelli, ob. cit., t. II, p. 240; Arbiol, ob. cit., p. 38.

¹⁰ Serrano Redonnet y otra, *El triunfo de la prudencia y fuerza del buen ejemplo*, t. I, en Biblioteca de Autores Españoles, Ediciones Atlas, Madrid, 1985.

¹¹ Pérez y López, ob. cit., t. III, p. 366.

tuvo que pecaba gravemente el marido que negaba alimentos a su mujer¹², porque estaba obligado a proveerla de las cosas necesarias para su mantenimiento¹³ y Martín de Azpilcueta Navarro, quien hacía pesar en cabeza de ambos cónyuges la obligación alimentaria¹⁴. Otro teólogo moral, Antonio Arbiol, exigía al marido "ejercicios honestos" para sustentar sus casas y familias, así como para conservar su patrimonio¹⁵. Antonio de Guevara se explayaba aún más, aconsejando: "Que los maridos sean muy cuidadosos de proveer sus casas, de vestir a sus mugeres... y de pagar a sus criados, porque en las cosas voluntarias pueden los hombres descuidar, mas en las necesidades de sus casas no se sufra descuidos ni olvidos"; y ejemplificaba: "El oficio del marido es ganar la hacienda y el de la muger allegarla y guardarla. El oficio del marido es andar fuera a buscar la vida, y el de las muger es guardar la casa. El oficio del marido es buscar dineros, y el de la muger es, no malgastarlos". Tan exigente se mostraba Guevara con el hombre, que explicaba que para mantener una casa y una familia, era necesario que el marido "se afane, sude y trabaje"¹⁶.

Morelli afirmaba que a la prerrogativa nupcial del marido correspondía el deber de alimentar a la esposa e hijos, así como le incumbían las cargas pecuniarias del matrimonio; y agregaba, citando a Xenofonte, que todo en la sociedad doméstica se reducía al interés del padre de familia, porque de él todos esperaban el alimento¹⁷. Sin embargo, no mencionaba expresamente la obligación alimentaria entre los deberes de los esposos.

Entre los escritores del siglo XVI, fue fray Luis de León quien, en su obra *La perfecta casada*, atribuía a la naturaleza, el haber proveído la unión de los cónyuges, para que cada uno prestara al otro su condición: el hombre proporcionaría los recursos, y la mujer, cuidaría de su conservación¹⁸.

Dos siglos más tarde, y entre nosotros, Cristóbal de Aguilar encaraba el tema cuando, en su *Diálogo entre Don Prudencio y Doña Escopeta*, presentaba el caso de una esposa que abandonaba al marido

¹² Torrecilla, *Encyclopedia canónica, civil, moral regular y ortodoxa*, Madrid, Blas de Villanueva, 1721, p. 506.

¹³ Torrecilla, ob. cit., trat. II, disput. II, cap. I, secc. IV, n.º 6.

¹⁴ Azpilcueta Navarro, ob. cit., cap. 22, p. 398.

¹⁵ Arbiol, ob. cit., lib. I, cap. I, p. 39.

¹⁶ Guevara, ob. cit., p. 184.

¹⁷ Morelli, ob. cit., t. III, p. 243.

¹⁸ León, fray L. de, ob. cit., p. 40.

por no mejorar su nivel de vida, y tenerla sumida en la mayor austeridad¹⁹.

Tal vez en esta obligación, más que en ninguna otra, se perfilaba más claramente la división de roles y tareas asignada a uno y otro sexo por la literatura y el derecho de la época. Exigir que fuera el hombre el que procurara los bienes materiales, y que la mujer los cuidara y administrara, se conformaba con los papeles tradicionalmente adjudicados a ambos²⁰.

Estas exigencias para con el hombre hacían que la obligación alimentaria fuera sentida como muy pesada y gravosa, y que la carga de vestir a la propia mujer se viera como "cosa a la verdad la más inaguantable e insufrible de estos tiempos", según Antonio Matheu y Borja²¹.

Tomás Sánchez, aludiendo a la potestad del marido sobre la mujer, sostenía que, por el vital contrato que había entre ambos, el marido se obligaba a sustentarla, y la mujer a obedecer en lo que fuere justo y razonable²².

Abandonar o descuidar el bienestar de la esposa y los hijos era moral y legalmente inaceptable, una "irresponsabilidad"²³.

Algunos autores, como Antonio Gómez, decían que si no se pagaba la dote prometida, el marido no tenía obligación de alimentar a la mujer y podía echarla, y enviarla a la casa de su padre o del que prometió la dote²⁴. En el mismo sentido, Enrique de Villalobos, teólogo moral, decía que si no estaba pagada la dote, no tenía obligación el marido de sustentar a la mujer, salvo si la fió o recibió sin dote a la mujer, en cuyo caso no podría echarla de casa ni dejar de llevarla a ella por no haberle pagado la dote. Agregaba, además, que si ella perdía la dote, o se la confiscaban, el marido tenía obligación de sustentarla²⁵. Torrecilla opinaba que si la había recibido sin dote, debía alimentarla²⁶.

¹⁹ Serrano Redonnet y otra, ob. cit., t. I y II.

²⁰ Ver cap. 3.

²¹ Cit. por Martín Gaité, ob. cit., p. 154.

²² Sánchez, cit. por Fernández Vargas, ob. cit.

²³ Lavrin, *Sexualidad...* p. 36.

²⁴ Gómez, *Commentarium absolutissimum natuti*, Typis Petri Marin, MDCCLXXX, ley 53

²⁵ Villalobos, ob. cit., p. 321.

²⁶ Torrecilla, ob. cit., n.º 18, *En el terreno de las conveniencias*; ha afirmado María Isabel Seoane, "si la mujer carecía de dote, dificultoso le resultaría con-

La desigualdad en la situación económica previa de la esposa carecía de relevancia para otros autores, quienes afirmaban que la mujer se hacía de la condición, estado y dignidad del marido, aunque antes de casarse hubieran sido desiguales en el estado²⁷. Desde la posición de actora, una esposa sostenía que "el marido constante la sociedad conyugal, está obligado a mantener a la mujer aunque ésta no haya llevado bienes algunos al matrimonio"²⁸.

El marido debía hacer participante a la mujer de todas las comodidades de que él disfrutaba, asistiéndola en la enfermedad o desgracia y proporcionándole todo lo preciso para las necesidades de la vida, según su estado y facultades. Sin embargo, no todos los maridos estaban convencidos de esto, y así, se consideraba esposo ejemplar, aquel que se había "afanado, sudado y desfallecido bajo el peso del trabajo incesante de sus manos, para sólo complacer a la mujer —y colmarla de las satisfacciones a que no la destinó su nacimiento"²⁹. ¿Habría leído este exhausto marido, las *Epístolas Familiares*, de Antonio de Guevara?

Elizondo, aludiendo a la "precisión del bello sexo a tener una vida activa y laboriosa", decía que el hombre debía empeñarse en la adquisición para mantener a su familia, al paso que la mujer debía asistir a la conservación, gobierno y distribución de lo adquirido, sobre cuyos dos extremos "no se advierte inferior una a otra virtud"³⁰.

Aunque lo más frecuente era que el marido sostuviera a la mujer, es decir, que esta era una de las obligaciones que en principio pesaba sobre el hombre, la mujer debía dar alimentos al marido cuando ella fuera rica y él pobre, pues ambos se debían mutuamente ayuda y socorro, conforme la citada ley 7, título II, Partida IV. Martín de Torrecilla decía que "peca gravemente la mujer rica, si al marido pobre le niega los alimentos, porque siendo ella rica y él pobre, está de tal manera obligada a darle los alimentos"³¹.

Pocas fueron las veces en que los hombres efectivamente demandaron alimentos a sus esposas, sin embargo, a lo largo de nuestra

traer, por cuanto no habría hombre deseoso de aventurarse a cambiar de estado si ella no ofrecía algo para solventar las cargas matrimoniales, alimentarse a sí misma y alimentar a la prole", *Historia de la dote...*, p. 119.

²⁷ Asso y Manuel, ob. cit., 48 y Berardi, Carlos Sebastián, *Instituciones de Derecho Eclesiástico*, Madrid, MDCCXCI, Imprenta de la viuda de Ibarra, p. 290.

²⁸ AGN TC "A" 1 1800.

²⁹ AGN C17-13 (1799).

³⁰ Elizondo, ob. cit., t. 8, p. 99.

³¹ Torrecilla, ob. cit., p. 102.

compulsa, nos encontramos con el caso de un marido privado de la administración de sus bienes, que pedía alimentos al administrador designado de los bienes gananciales³².

Tampoco cesaba la obligación del marido, conviviendo ambos cónyuges, cuando la mujer tuviera con qué alimentarse³³.

De lo expuesto, surge que la obligación alimentaria entre cónyuges no mereció tratamiento legislativo especial. Solo se infiere de algunas leyes de Partidas, como de la ley 7, título II, Partida IV, que es su fundamento, y contribuyen a perfilar sus características la ley 5, título 33, Partida 7, y la ley 2, título 19, Partida IV, que aluden al contenido de la obligación alimentaria.

Ningún cuerpo normativo posterior recogió el tema. Recién con la Recopilación de Leyes de Indias de 1680 apareció velada la obligación alimentaria, al tratar el tema de los casados en España que pasaren a Indias. La partida de españoles al Nuevo Mundo, así como la vuelta de estos a la península, y la situación en que quedaban sus mujeres, plantearon situaciones nuevas que no podían ser resueltas con soluciones ajenas. En consecuencia, en este tema, no podemos dejar de considerar las disposiciones de la Recopilación de leyes de Indias, a la que haremos referencia más adelante.

Otras cuestiones, como por ejemplo las condiciones que dan nacimiento a la obligación alimentaria o el procedimiento, son elaboración de la doctrina canónica y jurídica.

La autoridad marital

Tal como lo sostuvimos anteriormente, y sobre lo que volveremos más adelante, las relaciones personales de los cónyuges se desenvolvían sobre la base del sometimiento de la mujer a la autoridad del marido, de la asunción de su papel secundario, y del aislamiento dentro del hogar. En consecuencia, entre actores y demandados imbuídos de estas concepciones, se desenvolvían los pleitos sobre alimentos. Como afirma Mariluz Urquijo, "las reyertas conyugales suelen ser oportunidades propicias para que aflore en toda su crudeza el enfrentamiento de los sexos y para que el marido haga jugar en su favor la jefatura del hogar que le reconocen las leyes. El deber de obediencia de la esposa es invocado así para doblegar voluntades rebeldes y para que el esposo pueda imponer judicialmente su autoridad marital"³⁴. No

³² AGN 117-7 (1796).

³³ Elizondo, ob. cit., t. I, p. 77.

³⁴ Mariluz Urquijo, *El horizonte...*, p. 59.

obstante reconocérseles mayores trabajos en el matrimonio, en relación con el cuidado y educación de los hijos, se las obligaba a someterse al marido, bajo pena de doble pecado³⁵.

Convencido de su superioridad, un marido que pretendía eximirse de su obligación alimentaria, sostenía que su mujer "...se ha substraído enteramente de mi respeto, obediencia, reconocimiento y dependencia, dándola perversas lecciones de insubordinación"³⁶.

Al solicitar un marido la reclusión de la mujer, afirmaba que desde el tiempo que habían contraído matrimonio, habían corrido veintidós años sin que en tan dilatado espacio hubiera podido reducir a su mujer a la obediencia que debía toda casada a su marido. El mismo cónyuge, para liberarse de la cuota fijada, decía que la asignación de alimentos hecha a su esposa presentaba "un ejemplar pernicioso al estado matrimonial", y que seguramente atraería malísimas resultas, pues "se abre una puerta para que otras muchas, mal contentas de la sujeción justa en que las tienen sus maridos, ocurran a las justicias a lograr con que sostenerse fuera de su lado y fatigarlos con pleitos"³⁷.

Así, frente al reclamo de alimentos, el cónyuge remiso pretendía aferrarse a una prerrogativa para él incontestable: el imperio de su autoridad.

B) Condiciones

Nacimiento de la obligación alimentaria

La obligación alimentaria nacía siempre que concurrieran dos circunstancias: a) La indigencia del alimentado; b) las posibilidades económicas en el alimentante.

Pasaremos a desarrollar cada una de ellas.

a) Indigencia del alimentado

El que solicitaba alimentos debía hallarse sin bienes ni medios de ganarse la vida. Con frecuencia, la esposa demandante hacía referencia al estado de miseria, abandono, y desamparo en que se encontraba³⁸. Utilizando expresiones más que elocuentes para ilustrarlo, como por ejemplo: "...las más veces, si he comido no he cenado"³⁹; o "el

³⁵ Fernández Vargas y otra, ob. cit., p. 32.

³⁶ AHPBA 5-2-22-1 (1811).

³⁷ AGN B7-20 (1792).

³⁸ AGN 21-19; 40-13; 91-13; C17-13 (1785, 1799, 1788 y 1799).

³⁹ AGN 17-7 (1796).

vientre no se alimenta del aire", hacía saber su dependencia del auxilio, protección o caridad de los vecinos, y afirmaba estar "expuesta a mendigar de puerta en puerta"⁴⁰. Acá, en los pleitos sobre alimentos, llegaba tanto el hombre como la mujer a divulgar sus sentimientos más íntimos, a humillarse hasta el límite de la limosna.

Los achaques, la edad y el exilio constituían circunstancias a través de las cuales las solicitantes demostraban su imposibilidad de adquirir medios para subsistir⁴¹.

A pesar de que muchas esposas ejercían alguna industria, informaban al juez que dicha actividad no era suficiente para proporcionarles los medios para ganarse la vida⁴².

No solamente se exigía como requisito de la solicitud de alimentos la indigencia actual, sino que, muchas veces, el pedido se formulaba previendo males futuros, si persistía la falta de alimentos⁴³. Las cónyuges, ante la carencia de medios para subsistir, contraían deudas y, de esta manera, se veían expuestas a eventuales demandas⁴⁴.

b) Posibilidades económicas en el alimentante

El pedido de alimentos debía fundarse en que el alimentante estaba en condiciones económicas para atender a las necesidades de su cónyuge. Torrecilla decía que si el marido no pudiese, no estaría obligado a darle alimentos, "pues ninguno está obligado a lo que no puede hazer, y así el marido pobre no está obligado a sustentar a la mujer ni a los hijos"⁴⁵.

Era conveniente denunciar las actividades económicas de los esposos, y así acreditar sus reales posibilidades. De un marido médico, se decía "que posee crecidos caudales que le facultan enviar pingües alimentos a su mujer"⁴⁶; de un empleado de teniente visitador de la Renta de Tabacos, "con algunas facultades para atender a su íntima obligación"⁴⁷; o de un carrocerero, "que puede ganar mucho dinero"⁴⁸.

El juicio por alimentos se desenvolvía, en general, entre individuos pertenecientes a las clases bajas o medias de la sociedad virreinal;

⁴⁰ AGN C17-13 (1799).

⁴¹ AGN 40-13; 141-19; 91-13; T6-17; AHPBA 5-2-22-5 (1799, 1786, 1788, 1795 y 1796).

⁴² AGN 40-13; T6-17 (1799 y 1795).

⁴³ AGN 106-20; C17-13 (1786 y 1799).

⁴⁴ AGN C17-13 (1799).

⁴⁵ Torrecilla, ob. cit., trat. III, disput. II, cap. I, secc. IV, n.º 14.

⁴⁶ AGN 21-19 (1785).

⁴⁷ 91-13 (1788).

⁴⁸ AGN C17-13 (1799).

comprendía artesanos, agentes de la administración pública, y ocasionalmente, algún profesional. No nos consta el acceso a este tipo de pleitos de esclavos o mestizos ni de individuos pertenecientes a las clases superiores, como altos funcionarios de gobierno o terratenientes. Los prejuicios sociales, o tal vez, la posibilidad de acudir a otras vías, como por ejemplo, la ayuda de un pariente cercano o la existencia misma de una dote, podrían explicar esta ausencia.

4. C) Extensión

a) Contenido de la obligación

La obligación alimentaria comprendía lo que la persona necesitaba para su manutención y subsistencia, abarcando la comida, bebida, vestido, habitación y recuperación de la salud⁴⁹. Torrecilla agregaba la cama "y otras cosas necesarias para la vida"⁵⁰.

La práctica judicial nos demuestra que las demandantes, en general, reclamaban una cuota que fuera suficiente para la adquisición de comida, zapatos⁵¹, honorarios médicos y remedios⁵², sobre todo al hacer responsable al aumentante de las enfermedades padecidas del lavado de la ropa⁵³, de la vivienda⁵⁴, de los criados⁵⁵ y de su vestuario⁵⁶, de los esclavos⁵⁷ y hasta para solventar "el vicio del mate y polvillo"⁵⁸. Un renglón insólito en el pedido lo constituye "el alumbrado de las calles", que hemos visto en un expediente⁵⁹.

La exigencia de la vestimenta variaba, desde pedir lo indispensable para cubrir la desnudez⁶⁰, hasta pretender que la ropa fuera de buena calidad y suficiente⁶¹.

Encaminadas a no dejar encerrado entre vocablos algún rubro que la reclamante considerara necesario, se acudía a expresiones genera-

⁴⁹ P. 5, t. 33, ley 7 y p. 2, t. 19, ley 4.

⁵⁰ Torrecilla, ob. cit., p. 35.

⁵¹ AGN 141-19; T6-17 (1786 y 1795).

⁵² AGN 141-19; T6-17 (1786 y 1795).

⁵³ AGN 141-19; 81-38 (1786 y 1781).

⁵⁴ AHPBA 5-2-22-1 (1811).

⁵⁵ AGN 141-19; B7-20 (1786 y 1792).

⁵⁶ AGN 141-19 (1786).

⁵⁷ AHPBA 5-2-22-1 (1811).

⁵⁸ AGN T6-17 (1795).

⁵⁹ AGN 141-19 (1786).

⁶⁰ AHPBA 5-2-22-5 (1796).

⁶¹ Mariluz Urquijo, *El horizonte...*, p. 81.

les, en las cuales la idea de "decente manutención"⁶² aparecía de vez en cuando. Se ponía especial cuidado en evitar la exclusión, y así nos encontramos con expresiones como "en términos que sufrague una honesta decencia"⁶³; o "con una regular decencia"⁶⁴, y otras.

Una consideración especial merece el tema de la exigencia del o de la criada. Contar con un criado o un esclavo no parece haber sido patrimonio exclusivo de las clases elevadas. Carecer de un criado o criada era vivido como una circunstancia tan agravante como para justificar un pedido de separación⁶⁵. Mariluz Urquijo ha dicho que "todavía en la séptima década del siglo encontramos a una dama porteña que echa en cara a su marido el haber tenido que recurrir a sus padres para que "le prestasen una criada que la acompañara al templo sin la cual ninguna persona aún de la plebe, sale a la calle". No olvidemos que, según desarrollamos en otra parte⁶⁶, las mujeres salían poco, y cuando lo hacían, debían ir acompañadas, ya que hacerlo solas no era propio de las que se preciaban de honestas.

Otra esposa, abandonada y carente de recursos, se hallaba "con la suma desnudez de un solo criado", y por uno de ellos, litigaron durante años Petrona Chávez con su cuñado Carlos de Sandoval, apoderado de su marido⁶⁷.

b) Facultades del alimentante. Condición social de la alimentada

Las Partidas establecían: "Debe cada uno fazer segund la riqueza, e el poder que obiere, catando todavía la personalidad de aquel que lo deve recibir"⁶⁸. Es decir, que los alimentos debían graduarse según las facultades del alimentante y la condición de la persona alimentada⁶⁹.

Argumentando que "según derecho ningún marido es obligado a más de lo que puede hacer"⁷⁰, el señalamiento de alimentos se hacía

⁶² AGN 106-20; 40-13; 141-19 (1786, 1799 y 1786).

⁶³ AGN 40-13 (1799).

⁶⁴ AGN 141-19 (1786).

⁶⁵ Mariluz Urquijo, *El horizonte...* El mismo autor continúa: "Entre los agravios que una señora distinguida acumula contra su marido para justificar un pedido de separación, está el no haberle comprado o asalariado un criado o criada que le sirviese, lo cual habría provocado el desprecio de las gentes y el entretenimiento de las conversaciones, a no haber sido por el apoyo que le prestaron sus padres proporcionándoles la servidumbre adecuada", p. 62.

⁶⁶ Cap. 3.

⁶⁷ AGN 141-19 (1786).

⁶⁸ 4-19-2.

⁶⁹ AGN C17-18 (1799).

⁷⁰ AGN 181-38 (1781).

en consideración a las facultades, manejo y ejercicio de los que debían contribuir⁷¹.

A la hora de pedir, las mujeres de artesanos, comerciantes y empleados públicos, perdían de vista las Partidas, al considerar que las necesidades humanas no dependían del nacimiento y eran idénticas para todas: "la calidad de mi persona no hay por qué considerar, pues la más infeliz no se contentará con ocho pesos mensuales"⁷². Otras destacaban la riqueza de su cuna, cuando al referirse al marido olvidado de sus obligaciones, decían: "ni aún ha tratado de erogarme dinero alguno u otra cosa semejante para la decencia correspondiente a mi estado y buen nacimiento"⁷³.

c) Determinación del quantum

La ley no podía establecer la cantidad exacta en que debían consistir los alimentos, pues había de atenderse a circunstancias que no era posible apreciar de antemano, debía dejarla, por necesidad, al arbitrio de los tribunales. En la práctica, la demandante solicitaba una suma fija⁷⁴ o dejaba esta al albedrío del juez⁷⁵. Aunque en definitiva era éste quien la fijaba, muchas mujeres arriesgaban una cifra que estimaban podría cubrir sus requerimientos, la que generalmente era respetada.

Era frecuente que la mujer directamente pidiera, en concepto de alimentos, una proporción del sueldo que percibía su marido en algún puesto público, que podía ser la tercera parte⁷⁶ o la mitad⁷⁷.

d) La cuota fijada y su conformidad con la realidad económica

El desajuste entre la suma que la esposa debía percibir y el gasto que demandaban sus necesidades, determinaba que, con frecuencia, hiciera presente al juez su disconformidad con la asignación. Afirmaciones como "...es una cantidad que para el plato viene muy escasa y menos me alcanzaría para zapatos y si se ofrece alguna enfermedad..."⁷⁸; "...corta pensión que recibo apenas me alcanza a la mitad de mi diario alimento"⁷⁹; "es una pensión bastante escasa para el gasto

⁷¹ AHPBA 7-3-116-47 (1793).

⁷² AGN A17-7 (1796).

⁷³ AGN 81-38 (1781).

⁷⁴ AGN 40-13; H3-10 (1799 y 1793).

⁷⁵ AGN 91-13; 81-38; V7-18; B7-31 (1788, 1781, 1789 y 1796).

⁷⁶ AGN 40-13 (1799).

⁷⁷ AGN 81-38 (1781).

⁷⁸ AGN 141-19 (1786).

⁷⁹ AGN 40-13 (1799).

de una casa, mayormente en el día por la escasez de la plaza..."⁸⁰ o "...me es forzoso estrecharme a más de lo posible, procurando de continuo una rígida economía"⁸¹, o "de ninguna manera puede hoy reducir a menos su erogación con el aumento y valor que han tomado los renglones de primera necesidad pues aún ésta es muy escasa asignación"⁸², aparecían con asiduidad en los escritos, procurando conectar la rígida disposición con la realidad de cada uno.

También los maridos relataban sus dificultades para sobrevivir, y no faltó quien no reparara en decir "...aquí sólo está barato el pan, y no sólo con él vive el hombre"⁸³.

e) Forma en que debían satisfacerse

Los alimentos podían suministrarse en dinero o en especie o de ambas formas a la vez⁸⁴; mensualmente, que era lo más usual⁸⁵; anualmente⁸⁶ o diariamente⁸⁷.

Los jueces establecían la obligación de entregar una suma fija, cuando el demandado ejercía una actividad por cuenta propia⁸⁸, o una proporción del sueldo, si se hallaba en relación de dependencia⁸⁹.

Para la determinación de la capacidad económica del alimentante, con frecuencia era necesaria una manifestación de bienes, formulada por el propio marido⁹⁰ o por la mujer⁹¹. De cualquier manera, la cuota fijada era siempre provisional⁹².

f) Desde cuándo eran debidos

La cuota de alimentos fijada en la sentencia podía ser debida desde que el marido había dejado de suministrarlos⁹³, desde el depósito de

⁸⁰ AGN 141-19 (1786).

⁸¹ AGN 141-19 (1786).

⁸² AGN B7-20 (1792).

⁸³ AGN 91-13 (1788).

⁸⁴ AGN 141-19 (1786).

⁸⁵ AGN 40-13; 106-20; V7-18; B7-31; A17-7; B7-20; AHPBA 5-2-22-5 7-3-116-47 (1799, 1786, 1789, 1796, 1796, 1793, 1796 y 1793).

⁸⁶ AGN 81-38 (1781).

⁸⁷ AGN H3-10 (1793).

⁸⁸ AGN C17-13; H3-10; T6-17; AHPBA 5-2-22-1 (1799, 1793, 1795 y

1811).

⁸⁹ AGN 91-13; 40-13; B7-20; 81-38 (1788, 1799, 1792 y 1781).

⁹⁰ AHPBA 5-2-22-1 (1811).

⁹¹ AGN H3-10 (1793).

⁹² AGN V7-18 (1789).

⁹³ AHPBA 5-2-22-1 (1811).

la mujer⁹⁴, desde la primera presentación de esta⁹⁵ o desde que se le había notificado la sentencia al demandado⁹⁶.

La doctrina opinaba que como los alimentos habrían de servir para mantenimiento de aquel a quien se daban, debían ser abonados con anticipación o adelantados. Sala recogía la opinión de quienes querían que se dieran para todo el año, al principio de cada uno de ellos, pero agregaba que se había aceptado generalmente que se pagasen a razón de cuatro meses a tercio anticipado, o por tercios anticipados, como solía decirse⁹⁷. En la práctica, así se hacía; se abonaba por adelantado al principio de cada mes⁹⁸.

Cuando la esposa se decidía a iniciar el pedido, habían ya transcurrido lapsos muy variables durante los cuales el marido había incumplido con su obligación de asistencia, que iban desde unos meses⁹⁹ hasta períodos de siete años, o tal vez más¹⁰⁰.

g) Aumento o reducción de la cuota alimentaria

La cuota establecida era siempre provisional. En efecto, cuando el que debía suministrar los alimentos, padecía tal detrimento en su fortuna, que no podía seguir dando por entero la cuota señalada; o el que debía recibirlos hubiera logrado mejorar su estado de tal forma que ya no necesitara toda, podía pedirse que se redujera la asignación en proporción al cambio experimentado en la fortuna de cualquiera de ellos¹⁰¹; y por el contrario, si siendo muy reducida la cuota fijada, sobreviniese un aumento considerable en la fortuna del deudor, o una disminución sensible en los recursos del acreedor, o este se viera recargado con nuevos compromisos, podría el alimentado solicitar un aumento proporcional en su asignación¹⁰².

h) Razones alegadas por los maridos para desobligarse

Puesta la demanda de alimentos, no faltaron motivos a los maridos para pretender liberarse de su obligación. Las razones invocadas a la hora de responder a los reclamos iban desde trasladar la obliga-

⁹⁴ AGN V7-18 (1789).

⁹⁵ AGN 81-38 (1781).

⁹⁶ AHPBA 5-2-22-5 (1796).

⁹⁷ Sala, ob. cit., t. II, lib. III, t. XI, n.º 8, p. 278.

⁹⁸ AGN 141-19; H3-10 (1791); V7-18 (1789); 243-1/2 (1799).

⁹⁹ AGN T6-17; C17-13 (1799).

¹⁰⁰ AGN 106-20.

¹⁰¹ AGN B7-20.

¹⁰² AGN 40-13.

ción a otra persona, obligar a la esposa a seguirlo, y hasta pretender que la cónyuge trabajase para sustentarse a sí misma.

1º) Los otros parientes

A pesar de la obligación de los cónyuges de socorrerse y asistirse mutuamente, algunos esposos procuraban liberarse de su obligación, alegando que la mujer tenía otros parientes que podían prestarle ayuda. No faltó quien pretendiera que la mantuvieran sus hijos¹⁰³, y hasta sus propios padres, es decir, los suegros de la solicitante¹⁰⁴.

2º) El trabajo de la mujer

Deseosos de no aportar la cuota alimentaria, hubo quienes sugirieron que las esposas trabajasen para sustentarse a sí mismas¹⁰⁵. No obstante el enojo de la esposa que, desafiada a trabajar por el marido, se enfurecía y preguntaba "¿...acaso la circunstancia de ser yo mujer diestra en las ocupaciones propias de mi sexo, le exoneran a que él decline sus hombros al peso a que está afecto en virtud del vínculo matrimonial?", no parece haber sido poco común que —tal como sostuvimos previamente— la mujer de las clases populares recibiera una preparación para la vida del trabajo igual a la del hombre, y efectuara con mucha frecuencia los mismos penosos oficios que el varón¹⁰⁶.

Sin embargo, este punto de vista no fue acogido por nuestros jueces al acordar alimentos, pues en ningún caso hicieron oídos a semejantes proposiciones por parte de los maridos: el enlace conyugal obligaba al esposo a cumplir con la carga alimentaria, y solo sobre él pesaba la obligación.

3º) La vuelta al hogar

Algunos autores sostenían que si la mujer, "por su temeridad y propia culpa", se apartase del consorcio y cohabitación del marido, este no estaba obligado a prestarle alimentos, pues el que no hace lo que debe, no recibe lo que le conviene¹⁰⁷. Este debía ser el criterio subyacente cuando el marido pretendía liberarse de la cuota de alimentos, proponiendo que la mujer, separada voluntariamente o por orden del provisor, volviera a su lado¹⁰⁸. Otros autores, afirmaban que du-

¹⁰³ AGN 91-13.

¹⁰⁴ AGN 106-20.

¹⁰⁵ AGN T6-17 (1795).

¹⁰⁶ Gómez Cepeda, ob. cit., p. 182.

¹⁰⁷ Torrecilla, ob. cit., trat. II, disput. II, cap. I, secc. IV, n.º 15.

¹⁰⁸ AGN 40-13; 81-38; C17-13; B7-20; AHPBA 5-2-22-1.

rante la separación el esposo debía igualmente alimentos¹⁰⁹. A pesar de esto, algún cónyuge despechado, decía: "No es regular que una mujer casada que sin mérito huye de la casa de su marido pendiente causa ante el juez eclesiástico, perciba alimentos para vivir libremente separada del matrimonio"¹¹⁰. La alternativa, para algunos, era volver al hogar o perecer.

4°) *Los ataques al honor*

No faltaron quienes no dudaron en manchar el honor de sus esposas, para responsabilizarlas de su estado de indigencia. A su vez, ellas se preocupaban por dejar a salvo su honor en toda oportunidad procesal, ya fuera al iniciar el pleito, para fundarlo, o a la hora de defenderse de los ataques de sus cónyuges¹¹¹.

En una sociedad y en una época en la que el honor era tan importante, poner bajo sospecha la conducta de una mujer era "un daño mayor que la muerte"¹¹². Proliferaban expresiones como que la cuestionada era "una señora honrada, madre de familia, rodeada de numerosos hijos", que jamás había dado nota de su conducta; o "una madre honesta de familia ha merecido la mayor reputación, al verse ultrajada e infamada por su propio esposo"¹¹³.

5°) *El depósito*

Con el objeto de evadirse del cumplimiento de su obligación, hubo quienes, abusando de su poder marital, manifestaban que estaban prontos a contribuirles alimentos a sus esposas, con tal de que estas, que se hallaban viviendo en casa de algún pariente, los disfrutaran en el depósito, para que se atendiera a contenerlas en el libertinaje¹¹⁴. Pensaban que, tal vez, la amenaza de reclusión las haría abdicar de sus reclamos.

Los expedientes judiciales nos demuestran, en cambio, que estas conminaciones no daban el resultado esperado: las mujeres insistían en su derecho a ser alimentadas durante el pleito de divorcio, desde el

¹⁰⁹ Escriche, "Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia con suplemento que contiene el código de comercio, la ley de enjuiciamiento, las ordenanzas de minería, las ordenanzas de tierras y aguas, etc. etc.", París, Librería de Rosa, Bouret y Cía., 1861; Elizondo, ob. cit., t. I, p. 77.

¹¹⁰ AGN B7-20.

¹¹¹ AGN 91-13; C17-13.

¹¹² AHPBA 5-2-22-1.

¹¹³ AHPBA 5-2-22-1.

¹¹⁴ AHPBA 5-2-22-5.

lugar donde se encontraren; y por otro lado, los jueces jamás se hicieron eco de semejantes manifestaciones de excesos maritales.

D) *Juez competente*

Sin perjuicio de tratar el tema del juez competente en los pleitos conyugales más adelante, haremos algunas referencias a la cuestión, imprescindibles para entender el tratamiento de las demandas por alimentos.

Las Partidas consagraban la competencia de la Iglesia en las cuestiones matrimoniales por su raíz espiritual¹¹⁵. Esta incumbencia fue reafirmada por el Concilio de Trento cuando consagró el matrimonio como uno de los siete sacramentos.

Unidos los cónyuges por el vínculo del matrimonio, no podían separarse sin el juicio de la Iglesia¹¹⁶.

Matrimonio y divorcio eran negocios que tocaban al alma¹¹⁷, en los que el seglar no podía ser juez competente. En consecuencia, eran las autoridades eclesiásticas las que intervenían en la celebración del casamiento, resolviendo además todos los problemas conexos (impedimentos, disensos), y los que podían plantearse ulteriormente (nulidad, divorcio, tenencia de hijos, alimentos, restitución de dotes, etc.). De esta manera, los pleitos de alimentos caían bajo la competencia de los tribunales eclesiásticos, pero a fines del siglo XVIII, junto con otras reformas borbónicas, se limitó la jurisdicción eclesiástica a las cuestiones derivadas del sacramento, prohibiéndose que interviniera en las de índole patrimonial¹¹⁸. La real cédula del 22 de marzo de 1787 dispuso que los jueces eclesiásticos solo debían entender en las causas de divorcio, sin mezclarse con pretexto alguno en las temporales y profanas sobre alimentos, litis expensas o restitución de dotes¹¹⁹.

¹¹⁵ 1-7-56.

¹¹⁶ P4-10-7.

¹¹⁷ Castillo de Bovadilla, *Política para corregidores y señores de vasallos*, Imprenta Real de la Gazeta, Madrid, 1795, p. 629; *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alfonso el X*, con las variantes de más interés y con la glosa del Lic. Gregorio López, Barcelona, 1843, Cavalario, ob. cit., pp. 551/2.

¹¹⁸ Zorraquín Becú, ob. cit., p. 184, y *La organización judicial argentina en el período hispánico*, Editorial Perrot, 2.ª ed., Bs. As., 1981, p. 118; Ots Capdequi, José María, *Manual de Historia del Derecho Español en Indias y del Derecho Propiamente Indiano*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho, Bs. As., 1943, t. I, p. 113.

¹¹⁹ Matraya y Ricci, Juan Joseph, *Catálogo cronológico de pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones reales*, INHID, Bs. As., 1979, p. 394. Esta real cédula pasó la Novísima Recopilación como ley 20, t. I, lib. II.

Algunos autores sostenían que, en Castilla, podían los jueces eclesiásticos conocer incidentalmente de las causas de alimentos, sin que por esto quedara impedido cualesquiera de los cónyuges a ocurrir a los magistrados reales sobre lo mismo ¹²⁰. En igual sentido, un autor moderno ha expresado que era común opinión de los canonistas que el juez eclesiástico podía intervenir en cuestiones de alimentos, restitución de dotes y otras materias, si se ventilaban como incidentes del juicio de divorcio, pero la aplicación de la pena temporal estaba reservada al juez secular ¹²¹.

Los jueces eclesiásticos tenían bien clara esta división de competencias, y así, si la esposa reclamaba alimentos en sede religiosa ordenaban que recurriera a los jueces civiles ¹²².

A la hora de dirigirse a las justicias seculares, citaban la real cédula de 1787 ¹²³.

En la ciudad de Buenos Aires, eran competentes para entender en primera instancia en los juicios de alimentos, los alcaldes ordinarios del cabildo, el teniente letrado de la Superintendencia y el oidor juez de provincia. Este último integraba la Audiencia, organismo colegiado que había comenzado a funcionar en agosto de 1785.

De las resoluciones de los alcaldes, se podía apelar ante el juez de provincia, y a su vez, la Audiencia podía entender en segunda o tercera instancia, según fuera el trámite dado anteriormente al litigio. A diferencia de los pleitos sustanciados ante la justicia capitular, no se podía acudir a la Audiencia, sino personalmente, y asistido de abogado o por medio de procurador, que debía ser de los del número de ella, so pena de no admitirse el libelo ¹²⁴.

Nuestros litigantes ocurrieron ante alcaldes y oidores, y en algunas oportunidades, ante los gobernadores intendentes ¹²⁵. Justicias capitulares, reales y audiencias, dieron curso a solicitudes de alimentos, sin registrar diferencias procesales o de fondo entre ellas.

¹²⁰ Elizondo, ob. cit., t. III, p. 360.

¹²¹ Peña, Roberto I., "Notas para un estudio del derecho canónico matrimonial indiano", en *Revista chilena de Historia del Derecho*, n.º 6, Santiago, p. 319.

¹²² Grenom, S. J. Pedro, "Nuestros divorcios históricos en Historia", año 3, n.º 11, Bs. As., 1958, p. 5.

¹²³ AHPBA 5-2-22-5.

¹²⁴ García Chuecos, "La Real Audiencia de Caracas. Apuntes para su historia", en López Bohórquez, *La Real Audiencia de Caracas en la historiografía venezolana. Materiales para su estudio*, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia. Fuentes para la historia colonial de Venezuela, Caracas, 1986, p. 291.

¹²⁵ AGN 214-6; 81-38.

E) Procedimiento

No obstante la prohibición expresa de que los cónyuges se demandaran ¹²⁶, en los casos de alimentos, podía la mujer litigar con el marido ¹²⁷. A pesar de ello, muchos esposos invocaban la prohibición contenida en la ley para liberarse de su obligación ¹²⁸.

a) Separación de hecho

La esposa separada de hecho podía reclamar alimentos, ya que vigente el matrimonio, el cónyuge debía seguir alimentándola, por tratarse de una carga conyugal. También debía contribuirle cuando ella se apartaba de él porque la maltrataba ¹²⁹.

A pesar de las disposiciones que prohibían a los cónyuges separarse sin el juicio de la Iglesia, fueron frecuentes los pleitos por alimentos entre separados de hecho ¹³⁰.

b) Los casados ausentes

Una realidad distinta la constituían los matrimonios separados por el viaje del marido al Nuevo Mundo; y luego, los casos de aquellos que dejaban a sus mujeres en Indias para retornar a España.

Juan de Matienzo, preguntándose si era conveniente que a los casados en España o en otra parte fuera del Reino o del distrito de la Audiencia, se les diera licencia o se les compeliere a que fueran a hacer vida con sus mujeres, refería que "muchos hombres, que son casados en España a pan y cuchillo —como dicen— con sus indias, amancebados dejaban padeciendo allá a sus mugeres e hixos" ¹³¹.

La ley exigió que los casados que pasaren de España a Indias, dieran fianza en la Casa de Contratación, de que volverían dentro de cierto tiempo, a hacer vida con sus mujeres, bajo pena de prisión, e incluso de dejarlos embarcados, si fuera conveniente para mejor ejecución de la justicia ¹³². A su vez, los casados en el Nuevo Mundo podían ausentarse de sus hogares por tiempo limitado, siempre que las autoridades americanas les dieran licencia, tras examinar si las causas

¹²⁶ 3-2-5.

¹²⁷ López, ob. cit., p. 16.

¹²⁸ AGN C17-13.

¹²⁹ Torrecilla, ob. cit., trat. II, disput. II, cap. II, secc. IV, n.º 16.

¹³⁰ AGN 21-19; 40-13; 141-19; 106-20; 91-13; 81-38; T6-17.

¹³¹ Matienzo, de. *Gobierno del Perú. Ouvrage Publie avec le concours du Ministère des Affaires Etrangères*, Paris-Lima, 1967, p. 349.

¹³² RLI lib. 3, t. 3, ley 7.

invocadas eran o no legítimas atendiendo a las edades de marido y mujer y el número de hijos; era necesario que dejaran suficientemente provisto su sustento y dieran fianza de que volverían dentro del plazo señalado ¹³³.

La Corona trataba así de evitar que súbditos suyos quedaran sin el conveniente sustento, pues ello podía desembocar en que, a la larga, la propia autoridad debiera ocuparse de la mujer desatendida, de las doncellas pobres e indotadas o de los mancebos sin trabajo. Por eso, "a] pasar domiciliados en América a España, se les exigía que, atendidas las edades de la mujer y del marido y el número de hijos, dejaran el sustento necesario" ¹³⁴.

La compulsión de legajos nos demuestra que, en los casos en los que los maridos pasaban a Indias —y conforme a Dougnac— "lo que más interesaba a las abandonadas, no era el marido en sí, sino el sustento económico"; en buenas cuentas, este era un expediente para obtener una pensión alimentaria para la mujer y los hijos, si los había ¹³⁵.

Las alternativas eran dos: expulsión o compensación económica.

Nuestra praxis judicial nos muestra algunos casos de maridos requeridos por sus consortes, ya fuera que estas residieran en España, o en algún lugar del distrito de la Audiencia ¹³⁶. El apercebimiento de que si no hacía efectivas las mesadas para su mujer, se remitiría al marido a España en partida de registro, para que hiciera vida con su mujer, no quedaba en letra muerta, y en un caso que compulsamos, al cónyuge se lo eximió de retornar al lado de su esposa, envió de dinero y fianza mediante ¹³⁷.

c) Divorcio

La obligación alimentaria subsistía durante la sustanciación del divorcio, porque vigente el matrimonio, no cesaban las cargas conyugales, una de las cuales era el deber de asistencia. Estos alimentos reclamados durante el juicio de divorcio, se denominaban "alimentos provisionales" ¹³⁸. Elizondo sostenía que pendiente la instancia de di-

¹³³ Dougnac, ob. cit., p. 575.

¹³⁴ Dougnac, ob. cit., p. 568.

¹³⁵ Dougnac, ob. cit., p. 575.

¹³⁶ AGN 106-20; 21-19; C17-1; 9-24; 88-16; 141-7; 138-25; AHPBA 5-2-17-9.

¹³⁷ AGN 106-20.

¹³⁸ AGN 214-6; C17-13; H3-10; C7-18; B7-18; B7-31; A17-7; B7-20; AHPBA 5-2-22-1 y 5-2-22-5.

vorcio, debían dársele a la mujer alimentos provisionales, que debían restituirse al no lograr la victoria en el pleito ¹³⁹.

d) Naturaleza sumaria

El juicio por alimentos era de naturaleza sumaria y privilegiada. Se consideraba sumario a "aquel donde se obra sumaria y simplemente de plano, sin estrépito y figura de juicio..." ¹⁴⁰.

Se trataba de una causa donde no se admitía la menor demora, por el peligro de que el demandante pereciera si la espera se prolongaba ¹⁴¹.

El juicio se iniciaba con el escrito de la esposa, que iba acompañado por el testimonio de promoción del trámite de divorcio ante la Curia, si este era el caso.

A continuación se daba traslado al demandado ¹⁴², aunque hemos encontrado algún caso en el que se fijó la cuota de alimentos "inaudita parte" ¹⁴³. Como consecuencia de la naturaleza sumaria y privilegiada del pleito, se restringían las dilaciones y se reducían los términos.

Era necesario un examen y justificación del buen derecho que la parte los pretendía, sobre los bienes a que dirigía su acción principal, y que el derecho del pretendiente estuviera probado plenamente o con suficiente presunción ¹⁴⁴.

El solicitante debía probar la falta de medios con qué subsistir, y como esta carencia era un hecho negativo y no susceptible de prueba directa, incumbía al demandado probar que el demandante no se hallaba en el caso previsto por la ley. Esta prueba consistía en un hecho positivo que era fácil acreditar. Sin embargo, en los expedientes compulsados, solo en dos oportunidades, se procedió a una apertura a prueba, en la que se ofreció y produjo la testimonial ¹⁴⁵.

¹³⁹ Elizondo, ob. cit., t. I, p. 353.

¹⁴⁰ Elizondo, ob. cit., p. 101.

¹⁴¹ AGN 81-38; C17-13; T-17; V7-18; A17-7; B7-20; AHPBA 5-2-22-5 y 7-3-116-47.

¹⁴² AGN C17-13; 81-38.

¹⁴³ AHPBA 5-2-22-5.

¹⁴⁴ Conde de la Cañada, *Observaciones prácticas sobre los recursos de fuerza. Modo y forma de introducirlos, continuarlos y determinarlos en los tribunales superiores*, 3.ª ed., Madrid, Imprenta de la Cía. Gral. de Impresores y Libreros del Reino, 1845, t. II, n.º 53; AGN C17-13.

¹⁴⁵ AGN C17-13; T6-17. Se compulsaron en total, para este tema, aproximadamente veintidós expedientes.

e) Medidas precautorias

Durante la sustanciación de la causa, y para evitar que la efectividad de la sentencia a dictarse se tornara ilusoria, se solicitaban las siguientes medidas precautorias: 1°) Embargo de una proporción del sueldo del marido ¹⁴⁶; 2°) prohibición de salir del lugar de residencia ¹⁴⁷; 3°) embargo de alguna suma adeudada ¹⁴⁸; y 4°) fianza de un tercero, que garantizara el cumplimiento de la obligación ¹⁴⁹.

f) La sentencia

La sentencia que condenaba al marido a proporcionar alimentos a su esposa se limitaba a señalar el importe o la proporción de ellos, su periodicidad, y a veces, desde cuándo y hasta cuándo era exigible la obligación ¹⁵⁰.

Siempre era provisoria, ya que se suspendían sus efectos cuando algún cambio de las circunstancias de la causa así lo imponía o cuando sobrevenían modificaciones en la situación económica de la actora o del demandado ¹⁵¹.

La resolución no incluía fundamentos de derecho, pero, en algunas ocasiones, se hacía alusión a particularidades de la causa ¹⁵². Siguiendo a Levaggi, podemos afirmar que, en algunas sentencias se siguieron las prescripciones de la ley de 1768 que prohibía motivarlas pero en otras, se prescindió totalmente de la regla, abundando las decisiones en las que no se escatiman referencias generales a los hechos resultantes de la vista de la causa ¹⁵³.

g) Apelación

Las sentencias en las que se mandaba dar alimentos, ya fueran definitivas o interlocutorias, no admitían apelación con efecto suspensivo, porque la resolución debía ejecutarse ante el peligro de que la

¹⁴⁶ AGN 91-13; 81-38.

¹⁴⁷ AGN 81-38.

¹⁴⁸ AGN 214-6.

¹⁴⁹ AGN B7/31; B7/20.

¹⁵⁰ AGN 40-13; 91-13; 81-38; C17-13; H3-10; V7-13; A17-7; B7-20; AHPBA 5-2-22-1.

¹⁵¹ AGN T6-17.

¹⁵² AGN 91-13; 81-38; H3-10; V7-18.

¹⁵³ Levaggi, *La fundamentación de las sentencias en el Derecho Indiano*, RHD, n.º 6 INHID, Bs. As., 1978, p. 50.

actora pereciera por la falta de sustento. Solo podían apelarse con efecto devolutivo, es decir, sin diferir su cumplimiento ¹⁵⁴.

h) Ejecución

Si el demandado no cumplía con la sentencia que le mandaba administrar alimentos, comenzaba la etapa de ejecución de la sentencia. No faltaba quien se opusiese lisa y llanamente a la ejecución, alegando la prohibición de ejecutar a los maridos ¹⁵⁵.

La actora solicitaba mandamiento de embargo contra la persona ¹⁵⁶ y contra los bienes del demandado ¹⁵⁷. En el primer caso, si se hacía lugar a la solicitud, se conducía al marido a la cárcel pública. En un intento desesperado de liberarse de tan deshonrosa pena, los esposos invocaban la pragmática del 27 de mayo de 1786 sobre menesterales útiles, que establecía que a los profesores de artes y oficios, cualesquiera que fuesen, no se les podía arrestar en las cárceles por deudas civiles, ni embargarles ni venderles los instrumentos destinados a sus respectivas labores ¹⁵⁸. Alegaban que serían más provechosos en libertad que en cautiverio; y no solamente los artesanos invocaban su condición para disminuir la severidad de la ley, sino también los médicos y cirujanos aludían a su calidad de sujetos hábiles y necesarios a la utilidad de los pueblos ¹⁵⁹.

En el segundo caso, se embargaban los bienes del deudor y se procedía a su venta; luego, se rendía cuenta al juez de su producido.

i) Apoderados y asesores letrados

Tanto el marido como la mujer podían litigar por medio de apoderados ¹⁶⁰.

Cuando el pleito se sustanciaba ante el alcalde del cabildo, este actuaba con asesoramiento letrado. Los jueces capitulares resolvían conforme lo dictaminado por sus asesores, los que, en general, aconsejaban en el sentido de acordar alimentos a la esposa ¹⁶¹.

¹⁵⁴ Conde de la Cañada, ob. cit., p. 59; Elizondo, ob. cit., t. IV, p. 103; AGN, A17-7; 81-38; C17-13; AHPA 5-2-22-1; 5-2-22-5 y 7-3-116-47.

¹⁵⁵ AGN 81-38; C17-13.

¹⁵⁶ AGN C17-13; B7-20.

¹⁵⁷ AGN C17-13; V7-18; B7-20.

¹⁵⁸ AGN C17-13; B7-20.

¹⁵⁹ AGN 21-19.

¹⁶⁰ AGN C17-13; 40-13; AHPBA 5-2-22-1.

¹⁶¹ AGN A17-7; C17-13.

j) Denominación, duración y conclusión de las causas

Aunque la mayoría de los actores utilizaba la palabra "alimentos" para referirse al objeto de su petición ¹⁶², en algunos casos, se lo denominó "mesada" ¹⁶³, y hasta encontramos una carátula en la que se omitían los vocablos "alimentos" o "mesada" y se ilustraba: "Juana Duarte, muger de Juan Pérez Ancona, sobre que su marido no le suministra de nada y estando empleado pide que se libre oficio al gobernador para que vea a su marido y le mande alguna cosa" ¹⁶⁴.

