

# Derecho de Familia

REVISTA INTERDISCIPLINARIA DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

DIRECTORA

Doctora Cecilia Grosman

VICEDIRECTOR

Doctor Jorge Azpiri

DIRECTORA DE REDACCIÓN

Doctora Celina Ana Perrot

SECRETARIA DE REDACCIÓN

Doctora María Bacigalupo de Girard

COORDINADORA GENERAL

Doctora Susana Inés Gnocchi de Thomas

SÍNTESIS JURISPRUDENCIAL

Doctor Carlos A. Arianna - Doctora Mirta Hundain

Doctora Lina Arcidiacono - Doctora Myriam Marisa Cataldi

SÍNTESIS LEGISLATIVA

Doctora Graciela Monteavaro - Doctora Lea Levy

SÍNTESIS BIBLIOGRÁFICA

Doctora Delia B. Iñigo

REVISTA DE REVISTAS

Doctora Viviana Gómez - Doctora Ida Scherman - Doctora Alicia A. Carnaval

INFORMACIONES

Doctor Felipe Pitrau - Doctora Susana Szylowicki

COMITÉ CONSULTIVO NACIONAL

Doctor Juan Carlos Agulla - Doctor Augusto César

Belluscio - Doctor Guillermo Borda - Doctor Gustavo Bossert - Doctor Eduardo

Cárdenas - Doctor Carlos Díaz Usandivaras - Doctor Eduardo Fanzolato - Licenciada

Eva Giberti - Doctora Aída Kemelmajer de Carlucci - Licenciado Alberto González -

Doctora Nora Lloveras - Doctora María Josefa Méndez Costa - Doctor Augusto Morello -

Doctora Aurora Pérez - Licenciada Catalina Wainerman - Doctor Eugenio Raúl Zaffaroni -

Doctor Eduardo Zannoni

COMITÉ CONSULTIVO INTERNACIONAL

Doctor Diego Espín Cánovas (España) - Doctor José de Castro Biggi (Brasil) - Jacques

Commaille (Francia) - Doctor François Chabas (Francia) - Jacqueline Rubellin Devichi (Francia) - Lucette

Khaiat (Francia) - Doctor Eugenio Llamas Pombo (España) - Doctor Raymundo Macias (México) - Jean

François Perrin (Suiza) - Doctor Silvio Rodríguez (Brasil) - Doctor Jean Pierre Rosenczweig (Francia) - Doctor

Karl August Prinz von Sachsen Gessaphe (Alemania) - Doctor Marc Zufiga (México) - Doctora Encarna

Roca Trias (España) - Doctor Zarraluqui Sánchez Eznarriaga (España) - Profesor Doctor Andrew Baiham

(Inglaterra) - Profesor Doctor Rainer Frank (Alemania) - Doctor Stephen Parker (Australia)



LexisNexis™  
Abeledo-Perrot

346.15 Derecho de familia ; uniones de hecho /  
DER dirigida por Cecilia Grosman.-  
1ª ed.- Buenos Aires : Abeledo Perrot, 2003.  
272 p. ; 23x16 cm.

ISBN 950-20-1464-2

I. Grosman, Cecilia, dir. - 1. Derecho de Familia

La responsabilidad por los hechos e ideas expuestos en los artículos firmados e inicialados, está exclusivamente a cargo de los autores

Todos los derechos reservados  
© 2002 by ABELEDO-PERROT  
LEXISNEXIS ARGENTINA S.A.  
Lavalle 1280 - (C1048AAF) - Buenos Aires - Argentina  
Tel. (54-11) 5382-8802 - info@lexisnexis.com.ar  
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

Dirección, administración y redacción: Lavalle 1280  
(C1048AAF) Buenos Aires

I.S.B.N.: 950-20-1464-2

**IMPRESO EN LA REPUBLICA ARGENTINA**

## ÍNDICE

### Lecciones y ensayos

#### UNIONES DE HECHO

Matrimonios legítimos y uniones de hecho. Convivir sin estar casados en el Virreinato del Río de la Plata, por Viviana Kluger .....	9
Nuevas parejas, nuevas identidades (Argentina, 1960-2000), por Susana Torrado .....	21
Caracteres de la unión marital de hecho, por Jorge Osvaldo Azpiri .....	35
Alimentos entre convivientes, por Cecilia P. Grosman .....	45
Bien de familia y convivencias de pareja, por Delia B. Iñigo .....	63
Tenencia y derecho de comunicación de los hijos en las parejas del mismo sexo, por Adriana M. Wagmaister y Jorge M. Bekerman .....	71
Tratamiento de las uniones de hecho en el derecho de la seguridad social: su evolución normativa y jurisprudencial, por María Alejandra Guillot .....	89
Uniones de hecho y derecho del trabajo, por Pedro J. Kesselman .....	119
La unión de hecho en el derecho penal y procesal penal, por Marcela de Langhe .....	123
Uniones de hecho. Tendencias legislativas, por Néstor E. Solari .....	137

#### Legislación nacional

Síntesis legislativa, por Lea Levy y Graciela C. Monteavaro .....	149
---	-----

#### Legislación extranjera

Legislación alemana. Registro de las uniones de hecho homosexuales (año 2001), por Ida A. Scherman .....	153
Legislación comparada. El reconocimiento legislativo de la eutanasia, por Alicia A. Carnaval de Fainguersch .....	161

#### Jurisprudencia nacional

La orientación sexual del progenitor y su incidencia en la guarda y régimen de comunicación con los hijos .....	163
Comentario por María José Fernández .....	170
Indemnización de daño moral a favor de los hijos menores de edad en razón del maltrato físico y psíquico infligido por el padre (sentencia exptes. 122.929/1998 y 9580/1999) .....	177
Comentario de la Dra. Norma López Faura .....	196
Sucesión. Colación. Cónyuge supérstite. Donaciones anteriores al matrimonio. Falta de legitimación .....	199
Comentario por Débora Ruth Albohri Telias .....	201
Reseña jurisprudencial .....	207

