

**REVISTA DE DERECHO PROCESAL  
Y  
PRÁCTICA FORENSE**

## DIRECTORES

Atilio Carlos González (Miembro Fundador)  
Norberto J. Novellino

## COMISIÓN ASESORA

Adolfo Alvarado Velloso  
Elsa A. Cabrera de Dri  
Juan A. Constantino  
Francisco D'Albora  
Daniel H. D'Antonio  
Julio A. Degregorio Lavié  
Alfredo J. Di Iorio  
Atilio Diorio  
Carlos Eduardo Fenochietto  
Tomás Hutchinson  
Aída Kemelmajer de Carlucci  
Ricardo Lebele  
Néstor Osvaldo Losa  
Miguel A. Padilla  
Lino E. Palacio  
Efraín Quevedo Mendoza  
Raúl J. Rollan  
José N. Taraborrelli  
Félix A. Trigo Represas  
Abraham Luis Vargas  
Oscar H. Vénica

## COMITÉ CONSULTIVO INTERNACIONAL

José Carlos Barbosa Moreira (Brasil)  
Athos Gusmão Carneiro (Brasil)  
Juan Monroy Gálvez (Perú)  
Carlos Parodi Remón (Perú)

## SECRETARIOS

Eduardo Martínez Álvarez  
Carlos R. Ponce

## SECRETARIO DE REDACCIÓN

Oscar A. Zorzoli

## SECRETARIOS DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

Susana D. Vilgre La Madrid  
Francisco Brischetto

## ASESORES

Jorge E. Beade  
Oscar A. Zorzoli  
Francisco Brischetto



ediciones jurídicas cuyo

## ¿EXISTIÓ UN DERECHO DE FAMILIA INDIANO?

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

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Algunos aspectos de la regulación jurídica de la familia en el derecho castellano. 2.1. Deberes y derechos conyugales. 2.1.1. El deber de convivencia. 2.1.2. Las uniones de hecho. 2.2. Los deberes y derechos paterno-filiales. 2.2.1. Deber de asistencia. 2.2.2. Deber de obediencia y derecho de corrección. 2.2.3. Efectos jurídicos. 2.2.3.1. El consentimiento paterno. 2.2.3.2. Restitución. 2.2.4. Demandas entre padres e hijos. 3. El derecho indiano. 4. El derecho de familia indiano. 4.1. Disposiciones indianas en materia de familia. 4.1.1. Matrimonio. 4.1.1.1. El matrimonio de los españoles. 4.1.1.1.1. Las uniones de hecho. 4.1.1.1.2. El deber de convivencia. 4.1.1.1.3. Incompatibilidades para contraer matrimonio aplicables a determinados funcionarios. 4.1.1.1.4. Interferencias en la libertad para contraer matrimonio. 4.1.1.2. El matrimonio indígena. 4.1.1.2.1. Imposición del matrimonio monogámico. 4.1.1.2.2. Las uniones de hecho. 4.1.1.2.3. Interferencias en la libertad para contraer matrimonio. 4.1.1.2.4. Formalidades relacionadas con la celebración del

<sup>1</sup> Abogada especializada en Derecho de Familia y doctora en Derecho (UBA); profesora en la UBA y en la Universidad del Museo Social Argentino.

matrimonio. 4.1.1.3. Los matrimonios interraciales. 4.1.1.3.1. Entre españoles y negros libres. 4.1.1.3.2. Entre indios y negros. 4.1.1.3.3. Matrimonios entre negros. 4.1.2. Las relaciones paterno-filiales. 4.1.2.1. La Pragmática de 1776 sobre matrimonio de hijos de familia en América. 4.2. Juez competente en cuestiones de familia. 4.2.1. La competencia secular en derecho de familia. 4.3. La praxis judicial indiana en materia de familia. 4.3.1. La ley y la práctica judicial. 4.3.2. Deberes y derechos conyugales. 4.3.2.1. Convivencia. 4.3.2.1.1. La separación de hecho. 4.3.2.1.2. Las uniones de hecho y los amancebamientos. 4.3.3. Impedimentos para celebrar matrimonios. El caso de los oídos. 4.3.4. Deberes y derechos paterno-filiales. 4.3.4.1. Derecho de corrección y deber de obediencia. 4.3.4.1.1. La reclusión. 4.3.4.1.2. Obediencia. 4.3.4.1.3. Los malos tratos. 4.3.4.1.4. El consentimiento paterno. 4.3.4.1.5. El depósito. 4.3.4.1.6. Ejercicio de la patria potestad una vez alcanzada la emancipación. 4.3.4.1.6.1. Alimentos. 4.3.4.1.6.2. Derecho de corrección. 4.5. La actuación de las justicias indianas en materia de familia. 4.5.1. El papel del oidor juez de casados. 4.5.2. Actitud paternalista de las justicias indianas. 4.5.3. El control judicial de los deberes y derechos de familia. 5. Conclusiones.