La mayoría de las esposas litigaba por períodos prolongados, que se extendían hasta los dos años ¹⁶⁵, al cabo de los cuales unas pocas afortunadas llegaban a percibir los alimentos ¹⁶⁶, y otras, menos constantes, abandonaban los estrados y buscaban, tal vez, otras vías más rápidas y efectivas para no desfallecer esperando ¹⁶⁷, lo que da cuenta de un desajuste entre la sumariedad consagrada por la doctrina y la realidad tribunalicia.

F) Litis expensas

Era frecuente el pedido de litis expensas, para hacer frente a la tramitación del divorcio ante el juez eclesiástico. Se trataba de una suma fija, y las justicias, en todos los casos, examinados hicieron lugar a esta solicitud ¹⁶⁸.

G) Acogida de los reclamos

Al momento de sentenciar, los jueces intentaron amparar a la mujer carente de recursos. Todos los reclamos femeninos fueron acogidos, y aunque los pleitos eran largos y algunas demandas quedaron en el camino, las justicias trataron, en toda ocasión, de agilizar los trámites y asegurar el cumplimiento de lo ordenado a través de medidas precautorias.

El deber de asistencia entre cónyuges, consagrado en las Partidas y recogido por la doctrina de los autores, fue recibido y exigido durante el período objeto de nuestro estudio.

¹⁶² AGN 40-13; 141-19; 21-16; 81-38.

¹⁶³ AGN 214-6; 106-20; T6-17.

¹⁶⁴ AGN 91-13.

¹⁶⁵ AGN 21-19; 40-13; H3-10; B7-31; AHPBA 7-3-116-47.

¹⁶⁶ AGN V7-18; AHPBA 5-2-22-1.

¹⁶⁷ AGN B7-31; T6-17; AHPBA 5-2-22-5.

¹⁶⁸ AGN 40-13; V7-31; B7-20; B7-31; AHPBA 5-2-22-1.

III. Fidelidad

A) Fundamentos

Este deber está consagrado en las Partidas, cuando dicen: "Que deben guardar el uno de otro, la muger non aviendo que ver con otro, nin el marido con otra" ¹⁶⁹.

Gregorio López, glosando esta ley, afirmaba que "esta lealtad viene especialmente recomendada por Aristóteles, diciendo que Ulises, a pesar de prometerle la hija de Athlante la inmortalidad, si tenía acceso con ella, no quiso consentir para no perder la amistad y aprecio de su consorte", y añadía: "que la fidelidad entre los consortes es una especie de castidad" ¹⁷⁰.

Asso y Manuel, comentando la misma ley de Partidas, decían que de la definición de matrimonio contenida en ella, surgía que "para no departirse el casamiento, se guarde lealtad entre marido y muger", y agregaban que "se faltaba a la lealtad siempre que se cometía adulterio" ¹⁷¹.

Pérez y López y Escriche, así como Martín de Azpilcueta Navarro entre los moralistas, también enumeraban el deber de fidelidad entre las obligaciones conyugales ¹⁷².

B) Contenido

El deber de fidelidad implicaba la exclusividad sexual para ambos cónyuges.

Cuando se incumplía con él, el cónyuge contraventor incurría en la figura penal del adulterio, castigada severamente en la legislación real y por el derecho canónico. Asso y Manuel decían: "fáltase a la lealtad siempre que se comete adulterio, cuya pena es canónica", y agregaban que se trataba de ella y de su juicio en las Partidas ¹⁷³. Morelli exigía "abstenerse del adulterio y amores furtivos".

Para evitar que los cónyuges cayeran en el adulterio, las leyes españolas eran severas, exigiendo la vida en común.

A pesar de la rigurosidad del castigo, se quebrantaba la obligación de mutua fidelidad, desacato que, de ser público y continuo, represen-

¹⁶⁹ 1 y 3-2-4.

¹⁷⁰ López, ob. cit., p. 189.

¹⁷¹ Asso y Manuel, ob. cit., lib. I, tit. VI, 44 y 47.

¹⁷² Pérez y López, ob. cit., t. 19, p. 375; Escriche, ob. cit., p. 1269, Azpilcueta

Navarro, ob. cit., cap. 22, p. 398.

¹⁷³ Asso y Manuel, ob. cit., p. 49.

taba una violación inaceptable del sacramento matrimonial, y una actitud indigna de un jefe de familia, si este era el caso, o de una mujer honesta, en el inverso¹⁷⁴.

C) Extensión

El deber de fidelidad era uno de los que se exigía a ambos cónyuges. Marido y mujer estaban en un pie de igualdad frente al derecho secular, y canónico, y se ponía el énfasis en la conducta de la mujer, "porque la incontinencia de la esposa hace incierto el origen de la prole". Morelli insistía en que el adulterio de la esposa era pecado más grave que el del hombre, pero agregaba que esto no probaba que fuera falta leve el pecado del marido, "puesto que viola grandemente la regla de la justicia que obliga a no hacer a otro lo que uno no quiere que le hagan a sí mismo"¹⁷⁵.

Más adelante, Escriche también insistía en que la obligación fuese recíproca, pero ponía el acento en que la exigencia era mayor para la mujer, "por evitar el riesgo de introducir hijos extraños en la familia"¹⁷⁶.

La tipificación del delito de adulterio adquirió una configuración discriminada en función del sexo: la mujer lo cometía cuando realizaba un acto sexual, incluso episódico, con cualquier hombre que no fuera su marido, mientras que, por el contrario, el adulterio del hombre casado surgía para el ordenamiento jurídico secular, solo cuando la relación extramatrimonial tenía carácter permanente. En este caso, el hombre debía mantener públicamente a la otra mujer, constante el matrimonio, en cuyo caso podía perder hasta la quinta parte de su patrimonio, o si abandonaba la casa para ir a vivir con la barragana, se lo castigaba con la confiscación de la mitad de sus bienes¹⁷⁷. Por el contrario, a la mujer adúltera se la castigaba hasta con la muerte, en manos del marido ofendido, si sorprendía a la mujer y su amante en flagrante delito. La acusación debía dirigirla contra ambos; al cómplice, lo castigaban con pena de muerte, y a la mujer, con vergüenza, azotes, presidio y pérdida de bienes¹⁷⁸. Antonio Domínguez Ortiz

¹⁷⁴ Lavrin, *Sexualidad...*, p. 37.

¹⁷⁵ Morelli, ob. cit., p. 240.

¹⁷⁶ Escriche, ob. cit., p. 1269.

¹⁷⁷ Gacto, *El marco...*

¹⁷⁸ Levaggi, *Historia del Derecho Penal Argentino*, Editorial Perrot, Bs. As., 1978, p. 50.

opinaba que la mayoría de los maridos burlados se contentaban con la reclusión de la infiel¹⁷⁹.

A pesar de que en la base del deber de fidelidad, se encontraba la protección mutua del honor, en este tipo de relación, el elemento femenino era, como siempre, el débil, y el otro, el masculino, "tenía prerrogativas especiales que le permitían romper fuera de su casa las normas establecidas dentro de la misma". Y la doble moral "hizo más fácil al hombre entregarse a prácticas que estaban totalmente condenadas para las mujeres". En consecuencia, el hombre podía mantener una concubina, y al mismo tiempo, conservar su posición social, mientras que el adulterio era "la peor ofensa personal y social" que una mujer podía cometer¹⁸⁰.

Ots Capdequí decía que los hombres mantenían a sus mujeres recogidas en el hogar, para aislarlas de la corrupción que imperaba en las ciudades, viviendo ellos en una verdadera poligamia, y les procuraban toda clase de comodidades, "a cambio de que rindiesen culto a la fidelidad conyugal y no fueran un obstáculo a sus escarceos amorosos"¹⁸¹.

José María Bustillo traía el ejemplo de los funcionarios que esquivaban las leyes, y con los que no se hacía nada para remediarlo, agregando que "la fidelidad puede debilitarse en el aislamiento y con el asedio de atractivos femeninos que a su vez se impresionan con varones simpáticos, que no se frecuentan con facilidad"¹⁸².

Nuestros estrados judiciales abundaron en casos de adulterio, pero en lo que a pleitos de familia enteramente se refiere, hubo casos en que las mujeres exigieron el deber de fidelidad a sus maridos¹⁸³, en que los maridos se lo demandaron a sus mujeres¹⁸⁴, y pleitos en los que ambos consortes se comprometieron, por instrumento público, a guardarse lealtad, a pesar de no convivir¹⁸⁵.

El deber de fidelidad no fue —no podía serlo— una de esas obligaciones que hubiera podido por sí misma ser la base de un pleito civil entre cónyuges. Sin embargo, sirvió de soporte a otras causas de adulterio que sí se plantearon con asiduidad en nuestros tribunales.

¹⁷⁹ Domínguez Ortiz, ob. cit., p. 522.

¹⁸⁰ Lavrin, *La mujer en la sociedad colonial hispanoamericana*, pp. 117/118.

¹⁸¹ Ots Capdequí, *Bosquejo...*, pp. 180/1 y 192.

¹⁸² Bustillo, ob. cit., p. 123.

¹⁸³ AGN 99-27; "TC «F» 1-18 c/Ferrer s/malos tratamientos"; B7-31; 90-16;

AHPBA 5-5-78-9 y 5-5-80-31 (1792, 1796, 1788, 1789 y 1795).

¹⁸⁴ TC "F" 1-18 1800.

¹⁸⁵ AGN TC LI 1802.

Más allá de ser el presupuesto de un delito, el incumplimiento del deber de fidelidad era temido, porque se lo asociaba con el abandono de las otras obligaciones conyugales, como la convivencia, la asistencia y el respeto, entre otras.

IV. Respeto

A) Fundamentos

Este deber comprende toda una serie de actitudes que se esperaba existieran entre marido y mujer, entre ellas, el amor, la devoción y el respeto mutuos.

Las Partidas no lo habían consagrado expresamente, pero del espíritu de la Partida cuarta, surgía la obligación de los esposos de respetarse, venerarse, cooperar y actuar de consuno.

La Teología Moral, sin embargo, se ocupó de este, como uno de los deberes entre cónyuges.

Martín de Torrecilla decía que el marido estaba obligado a amar a su mujer, demostrándose con actos internos, y también, con señales y demostraciones externas; exhibiéndole afecto y honrándola. La debía amar, porque cualquiera estaba obligado a amarse a sí mismo y al próximo, y la mujer era muy próxima al marido. En consecuencia, y atento a que marido y mujer eran dos en una carne, el marido estaba obligado a amarla con especiales señales de amor y benevolencia, como a quien era una misma carne con él. Y así como el padre estaba obligado alguna vez a honrar al hijo, el marido estaba obligado a honrarla y respetarla.

Al mismo tiempo, la mujer estaba obligada a amar y honrar al marido¹⁸⁶.

Morelli también afirmaba que los esposos debían amarse mutuamente, porque "los dos cónyuges forman una sola carne, o una sola persona moral, a causa de la cooperación simultánea de uno y otro requerida para el cumplimiento de los deberes del matrimonio"¹⁸⁷.

En el mismo sentido, se pronunciaba otro moralista, Antonio Arbiol, y un práctico del derecho, Francisco Antonio de Elizondo, exigía que entre los dos fueran mutuos el obsequio, el amor y la servidumbre, tratando el marido a la mujer, no con injurias o desprecios, y "si con

¹⁸⁶ Torrecilla, ob. cit., trat. II, disput. II, cap. I, secc. IV, 1.2.4.11, p. 420.

¹⁸⁷ Morelli, ob. cit., p. 244.

la virtud y el ejemplo de la misma, y en las propias circunstancias que aquel quiere ser tratado de ésta, sufriendose recíprocamente en paciencia los infortunios, sin trastornar por esto de manera alguna sus afectos"¹⁸⁸.

La esposa merecía ser amada, honrada y estimada por su marido, y esta imposición lo era por derecho divino y humano, y por la razón natural¹⁸⁹.

Vives, el humanista, al referirse a la relación que habría de existir entre marido y mujer, indicaba que esta debía tener una afición entrañable a él¹⁹⁰.

B) Condiciones

El deber era mutuo, y exigible a ambas partes por igual.

La literatura de la época hacía hincapié en la necesidad de la colaboración y el acuerdo mutuo, para la educación de los hijos y el sostenimiento de las relaciones familiares¹⁹¹.

El deber de respeto debía desarrollarse en el marco de la armonía conyugal, y se consideraba que quien lo eludía, no se conformaba con el ideal de marido justo y de esposa devota, que prescribía la literatura moral y jurídica de la época.

C) Extensión

Un historiador moderno, Michael Anderson, cita a otro autor contemporáneo, Flandrin, quien en su libro *Family in former times*, basado en manuales de confesores, no encuentra prueba alguna del deber de amar —en el sentido moderno— a la esposa. Sin embargo, destaca la importancia del respeto, la deferencia y las obligaciones, agregando que el afecto y los lazos sentimentales eran mirados con recelo y considerados como algo que podía conducir al desorden¹⁹².

No obstante, nuestras fuentes —Torrecilla, Morelli y Arbiol— nos enseñan que se estimulaba las demostraciones de amor y afecto entre los cónyuges.

¹⁸⁸ Elizondo, ob. cit., t. 7, n.º 3, p. 150.

¹⁸⁹ Conf. Salgado Correa, cit. por Kagan, en *Lawsuits and litigants in Castille. 1500-1700*, The University of North Carolina Press Chapel Hill, 1981, p. 181.

¹⁹⁰ Cit. por Vigil, ob. cit., p. 92.

¹⁹¹ Serrano Redonnet y otra, ob. cit., p. XCI.

¹⁹² Anderson, Michael, *Aproximaciones a la historia de la familia occidental. 1500-1914*, Siglo XXI de España Editores S.A., 1988, p. 43.

El cumplimiento de la obligación de respeto era un arma poderosa para el descargo de otras omisiones maritales. Constituía un argumento útil a la hora de reclamarle al otro el incumplimiento de las que estaban a su cargo.

Nuestros antecedentes judiciales nos mostraban maridos convencidos de que "la muger sólo debe complacer al marido"¹⁹³; esposas que daban cuenta de la intachabilidad de su conducta, basada en el hecho de que, en los años de matrimonio, lo habían respetado y venerado.¹⁹⁴, y dado gusto en lo "lícito y honesto"¹⁹⁵.

Como en el caso del incumplimiento de los otros deberes conyugales, la omisión de este iba de la mano de la falta de asistencia, la infidelidad y la interrupción de la cohabitación.

V, Débito conyugal

A) Fundamentos

El matrimonio se perfecciona con la unión sexual. Tal lo sostenido por la Teología Moral, que recalca la mutua obligación de "pagarse el débito"¹⁹⁶, requisito señalado también por Torrecilla, Arbiol y Azpilcueta Navarro.

El débito conyugal era el "derecho permanente y exclusivo" a la unión sexual¹⁹⁷; "vivir juntos y entregarse mutuamente, con excepción de los demás, el uso de su cuerpo"¹⁹⁸.

B) Contenido y extensión

Celebrado el matrimonio, se consideraba que la misma potestad que tenía el marido sobre el cuerpo de la mujer, la tenía ella sobre el de él¹⁹⁹, "ni el varón ni la muger tiene señorío sobre su cuerpo, sino el marido en el de su muger y la muger en el de su marido", agregaba Arbiol²⁰⁰.

¹⁹³ AHPBA 5-2-17-9 (1786).

¹⁹⁴ AGN M8 TC 1811; TC L 1 1802; AHPBA 5-5-80-31 (1795).

¹⁹⁵ AHPBA 5-2-17-9.

¹⁹⁶ Torrecilla, ob. cit., p. 5.

¹⁹⁷ Hanisch, ob. cit., pp. 492 y 495.

¹⁹⁸ Torrecilla, *Encyclopedia...*, p. 240.

¹⁹⁹ Torrecilla, ob. cit., n.º 5.

²⁰⁰ Arbiol, ob. cit., p. 39.

Aunque son pocas las referencias al contenido y extensión del débito conyugal, Torrecilla se animó a decir que ambos cónyuges se lo podían exigir el uno al otro "quando qualquiera dellos pide"²⁰¹, hasta tal punto que consideraba que "peca mortalmente el marido que de ordinario negase el débito conyugal a su muger no teniendo causa justa para ello, y esto, ora lo pida ella expresa o tácitamente"²⁰².

La mujer estaba eximida de pagarle el débito, en caso de que este fuera en "notable detrimento de salud"²⁰³, de lo contrario, también pecaba mortalmente, porque "tienen obligación los casados mutuamente a pagarse el débito quando el otro lo pide".

En consecuencia, dentro del matrimonio, los cónyuges no solo tenían derecho a él, sino que debían ponerlo en práctica. Las parejas de casados tenían la obligación de satisfacer el deseo del otro siempre que fuera necesario, y no hacerlo, como vimos, era un pecado mortal. Así, "el acto sexual se convirtió en un débito que se debía pagar, y había muy pocas posibilidades de evasión"²⁰⁴.

El marido debía observar una conducta adecuada en las relaciones sexuales, ya que "el abuso en los derechos maritales a través de prácticas sexuales inaceptables se convirtió en otra falta a la confianza y a la justicia"²⁰⁵.

De cualquier manera, solo se daban referencias ocasionales en los pleitos civiles o en los archivos eclesiásticos, respecto a los detalles íntimos del débito matrimonial, el "uso del matrimonio", o "la vida maridable"²⁰⁶.

Las alusiones son solo circunstanciales; en sede civil, jamás un marido demandó a su mujer el cumplimiento del débito conyugal, ni viceversa. Sin embargo, se planteaba, de vez en cuando, la pretensión de sustraerse, amparándose en la enfermedad²⁰⁷, reforzada por el propio dictamen médico, que aconsejaba "no usar del matrimonio"²⁰⁸.

Entre las prerrogativas maritales, alguien incluyó "el uso de la mujer porque es dueño de su persona y su cuerpo"²⁰⁹; y hasta encon-

²⁰¹ Torrecilla, ob. cit., n.º 5.

²⁰² Torrecilla, ob. cit., n.º 18.

²⁰³ Torrecilla, ob. cit., p. 98.

²⁰⁴ Lavrin, *La mujer...*, p. 62.

²⁰⁵ Lavrin, *Sexualidad...*, p. 36.

²⁰⁶ Lavrin, *Sexualidad...*, p. 86.

²⁰⁷ AGN 19-22; 117-7.

²⁰⁸ AGN 40-13.

²⁰⁹ AHPBA 5-2-17-9.

tramos al que no se resignaba, y pretendía obligar a la cónyuge divorciada por sentencia del tribunal eclesiástico, a hacer vida con él ²¹⁰.

De cualquier manera, no faltaron quienes, alegando la enfermedad de ambos, se sustrajeron a esta obligación por un insólito convenio instrumentado en escritura pública ²¹¹.

Al igual que con otros deberes conyugales, el incumplimiento de este, se presentaba en los estrados judiciales, generalmente asociado con la falta de otros como la sustracción al deber de cohabitar, o al de asistencia, re otros.

VI. Obediencia

A) Fundamentos

El deber de sujeción de la mujer al marido

Las sociedades de la América española colonial compartieron con España la idea de la debilidad intrínseca del sexo femenino y el concepto de primacía del hombre sobre la mujer ²¹².

Los moralistas fundaban la autoridad marital, y el consiguiente deber de sujeción de la mujer, en las Sagradas Escrituras. "Estarás bajo le potestad de tu marido y él te dominará", le había dicho Dios a Eva, y a partir de allí quedó consagrada la subordinación de la mujer al marido, sosteniéndose que esta prerrogativa del hombre, provenía del derecho natural ²¹³.

El Nuevo Testamento abunda en frases como "que las mujeres sean sometidas a sus maridos, así como al Señor porque el marido es la cabeza de la mujer, así como Cristo es la cabeza de la Iglesia" ²¹⁴, fundado en que la mujer había sido creada a causa del hombre ²¹⁵.

Antonio Arbiol se ocupó de las mutuas obligaciones que tenía el marido con su mujer, y la mujer con su marido, y dirigiéndose a la primera, le decía: "Vos esposa, habéis de estar sujeta a vuestro marido en todo" ²¹⁶. Sostenía, además, que no se le habría de permitir a la mujer mandar más que su marido, ni siquiera dominarlo en todo, sino

²¹⁰ AGN 117-7.

²¹¹ AGN TC LI 1802.

²¹² Lavrin, *La mujer...*, p. 115.

²¹³ Morelli, ob. cit., p. 296.

²¹⁴ Nuevo Testamento-Adhephios 5-22.

²¹⁵ Nuevo Testamento I Cor. III.

²¹⁶ Arbiol, lib. II, cap. I, p. 39.

que debía obedecer y callar, "porque la mujer debe estar sujeta a su marido" ²¹⁷.

Otro que también aportaba su granito de arena era fray Herrando de Talavera, quien, refiriéndose al deber de obediencia de la mujer, afirmaba que "dicha orden es más grave a las dueñas casadas, porque no tienen libertad para hacer su voluntad; mas hanse de conformar al buen querer de sus maridos"; y dirigiéndose a ellas, les decía: "Aún debéis mirar, noble señora, que no sois libre para hacer vuestra voluntad: ca el día que fuisteis ayuntada al marido en el estado matrimonial, ese día perdiste vuestra libertad. Porque no solamente tomó el marido el señorío de vuestro cuerpo, como vos tomasteis del suyo, mas sois sujeta a él y obligada á vos conformar con su voluntad, en todo lo que no fuere pecado mortal ó venial" ²¹⁸.

No someterse al marido constituía pecado, "porque el marido es superior y cabeza de la mujer, y a la cabeza y superior se debe prestar amor, honor, y obediencia". Si la mujer tenía odio a su marido, pecaba mortalmente con dos malicias distintas en especie: una contra la caridad por ser su prójimo, y otra contra la piedad por ser su marido y superior ²¹⁹.

Un jurista como Juan López de Palacios Rubios se explayaba acerca del modo en que un marido ejercía su poder sobre la mujer, afirmando que "son varias las clases de los que dominan y de los que son dominados. No es igual el modo con que un señor manda a sus esclavos que el que usa un marido respecto de su mujer", y agregaba: "el mando que se ejerce sobre los que mejor obedecen es el mejor, pues es mejor mandar a un hombre que a una mujer..., a un macho que a una hembra, porque en la especie humana el macho impera y domina naturalmente en virtud de la superioridad de su razón, mientras que la mujer, desprovista de razón y prudencia, obedece, también por naturaleza" ²²⁰.

Sin llegar a privar a la mujer de razón, Morelli solo decía que la naturaleza le había dado al hombre más vigor físico y mental que a la mujer, más prudencia, y por lo tanto, lo había hecho más idóneo para aumentar el bien común de la sociedad ²²¹, y que la mujer solo

²¹⁷ Arbiol, lib. II, cap. VI, p. 56.

²¹⁸ Talavera, fray H. de, *De cómo se ha de ordenar...*, cap. III, p. 97.

²¹⁹ Conf. Sánchez, ob. cit., pp. 25 y 41 y Echarri, *Directorio Moral*, p. 365, cit. por Fernández Vargas y López Cordon-Cortezo, ob. cit., p. 32.

²²⁰ López de Palacios Rubios, Juan, *De las Islas del mar océano*, México, Biblioteca Americana, Fondo de Cultura Económica, 1954, cap. II, p. 25.

²²¹ Morelli, ob. cit., p. 296.

poseía menos prudencia²²². De ahí que el marido lograra ciertas prerrogativas, que tuviera más cargas y más honores, y que la mujer tuviera como cualidades, "la suavidad y la amabilidad"²²³.

Estas consideraciones significaban, según Asunción Lavrin, que "en el diálogo sexual del poder dentro del matrimonio, la posición de la mujer se veía debilitada a su dependencia económica, su menor fuerza física y la subordinación legal y social al marido", y además, por la "obligación de cumplir con las exigencias físicas del matrimonio"²²⁴.

Juan y Ulloa, refiriéndose a las mujeres limeñas, sostenían que "sufren la objeción de que con el conocimiento de sus capacidades, adquieren cierto género de altivez, que no les permite subordinarse a ajena voluntad, ni a la de los maridos"²²⁵.

A través de la obra de Cristóbal de Aguilar, se observa que el grupo familiar de la sociedad cordobesa de fines del siglo XVIII y comienzos del XIX, aparecía organizado sobre la base de la obediencia de la consorte²²⁶. El autor presentaba hombres sosteniendo que "la voz debe llevarla el varón y no la hembra", y mujeres conscientes de su subordinación, que reaccionaban con humildad y deseos de cooperación.

A pesar de que teólogos morales como fray Hernando de Talavera sostuvieran enfáticamente que "el varón es caveza de la muger, y que ella es y ha de ser subjeta al varón y regida é gobernada por él, é no el varón por la muger"²²⁷, otros moralistas planteaban el deber de obediencia como una obligación mutua, dejando un ámbito —no definido claramente— en el que el hombre debía escuchar a la mujer. Así, Arbiol decía que el marido, a veces, también debía ceder su derecho²²⁸, pero que, sin embargo, la mujer no debía pretender dominarlo en todo.

Este espacio gris era aquel al que se refería Torrecilla cuando decía que el hombre debía obedecer a la esposa, "en aquellas cosas en que está sujeto a la mujer"²²⁹, y probablemente también cuando esta

²²² Morelli, ob. cit., p. 241.

²²³ Morelli, ob. cit., pp. 240 y 241.

²²⁴ Lavrin, *Sexualidad...*, p. 90.

²²⁵ Juan, Jorge y Ulloa Antonio, *Relación Histórica del Viaje a la América Meridional*, Madrid, Fundación Universitaria Española, 1978, lib. I, cap. V, n.º 140, p. 79.

²²⁶ Serrano Redonnet y otra, ob. cit., p. 76.

²²⁷ Talavera, fray Hernando de, ob. cit., *Nueva Biblioteca de Autores Españoles*, Madrid, Casa Editora Bailly Bailliere, 1911, cap. V, p. 62.

²²⁸ Arbiol, ob. cit., lib. II, cap. VI, p. 56.

²²⁹ Torrecilla, ob. cit., trat. III, disput. II, cap. I, secc. IV.

le exigiera el débito conyugal, prerrogativa concedida por la doctrina a ambos sexos²³⁰.

Un esbozo de este difuso poder femenino es insinuado por Morelli al decir que "la esposa tendrá tanto más autoridad, cuanto más ponga de relieve la superioridad del marido"²³¹. El problema es que no se explaya acerca de cuál será el contenido de esta autoridad.

Sin embargo, aún en el siglo XVIII y XIX, no todos estaban de acuerdo con concederle algún atisbo de poder a la mujer sobre el hombre. Una autora ha recogido la opinión de los predicadores que reaccionaban diciendo que "las leyes divinas y humanas le dan al marido todo el dominio...", y que eran tristes los matrimonios "donde las barbas enmudecen al grito de las tocas"²³², volviendo a la tradicional manifestación de que "como al padre de familia le corresponde cierta potestad sobre la esposa, los hijos y los servidores, a él le pertenece el poder directivo de toda la familia"²³³. En pleno siglo XVIII, aceptar que el esposo debiera obediencia a la mujer no era ni la ideología ni la realidad de nadie; más bien, implicaba una gran amenaza para la estructura social patriarcal implícita: "poner el mundo al revés provocando la sumisión de los maridos ante sus esposas"²³⁴.

El Humanismo no alteró demasiado las normas que regían las relaciones entre cónyuges, y en lo que al deber de obediencia se refiere, mantuvo la obligación de acatamiento por parte de la mujer. Juan Luis Vives le atribuyó un criterio de funcionalidad: la obediencia femenina era una fórmula óptima para obtener la paz, la armonía y la felicidad familiar.

Erasmo, por su parte, también pensaba que la mujer debía obedecer al marido, y aunque esta no era de naturaleza inferior a la de los hombres, le había sido dado un papel en la vida que necesariamente habrían de desempeñar sometidas a ellos²³⁵.

Frente a los derechos de los contrayentes, había una doble trascendencia: "una que es la desigualdad de las partes por considerar a la mujer en una condición inferior en razón de su sexo, y otra es la que

²³⁰ Torrecilla, ob. cit., n.º 5.

²³¹ Morelli, ob. cit., p. 294.

²³² Martínez de la Parra, cit., por Gonzalbo Aizpuru, ob. cit., p. 206.

²³³ Morelli, ob. cit., p. 293.

²³⁴ Behar, Ruth, "Brujería sexual, colonialismo y poderes femeninos: Opiniones del Santo Oficio de la inquisición en México", en *Sexualidad y matrimonio en la América hispánica. Siglos XVI-XVIII*, Grijalbo, México, 1991, p. 118.

²³⁵ Cit. por Vigil, p. 93.

considera que marido y mujer son iguales, y dudan de la preeminencia del marido en ella"²³⁶.

Aun en pleno siglo XIX, Escriche sostenía que la mujer casada debía obediencia a su marido, porque "este homenaje rendido al poder protector del marido es una consecuencia necesaria de la sociedad conyugal, que no podría subsistir si el uno de los esposos no estuviera subordinado al otro"²³⁷.

En el mismo "Siglo de las Luces", y en el propio país donde nacería la Revolución Francesa, se afirmaba, por un lado, que la ley del matrimonio debía inspirarse en el pensamiento de que la mujer era igual al hombre, pero al mismo tiempo, Merlin de Douai y con él los convencionales, sostenían que era generalmente incapaz de administrar y que el hombre tenía sobre ella una superioridad natural. La mujer de 1785 era considerada un ser incapaz de dominarse, y por lo tanto el que el padre, y luego el marido, debían ser sus amos.

Pothier, en su *Tratado del poder marital*, opinaba que el marido tenía plenos poderes sobre su mujer y sus bienes, y el derecho de exigir todos los deberes de sumisión que se deben a un ser superior. Rousseau, por su parte, consideraba a la mujer inferior al hombre, hecha para ceder ante él y para "soportar aún su injusticia"²³⁸. Es decir, que las "Nuevas Ideas", sin embargo, no impidieron que los valores tradicionales se mantuvieran muy firmes, la institución matrimonial, muy sólida, y el predominio del varón, indiscutible²³⁹.

En el orden legal, esta combinación de restricción y protección se tradujo en los criterios que dominaron en los códigos medievales y renacentistas tempranos, como las Siete Partidas, el Ordenamiento de Alcalá, las Ordenanzas de Castilla y las Leyes de Toro.

Aunque las Partidas colocaban en mejores condiciones jurídicas al hombre, derivadas de conceptuarlo superior, su papel protector y directivo frente a la mujer reflejado, por ejemplo, en la facultad que le asistía de fijar el domicilio conyugal, implicó dar a las mujeres ventajas considerables²⁴⁰.

A pesar de que la subordinación de la mujer fue considerada como parte de la esencia femenina, esto fue especialmente claro entre las

²³⁶ Hanisch, ob. cit., p. 497.

²³⁷ Escriche, ob. cit., p. 1269.

²³⁸ Citado por Bertrand, Jean Pierre, *Francia en los tiempos de la Revolución. 1789-1795*, Javier Vergara Editor, 1990, p. 214.

²³⁹ Domínguez Ortiz, ob. cit., p. 323.

²⁴⁰ Gacto, *El marco...*, y Lavrín, *La mujer...*, p. 114.

mujeres de las clases medias, aunque —tal como lo sostuvimos anteriormente— no podía aplicarse de la misma manera entre las mujeres de la clase trabajadora, las cuales conservaron un grado de independencia mayor²⁴¹.

Las mujeres indianas vivían con una docilidad grande a la autoridad de sus maridos, aceptando el deber de obediencia impuesto desde la religión y el derecho²⁴².

¿Qué imagen nos ofrece la praxis judicial? ¿Ejercían los maridos su autoridad marital, y encontraban en sus esposas la aceptación que la legislación y la doctrina descontaban?

Desde la perspectiva que nos ofrece la compulsa de expedientes, abundaban ocasiones en las que, partes, letrados y justicia, ponían de relieve la potestad marital. Cualquier pleito entre cónyuges era la oportunidad propicia para que el marido hiciera gala del "derecho y autoridad" que le correspondía como "cabeza de la mujer"²⁴³.

Citando al Génesis, se afirmaba que la mujer, por estar formada de la costilla del hombre, "le es súbdita y accesoria"²⁴⁴, según Dios le había intimado en el paraíso por pena de "haber seducido a Adán al pecado primero que cometió"²⁴⁵, y que el autor de la naturaleza le impuso una dependencia de la mujer al marido²⁴⁶, y en consecuencia, este se consideraba dueño de la mujer y titular de su uso²⁴⁷. Por esta razón opinaba que "él mandaba y gobernaba en su casa, y no la mujer"²⁴⁸, mientras su mujer respondía que "tanto mandaba uno como otro en la casa".

La cuestión de la igualdad o inferioridad de la mujer con respecto al hombre, también era objeto de cuestionamiento en los estrados judiciales. Al tiempo que unos pocos no dudaban que marido y mujer eran iguales²⁴⁹, un esposo exigía de la esposa ese reconocimiento de superioridad en él²⁵⁰, fundado en el argumento de que "la muger es débil"²⁵¹.

²⁴¹ De Vega, ob. cit., p. 66.

²⁴² Ots Capdequí, *Bosquejo...*, p. 181.

²⁴³ AGN 281-7.

²⁴⁴ AHPBA 5-2-17-9.

²⁴⁵ AHPBA 5-2-17-9.

²⁴⁶ AHPBA 5-5-80-31.

²⁴⁷ AHPBA 5-2-17-9.

²⁴⁸ AHPBA 5-5-78-9.

²⁴⁹ AHPBA 5-2-17-9.

²⁵⁰ AGN H 16-8.

²⁵¹ AHPBA 5-2-17-9.

Paralelamente a la controversia doctrinaria, en la instancia judicial se dudaba acerca del tipo de subordinación entre los cónyuges, y así, contra lo aducido por Palacios Rubios, se aseveraba que "no es igual la subordinación del criado al amo, el hijo al padre, el religioso al Prelado, que la de la muger al marido"²⁵², asimilándola a la del hermano menor respecto del mayor, y estimando que era "de puro orden"²⁵³. A partir de las palabras del sacerdote al entregar la esposa al marido: "Compañera os doy y no sierva", concluían en que la subordinación de la mujer al hombre era inferior a la del esclavo respecto del amo, y el hijo respecto al padre, "porque es socia"²⁵⁴.

Sin embargo, algunas mujeres se quejaban de que "siendo su muger, he sido su esclava, y las esclavas las señoras de la casa"²⁵⁵, calificándose a algunos maridos, de "aquellos que reputan a sus mugeres en clase de domésticas o esclavas constituidas en la peor condición"²⁵⁶.

La discusión era irrelevante para otros, ya que "la verdadera y propia sujeción y dominación, pide dos personas: una que domina sobre la otra, y ésta otra que se sujete a aquélla, lo cual no se puede verificar respecto de los casados"²⁵⁷.

Estos postulados teóricos, aún planteados judicialmente, ¿se aceptaron sin oposición o fueron resistidos? Las respuestas iban, desde manifestar que "el marido no tiene poder para manejar a la esposa a su voluntad, y ésta no tiene obligación de seguirlo en sus caprichos"²⁵⁸; hasta la aceptación lisa y llana de su autoridad, tributando una ciega obediencia²⁵⁹.

B) Condiciones

El deber de obediencia implicaba, para la esposa, la obligación de aceptar el poder de corrección a que su marido tenía derecho.

¿Cómo se ejercía este derecho de supervisión de la conducta femenina?

En principio, el marido tenía la obligación de velar por las buenas costumbres y gobierno de la familia, evitando las "superficialidades y

²⁵² AHPBA 5-5-80-31.

²⁵³ AHPBA 5-2-17-9.

²⁵⁴ AHPBA 5-2-17-9.

²⁵⁵ TC F 1-18 1800.

²⁵⁶ AHPBA 5-5-80-31.

²⁵⁷ AHPBA 5-2-17-9.

²⁵⁸ AGN TC P2 1807.

²⁵⁹ AGN 83-24.

vanidades" y modificando los hábitos desordenados²⁶⁰. Se constituía así en guardián de la moral conyugal, agente de apartamiento de su mujer del camino del pecado y factor fundamental de su regeneramiento.

Algunos moralistas hacían girar el poder de obediencia alrededor de lo que ellos llamaban "los casos en que es súbdita", aclarando, en algunas ocasiones, que esto se refería "al acto conyugal y uso de su matrimonio"²⁶¹.

¿Cómo se traducía este poder de los hombres, en los hechos?

En el ejercicio de su autoridad marital, moralistas de la talla de Morelli justificaban el castigo "discreto y moderado", permitido "por todos los derechos", y limitado a la facultad de regir con prudencia a la esposa y sus acciones, de protegerla, castigarla con moderación y según su condición si no era honesta. Por causa de corrección, podía el marido decirle a la mujer "algunas palabras que la mortifiquen", "como sea con tal discreción y moderación que la muger no incurra en nota de infamia", según Torrecilla, quien coincidía con Morelli en que era ilícito castigarla moderadamente, "porque no puede ser ilícito usar de los medios necesarios para el fruto de la enmienda"²⁶². Además, agregaba que si, amonestada dos o tres veces por causa grave, no conformase su conducta, le era lícito azotarla con moderación para que se corrigiera y enmendase²⁶³.

Los predicadores basaban el poder de supervisión del hombre en las leyes divinas y humanas, y en consecuencia, si la mujer incitaba o provocaba al marido a la ira, a juramentos y maldiciones, pecaba mortalmente, faltando al amor y reverencia que como a superior y cabeza le debía²⁶⁴.

¿Cuál era el límite permitido por la doctrina, para el castigo físico de la mujer? ¿Cabía hacer, desde la teología moral o el derecho, una descripción minuciosa de lo que era considerado el ejercicio de una prerrogativa, y su extremo, el abuso?

Morelli, por ejemplo, pensaba que el poder del marido no era despótico, y que estaba adaptado a la incolumidad y prosperidad de la

²⁶⁰ Torrecilla, ob. cit., trat. III, disput. II, cap. I, secc. IV, n.º 95. 216; Arbiol, ob. cit., lib. II, cap. VI, p. 50, y Sánchez y Echarri, cit. por Fernández Vargas y otra, en ob. cit., p. 32.

²⁶¹ Morelli, ob. cit., 240.

²⁶² Torrecilla, ob. cit., n.º 6.

²⁶³ Torrecilla, ob. cit., n.º 6.

²⁶⁴ Sánchez y Echarri, cit. por Fernández Vargas y otra, en ob. cit., p. 32.

sociedad, para concluir con que "es ignominioso el marido que castiga injustamente a la mujer"²⁶⁵.

Torrecilla ejemplificaba: "Peca gravemente el marido que azota cruelmente a su muger; porque no es esclava, sino compañera y humana", porque aunque le era lícito castigarla con moderación, no lo era azotarla con crueldad, ya que estaba obligado a amarla como compañera, "y la verberación cruel es propia de esclavos y se debe dejar al juez, a quien pertenece castigar jurídicamente, e imponer condigna pena al delito"²⁶⁶. También pecaba gravemente el marido que ofendía a su mujer con palabras infamatorias, tales como si la llamase adúltera.

Antonio Domínguez Ortiz ha sostenido que si la doctrina de que el marido corrigiese moderadamente a su mujer era admitida en altas esferas, no habría de extrañarse que, entre las clases inferiores, pasara por verdad evidente, y citó el caso del cura de Llanaves, aldea perdida en las montañas de León, autor de unas curiosas memorias, quien no hallaba en sus feligreses otro vicio que su afición a esta ruda pedagogía marital. El mismo autor trajo a colación el refranero, fiel espejo de la realidad de esta "disciplina física": "La mujer y lo empedrado siempre quiere andar hollado"; y "la mujer y la candela, tuércele el cuello si la quieres buena"²⁶⁷.

Cuando el marido se propasaba en el castigo físico, incurría en la figura jurídica de los "malos tratamientos", que eran causa de la separación de los cónyuges, según Elizondo, "quando pasen a la clase de graves y atroces, o aunque sean leves, fuesen quotidianos sin justa causa, de modo que lleguen a conmover la ira, provocar el odio, y dar margen al pecado". Señalaba que era suficiente "un sólo acto atrozísimo para no deber esperarse el segundo que acaso podrá ser inevitable", y que si bien no era posible constituirse regla, acerca de cuáles se llamaban "injurias atroces", "por ser cualesquiera grave con respecto a la mujer noble", ponía por vía de ejemplo, "el trato inhumano en la casa, las palabras contumeliosas, las persecuciones, la maquinación contra la vida de la mujer, el auxilio de un veneno, los actos proporcionados a herir o matar, la pertinacia en el concubinato, el desprecio diario e incesante, la denegación del médico o de medicinas, etc."²⁶⁸.

El derecho canónico llegaba a declarar la procedencia del divorcio por el castigo cruel que el marido daba a la esposa²⁶⁹.

²⁶⁵ Morelli, ob. cit., p. 240.

²⁶⁶ Torrecilla, ob. cit., n.º 6.

²⁶⁷ Domínguez Ortiz, ob. cit., p. 323.

²⁶⁸ Elizondo, ob. cit., n.º 22.

²⁶⁹ Morelli, ob. cit., p. 240.

Sin embargo, Sempere y Guarinos, ilustró que, "si un marido quiere hacer respetar su autoridad, poner orden en la casa, pasa comúnmente por ridículo, y si, a pesar de la opinión, solicita su desagravio, en los tribunales encuentra mil tropiezos y embarazos que, al fin, le precisan a desistir y mostrarse indiferente a la vista de los desórdenes más fatales y dignos de remediarse"²⁷⁰.

¿Qué sucedía entre nosotros? ¿Cómo era percibido el ejercicio de este poder marital?

El poder de corrección era puesto de relieve a la hora de contestar los reclamos femeninos; se amparaban en que "el marido puede corregir moderadamente a su muger, ya con azotes, ya con bofetones, por defectos de poca consideración"²⁷¹. Insistiendo en la prudencia como medida, se permitía el castigo, cuando tuviera fundamentos graves para ello, basándose en que "es un padre de familia, que gobierna la economía de su casa"²⁷².

Si frente a defectos de escasa monta se respondía con semejante agresión física, no queremos pensar la entidad del castigo cuando, a juicio del apaleador, el defecto fuera de mayor envergadura. Sin dar ejemplos, otros decían, simplemente, que el hombre "puede corregir los excesos de liviandad" de la mujer²⁷³; o que había querido combinar "una conducta moderada, suave y cristiana", con los derechos que les correspondían²⁷⁴.

¿Abuso o morigeración? ¿Delincentes o guardianes del recato conyugal? ¿Por dónde pasaba la línea que separaba golpeadores de maridos que solo querían velar por la conducta de sus mujeres, y "tomar todas las precauciones necesarias", para apartarlas de los "malos caminos" por los que se conducían?²⁷⁵ Los propios consortes se defendían, diciendo que "un marido lleno de justísimos recelos y sofocado de su honor, excédese con facilidad los límites de la moderación"²⁷⁶.

Los más medidos, solo decían que "el marido posee una moderada repreensión para contener los excesos perjudiciales al tálamo"²⁷⁷; y que los alegados malos tratamientos, "no pasaron de una mera co-

²⁷⁰ Cit. por Martín Gaité, ob. cit., p. 156.

²⁷¹ AHPBA 5-5-80-31.

²⁷² AHPBA 5-5-78-9.

²⁷³ AHPBA 5-5-80-31.

²⁷⁴ AGN 214-12.

²⁷⁵ AGN TC L 1 1802.

²⁷⁶ AHPBA 5-5-78-9.

²⁷⁷ AHPBA 7-5-12-8.

rección para la cual me autorizan los derechos, con el fin de contener los excesos y devaneos de mi citada muger"²⁷⁸.

En medio de tanta justificación a la agresión física se alzaban voces que afirmaban categóricamente que "el marido no tiene facultad de maltratar a la mujer"²⁷⁹.

Y cuando los hombres no cumplían con sus obligaciones éticas de moderación a las que estaban sujetos, "destruían el equilibrio de las jerarquías entre marido y mujer, y la proporción de mutualidad y reciprocidad inherentes a ese orden, y las mujeres tenían el derecho de desafiar su poder". A la definición del poder y autoridad masculinas, se oponía un poder y autoridad correspondientes al sexo femenino, que conformaba un sistema débil y que jugaba en favor del marido, ya que la mujer tenía que esperar hasta que el abuso en el comportamiento del hombre llegara a los extremos, "y se echaran a andar los mecanismos disponibles para su protección"²⁸⁰.

C) Extensión

Independientemente de las exigencias impuestas por la religión y el derecho, el comportamiento real de la sociedad durante el período colonial, sugiere, sin embargo, que la respuesta a esos requerimientos distaba mucho de la conformidad o la aceptación uniforme, y que "hombres y mujeres tenían maneras sutiles de evitar la sumisión, de desafiar dichos dogmas o de aplicarlos en beneficio propio"²⁸¹.

Los pleitos entre cónyuges suelen ser la oportunidad propicia para que ambos desahoguen sus mutuas diferencias, y para que el hombre pretenda hacer inclinar la balanza hacia el lado de sus facultades maritales.

a) Las conductas cuestionadas

¿Cuáles eran las actitudes cuestionadas? ¿Qué conductas motivaban que los maridos dejaran de lado la sagrada intimidad del matrimonio, los gruesos muros que separaban los hogares unos de otros, para revelar lo que se aconsejaba jamás trascendiera? ¿Qué tipo de comportamiento femenino justificaba ese control obsesivo? ¿Qué violaciones a los derechos y deberes conyugales podían ser tan graves como para aceptar, incluso, el castigo físico?

²⁷⁸ AGN TC letra "G" González María M. Año 1801.

²⁷⁹ AGN 281-7.

²⁸⁰ Boyer, Richard, cit. por Lavrin, en *Sexualidad...*, p. 37.

²⁸¹ Lavrin, *Sexualidad...*, p. 91.

Ya lo había dicho Martín de Torrecilla, cuando consideraba que pecaba mortalmente la mujer que con su mala condición, pesadumbres, riñas y malas palabras, provocaba al marido a grave ira o blasfemia, porque en tal caso "no le da al marido la reverencia y amor que debe"²⁸².

Las razones giraban alrededor del concepto de insubordinación, deshonor, libertinaje y escándalo.

El principio general era que "en la mujer pende la honra y crédito del marido"²⁸³, y que la mujer que salía de su casa, insultaba los derechos y autoridad del cónyuge²⁸⁴. Las quejas se dirigían a que la mujer no quería sujetarse a vivir según el marido²⁸⁵; que quería vivir "a su libertad", ofendiendo a Dios, a la república y al marido²⁸⁶; que era "díscola y de espíritu procaz"²⁸⁷; o lo que era más grave aún, que su intención era "desterrar al marido de su vista"²⁸⁸.

Desde el expediente, el marido aconsejaba a la esposa rebelde, apartarse de los excesos²⁸⁹; cumplir con sus deberes, no aspirar a la insubordinación, dejándose arrastrar de una "libertad melosa", ni "hacer insoportable el yugo", que hacía tantos años se habían impuesto libremente²⁹⁰.

Ambas partes trataban de preservar ante todo el buen nombre y decoro familiar: "cuidado con la conducta, y no dar que hablar en la calle, pues no ignoras que el mayor sentimiento que me podías dar es el que nadie tenga qué decir con razón"²⁹¹, decía un marido preocupado por el qué dirán, a su esposa, mientras hacía saber que había tratado de acudir a los medios extrajudiciales para retener a la mujer, "porque del estrépiteo del foro sería consiguiente mi deshonor".

Para los protagonistas de estos pleitos, y para los que administraban justicia en el siglo XVIII, la única posibilidad de que la mujer mantuviera su reputación y la de la familia, era al lado del marido²⁹², o en el depósito. Lejos del consorte, "azotaba las calles", era infiel, perdía el honor. La esposa que no quería convivir con el marido, as-

²⁸² Torrecilla, ob. cit., n.º 96.

²⁸³ AGN 99-27.

²⁸⁴ AGN 138-25.

²⁸⁵ AGN 99-27; AHPBA 5-5-80-31.

²⁸⁶ AHPBA 7-5-12-8.

²⁸⁷ AHPBA 5-3-43-19.

²⁸⁸ AHPBA 5-5-80-31.

²⁸⁹ AHPBA 5-2-22-5.

²⁹⁰ AGN C17-13.

²⁹¹ AGN 155-118.

²⁹² AGN 214-12.

piraba a "dar ensanchez a su libertinaje", y como ejemplo de su conducta irregular, se decía que "se presenta con el mayor desembarazo por las calles públicas de día y de noche", y de esta manera, acababa de "abatir el concepto de su estado y de su niñez"²⁹³. Salir de la casa del marido implicaba "vivir una escandalosa independencia"²⁹⁴.

En ejercicio de esa autoridad marital, el marido procuraba contener a la que "va a fandangos y juntas", a la que fugaba de su casa, causaba escándalos en la ciudad, suscitaba "enredos y embustes", e incurría en "excesos y abandonos"²⁹⁵. También la doctrina se hacía eco de estos conceptos masculinos, sosteniendo que las mujeres aspiraban a la libertad de su separación, y gozaban tan de lleno los gajes de esta que se las veía, frecuentemente, ostentar un lujo insostenible, al mismo tiempo que sus propios maridos estaban sumergidos en la pobreza de sus casas, destierros o presidios, donde no se tenía muchas veces, "aún lo necesario para vivir"²⁹⁶.

Las esposas, a su turno, reprochaban a los maridos, haber conseguido comprometer la estimación y honradez de ellas, "para con todo el pueblo"²⁹⁷; por haberlas despojado de su buena fama, "ese don aún más apreciable que la propia vida"²⁹⁸; por haberlas "cargado de los oprobios y ultrajes más injuriantes a una mujer honesta"; y en definitiva, "por vulnerar la fama y nombre" de ellas ante los magistrados²⁹⁹ y a la vista pública³⁰⁰.

De cualquier manera, "la presencia femenina ante los tribunales muestra así una creciente actitud de defensa que habla de movilización de las mujeres y aumento general del individualismo que afectó las relaciones conyugales", y "esta movilización femenina pasaría por comportamientos contestatarios en lo que a normas correspondientes a reclusión y vida recatada dentro del hogar se refiere, y una educación de la mujer que no la prepara precisamente para la sujeción y obediencia al marido, de lo que se deriva la no aceptación de la corrección marital"³⁰¹.