**Jurisprudencia extranjera**

Norteamericana .....	211
Francesa .....	218
Jurisprudencia del Consejo de Europa. Corte Europea de los Derechos del Hombre .....	219

**Informaciones**

Familia y derechos en las observaciones y recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño, por Juan Faroppa Fontana .....	229
Noticias jurídicas del mundo, por Susana Szylowicki y Osvaldo Pitrau .....	241
Segundas Jornadas Provinciales. Fuero de familia, por Susana Szylowicki .....	249
VII Jornada Interdisciplinaria "Verdad y realidad en la práctica interdisciplinaria" .....	253

**Bibliografía y comentarios**

Tribunales y proceso de familia (ley 11.453 modificada por ley 12.318) .....	255
Comentario por Eduardo José Cárdenas .....	258
Lista de novedades bibliográficas .....	

**Revista de revistas**

Revista El Derecho .....	259
Revista Jurisprudencia Argentina .....	260
Revista La Ley .....	260
Papeles del Psicólogo .....	261
Profesional Psychology .....	261
Psicoanálisis de las Relaciones Vinculares .....	262
Context .....	262
Journal of Family Therapy .....	262
Noticias Jurídicas .....	263
Revista Derecho Patrimonial .....	263
Droit de la Famille .....	

**Arte, literatura y derecho de familia**

Coincidencia, por Osvaldo Pitrau .....	265
Familias ensambladas, por Adolfo A. Chouhy .....	269

**LECCIONES Y ENSAYOS**

**MATRIMONIOS LEGÍTIMOS Y UNIONES DE HECHO.  
CONVIVIR SIN ESTAR CASADOS EN EL VIRREINATO  
DEL RÍO DE LA PLATA**

*Viviana Kluger*<sup>1</sup>

¿Matrimonio legítimo o convivencia sin matrimonio? ¿Uniones bendecidas por la religión o el derecho, o simplemente dos personas que permanecen unidas, independientemente del valor jurídico que la sociedad en la que viven les reconozca?

Convivir sin estar casados, ¿es una realidad novedosa, o es una forma de unión que ya existía, paralelamente al matrimonio legítimo, en la familia virreinal rioplatense?

Según Ricardo Cicerchia, "las formas de vivir la familia son un aspecto fundamental de la mentalidad de la época y la familia, un escenario privilegiado que pone frente a frente la fuerza de la tradición y el poder de la realidad de una sociedad en transformación"<sup>2</sup>.

Para poder entender la forma actual de "vivir la familia", para entender cuál debe ser la actitud de la sociedad toda —legisladores, jueces, letrados, partes involucradas—, creemos que se impone indagar acerca del tratamiento legal que recibieron en el pasado este tipo de uniones, y cómo fueron percibidas por los propios protagonistas. El objeto de este trabajo, por lo tanto, será acercarse hacia la posible existencia de un marco legal *para este tipo de relaciones*, el tratamiento doctrinario y la recepción judicial de este tipo de uniones en el Virreinato del Río de la Plata<sup>3</sup>.

En los últimos años, desde la historia social y la demografía histórica, trabajos como los de Carlos Mayo, Silvia Mallo, Ricardo Cicerchia, José Luis Moreno, José

<sup>1</sup> Doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Profesora de Historia del Derecho en la Carrera de Abogacía. Especialización en Derecho de Familia y Doctorado de la Universidad de Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino, y Universidad Estacio de Sá, Universidad del Sur de Santa Catarina y Universidad Presidente Alberto Campos, de Brasil.

<sup>2</sup> CICERCHIA, Ricardo, "Vida familiar y prácticas conyugales, clases populares en una ciudad colonial, Buenos Aires: 1800-1810", en *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana Dr. E. Ravignani*, Tercera Serie, 2, Buenos Aires, 1990, ps. 91/109.

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

Mateo y otros, dan cuenta, tomando como fuente expedientes judiciales, padrones y registros parroquiales, cédulas censales, etc., de la profusa existencia de "ilícitas amistades", amancebamientos, bigamias, concubinatos y adulterios en el Virreinato del Río de la Plata<sup>4</sup>. Estos estudios han implicado una revisión de las creencias tradicionales acerca de la aceptación del matrimonio monogámico y la percepción social de las relaciones de hecho, pero queda aún por elucidar, sobre la base de las mismas fuentes, una gran cantidad de cuestiones relacionadas con la acogida, por parte de las justicias virreinales, de las consecuencias jurídicas de este tipo de uniones.

### I. DERECHO CASTELLANO Y DERECHO INDIANO

La vida familiar en el Nuevo Mundo se estructuró, en principio, alrededor de los mismos moldes jurídicos en los que se había vaciado la familia peninsular. La razón de la aplicación del marco normativo castellano a las nuevas uniones entabladas en Indias, era la naturaleza jurídica de la incorporación política de las tierras recién descubiertas, a la corona de Castilla, las que habían sido concedidas, documentos pontificios mediante, a los Reyes Católicos y a sus descendientes en el trono de Castilla. Consecuentemente, se consideró que las Indias formaban parte del territorio castellano y sus habitantes debían ser considerados vasallos, al igual que los peninsulares de este reino, por lo que se debía trasladar el derecho castellano, en tanto las peculiares condiciones de vida de éste lo permitieran<sup>5</sup>.