## 1. Introducción

“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”.<sup>2</sup> En

<sup>2</sup> De Encinas, Diego, “Cedulario indiano”, Madrid, 1596, t. I, f. 5.

1571, a menos de cien años del descubrimiento del Nuevo Mundo, una disposición castellana ponía de manifiesto la voluntad de la Corona de trasladar su propio orden jurídico a las tierras hasta hacía ochenta años ignotas.

¿Sería tarea fácil trasplantar, así, sin más, un derecho gestado y desarrollado siete siglos antes, para un mundo completamente distinto, a otro espacio físico y temporal?

La presencia del derecho castellano en América y el desarrollo del derecho indiano, nos ha llevado a plantearnos la efectiva existencia de un “derecho de familia indiano” destinado a encontrar soluciones a los nuevos problemas que con relación a este tema habrá generado el descubrimiento del nuevo continente.

En consecuencia, el objeto del presente trabajo consiste en determinar, tomando como fuente la legislación, la doctrina y los expedientes judiciales entablados entre integrantes de grupos familiares, en el Río de la Plata, en el período comprendido entre 1785 y 1812, la existencia de algún tipo de derecho de familia al que podríamos denominar “indiano”, por la circunstancia de tener origen en la península para ser utilizado en Indias, o por ser exclusivo de América, para ser aplicado a las relaciones familiares.

Para poder analizar si efectivamente existió un derecho indiano en materia de familia, es necesario llevar a cabo un análisis que gire alrededor de dos elementos: las normas que para solucionar las cuestiones familiares se dictaron en España para regir en Indias o las dictadas por funcionarios indianos y la aplicación de estas leyes por quienes tenían a su cargo esta tarea.

Comenzamos con el traslado del derecho castellano a Indias, deteniéndonos en algunas normas del derecho de familia de particular interés en el Nuevo Mundo, para referirnos luego sintéticamente al derecho indiano en general. A partir de estos ele-

mentos, describimos las normas que en materia de familia se dictaron en la península para ser aplicadas en Indias o en Indias por las autoridades facultadas para legislar y nos ocupamos del ajuste o desajuste entre estas normas y la praxis judicial, para concluir con algunas consideraciones acerca de la existencia de un derecho familiar indiano.

Elegimos el Río de la Plata en el período 1785-1812, porque durante esos años funcionó en nuestro territorio la Segunda Audiencia de Buenos Aires, como primera justicia letrada en el Río de la Plata y único organismo con funciones específicas en materia de familia.

## 2. Algunos aspectos de la regulación jurídica de la familia en el derecho castellano<sup>3</sup>

En esta sección nos ocuparemos sólo de algunas normas del derecho de familia castellano, que se relacionan con la regulación jurídica y la praxis judicial del derecho de familia en Indias.

Al incorporarse políticamente las Indias a la Corona de Castilla, y atento a que las tierras recién descubiertas habían sido concedidas, documentos pontificios mediante, a los Reyes Católicos y a sus descendientes en el trono de Castilla, éstas pasaron a formar parte del territorio castellano y sus habitantes, a ser considerados, vasallos, al igual que los peninsulares de este reino.

Por lo tanto, no se intentó una estructuración jurídica nueva de las tierras recién descubiertas, y por el contrario, se quiso

<sup>3</sup> Nos hemos ocupado extensamente sobre algunos de estos temas en nuestra tesis doctoral, "Los deberes y derechos emergentes de las relaciones conyugales en el Río de la Plata, 1785-1812", Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 1996.

trasladar el orden jurídico indiano al Nuevo Mundo, en tanto las peculiares condiciones de vida de éste lo permitieran.

En consecuencia, la regulación jurídica del matrimonio en el Río de la Plata a fines del siglo XVIII y principios del XIX se estructuró alrededor del derecho castellano, integrado por dos tipos de fuentes: el derecho canónico y el derecho secular.

A falta de una legislación específica, y a pesar de su subsidiaridad, "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>4</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>5</sup>

Las fuentes seculares eran el Fuero Juzgo, el Fuero Real, las Partidas, el Ordenamiento Real u Ordenamiento de Alcalá, las Ordenanzas Reales de Castilla u Ordenamiento de Montalvo, las Leyes de Toro, la Nueva Recopilación de las Leyes de España y la Pragmática sobre el matrimonio de los hijos de familia de 1776.

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

<sup>4</sup> Dougnac Rodríguez, Antonio, "Manual de historia del derecho indiano", Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994, pág. 16.