A pesar de esta opinión, y sin perjuicio de nuestras consideraciones finales, no creemos que la administración de justicia se hubiera

²⁹³ AGN TC C1 1802.

²⁹⁴ AGN 38-25.

²⁹⁵ AGN TC M8 1811; TC L1 1802.

²⁹⁶ Elizondo, ob. cit., n.º 37, p. 181.

²⁹⁷ AHPBA 7-5-13-6.

²⁹⁸ AHPBA 5-5-78-9.

²⁹⁹ AGN TC C1 1800.

³⁰⁰ AGN TC "G", González María M., 1801.

³⁰¹ Mallo, Silvia, *Justicia...*

hecho eco de las demandas femeninas, no obstante haber tenido en general, una actitud receptiva y respetuosa del reclamo de las mujeres. Escuchar las quejas contra el abuso en el ejercicio de los poderes maritales implicó un acuse de recibo por parte de las justicias, que no obstante, no significó apartarse de los puntos de vista tradicionales que giraban alrededor del deber de obediencia femenino.

b) La promesa de buen trato y enmienda

Resultaba difícil que todos estos paradigmas de familias perfectas, en donde los maridos cumplían con las obligaciones a su cargo, corrigiendo moderadamente a sus esposas y donde estas respetaban a sus consortes, eran sumisas, no salían solas a la calle en busca de alboroto, y llevaban la honra de la familia en alto, se ejecutaran en la práctica.

Por esta razón, los expedientes judiciales sirven para determinar el grado de aplicación de los principios proporcionados por el legislador, y los ajustes que se debieron llevar a cabo para que las situaciones planteadas tuvieran una solución lo más parecida a la imaginada por el autor de la norma.

Nos sorprende, en el campo específico del derecho de familia, la cantidad de "compromisos", espontáneos o impuestos a las partes.

Se trataba de promesas de enmienda, o reforma, que pueden ser divididas en aquellas que tendían al buen trato, y las que estaban enredadas a la enmienda.

1º) Promesa de buen trato

El marido se obligaba a tratar a la mujer con moderación sin excesos³⁰²; con la dulzura y suavidad que su mujer le profesaba³⁰³, a no ofenderla ni incomodarla³⁰⁴; o sencillamente, a "vivir como Dios lo ordena"³⁰⁵. A veces, se le exigía que prestara caución juratoria de que en lo sucesivo no ofendería a la mujer³⁰⁶.

2º) Promesa de enmienda

En otros casos, era la esposa la que se comprometía a mejorar su conducta, a contenerse y no dar ocasión de disgustos domésticos

³⁰² AGN TC "G", González María M., año 1801.

³⁰³ AHPBA 5-5-78-9.

³⁰⁴ AHPBA 5-5-78-9.

³⁰⁵ AHPBA 7-1-34.

³⁰⁶ AHPBA 5-5-80-31.

con su marido, guardándole el debido respeto y veneración³⁰⁷ y a vivir con modestia y recogimiento³⁰⁸.

Las obras literarias del período reflejan estas promesas, y en su pieza: "El triunfo de la prudencia y fuerza del buen ejemplo", Cristóbal de Aguilar presentaba a su protagonista femenina, formulando ante su marido el compromiso de reformarse en pro del bienestar de su familia³⁰⁹.

Finalmente, hubo oportunidades en las que se exigió a ambos la promesa de enmienda, bajo el apercibimiento de que si no cumplían, se procedería contra sus personas y bienes³¹⁰.

Estos compromisos arrancados a las partes, y sobre cuya viabilidad ni siquiera las propias justicias estaban seguras, tenían su razón de ser, en el desfavor con que se miraban los pleitos conyugales. Estos juicios eran percibidos como una molestia hacia el magistrado o el tribunal, que se fastidiaba de tener que recordar, a mujeres descarriadas y maridos olvidadizos, acerca del acatamiento a las obligaciones conyugales.

D) El depósito

(Manifestación de la potestad marital), el depósito era un recurso del que se valía el marido para corregir a la mujer. Utilizado independientemente de la "disciplina física" a la que acabamos de referirnos, se llevaba a cabo en una casa de recogidas.

Las casas de recogidas se habían empezado a desarrollar a finales del siglo XVI como solución a dos problemas: los de mujeres virtuosas pero desprotegidas, y los de mujeres "perdidas", que necesitaban corrección para prevenir que continuaran pecando o contaminaran a otras mujeres.

Asunción Lavrin señala que algunas casas de amparo eran estrictamente para la primera categoría de mujeres; otras alojaban a ambas, separando físicamente las "buenas", de las "malas". Habían sido fundadas por personas laicas o autoridades eclesiásticas, y se orientaban hacia la regeneración de la mujer.

También había, en forma privada, casas de reclusión donde las autoridades eclesiásticas o individuos particulares mandaban algunas

mujeres, fuera para castigo o para protección³¹¹. Albergaban mujeres de todas las edades y situación económica diversa, algunas de las cuales carecían de recursos familiares y protección masculina, y en cuyo caso se retiraban temporariamente o por muchos años, en busca de la seguridad de que carecían en el mundo exterior. Algunas de estas mujeres eran consideradas miembros distinguidos de la sociedad, pero que se encontraban en circunstancias difíciles. Permanecer recogidas les ofrecía un refugio seguro donde podrían preservar su honor y su posición social, pese a las experiencias personales adversas.

Al mismo tiempo, los recogimientos eran también, instituciones adonde se enviaba a mujeres que habían "caído", para su castigo y reeducación, y así evitar que incurrieran en tentación del concubinato o de una vida deshonestas.

Había cierta ambigüedad en el carácter de los beaterios y recogimientos, que surgía de que ambos compartían la misma preocupación fundamental de proteger a las mujeres. Este objetivo general hizo que tales instituciones albergasen al mismo tiempo a mujeres honorables desamparadas, mujeres arrepentidas e incluso mujeres involucradas en delitos.

Otra variante del concepto de protección de las mujeres eran los orfanatos, establecidos para cuidar de las huérfanas de descendientes de conquistadores o colonizadores, y que si bien en el siglo XVII se parecían a los recogimientos, en el XVIII se convirtieron en escuelas, ya que ponían el acento en la instrucción de las niñas que ingresaban³¹².

El depósito al que apuntamos nosotros, es el que servía para las siguientes finalidades:

a) Finalidades

1°) Tramitación del juicio de divorcio

Iniciado el pleito de divorcio, la mujer debía ser secuestrada en casa de sus padres, o en algún monasterio, según Elizondo³¹³, o en una casa honrada³¹⁴, donde permanecía hasta que se dictara sentencia.

Se consideraba que la mujer no podía permanecer sin peligro al lado de su marido durante el juicio. Por ese motivo, el juez eclesiástico

³⁰⁷ AGN TC M8 1811; AHPBA 5-5-80-31.

³⁰⁸ AHPBA 7-1-34.

³⁰⁹ Serrano Redonnet y otra, ob. cit., p. XC.

³¹⁰ AHPBA 7-1-34.

³¹¹ Lavrin, *La mujer...*, p. 122.

³¹² Lavrin, "Religiosas", en *Ciudades...*, pp. 205/6.

³¹³ Elizondo, ob. cit., t. I, n.º 5, p. 351.

³¹⁴ III y IV Concilios Mexicanos, cit. por Rípodas Ardanaz, ob. cit., p. 388.

ordenaba ponerla en un lugar seguro, donde viviera hasta que finalizara la causa, y donde el marido tenía prohibido inquietarla, bajo pena de excomunión.

No siempre respetaba las órdenes de la autoridad religiosa, y a veces se acercaba demasiado al lugar de reclusión. Otras, exigía que durante el depósito, la mujer permaneciera recluida e incomunicada³¹⁵.

Si la sentencia rechazaba el divorcio, la mujer debía volver al lado de su marido; y si la separación era admitida, se resolvía sobre el lugar donde debía habitar.

2°) *Lugar de reclusión de la mujer culpable*

Elizondo afirmaba que si tuviese de qué alimentarse, debía ser recluida en un monasterio; si fuera pobre, en un colegio o casa de recogimiento según su clase y costumbres o en un hospicio. Si fuese escandalosa, debía ser depositada en la casa de penitencia de las mujeres públicas.

3°) *Demandas por malos tratamientos*

Entablado un juicio por malos tratamientos, la justicia real ordenaba que se depositara la consorte provisional e interinamente, en un lugar de probidad, donde se consultase a la seguridad de su vida³¹⁷.

4°) *Lugar de enmienda*

El depósito servía para corregir a las "voluntariosas y altaneras"; "a las que miraban poco por su honor"; a "las rebeldes y pertinaces"; "a las que se hallaban bien en el libertinaje y ninguna subordinación"; a las que vivían "libre y escandalosamente sin otra causa que la de disgustarle la subordinación"³¹⁸.

b) *Sujetos pasivos del depósito*

¿A quién se depositaba? La compulsa de legajos nos demuestra que fueron sujeto pasivo de la reclusión:

³¹⁵ De la Cuesta Figueroa y Silva Nieto de Matorras, "Contribución al estudio del divorcio en Salta en la época hispánica", Actas y Estudios del VII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Pontificia Universidad Católica Argentina, Bs. As., 1984, p. 234.

³¹⁶ Elizondo, ob. cit., p. 184.

³¹⁷ Elizondo, ob. cit., pp. 361/9.

³¹⁸ AGN 21-28; 126-10; G14-20.

1°) *La cónyuge*

El marido era el que generalmente, en ejercicio de su poder de corrección, pedía la reclusión de la esposa que había profugado³¹⁹; de la que no se quería sujetar y pretendía vivir "a su libertad"³²⁰; de la "escandalosa"³²¹, que llevaba una vida licenciosa; y a todo un elenco de esposas rotuladas como "inclinadas a los desórdenes y al libertinaje"³²².

Por mucho menos, solo por recriminarle al esposo la austeridad en los gastos, el protagonista de una obra de teatro de la época amenazaba a su cónyuge con el depósito³²³.

2°) *La concubina*

No solo la esposa legítima era objeto de depósito; también la que estaba acusada de ilícita amistad con un hombre casado, con el objeto de que este volviera con su consorte, mientras se sustanciaba la prueba³²⁴.

3°) *La bigama*

Se la depositaba hasta que apareciera el primer marido³²⁵.

c) *Sujeto activo del depósito*

Si bien en la mayoría de los casos analizados, el pedido era formulado por el propio marido o por las mismas justicias, hubo casos en los que la propia esposa pedía su depósito, hasta que el marido mostrase algún ejercicio para asistirle, y diera manifiesta enmienda de su vida³²⁶.

Estos "autodepositos" se cumplían, generalmente, en casa de un pariente³²⁷; y en una sola ocasión, la mujer sugirió ella misma el lugar: el Orfanato de San Miguel³²⁸.

³¹⁹ AGN 103-16.

³²⁰ AGN 108-16; 81-33.

³²¹ AGN 99-27.

³²² AGN TC P1 1807.

³²³ Serrano Redonnet y otra, ob. cit., p. XC.

³²⁴ AGN 96-31.

³²⁵ AGN C17-1.

³²⁶ AGN TC C1 1800 TC G 1801.

³²⁷ AGN TC C1 1800; 208-21; G14-20; AHPBA 5-5-78-5.

³²⁸ AGN TC-17.

d) El lugar

Cabe preguntarse cuál era el lugar donde estas mujeres pasaban días, meses y años, separadas de sus familias, hasta que sus maridos, o las justicias, disponían liberarlas.

La mayoría de las veces, las recluían en el Colegio de San Miguel³²⁹. Presumimos que el "Orfanatorio de San Miguel"³³⁰; la "Casa de Recogimiento de Mujeres Honestas de San Miguel"³³¹; la "reclusión de las huérfanas de San Miguel"³³²; la "Casa de Misericordia de San Miguel"³³³, son la misma institución.

Otras elegían la Casa de Ejercicios Espirituales³³⁴, y diversos establecimientos a los que se referían vagamente como "Casa de niñas huérfanas"³³⁵; "Casa de la Residencia"³³⁶ y "Casa de las Recogidas"³³⁷. También se las destinaba a la "Casa de Niños Expósitos"³³⁸; o a la casa de una persona "respetable"³³⁹.

e) Con quién se las depositaba

Aunque en la generalidad de los casos compulsados se las recluía solas, hemos encontrado ocasiones en las que las acompañaba un hijo³⁴⁰; varios³⁴¹, y hasta los hijos de crianza³⁴².

³²⁹ AGN A17-7; AHPBA 5-2-22-5.

³³⁰ AGN T6-17.

³³¹ AGN 243-1/2.

³³² AGN 40-13; 90-16; 14-20.

³³³ AGN T6-17.

³³⁴ AGN TC CI 1802; 243-1/2; M8-15. Cuando se promovió el expediente para edificar "una casa y beaterio de Ejercicios Espirituales", el síndico procurador general del cabildo sostuvo que "no habiendo quién para las mujeres se dedicase a la obra de los ejercicios por falta de auxilios", y proponía se autorizase la construcción, fuera con la condición de que se habría de recibir las mujeres que necesitaran de corrección que remitan las justicias, separadas de las que entraren a ejercicios voluntarios, "pues siendo continuos los sentimientos que en distinto tiempo han hecho presente a este cabildo muchos jueces, de hallarse precisados a disimular muchos escándalos por no tener casa dónde poner varias mujeres, que sin temor de Dios ni de su honor, no sólo se abandonan a una vida escandalosa, sino que procuran pervertir a otras con su mal ejemplo". AGN, *Justicia*, Leg. 32, exp. 934.

³³⁵ AGN 117-7; AHPBA 5-3-43-19.

³³⁶ AGN 61-38; 108-16; 81-33; TC CI 1800; 189-33.

³³⁷ AGN 61-38; AHPBA 7-1-34.

³³⁸ AGN TC PI 1807; AHPBA 7-5-11-36.

³³⁹ AGN 99-27; AHPBA 5-2-22-5. En el mismo sentido, Mallo, *Justicia*.

³⁴⁰ AHPBA 7-1-34.

³⁴¹ AHPBA 5-5-43-19.

³⁴² AGN T6-17.

f) Tareas desarrolladas

Los días en el depósito transcurrían entre labores, costura³⁴³, educación cristiana³⁴⁴, y adoctrinamiento sobre moderación en las costumbres, temor a Dios y mejor educación de los hijos³⁴⁵.

g) Actitud de las depositadas

Las mujeres protestaban porque consideraban que eso que llamaban depósito era una prisión formal y decisiva.

Al permitirseles a los maridos disponer su aislamiento total, sin poder recibir visitas, y ni siquiera salir acompañadas, las depositadas se sentían humilladas, condición agravada por el hecho de que compartían la reclusión con mujeres de diferentes sectores sociales que llegaban a partir de diversos tipos de conflictos matrimoniales, y con distintos conceptos morales³⁴⁶.

h) Juez competente

Justicia eclesiástica y justicia civil se disputaban la competencia en lo referente al depósito.

Por un lado, se sostenía que pendiente el juicio de divorcio ante la Curia, no solo competía a los jueces eclesiásticos, sino también a las justicias reales, "obrando con la potestad económica y gubernativa, por razón del escándalo que de suyo causa toda separación voluntaria"³⁴⁷. Es decir, que por una parte, se afirmaba la competencia concurrente, y por el otro, se exigía que el eclesiástico se abstuviera de practicar depósitos, sin el auxilio "que previenen las reales determinaciones"³⁴⁸. Había, sin embargo, una tercera opinión, en el sentido de que el juez eclesiástico era el único "legítimo y competente", para ordenar el depósito de la mujer³⁴⁹.

i) Duración y consecuencias

La mujer permanecía depositada hasta que el marido lo dispusiera, y esto sucedía cuándo este conociera en ella "señales de enmienda".

³⁴³ AGN 90-16.

³⁴⁴ AGN 117-7; TC CI-1802.

³⁴⁵ AHPBA 5-5-43-19.

³⁴⁶ Mallo, *Justicia*.

³⁴⁷ AGN 99-27.

³⁴⁸ AGN 99-27; 117-7.

³⁴⁹ AHPBA 5-2-22-5. En este caso, el marido pretendía llevarla a San Miguel y el juez eclesiástico, a casa de un familiar.

da", y promesa de unirse a él³⁵⁰, o hasta que acreditara en obras, el arrepentimiento y "enmienda de sus excesos"³⁵¹.

Al prolongarse esta situación, el depósito venía a constituir, la tan temida separación de hecho, con el agravante de que, en este caso, podía entender la justicia civil, en lugar de la eclesiástica, como correspondía en los casos de divorcio³⁵². De esta manera, se contrariaban las normas legales, que establecían que ningún arbitrio tenían los jueces reales para autorizar separaciones³⁵³.

4

VII. Convivencia

A) Fundamentos

Uno de los derechos que tenía el marido era el de fijar el lugar físico sobre el que se iba a constituir el hogar conyugal. Consecuencia de la sujeción de la mujer a su cónyuge, esta no podía ni debía morar, "sino do aquel mandare"³⁵⁴.

Enrique de Villalobos fundamentaba en el derecho natural y divino, la obligación de los casados de cohabitar, "por que por este camino se crían mejor los hijos"; y agregaba "no sólo que moren en una casa, sino que coman a una misma mesa y duerman en un lecho"; "porque todo esto se requiere para el amor y junta que ha de haber entre los casados"³⁵⁵.

También, Martín de Torrecilla sostenía que el marido estaba obligado a cohabitar con la mujer, y que esta cohabitación no debía ser solamente para vivir en una casa, sino también para comer a una mesa y dormir en una cama, porque ello conducía a la unión perfecta de amor, y a que se engendre una amistad intensísima entre marido y mujer³⁵⁶. Y para que no hubiera dudas, al tratar "de las obligaciones de la mujer para con su marido", el mismo autor se refería a la obligación de la esposa de cohabitar con el marido³⁵⁷.

³⁵⁰ AGN 108-16.

³⁵¹ AGN 149-33.

³⁵² AHPBA 5-5-78-9.

³⁵³ AGN TC CI 1802.

³⁵⁴ Ordenanzas Reales de Castilla, recopiladas y compuestas por el Lic. Alonso Díaz de Montalvo. Glosadas por el Dr. Diego Pérez, Madrid, Imprenta de Josef Doblado, 1779, lib. IV, t. II, ley XXIX. Novísima Recopilación de las Leyes de Castilla, lib. VI, t. I, ley 13.

³⁵⁵ Villalobos, ob. cit., trat. XIII, dif. XVIII, p. 321.

³⁵⁶ Torrecilla, ob. cit., trat. III, disput. VI, cap. I, secc. IV, n.º 10.

³⁵⁷ Torrecilla, ob. cit., n.º 97.

Elizondo decía que la mujer estaba obligada a cohabitar con el marido y a seguirle³⁵⁸; y un siglo después, Escriche agregaba: "y a seguirle al paraje en que creyere oportuno fijar su residencia"³⁵⁹.

La cuestión se complicaba cuando el marido decidía cambiar el lugar donde ya estaba radicado el hogar conyugal.

Enrique de Villalobos se pronunciaba abiertamente por la obligación de la mujer de aceptar la sustitución: "la muger tiene obligación de seguir al marido que quiere mudar de domicilio", y agregaba que le habría de seguir aun si lo desterrasen, "porque debe seguir los infortunios del marido". Sin embargo, estimaba que la obligación era recíproca, porque "lo mismo ha de hacer el marido si sucediese a la muger que por causa necesaria huviese de mudar tierra", pero que "hay diferencia en que el marido es cabeza del gobierno y puede escoger libremente el domicilio, y la muger no, si no fuese con necesidad"³⁶⁰.

Torrecilla decía que "peca gravemente la muger que no quiere seguir y acompañar al marido que se va a otra parte, queriendo él llevarla consigo", salvo si no le pudiese seguir sin detrimento grave, "por que en tal caso no está obligada a seguirle"³⁶¹.

Elizondo, también, se ocupaba del caso de cambio de domicilio, y afirmaba que si fuera "sin torpeza", la mujer debía acompañarlo, "no siendo con peligro de su vida, como embarcándose, o en grave detrimento de la misma consorte, la qual habrá de seguirle al marido"³⁶².

B) Los casados ausentes

a) Las razones de la Corona

Un siglo después de aquella norma de las Ordenanzas de Montalvo aparecía una realidad distinta: el descubrimiento de América, y la partida de hombres hacia el Nuevo Mundo.

"Interesaba poblar, y para poblar era necesaria la mujer", y en consecuencia, desde muy temprano, se enviaron las esposas de los conquistadores casados, a fin de que aquellos no regresasen a España, ya que "convenía mantener allí —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"³⁶³.

³⁵⁸ Elizondo, ob. cit., t. VII, n.º 20, p. 172.

³⁵⁹ Escriche, ob. cit., p. 1269.

³⁶⁰ Villalobos, trat. XIII, dif. XVIII, p. 321, ob. cit.

³⁶¹ Torrecilla, ob. cit., p. 98.

³⁶² Elizondo, ob. cit., t. VII, n.º 20, p. 172.

³⁶³ Borges, ob. cit., p. 388.

Ya en los primeros contratos de colonización —1501— los reyes exigían que los emigrantes fueran casados, y llevaran consigo a sus mujeres e hijos ³⁶⁴.

Además del objetivo de lograr la ocupación del nuevo continente, la inmigración de grupos familiares significaba también un alivio para la metrópolis, al liberarse de un exceso de población que podía originar serios problemas debido a la falta de recursos para sostenerla.

La situación en América era inversa: grandes extensiones de tierra casi despoblada, enormes riquezas en espera de mano de obra que las extrajera, población indígena en vertiginosa disminución, y pueblos superficialmente sometidos que podrían pensar en enfrentarse a los pequeños núcleos formados por los nuevos dominadores ³⁶⁵.

A pesar de la preocupación de la Corona por mantener la unidad de domicilio conyugal, el descubrimiento de América determinó el surgimiento de un nuevo status social: "el casado ausente".

Se trataba de los hombres casados que pasaban a América sin sus familias, y más adelante, los radicados en Indias que pasaban, solos, a España.

Si bien en la mayoría de las materias del derecho privado fue posible someterse a lo que disponía el derecho castellano, dictando un relativo escaso número de normas del derecho indiano, hubo, sin embargo, "algunos aspectos de la vida práctica americana que escapaban de las disposiciones europeas".

El choque entre el antiguo mundo y el nuevo producía, a menudo, circunstancias especiales que exigían soluciones distintas ³⁶⁶.

Ante estas dos situaciones, "el derecho indiano propiamente tal debió procurar que se mantuviera la unidad de la familia española, de la familia criolla, de la familia indígena y de la familia de origen americano" ³⁶⁷.

En consecuencia, se ordenó que los casados llevaran a las Indias a sus mujeres en el término de un año, bajo ciertas penas, "y no pareciendo bastante la prevención, se extendió a la venida forzosa de los que no las tuvieran al lado, y a prohibir el embarco a los que lo pretendieran en contradicción con sus mujeres" ³⁶⁸. A partir de este principio general se dictaron "una abundantísima cantidad de reales cédu-

³⁶⁴ Dougnac, ob. cit., p. 388.

³⁶⁵ Gonzalbo Aizpuru, ob. cit., p. 52.

³⁶⁶ Dougnac, *La unidad de domicilio conyugal*.

³⁶⁷ Dougnac, *La unidad ...*

³⁶⁸ Fernández Duro, C., "La mujer española en Indias", en *Revista de Derecho, Historia y Letras*, año 5, t. 3, Bs. As., agosto de 1905, p. 165.

las y otras disposiciones en las cuales por todos los medios se perseguía el sostenimiento en la práctica de la unidad de domicilio conyugal, impidiendo que ningún hombre casado pudiera pasar a Indias, ni menos vivir en ellas, dejando abandonada en España a su mujer" ³⁶⁹.

¿Qué motivos tenía la Corona para luchar tan denodadamente contra la separación de los cónyuges, y para preservar a toda costa el principio de la unidad de domicilio?

A todo trance querían las autoridades españolas que se conservase la unidad domiciliar del matrimonio. Las razones para ello, eran sociales, económicas, jurídicas, y sobre todo, religiosas.

Juan de Solórzano Pereyra, el gran jurista indiano, decía que "conviene que los casados hagan vida maridable, pues el matrimonio toma de ahí lo más de su definición, y de que no puedan apartarse ni privarse voluntariamente de su cohabitación y comunicación", y citaba entre otros, a "muchos textos, doctrinas, santos y porfanos autores", como Covarrubias y Tomás Sánchez ³⁷⁰.

Conscientes de "cuánto conviene al servicio de Dios, nuestro Señor, buen gobierno y administración de justicia, que nuestros vasallos, casados o desposados en estos reinos y ausentes en los de las Indias, donde viven y pasan, apartados por mucho tiempo de sus propias mujeres, vuelvan a ellos y asistan a lo que es de su obligación según su estado" ³⁷¹, la Corona prohibió, como regla general, el pase de casados en España, a Indias, sin sus mujeres. En consecuencia, podemos decir, siguiendo a Dougnac, "que la primer razón fue el cumplimiento del fin propio del matrimonio, la santificación de marido y mujer por la cohabitación" ³⁷². Marido y mujer que no convivían se hallaban expuestos a muchos peligros: las leyes se referían especialmente a la bigamia y al concubinato.

La primera actitud del legislador, frente al hecho de los muchos casados que vivían en Indias, con abandono completo de sus mujeres residentes en España, fue la de corregir estos abusos, ordenando que dentro de un plazo preciso fuesen aquellos conminados a que recogiesen y llevasen consigo a sus mujeres; estas medidas se completaron con la prohibición general de que ningún casado pudiera pasar a Indias de no ir acompañado de su mujer, aun cuando fuera allá para desempeñar un cargo determinado ³⁷³.

³⁶⁹ Ots Capdequí, *Instituciones sociales de la América Española en el período colonial*, Biblioteca de Humanidad, La Plata, 1934, p. 182.

³⁷⁰ Solórzano Pereyra, ob. cit., lib.V, cap. V, n.º 22.

³⁷¹ RLI, lib. 1, t. 3, ley 7.

³⁷² Dougnac, *La unidad ...*

³⁷³ Ots Capdequí, *Instituciones*, p. 138.

Prueba de la especial preocupación por este tema, lo constituye el hecho de que todo un título de la Recopilación de Leyes de Indias está dedicado a "los casados y desposados en España e Indias, que están ausentes de sus mujeres y esposas".

En segundo lugar, interesaba poblar el Nuevo Mundo, y para ello era necesaria la mujer. Sin familia establecida, acechaba el peligro del vagabundaje, pues "sin sus familias no podían estar de asiento ni atender a lo que deben". El casado, con familia bien constituida, era "un espléndido colonizador"³⁷⁴, mientras que el separado era un inconveniente a la población.

En tercer lugar, se trataba de evitar que las mujeres de los maridos ausentes quedaran sin el conveniente sustento, pues ello podría desembocar en que, a la larga, la propia autoridad tuviera que ocuparse de la mujer desatendida³⁷⁵. Juan de Matienzo, según Dougnac, "un especialista en temas de familia"³⁷⁶, refería que muchos hombres casados en España se amancebaban en las Indias, dejando padecer en la península a sus mujeres e hijos³⁷⁷.

b) Los motivos personales

Imposibilitados de separarse por decisión propia —las normas canónicas impedían la separación voluntaria de los cónyuges— el viaje de España a Indias, y viceversa, significó para algunos, mucho más que eso.

Emprender un viaje implicaba sustraerse —aunque fuera solo en principio y por un lapso determinado— de un matrimonio constituido contra la voluntad de alguno de los cónyuges, o tal vez deteriorado a lo largo de la vida en común. Era la posibilidad de que, atenta la desavenencia conyugal, encontrarle "sustituto al divorcio". La emigración a América impuso una separación efectiva, y, como lo afirmó Alcalá Zamora, "quizá en el ímpetu aventurero de hidalgos seguidores y hombres de negocios, entró por mucho la dificultad sentimental del hogar, tanto a veces como la económica"³⁷⁸.

Amores contrariados o deseos de fortuna eran razones que, muchas veces, iban de la mano, y que tal vez fueron los objetivos de un demandado en un famoso pleito de bigamia entablado en el Perú del siglo XVII. Se trataba de una destacada figura de las guerras civiles,

³⁷⁴ Dougnac, *La unidad* ...

³⁷⁵ Dougnac, *La unidad* ...

³⁷⁶ Dougnac, *La unidad* ...

³⁷⁷ Matienzo, ob. cit., p. 341.

³⁷⁸ Alcalá Zamora, ob. cit., p. 93.

quien, según la prueba posteriormente producida en autos, había emprendido el viaje al Nuevo Mundo, para evadirse de un matrimonio arreglado contra su voluntad³⁷⁹.

Abandonar a una esposa en la península, conllevaba el peligro de que el abandonante se embarcara en relaciones ilícitas, que la Corona no estaba dispuesta a permitir. Bernardo Frías, refiriéndose a los maridos salteños —a los que llamaba "maridos andariegos"— decía que los que eran comerciantes, "hacían verdaderamente los oficios del Judío Errante", y "que no estaban quietos ni en Salta al lado y al calor de su joven y amable esposa, a la cual tenían que abandonar a cada trique, llamados por los quehaceres de sus negocios, que allí tenían sus cimientes; ni en el Perú, donde los mismos intereses los tenían de la Ceca a la Meca"³⁸⁰.

c) Normas legales (Siglos XVI a XIX)

El número de disposiciones y la cantidad de juristas que se ocuparon del tema nos hace pensar que la unidad de domicilio conyugal debió haber sido una de las principales preocupaciones de la Corona con relación al Nuevo Mundo. Juan de Matienzo calificaba estos asuntos como "cosa tan importante así al servicio de Dios como a la perpetuidad y buena población de esta tierra", y fue autor de un proyecto "para remedio de los que en aquel reyno no están siendo casados teniendo acá sus mugeres"³⁸¹.

Desde temprano, encontramos reales cédulas que se ocuparon del tema. Diego de Encinas recogió una disposición del 18 de febrero de 1549, que mandaba a los oficiales de Sevilla, que ninguno que fuera casado pudiera pasar a las Indias sin llevar a su mujer³⁸². Alonso Zorita compiló una norma del 4 de septiembre de 1549, por la que se dis-

³⁷⁹ Cook y Cook, ob. cit., pp. 7/10. Los autores recogieron una carta utilizada como prueba en el juicio por bigamia, en la que las hermanas del demandado, le rogaban a éste, que había adquirido fama y fortuna en Indias, que retornase al lado de su anciana madre y hermanas. En el documento, le hacían saber que ya no tenía sentido que continuase ausente, ya que su esposa —la primera— había muerto. "Fue debido a Doña Beatriz de Villasur, y seguramente para ti había razón más que suficiente, pero ahora no puede haber excusa porque Dios se sirvió llevarla de este mundo" y agregaban "Según todos aquí nos dijeron, no volviste por Doña Beatriz de Villasur, pero ahora ella está muerta". La traducción es nuestra.

³⁸⁰ Frías, Bernardo, *Tradiciones históricas*, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez hijo, 1924, Bs. As., t. 2, p. 67.

³⁸¹ Matienzo, ob. cit., Cía. Sud-Americana de Billetes de Banco, Bs. As., 1910, p. 212.

³⁸² Encinas, Diego de, *Cedulario Indiano*, Reproducción facsimilar de la edición única de 1596, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1946.

ponía se enviasen a Castilla a los casados en ella que estaban en Indias sin sus mugeres, ordenándoles que hicieran las diligencias allí contenidas, fundada en que "además de ofender a Dios, se sigue gran inconveniente a la población de la tierra, porque estos tales nunca viven de asiento en ella y así nunca se perpetúan ni atienden a edificar ni plantar ni criar ni sembrar ni hacer otras cosas que los buenos pobladores suelen hacer", y ordenaba a presidentes y oidores de las Audiencias de Indias, informaran qué personas residían en sus distritos que fueran casados o desposados en otro lugar, haciendo que retornaran con sus mujeres, "y no vuelvan a residir a aquellas partes si no fuere llevándolas consigo o con probanza bastante que son muertas, que vuelven como personas libres no obligadas en matrimonio"³⁸³.

Vasco de Puga citaba otra real cédula del 7 de julio de 1551 que ordenaba no residieran hombres casados sin sus mujeres³⁸⁴; y Manuel José de Ayala mencionaba otras tantas disposiciones del mismo tenor para Perú, México y Nueva España³⁸⁵.

Cuando en 1680 se dictó la Recopilación de Leyes de Indias, la primera ley del título dedicado a "los casados ausentes de sus mujeres", sentó el principio general de que los casados o desposados en estos reinos fueran remitidos con sus bienes; y a las justicias, que lo ejecutasen.

La orden estaba dirigida a los virreyes, presidentes, oidores, alcaldes del crimen, gobernadores, corregidores, alcaldes mayores y ordinarios, y "otros cualquier jueces y justicias de las Indias, Tierra Firme, puertos e islas", ordenándoles se informaran "de los que hubiere en sus distritos, casados y sin licencia para poder pasar a las Indias, o siendo acabado el término de ella".

En estas circunstancias debían ser embarcados en la primera ocasión, con todos sus bienes y haciendas, "a hacer vida con sus mugeres e hijos"³⁸⁶.

Un procedimiento especial se estableció para verificar "los que son casados en estos reinos", en el que se debía proceder "conforme a derecho". Para ello, se facultaba a los virreyes y presidentes a nom-

³⁸³ Zorita, Alonso, *Cedulario de 1574*, Secretaría de Hacienda y Crédito Público, México, 1984, lib. 5, t. 1, ley 3. Reiterada por disposiciones del 7-5-1551; 5-6-1559 y 16-7-1559.

³⁸⁴ Puga, Vasco de, *Cedulario de la Nueva España*, Centro de Estudios de Historia de México, México, 1985, Folio 126.

³⁸⁵ Ayala, Manuel Josef, *Diccionario de gobierno y legislación de Indias*, Edición de Milagros del Vas Mingo, Ediciones de Cultura Hispánica, Madrid, 1988, 29-7-1565; 10-5-1569; 26-5-1573; 29-6-1579; 1-6-1607; 19-11-1618 y 16-2-1619.

³⁸⁶ RLI, lib. 7, t. 3, ley 1.

brar jueces que con especial comisión debían conocer de los casados³⁸⁷. Creemos que este es el origen del oidor "juez de casados", al que haremos referencia oportunamente.

La orden debía aplicarse a todos los funcionarios, y de esta manera, la Recopilación reglamentó minuciosamente la prohibición para todos aquellos que debían pasar a Indias a desempeñar algún oficio o tarea, como los soldados³⁸⁸; los comerciantes³⁸⁹; los ministros de guerra, justicia y hacienda, virreyes, oidores y gobernadores³⁹⁰.

La norma no parece haber sido bien observada, ya que casi un siglo después, el Consejo de Indias se vio precisado a aconsejar que no se consultasen empleos a hombres casados que no asegurasen llevar a sus mujeres, salvo si presentasen el allanamiento voluntario de ellas, en el que se convinieran a seguirlos donde se los destinase, ante escribano³⁹¹.

A pesar de las reales cédulas y provisiones reales, que obligaban a los sujetos casados en España y otras provincias, a que pasasen a sus respectivos domicilios, a hacer vida con sus mujeres, no se había verificado en el todo lo prescrito. Por ello, fue preciso dictar en Indias otras disposiciones, como por ejemplo, bandos de buen gobierno, en los que se emplazaba a todos los casados que vivían separados de sus mujeres, para que se presentaran al alcalde de primer voto, y reparasen así "este mal"³⁹².

³⁸⁷ RLI, lib. 3, t. 3, ley 59.

³⁸⁸ "Que a los soldados ausentes de sus mugeres se les borren las plazas. Mandamos a los gobernadores y alcaldes de presidios que borren las plazas de los casados que sirvieren en ellos y tuvieren a sus mugeres en lugares y partes tan distantes que no puedan hacer vida de matrimonio"; lib.3, T. 10, ley 18

³⁸⁹ Lib. 7, T. 3, ley 4.

³⁹⁰ RLI, lib. 9, t. 26, ley 28.

³⁹¹ Koneztke, Richard, *Colección de documentos para la historia de la formación social de Hispanoamérica. 1493-1810*, t. III, Instituto Balmes, CSIC, Madrid, 1962, t. I, n.º 226, p. 384.

³⁹² Bando del Tl. de Rey del 9-9-1777: "Que sin embargo de las providencias que se han tomado por este gobierno conforme a lo que prescriben las reales cédulas y provisiones reales que obligan a los sujetos que son casados en España y otras provincias de estos reynos a fin de que pasen a sus respectivos domicilios a hacer vida con sus mugeres, no se ha verificado en todo; ordeno y mando a todos los susodichos que residiesen en esta ciudad se presenten dentro del término de ocho días al alcalde ordinario de primer voto D. Marcos José Riglos, para que proceda al cumplimiento de lo que hace a los que moran en la jurisdicción se presentará ante los respectivos jueces comisionados y cabos militares de las partidas de ella, para que tomen razón de los que hubiera con toda individualidad al mismo alcalde de primer voto de esta ciudad, señalándole el término competente para que bajen a

La separación voluntaria e injustificada se consideraba pecado público, y así, todo aquel que tuviera conocimiento de una transgresión de esta naturaleza, debía denunciarla. Esta obligación pesaba sobre los párrocos, a fin de impedir los escándalos que produjeran los pecados públicos, y aún en caso necesario, podían acudir a las justicias reales, y en los juicios de residencia, se hacía especial hincapié en si se había perseguido los pecados públicos, castigándose severamente tal omisión³⁹³.

La propia Casa de Contratación debía averiguar si las mujeres que acompañaban a los viajeros eran verdaderamente sus cónyuges³⁹⁴. Se trataba de evitar que se aprovecharan los permisos de viaje para que viniesen a Indias mujeres que no estaban casadas, o bien que eran de las "prohibidas" o "meramente convertidas o penitenciadas por el Santo Oficio", y así, quienes decidían viajar debían proveerse de constancias formales, tanto de su matrimonio como de su condición de "cristianas viejas", además de presentar una prueba de la existencia en Indias del marido que las solicitaba³⁹⁵.

El disfavor con el que la Corona miraba a los matrimonios que no cohabitaban, llegó a tal punto, que cuando en una ocasión se concedió indulto a los españoles que estuvieran en Indias sin licencia, se excluyó expresamente a los que tenían sus mujeres en España³⁹⁶; y en oportunidad de autorizar a los polizones solteros a quedarse en el Caribe, se le negó esta facultad a los casados, que debían ser compelidos a volver donde sus mujeres³⁹⁷.

El problema inverso lo constituían los casados en Indias que debían viajar a España u otros lugares de América. Conforme las normas incorporadas a la Recopilación de Leyes de Indias, los casados en el Nuevo Mundo podían ausentarse de sus hogares por tiempo limitado, siempre que las autoridades americanas les dieran licencia, examinando si las causas eran o no legítimas. Atendidas las edades de marido y mujer y el número de hijos era necesario que dejaran suficientemente

presentarse ante él, del propio fin todo lo cual cumplirá precisa y puntualmente pues de no hacerlo se procederá a extrañarlos con todo rigor". Konetzke, Richard, *Documentos para la historia del Virreinato del Río de la Plata*, Bs. As., 1912, n.º 37, p. 219.

³⁹³ RLI, lib. 1, t. 7, ley 14; Dougnac, ob. cit., p. 569.

³⁹⁴ Dougnac, ob. cit., p. 569.

³⁹⁵ Martínez, José Luis, *El mundo privado de los emigrantes en Indias*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992, p. 21.

³⁹⁶ Real Cédula de 1688 cit. por Dougnac, ob. cit., p. 569.

³⁹⁷ Dougnac, *La unidad ...*

provisto su sustento, y debían finalmente otorgar fianza de que volverían dentro del plazo señalado³⁹⁸.

El derecho amparó sin distinciones, a la mujer española, indígena o negra; rica o pobre. Como lo afirmó Dougnac, "sorprende la igualitaria protección que brinda el derecho a la mujer; el color de la piel, la riqueza, el ser colonizadora o colonizada, no obsta a la aplicación de las normas tutelares"³⁹⁹.

Consciente de que "un hogar estable y protegido propendía a la conservación y aumento de los indígenas", la Corona dictó desde temprano normas para favorecer la unidad de marido y mujer⁴⁰⁰. Inspirada en estas convicciones se ordenó a los encomenderos que no retuvieran a las casadas de su repartimiento, separándolas de sus maridos e hijos⁴⁰¹.

A las mujeres, que siguieran al marido al pueblo de este⁴⁰²; que no se trasladara a los indios de un lugar a otro, disminuyendo los períodos de mita, y circunscribiéndola a lugares no muy alejados del hogar conyugal. Además, se prohibió a las indígenas concertarse en casa de español, a menos que su marido trabajara en el mismo lugar.

Idéntica preocupación se manifestó por la unidad de domicilio conyugal de los esclavos, impidiendo el paso a Indias de esclavos casados sin mujeres e hijos.

d) Excepciones

Esta rigidez parece haber sido considerada excesiva para el propio legislador, quien debió instrumentar todo un sistema de licencias a otorgar por las esposas, para hacer posible la separación de los cónyuges, océano por medio.

Se previeron excepciones a las normas legales, solo por un período determinado, y exigían garantías suficientes de que la separación conyugal habría de concluir al expirar el plazo señalado⁴⁰³.

A poco de iniciada la conquista, se prescribió por real cédula del 13 de octubre de 1554, que para conceder permiso al marido de pasar a Indias sin su esposa, debía dar fianza de que la ausencia sería por dos años, bajo pena de prisión; y en 1611 se requirió, además, la pre-

³⁹⁸ Real orden del 8-4-1788; Real cédula 27-2-1793; RLI lib. 7, t. 3, ley 38.

³⁹⁹ Dougnac, *La unidad...*

⁴⁰⁰ Dougnac, *La unidad...*

⁴⁰¹ RLI, lib. 6, t. 9, ley 20.

⁴⁰² RLI, lib. 6, t. 1, ley 7; lib. 6, t. 1, ley 10.

⁴⁰³ Ots Capdequí, *Instituciones...*, p. 190.

via licencia de la mujer⁴⁰⁴. Se insistía en que no se dieran licencias ni prorrogaciones de tiempo a los casados en España, si no fuera en casos muy raros⁴⁰⁵, debiendo constar primero la necesidad que obligaba, por información "cierta y verdadera con plenísima probanza", y con la limitación de tiempo que el caso permitiera.

En el caso inverso, es decir, cuando se trataba de los casados en Indias, se establecía que "a ninguno se dé licencia para venir a estos reinos sin las calidades de esta ley", exigiéndose conocimiento de causa, y constancia de los virreyes, presidentes, audiencias y gobernadores, de que fuera legítima la que tuvieren, y considerada la edad de marido y mujer, número de hijos, sustento y remedio que les quedaba, y "otras circunstancias que hagan justa la ausencia". En este caso, se le daría por tiempo limitado, obligándose y dando fianza de la cantidad que pareciere, de que dentro del término volverían a sus casas⁴⁰⁶.

La fianza debía inscribirse en un libro en que se pusiera cuenta y razón, y todo se debía guardar en el archivo de la audiencia o ciudad cabeza del distrito. El propio fiscal del Consejo de Indias, al responder a la consulta del organismo sobre la provisión de empleos en hombres casados que no asegurasen llevar a sus mujeres, sostuvo que convendría establecer regla fija para que los provistos casados en España, presentasen en la Cámara, las licencias de sus mujeres, con el comprobante legítimo de dejar asegurada la asignación para su sustento y decencia, y la de sus hijos, si los tuvieren.

Debían acompañar, además, informe del párroco del lugar de sus residencias, y respectivo diocesano, en el que constare si aquellas habían concedido las licencias con entera libertad, y sin fuerza o engaños, y aún supuestas estas condiciones, si de la ausencia de los maridos podían resultar inconvenientes que debían prevenirse, y a que podía dar ocasión la edad, desamparo y otras equivalentes circunstancias. Con dichos elementos, podía, el citado tribunal, acordar lo que le pareciera justo, y expedir cédulas circulares a los virreyes, presidentes, audiencias y gobernadores, para que, con la noticia de los provistos casados en España, estuviesen "muy a la mira, y cuiden de que cumplido el tiempo y no manifestando nuevo real título de provisión, u otro equivalente despacho", dispusiesen su pronto regreso, para que vivieran con sus mujeres.

El Consejo se apartó del dictamen de su fiscal, al sostener que, cuando las mujeres de los provistos fuesen de edad de cuarenta años,

⁴⁰⁴ Real cédula 12-11-1611, cit. por Ots Capdequí, en *Instituciones...*, p. 191.

⁴⁰⁵ RLI, lib. 7, t. 3, ley 2; lib. 7, t. 7, ley 15.

⁴⁰⁶ RLI, lib. 7, t. 3, ley 7.

no se debería conceder licencia a los maridos, sin que hicieran constar, además, que aquellas y sus hijas, quedaban en compañía de sus respectivos padres, o de parientes muy cercanos, "en quienes por su conducta y circunstancia se pudiera confiar la seguridad"⁴⁰⁷. Otra vez aparecía la desconfianza hacia la mujer que quedaba sola, lejos del marido; otra vez, el fantasma de la bigamia y el concubinato.

Los casados pretendientes debían presentar el allanamiento voluntario de sus mujeres, en que se conviniesen y obligaran a seguirlos donde quisieren o se les destinasen, prestado ante escribano⁴⁰⁸.

Las leyes de Indias encomendaban a los virreyes que no se prorrogara el término para que los casados en España permanecieran en estas tierras y a los oidores, que no soltaran ni dieran esperas a los casados presos por ausencia de sus mujeres⁴⁰⁹.

También, la legislación canónica se hizo eco del problema de los casados ausentes, y una constitución sinodal del siglo XVI mandaba a los párrocos que no permitieran residir en sus doctrinas, a ningún hombre casado que estuviera ausente de su mujer por tiempo de dos años, mientras no manifestare licencia de ella, aprobada por el ordinario eclesiástico, y que faltando esta circunstancia, lo apremiara con censuras a su regreso, en cada curato⁴¹⁰.

e) La fijación del plazo

¿Cuáles fueron las razones por las cuales se decidió en las distintas circunstancias, la fijación de un plazo determinado? ¿Qué consideraciones tenía en mente el legislador, para decidir que dos o tres años fueran el tiempo prudente para permitir que la pareja se mantuviera separada? ¿Era posible hacer un cálculo aritmético acerca de cuántos años bastaban para que un marido olvidara sus obligaciones conyugales, y su mujer, se acostumbrara a esta situación?

Se fijó, como regla general, el plazo de dos años, para tolerar, sin la adopción de medidas coercitivas, la separación de los cónyuges. Dicho plazo era el apropiado, en atención a los medios de comunicación entre ambos continentes, y la necesidad de dar algún espacio para prestar servicio en las Indias o acometer allí alguna empresa.

⁴⁰⁷ Koneztke, *Colección...*, p. 394.

⁴⁰⁸ Koneztke, *Colección...*, p. 394.

⁴⁰⁹ RLI, lib. 3, t. 3, ley 59 y lib. 7, t. 7, ley 15.

⁴¹⁰ Citada por Donoso, Justo, *Manual del párroco americano*, París, Librería de Rosá y Bouret, 3.ª ed., 1869, p. 364.

f) *Las "cartas de llamada"*

Surgieron de la obligación impuesta a los maridos de hacer venir a Indias, a sus mujeres.

José Luis Martínez trabajó sobre estos documentos enviados por residentes en Indias a sus allegados en España, durante los siglos XVI y XVII, de los que surgen los encontrados sentimientos que albergaban quienes estaban separados de sus mujeres. Así, "las esposas son esperadas, no solo para evitar multas y deportaciones, sino también por amor, expresado a menudo con efusión y desesperación".

Estos maridos impacientes se expresaban, a veces, a través de versos, otras con amenazas, y otras ofuscados ante la incriminación de estar amancebados en el Nuevo Mundo.

El temor de sufrir la pena hacía que los esposos encarecieran y conminaran a sus mujeres a que viajasen cuanto antes. Ponían el acento en el costo material de la separación. Otros, menos materialistas, se preocupaban por la honra de la que estaba lejos: "Bien mío, mira por la honra, ... que no se pierda, mas puesto que sois discreta y está a vuestro cargo, no digo más".

Algunas cartas contenían términos durísimos y amenazas concretas de abandonar las mesadas, si las esposas no se aprestaban a pasar a Indias; mientras que otras estaban orientadas a ponderar las bondades de la nueva tierra. "Un hombre solo mal puede ganar de comer si no tiene quién se lo guarde", decía un solitario, mientras que la sensación general de estas cartas de llamada, era la convocatoria del amor, "un amor de muchos rostros", y el temor ante la exigencia legal⁴¹¹.

g) *La praxis judicial*

Derecho y realidad se confrontan, nuevamente, al analizar qué aplicación efectiva tuvo este conglomerado de minuciosas disposiciones cuyo objeto principal consistía en hacer coactivo uno de los deberes-derechos conyugales, el de cohabitación. Contar con un elenco tan numeroso y detallado de normas legales, no implicaba que estas se aplicaran ciegamente; y la compulsión de expedientes judiciales nos demuestra que el tema fue por demás controvertido.

⁴¹¹ Martínez, ob. cit., Gaspar de Encinas, escribía desde Puebla, que tenía problemas con la justicia por no estar con su mujer, a la que encarecía su venida, decía que le costaba muchos pesos la cárcel, de la que había salido tres días antes, y las fianzas que debía dar. Bartolomé de Morales, barbero, le escribía a su mujer: "Mire vuestra merced que si no viene, me prenderán por casado, y me costará lo que no tengo". Otro marido amenazaba: "Y si no venís, juro a Dios y esta cruz, que no veréis más reales míos ni cartas en mi día".

Tal como lo sostiene Dougnac para Chile, "a pesar de tanta norma, era corriente que los casados se entretuvieran en América más allá de lo permitido, con ausencias de 3, 4, 5 y hasta 15 años"⁴¹².

La praxis judicial acredita que eran frecuentes las solicitudes de las esposas reclamando la vuelta al hogar conyugal, de los maridos ausentes.