Por lo tanto, la regulación jurídica de la familia en el Virreinato del Río de la Plata se estructuró alrededor del derecho castellano, integrado por dos tipos de fuentes: el derecho canónico y el derecho secular<sup>6</sup>. El derecho canónico regulaba el matrimonio, las relaciones personales —y a veces patrimoniales— entre los cónyuges, los esposales, las segundas nupcias, la filiación, los alimentos, y toda cuestión en la que por razón de pecado, estuviera afectado el bien de las almas<sup>7</sup>, jurisdicción muy amplia que se vio

<sup>4</sup> MALLO, Silvia, "Justicia, divorcio, alimentos y malos tratos en el Río de la Plata, 1766-1857", en *Investigaciones y Ensayos* 42, Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 1992; MAYO, Carlos, *Estancia y sociedad en La Pampa, 1740-1820*, Biblos, 1995; MORENO, José L., "Sexo, familia y matrimonio. La ilegitimidad en la frontera pampeana del Río de la Plata, 1780-1850", en *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana Dr. E. Ravignani*, nro. 16/17, Buenos Aires, 1998; MATEO, José, "Bastardos y concubinas. La ilegitimidad conyugal y filial en la frontera pampeana bonaerense. Lobos, 1810-1869", en *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana Dr. Emilio Ravignani*, nro. 13, Buenos Aires, 1996.

<sup>5</sup> "Porque siendo de una corona los reinos de Castilla y de las Indias, las leyes y la manera de gobierno de los unos y de los otros debe ser lo más semejante y conforme que se pueda", en ENCINAS, Diego de, *Cedulario indiano*, T. I, Madrid, 1596, folio 5.

<sup>6</sup> Nos hemos referido extensamente al tema en nuestro trabajo "¿Existió un derecho de familia indiano?", en *Revista de Derecho Procesal y Práctica Forense*, nro. 4, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002 (en prensa).

<sup>7</sup> LEVAGGI, Abelardo, *Manual de historia de derecho argentino. Castellano-indiano*, T. II, Depalma, Buenos Aires, 1986, ps. 115/116.

recortada cuando en el siglo XVIII los Borbones limitaron la competencia religiosa a las cuestiones patrimoniales derivadas del matrimonio.

Las principales fuentes canónicas eran las Decretales del papa Gregorio IX<sup>8</sup> y los cánones pertinentes del Concilio de Trento (1545-1563)<sup>9</sup>.

Las fuentes seculares eran el Fuero Juzgo (1241), traducción al romance del *Liber Iudiciorum*; el Fuero Real (1255); el Código de las Siete Partidas, dictado por el rey Alfonso el Sabio entre 1256 y 1260, cuya Partida Cuarta se ocupaba del matrimonio; el Ordenamiento de Alcalá de Henares (1348); las Ordenanzas Reales de Castilla u Ordenamiento de Montalvo (1484); las Leyes de Toro (1505) y la Nueva Recopilación de las Leyes de España (1567).

Este derecho consideró al matrimonio como la forma deseable de unión de un hombre y una mujer, fuera del cual reinaban el pecado y el desenfreno<sup>10</sup>. Para la concepción escolástica, carne y espíritu eran dos fuerzas contradictorias y la ética sexual se fundaba en el rechazo al placer y la reprobación de toda pasión amorosa. El acto sexual matrimonial se convertía en un "débito conyugal" exento de placer, y la sexualidad eximida de pecado, quedaba así reducida a los estrechos límites de la procreación que, por otro lado, reproducía la unión de la Iglesia y Cristo. De este modo, toda otra "forma" implicó una transgresión grave a los postulados cristianos.

Dentro de esta concepción, "el matrimonio era el mecanismo clave de constitución familiar y orden social" y "el núcleo central del modelo cristiano se asentó en la indisolubilidad del vínculo, su carácter monogámico y heterosexual y la ilicitud de toda relación sexual extramatrimonial"<sup>11</sup>.

Por ello se entiende que las Partidas definieran al matrimonio como "ayuntamiento de marido é 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"<sup>12</sup>.

Para que el matrimonio se perfeccionara, era necesario el mutuo consentimiento de los contrayentes con la intención de vivir juntos, por lo que no existía matrimonio si se contraía por error en la persona de uno de los contrayentes, así como con miedo o fuerza<sup>13</sup>. El varón debía tener 14 años y la mujer, "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"<sup>14</sup>. Además, el matrimonio se debía celebrar libre de todo impedimento.

<sup>8</sup> *Decretales*, lib. 4, t. 3, 8, 9 y 16.

<sup>9</sup> LEVAGGI, Abelardo, *Manual de historia...*, cit., T. II, p. 95.

<sup>10</sup> WEHLING, Arno y María J., *Formação do Brasil colonial*, 3ª ed., Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 2000, p. 244.

<sup>11</sup> CICERCHIA, Ricardo, "Vida familiar y prácticas conyugales...", cit.

<sup>12</sup> Partida 4, título 1, ley 9 (en adelante P., para Partida; t., para título).

<sup>13</sup> P. 4, t. 2, ley 1; P. 4, t. 2, ley 15.

<sup>14</sup> P. 4, t. 1, ley 6.

Sin embargo, el matrimonio no fue la única forma de convivencia entre un hombre y una mujer, admitida por el ordenamiento jurídico: también existieron la barraganía y el amancebamiento, denominadas genéricamente "concubinato".

La barraganía era una relación civil que imitaba al matrimonio, aunque "las diferencias con éste nunca resultaron fáciles de precisar"<sup>15</sup>. En el ámbito externo, la barraganía aparecía como una relación en la que la mujer ostentaba una categoría social inferior a la del hombre. Las Partidas se ocuparon de ella, al referirse a las otras mujeres que tienen los hombres, "que non son de bendiciones"<sup>16</sup> y establecían quiénes podían ser recibidas por barraganas y quiénes podían tenerlas. Así, la barragana podía ser libre, o bien "de vil linage" o "en vil lugar nacida, sea o no mala de su cuerpo" y también podía ser sierva. Recibía el nombre de la palabra "barra", que en árabe quería decir "fuera" y de "gana" que quería decir "ganancia"<sup>17</sup>. Por eso los hijos de barraganas eran llamados "hijos de ganancia". El casado no podía tener barragana y además no se podía tener más de una. En consecuencia, la unión debía ser entre individuos que pudieran contraer matrimonio válidamente<sup>18</sup>.