<sup>5</sup> Chenault, Victoria, "Honor y ley: la mujer totonaca en el conflicto judicial en la segunda mitad del siglo XIX", en "Familias y mujeres en México: del modelo a la diversidad", El Colegio de México, México, 1997; González Montes, Soledad y Tuñón, Silvia, compiladores págs. 11-160.

La profusión de estas leyes, determinó la necesidad de establecer un orden de prelación: primero, el derecho territorial del reino, integrado por las normas contenidas en los ordenamientos y las disposiciones reales y recogido en las diversas recopilaciones; segundo, los fueros municipales, en aquello en lo que venían utilizándose y mientras no se opusieran a la ley divina, a la razón o a las normas recopiladas y tercero, las Partidas.<sup>6</sup>

## 2.1. Deberes y derechos conyugales

### 2.1.1. El deber de convivencia

Uno de los derechos que tenía el marido era el de fijar el lugar físico sobre el que se iba a asentar el hogar conyugal. Consecuencia de la sujeción de la mujer a su cónyuge, las Ordenanzas de Montalvo disponían que la mujer no podía, ni debía morar “sino do aquel mandare”.<sup>7</sup>

Marido y mujer estaban obligados a cohabitar, porque ello conducía a la unión perfecta del amor y a que se engendrara una “amistad intensísima entre ambos”,<sup>8</sup> “porque por este camino se crían mejor los hijos”.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> González de San Segundo, Miguel Ángel, “Un mestizaje jurídico: el derecho indiano de los indígenas”, Estudios de Historia del Derecho, Madrid, 1995, pág. 13

<sup>7</sup> “Ordenanzas reales de Castilla”, recopiladas y compuestas por el Lic. Alonso Díaz de Montalvo. Glosadas por el Dr. Diego Pérez, Madrid, 1779, libro IV, tít., ley XXIX; “Novísima Recopilación de las leyes de Castilla”, libro VI, tít., ley 13.

<sup>8</sup> De Torrecilla, Martín, “Suma de todas las materias morales”, 2da. edición, t. II, trat. III, disput. VI, Secc. IV, cap. 10, Madrid, 1696.

<sup>9</sup> De Villalobos, Fray Enrique, “Suma de teología moral y canónica”, trat. XIII, dif. XVIII, Madrid, Imprenta de Bernardo de Villa, 1682, pág. 321.

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

### 2.1.2. Las uniones de hecho

Las leyes insistían en la necesidad del castigo de los amancebamientos y “otros pecados públicos”,<sup>10</sup> pero advertían acerca de “tomar conocimiento de oficio en asuntos de disensiones domésticas interiores de padres e hijos, marido y muger... cuando no haya queja o grave escándalo, para 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>11</sup>

## 2.2. Los deberes y derechos paterno-filiales

Los padres ejercían sobre sus hijos menores la patria potestad, institución que implicaba deberes y derechos para ambos y que llegaba a su fin por el casamiento del hijo y la emancipación.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Pragmática del 9/6/1500. Sevilla, Reyes Católicos, Ley 36, cap. 47 y 53.

<sup>11</sup> Reales resoluciones no recopiladas, R. 15/5/1788.

<sup>12</sup> “Sea habido por emancipado en todas las cosas para siempre el hijo o hija casado y velado”, “Novísima Recopilación de las Leyes de España”, libro 10, tít. 5, ley 3.

### 2.2.1. Deber de asistencia

Las Partidas establecían que al hijo se lo debía criar con amor y piedad, dándole todo lo que los padres creían que era bueno. De acuerdo a este precepto, era el padre quien tenía criterio para decidir, introduciendo la concepción de que la crianza debía llevarse a cabo según las convicciones paternas.

Los padres tenían la obligación de alimentar a sus hijos desde su nacimiento, deber que pesaba sobre el padre solamente con respecto a los hijos legítimos y a los naturales reconocidos.

El padre debía darle al hijo todo lo que fuera necesario para que comiera, bebiera, se vistiera, se calzara, tuviera vivienda y todas las demás cosas que fueran necesarias.

Por su parte, el Fuero Real establecía que el hijo estaba obligado a alimentar, según sus facultades, al padre o madre pobres.<sup>13</sup> Esta disposición fue recogida por las Partidas, que insistieron en que el hijo debía ayudar a proveer al padre, si éste lo necesitase y el hijo lo pudiese hacer.<sup>14</sup>

### 2.2.2. Deber de obediencia y derecho de corrección

Las Partidas prescribían que los hijos debían amar, temer, honrar y ayudar a sus padres<sup>15</sup> y que este deber de respeto era de derecho natural y divino.<sup>16</sup>

El fundamento de este deber radicaba en el hecho de que el padre era el que había engendrado al hijo, y que la madre la que

<sup>13</sup> Lib. 3, tít. 8.