De este abanico de expedientes, cuyo objeto común parece haber consistido en el efectivo cumplimiento de esta obligación marital, surge un valioso material, que nos permite formarnos una idea de esta prescripción matrimonial, a través del análisis de los siguientes temas.

1º) *Los actores*

Eran las esposas las que, frecuentemente, se presentaban ante las justicias, solicitando se obligara a los maridos a hacer vida conyugal⁴¹³.

Sin embargo, encontramos algunos expedientes en los que los propios maridos se acercaban a los estrados judiciales pidiendo que se mandara a la mujer a ir prontamente en su compañía⁴¹⁴. La mayoría de los maridos pedían a sus mujeres, que viajaban solas, que se hicieran acompañar por algún pariente o matrimonio amigo, o por algunos esclavos, que las protegieran durante el viaje⁴¹⁵.

La compulsión de expedientes nos llevó a encontrar un caso en el que, en cumplimiento de lo dispuesto por la Recopilación de Leyes de Indias, en el sentido de que todo aquel que tuviera conocimiento de algún caso de incumplimiento del deber de cohabitación, lo denunciara⁴¹⁶, un gobernador intendente ordenó a un fiel ejecutor que se reuniera con su mujer. Probablemente en este caso, pesaron poderosas razones políticas, más que convicciones morales, para exigirle al funcionario el deber de cohabitar. El móvil oculto, era mantenerlo alejado del lugar de su residencia, impidiendo de esta forma que se hiciera cargo del oficio de fiel ejecutor, para el que había sido electo, y que era disputado entre varios regidores⁴¹⁷.

2º) *Las circunstancias*

¿En qué momento de la vida del matrimonio, uno de los cónyuges decidía dar a conocer el incumplimiento de esta obligación marital?

⁴¹² Dougnac, *La unidad...*

⁴¹³ AGN C17-1; 9-24; 88-16; 141-7; 138-25; 21-19; AHPBA 5-2-17-9.

⁴¹⁴ AGN 214-12.

⁴¹⁵ Conf. Martínez, ob. cit.

⁴¹⁶ RLI, lib. 1, t. 7, ley 14.

⁴¹⁷ AGN 196-5.

¿Por qué, transcurridos, a veces, largos años de separación de hecho, o de abandono, se ponía fin al silencio, exigiendo aquello a lo que se había renunciado tácitamente?

Los expedientes judiciales no reflejan un cambio producido de un día para otro, sino que dan cuenta de situaciones o conductas que, en un momento dado, determinan una modificación en la estructura de un matrimonio. No se denunciaba la ausencia de un marido inmediatamente de producida la separación —no permitida ni por la ley ni por la religión— sino, tal vez, muchos años después, cuando el marido dejaba de cumplir con su obligación alimentaria, a la que nunca había faltado. De esta manera, si la esposa abandonada había tolerado la separación de hecho, porque su marido a pesar de ella seguía alimentándola, al dejar de cumplir este con las mesadas hacía la denuncia, para que le administración de justicia se pusiera en funcionamiento, recordando a los cónyuges la obligación de vivir juntos⁴¹⁸. La alternativa para el marido era volver a hacer vida maridable, o alimentarla.

En otros casos, la queja no se refería al incumplimiento de la obligación alimentaria, sino a la pretensión de trasladar a la mujer a otro ámbito geográfico, donde el marido pretendía fijar el domicilio conyugal. En esta ocasión, eran las mujeres las que no querían abandonar su patria o sus familias para seguir al marido. A diferencia del caso anterior, en el que las esposas abandonadas pretendían que se obligara a sus maridos a cohabitar, acá se daba la situación inversa: las esposas eran las que pretendían desobligarse, persiguiendo una sentencia que las eximiera de seguir al marido a otra localidad⁴¹⁹. También en esta situación, el expediente judicial puede no ser la expresión de una modificación sorpresiva, sino tal vez, aluda al matrimonio largamente separado de hecho, en la misma localidad, que persigue una justificación jurídica ante la partida de uno de ellos a otro destino, y la posibilidad de exigírsele la obligación de convivencia.

3°) Las carátulas

Las carátulas de los expedientes correspondientes al período de nuestro estudio eran casuísticas, y hasta en algunos casos, “poco reveladoras”. Los actores ponían de manifiesto sus reclamos, pidiendo, por ejemplo: “Se suspenda la providencia para que baje donde se halla su muger”⁴²⁰; “no acompañar a su esposa”⁴²¹; “se le permita hacer

⁴¹⁸ AGN C17-1; 141-7; 21-9; 106-20; 9-24; 88-16.

⁴¹⁹ AGN 9-24; 88-16.

⁴²⁰ AGN C17-1.

⁴²¹ AGN 88-16.

viaje a su patria y que su marido no se lo impida”⁴²²; “que a dicho su marido no se lo obligue a bajar a esta ciudad”⁴²³; o simplemente que el marido fuera restituido a España a hacer vida maridable con su mujer⁴²⁴.

4°) La opinión de las partes

Actoras o demandadas, las partes tenían su propio concepto, y una valoración acerca de la obligación de hacer vida maridable.

Alguna estaba “íntimamente persuadida de la obligación que asiste por derecho a la mujer casada de seguir al marido que emigra a otra parte con ánimo de mudar de domicilio”⁴²⁵. Otros, la consideraban “justa y digna del mayor obediencia”⁴²⁶; y hasta se extendían en reflexiones acerca de lo escandalosa que se hacía al público la separación de los cónyuges⁴²⁷.

También, estaban los que se preocupaban en resaltar que “de estos asuntos puede resultar la ruina espiritual y perdición de las familias, con la falta de educación y abandono de los hijos”⁴²⁸.

Mientras ciertos maridos advertían de las “funestas resultas”, por la posibilidad de que la mujer, “fuera del respeto y abrigo de su marido” viviera “riesgos notorios”, aludiendo probablemente al peligro de la bigamia y el amancebamiento⁴²⁹, otros, menos celosos y más confiados, decían que estas pragmáticas y leyes habían sido promulgadas a beneficio de las mismas mujeres casadas, y “facultativo a éstas el renunciar a exigir su cumplimiento según las circunstancias que concurran”⁴³⁰.

5°) Razones invocadas para desobligarse

Esposos y esposas, separados de hecho, eran reacios a cumplir con las órdenes de hacer vida maridable, y no les faltaron razones para pretender liberarse de su obligación.

Daisy Rípodas Ardanaz ha sostenido que la norma parece haber sido que los maridos buscaran el modo de esquivar lo mandado⁴³¹, y

⁴²² AGN 138-25.

⁴²³ AGN 53-52.

⁴²⁴ AGN 9-24; 177-13; 141-7.

⁴²⁵ AGN C17-1.

⁴²⁶ AGN C17-1.

⁴²⁷ AGN 196-5.

⁴²⁸ AGN 196-5.

⁴²⁹ AHPBA 5-2-17-9.

⁴³⁰ AGN 53-52.

⁴³¹ Rípodas Ardanaz, ob. cit., p. 367.

hasta los moralistas justificaban el alejamiento en contadas excepciones⁴³².

Las excusas, de unos y otros, eran diferentes. Los hombres se escudaban en hallarse "sumamente" enfermos, como para trasladarse al lado de sus mujeres⁴³³; las mejores condiciones económicas que encontraban en la ciudad donde habían elegido establecerse, lejos de sus mujeres⁴³⁴, y consiguiente estado de miseria de la ciudad adonde se lo mandaba hacer vida maridable⁴³⁵; las ventajas de que disfrutaría la esposa en el caso de acudir al lado de su marido, ya que este, si permanecía en el mismo lugar, podría mantenerla con mayor decoro⁴³⁶; la guerra, que impedía la partida⁴³⁷; y hasta se dio el caso de que un marido, con la aprobación de todos los habitantes de su pueblo, alegó su calidad de "sujeto útil" para hacer los arados que necesitaban los pobladores, y consiguió que sus vecinos opinaran que no debía regresar al lado de su mujer⁴³⁸. Se aludía en esta ocasión, a la pragmática del 27 de mayo de 1786 sobre menesteras útiles, que establecía que a los profesores de artes y oficios cualesquiera que fuesen, no se les podía arrestar en las cárceles por deudas civiles, ni embargarles ni venderles los instrumentos destinados a sus respectivas labores⁴³⁹. La utilidad brindada a los pueblos por la instrucción en medicina o cirugía, "aunque sean extranjeros", implicaba la expectativa de que se mitigara para con ellos, la severidad de las leyes⁴⁴⁰.

Las mujeres, a su turno, se escudaban en el temor al viaje, "distante y peligroso"⁴⁴¹; la "tan dilatada y arriesgada navegación"⁴⁴²; "el temor a pasar ríos caudalosos y caminos desiertos llenos de mil penurias y dificultades"⁴⁴³; "la distancia remota"; "los enemigos"; "la enfermedad y el atentado a la salud"⁴⁴⁴.

⁴³² Dognac, ob. cit., p. 575.

⁴³³ AGN C17-1.

⁴³⁴ AGN 196-5.

⁴³⁵ AGN C17-1. Se trataba de la ciudad de Santa Fe. AGN 88-16.

⁴³⁶ AGN C17-1; 110-16; 21-19; 81-38; AHPBA 5-2-17-9.

⁴³⁷ AGN 110-16; 214-12.

⁴³⁸ AGN 131-1.

⁴³⁹ AGN C17-13; B7-20.

⁴⁴⁰ AGN 121-19.

⁴⁴¹ AGN 88-16; 214-12.

⁴⁴² AHPBA 5-2-17-9.

⁴⁴³ AGN 88-16.

⁴⁴⁴ AHPBA 5-2-17-9.

Otras, más materialistas, hacían saber que aunque "el marido no le falta al cariño conyugal", no le suministraba los fomentos que deben prestarse a una mujer honrada en su estado y nacimiento⁴⁴⁵.

La propia doctrina estaba a favor de ellas, al sostenerse que, a pesar de que "hace mal la mujer que importándole al marido pasar a las Indias y queriendo llevar consigo en tiempo oportuno y acomodada navegación no le sigue; porque esto procede más de consejo que de precepto; pero si ella da en decir que teme los peligros del mar, no puede ser forzada a exponerse a ellos ni a seguir al marido contra su voluntad"⁴⁴⁶.

En medio de esta enumeración de excusas, algunas razonables y otra insólitas, no faltó quien sostuviera que "atenta contra la población y aumento de la corte, sacar gente de honra" de su ciudad, y enviarla a otra donde residía el marido⁴⁴⁷.

6°) *Las alternativas propuestas*

Tanto los maridos, como las esposas, buscaban otras alternativas para sustraerse, aunque fuera en forma momentánea, al rigor de los preceptos que ordenaban volver a convivir.

Unas veces, los cónyuges proponían que fuera la mujer la que se acercase al lugar de su residencia, en lugar de hacerlo ellos, a su costa, y donde subvendrían a sus obligaciones⁴⁴⁸. De esta manera, se invertía la situación, debiendo ser la mujer la que se trasladara. Previendo que tal vez estas no quisieran movilizarse, pedían que las justicias las obligasen a ponerse en camino⁴⁴⁹.

En otras ocasiones, los maridos reclamados solicitaban un plazo de prórroga para reunirse, proponiendo períodos que iban desde los tres meses⁴⁵⁰, y hasta los ocho⁴⁵¹, fianza mediante. Al mismo tiempo, estaban los que no arriesgaban un término, sugerían que "el regulado arbitrio del juez, juzgara necesario". En este caso, se concedieron dos años, bajo fianza⁴⁵².

7°) *Licencias*

La rigidez de las normas legales fue atemperada por otras disposiciones que permitían prolongar la separación momentánea de los cón-

⁴⁴⁵ AGN 88-16.

⁴⁴⁶ Solórzano Pereyra, ob. cit., lib. V, cap. V, n.º 23.

⁴⁴⁷ AGN 88-16.

⁴⁴⁸ AGN C17-1; 196-5.

⁴⁴⁹ AGN C17-1; 88-16.

⁴⁵⁰ AGN C17-1.

⁴⁵¹ AGN 110-16.

⁴⁵² AGN 21-19.

yuges, si la mujer concedía licencia, la que solo podía ser dada en casos excepcionales, y previa justificación de las razones.

La doctrina también había advertido la necesidad de atenuar la severidad de las leyes. Elizondo sentaba el principio general de que "no se admitan memoriales o instancias algunas de hombres casados en solicitud de las plazas y destinos de ambas Américas, sin escritura formal de las mujeres, dándoles licencia para aquellas solicitudes, obligándose a seguir las, lograda que sea la colocación de los maridos"⁴⁵³.

La consulta de expedientes nos demuestra que las licencias fueron bastante frecuentes, y que fueron aceptadas por las justicias, siempre que de ellas surgiera que la esposa estuviera satisfecha de la conducta de su esposo, que no tuviera queja alguna de él⁴⁵⁴; y en definitiva, que se demostrara que la esposa estaba bien asistida⁴⁵⁵.

Alguna mujer, "quedando agradecida por haberla socorrido en algunas ocasiones, y haberse portado bien" justificaba la separación por los "crecidos intereses" que tenía el marido en el lugar de su residencia, lejos de ella; y en la necesidad de permanecer un tiempo más "para que pueda recoger sus caudales y factura y tener tiempo de vender las mismas, que lleva de la ciudad"⁴⁵⁶.

La licencia, generalmente, se concedía por instrumento público, y en ella, se fijaba el plazo durante el cual la mujer consentía en que el marido no viviera con ella. Se trataba de períodos bastante prolongados, y en uno de los casos compulsados, la esposa otorgó un término de cinco años, el que fue reducido judicialmente a tres⁴⁵⁷.

8°) Convenios

Si la posibilidad de que la mujer concediera al marido licencia para sustraerse el deber de cohabitar, no fue cuestionada, sí lo fue la facultad de pactar extrajudicialmente el lugar físico donde se asentaría el hogar conyugal.

La consecuencia más significativa de la aceptación de este tipo de convenios era, concretamente, que el marido se comprometiera a no sacar a la mujer de su patria.

Torrecilla decía que pecaba gravemente la mujer que no quisiese seguir y acompañar al marido que se iba a otra parte queriendo él llevarla consigo, salvo si hubiese precedido pacto en las escrituras del

⁴⁵³ Elizondo, ob. cit., t. VII, n.º 21.

⁴⁵⁴ AGN 196-5 3; 177-12.

⁴⁵⁵ AGN 177-12; 196-5.

⁴⁵⁶ AGN 31-40.

⁴⁵⁷ AGN 196-5.

matrimonio, de que el marido no se iría a vivir a otro lugar. Pero agregaba que si después le previniese justa causa que precisase al marido de la dicha mutación, "como serían enemistades o enfermedad", en tal caso, estaría obligada la mujer a seguirle, no obstante del "sobredicho pacto"⁴⁵⁸.

Elizondo afirmaba que la mujer debía seguir al marido, "sin embargo de que hubiese pacto precedente al casamiento, de habitar en cierta población, cuando sobrevenga causa racional para variarle"⁴⁵⁹.

Esta alternativa fue cuestionada por jueces, letrados y partes.

Nuestra investigación nos llevó a la inusual sentencia que concedió permiso al marido para quedarse en su patria, reconociendo a la mujer el derecho de hacer valer el convenio por el que el esposo se comprometió a no sacarla de la suya⁴⁶⁰.

9°) Las sentencias

Las resoluciones judiciales perseguían el cumplimiento del deber de convivencia, ordenando al marido reunirse con la esposa para hacer vida maridable⁴⁶¹; o a la mujer a unirse a su marido⁴⁶²; y solo los eximían de este deber, valorando las circunstancias y concediendo expresa autorización⁴⁶³.

Las autoridades rioplatenses fueron inflexibles a la hora de exigir de las partes, la ejecución de este deber, a diferencia de lo ocurrido en otras regiones, donde se notó cierta laxitud para aplicar la ley, admitiéndose informes que no llegaban nunca, aceptándose excusas, permitiéndose el otorgamiento de fianzas, o simplemente, dejándose los procesos inacabados⁴⁶⁴.

h) La finalidad de los juicios de unidad de domicilio conyugal

Cabe preguntarse qué perseguían realmente estas mujeres —en la mayoría de los casos— y estos hombres, que luego de largos años de separación de hecho, se decidían a litigar, haciendo ostensible una situación que, tal vez, los prejuicios habían mantenido oculta.

⁴⁵⁸ Torrecilla, ob. cit., trat. III, disput. II, cap. I, secc. IV, p. 101.

⁴⁵⁹ Elizondo, ob. cit., t. VII, n.º 20.

⁴⁶⁰ AHPBA 5-2-17-9.

⁴⁶¹ AGN C17-1; 196-5; 21-19.

⁴⁶² AHPBA 5-2-17-9.

⁴⁶³ AGN TC B2 1807.

⁴⁶⁴ Dougnac, ob. cit., p. 576. Ha sostenido que solo en dos casos el gobernador fue inflexible con la aprehensión de los maridos, y que en el resto se daba la situación que acabamos de referir.

Nuestra investigación nos hace sostener que los fines perseguidos eran los siguientes:

1°) *Vuelta a la vida maridable*

Nada hay, en algunos expedientes, que nos lleve a pensar que se tuvieron otras miras, y que la actora se conformara pidiendo se embarcara a su esposo a unirse a ella ⁴⁶⁵. Tras largos años de separación volverían a verse, pero ahora serían dos extraños.

2°) *Cumplimiento del derecho-deber alimentario*

En muchos casos, lo que más interesaba a las abandonadas, no era el marido en sí, sino el sustento económico. Este era un expediente para lograr una pensión alimentaria para la mujer, y los hijos, si los había, las alternativas eran dos: expulsión o compensación económica.

Nuestra praxis judicial nos muestra algunos casos de maridos requeridos por sus consortes, ya fuera que ellas residieran en España o en algún lugar del Río de la Plata, y que fueron apercibidos de que si no hacían efectivas las mesadas para sus mujeres, serían remitidos a España en partida de registro, a hacer vida con ellas. La amenaza no quedaba en letra muerta, y en un caso que compulsamos, el marido solo se eximió de retornar al lado de su esposa, envió de dinero y fianza mediante ⁴⁶⁶.

3°) *Cesación de relaciones extramatrimoniales*

Los juicios sobre unidad de domicilio conyugal constituían una buena oportunidad para lograr que el marido pusiera fin a las relaciones extramatrimoniales ⁴⁶⁷.

La orden de retornar al lado de la esposa legítima, bajo el apercibimiento de ser embarcado en caso de no obedecer, podría persuadir al marido infiel, a volver al lado de su legítima consorte.

4°) *Separación de bienes*

Junto con la denuncia de incumplimiento del deber de convivencia se planteaban otras cuestiones, como por ejemplo, la entrega de la mitad de los bienes gananciales, y consiguiente cesación del régimen patrimonial del matrimonio ⁴⁶⁸.

Daisy Rípodas Ardanaz ha hecho notar que "en muchas ocasiones, los denunciados eran los propios deudores de los casados sin

⁴⁶⁵ AGN 141-7.

⁴⁶⁶ AGN 106-20; 21-19.

⁴⁶⁷ AGN C17-1.

⁴⁶⁸ AGN C17-1.

convivencia con sus mujeres, quienes entablaban estos pleitos para librarse de sus acreedores" ⁴⁶⁹.

C) *Los casados presentes*

No siempre era necesario que el marido se trasladase a otro continente para que la esposa abandonada diera cuenta del incumplimiento de las obligaciones conyugales.

Eran frecuentes las denuncias de esposos y esposas que habitaban en la misma casa, o en la misma ciudad, pero no convivían. Se trataba de los que Rípodas Ardanaz denominó "casados presentes", en contraposición a los "casados ausentes", que habitando en un mismo paraje, "dejan de hacer vida maridable por su propio arbitrio y reemplazan al divorcio canónico por un divorcio de hecho" ⁴⁷⁰.

Los hombres se quejaban de que la mujer no quería compartir el cuarto alquilado por ellos ⁴⁷¹; de que se había retirado del cuarto compartido con el marido, y "vivía en la misma casa, en otro cuarto y con otro hombre" ⁴⁷². Estaba el que afirmaba que "dormía en el rigor del invierno en el zaguán" ⁴⁷³.

Las mujeres, a su vez, protestaban porque el marido ni siquiera "se asomó" a las puertas de su habitación ⁴⁷⁴; "que la arrojó de su lado" ⁴⁷⁵; o que no quería compartir la propia vivienda con ella, señalando, amargamente, que "me despidió de su casa" ⁴⁷⁶. Otros esposos, sin escándalo, simplemente olvidados de la obligación de marido, se habían retirado voluntariamente de la casa ⁴⁷⁷.

Había casos en los que los esposos sostenían que no hacían vida con la mujer "por no poderla absolutamente sujetar" ⁴⁷⁸; y mujeres que rehusaban unirse al marido que se había ausentado durante un tiempo, "por negocios particulares" ⁴⁷⁹.

Algunos esposos presentaban a sus mujeres como amantes del libertinaje y reacias a someterse a la potestad marital, como aquel que

⁴⁶⁹ Rípodas Ardanaz, ob. cit., p. 367.

⁴⁷⁰ Rípodas Ardanaz, ob. cit., p. 386.

⁴⁷¹ AGN Espinosa c/Martínez s/alimentos.

⁴⁷² AHPBA 5-2-22-1.

⁴⁷³ AGN 91-93.

⁴⁷⁴ AGN TC C1 1802.

⁴⁷⁵ AGN TC C1 1802.

⁴⁷⁶ AGN TC "F" 1-18 1800.

⁴⁷⁷ AGN 81-38.

⁴⁷⁸ AGN 81-38.

⁴⁷⁹ AGN P1 1807.

expresaba que su esposa lo había expulsado de su compañía⁴⁸⁰; “que se me salió de mi casa sin que yo supiese el más leve motivo para este abandono”⁴⁸¹; que “ha profugado antojadizamente de los brazos de su marido”⁴⁸²; o simplemente dormía en distinta casa de la del consorte⁴⁸³.

Haciendo caso omiso de las disposiciones que prohibían a los cónyuges separarse sin sentencia judicial, hubo quienes trasladaban a sus mujeres de ciudad, por decisión propia, “para que la separación cortase el aumento de sus males”⁴⁸⁴, según la esposa, al tiempo que denunciaba que no estaba separada por sentencia, sino por “capricho de mi marido”⁴⁸⁵.

D) *El deber de convivencia y la realidad*

Más allá de la imposición de una obligación de convivir, exigida desde la religión, las normas legales, la doctrina y hasta la literatura de la época, es menester preguntarse a qué apuntaba, cuál era el mensaje que se pretendía transmitir, y si fue receptado de esa manera.

La obligación de convivencia, a la luz de las fuentes analizadas, fue sentida como ineludible y digna del mayor cumplimiento; sin embargo, la existencia de un cierto número considerable de pleitos, evidencia un desajuste entre la conducta prescrita y la efectivamente cumplida.

Aun cuando las partes-actores, demandados y justicias ponían el acento en la importancia de que marido y mujer convivieran y no se separaran por su propia voluntad, algunas veces las propias circunstancias los excedían y se veían obligados a incumplir con el precepto.

El expediente judicial nos lleva a una doble lectura: por un lado, seguimos, paso a paso, las consideraciones de quienes las exponen, aliándonos con ellos y llegando a la conclusión de que son los dueños de la verdad; para pasar, inmediatamente, a analizar los argumentos de la contraparte, que nos lleven también, a creer “distinto”.

Ninguno de los cónyuges, a lo largo de sus litigios, monopolizaba la justicia del reclamo.

⁴⁸⁰ AGN TC C1 1802.

⁴⁸¹ AGN 21-4.

⁴⁸² AGN C17-18.

⁴⁸³ AGN T6-17.

⁴⁸⁴ AGN 40-13.

⁴⁸⁵ AGN A17-7.

Las razones intrínsecas, las reales motivaciones de maridos y mujeres, son espacios intangibles, que se materializan solo en parte, al ser traducidos al lenguaje escrito.

Si un marido quería sinceramente unirse nuevamente a su mujer; si esta se sentía realmente satisfecha porque este, a pesar de la separación física, no la había abandonado, son cuestiones muy íntimas, a las que el historiador del derecho no tiene acceso. Nos conformamos con estas “verdades a medias”, de las que los expedientes judiciales son inmejorable expresión.

Capítulo 8
RÉGIMEN PATRIMONIAL
DEL MATRIMONIO

Uno de los efectos civiles del matrimonio era la sociedad legal que durante el mismo se establecía entre los cónyuges.

Consistía en la adquisición para ambos por mitades de lo que ganare cada uno de ellos durante el matrimonio, "salvo los que probare cada uno que son suyos apartadamente"¹.

Este régimen patrimonial del matrimonio estaba basado en "una costumbre racional, fundada en la igualdad que la religión conoce entre el marido y la mujer que viven unidos, el mutuo auxilio que los dos se prestan para conservar lo adquirido, y a veces, multiplicarlo, y la exclusión que tienen las mujeres mismas de las herencias de sus maridos, habiendo sucesores legítimos"². En el mismo sentido, se sostenía que por disposición de las leyes, se efectuaba en España, como consecuencia del matrimonio, una sociedad entre los cónyuges, en virtud de la cual se hacían propios de ambos, por mitades, los bienes adquiridos durante el mismo, por título oneroso, con los réditos de los que cada cónyuge llevó, o por la industria o trabajo de cualquiera de ellos, agregándose que a esta comunión de bienes se llamaba sociedad legal, y a los productos que de ella resultaban, bienes gananciales³.

I. Normas legales

La primera ley de que tenemos noticia es la 17, título 2, del libro 4 del Fuero Juzgo, que establecía que tuvieran los casados facultad de partir las ganancias hechas constante el matrimonio, por mitades, cuan-

¹ Sala, ob. cit., lib. I, t. IV, n.º 19, p. 48.

² Pérez y López, ob. cit., t. 5, p. 182.

³ Febrero, ob. cit., n.º 403.

do hubieren llevado a él bienes con poca diferencia o iguales; pero si conocidamente excedieren los unos a los otros, fueran las ganancias comunicables a proporción del exceso, mandando también no se comunicare lo que adquiriese el marido en servicio del rey o militar de algún señor, o por cualquier otro título que no fuera oneroso, ni los de la mujer en iguales circunstancias⁴. En la misma dirección, se pronunciaron las Leyes de Estilo, el Ordenamiento Real, las Partidas y la Recopilación de Leyes de Castilla de 1567⁵.

La Recopilación de 1567 borró las diferencias entre los aportes, estableciendo que la partición se hiciese por partes iguales, sin consideración a los mayores o menores haberes de los consortes⁶.

Se presumían, pues, comunes los bienes adquiridos durante el matrimonio, si no se probare lo contrario⁷, y por ello, para obviar dificultades y perjuicios, aconsejaba Gómez comentando la ley 53 de Toro y otros autores, que al tiempo de contraerse el matrimonio, se otorgara pública escritura por la que constara qué bienes tenía entonces cada uno de los contrayentes⁸. En consecuencia, no eran objeto de esta sociedad, los bienes que tenían los cónyuges antes de contraer el matrimonio, pues quedaban privativamente propios de aquel de quien eran antes, ni tampoco las herencias ni donaciones que se hicieran al marido o a la mujer, que solo ganaba para sí aquel a quien se dejaren o dieran⁹.

Las leyes concedieron al marido la administración de los bienes gananciales. Febrero, decía que "el buen orden" exige, que el marido por sus conocimientos y demás circunstancias que las leyes suponen en él, tenga la dirección de la sociedad, y de aquí se origina que "éste puede hacer ciertas cosas prohibidas a su mujer, de donde nace los derechos que goza el marido de administrar todos los bienes gananciales libremente y sin restricción alguna, pudiendo enajenarlos sin el consentimiento de la mujer..."¹⁰.

En consecuencia, el hombre casado tenía: a) La administración de sus bienes propios al cumplir los 18 años de edad; b) La administración de todos los bienes adquiridos después de la boda —ganancia-

⁴ Pérez y López, ob. cit., p. 182.

⁵ Leyes 203 y 205 de Estilo; ley 1, t. 3, lib. 3; ley 2 y 3, t. 4, lib. 5 del Ordenamiento Real; ley 26, t. II, P. 4 y leyes 1, 2 y 4 Recopilación de 1567.

⁶ Pérez y López, ob. cit., p. 183; Sala, ob. cit., n.º 24, p. 51; Escriche, ob. cit., p. 1206.

⁷ Febrero, ob. cit., t. 5, secc. XII, n.º 405, p. 72.

⁸ Sala, ob. cit., lib. I, t. IV, n.º 19, p. 48.

⁹ Sala, ob. cit., lib. I, t. IV, n.º 48.

¹⁰ Febrero, ob. cit., t. 1-2, secc. XII, n.º 408.

les— con plena capacidad dispositiva sin limitaciones de ningún tipo, ni siquiera en los supuestos extremos, "académicamente planteados por la doctrina", de que el marido los dilapidase de manera evidente, o les diera un empleo condenable, "como gastarlos en el juego u otros vicios degradantes". Ningún freno jurídico coartaba este supremo poder de administración, mientras el matrimonio persistiera; solo cuando se hubiera disuelto, el marido tendría que devolver la mitad de los bienes de este tipo que quedaran a la propia mujer o a sus herederos; c) La administración de los bienes propios de la mujer —parafernales— cuando ella le hubiera entregado, voluntariamente, esta facultad. El régimen bajo el cual el marido podía disponer de ellos era el mismo que el que regía para la administración de la dote: "absoluta y libre disponibilidad", pero obligación de responder de su gestión cuando el matrimonio se disolviera, obligación que quedaba garantizada mediante la constitución de una hipoteca tácita que gravaba todo el patrimonio del marido, para que la mujer o sus herederos se resarcieran de los eventuales perjuicios que hubieran podido experimentar como resultado de una inadecuada gerencia; d) La administración de los bienes aportados por la mujer al matrimonio en concepto de dote, con obligación de restituirla o su valor, si la recibió estimada, y en garantía de cumplimiento de la misma, se consideraba legalmente gravados todos sus bienes; e) La administración de los bienes que él mismo había aportado al matrimonio, —arras—, si bien no podía enajenarlos y habrían de pasar a la mujer o a los hijos una vez disuelto el matrimonio¹¹.

Aun cuando era lícito celebrar pactos o capitulaciones matrimoniales, que establecieran otra solución, prevalecía este sistema mixto, de coexistencia de bienes propios o particulares de los cónyuges, no afectados por la comunidad, y de bienes comunes, sometidos a partición al disolverse el matrimonio.

Bienes propios eran los inmuebles y muebles poseídos con anterioridad al casamiento, los bienes adquiridos con dinero exclusivo o permuta con sus bienes propios, el ajuar aportado por la mujer y los bienes recibidos en donación.

Eran, en cambio, comunes, los bienes adquiridos conjuntamente durante el matrimonio; y todos los comprados o permutados, sin que constase el origen de lo pagado o dado a cambio; y los frutos y mejoras de los bienes propios¹².

Como este sistema de comunión de bienes entre los cónyuges nacía del matrimonio, y duraba mientras este subsistía, cuando los

¹¹ Gacto, *El marco jurídico... y El grupo familiar...*

¹² Levaggi, *Manual de Historia...*, t. II, p. 142.

cónyuges por divorcio viviesen separados, aquel que dio causa al mismo, libraba al otro de sí, pero no se libraba él del otro, y en consecuencia, perdía los gananciales la mujer si era adúltera o si contra la voluntad de su marido iba a casa de hombres sospechosos¹³.

II. El régimen patrimonial del matrimonio a través de la praxis judicial

Efectuada esta rápida recorrida por las normas legales, corresponde ahora, contrastar este régimen jurídico con la realidad que surge de los expedientes judiciales.

¿Cómo se reflejaba, en los pleitos conyugales, este régimen de sociedad legal? ¿Aceptaban marido y mujer, sin protestas, esta comunidad de bienes, estatuida con inobjetables fines; o se resistían a esta asignación de partes iguales, haciendo inclinar la balanza del poder económico a favor de uno de ellos?

La desigualdad de los aportes era invocada cuando se sostenía, por ejemplo, que la esposa no había concurrido a la adquisición de los bienes gananciales, "con el menor fondo de su parte, con la más leve industria"¹⁴.

Si se había decretado el divorcio en sede eclesiástica, "como ya está partido el matrimonio —con arreglo a la ley de separación y partición de los bienes adquiridos durante el matrimonio"— la esposa podía pedir la entrega de la parte de gananciales que consideraba que legítimamente le correspondía¹⁵.

Citando las Partidas y las Recopiladas de Castilla, sostenían que "en el mismo acto de la adquisición, se adquiere por sí y otro consorte", y que el derecho de la mujer en la mitad de los bienes era un derecho que se comparaba al privilegio general "que tiene todo socio a precaverse con oportunidad y con el auxilio de los jueces, de la disipación que puede temerse de la masa común"¹⁶.

Así, se recurría a la máxima legal que decía que era más fácil privar de la administración al socio en tiempo, y cuando podían los

bienes recuperarse, que exponer el derecho de la mujer o consorcio a perecer por la disipación.

"Nada es más sabido en lo legal que, partido el matrimonio por muerte de cualquiera de los cónyuges, o sentencia de separación, se debe partir y dividir los bienes adquiridos durante él, y entregar, en el caso de que la separación fuera por medio de sentencia, a cada uno de los consortes, los bienes que les correspondan por haber sido introducidos durante el matrimonio"¹⁷.

Los esposos, siguiendo el derecho vigente, sostenían que "todos los bienes adquiridos durante el matrimonio serán de marido y mujer, a excepción de aquellos que cada uno pruebe entró separadamente a él"¹⁸. Exceptuaban así, del número de bienes gananciales o superlucrados durante el matrimonio por industria de uno o más de los consortes, a aquéllos que cada uno probase entró separadamente a él, como parafernales o extradotales, que pudiese acreditar haber heredado por testamento o abintestato, de sus ascendientes, de algún pariente o extraño o recaído en ella por título lucrativo mientras estuvo casada¹⁹. Estos bienes debían ser entregados al cónyuge como propios y privativamente suyos.

Sin perjuicio de volver sobre este tema, cuando lo encaremos como un pleito más entre cónyuges, consideramos que en general, el régimen patrimonial del matrimonio fue recibido y percibido en la práctica judicial, tal como había sido consagrado en el Fuero Juzgo, las Leyes de Estilo, el Ordenamiento Real, las Partidas y la Recopilación de Leyes de Castilla de 1567.

¹³ Febrero, t. 5, secc. XII, n.º 415, p. 76; Sala, ob. cit., lib. I, t. IV, n.º 20; Fuero Real; t. 2; p. 4, t. II, lib. 23; p. 7, t. 25, lib. 15-17 y 6; Zorraquín Becú, *Historia del derecho...*, p. 186.

¹⁴ AGN TC A 1 1800.

¹⁵ AGN TC A 1 1800.

¹⁶ AGN TC A 1 1800.

¹⁷ AGN TC A 1 1800.

¹⁸ AGN TC A 1 1800.

¹⁹ AGN TC A 1 1800.

Capítulo 9
INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES
Y DERECHOS CONYUGALES

Una vez descritos cada uno de los deberes y derechos conyugales, confrontando permanentemente la conducta prescrita con la real, es necesario plantearnos en manos de quiénes estaba controlar el efectivo cumplimiento, o su contracara, castigar el incumplimiento de este cúmulo de prerrogativas y derechos conyugales.

I. Juez competente

A) Las leyes y la doctrina

Las cuestiones matrimoniales, y los deberes y derechos de ellas derivados, eran considerados, en principio, causas espirituales.

Pérez y López recordaba que en el siglo XII se había extendido tanto la jurisdicción eclesiástica sobre los legos, que casi todas las causas, de cualquier naturaleza que fuesen, se ventilaban y decidían en sus tribunales ¹.

Las Partidas, al tratar "quales franquezas han los clérigos en judgar los pleytos espirituales", establecieron la competencia de la Iglesia en cuestiones matrimoniales, por tratarse de causas espirituales ². Esta incumbencia fue reafirmada cuando el Concilio de Trento consagró el matrimonio como uno de los siete sacramentos.

Esta perfecta ósmosis entre lo religioso y lo profano de la sociedad de entonces, explicaba que la Iglesia tuviera competencia casi ex-

¹ Pérez y López, ob. cit., p. 70.

² P. 1, t. 56, ley 56.

clusiva en materia matrimonial, y que, de hecho, se le atribuyera todo lo que después pasaría a llamarse "derecho de familia"³.

Vasco de Puga recogió una real cédula fechada en Valladolid en 1555, que prescribía que no hubiera diferencia individualmente entre la jurisdicción real y la eclesiástica⁴, y en el mismo sentido, Enrique de Villalobos afirmaba que cuando alguno de los cónyuges incumplía con sus obligaciones, podía compelerlo el juez eclesiástico a someterse a ellas, agregando que aún podía hacer lo mismo el juez seglar, "por razón del valor del matrimonio"⁵.

De acuerdo con la legislación civil castellana, las causas matrimoniales correspondían privativamente al juez eclesiástico, que era el único que podía conocer sobre esponsales, nulidad de matrimonio y divorcio. Al juez civil le competía intervenir en los efectos civiles y penales del matrimonio, aunque, según Roberto Peña, "era común opinión de los canonistas que el juez eclesiástico podía intervenir en cuestiones de alimentos, restitución de dote y otras materias, si se ventilaban como incidentes del juicio de divorcio, pero la aplicación de la pena temporal estaba reservada al juez secular"⁶.

En consecuencia, eran las autoridades eclesiásticas las que intervenían en la celebración del casamiento, resolviendo además todos los problemas conexos —impedimentos, disensos—, y los que podían plantearse ulteriormente —nulidad, divorcio, tenencia de hijos, alimentos, restitución de dotes—, etc.⁷.

Elizondo afirmaba que en Castilla, siguiendo el ejemplo de la Flandes Española, podían los jueces eclesiásticos conocer incidentalmente de las causas de alimentos, sin que por esto quedara impedido cualquiera de los cónyuges a ocurrir a los magistrados reales sobre lo mismo⁸.

Castillo de Bovadilla sostenía que "en los negocios de divorcio y matrimonios conoce el eclesiástico en cuestión de derecho y de hecho" ... "puesto que en las causas espirituales no puede el seglar ser juez competente", y al mismo tiempo, "están obligados los jueces seglares a tener con los eclesiásticos toda buena correspondencia y no

³ Fernández Vargas y otra, ob. cit., p. 26.

⁴ Puga, ob. cit.

⁵ Villalobos, ob. cit., trat. XII, dif. XVIII, p. 321.

⁶ Peña, Roberto I., "Notas para un estudio del derecho canónico matrimonial indiano", en *Revista chilena de Historia del Derecho*, n.º 6, p. 319.

⁷ Zorraquín Becú, *Historia del Derecho*..., t. I, p. 184.

⁸ Elizondo, ob. cit., t. III, p. 360.

estorvarse si no con mutuo auxilio, ayudarse los unos a los otros y remitirse los negocios y causas que no le perteneciesen"⁹.

Covarrubias opinaba que las demandas de esponsales, nulidad de matrimonio y divorcio *quod thorum y cohabitationem*, tocaban y pertenecían al tribunal de la Iglesia¹⁰.

Finalmente —según Cavalario— "fueron pasando, los negocios civiles de los legos al foro eclesiástico por razón del juramento, matrimonio, testamento, o cualquier otra causa piadosa, porque los clérigos, por una singular interpretación, atribuían algo espiritual a casi todos los negocios por los títulos referidos", y agregaba que "las causas sobre matrimonio y sus agregados, como de esponsales, dotes, legitimaciones, alimentos, etc, se consideraban de conocimiento eclesiástico, como si estuviesen unidas al sacramento del matrimonio o pendiesen de él", cuando en realidad dependían del contrato matrimonial¹¹.

En igual dirección, Pérez y López, decía que, habiéndose observado y conocido el abuso, se había procurado remediarlo tanto por los soberanos como por los sumos pontífices, "los cuales han convenido en que se reduzca la jurisdicción espiritual a sus justos y verdaderos límites"¹².

En consecuencia, a fines del siglo XVIII se limitó la jurisdicción eclesiástica a las cuestiones derivadas del sacramento, prohibiéndose que interviniera en las de índole patrimonial¹³. La real cédula del 22 de marzo de 1787 dispuso que los jueces eclesiásticos sólo debían entender en las causas de divorcio, sin mezclarse con pretexto alguno en las temporales y profanas sobre alimentos, litis expensas o restitución de dotes¹⁴.

Los jueces eclesiásticos tenían bien clara esta división de competencias, y así, si por ejemplo, la esposa reclamaba alimentos o litis expensas en sede religiosa, le ordenaban recurriera al juzgado civil¹⁵.

⁹ Castillo de Bovadilla, ob. cit., pp. 629/240.

¹⁰ Covarrubias, José, *Máximas sobre los recursos de fuerza y protección*, Joachin Ibarra, Madrid, 1785, t. I, p. 86.

¹¹ Cavalario, Domingo, *Instituciones del Derecho Canónico*, Librería de A. Bouret y Morelli, París, 1848, pp. 551/557.

¹² Pérez y López, ob. cit., p. 70.

¹³ Zorraquín Becú, ob. cit., y *La organización judicial argentina en el período hispánico*, Editorial Perrot, Bs. As., 1981, t. II, p. 118 y Ots Capdequí, *Manual*..., p. 64.

¹⁴ Matraya y Ricci, ob. cit., p. 394. Esta real cédula pasó a la Novísima Recopilación como ley 20, t. 1, lib. II.

¹⁵ Grenon, Pedro S. J., "Nuestros divorcios históricos", en *Historia*, año 3, n.º 11, Bs. As., 1958, p. 7.

Así, a la hora de dirigirse a las justicias seculares, con relación a los efectos civiles de los divorcios eclesiásticos, las partes citaban esta real cédula de 1787¹⁶.

Esta demarcación de las competencias de ambas justicias estaba basada en la diversidad de fines que animaba a unas y otras.

El estado se interesaba básicamente en aspectos más concretos, y se concentraba en las cuestiones legales relacionadas con el comportamiento sexual y la institución matrimonial, entre las que estaba el dar un carácter legal a la unión marital para asegurar la herencia y la división de bienes entre los cónyuges y los hijos.

La Iglesia estableció una cohesión sacramental para vincular lo material con lo espiritual, con la finalidad de enmarcar todas las manifestaciones de la sexualidad en un objetivo teológico: la salvación del alma. De esta manera, "el control eclesiástico era más amplio que el del estado, y se inmiscuía más en la vida íntima de los individuos", definiendo los rituales propios de la unión y los tabúes sobre la afinidad y el parentesco¹⁷.

Como resultado, a la jurisdicción eclesiástica no le correspondía aplicar otras penas que no fueran las que dimanaban inmediatamente de su potestad espiritual, o las que como medios para ejecutar aquéllas con respecto a los legos, le había concedido la potestad temporal. Así lo entendía Manuel Genaro de Villota, Fiscal de la Audiencia de Buenos Aires, a principios del siglo XIX, quien expresaba que "según el incontestable principio de que ambas jurisdicciones son independientes entre sí, cada una tiene en sí misma todos los medios que le son necesarios para su ejercicio. La eclesiástica, los remedios canónicos y espirituales, y la real los civiles y temporales", agregando que "como muchas veces la corrección de las penas eclesiásticas se hace ineficaz, porque los incluidos en ellas son rebeldes en no cumplir lo que por la Iglesia justamente les es mandado, reúne en estos casos el soberano su autoridad con la de la Iglesia, y es un fiel compañero que le sirve con religioso celo, no para ejecutar una sentencia meramente temporal cuya imposición no le pertenece, sino para facilitar sus determinaciones eclesiásticas, ayudándola con los medios temporales que son necesarios para ponerlas en ejecución". Villota se refería al llamado "auxilio del brazo secular", medio otorgado por la Corona a los funcionarios de la Iglesia para requerir asistencia real para lograr el cumplimiento de las órdenes eclesiásticas.

¹⁶ AGN V7-18; AHPBA 5-2-22-5.

¹⁷ Lavrin, *Sexualidad...*, p. 15.

Los tribunales eclesiásticos tenían una libertad considerable para determinar los procedimientos que habrían de seguirse, y para definir cuáles funcionarios reales les proporcionarían asistencia¹⁸.

Villota limitaba el auxilio del brazo secular al embargo de bienes y prisión de la persona como medios suficientes para poner en ejecución las determinaciones de los jueces eclesiásticos, e impedía que se extendiese a otras penas corporales cuya imposición no estuviera en manos de la Iglesia, y que eran "muy ajenas a la suavidad con que esta santa madre procura atraer al delincuente por medio de sus penitencias y amonestaciones", quedándole el arbitrio, cuando estas no bastaren y el delito fuera de los que ofendían a una y otra jurisdicción, o por su naturaleza, o por la mutua protección que debían prestarse, de entregarlo a la secular sentenciado. En este caso, podía estarlo con pena eclesiástica, o con pena temporal correspondiente, en cuyo caso "no tanto procede la jurisdicción real auxiliando a la eclesiástica, como vengando por sí misma el daño causado o el mal inferido a la sociedad". Villota hallaba el fundamento de esta institución en que "la Iglesia carece de las armas temporales que son propias de otra jurisdicción para el ejercicio de la suya, y no puede usar de ninguna otra que la que los príncipes seculares le hayan concedido voluntariamente en contra de los legos". Acá, citaba una real cédula del 21 de diciembre de 1787 a la Audiencia de Santa Fe, que disponía que "para evitar los pecados de los legos, si los hubiese, ejerciten los prelados su celo pastoral tanto en el fuero penitencial como por medio de amonestaciones y penas espirituales en los casos y con las formalidades del derecho, y no bastando estas se dé cuenta a las justicias reales a quienes toca el castigo en el fuero externo y criminal con las penas temporales que previenen las leyes del reino, excusándose con este motivo que los párrocos exijan multas que ni son bastantes para contener estos delitos, ni les corresponde esta facultad", agregando que "la imposición de penas temporales solo ha de tener lugar en los casos que sea también propio el conocimiento de la jurisdicción temporal, que es la única a quien puede corresponder esta facultad", y poniendo como ejemplo, la prisión del reo, que era una de las facultades concedidas por la ley al eclesiástico valiéndose para su uso del brazo secular¹⁹.

Una diferente actitud separaba a ambos tribunales: los representantes de la justicia civil se mostraban más inclinados a la defensa de

¹⁸ Seed, ob. cit., p. 202.

¹⁹ Levaggi, *Los escritos del Fiscal de la Audiencia de Buenos Aires*, Manuel Genaro de Villota, Fecic, Bs. As., 1981, p. 146.

la posición de la mujer, y al mismo tiempo, tomaban creciente injerencia en cuestiones, hasta entonces, de exclusiva opinión de la Iglesia.

Este proceso culminará con las reformas borbónicas encaminadas a aumentar el poder del estado en el control del matrimonio a través del disenso y del divorcio, y al introducir la necesidad de la participación de la justicia civil en cuestiones de alimentos y litis expensas, por medio de la real cédula de marzo de 1787, con la idea de preservar y controlar los núcleos básicos de la sociedad. Sin embargo, a pesar de que en el caso del disenso, el estado controló la situación, en el caso del divorcio, la Iglesia luchó con fiereza por mantener sus prerrogativas, "dentro de una tónica tradicional paternalista y patriarcal"²⁰. Patricia Seed, también, ha afirmado que los tribunales civiles se mostraron más dispuestos que los eclesiásticos a adaptar el cambio social, y lo ha atribuido a una mayor flexibilidad y conveniencia de los tribunales reales, frente a una Iglesia, —ella se ha referido a la mexicana, nosotros lo extendemos a la rioplatense— recargada por un vasto cuerpo de doctrina, consagrado por siglos de tradición, que le otorgaban un sentido de lo sagrado y lo inalterable.

En contraste, ni el virrey, ni los tribunales reales, ni los tribunales municipales se habían visto de tal manera circunscritos²¹.

Es decir, mientras por una parte, existía una larga tradición eclesiástica sobre la jurisdicción exclusiva de la Iglesia en cuestiones matrimoniales, esta se vio obligada a perder poder sobre las disputas conyugales, como parte de un proceso mayor mediante el cual la Corona privaba lentamente a los tribunales eclesiásticos de su independencia, y legitimaba un control mayor para el poder judicial real²², que culminaría con la real cédula de marzo de 1787.

Las leyes dictadas a partir de 1787 reforzarían la nueva actitud evidente en sus predecesoras —la pragmática sobre matrimonios de hijos de familia de 1776 y la real cédula de marzo de 1787— restringiendo aún más la jurisdicción de la Iglesia en asuntos relacionados con el apoyo de las esposas, los hijos y la bigamia²³.

Además, siempre quedaba la posibilidad del recurso de fuerza, que era una súplica o queja respetuosa que se hacía a la real potestad, "implorando su auxilio o protección contra los excesos y abusos de los jueces eclesiásticos", para que, con su autoridad, los contuvieran

²⁰ Mallo, *Justicia...*

²¹ Seed, ob. cit., p. 216.

²² Seed, ob. cit., p. 247.

²³ Socolow, *Cónyuges...*

dentro de los límites y les obligaran a que se arreglaran a las leyes de la Iglesia y del Estado²⁴.

La real potestad no se mezclaba ni entrometía en el conocimiento de la causa principal; únicamente se limitaba a conocer si el juez eclesiástico había faltado o no, a la norma y orden de sustanciar, y si cometía opresión; fuerza, violencia o infracción notoria de las leyes. Levaggi distinguió tres recursos de fuerza: en el conocer y proceder, en el modo de conocer y proceder, y en no otorgar.

El primero, se presentaba cuando el juez eclesiástico invadía la jurisdicción temporal, arrogándose el conocimiento de causas extrañas a su competencia y propias de esta. El segundo, se interponía para corregir procedimientos abusivos del juez eclesiástico, como providencias contrarias a los cánones y leyes reales. El tercero, cuando se denegaba injustamente una apelación.

B) La praxis judicial

¿Cómo percibían las partes esta división de competencias entre ambas justicias? ¿Cómo actuaban, en la práctica, tribunales eclesiásticos y civiles? y en definitiva, ¿actuaban cada uno dentro de su esfera, sin siquiera rozarse y dar lugar a conflictos de competencia?