El ordenamiento jurídico castellano discriminaba las distintas uniones entre hombres y mujeres en función de sus respectivos estados civiles. Entre los tratadistas de derecho castellano, Febrero había distinguido los siguientes casos: amancebamiento de hombre casado con mujer soltera, de casado con casada, de casada con soltero y de soltero con soltera.

En el primer caso "cualquiera que sea el estado ó condición social de éste, incurre en la pena del perdimiento del quinto de sus bienes hasta la cantidad de diez mil maravedís por cada vez que fuese hallado con ella, los cuales se han de depositar en poder de parientes de abono de la manceba, y en el caso de que ella se reduzca á vivir honestamente, y dentro del término de un año después de casada, no hubiese motivo para censurar su conducta se le entreguen al marido como bienes dotables; pero si continuase en su vida deshonestá, se aplicarán por terceras partes la una para penas de Cámara, la otra para el juez que sentencia, y la otra para el acusador, y si no lo hubiese, para obras piadosas"<sup>19</sup>.

Cuando el amancebamiento fuera entre casado y casada, "como a ésta no se la puede castigar porque comete adulterio, y este delito sólo puede acusarse por el marido, la pena se limitará al que con ella estuviese amancebado"<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> GACTO, Enrique, "El grupo familiar de la Edad Moderna en los territorios del Mediterráneo hispánico: una visión jurídica", en VILAR, Pierre, *La familia de España mediterránea*, Crítica, Barcelona, 1987, p. 97.

<sup>16</sup> P. 4, t. 14.

<sup>17</sup> P. 4, t. 14, ley 1.

<sup>18</sup> P. 4, t. 14, ley 2.

<sup>19</sup> FEBRERO, Joseph, *Librería de jueces, abogados y escribanos*, T. 7-8, Madrid, 1844, p. 214; *Novísima Recopilación*, lib. 12, t. 26, ley 1. En el mismo sentido, SALA, Juan, *Sala acondicionado o ilustración del derecho español*, T. II, tít. XXVII, Librería de D. Salva, Calle de Lille, nro. 4, París, 1844, p. 107.

<sup>20</sup> FEBRERO, Joseph, *Librería de jueces...*, cit., T. 7-8, p. 214.

Acerca del amancebamiento de soltero con casada, la ley 2, del título 26 del libro 12 de la Novísima Recopilación de las Leyes de Castilla, aunque no mencionaba especialmente si el mancebo debía ser casado o soltero, disponía que "cualquiera hombre que sacase de su casa á mujer ajena casada, y la tenga públicamente por manceba, siendo requerido por el alcalde ó por su marido para que la entregue y no lo quisiere hacer, deberá ser condenado en pena corporal de presidio ó destierro, y pérdida de la mitad de los bienes, lo mismo que debe hacerse cuando el hombre casado se separase de su mujer, y viviese con la manceba".

De todos estos tipos de amancebamientos, el único que en principio no era perseguido era la unión entre solteros y según Febrero, "las justicias no tienen derecho a intervenir oficialmente en la formación de causas en semejantes casos, porque tal vez sería más perjudicial"<sup>21</sup>.

Cabe preguntarse en qué casos el ordenamiento jurídico intervenía para perseguir este tipo de uniones. En este sentido, las leyes insistían en la necesidad del castigo de los amancebamientos y "otros pecados públicos" cuando de los mismos resultase escándalo, a fin de "no turbar el interior de las casas y familias, pues antes bien deben contribuir en quanto esté de su parte a la quietud y sosiego de ellos"<sup>22</sup>. Para Cicerchia, este tipo de disposiciones, reflejan una voluntad "política" de convertir los "desórdenes familiares" en "cuestiones de estado"<sup>23</sup>.

El ordenamiento jurídico castellano, conforme lo señalado, debía aplicarse en principio, y en lo que respecta al derecho de familia, sus disposiciones se trasladaron al Nuevo Mundo.

En la medida en que la normativa castellana no pudo aplicarse a las nuevas situaciones, fue surgiendo el derecho indiano. Una de sus características, era que se iba formando a medida que los problemas surgían o se planteaban acuciantes en un lugar cualquiera; por lo que era, conforme García Gallo, "una legislación casuística, ocasional, que va remediando o poniendo parches allá donde la fuerza de la realidad acusa fisuras en el ordenamiento vigente"<sup>24</sup>. Este tipo de sistema se adecuaba muy bien a las cambiantes situaciones que planteaban las Indias y sus habitantes<sup>25</sup>. Las reformas se orientaban en un mismo sentido en España y en América, por lo que "el nuevo derecho indiano tiende a aproximarse al castellano, del que antes se había distanciado"<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> FEBRERO, Joseph, *Librería de jueces...*, cit., T. 7-8, p. 214.

<sup>22</sup> Pragmática del 9/6/1500, Sevilla, Reyes Católicos, ley 36, caps. 47 y 53; "Reales resoluciones no recopiladas", R. 15/5/1788.

<sup>23</sup> CICERCHIA, Ricardo, "Familia: La historia de una idea. Los desórdenes domésticos de la plebe urbana porteña. Buenos Aires 1776-1850", en WAINERMAN, Catalina H. (ed.), *Vivir en familia*, Unicef, Losada, Buenos Aires, 1994, ps. 49-72.

<sup>24</sup> GARCÍA GALLO, Alfonso, "Génesis y desarrollo del derecho indiano", *Revista del Pensamiento Actual*, vol. II, nro. 10, Atlántida, jul.-ago. 1964, p. 342.

<sup>25</sup> DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *Manual de historia del derecho indiano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994, p. 11.

<sup>26</sup> GARCÍA GALLO, Alfonso, "Génesis y desarrollo...", cit.