<sup>14</sup> Partida 4, tít. 19, ley 2 (en adelante sólo "P" para partida, y "L" para ley).

<sup>15</sup> pág. 3, tít. 7, l. 4; Proemio al pág. 4, tít. 19, l. 1; pág. 4, tít. 24, l. 3

<sup>16</sup> pág. 4, tít. 7, l. 3.

lo había traído al mundo "con peligro en parirlo y con afán en criarlo".<sup>17</sup>

Las Partidas permitían al hijo cuyo padre se excedía, a salirse de su potestad<sup>18</sup> y Gregorio López, glosando esta ley, afirmaba que "... no es lícito cederse de las facultades que concede el derecho para corregir las costumbres y la demasiada dureza se reputa culpa".<sup>19</sup>

En este orden de ideas, y avanzando en la demarcación de las facultades paternas, Pérez y López afirmaba que a medida que el derecho evolucionó se planteó la necesidad de moderar la patria potestad. Fue en esas circunstancias cuando se conocieron "los graves daños que resultaban de que el derecho de la patria potestad fuese tan ilimitado y absoluto", y entonces "se le coartó y ciñó poco a poco, y se le redujo a más estrechos límites", agregando que se circunscribió el derecho de vida y muerte a "los límites de una reprehensión, de un castigo moderado, obligando al padre a servirse de los ministros de la ley en los casos graves, para que éste impusiese a los hijos las penas en que hubiesen incurrido y mereciesen".<sup>20</sup>

<sup>17</sup> pág. 4, tít. 24, l. 3.

<sup>18</sup> pág. 4, tít. 18, l. 18.

<sup>19</sup> López, Gregorio, "Las siete partidas del sabio Rey D. Alonso el IX", con la glosa del Lic. Gregorio López, Barcelona, Imprenta de Antonio Bergnes y Cía., 1843, glosa a la ley 18, título 18.

<sup>20</sup> Antonio Xavier Pérez y López, Teatro de la legislación universal de España e Indias, por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopiladas; y alfabético de sus cuerpos y decisiones no recopiladas; y alfabético de sus títulos y principales materias; Madrid, 1792, t. 22, pág. 199.

### 2.2.3. Efectos jurídicos

#### 2.2.3.1. El consentimiento paterno

Consecuencia del amor y respeto hacia los padres, los hijos les debían sujeción y obediencia<sup>21</sup> y por lo tanto, estaban obligados a solicitar y obtener el consentimiento de los padres para contraer matrimonio. “Es razón, e natura, e derecho que los hijos sepan obedecer a los padres”.<sup>22</sup>

#### 2.2.3.2. Restitución

El padre tenía el derecho de pedir al juez la restitución del hijo que se había separado de su lado o no lo quisiese obedecer.<sup>23</sup> Las propias Partidas citaban el ejemplo del hijo que anduviese por su voluntad, vagando por la tierra, no queriendo obedecer a su padre. La restitución podía ser a pedido de parte o de oficio.

### 2.2.4. Demandas entre padres e hijos

En principio, podían acusar todos los que no estaban exceptuados de hacerlo por alguna disposición legal.<sup>24</sup>

Atento a que “es razón natural que los hijos tengan reverencia y honren a sus padres y a sus madres y los ayuden, y no les hagan contiendas nin pleytos, aduziendolos en juyzio”,<sup>25</sup> no po-

<sup>21</sup> pág. 2, tít. 20, l. 3.

<sup>22</sup> Pérez y López; ob. cit., t. 3, pág. 369.

<sup>23</sup> pág. 4, tít. 17, l. 10.

<sup>24</sup> Pérez y López; ob. cit., t. 10, pág. 209.

<sup>25</sup> pág. 3, tít. 7, l. 4; pág. 4, tít. 17, l. 11; Juan Sala, “Sala acondicionado, o Ilustración del Derecho Español”, París, Librería de D. V. Salva, 1844, t. I, tít. II, pág. 127.

día el hijo convenir en juicio al padre en cuya potestad estaba “sino por causa de peculio castrense, ó por otra querella, precedida licencia del Juez”.<sup>26</sup>

Cuando el hijo se emancipaba, lo podía emplazar en juicio con autorización del juez.<sup>27</sup>

No obstante, si de la demanda que entablara el hijo contra el padre pudiese resultar “muerte o perdimiento de miembro o enfamamiento”,<sup>28</sup> el juez no podía otorgar la venia para demandar al padre, se tratara de un hijo menor o de un emancipado.