Nuestra experiencia en la compulsión forense nos demuestra que sí los hubo, y que en reiteradas oportunidades, la demarcación impuesta desde la legislación y la doctrina, no tenía su correlato en los hechos.

Así, y con referencia al depósito²⁵, un juez secular expresaba que "no sólo los jueces eclesiásticos deben proceder al reintegro (de la mujer) por los medios canónicos, sino también las justicias reales, obrando con la potestad económica y gubernativa, por razón al escándalo que de suyo causa toda separación voluntaria, sin que esto trascienda; a su legitimidad o ilegitimidad, cuyo punto toca privativamente a la justicia eclesiástica, al paso que el de la reunión, al magistrado secular que en ello no presta más conocimiento que el puro y simple hecho en el despojo, para otra misma calificada restitución, por serle igualmente función propia la ejecución y cumplimiento de los sagrados cánones, principalmente de aquellos que miran al derecho público y tratan de evitar las ofensas públicas"²⁶.

²⁴ Conf. Covarrubias, citado por Levaggi, "Los recursos de fuerza. Su extinción en el derecho argentino", RHD n.º 5, Bs. As., 1977, p. 75.

²⁵ Ver capítulo 7.

²⁶ AGN 99-27.

C) Jueces seculares competentes

En la ciudad de Buenos Aires, eran competentes para entender en primera instancia, en los juicios emergentes del incumplimiento de las obligaciones conyugales, los alcaldes ordinarios del cabildo, el teniente letrado de la Superintendencia, y el oidor juez de provincia. Este último, integraba la Audiencia, organismo colegiado que había comenzado a funcionar en agosto de 1785.

De las resoluciones de los alcaldes se podía apelar al juez de provincia y, a su vez, la Audiencia podía entender en segunda o tercera instancia según fuera el trámite dado anteriormente al litigio. A diferencia de los pleitos sustanciados ante la justicia capitular, no se podía acudir a la audiencia, sino personalmente y asistido de abogado, o por medio de procurador, que debía ser de los del número de ella, so pena de no admitirse el libelo. En el Virreinato del Río de la Plata, en general, nuestros litigantes concurren ante las siguientes justicias, en demanda del cumplimiento de sus deberes y derechos conyugales:

a) Virrey

Como justicia mayor, las partes acudieron a él, en causas sobre obligación de convivir²⁷; deber de obediencia²⁸ y asistencia²⁹.

b) Gobernador Intendente

Causas sobre convivencia³⁰; obediencia³¹ y asistencia³².

c) Gobernador

Se le plantearon algunos juicios en los que se discutió el deber de convivencia³³.

d) Oidor juez de provincia

Entendió en cuestiones de asistencia³⁴ y obediencia³⁵.

²⁷ AGN C17-1; 99-27; 27-10; 21-4; A 16-8; AHPBA 5-2-17-9.

²⁸ AGN 253-8; 117-7; 108-66; TC C1 1800.

²⁹ AGN TC L1 1802; R 15-5.

³⁰ AGN C17-1; 196-5.

³¹ AGN 99-27.

³² AGN TC C1 1802; 21-9; 81-38; 90-16; 103-10.

³³ AGN 132-25; AHPBA 5-5-78-28.

³⁴ AGN T6-17; V7-18; A17-7; AHPBA 5-2-22-1; 5-2-22-5; 7-3-116-47.

³⁵ AGN G14-20; AHPBA 5-5-78-9.

e) Alcalde ordinario de primer y segundo voto

Se entablaron, ante él, pleitos en los que se discutió el deber de obediencia³⁶; convivencia³⁷ y asistencia³⁸.

f) Alcalde de la Santa Hermandad

Intervino en causas sobre deber de obediencia³⁹.

g) Real Audiencia

Actuó en segunda o tercera instancia, en oportunidad de discutirse el deber de asistencia⁴⁰ y el de obediencia⁴¹.

Este análisis nos lleva a sostener, que la mayoría de los litigantes acudía con sus quejas a los alcaldes ordinarios de primer y segundo voto, y que los reclamos comprendían todos los pleitos derivados del incumplimiento de los deberes conyugales.

Sin embargo, las otras justicias fueron, también, frecuentemente consultadas, con relación a las mismas obligaciones, sin registrarse un distinto tratamiento jurídico según el pleito se sustanciara ante una justicia lega o letrada.

Aún después de 1785, es decir, ya funcionando la Audiencia, no se produjeron variantes en cuanto a los magistrados intervinientes, lo que nos hace pensar que las partes no dejaron de llevar sus litigios a las justicias iletradas, no obstante contar con la posibilidad de un tribunal, integrado exclusivamente por abogados.

II. Las audiencias

Gaspar de Villarroel afirmaba que la fundación de las audiencias reales se había encaminado "por la piedad de los reyes al bien común, a conservar los hombres en paz, a defender los pequeños de los poderosos, y a que en la tierra no falte la justicia"⁴². El mismo autor iba

³⁶ AGN 82-20; TC C1 1800; TC G 1801. González, María M.; 281-7; TC PI 1807.

³⁷ AGN 110-26; 133-18; 53-52.

³⁸ AGN TC B2 1807; TC C1 180; 214-6; C17-13; H3-10; T6-17; B7-31; A17-7; 20-14.

³⁹ AGN 81-33; TC M8 1811; AHPBA 5-3-43-19; 7-1-82-43.

⁴⁰ AGN 40-13; V7-18; A17-7; 90-16; R15-5; TC A1 1800.

⁴¹ AGN 218-21.

⁴² Villarroel, Gaspar de, *Gobierno eclesiástico-pacífico*. Clásicos Ecuatorianos, VI, Selecciones, Quito, 1943, p. 123.

más allá, agregando que las audiencias eran importantes para la tranquilidad y quietud de las repúblicas y para enfrentar el orgullo de la nobleza, ya que sin audiencias, "todo fuera behetería", y que la nobleza era "por la mayor parte arrogada y engreída y es menester enfrentarla", y que "esto sólo lo hacen con vigor las audiencias"⁴³.

Conforme las leyes de Indias, las audiencias debían enviar a los casados a hacer vida con sus mujeres⁴⁴; y según Pérez y López, particularmente en vacancia de virreyes y presidentes, debían proceder con amor y templanza, sin faltar a la severidad de la justicia, "y en especial en delitos, desórdenes, derecho de partes y ejemplo público"⁴⁵.

La segunda Audiencia de Buenos Aires era competente para entender en grado de apelación de todas las causas civiles y criminales falladas por los jueces inferiores de su distrito. Estos eran los alcaldes ordinarios, los asesores letrados de las intendencias, que hacía poco se habían establecido, y los gobernadores político-militares de Montevideo, Misiones y Malvinas.

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

Las causas criminales debían concluir forzosamente en la Audiencia⁴⁶. El fundamento de esta obligación residía en una disposición dictada tres días después de instalada la Audiencia, el 11 de agosto de 1785, por la que se implantaba en nuestro territorio la obligatoriedad de consultar las penas capitales o aflictivas al tribunal⁴⁷.

En asuntos civiles de menor cuantía, y en criminales por delitos leves o faltas, podían sentenciar dos oidores, o un oidor y un conjuer, pero en asuntos graves, el tribunal debía estar en pleno⁴⁸.

El establecimiento de la Audiencia de Buenos Aires, en opinión de Mariluz Urquijo, significó una mejora substancial en la administración de justicia del Río de la Plata. No solo por la acción ejercida sobre los

⁴³ Villarroel, ob. cit., p. 176.

⁴⁴ RLI, ley 53, t. XV; Pérez y López, ob. cit., p. 488.

⁴⁵ Pérez y López, ob. cit., p. 490.

⁴⁶ Zorraquín Becú, *La organización judicial...*

⁴⁷ Mariluz Urquijo, José María, *La Real Audiencia de Buenos Aires y la administración de justicia en lo criminal en el interior del virreinato*, Primer Congreso de Historia de los pueblos de la Pcia. de Buenos Aires, La Plata, 1952, p. 271.

⁴⁸ García Chuecos, ob. cit.

procesos que pasaban directamente ante el mismo tribunal, sino por la "empeñosa labor que desarrolló para mejorar y facilitar la labor de los magistrados locales y del interior"⁴⁹.

La segunda Audiencia de Buenos Aires sobrevivió a la Revolución de Mayo, hasta que fue reemplazada en el "Reglamento de institución y administración de justicia", dictado por el Primer Triunvirato, el 23 de enero de 1812, por la Cámara de Apelaciones⁵⁰.

III. Los oidores

La Audiencia estaba integrada por oidores, y a su vez, estos se desempeñaban individualmente como jueces de provincia, de bienes de difuntos, comisionados de los virreyes en casos especiales; y en otras tareas⁵¹.

En el siglo de las nuevas ideas y las reformas, se impone profundizar en los integrantes de la Audiencia, en sus orígenes, su formación moral e intelectual, ya que ellos debían lograr "que los ciudadanos gozasen de una justicia rápida y eficaz que sirviese de garantía para sus derechos y les asegurase poder gozar del bienestar material en plena paz, felices del liviano yugo de su ilustrado señor"⁵².

A pesar de que los fallos de la Audiencia, por no estar fundados, "no alcanzan para el conocimiento de las leyes o doctrinas en que se basaron"⁵³, la formación individual de los oidores constituye un dato relevante atento la influencia de los miembros del tribunal en cuestiones familiares.

¿Quiénes eran los integrantes de aquel todopoderoso organismo que decidía si marido y mujer debían separarse, o tal vez, volver a encontrarse después de largas ausencias; quién quedaba libre y quién recluido, o cuánto debía desembolsar un marido para mantener a su mujer?

En la mano de esos ministros, quedaba "la vida, honra y haciendas", de quienes acudían a ellos en busca de justicia⁵⁴.

⁴⁹ Mariluz Urquijo, *La Real Audiencia de Buenos Aires...*

⁵⁰ Zorraquín Becú, *La organización judicial...*, p. 211.

⁵¹ Zorraquín Becú, *La organización judicial...*, p. 22.

⁵² Martiré, Eduardo, *Regentes...*

⁵³ Mariluz Urquijo, "La acción de sentenciar a través de los apuntes de Benito de la Mata Linares", RHD n.º 4, Buenos Aires, 1976, p. 143.

⁵⁴ Ruiz Guiñazú, ob. cit., p. 21.

"Jueces son omes buenos que son puestos para mandar é hacer derecho", decían las Partidas⁵⁵; y Pérez y López, agregaba: "siendo éste un encargo tan delicado, es preciso que lo sean personas en las quales brille la ciencia, la pureza de costumbres, y muchas excelentes virtudes y qualidades, que las leyes desean y piden en ellos"⁵⁶.

Gaspar de Villarroel afirmaba que "estas audiencias siempre se pueblan con excelentes sujetos de Salamanca", y se preguntaba de quién podía el obispo fiar con gusto las cosas de su alma, sino de la virtud, piedad y letras de una Audiencia. Aconsejaba que no se eligiera a los más ricos, sino a los más virtuosos, "porque en un médico no atendemos a su riqueza sino a su pericia", porque aquellos que no atienden a lo que importa, sino a lo que adivinan gusta a los reyes, "no son consejeros sino enemigos"⁵⁷.

Juan de Solórzano Pereyra, recordando la alta función que ejercían los jueces, les recomendaba que debían proceder con modestia, templanza y costumbres, de suerte que "los que viviesen debajo de su gobierno, protección y jurisdicción, se mirasen en ellos como en un puro y cristalino espejo para imitarles", y en otro pasaje de su célebre "Política Indiana", afirmaba que era menos dañoso a la república que fuera su rey malo, que el serlo sus consejeros y magistrados, "porque si éstos son buenos, le detenían y enfrentaban con sus consejos, y si éstos eran malos, le harían peor dejándolo correr con sus libertades"⁵⁸.

No faltaron detractores de los oidores, quienes aseguraban que no había habido en todos los virreinos de España, funcionarios más orgullosos y soberbios que los oidores, quienes creían que sus personas eran sagradas y el hábito los había acostumbrado a mirar sus propias decisiones y fallos como irrevocables, lo mismo que, a su vez, ejecutadas sus órdenes⁵⁹.

Los grados en derecho, y la experiencia burocrática práctica en cargos administrativos, eran especialmente valorados por el aparato burocrático real: "sin letrados y doctores, la eficiencia en el gobierno —un valor apreciado en la Ilustración— no hubiera sido posible"⁶⁰.

Creada en pleno siglo XVIII, la Audiencia de Buenos Aires contó entre sus miembros, defensores del poder de la razón, del mejoramiento

⁵⁵ P. 1, t. 6, lib. 3.

⁵⁶ Pérez y López, *Jueces*, p. 65.

⁵⁷ Villarroel, ob. cit., pp. 176 y 178.

⁵⁸ Solórzano, ob. cit., IV y VIII, p. 384.

⁵⁹ Robertson, J. P. y G. P., *Cartas de Sud América*, p. 37.

⁶⁰ Szuchman Mark D., "Childhood Education and Politics in Nineteenth century Argentina. The case of Buenos Aires", *Hispanic American Historical Review*, n.º 70/1, feb. 1990, pp. 109/138.

to de las personas a través de la igualdad social, y de enemigos de la tradición⁶¹.

El segundo Regente, por ejemplo, Benito de la Mata Linares, "era decidido partidario de la filosofía de la Ilustración"⁶².

El fiscal, Manuel Genaro de Villota, al decir de Levaggi, "se sirvió del espíritu ilustrado de las leyes más recientes para impulsar la reforma de la sociedad, en la dirección querida desde las más altas esferas de la monarquía y puso en practica las directivas reformistas dadas por la Corona", y fue "hijo del Siglo de las Luces de la razón", buscando la fundamentación racional de las decisiones judiciales y políticas. Llamado a dictaminar, adoptó entre otros criterios, el de la conformidad a la razón, o el de "impedir que se rebele la razón y se ofenda el buen sentido", siendo partidario de los principios de equidad y benignidad⁶³.

A pesar de que, tal como lo expuso Mariluz Urquijo, los fallos de las audiencias de la época colonial y primeros tiempos de la independencia, no arrojaban luz alguna sobre la preparación científica de los jueces, la seriedad de su labor, las dudas u opciones que se les presentaban, o los textos de que se valían⁶⁴, contamos con cierta información que nos proporciona la biblioteca del oidor Francisco Tomás de Ansoátegui. Este funcionario integró la Audiencia entre 1789 y 1810, y contaba entre sus libros, no solo con las obras de juristas castellanos e indianos y canonistas como Gregorio López, Salgado de Somoza, Antonio Gómez, Diego de Covarrubias, Elizondo, Castillo de Bovadilla, Pedro Frasso, Berardi y Solórzano, sino también, las de los iusnaturalistas Grocio, Puffendorf, Filangieri y de Wolff, entre otras⁶⁵.

La mayoría provenía de las universidades de Granada, Valladolid y Salamanca, lo que revelaba, en el caso de la primera, la predilección del ministro José Gálvez por los habitantes del antiguo reino moro⁶⁶.

Los que habían cursado parte, o todos sus estudios en América, lo habían hecho en las Universidades de San Felipe, de Chile, y San Marcos, de Lima, a diferencia de lo sucedido con los miembros de

⁶¹ Tau Anzotaegui, Víctor, *Las ideas jurídicas en la Argentina*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1977, p. 23.

⁶² Martiré, *Regentes...*, p. 241.

⁶³ Levaggi, *Los escritos del fiscal de la Audiencia...*, p. 68.

⁶⁴ Mariluz Urquijo, *La acción de sentenciar...*, p. 141.

⁶⁵ Mariluz Urquijo, José María, *La biblioteca de un oidor de la Real Audiencia de Buenos Aires*, RIHDRL n.º 7, Bs. As., 1980.

⁶⁶ Burkholder y Chandler, ob. cit., pp. 168/171.

otras audiencias del continente, que habían dejado de concurrir a estas universidades, y asistían a las de México y Santa Fe de Bogotá⁶⁷.

La mayoría provenía del campo de la docencia universitaria y tenía experiencia como asesores o funcionarios judiciales⁶⁸, lo que demuestra que el criterio de selección de los candidatos, por sus antecedentes familiares, había cedido frente a la "regla de la experiencia".

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

Consecuentemente, la Audiencia estuvo integrada por una mayoría casi absoluta de peninsulares, generalmente andaluces, gallegos y aragoneses⁶⁹.

Solo la integraron, en el período hispánico, dos criollos: Manuel José Reyes y Borda, oriundo de Chile, y Manuel Velasco y Camberos, de Charcas; lo que coincide con lo sostenido por Burkholder y Chandler, al afirmar que, al suspenderse en 1750 la venta de puestos en las audiencias americanas, los criollos designados para prestar servicios en los tribunales del Nuevo Mundo disminuyeron en número y frecuencia, y cuando se les nombraba, se trataba de personas más maduras y experimentadas que sus predecesores.

Rara vez se escogía nativos de la misma jurisdicción donde prestarían sus servicios⁷⁰. Si bien Reyes y Borda tenía cincuenta y un años al ser designado oidor en Buenos Aires, y una carrera de asesor legal y teniente asesor, Velasco y Camberos solo contaba con veintinueve años, y mucha menos experiencia. Ninguno de los dos sirvió en la misma jurisdicción donde había nacido.

Cuando la Corona, efectivamente, designaba algún criollo, era porque estaba lo suficientemente segura del control ejercido sobre las audiencias para poderse permitir "algunos gestos que calmaran la irritación de los habitantes"⁷¹.

Las cosas cambiaron a partir de 1811, cuando, como resultado del movimiento revolucionario, la Audiencia se integró con criollos oriundos de Chile, Perú y el Río de la Plata, y egresados de las universidades de sus países de origen. Por eso Burkholder y Chandler afirman que a instancias de la crisis iniciada en España y en América, en

⁶⁷ Burkholder y Chandler, ob. cit., p. 174.

⁶⁸ Burkholder y Chandler, ob. cit., pp. 168/172.

⁶⁹ Burkholder y Chandler, ob. cit., p. 232.

⁷⁰ Burkholder y Chandler, ob. cit., p. 127.

⁷¹ Burkholder y Chandler, ob. cit., p. 152.

la mayoría de los casos, "una lealtad ciega", y "una actitud política apropiada", superaron las capacidades profesionales como criterios supremos de designación, "y los americanos fieles, aún siendo nativos del territorio para el que se les designaba, comenzaron a ser nombrados en número mayor, mientras disminuía el de los de afuera, por sospechosos sobre sus actitudes políticas"⁷².

Y así, cuando el último letrado fue designado miembro del alto tribunal del continente americano, en 1821, "el poder real no era casi más que un sueño imposible que sólo existía en la mente de los funcionarios madrileños"⁷³.

La segunda medida para romper los lazos existentes entre los ministros y la sociedad local era impedir que los oidores, o sus familiares, contrajeran matrimonio con mujeres residentes en sus distritos. Dicha prohibición surgía de la Recopilación de Leyes de Indias⁷⁴, cuyas normas se aplicaron estrictamente, no fuera cosa que estos hombres nuevos, "cuidadosamente elegidos", echaran raíces en la colonia donde administraban la real justicia.

Es que con frecuencia, estos españoles, aunque pertenecieran a familias menos distinguidas, y obligados a menudo a ajustarse a las realidades del Nuevo Mundo, poseían el entrenamiento, conceptos y bagaje cultural de la península ibérica⁷⁵.

La trabajosa vida que le tocaba en suerte, a muchas de las esposas de los magistrados indianos, consistía en estancias más o menos prolongadas en una sede audiencial, seguida del traslado a una nueva sede, con la precisión de levantar su casa y volverla a instalar, después de un dilatado —y en ocasiones— riesgoso viaje, que ponía a prueba la resistencia física y a menudo solo permitía transportar muy pocas de las pertenencias del antiguo hogar⁷⁶. Así, se lograba cumplir con el propósito de la Corona de evitar que sus magistrados "echaran raíces".

Sin embargo, los sueldos bajos determinaban que a lo que más aspirara un oidor fuese, justamente, que su nombre se perpetuara en la sociedad virreinal, y dar brillo a su familia a través de su casamiento, o el de sus hijos, con prominentes figuras de la sociedad local.

⁷² Burkholder y Chandler, ob. cit., p. 195.

⁷³ Burkholder y Chandler, ob. cit., p. 192.

⁷⁴ Lib. II, t. XVI, ley 32. Ver cap. 5.

⁷⁵ Seed, ob. cit., p. 35.

⁷⁶ Rípodas Ardanaz, "Una salteña, fiscal del Consejo de Indias: Doña María Josefa de Asteguieta. 1745-1779", *Boletín del Instituto San Felipe y Santiago de Estudios Históricos de Salta*, n.º 41, Salta, 1992-1993, p. 47.

Por otro lado, y tal como lo sostuvo Ricardo Palma, "pues un oidor es un hombre de carne y hueso, había de casarse como nos casamos todos", y recordando las palabras de Felipe II en el sentido de que las influencias de familia colocaban al magistrado en condición propensa a la injusticia o fácil al cohecho, el que quería vender justicia la vendía, "como Judas a Cristo, sin pararse en menudencias ni en pamplinadas penales"⁷⁷.

Las prácticas matrimoniales, basadas en el supuesto de que razón y sentimientos no eran compatibles, llevaban a uniones convenidas en vista de consideraciones socioeconómicas y no de un mutuo amor, hasta tal punto que "a los protagonistas no les causaba rubor admitir lisa y llanamente... que la dote de la novia había sido el incentivo que lo había llevado a casarse"⁷⁸.

Y entonces, "cuando un oidor en Lima, por ejemplo, hastiado de una soltería pecaminosa o de una viudeidad honesta que le impusiera castidad forzada, aspiraba a la media naranja que le hacía falta, escribía a uno de sus compañeros garnachas de México, Quito o Chile encargándole que le buscara esposa, determinando las cualidades físicas y morales que en ella se codiciaban, y aun estableciendo la cifra a que la dote debía ascender. Otros dejaban la elección al buen gusto y lealtad del comisionado". Así, el casamiento de un oidor era, "en toda la acepción de la frase, lo que se entiende por matrimonio a fardo cerrado, ni por muestra conocía la mercadería antes que la despachase la aduana". De ahí que, salvo raras excepciones, "los matrimonios de oidor en Lima anduvieron mal avenidos y fueron semillero de escándalo"⁷⁹, independientemente de que se esperara que los hombres públicos fueran un modelo de comportamiento para la sociedad⁸⁰.

El aislamiento, según Richard Kagan, era otro precio que un oidor debía pagar por su elevado rango⁸¹, y si deseaba casarse, debía pedir y obtener el consentimiento del monarca, para asegurarse que la familia de su futura mujer no fuera del distrito donde ejercía sus funciones.

Los oidores consideraban excesiva la severidad de las leyes, y "en la más alta esfera de la sociedad empiezan a producirse con frecuencia casos de amancebamiento, y no necesariamente siempre por

⁷⁷ Palma, Ricardo, *Tradiciones peruanas*, Editorial Troquel, Buenos Aires, 1959, p. 90.

⁷⁸ Rípodas Ardanaz, *Una salteña...*

⁷⁹ Palma, ob. cit., p. 91.

⁸⁰ Lavrin, *La sexualidad...*, p. 78.

⁸¹ Kagan, ob. cit., p. 181.

aversión de las partes al sacramento del matrimonio: son sus protagonistas oidores y otros altos funcionarios que, teniendo prohibido casarse en sus distritos... recurren a relaciones más o menos furtivas con hijas de familias de pro, con las que de buena gana las legitimarian y con las que en efecto las legitiman muchas veces exponiéndose a la pérdida del empleo, ya con otras jóvenes menos distinguidas que, deseosas de casarse, pero sin medios económicos para hacerlo en forma ventajosa, consienten en amancebarse con quienes saben que no han de llegar al matrimonio pero de quienes esperan, en cambio, que más adelante las casen con algunos de sus criados, después de haberlas dotado convenientemente, lo que, en efecto, acontece en más de una ocasión. Si tales amancebamientos trascienden al dominio público, el escándalo —que impone a veces la intervención eclesiástica y aún regia— raya a la altura de la espectacularidad del galán y adquiere contornos de comedia de capa y espada, cuando no de farsa, al culminar en escalamientos, raptos, enamoradas vestidas de hombre y galanes vestidos de mujer"⁸².

Los ministros protagonistas de amores tempestuosos o con graves problemas conyugales dieron innumerables dolores de cabeza a la Corona por la consecuente crítica del público y la perplejidad oficial⁸³. Al fin y al cabo, Buenos Aires, a fines del siglo XVIII, era un pueblo chico, preocupado por el ejemplo y la conducta pública; en consecuencia, las historias amorosas de estos Romeos, seguramente habrán influido para restar credibilidad a sus resoluciones.

Los integrantes de la Audiencia de Buenos Aires contaron entre treinta y cincuenta años de edad. En su mayoría fueron casados, y no sabemos si la rigidez de las normas sobre el matrimonio de los funcionarios, o tal vez, las circunstancias de la vida, determinaron que tres miembros del tribunal permanecieran solteros: Lucas Muñoz y Cubero, José Cabeza Enríquez y Manuel Reyes y Borda.

Muñoz y Cubero, Manuel de Arredondo, Joaquín Bernardo de Campuzano y Salazar, y Tomás Ignacio Palomeque habían solicitado autorización para contraer matrimonio con damas locales, y en todos los casos, les fue denegada.

Muñoz y Cubero, Cabeza Enríquez y Reyes y Borda murieron solteros, pero Arredondo se casó dos veces, mientras que Campuzano y Palomeque fueron protagonistas de sendas historias de amor, al casarse sin licencia.

⁸² Rípodas Ardanaz, *El matrimonio en Indias...*, p. 24.

⁸³ Burkholder y Chandler, ob. cit., pp. 160/184.

Tocó al Fiscal Márquez de la Plata dictaminar en el expediente que se le siguió al segundo por contraer matrimonio sin permiso, y en aquella oportunidad, puso de relieve el peligro de la trascendencia pública de la conducta de quienes estaban en la mira de los habitantes de la ciudad donde ejercían sus funciones⁸⁴. A raíz de estos matrimonios, ambos magistrados debieron ser trasladados.

Esta Audiencia de Buenos Aires, debe insertarse en este siglo XVIII definido por Martiré, como "Gran espectáculo, torneo cautivante", en donde se median "quienes no quieren desprenderse por conveniencias o por principios, de un ayer que reputan honorable y glorioso o de provecho, y aquellos que aspiran a imponer una reforma tan profunda y substancial que los haga dignos de vivir el presente lleno de esperanza"⁸⁵.

Entre resolución y resolución se enfrentaron peninsulares con criollos, jóvenes con viejos, solteros con casados, experimentados con novatos, y conformistas con contestatarios. De esta fusión surgió una imagen de familia, un modelo de relaciones conyugales, que rigió la vida de los rioplatenses durante casi veinticinco años.

IV. El oidor juez de casados

A fin de que tuviera efecto la voluntad de la Corona, de que los casados en España y residentes en Indias fueran enviados de vuelta a hacer vida con sus mujeres, se ordenó que en las audiencias, nombraran los virreyes, un oidor o alcalde, que con especial comisión, averiguara qué españoles residían en sus distritos, casados o desposados, y los hicieran enviar sin dilación⁸⁶.

Tal parece haber sido el origen del "oidor juez de casados", cuya actuación no surge claramente de las leyes, pero, tal vez, pueda justificarse como una de aquellas múltiples funciones con que se investía a los oidores: "Rasgo particular de nuestras audiencias, los oidores —según Ruiz Guiñazú— no eran, como en España, tan solo jueces

⁸⁴ "Debe hacer presente que aunque es cierto que en este asunto hay mucha facilidad en las gentes de todas clases, por dar por público lo que no existe, y por que en este pueblo que con la novedad de estas creaciones suele ocuparse en observar e interpretar siniestramente los movimientos de cada ministro". Levaggi, *El virreinato rioplatense en las vistas...*, vista n.º 47.

⁸⁵ Martiré, *Regentes...*, p. 20.

⁸⁶ RLI, lib. II, t. III, ley 59.

ocupados en el procedimiento y sentencia de los pleitos, sino que la ordenanza de cada audiencia y varias reales órdenes y cédulas, les asignaban tareas variadas y de importancia", poniendo como ejemplo las de juez de la Santa Cruzada, de bienes de difuntos, u otros⁸⁷.

También, encontramos alguna referencia al oidor juez de casados, en una nota dirigida por el fiscal, José Márquez de la Plata, al virrey, en la que, aludiendo a las funciones que eran ajenas a su ministerio, mencionaba la de "juez de reunión de casados", entre las que se partían o turnaban por vía de comisión entre los sucesivos oidores de las reales audiencias⁸⁸.

Asimismo, por el artículo 17 de las Ordenanzas para la Real Audiencia de Buenos Aires, en los casos que acaecieran fuera de las cinco leguas, la audiencia podía proveer jueces de comisión para que entendieran e hicieran justicia, y era en estas circunstancias donde tal vez podría tener lugar el desempeño del oidor juez de casados.

Tal nombramiento debía hacerse "mirando mucho que se provean en casos, que sea justo proveerse y no en otros, y que éstos sean los menos que sean posibles y en los menos casos"⁸⁹.

En cumplimiento de estas difusas normas, el virrey Loreto nombró, en 1785, es decir, a poco de instalada la Audiencia, a su oidor, Sebastián de Velasco y Mungía, "juez de casados semanero y alcalde de corte"⁹⁰.

No pudimos encontrar la fuente de dicho nombramiento, pero a falta de la misma, nos consta el desempeño de Velasco, a través de los expedientes en los que actuó, y en los que se lo llamó también: "juez subdelegado para el cumplimiento de las órdenes de S.M. por particular de la reunión de los matrimonios"⁹¹, y "juez comisionado" por el Excmo. Virrey para la reunión de los matrimonios⁹².

¿Quién era Sebastián de Velasco, para actuar, a diferencia de sus colegas, como juez de casados? ¿Poseía conocimientos o condiciones especiales para intervenir en pleitos conyugales, o estaba en igualdad de calificaciones que el resto de los magistrados?

Solo sabemos que era peninsular, como los demás, que había nacido en Burgos en 1724, que estudió derecho canónico en la Universidad de Osma, y derecho civil en la de Valladolid, de la que fue profesor.

⁸⁷ Ruiz Guiñazú, ob. cit., p. 21.

⁸⁸ Levaggi, *El virreinato...*, p. 22.

⁸⁹ Ruiz Guiñazú, ob. cit., p. 230.

⁹⁰ AHPBA 5-2-17; 5-5-78-9; 5-5-22-5.

⁹¹ AGN 196-5; AHPBA 5-5-75-28.

⁹² AHPBA 5-5-75-28.

Tras haberse desempeñado como abogado en Valladolid, alcalde de minas y asesor legal del Superintendente de Potosí, fue corregidor en Toma, y asesor del presidente en Charcas.

Actuó como juez secular y eclesiástico, y a los 60 años, fue nombrado oidor de la recientemente creada Audiencia de Buenos Aires.

Estaba casado con una sevillana, y tuvo al menos un hijo, Manuel de Velasco y Camberos, que fue oidor de la Audiencia de Charcas⁹³.

Velasco había sido designado para celar el cumplimiento de las leyes que mandaban regresaran a España los que allí estuvieran casados, "sin permitirles plazo ni disculpas"⁹⁴.

Fundado en su autoridad y carácter, fue contrario a la libertad de acción de la mujer, y partidario de que se reconociera, en forma absoluta, la superioridad del marido.

Garantizó el cumplimiento del deber de convivencia, realizando las diligencias necesarias para averiguar sobre los casados ausentes de sus mujeres⁹⁵; obligando a la mujer a seguir al marido "como a su cabeza"⁹⁶, autorizando a un esposo a salir del virreinato "con el fin de no abandonar los intereses que van caminando" y bajo palabra de que la mujer lo habría de seguir⁹⁷; y fijó el plazo durante el cual la pareja estaba autorizada a vivir separada. En una ocasión en la que el marido solicitó licencia para regresar a su patria, Velasco le respondió que ocurriese al juzgado que le correspondía, pues su comisión no se extendía a tanto⁹⁸.

Por otra parte, vigiló el cumplimiento del deber de obediencia de la mujer hacia el esposo, ordenando el arresto de la esposa cuya conducta se consideraba reprobable⁹⁹. En este terreno se mostró partidario de la subordinación absoluta de la mujer, y enemigo de toda libertad a favor de esta, afirmando que la mujer no podía estar "azotando calles", y que si no permanecía al lado de su marido, debía estar, indefectiblemente, depositada¹⁰⁰. Apoyaba sus convicciones en la certidumbre de que, si fuera tolerable que la mujer viviere separada del marido, durante la tramitación del divorcio, se abriría margen a que

⁹³ Burkholder, *Biographical Dictionary of Audience Ministers in the Americas, 1687-1821*, Greenwood Press, Westport, Connecticut, 1982, p. 348.

⁹⁴ AGN 196-5.

⁹⁵ AGN 136-5.

⁹⁶ AGN 40-16.

⁹⁷ AGN 40-16.

⁹⁸ AHPBA 5-2-17-9.

⁹⁹ AGN 40-16.

¹⁰⁰ AHN 40-16; G14-20.

"toda mujer que estuviese mal hallada en la sujeción de su marido, viviese con excesiva libertad"¹⁰¹.

También intervino en juicios por malos tratamientos¹⁰², alimentos¹⁰³; y bigamia¹⁰⁴.

V. Las justicias y el incumplimiento

Sin perjuicio de volver sobre el tema en las instancias finales de este trabajo, caben, en este momento, algunas reflexiones parciales acerca de la intervención de las justicias en la defensa de los deberes y derechos conyugales.

El control, acerca del cumplimiento de las obligaciones maritales, correspondía a alcaldes ordinarios de primer y segundo voto, oidores, fiscales, gobernadores, virreyes, y todos los que administraban justicia.

Estos funcionarios imponían el deber de los casados de cohabitar, la obligación de la mujer de obedecer al marido, a través del seguimiento estrecho de su conducta, conteniendo y aquietando a la que no se sujetaba, y practicando las averiguaciones correspondientes. Además, encarecían el ejercicio del respeto entre cónyuges, insistían en el de fidelidad, luchaban contra las relaciones extramatrimoniales y constreñían al marido a alimentar a su mujer.

La otra cara de estos magistrados, celosos del cumplimiento de los deberes matrimoniales, la constituían aquellos otros que prestaban oídos sordos a las quejas que se les acercaban, fundados en un cierto "determinismo" que regiría las relaciones conyugales, y que estaba enderezado a aceptar con resignación las alternativas derivadas del conubio.

Conforme con estas convicciones, a veces expresadas¹⁰⁵, y otras subyacentes, el abandono material y moral, el maltrato, o la separación, eran inevitables.

¹⁰¹ AGN 126-10.

¹⁰² AHPBA 5-5-78-9.

¹⁰³ AHPBA 5-2-22-5.

¹⁰⁴ AHPBA 5-5-75-28.

¹⁰⁵ AGN TC M8 1811.

I. Viabilidad de las demandas entre marido y mujer

Era principio general, que los cónyuges no podían demandarse en juicio. Así lo habían ordenado las Partidas, cuando decían que siendo marido y mujer, "una compañía que ayunto nuestro señor Dios, entre quienes debe siempre ser verdadero amor e gran avencia"¹, "pues los defectos que los cónyuges pueden perdonarse recíprocamente nadie puede acusarlos", agregaba Gregorio López en sus glosas².

Sin embargo, las mismas Partidas autorizaron que uno pudiera demandar al otro, que le devolviese aquello que había tomado de lo suyo sin razón, o que le enmendase otro tanto.

Entre las causas que se podían entablar estaban las de adulterio y traición.

Gregorio López, al comentar esta ley, sostenía que podía la mujer poner demanda contra su marido, cuando se tratase de pedir el divorcio por sevicia, o malos tratos, o de reclamar alimentos, restitución de dote, y otras causas semejantes³.

II. La praxis judicial

Nuestros litigantes hicieron uso de la facultad de demandarse mutuamente, y no les faltaron motivos para pleitear por toda una serie de cuestiones, algunas derivadas, directamente, del divorcio entablado

¹ P. 3, t. 2, ley 5.

² López, ob. cit., p. 974.

³ López, ob. cit., t. 11, p. 16.

en sede eclesiástica, y otras independientes de él. En este orden de ideas, demandaron separaciones de bienes, alimentos, reintegros de la esposa al hogar conyugal, bigamias, malos tratamientos, etc.

Muchas veces, la carátula era incorrecta, como cuando rezaba "divorcio", y se trataba en realidad de un pedido de alimentos, o una separación de bienes, por supuesto en conexión directa con un divorcio planteado ante la Curia. En este caso, se trataba de la aplicación de la Real cédula del 22 de marzo de 1787, que prescribía que las consecuencias patrimoniales de los divorcios entablados ante los tribunales eclesiásticos, debían ser resueltas por los civiles.

Sin embargo, no todas las partes estaban de acuerdo con la viabilidad de estas demandas. De un lado, estaban los que negaban a los cónyuges la posibilidad de pleitear entre ellos, y del otro, los que la justificaban.

Entre los primeros, los que afirmaban que la mujer podía demandar todo lo que conviniera a sus intereses pecuniarios⁴, y quejarse de la sevicia y malos tratamientos a que la sometía el marido, llegaban a sostener que cuando los excesos eran tales, aun el juez podía entablar demanda de oficio.

Entre los segundos, estaban los que negaban tal posibilidad a la mujer, basados en las leyes de la subordinación, por las que "no puede el esclavo acusar a su señor, el criado al amo, el religioso a su prelado, el hijo a su padre, la muger a su marido y por fin todo súbdito no puede acusar criminalmente a su superior"⁵, o simplemente, señalando que el marido era cabeza de la mujer⁶.

De esta manera, prohibían a la cónyuge instaurar formal acción para que se desterrara al esposo⁷, o acusarlo de delitos de cuyo castigo le resultara la infamia, ni pedir penas contra él⁸. Siguiendo a López, afirmaban que solo podía demandarlo en alguno de los casos señalados por derecho⁹.

Las carátulas, a veces, despistan al investigador, y así, por ejemplo, tras un juicio rotulado como "alimentos", la esposa pedía que la

⁴ AHPBA 5-5-80-31 (1795).

⁵ AHPBA 5-5-80-31 (1795). Se trataba de un marido demandado por malos tratamientos a su mujer.

⁶ AHPBA 5-2-17-9 (1786).

⁷ AHPBA 5-5-80-31 (1795).

⁸ AHPBA 5-5-80-31 (1795). En este caso, la esposa pedía el destierro para el marido apaleador.

⁹ AHPBA 5-2-17-9 (1786). El marido pretendía impedir que su mujer hiciera valer un convenio para no convivir con él en el lugar que este había elegido para fijar el domicilio conyugal.

escritura de un bien ganancial se extendiera a su nombre¹⁰; o en un pleito por malos tratamientos, se solicitaban alimentos¹¹.

Los pleitos entre cónyuges se desarrollaron, en general, entre individuos pertenecientes a clases bajas o medias de la sociedad virreinal, en general artesanos y agentes de la administración pública. La mayoría de las partes y los testigos eran analfabetos. En algunos pleitos se detecta la presencia de indios como demandados, como por ejemplo, en los casos por bigamia.

Los altos funcionarios de gobierno no accedían, en general, a este tipo de pleitos, tal vez por temor a ventilar intimidades familiares —inevitables a la hora de relatar los hechos, o por contar con otros medios— parientes o amigos —que pudieran contener sus problemas conyugales—. Estos amigos o parientes, en los niveles sociales más bajos, eran justamente, los que apoyaban los reclamos judiciales, oficiando de testigos, utilísimos a la hora de acreditar con sus dichos, la miseria de la solicitante de los alimentos, por ejemplo¹².

¿Quiénes litigaban más por cuestiones conyugales, las mujeres o los hombres? ¿Quiénes se mostraban más discordantes con el orden impuesto, o más intolerantes con la realidad que les tocaba vivir?

Las mujeres litigaban en mayor proporción que los hombres, pero también, monopolizaban todos los casos de malos tratos y alimentos. Silvia Mallo afirmó que, ateniéndose a los testimonios, había dos clases de mujeres: las resignadas o las exclusivamente independientes, conviviendo en el Buenos Aires colonial, y que de igual manera, el marido tirano o autoritario convivía con el redentor paternalista dispuesto a cumplir con su papel corrigiendo y encausando¹³.

En este largo camino, que se iniciaba en la rencilla doméstica y terminaba en los estrados judiciales; en este sendero pleno de marchas y contramarchas, de miserias humanas acumuladas durante años de silenciosa resignación y de soluciones tardías que, muchas veces, ya no le servían a nadie, nuestros cónyuges pleitearon como consecuencia del incumplimiento de unos cuantos deberes y derechos conyugales.

El primero de los pleitos que examinaremos será el divorcio, sin perder de vista que se trata de las consecuencias civiles del entablado ante la Curia, para pasar luego a analizar toda una serie de juicios

¹⁰ AGN Espinosa c/Martínez s/alimentos (1804).

¹¹ AHPBA 5-5-78-9 (1789).

¹² AGN V7-18 (1789) y AHPBA 5-2-22-5 (1796). Sus testimonios estaban enderezados a demostrar el estado de indigencia del que pretendía ser alimentado.

¹³ Mallo, *Justicia... Investigaciones y Ensayos* 42.

planteados entre cónyuges, siguiendo la denominación original con que aparecen caratulados en los archivos, a saber: "malos tratamientos"; "sevicia"; "escándalos"; "división y partición de bienes"; "bigamia"; "injurias"; "recurso de fuerza"; "reintegro de la esposa al hogar conyugal" y "depósito".

I. Definición

El divorcio fue denominado por las Partidas "departimento", y definido como separación del marido y la mujer por justo impedimento probado en juicio¹.

Su fuente fue una ley del Fuero Juzgo²; y en el mismo sentido, fue definida por la doctrina de los siglos XVI a XIX³. Cavalario lo definía a partir del derecho romano, entendiéndolo que era "la legítima disolución del matrimonio viviendo ambos cónyuges, después de la cual pueden contraer otro", y desde el derecho canónico, poniendo el acento en la indisolubilidad del vínculo y refiriéndose a él como "la misma disolución del vínculo nupcial, y a la separación de lecho y habitación"⁴.

II. La indisolubilidad del vínculo

El derecho canónico afirmó el principio de la indisolubilidad del vínculo, a partir de las palabras del Evangelio de San Mateo, "lo que Dios juntó, no lo separe el hombre"⁵.

En igual dirección, las Partidas ordenaban que marido y mujer "nunca se deven partir en su vida; e pues Dios los ayuntó, non es

¹ P. 1, t. 10, ley 1.

² Fuero Juzgo 3, 6.

³ Sala, ob. cit., t. 1, p. 47. López y Pérez y otros.

⁴ Cavalario, ob. cit., p. 386.

⁵ Levaggi, *Manual de Historia...*, t. 11, p. 137.

derecho que ome los departa"; y agregaban "cresce el amor entre el marido e la muger, pues que saben, que non se han de departir"⁶.

Al afirmarse el catolicismo frente al luteranismo en el Concilio de Trento, se fortaleció la corriente antidivorcista⁷.

Pérez y López declaraba que "entre nosotros quando el matrimonio ha sido válido y legítimamente contraído, no puede disolverse tan absolutamente, que los cónyuges pasen a contraer otro; así pues, en los casos en que el divorcio es permitido, es sólo quod thorum o quod cohabitationem, pero siempre quedan unidos con el vínculo indisoluble y conyugal"⁸.

Asso y Manuel reforzaban esta opinión, indicando que la unión perpetua no podía deshacerse contraído el matrimonio legítimamente⁹.

Escrache afirmaba que como el matrimonio legítimamente contraído no podía disolverse por razón de haber sido elevado a sacramento, no se entendía por divorcio la entera disolución del vínculo matrimonial, sino solamente la separación de bienes y habitación entre el marido y la mujer, quienes no por eso adquirían la libertad de pasar a otras nupcias mientras viviere uno de los dos¹⁰.

El matrimonio podía disolverse de dos maneras: o por lo relativo al vínculo conyugal —divorcio quod vinculum—, en el que se declaraba la inexistencia del mismo, siendo posible en ese caso contraer nuevas nupcias; o en lo que se refería a la separación de cuerpos y lecho, cuando por causales probadas y establecidas, podían los cónyuges —con total y absoluta subsistencia del vínculo— marchar por distintas direcciones —quod thorum et mensam o quod thorum et cohabitationem—¹¹.

El divorcio, que tenía lugar con más frecuencia, era, sin duda, el que slo traía aparejada la separación física de las personas¹².

III. Juez competente

Gregorio López exigía que la separación de los consortes fuera legítima, es decir, que lo fuera mediante justa causa deducida y pro-

⁶ P. 4, t. 2, ley 3.

⁷ Beneyto, ob. cit., p. 89.

⁸ Pérez y López, ob. cit., *Divorcios*, p. 199.

⁹ Asso y Manuel, ob. cit., p. 47.

¹⁰ Escrache, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, París, 1864.

¹¹ De la Cuesta Figueroa y Silva Nieto de Matorras, ob. cit., p. 223.

¹² Rípodas Ardanaz, ob. cit., p. 388.

bada en juicio¹³, ya que no podía un cónyuge separarse del otro sin autorización de la Iglesia¹⁴. De la misma opinión era Febrero¹⁵.

Las Partidas exigían que la sentencia de divorcio hubiera sido pronunciada o dada "por los arzobispos o por los obispos", "de cuya jurisdicción fueren aquellos que departen", y eso "porque el pleyto de departir el matrimonio es muy grande et muy peligroso de librar..."¹⁶.

Berardi decía que si el matrimonio llegaba a disolverse, "antes será de hecho que de derecho la disolución; pero no se les deja en esto a los cónyuges seguir su juicio privado, sino que necesitan de la autoridad del juez"¹⁷.

Asso y Manuel afirmaban categóricamente: "las causas matrimoniales son absolutamente del tribunal eclesiástico"¹⁸.

Aunque ambos cónyuges estuviesen conformes en ello, no podían apartarse de su propia autoridad, y era el juez eclesiástico quien, previa instrucción de la causa, debía decidir al respecto¹⁹.

En consecuencia, de acuerdo con esta jurisdicción —reconocida por la autoridad civil castellana— solo el juez eclesiástico podía conocer sobre esponsales, nulidad de matrimonio y divorcio²⁰, mientras que al juez civil, de conformidad con la real cédula del 22 de marzo de 1787 le tocaba intervenir en los efectos civiles y penales de estos divorcios "religiosos"²¹.

Esta división de competencias no siempre resultaba tan clara, y permitía, a veces, entablar dos juicios, aparentemente por la misma causa. Tal la situación planteada en un expediente compulsado, en el que se discutió intensamente la posibilidad de entablar dos juicios, uno religioso y otro civil.

El primero, era un pleito de divorcio ante la Curia, y el segundo, uno civil por malos tratamientos, en el que se pedía el destierro del marido. En dicha oportunidad se consideró que tal pretensión era irregular y contra derecho²².

¹³ López, ob. cit., glosa a P. 4, t. 10, ley 1, t. 2.

¹⁴ López, ob. cit., glosa a P. 4, t. 10, ley 2, t. 2.

¹⁵ Febrero, o "Librería de Jueces, abogados y escribanos", Madrid, 1844, t. 4, secc. V, p. 40.

¹⁶ P. 4, t. 10, ley 7.

¹⁷ Berardi, ob. cit., p. 293.

¹⁸ Asso y Manuel, ob. cit., p. 50; López, ob. cit., en el mismo sentido.

¹⁹ Rípodas Ardanaz, ob. cit., p. 388.

²⁰ Peña, "Notas para un estudio del derecho canónico matrimonial indiano", *Revista chilena de Historia del Derecho*, n.º 6, p. 319.

²¹ Ver cap. 9.

²² AHPBA 5-5-80-31 (1795). La esposa tenía entablada una demanda de divorcio ante la Curia fundada en la sevicia, y pretendía que se condenara al marido

El argumento era sumamente novedoso, y consistía en alegar que "por un mismo crimen no se puede castigar dos veces", citando la frase latina *iuris delicti una pena*. De permitirse intentar las dos acciones, se consentiría otro divorcio, porque "una cosa es el juicio criminal para el castigo, y otra es el juicio civil de divorcio".

El primero se planteaba ante los jueces reales, y el segundo ante los eclesiásticos privativa y peculiarmente, pero ambos procedían de un mismo principio y se dirigían a un mismo fin, que era el de castigar la sevicia del marido. Ambos serían criminales, porque los pleitos de divorcio que procedían de sevicia, adulterio y herejía eran verdaderamente criminales. Las partes, citando a Tomás Sánchez, con su obra *Controversia de Sancti Sacramenti Matrimonii*, sostenían que el juicio de divorcio ante el eclesiástico era criminal porque en él se penaba la ingratitud y violación de la fe conyugal, y civil, porque miraba a la pérdida de la dote, los alimentos y otras prestaciones pecuniarias.

La postura contraria, consideraba que esta demanda era de mixto fuero, porque participaba de lo espiritual y temporal, y por lo mismo, podía tratarse indistintamente ante uno u otro, y aún concluido por el eclesiástico y castigado el crimen por los cánones, le era facultativo al juez real tomar nuevo conocimiento y aplicarle al reo la pena establecida por las leyes del reino.

La diferencia estaba en el tipo de pena impuesto por uno u otro: la dispuesta por el eclesiástico, siempre era moderada por la equidad canónica, mientras que la impuesta por el juez real era más rigurosa. Esta diferencia hacía que ambas jurisdicciones tuvieran su ejercicio, sin embarazarse. No era aplicable al caso el principio de la prevención, ya que el eclesiástico entendía en cuanto al divorcio, y el secular, en la aplicación de una pena afflictiva, en la que se interesaba el bien de la república. Si no hubiera sido así, el delito podía quedar sin castigo en alguna de sus calidades, pues ninguna de las dos jurisdicciones podría conocer solo de lo espiritual y temporal, justamente.

El juicio de divorcio, según esta postura, debía ser calificado de "causa criminal civil", y cuando se pidiera el castigo del demandado, "causa criminal criminalmente agitada".