La legislación indiana se centró básicamente en el derecho público, y entonces el derecho privado fue principalmente regido por el castellano, y ante la falta de una legislación específica, y a pesar de su subsidiariedad, “el derecho castellano se aplicó mucho en Indias, sobre todo en materia de derecho privado, penal y procesal, en que las disposiciones indianas propiamente dichas fueron escasas”<sup>27</sup>.

Esta presencia del derecho castellano era aún mayor en lo que respecta al derecho de familia, porque, conforme Victoria Chenault, “...las cuestiones que giran alrededor del sexo y la familia han sido las que deben haber cambiado más lentamente por pertenecer al aspecto más privado de la vida en sociedad”<sup>28</sup>.

El derecho indiano era el conjunto de reglas jurídicas aplicables en Indias y estaba integrado por: a) las normas creadas especialmente para las Indias —que se denominaba “derecho indiano propiamente tal o municipal”—; b) el derecho castellano, utilizado a falta de disposiciones especiales; y c) el derecho indígena, propio de los aborígenes, y que era aplicable en la medida en que resultara adecuado a los principios morales y cristianos, analizados y contrastados, desde la perspectiva española de la época y que fue equiparado a los fueros municipales<sup>29</sup>.

En América como en la Península, se pretendió imponer el matrimonio y consecuentemente reprimir el concubinato, el que fue perseguido desde la legislación. En Indias se insistía en la necesidad de que las autoridades persiguieran a quienes estuvieran amancebados, facultándose a ejercer este control a virreyes, arzobispos, audiencias e inclusive, al mismísimo Consejo de Indias<sup>30</sup>. Se recomendaba a estos funcionarios que

<sup>27</sup> DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *Manual de historia...*, cit., p. 16.

<sup>28</sup> CHENAULT, Victoria, “Honor y ley: la mujer totonaca en el conflicto judicial en la segunda mitad del siglo XIX”, en GONZÁLEZ MONTES, Soledad - TUÑÓN, Silvia (comp.), *Familias y mujeres en México: del modelo a la diversidad*, El Colegio de México, México, 1997, ps. 11/160.

<sup>29</sup> GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, Miguel, *Un mestizaje jurídico: el derecho indiano de los indígenas. Estudios de historia del derecho*, Madrid, 1995, p. 13.

<sup>30</sup> Real Cédula del 13/2/1727: “Que el Virrey del Perú, Arzobispos, obispos, y Prelados de las Religiones se dediquen con el mayor esfuerzo, y actividad al más pronto rigoroso, y exemplar castigo de los amancebamientos públicos de los Sacerdotes, así regulares, como seculares, que públicamente sustentan familias enteras de mugeres e hijos, con grave escandalo, procediendo contra ellos conforme al derecho canónico, hasta deponerlos, si fueren incorregibles, de su prebendas, curatos, y oficios, y extrañarlos del Reyno, para cuyo fin los ordinarios acudirán al virrey, siempre que convenga, para que les dé el auxilio que necesitaren. Que a este efecto llame dicho Virrey a cada uno de los Prelados regulares, que residen en Lima, y les comunique las noticias, que tiene el Rey de los escándalos, y delitos de sus súbditos, a fin de que con toda vigilancia cuiden de su remedio, advirtiéndoles, que en caso de grave omisión, se halla con orden real, para remitir a España al Prelado descuidado. Que asimismo prevenga a todos los ministros reales, procedan rigorosamente al castigo de las mugeres, que viven deshonestamente, para que por este medio se eviten tan perniciosos escandalos”. Disposición del 21/12/1787: “Que los Virreyes, Arzobispos, etc., cumplan lo resuelto sobre causas de concubinatos; disponiendo, que por todos sus respectivos súbditos se guarde en las Indias lo ordenado para España en Cédula de 29/2/1777, en que se establecen las siguientes reglas: I. Que para evitar los pecados públicos de los legos, ejerciten el celo pastoral los Obispos y Párrocos, tanto el fuero penitencia, como por medio de amonestaciones, y penas espirituales, en los casos, y con las formalidades prescriptas por derecho; y

aplicaran las penas espirituales y las seculares a fin de evitar los abusos y proceder al ejemplar castigo de los amancebamientos públicos.

También existieron disposiciones de la Corona dirigidas a evitar que los indios se amancebaran<sup>31</sup>, de quienes el tratadista indiano Juan de Matienzo opinaba que tenían la mala costumbre de emborracharse, ser adúlteros, tener mancebas, y hasta ser bígamos y polígamos, por lo que aconsejaba que los doctrieros no incurriesen en los mismos delitos, porque esta conducta constituiría un mal ejemplo para los indígenas. Es que el matrimonio monogámico se constituyó en un punto de fricción entre las costumbres matrimoniales indígenas y el sacramento cristiano y entonces, para evitar estas conductas entre ellos, proponía que al indio que hubiera ya abrazado el cristianismo y que estuviere públicamente amancebado, le persuadiesen a que se casase y dejase la manceba, y si éste no lo quisiese hacer, fuera azotado públicamente y cortados los cabellos. A la india, sugería que se le diese el mismo castigo, y que fuera desterrada del repartimiento por un año; y que la misma pena se le diera al que adulterare o tuviere dos o tres mujeres o mancebas<sup>32</sup>.

## II. LA REALIDAD

Tal como ha sostenido Sánchez Bella, “conocer el derecho no es todavía aplicarlo. A él se oponían en Indias numerosos factores: abuso de poder de las autoridades indianas, respaldadas en parte, en la facultad legal de detener la aplicación de disposiciones, si se estimaba que el llevarlo a cabo podía ser perjudicial; negligencias de los funcionarios, facilitadas por las largas distancias, que impiden un control eficaz, y, sobre todo, los fuertes intereses económicos de los colonos, que pugnan contra el idealismo de la legislación”<sup>33</sup>.