Sin embargo, había casos en los que el hijo que estaba en poder de su padre lo podía demandar. Esto podía suceder si el padre le denegase los alimentos, si lo castigase demasiado, o le aconsejase “que hiciese alguna maldad”.<sup>29</sup>

## 3. El derecho indiano

El derecho indiano era el conjunto de reglas jurídicas aplicables en Indias. Estaba integrado por:

a) las normas creadas especialmente para las Indias (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, en la medida en que resultara adecuado a los principios morales y cristianos, analizados y contrastados, desde la perspectiva española de la época y equiparado a los fueros municipales.<sup>30</sup>

<sup>26</sup> Pérez y López, ob. cit., T. 22, pág. 196, T. 12, pág. 12.

<sup>27</sup> pág. 3, tít. 2, l. 2; Pérez y López, ob. cit., T. 10, págs. 210-211.

<sup>28</sup> pág. 3, tít. 2, ls. 2 y 3.

<sup>29</sup> pág. 3, tít. 2, l. 2; Pérez y López, ob. cit., T. 10, pág. 210-211.

<sup>30</sup> San Segundo, ob. cit.

Las fuentes de derecho indiano eran la legislación, la costumbre, la praxis judicial y la literatura jurídica.<sup>31</sup>

Esta nueva legislación indiana “se va formando a medida que los problemas surgen o se plantean acuciantes en un lugar cualquiera”; por lo que es, 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>32</sup> Este tipo de sistema se adecuaba muy bien a las cambiantes situaciones que planteaban las Indias y sus habitantes.<sup>33</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, si bien el derecho indiano criollo, que se conserva vivo, acusa las diferencias”.<sup>34</sup>

La legislación indiana se centró básicamente en el derecho público, por lo que el derecho privado fue principalmente regido por el castellano, y entonces, a falta de una legislación específica, y a pesar de su subsidiaridad, “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>35</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 fa-

<sup>31</sup> Dognac, ob. cit., pág. 11

<sup>32</sup> García Gallo, Alfonso, “Génesis y desarrollo del Derecho indiano”, Revista del pensamiento actual, Atlántida, julio-agosto 1964, Vol. II, n° 10, pág. 342.

<sup>33</sup> Dognac, ob. cit., pág. 11.

<sup>34</sup> García Gallo, ob. cit.

<sup>35</sup> Dognac, ob. cit., pág. 16.

milia han sido las que deben haber cambiado más lentamente por pertenecer al aspecto más privado de la vida en sociedad”.<sup>36</sup>

Con respecto a la supervivencia del derecho indígena, “a los indios se les deja regirse por sus costumbres y, por tanto, el derecho indígena convive con el castellano”, fenómeno de convivencia o coexistencia que desde luego no impide, que “cuando los indios tratan con los españoles es el derecho de éstos el que prevalece”.<sup>37</sup>

Para Víctor Tau Anzoátegui, “la supervivencia de las costumbres de los nativos en el seno del ordenamiento indiano constituye una excepción muy notable a la situación y a las reglas generales, contrarias a la admisión de la costumbre como fuente de creación del derecho”.<sup>38</sup> Así, subsistieron muchas instituciones prehispánicas, como el cacicazgo, el yanaconaje, las cajas de comunicas, sistema de repartimiento de agua, de tributos, etcétera.<sup>39</sup>

#### 4. El derecho de familia indiano

##### 4.1. Disposiciones indianas en materia de familia

Tal como sostuvimos al referirnos al derecho indiano en general, si se examina el contenido de la Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias de 1680 y de las disposiciones dictadas en España para regir en Indias o en el Nuevo Mundo, por quienes tenían facultades legislativas, hay un predominio de normas de derecho público sobre el privado.

<sup>36</sup> Chenault, ob. cit.

<sup>37</sup> González de San Segundo, ob. cit.

<sup>38</sup> “La costumbre jurídica en la América española (siglos XVI-XVIII)”, Revista de Historia del Derecho (RHD) n° 14, págs. 355-425.

<sup>39</sup> Dognac, ob. cit., pág. 14

Del análisis de estas normas, se puede concluir que fueron pocas las disposiciones que se ocuparon de la regulación jurídica de la familia, y que éstas giraron alrededor de los temas que se desarrollan a continuación.

#### 4.1.1. *Matrimonio*

En primer lugar habría que hacer una distinción entre los enlaces de españoles entre sí, los mixtos, los de indígenas entre sí y los de negros entre ellos mismos.