La consecuencia jurídica de estos juicios ventilados ante ambas instancias sería que el juez eclesiástico podría declarar que no había lugar al divorcio, y ordenar a los cónyuges que no se separaran, mien-

en sede civil por malos tratamientos. El argumento fue utilizado por el defensor del marido.

tras que si el juez real, ante la demanda de sevicia o malos tratamientos, condenaba al destierro, una de las dos determinaciones quedaba desairada, contra las intenciones del soberano: no estorbar la jurisdicción del eclesiástico, y "dar a Dios lo que es de Dios".

La solución, según las propias partes, era que los jueces eclesiásticos actuaran con los auxilios del brazo secular.

Entablado el juicio de divorcio ante la Curia, debían cumplirse ciertas disposiciones preliminares, tales como la separación de los cónyuges y el depósito de la mujer. El juez eclesiástico ordenaba ponerla en un lugar seguro, y así, era depositada en la casa de alguna persona honesta, según Elizondo, donde viviría hasta que finalizara la causa. El marido tenía prohibición de inquietarla, bajo pena de excomunión²³. El depósito era practicado por la autoridad eclesiástica que entendía en el divorcio, pero esta imploraba el auxilio del brazo secular para aquellas diligencias en que era preciso, como en el caso que nos ocupa, ser llevado a cabo por el juez religioso acompañado de la autoridad municipal del pueblo donde habitaban los casados, conforme Febrero²⁴.

IV. Causales

El Fuero Juzgo había legitimado la posibilidad de divorciarse por adulterio: "Ninguno repudie su muger sino por adulterio, y siéndolo probado, sea puesta en su poder para que disponga de ella a su arbitrio". Se indicaban además, las penas que correspondían al que se divorciare de otra manera²⁵.

Las Partidas autorizaban el divorcio si uno de los casados, después de consumado el matrimonio, entraba en religión con consentimiento del otro; por adulterio de la mujer, siendo acusada y probado el pecado; y por adulterio espiritual, esto era volverse hereje, moro o judío alguno de ellos²⁶.

La Iglesia, que había elevado el matrimonio a sacramento, concedió el divorcio en pocos y graves casos.

Según Carramolino, "hay algunas, aunque poquitísimas causas, que consienten el divorcio, porque, o no dañan a la institución o fin

²³ Elizondo, ob. cit., t. 1, p. 366; De la Cuesta Figueroa y Silva Nieto de Matorras, ob. cit., p. 237.

²⁴ Febrero, ob. cit., t. 4, secc. V, p. 173.

²⁵ Lib. 3, t. 6.

²⁶ P. 4, t. 10, ley 2.

del matrimonio, o es preferible este daño a la vida en común de los cónyuges”²⁷.

El derecho canónico autorizaba la disolución del vínculo nupcial y la separación de lecho y habitación, o para un tiempo determinado, o para siempre, sin que por esto dejara de quedar íntegro el vínculo del matrimonio.

Solo en dos casos —conforme las Decretales— podía disolverse el matrimonio en cuanto al vínculo.

El primero de ellos, cuando de dos infieles unidos con el lazo del matrimonio se convirtiera uno a la fe católica, y el otro no quisiera continuar en su compañía, sino para molestarle y retraerle de la fe, pues entonces el convertido podía casarse con otra persona. Este supuesto había sido contemplado por las Partidas, y era el único caso en el que se disolvía un matrimonio consumado.

El segundo, cuando dos fieles que contrajeron matrimonio legítimo pero sin proceder a su consumación, y uno de ellos abrazara la vida religiosa, profesando en un convento, aunque hubiera sido contra la voluntad del otro, quien quedaba libre de contraer matrimonio²⁸.

En consecuencia, el matrimonio podía disolverse de dos maneras: en lo relativo al vínculo —quod vinculum— por muerte de uno de los cónyuges o por religión; y en lo relativo al cuerpo y lecho —quod thorum et mensamen—, en el que el vínculo permanecía intacto, pero los cónyuges podían separarse en forma temporal o perpetua, según la gravedad de las causas.

La separación temporal se concedía con la esperanza de que, con el transcurso del tiempo, el cónyuge culpable se enmendara, y así ambos pudieran volver a cohabitar pacíficamente.

En cambio, la separación perpetua se decretaba cuando de las pruebas constara que no había esperanza de enmienda.

En otros casos, se solicitaba divorcio temporal en un principio, con la esperanza de que la separación por un término definido mejorara la situación, y al no suceder esto, se solicitaba el divorcio perpetuo²⁹.

A) Adulterio

Adulterio era todo acto consumado de lujuria, que violara la fidelidad conyugal.

²⁷ Conf. Carramolino, cit. por De la Cuesta Figueroa y Silva Nieto de Matorras, ob. cit.

²⁸ De la Cuesta Figueroa y Silva Nieto de Matorras, ob. cit., p. 232.

²⁹ De la Cuesta Figueroa y Silva Nieto de Matorras, ob. cit., p. 232.

Era causa suficiente de divorcio perpetuo, conforme Donoso, “según el derecho divino y humano: de manera que si bien el cónyuge inocente puede condenar la lujuria al infiel, y aún obligarle a juntarse, no está obligado a recibirle, aunque transcurrido largo tiempo haya dado pruebas positivas de arrepentimiento”³⁰.

También, Berardi justificaba la disolución de la cohabitación conyugal en caso de adulterio, siempre que fuera hecha por autoridad del juez³¹.

Sin embargo, según Santo Tomás y otros, había siete casos en los cuales no era lícito solicitar divorcio por adulterio, porque se consideraba que la mujer no tenía culpa, o que la tenían ambos, a saber:

- 1º) Cuando el varón también lo cometió;
- 2º) Cuando ella cometió el delito porque se lo rogó él, o no lo evitó, pudiendo;
- 3º) Cuando ella, creyendo que era viuda, se casó con otro, o trató con él;
- 4º) Cuando la conocieron por engaño;
- 5º) Cuando la forzaron, mas no si la conocieron por miedo;
- 6º) Cuando el marido, después de conocido el adulterio, se reconcilió con ella, aunque fuera tácitamente;
- 7º) Si estando en la infidelidad, le dio al marido libelo de repudio y ella se casó.

Marta de la Cuesta Figueroa y Elena Silva Nieto de Matorras recogieron la referencia de Bernardo Frías acerca de los “maridos andariegos”, que abandonaban a sus mujeres en Salta para atender sus negocios en el Alto Perú, durante largos años, para dar lugar finalmente a divorcios por adulterio³².

B) Malos tratos y sevicia

Cuando la corrección doméstica y marital excedía los límites de la moderación, el cónyuge apaleador incurría en la figura de los malos tratamientos, y daba lugar a una justa causa de separación.

Todavía a mediados del siglo XIX, el Abate Andrés aclaraba que “aunque no todos los malos tratamientos pongan a la mujer en peligro de su vida, basta que sean considerables atendido a la cualidad de las personas; porque lo que no es causa de separación razonable entre dos personas de baja esfera, puede serlo entre otras de diferente condi-

³⁰ Donoso, cit. por De la Cuesta Figueroa y Silva Nieto de Matorras, ob. cit.

³¹ Berardi, ob. cit., p. 201.

³² De la Cuesta Figueroa y Silva Nieto de Matorras, ob. cit.

ción"; y agregaba que la apreciación de estas circunstancias dependía mucho de la prudencia del juez³³.

Elizondo también justificaba el divorcio "por el castigo cruel que el marido le dé a la muger,... no por el discreto y moderado, que le es permitido por todos los derechos para su corrección"³⁴; y entre los canonistas, Berardi³⁵, y Cavalario³⁶ también incluían la crueldad del marido como causal de divorcio.

La sevicia o malos tratos daba lugar a un divorcio temporal, que no implicaba para los cónyuges un cambio de estado, sino "un compás de espera", con el objeto de evaluar si, con el tiempo, cesaba la sevicia y los cónyuges podían cohabitar armoniosamente³⁷.

Sin embargo, la violencia personal de los hombres contra las mujeres fue frecuente a lo largo del período colonial, y si las mujeres intentaban divorciarse alegando abusos físicos, estaban obligadas a presentar testigos y a probar continuos malos tratos. Aun así, si no era excesivo, raramente era considerado causa de divorcio³⁸.

No obstante, una gran cantidad de divorcios tenían como causa principal, los malos tratos de las esposas por parte de sus maridos³⁹.

V. Las consideraciones sobre el divorcio

A) La doctrina

Entre los teólogos morales, Antonio Arbiol se explayó acerca de los perjuicios del divorcio, distinguiendo entre los casos en que era la mujer la que pedía el departamento, y aquellos en los que lo intentaba el marido.

En los primeros, aconsejaba que la mujer considerara primero "su deshonor, el desamparo de sus hijos, la división y ruina de su casa, con los gastos y los muchos pecados mortales que de su apartamiento se pueden seguir en su marido".

Cuando era el marido el que intentara el divorcio, advertía: "considera que la honra de su muger es la suya propia".

³³ Andrés, Abate, *Diccionario de derecho canónico*, Madrid, 1847, Imprenta de D. José de la Peña editor, p. 294.

³⁴ Elizondo, ob. cit., t. 1, p. 351.

³⁵ Berardi, ob. cit., p. 293.

³⁶ Cavalario, ob. cit., p. 149.

³⁷ De la Cuesta Figueroa y Silva Nieto de Matorras, ob. cit.

³⁸ Lavrin, *La mujer...*, p. 120.

³⁹ Mallo, *La mujer rioplatense...*

De cualquier manera, concluía que el departamento era "asunto gravísimo, y se expone a mucho peligro de errar"⁴⁰.

Entre los prácticos, Elizondo afirmaba que "los daños que traen consigo los divorcios voluntarios son evidentes, y jamás podrán explicarse bien, aún por la más acendrada oratoria: se empeñan en pleytos prolongados, y los más costosos, aunque las leyes eclesiásticas encargan estrechamente a sus Curias procuren mucho evitar las dilaciones: naciendo de aquí la ruina de las casas, o sus empeños difíciles de reparar por largos tiempos, se encienden hasta el término de vivir en guerra abierta las familias, se hieren y atropellan los vínculos de caridad y confederación civil de las gentes, se abandonan y obscurecen los patrimonios, los mayorazgos y el esplendor de los Héroe que les fundaron... siendo a proporción mayores y más lastimosos los daños, quando del matrimonio voluntariamente separado hubiere hijos cuya crianza abandonan miserablemente los padres"⁴¹.

Febrero se pronunciaba por la conveniencia de la separación de los cónyuges, permaneciendo íntegro el vínculo, cuando hubiera cesado la unión de los ánimos o por la imposibilidad de que existiera la paz necesaria en las familias, o porque así lo exigiera la existencia de uno de los cónyuges⁴².

La Francia revolucionaria defendía el divorcio, porque instituirlo significaba ante todo "impedir esos malos matrimonios que resultan de la sola voluntad de los padres y que conducen al desorden doméstico"⁴³.

Cabarrús proponía la implantación del divorcio, del cual se hablaba en privado, sin que nadie se atreviera a defenderlo abiertamente como él, quien desafiaba: "...pido a todo hombre sincero que me responda si está bastante seguro de sí, para prometerse querer siempre a la misma mujer y no querer a otra"⁴⁴, y por la misma época, circulaba por Salamanca, en copias manuscritas, un papel atribuido al profesor universitario Ramón Salas, en el que se exaltaba el divorcio como freno a las malas costumbres⁴⁵.

Sin embargo, la doctrina ponía el énfasis en los prejuicios del divorcio.

⁴⁰ Arbiol, ob. cit., p. 90.

⁴¹ Elizondo, ob. cit., t. 7, n.º 34, p. 178.

⁴² Febrero, ob. cit., t. 40, secc. V, n.º 109, p. 40.

⁴³ Bertrand, ob. cit., p. 186.

⁴⁴ Cit. por Martín Gaité, ob. cit., p. 151.

⁴⁵ Martín Gaité, ob. cit., p. 152.

Elizondo proponía una ley político-económica que contuviera el abuso criminal de tantos divorcios voluntarios por el miedo de las penas temporales, sugiriendo que el marido causante del divorcio voluntario con su mujer, fuera obligado a hacer vida maridable con ella, alimentarla, perder la administración del patrimonio y de la dote, y si tres veces amonestado persistiese en su voluntariedad, debía ser destinado, siendo útil, a los ejércitos de mar y tierra por diez años. Si fuese inútil, recluído en el hospicio, encargándosele a la mujer la educación de los hijos y estando a la vista de ella para evitar sus extravíos⁴⁶.

B) Las partes

Actores y demandados tenían su propia opinión acerca del divorcio y de las consecuencias de los mismos.

Así, por ejemplo, afirmaban que "la separación acarrea funestas consecuencias"⁴⁷; que hasta que la autoridad eclesiástica no determinara en el competente juicio la separación del matrimonio, "los disgustos domésticos serían una cruz de nuestro estado, pero no un motivo legítimo para el abandono de nuestros deberes"⁴⁸; que los matrimonios separados provocaban escándalos y "fatales resultas"⁴⁹; y que el lazo con el que la Iglesia había unido a ambos era indisoluble y "tan terrible" que "no es dado poder a los hombres para desatarlo"⁵⁰; y que no era regular ni conforme a derecho que se dividiera el matrimonio por voluntad de uno de los cónyuges⁵¹.

Algunos temían al peligro de la incontinencia respecto al marido, y un "desorden en la libertad" de la mujer⁵²; mientras que otros se

⁴⁶ Elizondo, ob. cit., n.º 34, p. 178.

⁴⁷ AGN 282-4 (1799); TC L 1 1802. En el primer caso, el reo por bigamia trataba de lograr la reducción de su pena de presidio por diez años poniendo el acento en el perjuicio que resultaría de tener separados a los cónyuges durante tan dilatado período. En el segundo expediente, una esposa pretendía hacer valer un convenio de separación de cuerpos suscrito entre ella y su marido, y el alcalde de primer voto que intervenía en este pleito, le solicitó al obispo que intercediera en favor de la unión del matrimonio.

⁴⁸ AGN 138-25 (1807). Tal lo sostenido por un marido para impedir que la esposa hiciera valer un convenio por el que tenía derecho a fijar su residencia en su patria, separada de su cónyuge.

⁴⁹ AGN TC P2 1807.

⁵⁰ AGN 214-12 (1799). Con este argumento, un marido pedía la reintegración de su mujer al hogar conyugal.

⁵¹ AGN C17-13 (1799); 81/38 (1781) y V7-1 (1789). El marido insistía en la necesidad de la convivencia para suministrar los alimentos.

⁵² AHPBA 7-5-12-8 (1800). La dilación en resolver un recurso de fuerza contra una decisión en una causa de divorcio, generaría, según el marido, este riesgo.

preocupaban por el aspecto económico, calculando que ocasionaba dobles gastos que aminoraban el patrimonio⁵³; al tiempo que otros simplemente concluían: "es bochornoso el juicio de divorcio"⁵⁴.

En ningún caso hemos encontrado alguna opinión de las partes favorable al divorcio. Por el contrario, el énfasis estaba puesto, para mejorar la posición procesal de cada uno, en la defensa de la institución matrimonial, y en considerar las reyertas conyugales como parte inevitable del connubio.

VI. La praxis judicial

¿Cómo se reflejaba este régimen jurídico en los pleitos judiciales? ¿Qué adaptación merecieron las rígidas normas legales, al ser aplicadas a los casos particulares? ¿Qué reflejo tuvieron, los divorcios entablados ante los tribunales eclesiásticos, en las demandas planteadas ante las justicias seculares?

Las alternativas ofrecidas a las mujeres, o a los hombres que se enfrentaban a un mal matrimonio, no solo traslucían los supuestos personales sobre la manera en que se debían relacionar entre sí los miembros de la pareja, sino la forma en que los demás esperaban que lo hicieran⁵⁵.

Una vez más, los expedientes judiciales se hacían eco de los desajustes entre las conductas prescritas, y las efectivamente cumplidas, y al mismo tiempo, entre el contrato matrimonial tácito subyacente al contraer el enlace, y su ejecución a través de los años.

Sin embargo, por más que las expectativas de ambos cónyuges se hubieran visto frustradas a lo largo de la convivencia, eran muy pocos quienes recurrían a los tribunales⁵⁶.

La complicación de los trámites, las dificultades económicas que todo ello implicaba, y la vergüenza social que producía, determinaba que no hubiera muchas mujeres dispuestas a seguir el proceso de un

⁵³ AGN 126-10 (1811). Un marido preocupado por el costo que ocasionaba el divorcio, al tener que mantener a su mujer e hijos por un lado, y estar obligado a procurarse un lugar para vivir él con los consiguientes gastos.

⁵⁴ AGN TC L 1 1800-1809. El marido se conformaba con pedir se reintegre a su mujer a su lado, para evitar un juicio de divorcio al que califica de esa manera.

⁵⁵ Lavrin, *Sexualidad...*, p. 37.

⁵⁶ Lavrin, *Sexualidad...*, p. 38.

divorcio, y muchas de ellas optaban simplemente, por tratar de conseguir un cambio en el comportamiento de sus maridos. Según Asunción Lavrin, la gran mayoría de las mujeres permanecieron casadas durante el resto de su vida, cumpliendo sus funciones de madres y esposas ⁵⁷.

En la mayoría de los casos planteados ante nuestros tribunales, eran las mujeres las que tomaban la iniciativa, fundadas en las causales de adulterio y malos tratos ⁵⁸, constituyendo el correlato del divorcio entablado ante la Curia.

Esto indica que se intentaban ambas vías: la eclesiástica, para lograr un divorcio religioso, y la civil, para reclamar las consecuencias patrimoniales del mismo.

Tal vez, el obligado paso por los estrados laicos pudo haber sido el efecto del endurecimiento en la posición de los jueces eclesiásticos en la preservación del matrimonio cristiano tradicional, a través de la defensa y apuntalamiento de la autoridad masculina ⁵⁹, la única alternativa posible de lograr alguna compensación económica, o el castigo del marido golpeador ante la imposibilidad de obtener el divorcio.

El hecho de que el castigo corporal de la esposa fuese la causa más común de las peticiones del divorcio eclesiástico por parte de las mujeres, indica el precio que se pagaba, a veces, por el mantenimiento de la vida familiar ⁶⁰.

A pesar de que el único divorcio posible, era el decretado en los tribunales eclesiásticos, las partes se dirigían a las autoridades seculares en demanda de distintos reclamos caratulados como "divorcio".

Estos "divorcios civiles" eran, en realidad, un abanico de solicitudes, como por ejemplo, pedidos de alimentos y *litis expensas* para continuar el juicio de divorcio ante la Curia ⁶¹; medidas precautorias como la prohibición de salida del país del marido, hasta que estuviera hecha la asignación ⁶²; recurso de fuerza para que el provisor fijara un

⁵⁷ Lavrin, *La mujer...*, p. 115.

⁵⁸ AGN 43-26 (1812); 126-10 (1811); G16-16 (1793); 243-1/2 (1798); TC A 1 1801; TC B 2 1802; TC C 1802; TC C1 182; 117-7 (1796); AHPBA 5-5-22-5 (1796); 5-3-43-19 (1789).

⁵⁹ Mallo, *Justicia...*

⁶⁰ Hoberman, ob. cit., p. 380.

⁶¹ AGN 90-16 (1788). Pendiente un divorcio eclesiástico, la mujer se presentaba al gobernador intendente pidiendo alimentos.

⁶² AGN 21-28 (1799). Previendo la próxima ausencia del marido, la esposa se presentaba pidiendo no se lo dejase salir hasta que estuviera suficientemente asegurada la prestación.

término para la reconciliación de los cónyuges ⁶³ y remisión del marido ausente durante el pleito de divorcio ante los tribunales eclesiásticos, en partida de registro, previo embargo de sus bienes ⁶⁴.

Por lo tanto, en estos expedientes caratulados como "divorcio", se demandaban distintos objetos, y no deben ser confundidos con los mismos pleitos entablados ante la Curia, única competente para entender en los "departamentos".

Una vez hecha ostensible la separación de hecho era necesario entablar el juicio de divorcio, para tratar de justificar el incumplimiento de la obligación de cohabitar.

De esta manera, asistimos a demandas de divorcio entabladas por la esposa, cuando la justicia la compelia a unirse a su marido ⁶⁵, mientras que otras veces, era el marido el que se resistía a conceder alimentos a su esposa, si esta no iniciaba el pleito de divorcio ⁶⁶.

No obstante, no todos estaban dispuestos a ofrecer al público sus intimidades, encontrando maridos que se resistían, alegando que "entablar instancia de divorcio es publicar los excesos" de la esposa, "por las malas ideas que pudiera ofrecer a los que le favorecen y dan la mano" ⁶⁷.

La duración de las causas de divorcio era variable, pero cuando estas se prolongaban, daban lugar a que se sostuviera que "prepara el peligro de la incontinencia respecto del marido, y un desorden en la libertad de ella" ⁶⁸.

Aquellos divorcios que no concluían eran un término medio entre la separación de hecho y la de derecho, y se encuadraban en los iniciados solo con el propósito de tener una excusa para vivir separados ⁶⁹.

⁶³ AGN 43-26 (1802). El letrado de la esposa interpuso recurso de apelación por contrario imperio de la providencia denegatoria de un recurso de apelación interpuesto ante el arzobispo.

⁶⁴ AGN 21-28 (1799).

⁶⁵ AGN 99-27 (1792). El gobernador intendente había ordenado el depósito de la mujer, y con posterioridad, esta inició demanda de divorcio ante la Curia. En este expediente había un conflicto de competencia en torno a quién correspondía depositar a la esposa y obligar a los cónyuges a hacer vida maridable.

⁶⁶ Espinosa c/Martínez s/alimentos (1804). El marido se negaba a prestar alimentos a una esposa separada por su propia voluntad.

⁶⁷ AGN TC L 1800. En este caso, intentaba por todos los medios evitar el divorcio.

⁶⁸ AHPBA 7-5-12-8 (1800). El marido temía los peligros que acechaban, debido a la prolongación excesiva de un recurso de fuerza interpuesto contra una decisión del juez eclesiástico en un divorcio.

⁶⁹ Rípodas Ardanaz, ob. cit., p. 52.

VII. Efectos jurídicos del divorcio

El divorcio otorgado en los tribunales eclesiásticos producía una serie de efectos civiles, cuyo conocimiento era peculiar y privativo de los jueces seculares⁷⁰, y con relación a las siguientes cuestiones:

A) Alimentos

a) El marido culpable del divorcio tenía obligación de alimentar a la mujer⁷¹, en proporción a sus facultades y a la clase de la mujer⁷².

b) La mujer culpable del divorcio no tenía derecho a demandar alimentos al marido⁷³, salvo los más precisos para su subsistencia, según Escriche⁷⁴. Si fuera rica y el marido pobre, el mismo autor opinaba que "no puede haber duda de que debe darlos"; pero si fue culpable el marido, "no podrá obtenerlos sino con mucha dificultad"⁷⁵.

B) Cohabitación

La mujer culpable del divorcio debía ser puesta en un monasterio, si tuviera de qué alimentarse, o si fuese pobre, en un colegio o casa de recogimiento, según su clase y costumbres, o en un hospicio⁷⁶.

Ya nos hemos referido al depósito en otro lugar, y a él nos remitimos⁷⁷.

C) Fidelidad

El deber de fidelidad subsistía aún luego del divorcio decretado, ya que, al no disolverse el vínculo, los cónyuges no podían contraer nuevas nupcias.

⁷⁰ Sala, ob. cit., p. 47.

⁷¹ Elizondo, ob. cit., t. 7, p. 184, AGN 243-1/2 (1798).

⁷² Escriche, ob. cit., p. 140.

⁷³ Elizondo, ob. cit., t. 7, p. 185; AGN 243-1/2 (1798).

⁷⁴ Escriche, ob. cit., p. 140.

⁷⁵ Escriche, ob. cit., p. 140. Ver cap. 7.

⁷⁶ Elizondo, ob. cit., t. 7, p. 185.

⁷⁷ Cap. 7.

D) Débito conyugal

El marido que hubiera obtenido judicialmente la separación de su mujer en cuanto al lecho, no estaba obligado a pagarle el débito⁷⁸. En el mismo sentido, creemos que tampoco lo estaba la mujer, aunque en un expediente compulsado, hemos encontrado un marido divorciado por sentencia de autoridad competente, que pretendía exigirle la obligación a su mujer⁷⁹.

E) Régimen patrimonial

a) El cónyuge culpable no continuaba participando de los bienes gananciales que procedieren de la hacienda del otro, al propio tiempo que tenía que dar al cónyuge inocente, la mitad de los gananciales procedentes de la suya⁸⁰.

b) La mujer culpable del divorcio perdía la administración de sus bienes propios⁸¹.

c) La dote volvía a la mujer o a sus herederos, salvo el caso de que esta hubiese dado causa a la separación, por haber cometido adulterio⁸².

El régimen patrimonial del matrimonio y la obligación alimentaria

Verificada la separación del matrimonio, y pedida por la mujer la entrega de la mitad del caudal del matrimonio, encontramos maridos que pretendían cesar en la obligación alimentaria, "pues no es regular que obligándose al marido a dar a su mujer sus particulares y privativos bienes, y la mitad de los gananciales que hubiese adquirido durante el matrimonio, continúe después de fenecido el pleito de divorcio, en todos sus grados e instancias, alimentándola".

Así, se pretendía que los alimentos provisionales con que se había acudido a la esposa en el pleito de divorcio, fueran de su cuenta, y considerados como recuperación de lo que le tocaba.

⁷⁸ Andrés, ob. cit., p. 294.

⁷⁹ AGN 117-7 (1780-1785). El pleito se inició con el pedido del marido de depositar a su mujer. En el transcurso del mismo, se privó al marido de la administración de la sociedad conyugal. Según el apoderado de la esposa, a pesar de estar ambos cónyuges divorciados por sentencia del tribunal eclesiástico, el marido pretendía "obligarle a hacer vida con él". En 1785 el pleito aún continuaba.

⁸⁰ Escriche, ob. cit., p. 566, AGN 243-1/2 (1798).

⁸¹ Elizondo, ob. cit., t. 1, p. 85. AGN 243-1/2 (1798).

⁸² Seoane, *Historia de la dote...*, p. 163; Elizondo, ob. cit., p. 366, t. 1, n.º 33.

Frente a esta pretensión, se respondía que "continuando la sociedad presunta por derecho hasta la partición de bienes, aunque el matrimonio esté disuelto, y siendo mi marido administrador de los bienes de que tratamos de llegar a partición, parece que no hay motivo racional que el uno se haya de mantener de ellos y el otro no".

Hasta el momento de la partición y asignación a cada uno de lo que le correspondiera, debían ambos mantenerse de las utilidades que produjeran los fondos de la compañía.

En consecuencia, los alimentos, hasta la partición, debían ser satisfechos de las rentas que dieran los bienes gananciales, y de los sueldos del marido, ya que las partes de ambos socios eran iguales, aunque los aportes hubieran sido desiguales, hasta la partición y determinación de lo que correspondía a cada uno⁸³.

A tal punto eran exigibles los alimentos, que ante el incumplimiento, se nombraba recaudador que administrara los bienes y que con su producido pagara las mesadas.

F) Tenencia de los hijos

El cónyuge inocente recibía la custodia de los hijos, pero si ambos eran culpables o ambos eran inocentes, era la madre la encargada de criar a los hijos menores de tres años, y a partir de allí, lo hacía el padre⁸⁴.

Elizondo opinaba que la mujer culpable del divorcio debía ser separada de los hijos, quienes se confiaban al marido para su educación cristiana⁸⁵.

De la Cuesta Figueroa y Silva Nieto, que estudiaron los divorcios planteados ante la Curia salteña, dieron cuenta de que en los casos por ellas compulsados, los hijos demostraban más afecto hacia la madre, quien trataba de ganarlos a su favor, en detrimento de las relaciones paternas⁸⁶.

Desde la *praxis* judicial, muy pocas veces se alude a la tenencia de los hijos como parte de la discusión entre marido y mujer.

Silvia Mallo ha comprobado que, una vez entablado el divorcio, en el sector alto de la sociedad, se ve a los hijos apoyando a la madre

⁸³ AGN TC A 1 1800. Se trataba de un juicio entablado por la mujer contra el marido, sobre *litis expensas* y división y partición de bienes como consecuencia del divorcio decretado. El marido se oponía a prestarle alimentos, pretendiendo se los cobrara a cuenta de su parte de gananciales.

⁸⁴ P. 4, t. 19, leyes 3 y 4.

⁸⁵ Elizondo, ob. cit., t. 7, p. 185.

⁸⁶ De la Cuesta Figueroa y Silva Nieto de Matorras, ob. cit., p. 242.

y desobedeciendo al padre, quien manifestaba preocupación por su adecuada educación.

En los sectores más bajos, en cambio, la tenencia de los hijos era motivo de disputa, ya que si estos eran adolescentes, eran útiles a ambas partes, y en ello radicaba la discusión⁸⁷.

Por nuestra parte, solamente en un juicio de divorcio examinado se discutió la tenencia de los hijos, resolviéndose que la hija mujer quedara depositada con su madre, y el hijo varón fuera restituido al padre, que así lo había solicitado, alegando que de esta manera no perdería "el amor, veneración y respeto" que debía el hijo al padre.

Se sostuvo que el padre tenía mayor facilidad y mejor proporción para la secuela de sus estudios, y que "como padre cuidadoso de su aprovechamiento", no dejaría de examinar los modos y medios en que, con mejor acierto, pudiera lograr los fines a que aspiraba y obtendría siempre buen éxito de su educación⁸⁸.

En otro caso, en el que el divorcio había sido rechazado y estaba pendiente un recurso de apelación ante el metropolitano, un marido pedía para sí la tenencia de sus hijos, ya que la esposa estaba depositada con ellos y lo había privado de su vista. En esa oportunidad, el marido alegaba que no podía estar separado de "unas personas que por derecho natural y escrito", debían estar a su lado, destacando los perjuicios que los pleitos entre marido y mujer producían en los hijos, que "pierden demasiado" y que inclusive no estaban bien casados de resultas del pleito⁸⁹. Ignoramos si se hizo lugar a este pedido.

VIII. La separación de hecho

A pesar de las estrictas normas legales, que prescribían la obligación de los cónyuges de convivir, fueron frecuentes las separaciones de hecho, las que traían aparejadas consecuencias jurídicas, en la medida en la que los cónyuges acercaran algún reclamo a las justicias⁹⁰.

Así, la esposa separada de hecho podía reclamar alimentos a su marido, ya que, vigente el matrimonio, el cónyuge debía seguir alimen-

⁸⁷ Mallo, *Justicia...*

⁸⁸ AGN 90-16 (1788). Con estos argumentos defendía el padre la tenencia de sus hijos, mientras su mujer estaba depositada.

⁸⁹ AGN 126-10 (1811).

⁹⁰ AGN 40-13 (1799); 106-20 (1786); 91-13(1788) 81-38 (1781) T6-17 (1795); 21-19 (1785); 141-19 (1786).

tándola, por tratarse de una carga conyugal; y la esposa abandonada podía reclamar judicialmente que se obligara a su consorte a hacer vida maridable⁹¹.

En la práctica, y tal como lo sostuvimos⁹², el problema de los casados ausentes, los pleitos de divorcio iniciados y no continuados, y los pedidos de depósito del marido para la mujer, venían a constituir separaciones de hecho, condenadas por la Iglesia y las disposiciones civiles.

No faltaron oportunidades para que los cónyuges litigaran por toda una serie de cuestiones que hacían a la vida de la pareja o de la familia, durante el juicio de divorcio ante la Curia, con posterioridad a él, y a veces, sin siquiera llegar a esa instancia.

Estos pleitos se sustanciaban ante la justicia civil, que era competente para entender en los asuntos patrimoniales derivados del matrimonio por la real cédula del 22 de marzo de 1787 —o porque se imponía aplicar alguna pena que estuviera reservada a los tribunales seculares—.

En consecuencia, a continuación, nos referiremos a estos otros pleitos entre cónyuges suscitados ante nuestras justicias, respetando la caratulación originaria.

I. Los malos tratamientos

Lawrence Stone ha expresado que “la correspondencia personal y los diarios que se conservan sugieren que las relaciones sociales de los siglos XV al XVII tendían a ser frías y hasta hostiles”, y agregaba que “la extraordinaria cantidad de violencia física y verbal causal e interpersonal reunida en registros legales y de otro tipo, muestra claramente, que en todos los niveles los hombres y las mujeres eran irascibles al extremo. Los desacuerdos más triviales tendían a conducir con rapidez a los golpes y la mayor parte de la gente llevaba consigo armas potenciales, así fuera solo un cuchillo doméstico”¹.

A pesar de que esta opinión de Stone se refiere a un período anterior en un siglo al que es objeto de nuestro estudio, y a otro ám-

⁹¹ Elizondo, ob. cit., p. 358; De la Cuesta Figueroa y Silva Nieto de Matorras, ob. cit., p. 223; AGN 40-13 (1799); 91-13 (1788).

⁹² Ver cap. 7.

¹ Stone, ob. cit., p. 65.

bito geográfico, creemos que es aplicable al Río de la Plata de fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX.

Cuando los maridos, en el ejercicio del poder de corrección que le permitían las leyes eclesiásticas y civiles, se excedían en el castigo, incurrían en el delito de "malos tratamientos".

En consecuencia, además de los malos tratos como causales de divorcio ante la Curia, nuestros litigantes ocurrieron a las autoridades civiles para que pusieran fin a los castigos propinados por maridos violentos, y en muchos casos, penaran estas conductas.

Distinguiendo claramente los malos tratamientos de obra o de palabra, de aquellos alegados como causal de divorcio, Elizondo afirmaba que de los primeros conocía la jurisdicción real, "pero no como causas de divorcio, sino proveyendo se depositara la consorte provisional e interinamente hasta que por el juez eclesiástico otra cosa no se mandare, en un lugar de probidad, donde se consultara a la seguridad de su vida"².

Antonio de Guevara advertía sobre los malos tratamientos, porque "si la mujer no se corrije por lo que le dizen, nunca se enmendará por lo que la amenazan"³.

Febrero sostenía que podían reputarse como una injuria real los malos tratamientos del marido a la mujer, "cuando éstos no sean muy graves ni de considerable trascendencia", en cuyo caso competía al juez únicamente emplear los medios conciliatorios sin otro género de procedimientos. Acá citaba una instrucción de corregidores del 15-5-1788⁴.

Las propias víctimas relataban en qué consistían los procedimientos de sus victimarios: maltratos de obras o de palabras, palizas, vituperios e insultos públicos⁵.

Junto con la denuncia contra el esposo apaleador, se plateaban otras cuestiones, como por ejemplo, el incumplimiento de la obligación alimentaria⁶; la venta de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal⁷ o la entrega de algún hijo⁸.

Es que el deterioro de la relación conyugal, expresado a través de las palizas, traía aparejado a su vez el incumplimiento de los otros

² Elizondo, ob. cit., p. 361.

³ Guevara, ob. cit., p. 191 vta.

⁴ Febrero, ob. cit., t. 7-8, p. 176.

⁵ AGN G14-20 (1788); AHPBA 7-1-88-43 (1787).

⁶ AGN G14-20 (1788); 244-8 (1789); AHPBA 7-2-104-12 (1789); 7-2-101-5 (1810).

⁷ AGN 244-8 (1789).

⁸ AGN G14-20 (1788).

deberes conyugales, como el de alimentos, el de respeto o el de fidelidad.

Algunas veces, los maridos, al tiempo que castigaban a sus mujeres y descuidaban a sus familias, se conducían reprobablemente en cuanto a la administración de los bienes gananciales⁹.

Las mujeres, por otro lado, ante el temor a la agresión física, y conscientes de que las normas religiosas y legales les impedían apartarse por su propia voluntad del marido apaleador, pedían se las depositase en la casa de algún pariente.

Otras, cansadas de soportar tantas crueldades y ofensas, pedían el arresto de sus maridos¹⁰, hasta que mejoraran sus costumbres.

Además de la prisión, se ordenaba la aplicación de azotes, la imposición de multas¹¹ y el embargo de sus bienes¹².

La amenaza del encierro servía para conminar al marido a dar buen trato a su esposa, y aún, para preservar a toda costa, la unión de algún matrimonio desavenido¹³.

II. Depósito

En ejercicio de su autoridad marital, el marido solicitaba la reclusión de la mujer, en alguna casa de recogimiento, donde enmendara su conducta, y de la cual no saldría hasta que el esposo lo considerara conveniente.

Algunos maridos fundamentaban el pedido, en los "desórdenes" de sus esposas y con el objeto de "contener sus excesos"¹⁴, y de que "acreditando en obras el arrepentimiento y enmienda de sus excesos, se le puede volver a su consorte a que siga la vida maridable"¹⁵.

Muchas veces, los esposos solicitaban el depósito de la mujer como respuesta al pedido de alimentos de estas, creyendo que la amenaza del depósito las haría desistir de su intento: allí no tendrían ellos reparos en contribuirles los alimentos y auxilios que necesitaran en su socorro¹⁶.

⁹ AGN 244-8 (1789); P 13-10 (1795).

¹⁰ AHPBA 7-2-104-12 (1789); 7-2-101-5 (1810); 7-1-88-43 (1787).

¹¹ AGN 244-8 (1789). Se vendió un bien para alimentar a la mujer.

¹² AHPBA 7-1-88-43 (1787).

¹³ AHPBA 7-1-88-43 (1787). Interviene el oidor juez de casados.

¹⁴ AGN TC P2 1807; 90-16 (1788); 126-10 (1811).

¹⁵ AGN 149-33 (1787); 90-16 (1788); AHPBA 5-2-22-5 (1796).

¹⁶ AGN 243-1/2 (1798); 90-16 (1788); 5-2-22-5 (1796).

A veces, los pleitos comenzaban mostrando una realidad, que a poco daba lugar a otra, como por ejemplo, cuando el marido pedía se depositara a su mujer porque esta se negaba a seguirlo a otro destino por motivos de su propia conveniencia, y que usaba de la "caridad fraternal de verdadero esposo deseando tratarla con honra", a ella y a sus hijos, y mostrando a su cónyuge como conforme con el depósito. Pero luego, esta presentación, que se había iniciado de mutuo consentimiento, se transformaba en una controversia cuando la mujer lograba abandonar el depósito y denunciaba irregularidades en la administración de los bienes gananciales y dotales; en cuyo caso, solicitaba la remoción del marido y su reemplazo por otro administrador¹⁷.

Si el marido triunfaba en su reclamo, a la mujer no se la dejaba salir de su depósito —donde se le daría ocupación laboriosa— por motivo alguno¹⁸, y si por alguna razón pedía tímidamente un cambio del lugar físico donde se estaba cumpliendo el depósito, era muy difícil que tuviera éxito. Este pedido era juzgado con severidad, y se advertía a quien lo hacía, que a la menor desaveniencia en que incurriera en el sitio donde se hallaba, se la trasladaría a la cárcel¹⁹.

El depósito llegaba a su fin cuando, "desengañadas de sus desaciertos", las mujeres aspiraban, como debían, a la reintegración del matrimonio. Este momento era cuando el marido, en uso de sus prerrogativas maritales, pedía el cese del depósito, "por contemplar bastante el castigo" que su mujer había padecido²⁰.

III. Reintegro de la esposa al hogar conyugal

Cada vez que la mujer abandonaba el hogar conyugal sin motivos suficientes, el marido tenía acción para que la justicia ordenara su vuelta inmediata²¹.

¹⁷ AGN 117-7 (1785).

¹⁸ AGN 90-16 (1788).

¹⁹ AGN 90-16 (1788). La esposa pedía se la trasladara de la Casa de Huérfanas a otro lugar, atento a que el marido no cumplía con su obligación alimentaria.

²⁰ AGN 149-33 (1787). Se depositó a la mujer en septiembre de 1787, y al cabo de dos meses, el propio marido pidió el cese del depósito.

²¹ AGN 21-4 (1788) y "G" 15-9 (1790). En el primer caso el marido se dirigió al virrey informándole que su mujer "se me salió de mi casa sin que yo supiese el más leve motivo". En el segundo caso pide se le entregue a su mujer que está en poder de su suegra para transferirse con ella a su tierra.

Utilizando unos términos que más parecían dignos del dueño de un cachorro de raza que se había escapado, hubo maridos que se sorprendían de que su esposa se le hubiera "salido de su casa", sin que ellos supiesen "el más leve motivo para este abandono"²².

La mujer que se negaba a seguir al esposo podía ser arrestada, a veces, sin analizar si tenía motivos suficientes como para apartarse del marido, y en un caso compulsado, se ordenó a la mujer seguir al marido —no obstante admitirse judicialmente que era un vago reconocido— en el destierro. Atento a que la esposa se negó a cumplir esta disposición, se decidió su arresto²³.

IV. Escándalo

Así fue caratulado un expediente, en el que un marido preocupado por "el qué dirán", denunciaba el "mal escándalo", que daba su mujer²⁴.

Tras esta denominación, se perseguía el depósito de la mujer, en otra manifestación del poder marital, y en otra demostración de que la sociedad exigía de la mujer una conducta intachable.

El marido acercaba su reclamo a la justicia, indignado ante el "perjudicial extravío y ningún recogimiento" que le notaba el público de la ciudad a su mujer, "acompañada de mujeres de mala reputación y viviendo una conducta capaz de merecer toda sospecha". En este caso, como en otros, lo que movía al marido a litigar, no era la conducta privada de su mujer, sino la imagen que esta daba, y que determinaba que el esposo, se viera "lleno de escándalo a los ojos del público"²⁵. Después de todo, Buenos Aires, capital del Virreinato, seguía siendo un "pueblo chico".

²² AGN 21-4 (1788).

²³ AGN 21-28 (1799).

²⁴ AGN TC "C" 1 1802.

²⁵ AGN TC CI 1802. "Pedro Camps y Arriola contra su esposa Doña Dionisia Rey por el escándalo que da ésta". Se dispuso pasar el expediente al oidor para que hiciera las averiguaciones que estimara necesarias. El marido alegaba que su mujer lo había expulsado tres veces de su casa, para "vivir so color de casada dando ensanche a su libertinaje". Se le ordenó depositarla hasta la toma de los ejercicios y luego controlar su conducta.

V. Sevicia

Encontramos un solo expediente caratulado como "Sevicia" —causal de divorcio—, y en el que se perseguía el auxilio de la justicia secular para que, pendiente el departamento en la Curia por ese motivo, se extrajera a la mujer del poder del marido y se la pusiera a cargo de los padres ²⁶.

VI. Recurso de fuerza

Los recursos de fuerza eran aprovechados para discutir otras cuestiones conexas con el divorcio en curso, como por ejemplo, alimentos para la esposa, el depósito de la mujer ²⁷ y la tenencia de los hijos ²⁸.

Otras veces, se perseguía la entrega de bienes propios en poder del marido, solicitud que como correspondía, había sido desestimada por la justicia eclesiástica, ya que "el castigo del marido y la restitución de bienes son competencia de la justicia ordinaria".

VII. Entrega de bienes

En ocasiones, las mujeres pedían a sus maridos la entrega de bienes propios, sobre los que los cónyuges ejercían la administración. Estos pedidos se efectuaban, generalmente, cuando estaba pendiente el divorcio ante los tribunales eclesiásticos, y en un caso compulsado, la cónyuge paralelamente al pleito por sevicia ante la Curia, alegaba que el marido había perdido dicho derecho a administrar por la sevicia, su insolvencia, el peligro de dilapidación, la extranjería y el ningún arraigo. Como en la mayoría de los pleitos entre cónyuges, no faltaba la omisión del deber alimentario ²⁹.

²⁶ AGN 103-10 (1804).

²⁷ AGN 126-10 (1811).

²⁸ AGN 126-10.

²⁹ AGN 13-10 (1795).

VIII. División y partición de bienes

Simultáneo al divorcio, se perseguía la división y partición de los bienes gananciales ³⁰. Ya nos hemos referido al régimen patrimonial del matrimonio ³¹ y en esta oportunidad, veremos cómo era el procedimiento cuando se pedía el cese de la sociedad conyugal.

El primer caso para llegar a la partición de los bienes consistía en la descripción formal de los mismos, con distinción de los que cada uno había llevado al matrimonio, discriminando así, entre bienes propios y gananciales. Si había dudas sobre la calidad de los mismos, el expediente se abría a prueba.

Durante el pleito, no se autorizaba ningún acto de disposición sobre los bienes gananciales, y si estos producían alquileres, estos debían ser depositados en el expediente.

Hecho el inventario, se procedía a la tasación de todos los bienes por medio de peritos, dándose traslado de la misma a las partes. Si había conformidad, eran nombrados contadores para la formación y arreglo de la cuenta de partición.

Aprobada por todas las partes y por los jueces, tenía lugar la división de los bienes, los que se entregaban a las partes, tras largos años de litigio. En el caso que compulsamos, transcurrieron siete años hasta que fueron adjudicados a cada uno ³².

IX. Injurias entre esposos

¿Podían marido y mujer demandarse por injurias?

Si nos atenemos a las injurias como causal de divorcio, no nos cabe duda que en alguna ocasión los cónyuges habrán alegado las injurias ante la Curia.

Desde la perspectiva del pleito planteado ante la justicia civil, interesa ver la factibilidad de entablar dicha demanda, teniendo presente la ley de Partidas que prohibía a marido y mujer demandarse entre sí ³³.

Nuestros cónyuges litigantes no se demandaron nunca por injurias, y tan convencidos estaban de la imposibilidad de aceptar un re-

³⁰ AGN TC A 1 1800. Con el testimonio de la iniciación del divorcio eclesiástico se presentaban ante la justicia secular pidiendo la partición de los bienes.

³¹ Ver cap. 8.

³² AGN TC A 1 1800.

³³ Ver cap. 10.

clamo de esa índole, que entre foja y foja, encontramos alguna expresión tan terminante, como que "la muger no puede entablar acción de injuria contra el marido, para que se lo castigue como a un extraño"³⁴. El fundamento partía del poder de corrección del marido sobre la mujer³⁵, que sólo permitía, o una "moderada queja", o entablar el divorcio directamente³⁶.

³⁴ AHPBA 5-5-80-31 (1789). La esposa se presentó ante el alcalde de segundo voto, quejándose de los malos tratos que le había dado el marido durante el matrimonio.

³⁵ AHPBA 5-5-78-9 (1786). En este caso, la esposa se presentó ante el oidor, Sebastián de Velasco, denunciando los malos tratos que le daba el marido, quien contestó por medio de un apoderado que estaba autorizado a ejercer un poder de corrección.

³⁶ AHPBA 5-5-80-31 (1789). Si el castigo excedía el límite de la moderación, según el apoderado del marido, la mujer no podía demandarlo criminalmente por malos tratos, y la única vía que le quedaba era el divorcio por esta causa.

Capítulo 13 LA BIGAMIA

La bigamia tal vez no constituya un típico juicio entre cónyuges, pero por debatirse en él cuestiones que afectaban las relaciones conyugales y familiares, merece una consideración especial.

I. Concepto

Bigamia era la sucesiva reiteración del matrimonio y su consumación¹, y era considerada a la vez pecado y delito. De ahí, que tanto los teólogos morales como los juristas se preocuparan por definirla y explicar sus causas y fundamentos.

Martín de Azpilcueta Navarro decía que ni el hombre podía tomar otra mujer viviendo la primera ni ella otro marido viviendo él²; mientras que Martín de Torrecilla aclaraba que ninguno podía, ni lícita ni válidamente, casarse con dos mujeres, "a lo menos entre católicos"³.

Enrique de Villalobos definía al bigamo, como aquel que se había casado dos veces, y exigía que los dos matrimonios se hubieran consumado, agregando que bastaba con que uno de ellos lo hubiera sido en la infidelidad⁴.

Además de describir la bigamia, los autores se ocuparon de la poligamia, explicando que era un delito que consistía en estar casado uno a un tiempo con dos o más mujeres, y agregaban que también las mujeres podían cometerla, y entonces, recibía el nombre de "polian-

¹ Pérez y López, ob. cit., t. 5, p. 226.

² Azpilcueta Navarro, ob. cit., p. 398.

³ Torrecilla, *Suma...*, cap. VI, p. 189.

⁴ Villalobos, ob. cit., trat. XXI, dif. XXXI, p. 535.

dría"⁵. Azpilcueta Navarro condenaba la poligamia, sosteniendo que nadie podía tener muchas mujeres ni muchos maridos a un mismo tiempo⁶.

Enrique Gacto ha ofrecido varios conceptos de bigamia, recalando que su definición, tal como había sido acuñada por la literatura jurídica, aparecía, desde la Baja Edad Media, dotada de "una evidente ambigüedad jurídica". Para la doctrina canónica, bigamo era, en el ámbito civil, todo aquel que lícitamente contraía segundas nupcias, o quien contraía las primeras con mujer viuda, o con soltera que no fuera virgen, o el casado que perdonaba a su mujer adúltera y volvía a cohabitar con ella.

En la esfera del derecho penal canónico, bigamo era la persona consagrada al servicio de Dios que contraía matrimonio, o el casado que se ordenaba *in sacris*, sin el consentimiento de la mujer, o finalmente, aquella que celebraba dos o más matrimonios simultáneamente, es decir, en vida del cónyuge anterior⁷.

II. Fundamentos

Asso y Manuel afirmaban que cuando alguno de los casados se casaba otra vez, viviendo el otro de los consortes, se faltaba a la lealtad mucho más que con el adulterio, constituyendo un delito que merecía ser castigado por las leyes civiles⁸.

Febrero justificaba su consideración como delito, porque introducía la confusión en las familias, ultrajaba el honor de las segundas mujeres, y "aunque nacido en general por los estímulos de la sensualidad, y aun a veces de la codicia", llevaba envuelto también, el crimen de falsedad⁹.

Torrecilla iba más allá, explicando que la pluralidad de las mujeres repugnaba a otros fines secundarios, que eran dos: "el mutuo obsequio entre marido y mujer; y otro, el remedio a la concupiscencia"¹⁰.

⁵ Febrero, ob. cit., t. 7-8, secc. XII, n.º 345, p. 229.

⁶ Azpilcueta Navarro, ob. cit., p. 398.

⁷ 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.

⁸ Asso y Manuel, ob. cit., p. 49.

⁹ Febrero, ob. cit., t. 7-8, secc. VII, n.º 345, p. 229.

¹⁰ Torrecilla, *Suma...*, cap. VI, p. 589.