En el mismo sentido, Pilar Gonzalbo ha sostenido que “a pesar del discurso religioso y moral”, y nosotros, acá agregaríamos jurídico, “los valores relacionados con la familia y la religión parecen haber entrado en conflicto, dando lugar a contradicciones entre las creencias, las prácticas rituales y la vida cotidiana”<sup>34</sup>.

que no bastando estas se dé cuenta a las justicias reales, a quienes toca su castigo en el fuero externo; excusando el abuso de exigir multas por este motivo. II. Que si dada la cuenta a las justicias reales no procediesen estas al castigo de los delincuentes, se dé a los Virreyes, Presidentes, o Audiencias del distrito. III. Que si estos fuesen omisos en ello, lo que no espera S. M., se dirija noticia al Consejo de Indias, quien tomará las providencias más serias, y efectivas contra unos, y otros. IV. Que en los casos y ocasiones, en que puedan, y deban los jueces eclesiásticos implorar el auxilio del brazo seglar, se imparta sin retardación por las Audiencias y justicias ordinarias respectivas, en el modo y términos, que prescriben las leyes de Indias, que tratan de la materia”.

<sup>31</sup> Recopilación indiana, 4, 4, 2.

<sup>32</sup> MATIENZO, Juan de, *Gobierno del Perú. Ouvrage Publie avec le concours du Ministère des Affaires Etrangères*, “Parte primera”, cap. XXIII, París-Lima, 1967, p. 84.

<sup>33</sup> SÁNCHEZ BELLA, Ismael, *Derecho indiano: Estudios, II Fuentes. Literatura jurídica. Derecho público*, Ediciones Universidad de Navarra SA, Pamplona, 1991, p. 251.

<sup>34</sup> GONZALBO AIZPURU, Pilar, “Religiosidad femenina y vida familiar en la Nueva España” en

Para Cicerchia, “en el Nuevo Mundo, las representaciones sociales de lo familiar parecieron mantener una uniformidad constante” y “los valores oficiales haber penetrado todo el cuerpo social”. Sin embargo, en este contexto de secularización de la vida social, las conductas familiares populares incluyeron “dosis de autonomía y expectativas diferenciales”. Y agrega que dos elementos sostienen el consenso social que adquirieron situaciones tales como los amancebamientos, el primero, el hecho de tratarse de hábitos consagrados por la costumbre y el segundo, el de “acoplarse a un sentido común popular”<sup>35</sup>.

Tanto quienes han investigado las relaciones de hecho en la ciudad de Buenos Aires como en el interior del Virreinato, coinciden en la existencia de este tipo de uniones. Carlos Mayo ha sostenido, para las zonas pampeanas, que el amancebamiento parece haber estado bastante extendido y que las formas asumidas por las relaciones amorosas informales eran variadas, cubriendo toda una gama que iba desde el comercio sexual esporádico hasta la vida en común<sup>36</sup>.

Quienes se amancebaban eran individuos conscientes de los castigos a que se exponían como cristianos y de las penas pecuniarias y corporales a las que podrían quedar sometidos de trascender la relación en la que estaban envueltos, pero a quienes la realidad y la imposibilidad de transitar otros caminos los obligaba a mantenerse en esa situación.

Y entonces, coexistieron el matrimonio monogámico con las uniones de hecho, a pesar del interés de la Corona en imponer el primero. Aunque el matrimonio era un sacramento y fue la institución en que se basó la respetabilidad social, “las uniones libres fueron muy frecuentes y, obviamente, resultado de relaciones sexuales establecidas a despecho de cánones religiosos y morales”<sup>37</sup>. En ese sentido, “los padrones y libros parroquiales revelan la presencia de numerosos matrimonios, al parecer consolidados, y las actuaciones judiciales contra las amistades ilícitas ponen de manifiesto la existencia, en algunos sectores de la sociedad rural, de una mentalidad dispuesta a acatar, formalmente al menos, la condena de la Iglesia Católica contra toda heterodoxia sexual”<sup>38</sup>.

Solange Alberro afirma que “el mal vivir y el amancebamiento pueden resultar maneras no sólo de sobrevivir económicamente, sino de lograr un *status* social inesperado al convertirse algunas mujeres en compañeras de hombres con quienes no era fac-

*Familia y mujeres en México*, p. 53. Y agrega: “los frailes mendicantes lo establecieron así desde los primeros momentos, las ordenanzas reales apoyaron el mismo intento, las instituciones educativas se esforzaron por inculcar en los jóvenes los principios de la vida familiar regida por las normas canónicas, y tanto los cristianos viejos como los neófitos, aprendieron la importancia de refrendar su carácter de fieles piadosos con el sustento de unas intachables relaciones conyugales y filiales”.

<sup>35</sup> CICERCHIA, Ricardo, “Familia...”, cit.

<sup>36</sup> MAYO, Carlos, *Estancia y sociedad...*, cit.

<sup>37</sup> LAVRIN, Asunción - COUTURIER, Edith, “Las mujeres tienen la palabra. Otras voces en la historia colonial de México”, en GONZALBO AIZPURU, Pilar, *Las mujeres en la Nueva España. Educación y vida cotidiana*, El Colegio de México, México, 1987, p. 226.

<sup>38</sup> MAYO, Carlos, *Estancia y sociedad...*, cit.

tible casarse, por pertenecer ellas a grupos étnicos considerados inferiores a los de ellos”. Y agrega que todas estas desviaciones como el amancebamiento y el mal vivir, “constituyen respuestas sugeridas por la necesidad de adaptación al medio; en su mayoría reflejan tensiones nacidas del orden colonial entre grupos étnicos, sectores sociales, y corresponden a tentativas para resolverlas en un nivel individual, empírico e inconsciente”<sup>39</sup>.

Fue en esas situaciones cuando, según Cicerchia, “el estrado judicial emergió entonces como una instancia de mediación entre los patrones culturales dominantes, el ‘optimismo’ ilustrado del momento, y el ‘sentido común’ familiar de las clases populares”. Sin embargo, para este mismo autor, fue poco tolerante con las guerras domésticas<sup>40</sup>.