##### 4.1.1.1. El matrimonio de los españoles

###### 4.1.1.1.1. Las uniones de hecho

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>40</sup> Se recomendaba a estos fun-

<sup>40</sup> Real Cédula del 13 de febrero de 1727: "Que el Virrey del Perú, arzobispos, obispos, y Prelados de las Religiones se dediquen con el mayor esfuerzo, y actividad al más pronto rigoroso, y exemplar castigo de los amancebamientos públicos de los Sacerdotes, así regulares, como seculares, que públicamente sustentan familias enteras de mugeres e hijos, con grave escándalo, procediendo contra ellos conforme al derecho canónico, hasta deponerlos, si fueren incorregibles, de sus prebendas, curatos, y oficios, y estrañarlos del Reyno, o 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 comuniqué 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

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

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 escándalos".

Disposición de diciembre 21 de 1787: "Que los Virreyes, Arzobispos, etc., cumplan lo resuelto sobre causas de concubinatos; disponiendo, que por todos sus respectivos súbditos se guarde en las Indias lo ordenado para España en Cédula de 29 de febrero de 1777, en que se establecen las siguientes reglas:

I 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 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 éstas al castigo de los delincuentes, se dé a los Virreyes, Presidentes, o Audiencias del distrito.

III Que si éstos 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.

V Que quando se expidan por S.M. indultos generales, los gocen y sean comprendidos en ellos los delincuentes eclesiásticos, contra quienes estuvieren conociendo sus jueces, siendo las penas que se les habían de imponer tales, que puedan ser remitidas por dichos indultos" (Matraya y Ricci, Juan Joseph, "Catálogo cronológico de pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones reales". Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho (INHID), Buenos Aires, 1979, págs. 302-397.

#### 4.1.1.1.2. El deber de convivencia<sup>41</sup>

Un siglo después de la norma de las Ordenanzas de Montalvo, que imponía a los casados la obligación de convivir,<sup>42</sup> aparecía una realidad distinta: el descubrimiento de América y la partida de hombres hacia el Nuevo Mundo.

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

Con relación a esta última cuestión, Juan de Matienzo, según Antonio Dougnac, “un especialista en temas de familia”,<sup>43</sup> refería que muchos hombres casados en España, se amancebaban en las Indias, dejando padecer en la península a sus mujeres e hijos.<sup>44</sup>

<sup>41</sup> Recopilación de Leyes de Indias, 8-3-7, Kluger, tesis cit.; Viviana Kluger: “Consideraciones sobre las relaciones paterno-filiales en el Río de la Plata. Del ámbito doméstico a los estrados judiciales (1785-1812)”, *Actas del XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1997 y Viviana Kluger, “Los deberes y derechos paterno-filiales a través de los juicios de disenso (Virreinato del Río de la Plata, 1785-1812)”, *Revista de Historia del Derecho* n° 24, INHID, Buenos Aires, 1996.

<sup>42</sup> Kluger, tesis cit.

<sup>43</sup> Dougnac R, Antonio, “La unidad de domicilio conyugal en Chile indiano”, *Revista chilena de Derecho* n° 7, n° 1-6, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile, IV Jornadas chilenas de Derecho Natural, enero-diciembre 1980.

<sup>44</sup> De Matienzo, Juan, “Gobierno del Perú”, *Ouvrage Publie avec le concours du Ministère des Affaires Etrangères, Paris, Lima 1967*, pág. 341.

Esta circunstancia determinó que surgiera un nuevo “status social” en Indias: “el casado ausente”, al que la Recopilación de Leyes de Indias de 1680 le dedicó todo el título tercero del libro séptimo —“De los casados y desposados en España e Indias que están ausentes de sus mujeres y esposas”— sentando en la primera ley el principio general de que los casados pasaran a América con sus mujeres y que los que así no lo hicieran, fueran remitidos de vuelta con sus bienes, “a hacer vida con sus mujeres”.<sup>45</sup>

En consecuencia, las mujeres casadas “sólo podían pasar a Indias acompañadas de sus maridos o haciendo constar que ellos estaban ya allí y que ellas iban a buscarles para reanudar su interrumpida vida matrimonial”.<sup>46</sup>

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

El principio general era que los casados en la península no podían pasar a Indias sin sus mujeres y que éstos debían ser remitidos a hacer vida con sus ellas. Para llevar a la práctica este principio, se estableció que:

<sup>45</sup> La Recopilación recogió una serie de disposiciones anteriores, mencionadas por Antonio Pérez y López y que le sirvieron de antecedente.