Nada había más contrario a la caridad, benevolencia, y mutuo obsequio de los casados en la doméstica razón de vivir, según el mismo autor, "que las riñas y contenciones", porque "si un hombre estuviere casado con muchas mujeres, fácilmente se suscitarían entre ellas envidias y contenciones, principalmente si una de ellas fuese menos amada que otra de su marido". Sus reflexiones continuaban y decía que pugnaba también con el segundo fin, "porque el que tuviera muchas mugeres, no siempre podría satisfacer a todas en cuanto a la concupiscencia".

Las Partidas decían: "Maldad conocida fazen los homes en casarse dos veces a sabiendas, biviendo aus mugeres; otro si las mugeres sabiendo que son bivos sus maridos"¹¹; y cinco siglos después, una ley recogida en la Novísima Recopilación establecía que "muchas veces acaesce, que algunos que son casados o desposados por palabras de presente, siendo sus mugeres o esposas vivas, no temiendo a Dios ni a nuestras justicias, se casan o desposan otra vez, y porque es cosa de gran pecado y mal egemplo"¹².

El derecho de esos siglos, subordinado a la Teología, correlacionaba las ideas de delito y de pecado; sin embargo, según Levaggi, "no hubo verdadera identificación, pues no todos los pecados fueron considerados delitos", y "la mayor aproximación se dio, en aquel sector en el que la ley secular se limitó a respaldar con su fuerza en el fuero externo, preceptos de la ley divina positiva"¹³. El delito de bigamia constituía un ejemplo de lo referido por Levaggi.

Por otro lado, esta infracción atentaba contra el carácter indisoluble del modelo matrimonial difundido por la Iglesia¹⁴.

La doctrina presuponía que, salvo prueba en contrario, o presencia de indicios muy fundados, los bigamos incurrieran en su delito impulsados por las pasiones, concretamente, por la lascivia o por la codiciosa avidez hacia la dote de las mujeres¹⁵.

Gutiérrez decía que la poligamia era "una grande violación del sacramento del matrimonio, y un adulterio continuado"¹⁶.

¹¹ P. 7, t. 16, ley 17.

¹² Ley 31, año 1787, recogida en la Novísima como ley VI, t. 28, lib. XII.

¹³ Levaggi, *Historia del Derecho Penal...*, p. 38.

¹⁴ Enciso, Dolores, "Bigamos en el siglo XVIII", en *Familia y sexualidad en Nueva España*, sep. 80, Fondo de Cultura Económica, México, 1982, p. 267.

¹⁵ Gacto, *El delito de bigamia...*, p. 145.

¹⁶ Gutiérrez, ob. cit., t. 3, n.º 35, p. 185.

III. El matrimonio clandestino y el Concilio de Trento

La problemática jurídica del delito de bigamia resultó simplificada a partir de la regulación del matrimonio emanada del Concilio de Trento.

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 Partidas¹⁷. Ninguna otra ceremonia era necesaria para la validez de las nupcias: ni testigos, ni celebración en la iglesia, ni bendiciones sacerdotales¹⁸. 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 públicamente 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— solo 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 imperseguible y permanecía impune"¹⁹.

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, solo 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

¹⁷ P. 4, t. 2, ley.

¹⁸ Ver cap. 5.

¹⁹ Gacto, *El delito de bigamia...*

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"²⁰.

En lo sucesivo, aparecería ya como un delito "con un elevado riesgo de descubrimiento y represión", y los bigamos, por las especiales circunstancias de su delito, "hubieron de recurrir, en sus intentos de ocultarlo para escapar del castigo, a cambiar de domicilio o a falsear su identidad, mecanismos de defensa que no cualquier persona estaba dispuesta a utilizar". Ello convirtió a la bigamia en "delito propio de gente nómada y desarraigada, de trotamundos, de gitanos, braceros, marineros, presidiarios; en una escala social superior, de funcionarios que desempeñaban destinos en la administración pública, militares, arrendadores de rentas, etc."²¹.

Trasladada al Nuevo Mundo, entre los motivos que tuvieron los sujetos para transgredir la norma eclesiástica y civil, figuraron necesidades de tipo socioeconómico. Dolores Enciso citaba el caso de los peninsulares pobres que pasaron a las nuevas tierras en busca de fortuna, y que habían dejado a sus esposas en la *metrópoli* o en alguna región de ultramar. Estos individuos seguían cambiando de lugar de residencia hasta que encontraban la forma de hacer fortuna, y uno de los medios para lograr un capital, era contraer nuevo matrimonio con una mujer, cuyos bienes les ayudaran a alcanzar sus propósitos. De esta manera, la bigamia constituía una infracción cometida, en su mayoría, por hombres que abandonaron su hogar, y cuyos motivos fueron la búsqueda de fortuna o bien la presión ejercida sobre quienes tenían dificultades con la justicia. Ante la lejanía de la esposa legítima, buscaron otra compañera que, además de satisfacer sus urgencias vitales, en algunos casos, los ayudara con sus bienes a lograr una fortuna, y en otros, colaborara con su trabajo en la economía doméstica²².

La bigamia presuponía un primer matrimonio casi siempre público y notorio en el lugar de celebración, y un segundo matrimonio, que debía intentarse en otra parte, alejada del pueblo de origen, o de aquel donde tuvieron lugar las primeras nupcias, esto es, en donde no hubiera constancia del anterior casamiento, y con mucha frecuencia, el delincuente tomaba la precaución adicional de cambiar de nombre²³.

²⁰ Gacto, *El delito de bigamia...*

²¹ Gacto, *El delito de bigamia...*

²² Enciso, ob. cit.

²³ Gacto, *El delito de bigamia...*

En consecuencia, el bígamo se identificaba, en la inmensa mayoría de los casos, con una persona desarraigada, y con un individuo que "manipuló en su provecho la norma del matrimonio cristiano", porque a pesar de violar el deber de fidelidad, convivencia y respeto, trató, al mismo tiempo, de "apegarse al ritual establecido por la Iglesia para la celebración de los enlaces"²⁴.

El descubrimiento del Nuevo Mundo, y el paso de hombres casados que dejaban a sus mujeres en la península, sumado a lo extenso del territorio colonial, y la facilidad con la que los individuos se desplazaban, hicieron que fueran frecuentes los dobles, y hasta triples matrimonios.

Además, esta transgresión fue propiciada por "los errores y las omisiones de ciertos escribanos y párrocos, quienes no anotaron correctamente los datos de los contrayentes en los respectivos libros matrimoniales, o bien, no registraron las partidas de los matrimonios"²⁵.

Y en el mismo sentido, Solange Alberro ha visto en la bigamia, "el proceso de adaptación de individuos desarraigados de su medio original, entregados a una vida inestable, prestos a cambiar de nombre, oficio, zona de residencia, y por supuesto de pareja, en función de las necesidades del momento"; concluyendo en que "las desviaciones que constituían la bigamia podían ser interpretadas como la respuesta espontánea a una situación de desarraigo y de disponibilidad propia de emigrados inestables en un medio menos controlado que el europeo"²⁶.

IV. Juez competente

La doctrina jurídica bajomedieval consideraba a la bigamia como un delito de fuero mixto, susceptible de ser conocido, indistintamente, por la jurisdicción secular o por la canónica en función de la prioridad cronológica: el tribunal que hubiera comenzado a conocer del delito, seguiría el procedimiento hasta el final.

En la Edad Moderna, sin embargo, este delito fue a caer dentro de la órbita de una jurisdicción canónica especial, la del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición, "dotado de enorme vis atractiva sobre toda cuestión que tuviera algo que ver con la herejía". Así, toda vez

²⁴ Alberro, ob. cit.

²⁵ Enciso, ob. cit.

²⁶ Alberro, ob. cit.

que la conducta del bígamo pudiera interpretarse como un índice de que este albergaba creencias erróneas acerca del sacramento del matrimonio, la Inquisición reivindicaría una competencia exclusiva que en España se le reconoció, "no sin problemas", en los siglos XVI y XVII²⁷.

De esta manera, eran de fuero mixto todos los delitos que, aunque temporales, en algún incidente fueran espirituales, o que por sí o por incidencia, procediese la imposición de penas espirituales, como la bigamia, el amancebamiento, la sodomía, el estupro y otros²⁸.

Conforme con esta concepción, durante siglos, los bígamos resultaron procesados, y eventualmente condenados, "no por los perjuicios jurídicos o económicos que su conducta provocara en el ámbito familiar y social, sino por incurrir en sospecha de fe"²⁹.

Hubo juristas que se esforzaron por encontrar criterios objetivos que delimitaran el ámbito de la competencia inquisitorial del correspondiente a la jurisdicción ordinaria.

Sobre un juego de presunciones que elaboró la doctrina canónica, algunos autores españoles, como Villadiego, Simancas o Gregorio López, sostuvieron que el Santo Oficio debía ocuparse solo de aquellos casos de bigamia en los que el matrimonio ulterior se hubiera contraído públicamente, en cuyo caso sería indicio de que el bígamo podía mantener una creencia errónea del sacramento, como por ejemplo, pensar que era lícito contraerlo simultáneamente, y por lo mismo, no ocultaba la celebración del segundo.

Por el contrario, cuando el delincuente cambiaba de nombre, falseaba la documentación previa, etc., parecía claro, a estos autores, que había creencia en el bígamo de estar delinquiriendo, y debían conocer los tribunales ordinarios, porque no había error en la creencia.

Sin embargo, "en la práctica se hizo caso omiso de estas distinciones, y la jurisdicción inquisitorial intentó abocar para sí de forma excluyente el conocimiento del delito de bigamia"³⁰.

Desde la doctrina, Castillo de Bovadilla estimaba que "contra los que se casaban dos veces, a los cuales castigan los ordinarios eclesiásticos, y más comúnmente los Inquisidores... por la presunción que hay de herejía" y "cesando el sujeto y materia de herejía entendido que procede de concupiscencia como causa mixti fori", también procedían al castigo de este delito los jueces seculares, citando una ley de

²⁷ Gacto, *El delito de bigamia...*

²⁸ Levaggi, *Manual de Historia...*, t. 11, p. 51.

²⁹ Gacto, *El delito de bigamia...*

³⁰ Gacto, *El delito de bigamia...*

la Recopilación³¹. Al mismo tiempo, recomendaba a los jueces seculares a "tener con los eclesiásticos toda buena correspondencia" y "no estorbarse sino con mutuo auxilio ayudarse los unos a los otros y remitirse los negocios y causas que no le pertenecen".

Joseph Marcos Gutiérrez afirmaba que contra el casado, a un tiempo con dos mujeres, había procedido antiguamente la Inquisición, "por creerse sospechoso de herejía quien cometía este grave atentado de la poligamia"³², y agregaba que en los dominios de América e Islas Filipinas conocían las justicias reales privativamente del delito de doble matrimonio o poligamia, castigándola con las penas señaladas en las leyes del reino. Sin embargo, el mismo Gutiérrez sostenía que "siempre que resulte mala creencia acerca del sacramento, ya sea porque empiece a conocer el tribunal de la Inquisición, ya sea porque parezca así en el proceso que forme la justicia ordinaria para castigar aquel delito conforme a dichas leyes", debía entregarse el reo al Tribunal del Santo Oficio, quien sentenciada la causa y castigado aquel con las penas correctivas y penitenciales, habría de remitirlo a la justicia real para que impusiera las alictivas en que hubiera sido condenado, "y otras que merezca según disposiciones legales". Si no había indicios de mala creencia, en la causa formada por el juez real, no había de dar parte al Santo Oficio, sino para determinar aquella según derecho. "Aunque sin embargo el Tribunal podrá hacer por sí las averiguaciones correspondientes acerca del punto de la mala creencia", y "si resultasen de su sumaria motivos para continuar el proceso, habría de pasar de oficio al juez real para que le remita al reo, en cuyo caso se observará lo mismo que ha de observarse cuando haya presunciones de mala creencia en la causa del Juez Real".

Por otro lado, si el Santo Oficio o sus Comisarios tuvieran noticia, antes que el juez real, de haber celebrado alguno doble matrimonio, podían asegurarlo y remitirlo al juez real, o darle aviso para que bajo las reglas prescritas hiciera la captura y formalizara el proceso por sí.

Si el Santo Tribunal absolvía a algún polígamo indiciado de mala creencia, debía enviar testimonio literal de la sentencia al juez real para que la insertara en la causa que se hubiese formado, y evitara, por este medio, la difamación del delincuente, a quien habría de darse también otro testimonio igual, aunque no lo pidiera.

³¹ Castillo de Bovadilla, ob. cit., lib. II, cap. XVII, p. 363. La ley que citaba era la RLI, lib. 5, t. 1, ley 5.

³² Gutiérrez, Joseph Marcos, *Práctica criminal de España*, Oficina de Don Benito García y Cía. Madrid, 1804, pp. 64/65.

Siempre que el reo alegara la nulidad del primer matrimonio, o de los anteriores al que motivó su prisión, habría de oírle el juez ordinario eclesiástico: pero sin embargo, el juez secular continuaría el proceso, así como el Santo Oficio el suyo, en cuanto a la falsa creencia, permaneciendo el preso en la cárcel real. La razón era que, aunque se declarara nulo el primero o anterior matrimonio al que le ocasionó la prisión, habría incurrido en la pena de aleve y perdimento de la mitad de sus bienes solo por el hecho de casarse antes de declarar el juez eclesiástico la nulidad del matrimonio precedente³³.

Durante el siglo XVII algunos autores consideraban aún necesario refutar opiniones de los autores que defendían la competencia de los jueces seculares, y García de Trasmiera publicaba su tratado *De polygamia et polviria*, donde se lamentaba que, en algunas regiones españolas, singularmente en Castilla, se practicara el abuso de que los jueces seculares interfirieran en el conocimiento y castigo de este delito, porque aunque la bigamia, conforme al derecho común, fuera asunto de fuero mixto, los jueces civiles debían abstenerse de intervenir, ya que, por mucho que se multiplicaran las penas, jamás podrían, como los inquisidores, prestar remedio a la salvación de las almas de los reos³⁴.

Juan de Hevia Bolaños también fijaba la competencia del juez eclesiástico contra los casados dos veces en un tiempo, fundándose en Gutiérrez y Acevedo³⁵.

Enrique Gacto recogió un dictamen de una junta integrada por el Gobernador del Consejo, el Inquisidor General y el confesor del rey, del 6 de diciembre de 1777, en el sentido de que competía a la justicia real el conocimiento sobre el delito de bigamia, por lo que tocaba a las responsabilidades civiles y penales del reo —falta a la fe pública del contrato, engaño de la segunda mujer, ofensa a la primera, inversión del orden sucesorio, quiebra de la legitimidad de la filiación, etc.—, pero esto, no obstante, otros aspectos debían ser sometidos a la jurisdicción eclesiástica: comportamiento doloso ante el párroco, validez o nulidad de la unión, y aun a la inquisitorial que debería ocuparse privativamente de decidir la cuestión de si el bigamo incurría o no, en el delito de mala creencia sobre el sacramento.

Todo ello —exponía el dictamen— debía hacerse de manera tal que las tres jurisdicciones se ayudaran recíprocamente, sin embara-

³³ Castillo de Bovadilla, ob. cit., t. 1, pp. 126/129/130/131.

³⁴ Cit. por Gacto, *El delito de bigamia...*

³⁵ Hevia Bolaños, ob. cit., p. 183.

zarse, celando todas, la repetición del delito, imponiendo cada una las penas que correspondía; y entregándose unas a otras las personas de los reos para el buen despacho de las causas ³⁶.

Los inquisidores afirmaban que los jueces reales prolongaban, extraordinariamente, la tramitación de los procesos de bigamia, y ello se traducía en un aumento innecesario de las penalidades de los inculcados, a quienes los jueces de la fe trataban con más benevolencia y humanidad. Enrique Gacto trajo a colación una sentencia del Tribunal de la Inquisición de Sevilla, que explicaba la larga detención de los polígamos entregados a la justicia real, por la dificultad que esta tenía en hacer la justificación de los dos matrimonios ³⁷.

Kamen sostuvo que el 5% de los casos juzgados por la Inquisición en el siglo XVII eran concernientes a la bigamia, y esto, sumado a la notable incidencia del adulterio, indica un desajuste entre la norma y la realidad ³⁸.

Las cosas fueron cambiando con el correr del tiempo, y así, hacia fines del siglo XVIII, "el Santo Oficio había dejado de ser una valla eficaz para el disconformismo religioso..., y alcanzado por el relajamiento de aquellos ideales que determinaron su creación, perdida la fe en sí mismo, relegado a segundo término por obra de los ministros liberales, sólo era un trampantojo que esperaba el empujón que lo derribara" ³⁹.

En consecuencia, desde mediados del siglo XVIII, se puso de manifiesto una tendencia a restringir la competencia del tribunal: el delito de doble matrimonio o bigamia fue declarado de mixto fuero por Real Cédula del 19 de mayo de 1754, y que pertenecía su conocimiento a prevención de las justicias reales y al Santo Oficio ⁴⁰.

Por Real cédula del 8 de septiembre de 1776 se le devolvió su competencia exclusiva, estableciéndose que los tribunales del Santo Oficio conocerían, peculiar y privativamente, del crimen de doble matrimonio, aunque por lo vasto y dilatado de los dominios de América, se dio facultad a los virreyes y demás jueces ordinarios seculares para que, teniendo noticia cierta, segura y bien fundada, de algún delincuente de semejante crimen, ejecutasen la sumaria averiguación o justificación competente, y lo prendieran y asegurasen, siempre, que no

³⁶ Gacto, *El delito de bigamia...*

³⁷ Gacto, *El delito de bigamia...*

³⁸ Kamen, ob. cit., p. 98.

³⁹ Mariluz Urquijo, *Perfil del Virreinato entre dos siglos*, Boletín de la Academia Nacional de la Historia, v. 32, Bs. As., 1961, p. 98.

⁴⁰ Zorraquín Becú, *La organización judicial...*, p. 135.

estuvieran a más distancia de cien leguas de alguno de los tribunales referidos. Las autoridades seculares debían dar cuenta en el proceso de lo actuado, manteniendo al reo en la cárcel a disposición de los tribunales del Santo Oficio. En el caso de mayor distancia que la de cien leguas, se debía pasar aviso al comisario más inmediato ⁴¹.

Por último, la Real Cédula del 10 de agosto de 1788, dispuso que correspondía a los tribunales del Santo Oficio la aplicación de las penas puramente correctivas, penitenciarias y medicinales, y a la justicia real las otras más graves como vergüenza pública, azotes, presidio, galeras y otras ⁴².

En el ejercicio de su jurisdicción, este tribunal podía proceder contra los eclesiásticos y los seculares o legos, pero debía abstenerse de procesar a los indios, "por su rudeza e incapacidad, y que muchos de ellos aún no están bien instruidos en las cosas de nuestra Santa Fe católica" ⁴³.

V. Penas seculares y canónicas

A) Penas seculares

La pena era "enmienda de pecho, o escarmiento que es dado segund ley a algunos, por los yerros que fizieron", conforme las Partidas ⁴⁴, las que ordenaban a los jueces darla a los hombres por dos razones: "La una es porque reciben escarmiento de los yerros que fizieron. La otra es, porque todos los que lo oyeron, o vieren, tomen ejemplo e apercibimiento, para guardarse que non yerren por miedo de las penas".

Ni el temor a sufrir las penas ni el ejemplo de los que habían sido castigados, detuvieron a los bigamos.

Tal como lo sostuvo Enrique Gacto, en el ámbito del derecho secular, el parecer de los juristas se manifestó bastante dividido a la hora de concretar la pena correspondiente al bigamo: la de muerte según algunos, y la del adulterio según otros. Esta última consistía en la reclusión en monasterio para la mujer casada y muerte para su cóm-

⁴¹ "Cedulario de la Real Audiencia de Buenos Aires", La Plata, 1929, Archivo Historia de la Pcia. de Bs. As.

⁴² "Cedulario de la Real Audiencia..."

⁴³ Zorraquín Becú, *La organización judicial...*, Cita a Solórzano, ob. cit., t. II, p. 207 y a la RLI, lib. 1, t. 19, ley 17 y 35.

⁴⁴ 7-31-1.

plíce⁴⁵. En el Fuero Real, los bigamos eran puestos bajo el poder del cónyuge inocente, y abandonados a su suerte, tal como estaba sancionado el adulterio. La mujer culpable se convertía en sierva de la primera esposa del marido⁴⁶, mientras que la sanción señalada para el hombre varió a lo largo del siglo XIV, desde la pérdida de todos sus bienes, a la pena de la marca en la frente con un hierro al rojo. Los intentos posteriores de castigar el delito con la pena capital no llegarían a prosperar⁴⁷.

Las Partidas recogieron la tradición romana con ligeras modificaciones, imponiendo a los bigamos la pena de destierro a una isla por cinco años y la pérdida de todos los bienes que tuvieran en el pueblo en el que se había celebrado el matrimonio, los cuales se habrían de aplicar a sus hijos o a sus nietos, y en caso de no tenerlos, habrían de adjudicarse por mitad al fisco y al cónyuge que sufrió el engaño, o a aquel la totalidad de ellos si ambos contrayentes eran sabedores del primer enlace. En ese caso, debían ser desterrados a una isla, separados⁴⁸.

La consideración de la gravedad del delito aumentó con el tiempo, y todavía en el siglo XIX, reafirmando leyes anteriores, se agregó a la pena de vergüenza pública, la de ser herrado en la frente con hierro caliente a señal de cuantos lo pudieren ver⁴⁹.

La pena de la marca consistía en grabar con un hierro al rojo, sobre la frente del reo convicto, una señal en forma de letra "q", sobre cuyo significado los autores modernos debatieron ampliamente.

Para unos, Montalvo cambió por un círculo con una barra hacia abajo, es decir, por una "q", lo que originariamente había sido un círculo con una barra hacia arriba, es decir, una "b", inicial de bigamo. Otros pensaron que debía ser un "10", o sea, una barra y un círculo a la misma altura, al lado, como signo de que se apartaron de la fe, o lo que es lo mismo, de los mandamientos.

Covarrubias afirmó haber visto en viejas disposiciones castellanas que la marca era una cruz, testimonio de que los marcados pecaron contra ella.

⁴⁵ Gacto, *El delito de bigamia...*

⁴⁶ P.4, t. 6, ley 3.

⁴⁷ Gacto, *El marco...*

⁴⁸ 16-17-7. En el mismo sentido, 3-1-5, Ordenanzas Reales de Castilla.

⁴⁹ 8-1-3; 2-7-4. Fuero Real: 9-1-2 y 3-3; P. 4; 9-1-5 y 6-15-8. Ordenamiento Real. Esta disposición pasó a la Novísima como ley 6-28-12.

Otros sostuvieron, finalmente, que se trataba de un dos en números romanos, dos barras paralelas, cifra indicativa de que se habían casado dos veces⁵⁰.

Gómez, comentando las Leyes de Toro, estaba de acuerdo con Montalvo en cuanto a que lo que se practicaba era que a los bigamos se los marcara con la "q" herrada en la frente.

Las Ordenanzas Reales de Castilla, además, consideraron al bigamo como "aleve", y en consecuencia, le impusieron como pena complementaria de las corporales, la de perdimento de la mitad de los bienes⁵¹.

Carlos I mantuvo las anteriores penas, con la precisión de que los cinco años de destierro de que hablaban las Partidas, debían cumplirse al remo en las galeras; y Felipe II suprimió la pena de la marca, añadió a las anteriores la de vergüenza pública, y dobló los años de la condena al remo⁵².

Gacto ha citado la descripción que hiciera García de Trasmiera, quien recordaba la práctica, en su época (1638) ya desaparecida, de algunas otras sanciones, probablemente enmarcadas en el ámbito del derecho municipal y que consistían en lo siguiente: "Desnudo el reo, se le unta el cuerpo con miel y se recubre con plumas de aves, de este modo, atormentado por las moscas, se le exhibe en la picota, en público deshonor. A esto se llamaba emplumar, y se hacía también con las prostitutas"⁵³.

Febrero se preguntaba si estas penas se debían aplicar a las mujeres así como se aplicaban a los hombres, haciéndose las conmutaciones necesarias, como por ejemplo, de diez años de presidio por otros tantos de reclusión, y citando a Gutiérrez, que juzgaba que así debía hacerse, "por ser la poligamia mucho más rara en las mujeres que en los hombres", y a las leyes de Partidas que decían "maldad conocida fazen los homes en casarse dos veces a sabiendas, sabiendo que son bivas sus mugeres, e otro si las mugeres, sabiendo que son bivos sus maridos", se pronunciaba afirmativamente⁵⁴.

En América se había introducido una variante en el tratamiento de la poligamia indígena. A los naturales que habían incurrido en bigamia se los apartaba, y si amonestados dos veces no se separaban, eran castigados para su enmienda y ejemplo de los otros⁵⁵.

⁵⁰ Gacto, *El delito de bigamia...*

⁵¹ 4-7-8.

⁵² Novísima, 12-28-8 y 12-28-9.

⁵³ Gacto, *El delito de bigamia...*

⁵⁴ Febrero, ob. cit., t. 7-8, secc. VII, n.º 347.

⁵⁵ RLI, lib. 4, t. 1, ley 6.

B) Penas canónicas

En el ámbito de la legislación canónica, la mayor parte de las penas establecidas fueron de tipo humillante y espiritual: cortar los vestidos por delante y por detrás, para mayor indecorosidad, o rapar la cabellera de las mujeres, y exhibirlas de esta forma por las calles de la ciudad; infamia, ayuno a pan y agua durante cuarenta días e imposición de penitencias diversas por siete años.

«Todas estas penas cayeron en desuso a partir del momento en el que la jurisdicción eclesiástica cedió al Santo Oficio la competencia sobre el delito de bigamia.

Dentro del derecho inquisitorial, la bigamia se configuraba como el típico delito merecedor de pena arbitraria: serán las circunstancias concurrentes en cada caso las que determinarán el alcance de la sanción.

Atento a que el fin perseguido era la enmienda, antes que la dureza del castigo, los jueces reducían las penas siempre que encontrasen en el reo algún motivo de excusa o justificación, como haberse mostrado pronto y humilde en la confesión del delito, ser menor de edad, dar más muestras de vergüenza y dolor de lo que era usual, etc.

Los inquisidores también aplicaron la pena de vergüenza pública, prevista en el derecho secular: el reo salía a desfilar por las calles acostumbradas, con los demás herejes, tocado con la coraza que identificaba su pecado —un hombre pintado entre dos mujeres, o una mujer con dos hombres— hasta llegar al tablado o a la iglesia en el que se celebraba el auto, donde se leía públicamente la sentencia.

Junto con la vergüenza, se combinaba, casi siempre, otra pena canónica: la fustigación, que se solía administrar al día siguiente del auto, de forma itinerante. Ambas sanciones —vergüenza pública y azotes— se convirtieron en las penas más usuales de la bigamia, las que sufrieron la mayor parte de los varones y prácticamente todas las mujeres. En este sentido, la Inquisición española se apartó de algunas otras prácticas europeas, que por razones de honestidad, libraban a las mujeres de la flagelación. La libre apreciación judicial hacía oscilar, entre cien y doscientos, el número habitual de azotes⁵⁶.

El Santo Oficio consagró el principio de la desigualdad de las personas ante la ley, en función de su categoría social, en los delitos castigados con penas arbitrarias. Así, salvo en algún caso particularmente escandaloso, los nobles se vieron exentos de sufrir penas consideradas ignominiosas, lo mismo que los clérigos y los burgueses de

⁵⁶ Gacto, *El delito de bigamia...*

familia honesta y rica, asimilados a ellos. En consecuencia, no portaban la coraza infamante en el afrentoso desfile penitencial.

Una sanción, específicamente inquisitorial, fue la abjuración de la sospecha de herejía a que la bigamia daba lugar, y que era, en último término, lo que justificaba que el Santo Oficio entendiera en la causa.

Este acto solía hacerse, públicamente, en el tablado, como colofón del desfile penitencial, pero los nobles podían realizarla en privado.

Una cuestión importante era el tratamiento que recibían los bigamos que se presentaban, espontáneamente, ante el Tribunal del Santo Oficio, y los que, convocados por los jueces, se comportaban como buenos confidentes.

El Tribunal de la Inquisición tenía en cuenta el arrepentimiento posterior a la comisión del delito, el que disminuía siempre la responsabilidad del reo, hasta el punto de que, cuando este arrepentimiento era perfecto, se convertía en una circunstancia eximente. Y puesto que la esencia de la jurisdicción inquisitorial radicaba en el principio de que lo que el tribunal debía procurar era la salvación del alma del acusado, y premisas de esta eran el reconocimiento del error cometido y propósito de enmienda, se admitió que la confesión espontánea, como exponente de un arrepentimiento cierto, eximía de pena al bigamo, al que el tribunal despachaba con una reprensión, algunas penitencias medicinales y abjuración. El único requisito exigido era que el encausado no hubiera sido culpado antes por delito contra la fe, porque el perdón inquisitorial se otorgaba, en principio, solo por la primera vez, ya que se consideraba que quien hubiera ya antes gozado de él, o hubiera sido condenado, demostraba suficientemente con su recaída que el arrepentimiento no había sido genuino.

En el tribunal de la fe se pretendía, antes que nada, la salvación de las almas, y ello se conseguía, mejor que con el rigor, con la generosa comprensión hacia quienes reconocían su crimen.

Finalmente, la bigamia debía reprimirse con la muerte si el reo convicto se empeñaba en defender que era lícito contraer varios matrimonios simultáneamente⁵⁷.

⁵⁷ Gacto, *El delito de bigamia...*

VI. Procedimiento

A) Forma de iniciación

Los juicios por bigamia no eran siempre entablados por un cónyuge contra otro, sino que, a diferencia de los otros pleitos entre esposos, podían iniciarse de oficio⁵⁸, por todo aquel que tuviera noticia cierta y segura de la existencia del delito; por denuncia de la primera esposa⁵⁹, o por la de la segunda⁶⁰.

B) Prisión del reo

Hecha la denuncia, se enviaba al reo a la cárcel, donde se mantenía durante toda la sustanciación del proceso⁶¹. A veces, cuando llegaba la sentencia de presidio, el demandado ya hacía largos años que permanecía recluido.

C) Prueba

Paralelamente, se iniciaba la producción de la prueba, que consistía en la absolución de posiciones del demandado⁶², en la testimonial y en la documental⁶³.

Los demandados intentaban probar que habían contraído segundo matrimonio convencidos de la muerte de la primera esposa⁶⁴, y entonces, toda la sustanciación de la prueba estaba dirigida a indagar si había hecho las averiguaciones suficientes, o si había procedido con ligereza.

Otras veces, se intentaba atenuar la pena alegando la ignorancia del reo⁶⁵, su falta de educación⁶⁶, y la inexistencia de ánimo delinciente, y se atribuía la conducta del procesado a la flaqueza humana.

Se insistía en que las antiguas leyes castigaban con severidad el delito porque creían que el ánimo del delincuente en su perpetración

⁵⁸ AGN 187-1; 213-34; 240-66; 249-10; AHPBA 7-1-8-23 y 5-5-78-26. Todos los expedientes citados corresponden al s. XVIII y XIX.

⁵⁹ AHPBA 7-1-97-3260-AGN 190-21.

⁶⁰ AGN 190-21.

⁶¹ AGN 187-1; 191-3; AHPBA 7-1-97-32.

⁶² AGN 190-21; 191-3.

⁶³ AHPBA 7-1-85-1.

⁶⁴ AGN 19-0-21.

⁶⁵ AGN 282-4.

⁶⁶ AHPBA 7-1-97-32.

se dirigía contra la fe y la religión, y que de allí era que el conocimiento de estas causas correspondía al supremo Tribunal de la Inquisición. En este caso, a lo que más se atendía para la imposición de la pena, era el ánimo delincuente.

Por el contrario, se sostenía que para aquella época —siglo XVII— “la experiencia nos ha enseñado que no es la falta de fe y religión lo que hace cometer estos excesos a sus perpetradores, sino sólo un efecto de la flaqueza humana”, y “por esto se ven ya minoradas algunas penas y cometido el conocimiento de tales causas a los jueces reales”⁶⁷.

D) Participación de las esposas

Algunas causas eran sustanciadas sin ninguna participación de las cónyuges; en otras, aparecía la primera que, anoticiada del pleito iniciado de oficio, pedía sustituir el presidio de diez años, por azotes u otra pena “pues contrayéndose a aminorar el término dilatorio podrá acaso servirle de corrección y retomar a la vida maridable subviniendo con su personal asistencia a remediar las necesidades que actualmente padece”⁶⁸. En otros expedientes deponían ambas⁶⁹.

La actuación de la segunda esposa variaba, desde ser sujeto activo de la demanda, para pedir que se encerrase a su marido⁷⁰, hasta tener que sufrir un depósito ordenado por el tribunal que entendía en la causa⁷¹.

E) Penas aplicadas

Nuestras justicias aplicaron las penas establecidas con toda rigurosidad, condenando a los bigamos a presidio⁷² y trabajos forzados⁷³ a ración y sin sueldo⁷⁴; a vergüenza pública⁷⁵, “señalado en la frente con la marca que designa la ley”⁷⁶, en el medio de la Plaza Mayor, poniéndolo sentado sobre un banquillo con la cabeza alta y descubierta

⁶⁷ AGN 290-12.

⁶⁸ AGN 249-10.

⁶⁹ AHPBA 7-1-97-32.

⁷⁰ AGN 249-10.

⁷¹ AGN 249-10.

⁷² AHPBA 7-1-97-32; 7-1-85-1.

⁷³ AGN 187-1.

⁷⁴ AHPBA 7-1-97-32.

⁷⁵ AHPBA 7-1-97-32.

⁷⁶ AGN 191-3.

por tres cuartos de hora con custodia, en presencia de toda la gente que pasaba por aquel destino, de las doce a la una del día ⁷⁷, a azotes y galera ⁷⁸.

F) *La consulta a la Real Audiencia*

Tres días después de su instalación, el 11 de agosto de 1785, la Audiencia dictó una disposición que venía a implantar en nuestro territorio la obligatoriedad de consultar las penas capitales o afflictivas al tribunal recientemente instalado ⁷⁹.

En cumplimiento del mencionado auto, las justicias siempre recurrían a este cuerpo colegiado, antes de aplicar los severísimos castigos impuestos a los bigamos ⁸⁰.

G) *Bigamos y bigamas*

Aunque las causas se seguían generalmente contra los esposos, hemos encontrado algunos casos, en los que se demandaba a una bigama ⁸¹.

No se aplicaron, respecto a las bigamas, las estrictísimas penas previstas por las Partidas, pero mientras la rea era recluida por dos años en alguna casa de recogimiento ⁸², apercibiéndola para que no volviera a juntarse con su segundo esposo so pena de castigo severo, el segundo marido quedaba en libertad.

También era desigual la actitud hacia segundas esposas, las que eran depositadas ⁸³.

H) *Las finalidades del juicio de bigamia*

Más allá de la condena social, y de la consideración de la bigamia como un pecado, estos delitos dejaban traslucir otras inquietudes.

En primer lugar, eran oportunidad propicia para lograr una compensación económica ante el estado de indigencia ⁸⁴ y de abandono

⁷⁷ AHPBA 5-5-70-28.

⁷⁸ AHPBA 7-1-91-1.

⁷⁹ Mariluz Urquijo, *La Real Audiencia...*

⁸⁰ AGN 190-21; 191-3; 249-88; 249-10.

⁸¹ AGN 212-10; AHPBA 7-1-88-42.

⁸² AHPBA 7-1-88-42.

⁸³ AGN 249-10.

⁸⁴ AHPBA 7-1-97-32.

material y moral ⁸⁵. Así, se cambiaban desaires por monedas; orgullos heridos por comida, calzado y vestido.

Tal vez, creerían que las justicias serían más proclives a exigir alimentos de un demandado que además, era reputado como delincuente.

En segundo lugar, atento a que, cumplida la pena, se imponía al reo la obligación de volver adonde estuviera la primera esposa para hacer vida maridable con ella ⁸⁶, se lograba que el cónyuge ausente de su hogar continuara una cohabitación interrumpida durante largos años. Otra vez, se encontrarían frente a frente, pero ahora serían solo dos extraños.

Con idéntico móvil, pero con una iniciativa que partía del marido, algunos se autodenunciaban con el objeto de abandonar a la esposa del momento, y tener el apoyo institucional para regresar con la primera esposa, ya que solo el primer vínculo era legítimo ⁸⁷.

Por último, algunos denunciadores lo hicieron para satisfacer sus deseos de venganza sobre los acusados, entre los que se encontraban a veces, deudores que pretendían librarse, así, de sus acreedores ⁸⁸.

I) *"La bigamia no es delito"*

No faltó quien sostuviera que el crimen de bigamia en sí, no era malo ni era delito, y que esta acción no era ni había sido siempre mala. Recurriendo a la comparación con el resto de las naciones, en las que la bigamia era permitida y legal, sostenían que la habían practicado los patriarcas en los primeros tiempos de la Iglesia. Atacarla con una pena tan rigurosa era repugnante, y "sólo propia de los actos que por sí mismos en todo tiempo y lugar son malos y delincuentes como la mentira y el robo" ⁸⁹.

En un siglo tan proclive a la reforma, y a la benignidad de la ley penal, había un defensor de pobres que pedía dos cosas a beneficio de la humanidad delincuente:

1º) Absolver al demandado de la vergüenza pública y conmutar los diez años de presidio por uno.

2º) Para lo sucesivo, minorar la pena establecida por la ley, a lo menos cuando no se presentara agravado el doble matrimonio con circunstancias odiosas a la naturaleza ⁹⁰.

⁸⁵ AGN 249-10 y AHPBA 7-1-91-1.

⁸⁶ AGN 191-3; AHPBA 7-1-91-1.

⁸⁷ Enciso, ob. cit.

⁸⁸ Enciso, ob. cit.

⁸⁹ AHPBA 7-1-97-32.

⁹⁰ AHPBA 7-1-97-32.

A pesar de las corrientes revisionistas del derecho penal⁹¹, se impusieron los criterios conservadores de la Audiencia, la que no se hizo eco de semejante propuesta.

VII. Los pleitos de bigamia ante los estrados judiciales

Los pleitos por bigamia fueron bastante frecuentes entre nosotros. Se plantearon, en general, entre individuos de baja extracción social, y fueron merecedores de penas severísimas.

A la luz de los deberes y derechos conyugales, implicaron en principio la violación del deber de convivencia y fidelidad, y trajeron aparejados, consecuentemente, la omisión de la obligación de asistencia y débito conyugal.

Capítulo 14

ALGUNAS PARTICULARIDADES DE LOS PLEITOS ENTRE CÓNYUGES

Dentro de los pleitos de familia, los pleitos entre cónyuges, como especie dentro de los juicios de familia, merecieron una consideración procesal especial. Probablemente, no debe haber estado en la mente de ningún jurista crearle un régimen privativo, pero las circunstancias de cada caso, hicieron que surgieran algunas figuras inexistentes en otros casos, o tal vez poco utilizadas, al tiempo que se afianzaron otras.

Un indicio de la importancia acordada a los pleitos de familia, fue el hecho de que un organismo, como la Audiencia, tuviera facultades como reguladora de este tipo de relaciones, y al mismo tiempo, que se perfilara un funcionario como el oidor juez de casados, cuya tarea específica era la de reunir las parejas que no convivían.

En el orden procesal, asistimos con frecuencia a la convocatoria a juicios verbales por parte de las justicias; a la celebración de tratados matrimoniales entre cónyuges, y a circunstancias muy puntuales como la reconciliación de marido y mujer; hechos que incidían de manera diferente en el destino del pleito, y que lo dotaban de características muy especiales.

Estas particularidades de los pleitos entre cónyuges, serán el objeto del presente capítulo, que se completará con algunas consideraciones sobre las carátulas y las sentencias.

I. El juicio verbal

En algunas ocasiones, las justicias convocaban a las partes a una audiencia, con el objeto de deponer enconos, y evitar de esta manera, el inicio de un pleito o lograr su finalización.

⁹¹ Mariluz Urquijo, *La Real Audiencia...*

Todos los magistrados hicieron uso de este recurso procesal: el gobernador intendente¹; el oidor juez de provincia²; el alcalde ordinario de primer voto³ y el de la Santa Hermandad, lo que nos lleva a pensar que no constituyó atribución exclusiva de un tipo determinado de justicia.

Esta medida parece haber sido dispuesta especialmente en los pleitos sobre alimentos⁴ y de solicitud de depósito de la mujer⁵. Febrero afirmaba que era útil en los pleitos por malos tratamientos⁶.

Una vez que el juez tomaba la decisión de hacer concurrir a las partes a un juicio verbal, los hacía comparecer por medio del escribano. Esta citación se podía llevar a cabo en cualquier etapa del proceso.

Comenzada la audiencia, se levantaba el acta correspondiente, en la que se dejaba constancia del intercambio de opiniones entre uno y otro consorte, de la participación del juez y del acuerdo celebrado, si lo había⁷.

El juicio verbal tenía por objeto conciliar a las partes, "por el bien y la paz de los cónyuges"⁸, y por medio de él, el juez disuadía a marido y mujer a unirse en matrimonio nuevamente y enterrar sus diferencias.

Los funcionarios convocantes parecen haber estado más preocupados por las esposas que por los maridos, ya que utilizaron este tipo de figura procesal para disuadir a mujeres sobre cuya conducta pendía alguna sospecha. Así, el gobernador intendente hizo comparecer a la mujer acusada de "escandalosa y licenciosa vida", convenciéndola que siguiese a su marido y se uniera a él en vida sociable⁹; y a la que, a raíz del abandono material y los malos tratamientos, se había separado voluntariamente de su esposo, ordenándole se uniera a él nuevamente¹⁰.

La audiencia resultaba un éxito si se lograba que los cónyuges superaran sus diferencias y se comprometieran a cumplir con sus obligaciones.

¹ AGN 99-27; 108-16.

² AGN 99-27.

³ AGN TC P1 1807.

⁴ AGN Espinosa c/Martínez s/alimentos.

⁵ AGN 99-27; 108-16; 81-33; TC I 1807.

⁶ Febrero, ob. cit., t. 7-8, p. 176.

⁷ AGN Espinosa c/Martínez s/alimentos.

⁸ AGN 81-33.

⁹ AGN 99-27; 108-16.

¹⁰ AGN TC P1 1807.

En ocasiones, el juicio verbal también servía para que se asentaran en él, cláusulas de avenimiento, en las que, por ejemplo, se determinaba el origen de los bienes del matrimonio¹¹.

II. Tratados matrimoniales

Elizondo afirmaba que así como los contratos podían celebrarse condicionados, también el matrimonio podía constituirse bajo ciertas cláusulas¹².

Nuestra *praxis* judicial nos muestra pleitos, si bien escasos, en los que los cónyuges echaron mano de este tipo de convenciones. En general, se trataba de situaciones en las que las esposas pretendieron asegurarse, por anticipado, que sus cónyuges no las sacarían de su lugar de residencia para llevarlas a otro, atento el derecho del marido de fijar el domicilio del hogar conyugal¹³.

El tratado se celebraba por instrumento público¹⁴; y podía prever cada detalle de la separación, si este fuera el caso, o ser más general¹⁵, en especial cuando se trataba de las licencias otorgadas por las esposas para que sus maridos se trasladaran al Nuevo Mundo¹⁶.

Como ejemplo del primer caso, podemos citar un expediente en el que los cónyuges pactaron una separación voluntaria, alegando que tenían pactado "separarse y dividirse del uso de la vida maridable". El motivo invocado: la tranquilidad de sus conciencias; su propio bienestar, evitando mayores perjuicios en la salud de ambos y el mejor servicio de Dios.

La separación debía ser total y personal, de lecho y cohabitación marital, sin poder exigirse el débito conyugal el uno al otro, y por un plazo de diez años, prorrogable si alguno de ellos así lo deseaba.

La esposa volvería a su patria y los gastos de conducción estarían a cargo del marido, quien también se haría cargo de la obligación alimentaria, siempre que, por las circunstancias de la vida, su fortuna no disminuyera de tal forma que tornara esa cláusula de ejecución imposible.

¹¹ AGN Espinosa c/Martínez.

¹² Elizondo, ob. cit., t. I, p. 356.

¹³ AGN C17-I; TC L I 1802; AHPBA 5-2-17-9.

¹⁴ AGN 53-52; TC L I 1802; AHPBA 5-2-17-9.

¹⁵ AHPBA 5-2-17-9.

¹⁶ AGN 53-52; 177-12., Ver cap. 7.

La mujer podía llevarse sus bienes muebles, y ambos consortes podrían circular por donde quisieran.

El deber de fidelidad se mantenía y el marido daba licencia a la mujer para comparecer en juicio.

Los sujetos de este insólito convenio iban más allá, declaraban que nadie podría obligarlos a vivir juntos, y desistían del principio de derecho que prohibía semejantes renunciaciones¹⁷.

Como ejemplo de los segundos, encontramos los convenios en los que las mujeres, por considerarse convenientemente asistidas, daban licencias a sus maridos para que pudieran residir en otra parte.

La conformidad se prestaba también, por instrumento público, y el fundamento de la separación de los cónyuges era que el marido podía mejorar su fortuna en otro lugar.

El plazo podía ser fijado en la escritura¹⁸, o la cónyuge podía reservarse, anticipadamente, fijar el plazo a su voluntad¹⁹.

También se pactaban por escrito los alimentos²⁰; el compromiso del marido de trasladarse a la patria de la esposa²¹; y la promesa del consorte de no sacar a la mujer de su patria²².

Frente a este abanico de promesas y renunciaciones, donde se daba curso a los deseos y expectativas de parejas que, por motivos que tal vez nunca sabremos, no deseaban continuar la vida en común, es preciso preguntarse si era posible, por voluntad propia, disponer de derechos expresamente consagrados por la legislación, y en los que estaba interesado el orden público.

Mientras algunos no cuestionaban, junto con Elizondo, la viabilidad de las estipulaciones de no continuar la vida maridable contenidas en los tratados matrimoniales²³, otros sostenían que era ineficaz e inútil cualquier pacto en el que se defraudara la potestad del marido y se ofendiera la autoridad privilegiada que tenía sobre la mujer²⁴.

En otros casos, se aceptaba la celebración de los tratados matrimoniales, pero se autorizaba a una de las partes, a desligarse de ellos, mediando justas causas²⁵. En el expediente en cuestión, se declaró

¹⁷ AGN TC L 1 1802.

¹⁸ AGN 177-12.

¹⁹ AGN 53-52.

²⁰ AGN R 15-5.

²¹ AGN 138-25.

²² AHPBA 5-2-17-9.

²³ AGN C 17-7; AHPBA 5-2-17-9.

²⁴ AHPBA 5-2-17-9.

²⁵ AHPBA 5-2-17-9.

que no estaba obligado el marido a cumplir la condición de no mudar de domicilio, porque justas causas lo obligaban a verificarlo.

Una consideración especial merece el tratamiento legal que se le dio al pleito en el que los cónyuges quisieron hacer valer la escritura de separación total y personal de lecho y cohabitación marital, a la que hicimos referencia más arriba. El fiscal en lo civil —Manuel Genaro de Villota—, sostuvo que no era un documento de que pudieran hacer uso las partes para fundar sus respectivas solicitudes, porque constituía un mal ejemplo; porque causaba un perjuicio a la costumbre, y en definitiva, porque era nulo en razón de haber sido otorgado contra la determinación de una ley a la que no se podía, voluntariamente, renunciar. Siguiendo el dictamen de Villota, se resolvió que no solo era diametralmente opuesto a todos los derechos, sino inductivo de un pernicioso ejemplo, perjudicial a las buenas costumbres, y de ningún valor en el fuero interno y externo, concluyendo que así, se autorizaban los excesos de la mujer, y no se ponía remedio por el marido²⁶. En consecuencia, se decidió negarle efectos jurídicos a la escritura.

III. La reconciliación

Los pleitos entre cónyuges constituyen un escenario donde se debaten las miserias humanas, donde el individuo llega a divulgar sus sentimientos más íntimos, donde finalmente, confronta sus expectativas con la realidad que le tocó vivir.

Empapado de ese estado de ánimo, acerca sus quejas a la justicia, y en medio de demandas y contestaciones, vistas y traslados, transcurren largos meses y años.

Tal vez, una compensación económica, o por qué no, nuevamente el amor, movieron a algunos de nuestros litigantes a intentar la reconciliación.

Febrero afirmaba que en las causas de divorcio no se admitía la conciliación para el efecto de separarse los cónyuges, pero sí para avenirse y vivir reunidos²⁷. La reconciliación podía darse en cualquier tipo de pleito, pero solamente la hemos visto en los de alimentos²⁸; en los pedidos de depósito²⁹ y en las solicitudes de reintegro de la esposa al hogar conyugal³⁰.

²⁶ AGN L 1 1802.

²⁷ Febrero, ob. cit., t. 5-6, p. 31.

²⁸ AGN Espinosa c/Martínez s/alimentos (1804).

²⁹ AGN 99-27; AHPBA 7-1-34.

³⁰ AGN A16-8.

El avenimiento podía instrumentarse por escrito³¹ o en juicio verbal³².

Las partes podían concurrir a la audiencia personalmente³³ o por apoderado³⁴.

Se llegaba a ella, previo arreglo de cuestiones económicas —como la determinación del origen de los bienes del matrimonio³⁵, y el levantamiento del embargo trabado por la esposa sobre los bienes del marido³⁶; u otras de índole afectivo, como la condonación mutua de los agravios e injurias causados³⁷.

El objeto de la reunión se dirigía a “la paz y quietud de los consortes, y a la educación y subsistencia de los hijos”, y a evitar las “perjudiciales y deplorables” consecuencias que regularmente, nacían de estas separaciones³⁸. Se tenía en consideración el número de hijos³⁹.

La reconciliación no parece haber inspirado demasiada confianza a las justicias, las que opinaban que “las personas de baja esfera se reconcilian con la misma facilidad con que se improperan”⁴⁰.

IV. Las carátulas

Las carátulas de los expedientes, en el período que estudiamos, eran casuísticas, por un lado, y tal vez, como consecuencia de esto, a veces, poco reveladoras.

En ocasiones, la carátula se correspondía exactamente con el pedido contenido, como en el caso de los alimentos, o en los pleitos por malos tratamientos, en los que la mujer perseguía el castigo del marido.

Otras veces, el juicio estaba caratulado como “divorcio”, cuando en realidad, perseguía la asignación de una cuota alimentaria⁴¹, o era un recurso de fuerza ante la Audiencia⁴².