Reflejo de las fuerzas centrípetas y centrífugas que pugnaban por imponer valores tal vez más difíciles de sostener en un medio geográfico y un tiempo muy alejado de aquel para el que las normas se habían diseñado originariamente, y de un escenario más diversificado del montado inicialmente, la praxis judicial rioplatense nos revela la existencia de algunos pleitos en los que se persigue el castigo de la “ilícita amistad” y del amancebamiento. Estos litigios dan cuenta de la efectiva puesta en práctica de las normas que condenaban el adulterio y las relaciones extramatrimoniales.

Abundan las causas entabladas de oficio contra los amancebados, que aparecen caratuladas como “ilícita amistad”, “escándalo” o “amancebamiento”. Son pleitos en los que los demandados están unidos de hecho y en los que ambos son casados, ambos solteros o uno de ellos es soltero y el otro es casado. La actitud de los tribunales variaba en cada caso.

El amancebamiento entre dos casados o entre un casado y un soltero era condenado<sup>41</sup>. Sin embargo, la cuestión presentaba distintos matices y era controvertida cuando el amancebamiento era entre solteros, o entre casados, o entre un casado y un soltero, cuando en estos dos últimos casos no había escándalo o amancebamiento público y el marido no entablaba pleito por adulterio.

Cuando los amancebados eran solteros, a pesar de que el pleito podía ser iniciado de oficio, en un caso que compulsamos, promovido por la Real Audiencia, el fiscal Márquez de la Plata sostuvo que para el simple concubinato entre solteros las leyes no tenían establecida pena determinada, y que por esto “no concurriendo circunstancias o calidad agravantes, no se sigue causa penal contra los reos, y la práctica es en estos casos amonestarlos por la primera vez, apercibiéndoles se abstengan de comunicarse bajo el apercibimiento de que en el caso de reincidencia serán castigados con la pena del marco, y destierro por el tiempo, y la instancia que se tenga por conveniente”. El

<sup>39</sup> 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, 1982, ps. 238/257.

<sup>40</sup> CICERCHIA, Ricardo, “Familia...”, cit.

<sup>41</sup> Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires, Archivo de la Real Audiencia y Cámara de Apelación de Buenos Aires (en adelante Ahpba), 7-1-27-18; 5-5-66-40; 5-5-72-11; 7-1-71-17; 7-1-81-19; 5-5-74-2; 7-1-95-14; 5-5-67-5; 7-1-96-11; 5-5-22-1.

tribunal hizo suyos los argumentos del fiscal, ordenando poner a los reos en libertad "siempre que no haya escándalo"<sup>42</sup>.

Hubo casos en los que se obró con mucha severidad, ordenando el destierro del mancebo por cuatro años y el depósito de la mujer, decisión confirmada por la Real Audiencia, la que reemplazó el destierro por el presidio de dos años en Montevideo<sup>43</sup>.

Si el amancebamiento era entre casados, o entre un casado y un soltero, pero no había escándalo o era público y el marido no entablaba pleito por adulterio, se invocaba la ley 2, título 19, libro 8 de la Recopilación de Castilla, que establecía que el que debía acusar era el marido. En consecuencia, se ordenaba sobreseer a los acusados, haciéndoles saber que si reincidían serían castigados con mayor severidad, condenándoseles al pago de multas. La mujer, sin embargo, no se liberaba de una corta estadía en la Casa de Ejercicios Espirituales, luego de la que debía volver a hacer "vida maridable" con su legítimo consorte<sup>44</sup>.

La justicia fue severa cuando ambos reos eran casados. En ocasiones, aun cuando el marido no hubiera acusado de adulterio, se aplicaba al cómplice de la casada la pena del destierro, del que de vuelta debía reunirse nuevamente con su legítima mujer, mientras que a la manceba se le apercibía del "recato y fidelidad a su marido con que debe vivir"<sup>45</sup>.

¿Y cómo percibían las partes su convivencia, al margen del matrimonio? Para Carlos Mayo, al igual que las parejas constituidas legalmente, deseaban uno del otro algo más que ternura y sexo. Según este autor, "las relaciones extramatrimoniales no parecen ser vistas como una alternativa preferible o equiparable al matrimonio: la mayor parte de los hombres y mujeres estudiados habían contraído matrimonio antes de entrar en 'amistad ilícita', es decir, también ellos habían optado por la vía matrimonial para acceder a una vida en común" y a veces se trataba de relaciones mantenidas bajo la promesa o la coartada de un futuro matrimonio.

### III. CARACTERES Y EFECTOS JURÍDICOS DE LAS UNIONES DE HECHO

La posibilidad de conceder efectos jurídicos a las uniones de hecho probablemente se viera limitada por la condena del adulterio: quien estando casado no se mantuviera en la monogamia y consiguientemente violara el deber de fidelidad, incurría en el delito de adulterio.

Este delito era 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 según el or-

<sup>42</sup> Ahpba, 7-2-104-19.

<sup>43</sup> Ahpba, 7-1-88-33.

<sup>44</sup> Ahpba, 5-5-67-5.

<sup>45</sup> Ahpba, 5-5-66-40.

denamiento jurídico secular, sólo 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 bienes<sup>46</sup>. 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.

Los estrados judiciales se constituyen en un reflejo de ciertas características que homogeneizan este tipo de uniones, al tiempo que evidencian el reconocimiento de algún tipo de efecto jurídico a los reclamos entablados entre unidos de hecho, de "cierta legitimidad".

En primer lugar, estas uniones presentan una "estabilidad", según Silvia Mallo, que "sobrevive sorteando todo tipo de dificultades y que se extiende a las parejas que viven en concubinato y que de hecho son más vulnerables en la posibilidad de su disolución"<sup>47</sup>. En el mismo sentido, según Cicerchia, "los casos de adulterio eran en general, concubinatos más o menos consolidados y bastante bien conocidos públicamente"<sup>48</sup>.