<sup>46</sup> Ots Capdequí, José María, “El sexo como circunstancia modificativa de la capacidad jurídica en nuestra legislación de Indias”, en “Anuario de Historia del Derecho Español, Madrid, 1930, t. VII, págs. 311-380.

a) Las autoridades indianas estaban obligadas a averiguar qué hombres casados estaban residiendo sin sus mujeres, y los debían embarcar a hacer vida con ellas, en el supuesto de que no tuvieran licencia o ésta se hubiera acabado. Esta obligación tenía su fuente también en bandos de buen gobierno y en provisiones a las reales Audiencias americanas.<sup>47</sup>

b) Los virreyes y audiencias tenían prohibido conceder prórrogas “sino fuere en casos muy precisos e inexcusables, y que para ello precediera una plenísima prueba”.

c) Se recomendaba que no se nombraran para determinados cargos a los casados en España que residieran en Indias.<sup>48</sup>

#### 4.1.1.1.3. Incompatibilidades para contraer matrimonio aplicables a determinados funcionarios

Se dictaron disposiciones destinadas a impedir que los oidores, o sus familiares, contrajeran matrimonio con mujeres resi-

<sup>47</sup> Bando del 9 de setiembre de 1777 y Real Provisión dada el 18 de enero de 1771 a la Audiencia de La Plata, sobre reunión de los casados.

<sup>48</sup> Ley 1. El emperador Don Carlos en Valladolid, a 19 de octubre de 1544: Que los casados o desposados en estos Reynos sean remitidos a ellos.

Los Virreyes, Audiencias, y demás Jueces y Justicias de Indias se informen de los casados o desposados en estos Reynos que hubiere en sus distritos; y no habiendo llevado licencia para ir, o habiéndoseles acabado el término de ella, los hagan embarcar en la primera ocasión con todos sus bienes, para que hagan vida con sus mugeres e hijos, sin embargo de qualquier excusa que pongan. Los Generales de Armada en lo tocante a su jurisdicción así lo cumplan precisamente. Pérez y López, Antonio, Tomo 6, Ley 2. Don Felipe II en el Bosque de Segovia, á 19 de julio de 1565.

Dichos Virreyes y Audiencias no den prorrogaciones de tiempo á los casados en estos Reynos, y residentes en Indias, sino fuere en casos muy precisos é inexcusables, y para ello preceda una plenísima prueba.

Ley 3. Don Felipe II en Madrid, a 12 de diciembre de 1619. Forma en que los casados en España, serán enviados.

dentes en sus distritos. Dicha prohibición surgía de la Recopilación de Leyes de Indias,<sup>49</sup> y tenía por objeto impedir que estos hombres nuevos, “cuidadosamente elegidos”, echaran raíces en la colonia donde administraban la real justicia.

#### 4.1.1.1.4. Interferencias en la libertad para contraer matrimonio

En algunos momentos, debido a cuestiones políticas, se olvidó la doctrina canónica y se coaccionó a determinados individuos a contraer matrimonio, como por ejemplo a los enco-

---

Los casados que fueren a Indias, y se casaren viviendo sus mugeres, se castiguen conforme a derecho y los que pasaren con licencia, habiendo dado fianzas en la Contratación de volver dentro de cierto tiempo, aunque paguen la pena contenida en la fianza, y presentaren testimonio de ello, sean apremiados por prisión a que vuelvan a vivir con sus mugeres, pudiéndolos traer presos a su costa; y si hicieren obligación, dando juntamente fianza ante el Escribano de Cámara, si fuese en Audiencia, o ante el de su causa, expresando no sólo que vendrá a residir con su muger, sino que en caso de no hacerlo, o quedarse en las Indias, pague el Fiador la cantidad que fuere justa.

Ley 4. El emperador Don Carlos en Valladolid, a 5 de setiembre de 1555.

Los desterrados por casados, y ausentes de sus mugeres a estos Reynos, se envíen en la primera ocasión sin dilatarlo por ningún pretexto; y por las deudas que hicieren después que son mandados venir, o las que executaren los mercaderes y otras personas que tiene tiempo limitado, se haga justicia, y no por eso dexen de ser enviados, siendo ya pasado el tiempo de su licencia.

Ley 5. Don Felipe II, en Valladolid, a 29 de junio de 1592.

Los Tesoreros no nombren casados en España que residan en Indias por Oficiales de Cruzada; y si lo hicieren, no por eso dexen de ser enviados a estos Reynos.

Los esclavos casados que pasen a Indias sin sus mugeres e hijos, y las mugeres libres vayan con sus maridos; y si éstos las enviaren a llamar, de licencia la Casa de Contratación, y los pasajeros puedan llevar a sus mugeres y otras cosas. Pérez y López, ob. cit., Tomo VI, “Casados y Desposados”.