³¹ AGN 243-1/2.

³² AGN A16-8:155-18.

³³ AGN Espinosa c/Martínez a/alimentos.

³⁴ AGN 243-1/2.

³⁵ AGN Espinosa c/Martínez s/alimentos.

³⁶ AGN 243-1/2.

³⁷ AGN A 16-8.

³⁸ AGN A 16-8.

³⁹ AGN A 16-8.

⁴⁰ AGN 99-27.

⁴¹ AGN 40-16; 21-28.

⁴² AGN 23-26.

En la mayoría de los casos, los pleitos entablados ante nuestras justicias tenían su correlato con los divorcios planteados ante la Curia.

De vez en cuando, surgían carátulas misteriosas, de las que era difícil inferir que había detrás. Una de ellas era la que decía, “Instancia promovida por Doña... contra su marido... sobre lo que de ella resulta”⁴³. ¿Qué resultaba de ella?

Se trataba del caso de un marido que se había apoderado de la casa edificada, en parte, sobre el terreno propio de la esposa, dejando a esta afuera.

La mujer pedía que se le hiciera entrega de las llaves de la casa, para su habitación y la de sus hijos, reservándose el derecho de alimentos.

Privada de la casa, y desde afuera, se adelantaba a reclamar que se prohibiera entrar al marido durante el pleito de divorcio, y se lo apartara de la administración de los bienes gananciales, “por su mísera situación”.

Otro caso es el del “Testimonio del expediente de la demanda de divorcio puesta por Doña... contra su marido...”⁴⁴, en el que es preciso llegar hasta el final para enterarnos de que la esposa reclamaba alimentos, *litis expensas*, separación de bienes, y la prohibición de salida del país del marido, si no afianzaba las resultas del juicio de divorcio, justamente, en la parte que tocaba a la restitución de la dote, y mitad de los gananciales. Asimismo, bajo la carátula “separación de matrimonio”, se pedían alimentos y *litis expensas*⁴⁵.

V. Las sentencias

Las sentencias en Indias, siguiendo la tradición que prevalecía en cuanto a la formulación en Castilla, no incluyó entre sus cláusulas fundamentos de derecho, pero sí generales referencias a los hechos resultantes de la vista de la causa.

Levaggi dio como ejemplos aquellos en los que se expresaba “atento su mérito y lo que de ella resulta”, o “lo demás que se convino y se ha tenido en consideración”⁴⁶.

⁴³ AGN “G” 16-6.

⁴⁴ AGN 243-1/2.

⁴⁵ AGN M 18-5.

⁴⁶ Levaggi, “La fundamentación de las sentencias en el derecho indiano”, RHD, n.º 6, Bs. As., 1978.

Con esto, se contradecía la disposición de 1768⁴⁷, que prohibía motivar las sentencias; y en la mayoría de los pleitos entre cónyuges abundaron decisiones en las que no se escatimó en este tipo de referencias generales.

Las sentencias fueron fundadas en este tipo de consideraciones, en juicios unidad de domicilio conyugal⁴⁸; alimentos⁴⁹; reclusión⁵⁰; escándalos⁵¹; malos tratamientos⁵² y régimen patrimonial del matrimonio⁵³.

VI. Las partes y el proceso

La audiencia verbal, la reconciliación y los tratados matrimoniales constituyen indicios de que las justicias, sin dejar de lado el perfil de familia ideal delineado cinco siglos atrás, comenzaban a escuchar las voces de cada uno de sus integrantes.

El poder de decisión de las partes en el proceso principiaba a ser tenido en cuenta por quienes administraban justicia en el siglo XVIII, bajo la convicción de que sería muy difícil imponer, a actores y demandados, soluciones, tal vez, ajenas a sus propias realidades, y mucho más ventajoso contar con la colaboración de quienes eran interesados directos.

De esta forma, había oídos atentos a los reclamos de marido y mujer en forma individual; y una conciencia de que, tal vez, respetando decisiones tomadas por ellos mismos con anterioridad a la instancia judicial, o durante el mismo proceso, se lograría la paz y armonía conyugal a la que tanto se aspiraba.

⁴⁷ Real Cédula de Carlos III del 23-6-1768, recogida por la Novísima, XI-XVI-8.

⁴⁸ AGN 196-5.

⁴⁹ AGN TC L 1 1802: 53-52.

⁵⁰ AGN TC CI 1800.

⁵¹ AHPBA 7-1-34; 5-3-43-9.

⁵² AHPBA 5-5-80-31; 7-1-86-13.

⁵³ AGN 117-7; TC A 1 1800.

Capítulo 15

EL DERECHO INVOCADO EN LOS PLEITOS ENTRE CÓNYUGES

Las partes en sus escritos, los fiscales y asesores, y en contadas ocasiones los jueces, acudían a la cita de distintas fuentes del derecho.

En una cuestión como era la de los deberes y derechos conyugales, los que no estaban explícitamente desarrollados en las disposiciones reales en su totalidad, cobraba importancia recurrir a las otras fuentes del derecho, como la doctrina jurídica y canónica, el pensamiento de los teólogos morales, y en menor medida, los principios generales del derecho y la costumbre.

Saber cuáles fueron los cuerpos legales más citados, qué opiniones fueron invocadas con asiduidad, y el propio peso que tenían los antecedentes judiciales en cada pleito, nos ayuda a comprender algo más acerca del derecho de familia en el siglo XVIII y principios del XIX.

I. Derecho castellano

La primera aproximación al derecho castellano era la cita genérica, la que se refería, sin duda, al conjunto de normas vigentes en la península, pero sin indicar con precisión de cuál se trataba. De esta manera, la invocación que "flotaba" servía para atribuir mayor peso a la postura que se pretendía imponer. Y así, encontramos alusiones a "nuestras antiguas leyes"¹; "nuestras leyes y repetidas reales cédulas"; "varias reales provisiones"; "las leyes más modernas"; "las reales disposiciones"²; "el mérito de las leyes"³ y "el derecho vulgar"⁴.

¹ AGN 290-12.

² AGN 196-5.

³ AHPBA 7-5-12-18.

⁴ AHPBA 5-2-17.

En otros casos, arriesgaban un cuerpo legal, y a veces, aún indicaban ley, título y libro.

Los cuerpos legales más citados, fueron los siguientes:

A) *Partidas*

Letrados, asesores y jueces, manejaban muy bien las Partidas, como lo prueba el hecho de que fueran citadas con asiduidad, aunque no siempre precisando la Partida, título o ley exacta⁵.

Las más mentadas, eran la cuarta y la séptima, en las que encontramos disposiciones sobre el matrimonio, el adulterio y la bigamia⁶. También, en alguna oportunidad, se invocó la tercera⁷ con relación a la muerte del ausente.

B) *Fuero Real*

Fue citado, en general, con respecto al régimen patrimonial del matrimonio⁸ y con relación a la pena del bigamo⁹.

C) *Leyes de Estilo*

También utilizadas en sentido general en el tema del régimen patrimonial del matrimonio¹⁰.

D) *Ordenanzas Reales de Castilla*

Invocadas con respecto al derecho del marido de fijar el domicilio conyugal¹¹.

⁵ AGN C17-13.

⁶ P. 4, t. 19, ley 2; P. 9, t. 2, ley 7; AGN 243-1/2; 103-10; 9-8 AHPBA 7-1-85-1; -113; AGN 155-18. P. 7, L16, ley 18; AGN 155-18; 17-5 y 16 AHPBA 5-5-78-28.

⁷ 14-4-3; AHPBA 7-1-85-1.

⁸ 1 y 2-3-3; AGN TC A 1 1800.

⁹ 11-3-3; AHPBA 7-1-85-1.

¹⁰ Leyes 203 y 205; AGN TC A 1, Año 1800.

¹¹ 29-2-4. Pasó a la Novísima como 13-1-6; AHPBA 5-2-17.

E) *Nueva Recopilación de las Leyes de España (1567)*

Sus normas fueron recordadas en el tema de la bigamia¹² y con relación a algunos aspectos del proceso¹³.

F) *Reales cédulas y pragmáticas*

Fueron frecuentes las citas de la Real Cédula del 22 de marzo de 1787 —incluida en la Novísima— sobre competencia de la justicia civil en las cuestiones patrimoniales derivadas del matrimonio¹⁴, a veces, sin mencionarla expresamente, pero refiriéndose a sus prescripciones; y la Pragmática sobre Oficios útiles de 1786¹⁵.

Acerca de la aplicación de esta pragmática se decía que aunque no había sido publicada en Indias, ella regía en defecto de ley escrita en el derecho municipal, y con más vigor por tratarse de una ley que tenía por objeto el bien general del estado¹⁶.

Otra real cédula, citada con regularidad, fue la del 8 de setiembre de 1776 sobre juez competente en el delito de doble matrimonio, que establecía que los tribunales de la Inquisición debían conocer, peculiar y privativamente, de este delito¹⁷. También, la del 10 de agosto de 1788 sobre el conocimiento en los delitos de poligamia, que disponía que el Tribunal del Santo Oficio debía imponer al reo de bigamia las penas puramente correctivas, penitenciales y medicinales, y la justicia real las otras más graves como vergüenza pública, azotes, presidio, galeras y otras¹⁸.

En una sola oportunidad, vimos citar dos disposiciones del 7 y 19 de marzo de 1777 sobre protección, subsistencia y fomento del Colegio de Niñas Huérfanas y Casa y Colegio de la Misericordia de Buenos Aires, respectivamente¹⁹, con relación a un pleito sobre depósito.

También, por única vez, se invocó una real provisión dada el 18 de enero de 1771 a la Audiencia de La Plata, sobre reunión de los casados²⁰.

¹² Leyes 5, 6 y 7-1-5; AGN 155-18.

¹³ 9-6-4; AHPBA 5-2-12-83: "Que con presentar cada una de las partes dos escritos, sea habido el pleito por concluso para recibir a prueba o definitiva aunque las partes no concluyan".

¹⁴ AGN C17-13; V7-18; A 17-7; AHPBA 5-2-22-5.

¹⁵ AGN B7-20; C17-13.

¹⁶ AGN B7-20.

¹⁷ Cedulario de la Real Audiencia de Buenos Aires, La Plata, 1929.

¹⁸ AGN 155-18.

¹⁹ AGN 117-7.

²⁰ AGN 196-5. Esta disposición no pudo ser encontrada en los repertorios compilados.

II. El derecho canónico

También existió en esta esfera la cita genérica, como por ejemplo, la que se refería a las "leyes divinas y eclesiásticas"²¹; o la más circunscrita a "las leyes canónicas"²².

No faltaron en los juicios civiles quienes trajeran a colación el Antiguo y el Nuevo Testamento²³, con relación al deber de sujeción de la mujer al marido.

Entre los textos canónicos se fundó alguna pretensión, en una decretal de Inocencio III, acerca de la posibilidad de acusar por adulterio, por medio de un procurador²⁴.

III. El derecho romano

El foro, "un ámbito generalmente dominado por las formas y estilos rutinarios", nos proporcionó, a través de los escritos judiciales, "interesantes muestras de la supervivencia en el setecientos del Derecho Romano", tanto cuando se trataba de fundar derechos y acciones como para la interpretación de las leyes reales²⁵.

Tal había sido el arraigo de este derecho, en jueces, asesores y abogados, que un auto acordado del Consejo de Castilla del 4 de diciembre de 1713 había llegado a denunciar que "en contravención de lo dispuesto se denuncian y determinan muchos pleitos en los Tribunales de estos reinos, valiéndose para ello de doctrinas de libros, y autores extranjeros, siendo mucho el daño que se experimenta de ver despreciada la doctrina de nuestros propios autores, que con larga experiencia, explicaron, interpretaron y glosaron las referidas leyes, ordenanzas, fueros, usos y costumbres de estos reinos"²⁶.

A pesar de esta prohibición, letrados, jueces y asesores, no pudieron "escapar a la necesidad profesional, o a la tentación erudita, de acudir a latines bien o mal empleados según los casos", y hubo hasta quien directamente citó a Cicerón²⁷.

²¹ AGN TC L1 1800-1809; AHPBA 5-2-17.

²² AHPBA 5-2-17 y 5-2-22-5.

²³ Génesis, cap. 3 y 5 AGN 40-16; AHPBA 5-2-17 y San Pablo a los corintios; AHPBA 5-2-17.

²⁴ AHPBA 5-5-80-31.

²⁵ Levaggi, "Derecho Indiano y Derecho Romano en el siglo XVIII", *Anuario Histórico Jurídico-Ecuatoriano*, n.º 5, Quito 1980, p. 301.

²⁶ Levaggi, *Derecho Indiano...*

²⁷ AHPBA 5-2-17.

En consecuencia, abundaban en los expedientes judiciales, aforismos jurídicos y axiomas legales, como los siguientes:

a) *Exemplis non est iudicandum*²⁸; *Non exemplis, sed legibus est iudicandum*: no con ejemplos, sino con leyes, juzgan los jueces.

b) *Iuris delicti una pena*²⁹; *Nemo debet bis puniri pro uno delicto*: a nadie se castigue dos veces por un delito.

c) *Generi per speciem derogatur*³⁰: el género se deroga por la especie³¹.

A pesar de que la Ilustración renegó del Derecho Romano, estas citas nos demuestran que nuestros letrados recurrieron asiduamente a él en sus escritos, y que los jueces se guiaron por ellas para dictar sus sentencias, tanto en España como en Indias, hasta tal punto, que Levaggi lo ha considerado, todavía en el setecientos, un importante elemento formativo del *corpus iuris indiarum*³².

IV. El derecho indiano

Pocas eran las normas sobre relaciones conyugales consagradas en las leyes indianas, pero hubo una cuestión para la que necesariamente, el derecho indiano tuvo que encontrar nuevas soluciones: el problema de los casados ausentes.

En atención a ello, las partes y los jueces acudieron en busca de sus disposiciones en el tema de la unidad de domicilio conyugal³³ y con referencia a la bigamia indígena³⁴.

También se citaron bandos de buen gobierno dirigidos a que los casados se restituyeran a su domicilio³⁵.

²⁸ AGN 141-7.

²⁹ AHPBA 5-5-80-31.

³⁰ AGN 61-18.

³¹ Todas las traducciones de a), b) y c), en Gella Iturriaga, José, *Refranero jurídico español*, Trivium Editorial, Madrid, 1987. Otros aforismos utilizados fueron: *Qui non farit quod debet non recipit quod oportet*; *qui osequim debitum minime prostare vulv, receptum non est alimenta sibi debita* (AGN 243-1/2); *quie mellius est in tempore occurrere quam post vulneratam causam medeman querere* (AGN 243-1/2) y *quod est per se malum semper est malum* (AHPBA 7-1-97-32).

³² Levaggi, *Derecho Indiano...*

³³ RLI, lib. 8, t. 3, ley 7; AGN 196-5.

³⁴ RLI, lib. 4, t. 1, ley 6, AGN 61-18; 190-21.

³⁵ Bando del 9-9-1777; AGN 110-16.

V. La doctrina

La doctrina de los autores tuvo una función clave en la estructura jurídica de los siglos XVI a XVIII, probablemente porque “dentro de la jurisprudencia casuista, dominante entonces, en la cual los casos o situaciones eran examinados a la luz de su propia peculiaridad, la doctrina era el depósito del saber jurídico, en donde se encontraban los elementos para apoyar la decisión”³⁶.

Muchas veces, las alusiones eran generales, nombrando a sus representantes como “los doctores”³⁷; “nuestros regnícolas”³⁸; “la doctrina de nuestros prácticos criminalistas”³⁹; “un autor moderno”⁴⁰; “nuestros autores”⁴¹; “los juristas”⁴²; “los prácticos”⁴³; “los clásicos autores”⁴⁴; “la doctrina corriente de nuestros tratadistas”⁴⁵; “los doctores y maestros”⁴⁶; “los libros”⁴⁷; “los autores”⁴⁸, o simplemente, “la doctrina de los autores”⁴⁹. En ocasiones se discriminaba según el origen de los autores, aludiendo a “los juristas extranjeros”⁵⁰, o precisando a Abad y Bartolo⁵¹.

En otras oportunidades, a pesar de no indicarse el nombre, podía inferirse de quién se trataba, pues había temas en los que eran bien conocidas determinadas opiniones.

En una cuestión tan poco sistematizada por el derecho real e indiano, como la de los deberes y derechos entre cónyuges, tenía enorme cabida la elaboración doctrinaria. Así lo ha expresado Tau Anzoátegui, al decir que “el influjo de la opinión era mayor en aquellas materias donde la ausencia de normas legales y consuetudinarias precisas, daba lugar a la controversia”. En consecuencia, “el abogado, el moralista o

³⁶ Tau Anzoátegui, *La doctrina...*

³⁷ AGN 282-4; AHPBA 5-5-80-31 y 5-2-17.

³⁸ AGN 282-4.

³⁹ AGN 290-12.

⁴⁰ AHPBA 7-5-12-8.

⁴¹ AHPBA 5-5-80-31.

⁴² AHPBA 5-5-80-31.

⁴³ AHPBA 5-5-80-31.

⁴⁴ AHPBA 5-2-17.

⁴⁵ AGN 243-1/2.

⁴⁶ AGN 243-1/2.

⁴⁷ AGN TC AI 1801.

⁴⁸ AHPBA 5-5-78-9.

⁴⁹ AHPBA 5-2-22-5.

⁵⁰ AHPBA 5-2-17.

⁵¹ AHPBA 5-2-17.

el juez —cada uno en su actividad específica— debían apoyarse en las opiniones de los autores”⁵². Sin embargo, la doctrina no tuvo la misma presencia y fuerza en todas las ramas y materias jurídicas.

A) Los autores de derecho castellano e indiano

Sin lugar a dudas, el autor de derecho castellano más citado fue un práctico, Francisco Antonio de Elizondo, con su “Práctica Universal Forense”.

A veces, se lo individualizaba por su nombre y apellido, mientras que en otras oportunidades, solo se exponían sus opiniones⁵³.

También se mentaba, aunque con menos frecuencia, a Gregorio López; Diego Pérez; Juan López de Palacios Rubios —con relación al tipo de subordinación de la mujer al marido—; Antonio Gómez; Diego de Covarrubias; Juan Gutiérrez; el Conde de la Cañada en el tema de la competencia de los tribunales eclesiásticos y Castillo de Bovadilla en la cuestión del domicilio del litigante⁵⁴.

Entre los criollos, se acudía a la opinión de Juan de Solórzano Pereyra con referencia a la obligación de la mujer casada de seguir al marido⁵⁵.

En la “Política para corregidores y señores de vasallos”, —de Castillo de Bovadilla— obra que gozaba de un reconocido papel como guía de gobernantes y jueces en España e Indias durante los siglos XVII y XVIII —se afirmaba que la opinión común de los doctores debía guiar al juez, no debiendo este desviarse de sus determinaciones y sentencias—⁵⁶.

Sin embargo, en el siglo XVIII, al compás de las nuevas ideas, fueron atacadas la doctrina de los autores, junto con el arbitrio de los jueces. Las quejas estaban dirigidas a que la doctrina había sido uno de los baluartes que había permitido a los juristas monopolizar el conocimiento del derecho y la administración de justicia, asegurándose de este modo, un gran poder social y económico.

Como contrapartida, se postulaba la elaboración de cuerpos legales, comprensivos, breves y claros, que dando certeza al derecho, librasen a la sociedad de la opresión de los juristas⁵⁷.

⁵² Tau Anzoátegui, *La doctrina...*

⁵³ AGN C17-13; 243-1/2; 40-16; AHPBA 5-5-80-31.

⁵⁴ AHPBA 5-2-17.

⁵⁵ “Aunque fuera en la cárcel y en el destierro y en todas las incomodidades”; AHPBA 5-2-17.

⁵⁷ Tau Anzoátegui, *La doctrina...*

A pesar de esta crítica demoledora y de las expresiones condenatorias, "la doctrina de los autores subsistió aiosamente, tanto en la didáctica jurídica como en la actividad profesional y en el modo de juzgar". Los mismos letrados poseían estas obras en sus bibliotecas, y muchas de ellas, eran reeditadas constantemente, lo que da cuenta de la frecuencia de su uso en los estados judiciales.

B) Doctrina canónica

También los canonistas eran citados, en general, como "los teólogos"⁵⁸, y Roberto Peña ha sostenido que eran constantemente invocados en la interpretación del texto legal, en la formulación de la costumbre, en la conveniente apreciación del caso, en el estilo judicial, y en los modos de abogar y sentenciar⁵⁹.

Aunque Peña se refiere al papel de los canonistas con relación a los pleitos planteados ante las curias, creemos que, dada la asiduidad de las citas de estos autores, les cupo un papel relevante aun en los tribunales civiles.

El canonista más citado fue Tomás Sánchez, autor de la obra *Controversia de Sancti Sacramenti Matrimonii*, cuya opinión no solamente era tenida en cuenta en los pleitos sobre divorcio y nulidad de matrimonio suscitados ante los tribunales religiosos, sino también en las cuestiones derivadas del sacramento entabladas ante nuestras justicias⁶⁰.

Asimismo, se citaba a San Agustín⁶¹, al padre Avendaño con su *Thesaurus Indico*⁶², a Azevedo, Calmet, Molina, Peláez, Navarro, Díaz de Lugo, Juan de Montealegre, Salmerón, Laynes, Vergara⁶³, Pereira y Salgado⁶⁴.

⁵⁸ AHPBA 5-2-17.

⁵⁹ Peña, Roberto, "Fuentes del Derecho Indiano. Los autores Anacleto Reiffenstuel y el *lus Canonicum Universum*", Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, t. XXXVI, Córdoba, 1987, pp. 111/160.

⁶⁰ Peña, ob. cit., en nota anterior, y Molina, Raúl, *La familia porteña en los siglos XVII y XVIII. Historia de los divorcios en el período hispánico*, Fuentes Históricas y Genealógicas Argentinas, Buenos Aires, 1991. Cabe señalar que se ha hecho un uso limitado de este trabajo de Raúl Molina, por haberse ocupado este autor exclusivamente de pleitos planteados ante los tribunales eclesiásticos, AHPBA 5-5-80-31; 5-2-17; 5-5-78-18. Se lo tuvo en cuenta al discutirse si el juicio de divorcio era criminal o civil, y traerse a colación su opinión en el sentido de que no se podía acusar al marido en los dos tribunales.

⁶¹ AHPBA 5-2-17.

⁶² AHPBA 5-2-17.

⁶³ AHPBA 5-2-17.

⁶⁴ AHPBA 7-5-12-18.

VI. La práctica forense

Creemos que bajo esta denominación se invocaba la costumbre observada al litigar, y en este sentido, algunos se referían simplemente a "la práctica"⁶⁵; otros al "estilo y práctica de Madrid"⁶⁶, no faltando quien, utilizando la terminología de Elizondo, se refiriera a "la práctica universal forense"⁶⁷.

A la práctica, "a lo establecido y experimentado", se le concedía un especial valor, en una época de auge de los conocimientos prácticos, en la que se partía de la presunción de que lo que había sido observado por mucho tiempo era útil y justo⁶⁸.

VII. La costumbre

Poca cabida tuvo la invocación de la costumbre en los pleitos entre cónyuges, y en las escasas oportunidades en que hemos encontrado su mención, ha sido para referirse a una costumbre procesal⁶⁹; a la costumbre de llamar civiles a los juicios de divorcio por sevicia, adulterio y herejía⁷⁰; o a lo pernicioso que sería para la costumbre admitir judicialmente una escritura de separación total y personal de lecho y cohabitación marital⁷¹.

Creemos que en ningún caso la costumbre fue citada para fundar algún derecho o deber entre forma expresa.

VIII. Otras fuentes

Además de las fuentes mencionadas, aparecían, de tanto en tanto, invocaciones a la razón⁷², porque bajo el amparo de la Ilustración, este argumento comenzó a "enseñorearse sobre el de la autoridad",

⁶⁵ AGN TC A 1 1801. 117-7; 133-16.

⁶⁶ AHPBA 7-5-12-8.

⁶⁷ AGN 40-16.

⁶⁸ Cit. por Levaggi, Abelardo, *El concepto de derecho según los fiscales de la Segunda Audiencia de Buenos Aires. (1784-1810)*, Revista chilena de Historia del Derecho, n.º 14, 1985, p. 246.

⁶⁹ Se refirieron al "uso y costumbre", AGN 290-12.

⁷⁰ AHPBA 5-5-80-13.

⁷¹ AGN TC L1 1802.

⁷² AGN TC L1 1800; TC A1 1800; AHPBA 7-5-12-8 y 5-5-80-31.

que constituía un laberinto del cual "sólo se podía salir ayudado por la razón natural y buen sentido"⁷³.

Otras veces, aparecía el criterio de la "justicia"⁷⁴; "la equidad"⁷⁵, "el espíritu de las leyes"⁷⁶; "la sana moral"⁷⁷; "las intenciones del rey"⁷⁸; y hasta "los principios más obvios del derecho"⁷⁹.

A veces, se encuentran citas insólitas en estos expedientes judiciales, como por ejemplo, cuando en un pleito sobre el depósito judicial de la esposa, se trae a colación la fábula de la rana y la mariposa de Esopo⁸⁰.

¿La imaginación, y las ganas de vencer en el juicio, no tenían límites para algunos.

IX. Los resultados

Conscientes de que fue mínima en nuestros antecedentes castellano-indianos, la regulación jurídica de los deberes y derechos conyugales, creemos sin embargo, que los letrados y las justicias conocían perfectamente lo poco que tenían a su disposición.

Aún sin contar con un cuerpo legal comprensivo de todas las prerrogativas de marido y mujer, la tarea de actores, demandados y jueces fue suficiente para esbozar un esquema, a partir del cual, cada uno de ellos supiera a qué estaban obligados y a qué podían aspirar esposos y esposas.

Las escasas normas jurídicas diseminadas a lo largo de unos cuantos ordenamientos jurídicos dictados, básicamente, a través de seis siglos; y la labor integradora de la doctrina de los autores que se ocupó de algunos de esos temas, aunque fuera tangencialmente, bastaron para que ambos cónyuges hicieran uso de esos derechos, y arrimaran sus reclamos a los estrados judiciales.

Y esa misma actividad procesal fue el elemento que completó el cuadro de los deberes y derechos conyugales, y el que, en definitiva, contribuyó para enseñarnos algo más sobre la familia indiana, lo que equivale a decir, algo más sobre nosotros mismos.

⁷³ Tau Anzoátegui, *La doctrina...*

⁷⁴ AGN TC L1 1800-1809.

⁷⁵ AHPBA 5-5-80-31 y 5-2-22-5.

⁷⁶ AGN TC A 1 1800; AHPBA 5-2-17.

⁷⁷ AHPBA 5-5-78-28.

⁷⁸ AGN 21-19.

⁷⁹ AHPBA 7-3-116-47.

⁸⁰ AGN TC C1 1800-180.

I. El papel de las justicias en las relaciones conyugales

Justicias capitulares, reales y Audiencia se mostraban guardianas de la armonía y paz conyugal, defensoras de la unión de los cónyuges y de la continuidad de la vida matrimonial.

Elizondo sostenía que "como no es posible darse separación voluntaria de los cónyuges sin escándalo, el cual están obligados a evitar las potestades temporales, nace de estos principios su capacidad de conocer sólo el hecho de la reunión de los matrimonios separados o divertidos, sin perjuicio de la potestad eclesiástica"¹.

En consecuencia, autoridades civiles y eclesiásticas tenían obligación de colaborar en la represión de los escándalos públicos.

Ya hemos visto las atribuciones específicas de la Audiencia para hacer cumplir las normas que obligaban a los casados a convivir²; pero al mismo tiempo, todos los funcionarios que administraban justicia se consideraban defensores de las relaciones familiares; y de esta manera, vimos interviniendo en ellas, a los oidores³; alcaldes de primer y segundo voto⁴; alcaldes de la Santa Hermandad⁵; defensores generales de pobres⁶; asesores y hasta el mismísimo Sobremonte cuando era gobernador intendente de Córdoba⁷.

¹ Elizondo, ob. cit., t. III, p. 359.

² Cap. 9.

³ AGN TC "C" 1 1802; "G" 14-20 y AHPBA 7-2-104-12.

⁴ AGN "G" 16-16; A 16-8.

⁵ AGN 249-10.

⁶ AHPBA 7-2-104-12.

⁷ AGN A 16-8.

Los valores que trataban de preservar eran la paz y quietud de la institución matrimonial⁸; la superioridad del marido sobre la mujer⁹ y la inobjetablez de la conducta de la esposa. Así se consultaría a la educación y subsistencia de los hijos, "evitándose las consecuencias que regularmente nacen de estas separaciones"¹⁰.

La conducta, pública y privada, de una pareja era valorada a la luz del ejemplo que podía proporcionar a la sociedad, ya que los desórdenes y las discusiones conyugales "no sólo perjudican el público ejemplo sino que también son enfermedades civiles que en oprobio de la dulce armonía maridable forma el más perjudicial contagio de la desunión"¹¹.

Así, se intimó a una esposa denunciante de sevicias, a que "arregle en lo sucesivo la conducta privada de su familia y cabeza a quien debe sujetarse, y a la pública relativa al buen ejemplo que debe dar a todos"¹².

En definitiva, lo que las justicias esperaban de las relaciones conyugales, era lo que la sociedad esperaba de la familia.

La conducta de la pareja era vigilada bien de cerca. Los funcionarios se encomendaban unos a otros, "estar a la mira de la conducta" de los matrimonios¹³; a los cónyuges "manejarse con prudencia y moderación, absteniéndose uno y otro de las discordias con que han molestado en los tribunales de justicia"¹⁴.

Los litigios entre esposos eran mal vistos por las justicias, las que los percibían como una molestia hacia el tribunal.

Eran los magistrados los que debían poner remedio a los desórdenes, vigilando estrechamente el comportamiento de las partes¹⁵; "poniendo quietud en las continuas discordias que motivan los recursos interpuestos"¹⁶; y en definitiva, "evitando escándalos y proporcionando los remedios más suaves para el establecimiento de la unión de los matrimonios"¹⁷.

Las normas canónicas prescribían que la mujer, durante el pleito de divorcio, debía estar depositada, y la justicia secular se ocupaba de que estas normas se cumplieran estrictamente.

⁸ AGN 16-8.

⁹ AGN 40-16.

¹⁰ AGN A 16-8.

¹¹ AGN 14-20.

¹² AHPBA 7-1-81-4.

¹³ AGN A16-8; G15-9 y AHPBA 7-2-104-12.

¹⁴ AGN 40-16.

¹⁵ AGN 249-10.

¹⁶ AGN R15-5.

¹⁷ AGN TC P2 1807.

La mujer no podía, desde ningún punto de vista, continuar viviendo en su casa como lo había hecho hasta el momento de la ruptura de la cohabitación. Debía estar privada de su soltura y libertad¹⁸, donde guardase el debido recogimiento sin comunicación con su familia¹⁹. Se desconfiaba de su conducta lejos de su familia, se temía que admitiera alguna persona sin el consentimiento de su esposo²⁰; y la menor acción, era índice de desarreglo²¹ y de alguna "veleidad"²². Se sospechaba aun de la cónyuge de aquel desterrado a Montevideo para cumplir la pena de presidio, ya que "por más que se asegure su honradez", la esposa quedaba expuesta a incurrir en la infidelidad²³.

El seguimiento de la conducta de la casada iba más allá del depósito: aun liberada del mismo, era vigilada de cerca por los magistrados²⁴.

II. El control judicial de los deberes y derechos conyugales

Todas las justicias controlaban a las partes acerca del cumplimiento de sus respectivas obligaciones conyugales, aspirando a que ambos consortes se manejaran con "el arreglo que les correspondía"²⁵, y que en definitiva, reinara la paz²⁶ y la unión del matrimonio²⁷.

La compulsión de expedientes nos permitió constatar su intervención en cada uno de los siguientes deberes conyugales:

A) *Deber de convivencia*

Atento lo "estrechas" que eran las providencias del rey para que los casados vivieran en su unión conyugal, se encargaba a virreyes y justicias, que compelieran a hacer vida maridable a los casados²⁸. Esta tarea debía ser efectuada inmediatamente, remitiendo preso al marido si la fianza no asegurase el mandato²⁹.

¹⁸ AGN 40-16.

¹⁹ AGN TC "C", año 1802.

²⁰ AGN A 16-8.

²¹ AGN A 16-8.

²² AGN G 15-9-9.

²³ AHPBA 7-2-104-12.

²⁴ AGN 249-10.

²⁵ AGN TC L1, año 1802.

²⁶ AGN 81-33.

²⁷ AHPBA 5-5-78-9.

²⁸ AHPBA 5-5-78-9.

²⁹ AGN 99-27; AGN 40-13.

De todas las justicias, la Audiencia era considerada la que más propendía a la paz y conciliación de todos, y "a quien corresponde hacer se observe la unión de los matrimonios que ha prevenido la religión y las leyes"³⁰.

Si era la mujer la que se había separado del marido, se la intimaba a que lo siguiera³¹, cuidando de no manejarse con una conducta irregular³², fijándosele un plazo para hacerlo³³. También se entendía que la autoridad pública debía corregir el que un marido permitiera que su mujer se ausentara a otro pueblo, compeliendo a la pareja a la unión, "que no está en sus manos disolver"³⁴.

Otras veces, ambos cónyuges eran objeto de advertencias, encomendándose las justicias unas a otras, estar a la mira de la conducta de los dos, apercibiéndolos que en lo sucesivo vivieran "en la unión correspondiente a su estado"³⁵.

Partes, jueces y letrados estaban de acuerdo en que era propio de las "altas facultades de los funcionarios, tomar las disposiciones oportunas para la unión de los matrimonios"³⁶.

B) *Deber de obediencia*

Se celaba de cerca la conducta de la esposa³⁷, conteniendo y aquietando a la que no se sujetaba³⁸, y practicando las averiguaciones correspondientes³⁹.

C) *Deber de respeto*

Las justicias controlaban que el marido tratase a la mujer con el debido amor y "razón del matrimonio"⁴⁰.

³⁰ AHPBA 5-2-17-9.

³¹ AGN 99-27; 40-13.

³² AHPBA 5-3-43-19.

³³ AGN 53-52.

³⁴ AGN 138-25.

³⁵ AGN 61-18.

³⁶ AGN TC L 1 1802.

³⁷ AHPBA 7-1-34.

³⁸ AHPBA 5-3-43-19.

³⁹ AGN 108-16.

⁴⁰ AHPBA 5-5-80-31.

D) *Deber de fidelidad*

Se ordenaba que cesaran las relaciones extramatrimoniales, y que el cónyuge que se sustraía a este deber, acatase la obligación de hacer vida maridable, sosteniendo a su familia legítima⁴¹.

E) *Deber de asistencia*

Intervenían en la ejecución de la obligación, fijando alimentos⁴².

F) *Débito conyugal*

Nos remitimos a lo expuesto, al ocuparnos de este deber en especial⁴³.

III. La denegación de justicia

La otra cara de estos magistrados, cuidadosos del cumplimiento de los deberes matrimoniales, la constituían aquellos que se negaban a escuchar los reclamos que se les planteaban, minimizando las reyerías y desamparando a algunas de las partes.

En una oportunidad se acusó al alcalde de segundo voto de denegar justicia en una solicitud de alimentos⁴⁴; mientras que en otra, una mujer que acusaba por malos tratamientos al marido, se quejaba, amargamente, que el alcalde de su pago le contestó diciendo que ya se había casado, "que se aguante"⁴⁵.

En general, en escasísimas oportunidades, llegaba a los expedientes judiciales alguna manifestación de este tipo, y en la mayoría de los casos, las quejas daban lugar a la iniciación de una demanda, en la que ambas partes tenían oportunidad de hacer valer sus derechos.

⁴¹ AGN 96-31.

⁴² AGN TC L1 1802; AHPBA 5-2-22-5 y otros expedientes citados en el cap. 7.

⁴³ Cap. 7.

⁴⁴ AHPBA 5-2-22-5.

⁴⁵ AGN TC M8 1811.

IV. Las nuevas ideas del siglo XVIII y su influencia sobre la familia

El período objeto del presente trabajo coincide con el surgimiento de las nuevas corrientes ideológicas.

Este cambio giraba alrededor de una nueva valoración de lo económico, de un "afán de novedades", un nuevo interés por el estudio de la naturaleza, una mayor libertad de trabajo y de comercio, un espíritu crítico, la tolerancia religiosa, el regionalismo, el indigenismo, y la difusión de ideas revolucionarias, factores todos ellos que oscilaron en un equilibrio inestable, en el que las tendencias se entrecruzaron permanentemente⁴⁶.

En el aspecto social, Antonio Domínguez Ortiz sostuvo que se relajó la tensión estamental que había alcanzado niveles altísimos, aflojándose los antagonismos. Esta actitud se evidenció a través de la disminución de los pleitos y cuestiones de tratamiento, precedencias, doseles, cojines, y otras. Es que, según el mismo autor, "cada cual sintió menos codiciado, menos amenazado su puesto; pues lo que se ocultaba tras aquellas fórmulas y ceremonias era el papel de cada cual en el seno de una sociedad jerárquica en la que el honor estaba ligado a la defensa del nivel adquirido y a la posibilidad de ascender al superior"⁴⁷.

Estas tendencias, que se entrecruzaban permanentemente, consistían en la coexistencia de la tradición y el pasado con el anhelo de cambios y la permeabilidad a todas las novedades; rasgo característico del siglo XVIII español, "trabajado por corrientes opuestas que chocan de continuo, que chocan tan violentamente que a veces confunden a sus aguas para arrastrar o impulsar elementos ajenos a sus respectivos caudales"⁴⁸.

Entre nosotros, "el hecho de que el movimiento ilustrado comenzase a manifestarse tardíamente en América, no significa que la sociedad criolla fuese totalmente ajena a esas ideas, por el contrario, puede afirmarse que antes de que se manifestase públicamente el afán de renovación, sus efectos se habían dejado sentir en determinadas actitudes individuales y colectivas"⁴⁹.

En consecuencia, el siglo XVIII rioplatense encajó en el marco del español, y actuaron aquí las mismas fuerzas que allí, pero modificadas al conjuro de las circunstancias locales⁵⁰.

Sin embargo, en pleno siglo del Iluminismo, la legislación sobre el matrimonio, que se remontaba a la Edad Media y Moderna española, se mantuvo sin presentar grandes modificaciones. Esta permanencia de las normas jurídicas, marca un contraste con las tendencias predominantes en la sociedad, y en este sentido, Mariluz Urquijo expresó que si bien los tratadistas seguían atendiendo a asegurar la unidad del núcleo familiar o la autoridad de su jefe, dedicaban en ese momento mayor cuidado en contemplar los intereses individuales de sus integrantes. El hombre, según el mismo autor, "no sólo busca franquicias en lo político y en lo económico sino en su propia familia"⁵¹, y movido por ese deseo tendía a admitir formas de convivencia más flexibles y a reducir la heterogeneidad de sus componentes.

Es por ello que es necesario hacer referencia a la presencia o ausencia del individualismo en las relaciones conyugales.

Lawrence Stone ha explicado que a finales del siglo XVII y en el XVIII se hizo patente una tendencia hacia una mayor libertad para los hijos y una relación mucho más equitativa entre los esposos, encontrando la justificación del cambio en un mayor alejamiento por parte de la familia central, de la interferencia o el apoyo de los parientes, y un mayor aislamiento de la comunidad. Al mismo tiempo, se desarrollaron relaciones afectivas mucho más cálidas entre los esposos y entre padres e hijos.

Un cambio en la forma de considerar al individuo con relación a la sociedad, y una modificación de su propio comportamiento y manera de sentir con respecto a otros seres humanos —en especial su esposa e hijos, por una parte; y sus padres y parientes por la otra— determinó que se comenzara a hablar del individualismo como una de las nuevas corrientes del siglo XVIII⁵².

El individualismo, según Stone, significó dos cosas muy diferentes: en primer lugar, una introspección e interés crecientes en la personalidad individual; y en segundo lugar, una exigencia de autonomía personal, y un respeto a los derechos individuales de privacidad, autoexpresión y libre ejercicio de su voluntad dentro de los límites establecidos por la necesidad de cohesión social.

⁴⁶ Mariluz Urquijo, *El Virreinato del Río de la Plata en la época del Marqués de Avilés. (1799-1801)*, Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 1964.

⁴⁷ Domínguez Ortiz, ob. cit., p. 326.

⁴⁸ Mariluz Urquijo, *Perfil...*

⁴⁹ Gonzalbo Aizpuru, ob. cit., p. 211.

⁵⁰ Mariluz Urquijo, *Perfil...*

⁵¹ Mariluz Urquijo, *Victorián de Villava*.

⁵² Stone, ob. cit., pp. 123/126.

El individuo comenzó a interesarse por sí mismo, al tiempo que los demás lo reconocían como ser único.

Michael Anderson, basándose en los trabajos de otros autores como Shorter y Flandrin, afirmó que el creciente individualismo fue acompañado de una creciente diferenciación de la familia conyugal como unidad social privada y aparte, y de un creciente hincapié en la autonomía y los derechos individuales, al tiempo que disminuyó el papel de los intereses familiares y se empezó a prestar mayor importancia a la emoción como base de las relaciones⁵³.

¿Incidieron estas nuevas ideas en la consideración acerca de los deberes y derechos conyugales? ¿Se trasladaron a los pleitos entre esposos, el individualismo, la flexibilidad de la convivencia, el respeto hacia la libertad del hombre?

Para contestar a esa pregunta es necesario efectuar las siguientes consideraciones:

En primer lugar, a pesar de que se respiraran aires de renovación, nada cambió en cuanto a las normas que se debían aplicar: Las Partidas, las Ordenanzas Reales de Castilla, las Leyes de Toro y la Recopilación de 1567, que estructuraron una familia de fuerte cohesión y sometida a la autoridad patriarcal del esposo y padre, y que fueron dictadas a partir del siglo XIII, siguieron vigentes hasta bien entrado el siglo XIX.

En segundo lugar, coexistieron tendencias tradicionales y renovadoras, dando lugar a lo que Mariluz Urquijo describiera como una España "bifronte, un nuevo Jano"⁵⁴, y su espejo, un Virreinato del Río de la Plata en el que no todo cambió de un día para otro.

Desde el resquicio que nos proporcionan los pleitos entre cónyuges, el tan mentado individualismo no logró abrirse paso.

No se cuestionó la superioridad del sexo masculino, y se impuso la obligación de la mujer de bajar la cabeza ante el marido. Se la vigilaba de cerca, como si se temiera que, aflojando la cuerda que la ligaba al esposo, se transformase en una libertina, una licenciada, una "ligera". Para quienes administraban justicia en el siglo XVIII, la única posibilidad de que la mujer mantuviera su reputación, era al lado del marido, o en el depósito. Lejos del consorte, azotaba las calles⁵⁵, era infiel, perdía el honor⁵⁶.

⁵³ Anderson, ob. cit., p. 44.

⁵⁴ Mariluz Urquijo, *Perfil...*

⁵⁵ AGN 40-16.

⁵⁶ AHPBA 7-2-104-12.

Las mujeres accedían a los estrados judiciales, peleaban por lo que consideraban les correspondía, reaccionaban contra la crueldad de aquellos maridos que querían imponer su autoridad con violencia, pero no cuestionaron la superioridad del sexo masculino. Simplemente justificaban sus actitudes en el exceso, en la falta de moderación, en la desproporción entre la conducta cuestionada y la disciplina física, pero en pleno siglo XVIII y comienzos del XIX no se discutió la distribución de roles tradicional.

Al mismo tiempo, y como manifestación de la simultaneidad de estas viejas y nuevas ideas, de este "tira y afloje"; de estas "fuerzas centrípetas y centrífugas", algunas de estas mujeres se animaron a cuestionar la injusta asignación de funciones femeninas y masculinas. Eran las menos, las pocas que lo decidieron en medio de una sociedad que aún reconocía el derecho del marido de hacerla callar ante la amenaza del depósito y la disciplina física.

Silvia Mallo ha afirmado que esta sociedad tradicional, patriarcal y paternalista, al menos como modelo y en sus formas, perduraría en el tiempo, "a pesar de los aires de renovación que producirán sólo cambios imperceptibles"⁵⁷.

En consecuencia, subsistían mujeres educadas, en principio, en los valores que regían la sociedad patriarcal y fundamentalmente cristiana, y que oscilaron, a fines del siglo XVIII y en los sesenta años siguientes, "entre los extremos de la subordinación y el comienzo de algunos planteos reivindicatorios"⁵⁸.

¿Cuál fue la actitud de las justicias a la luz de las nuevas ideas? ¿Se filtraron sus postulados en las resoluciones tomadas en los pleitos conyugales? ¿Cambió la consideración de las justicias, acerca del papel que le tocaba jugar a cada uno en el tablero de las relaciones maritales?

Creemos que alcaldes y oidores, gobernadores y virreyes, no les cerraron las puertas a quienes, ya fueran hombres o mujeres, se mostraran disconformes con sus propias realidades.

Las quejas femeninas y masculinas fueron receptadas en el sentido de darles un lugar en la estructura jurídica que estos funcionarios representaban. Sin embargo, los principios que rigieron sus resoluciones no variaron a pesar de los cambios que ya se estaban percibiendo. El reclamo contra la violencia física del marido hacia la mujer, por ejemplo, fue recibido tan solo como eso, un reclamo, sin pretender cambiar las bases sobre las que se apoyaba la actitud masculina. El

⁵⁷ Mallo, *La mujer rioplatense...*

⁵⁸ AGN A 16-8.

deber de obediencia de la mujer hacia el marido se mantuvo inalterable a lo largo del período de nuestro estudio, a despecho de las consideraciones individualistas que asomaban.

El modelo de familia en paz y armonía, como marco ideal para educar a los hijos y como ejemplo de la sociedad⁵⁹, debía sobrevivir a cualquier precio, a pesar de los márgenes que se pretendieron generar a favor de la libertad de sus miembros.

V. El matrimonio ideal y el matrimonio real

Tanto la legislación real, como la doctrina de los juristas, cano-nistas y teólogos morales, trató de imponer un modelo de matrimonio que se mantuviera unido a pesar de todas las alternativas que le tocaba atravesar, y en el que, conforme las expectativas fijadas *a priori* para cada uno de los sexos, tanto marido como mujer cumplieran con la totalidad de los deberes y gozaran de todos los derechos conyugales.

Sin embargo, el análisis de los expedientes planteados entre 1785 y 1812 ante nuestros tribunales, nos lleva a sostener que existió una brecha entre el paradigma propuesto, y el efectivamente llevado a cabo.

Nuestra investigación *in situ*, esbozada a lo largo de estas páginas, nos llevó a ser testigos de reyertas conyugales que trascendieron y llegaron a los estrados judiciales, violando la norma cultural que imponía que las cuestiones domésticas se resolvieran entre las paredes del hogar, y no se ventilaran ante extraños. Hombres y mujeres, cansados del olvido de los deberes conyugales, y tal vez disconformes con las parejas que el destino, o tal vez su propia voluntad, les habían entregado, superaron los prejuicios y plantearon ante seres desconocidos, el abandono material y moral, la falta de respeto, el castigo físico, la infidelidad, y la ausencia. Es que sentían que la sociedad los había defraudado, que los dechados no existían, y que se imponía hacer el ajuste entre la norma y la realidad que les tocaba vivir.

Y entonces, maridos celosos de sus prerrogativas, pero carentes de recursos, tuvieron que permitir que las riendas se aflojaran, y que sus mujeres salieran de la casa a trabajar; al tiempo que un océano que separaba España de Indias determinó el surgimiento de un nuevo *status*; el casado ausente; y una consecuencia: la fractura de la convivencia, y consiguiente violación de la obligación de cohabitar.

⁵⁹ AGN A 16-8 y AGN "G" 14-20.

Y aún ni siquiera hacía falta atravesar el mar para escapar de un matrimonio no deseado, ya que también proliferaron los "casados presentes", dando origen a las tan temidas pero inevitables separaciones de hecho, frecuentes entre nuestros litigantes.

Leyes reales y canónicas, doctrina jurídica y moral, no pudieron penetrar en un ámbito tan íntimo como la pareja conyugal, determinando que cada cual, en su fuero interno y externo, las manipulara en su beneficio.

Más allá de la imposición que surgía del expediente, existía otro mundo, el de los afectos, las conciencias personales y las propias convicciones. En ese otro universo, cada uno había elaborado ya su propio modelo, imperceptible para los que administraban justicia, donde tal vez confluirían las libertades en las relaciones conyugales, y donde cada ser humano hallaría su individualidad.

Las parejas del Río de la Plata dieciochesco estaban formadas por dos personas de carne y hueso, que peleaban duramente para lograr aquéllo a que se consideraban acreedoras, y en cuyas marchas y contramarchas se alejaban y acercaban de los modelos propuestos.

A cinco siglos de aquellos pleitos, algunas cosas han cambiado: los maridos no emprenden largos viajes para conquistar un nuevo mundo, ni las mujeres son encerradas en casas de recogimiento para aislarlas de todo contacto que las pueda contaminar. Sin embargo, imbuídos de las ideas del siglo que les toca vivir, los cónyuges siguen acudiendo a los estrados judiciales, como hace doscientos años, para reclamar, simplemente, que cada uno cumpla con sus obligaciones conyugales.

Fue nuestra intención elaborar una teoría de los deberes y derechos conyugales, a fines del siglo XVIII y principios de XIX.

Estábamos convencidos de que, a pesar de que no se la hubiera sistematizado expresamente, por debajo de las relaciones familiares y conyugales descritas por el derecho, la historia social, la sociología o la antropología, existía una conciencia jurídica de que el nexo entre marido y mujer tenía que obedecer a ciertos principios fijados de antemano.

Sabíamos que las normas del derecho castellano no establecían expresamente todas las obligaciones maritales; sin embargo, la investigación a través de los expedientes judiciales, de la doctrina, de las disposiciones canónicas y de las obras de teología moral nos permitió armar un esquema de deberes y derechos conyugales.

Fueron entonces el derecho castellano, el derecho canónico, el indiano, la doctrina jurídica y moral, y sobre todo, la realidad reflejada en los expedientes judiciales, quienes contribuyeron a perfilar estos derechos y deberes conyugales, que hoy se nos presentan como incuestionables.