En segundo lugar, existe a favor de los unidos de hecho un reconocimiento de la obligación alimentaria. Así, en los pleitos por alimentos —examinados por Cicerchia<sup>49</sup>— las demandantes esposas llegan al 47%, las concubinas al 32% de las demandantes y las amancebadas al 21% restante, lo que permite inferir que quienes no estaban unidos por matrimonio ilegítimo también tenían derecho a ser alimentados, fundado en las obligaciones y prerrogativas propias del derecho natural.

Finalmente, la existencia de pleitos por malos tratamientos entre amancebados y concubinos, da cuenta de la aceptación por parte de las justicias del reclamo contra el exceso en el castigo físico.

### IV. CONCLUSIONES

El análisis del marco legal, de la opinión de cierta doctrina jurídica y de los casos planteados ante los estrados judiciales en la época del Virreinato del Río de la Plata, nos lleva a constatar el reconocimiento legal, doctrinario y forense de la convivencia sin mediar matrimonio.

<sup>46</sup> GACTO, Enrique, "El marco jurídico de la familia castellana. Edad Moderna", en *Historia. Instituciones. Documentos*, Universidad de Sevilla, 1984, ps. 37/66.

<sup>47</sup> MALLO, Silvia, "Justicia...", cit.

<sup>48</sup> CICERCHIA, Ricardo, "Vida familiar...", cit.

<sup>49</sup> Este autor analizó juicios planteados en el área urbana de Buenos Aires, en el período 1776-1850, que se refieren a querellas por disensos, alimentos, patria potestad y tutelaje de menores, malos tratos calumnias e injurias, adulterios, bigamias y violaciones. Cabe señalar que estos pleitos se extienden más allá del período correspondiente al Virreinato del Río de la Plata.



Tal vez podamos arriesgar algún tipo de explicación para la coexistencia del matrimonio y de la unión de hecho: el interés de la Corona en el matrimonio endogámico, la necesidad de una familia legítima como elemento de asentamiento en el Nuevo Mundo, un clero tal vez poco suficiente o desinteresado en hacer respetar los modelos, las prohibiciones vigentes para ciertos funcionarios de contraer matrimonio con mujeres residentes en su distrito, la imposibilidad de finalizar convivencias infelices, por la sola voluntad de los propios cónyuges, en función de la indisolubilidad del vínculo matrimonial, etc.

Por ello, la existencia de varios tipos de uniones entre hombres y mujeres, algunas estimuladas, otras permitidas y otras condenadas, revela que a pesar del deseo de la Corona de imponer el matrimonio legítimo, hubo quienes en el Virreinato del Río de la Plata no pudieron adaptarse a lo prescripto por las normas legales. Fueron los acusados de mantener “amistades ilícitas”, los que no se resignaron a seguir unidos a pesar de la indisolubilidad del matrimonio, los que decidieron apartarse por su propia voluntad, los que no pudieron cumplir con cada uno de los deberes conyugales, y en definitiva, quienes se constituyeron en actores de un tipo alternativo de familia.

Las disposiciones legales, dispersas a lo largo de una legislación que rigió entre nosotros durante cuatro siglos, producto de la fusión de elementos presentes desde hacía más de siete, así como el planteo y la solución de situaciones que no podían ser resueltas a la luz de normas jurídicas tal vez anacrónicas o poco probables para otro ámbito físico, nos lleva a concluir que las uniones de hecho recibieron algún tipo de reconocimiento jurídico. Estas relaciones constituyeron otro tipo de familia, que coexistió con la legítima, en el marco de la sociedad virreinal rioplatense.

## NUEVAS PAREJAS, NUEVAS IDENTIDADES (Argentina, 1960-2000)

*Susana Torrado*<sup>1</sup>

En las últimas cuatro décadas, en los países europeos de capitalismo avanzado, la hegemonía de la familia conyugal ha ido abandonando las formas tradicionales para dar lugar a modalidades que parecen escapar por completo al control social. La respuesta de las ciencias sociales —especialmente, la Sociología y la Demografía— a este fenómeno consistió en una renovación de sus ópticas analíticas a fin de aprehender las determinaciones de clase, la dominación de género, las nuevas modalidades de formación y disolución de uniones, las cambiantes trayectorias conyugales, el equilibrio demográfico en los mercados matrimoniales, las descendencias acumuladas a lo largo de varias uniones, los tipos emergentes de familia, el rol del Estado en estos procesos, etc.

Uno de los fenómenos más impactantes de la nueva dinámica familiar es el aumento de las uniones consensuales (parejas estables que no legalizan su unión en el Registro Civil). En este comportamiento —denominado cohabitación— se distinguen dos modalidades: “de prueba”, cuando constituye la vía de entrada a una primera unión que luego es eventualmente legalizada; “perdurable”, cuando es elegida como forma permanente para la primera unión o para la reincidencia nupcial (uniones de segundo rango o superior).

En el plano demográfico, desde fines del siglo XIX, la Argentina ha experimentado una dinámica que, con algún desfase temporal, se asemeja notoriamente a la del Occidente europeo. Esta afirmación es válida también para los cambios en la organización familiar que emergen en nuestro país a partir de la década del '60. Veamos algunas cifras<sup>2</sup>.

En su conjunto, la incidencia de la consensualidad ascendió ininterrumpidamente desde comienzos de la década del 60, experimentando una notable aceleración desde el inicio de los años ochenta (cuadro 1). En el total del país, las parejas consensuales representaban 7% del total de uniones en 1960 y llegaban a 18% en 1991, es decir, casi se tripli-

<sup>1</sup> Investigadora del Conicet. Profesora consulta Facultad de Ciencias Sociales (UBA).

<sup>2</sup> Este análisis se extiende hasta 1991, dado que los datos del censo de 2001 no están aún disponibles. Para la década del 90, la información nos fue proporcionada por la Dirección de Estadística e Información en Salud del Ministerio respectivo.