<sup>49</sup> Leyes de Indias III, tít. XVI, l. 32.

menderos, a las mujeres solteras y viudas con indios encomendados provenientes del padre del difunto marido, o bien a los solteros en determinados territorios, con vistas a poblar los asentamientos.<sup>50</sup>

#### 4.1.1.2. El matrimonio indígena<sup>51</sup>

##### 4.1.1.2.1. Imposición del matrimonio monogámico

Se insistía en la necesidad de que los indígenas no se casaran con más de una mujer.<sup>52</sup> Sin embargo, los monarcas recomendaban paciencia en la exigencia de implantar la monogamia “por ser gente nuevamente convertida y ser cosa que se usaba entre ellos, tener muchas mujeres”.<sup>53</sup>

<sup>50</sup> Del Vas Mingo, Marta Milagro, De Ayala, Manuel Josef, “Diccionario de Gobierno y Legislación de Indias”, Edición y estudios, Ediciones de Cultura Hispánica, Madrid, 1991, Tomo IX, págs. 26-44

<sup>51</sup> Este tema ha sido desarrollado extensamente por Mónica Patricia Martini en “El indio y los sacramentos en Hispanoamérica colonial. Circunstancias adversas y malas interpretaciones”, PRHISCO Conicet, Buenos Aires, 1993.

<sup>52</sup> Año 1551, 17 de diciembre “Cédula que manda a la Audiencia de las provincias del Perú que no se consienta que ningún cacique se case con más de una mujer, aunque sea infiel”; “...a nos se ha hecho relación de que en esa tierra muchos caciques tienen número de mujeres encerradas en su término para usar de ellas en sus desconciertos... os mando que veais lo suso dicho y proveais que en todas las provincias sujetas a esa Audiencia ningún cacique, aunque sea infiel, se case con más de una mujer”. “Cedulario de Encinas”, lib. IV, fols. 350-351. Sobre la base de esta disposición se forma la ley 6, 1, 5 de la Recopilación de 1680.

<sup>53</sup> De Zorita, Alonso, Cedulario de 1574. Leyes y ordenanzas reales de las Indias del mar océano, por las cuales primeramente se han de librar todos los pleitos civiles y criminales de aquellas partes; Introducción de Jesús Silva-Herzog Flores, México, 1984.

#### 4.1.1.2.2. Las uniones de hecho

Como en el caso de los españoles, existieron disposiciones de la Corona dirigidas a evitar que los indios se amancebaran.<sup>54</sup> Al respecto, Juan de Matienzo, sostenía que los indios tenían la mala costumbre de emborracharse, ser adúlteros, tener mancebas, y hasta ser bigamos y polígamos, por lo que aconsejaba que los doctrineros no incurriesen en los mismos delitos, porque esta conducta constituiría un mal ejemplo para los indígenas. Para evitar estas conductas entre ellos, proponía que al indio que hubiera ya abrazado el cristianismo y que estuviere públicamente amancebado, le persuadieran a que se casase y dejase la manceba, y si éste no lo quisiese hacer, fuera azotado públicamente y cortados los cabellos. A la india, sugería que se le diese el mismo castigo, y que fuera desterrada del repartimiento por un año; y que la misma pena se le diera al que adulterare o tuviere dos o tres mujeres o mancebas.<sup>55</sup>

<sup>54</sup> Año 1565 entre las “prevenciones hechas por el Licenciado Castro para el buen gobierno del Reino del Perú, y especialmente para la conservación e instrucción de los indios”, figura la siguiente: ... Item habeis de tener muy gran cuidado de mirar cómo se instruyen y enseñan los dichos naturales en nuestra santa fe, y de prohibirles las borracheras y amancebamientos e idolatrías y entierros que hacen conforme a sus ritos y antiguas costumbres. Ley 4, 4, 2 de la Recopilación indiana.

<sup>55</sup> De Matienzo, Juan, ob. cit., pág. 84, Parte Primera Capítulo XXIII: “de las borracheras y malas costumbres de los indios; de los cabellos y chicos para las cabezas; de los adúlteros y amancebados, y del remedio que en ello se ha de tener... tienen, demás de esto, otra mala costumbre, que es estar amancebados, y aún tener dos y tres mugeres, y tomar mugeres axenas. Este es el mayor pecado que ellos tienen, y el más ordinario. El remedio de esto es que los que vivieren entre ellos no lo estén, especialmente los padres que los doctrinaren, que de lo contrario podrán tomar avilantez para lo estar, y el padre no tener lengua para los reprehender de ello, estando él de la mesma manera, y si los reprehendiere,

#### 4.1.1.2.3. Interferencias en la libertad para contraer matrimonio

Fue necesario insistir en la libertad para contraer matrimonio, prohibiendo a los indios que vendieran a sus hijas, a quienes conviniera a sus intereses.<sup>56</sup>

#### 4.1.1.2.4. Formalidades relacionadas con la celebración del matrimonio

Fue necesario disminuir estas formalidades, ya que los españoles estaban en condiciones de ajustarse más exactamente a las normas establecidas por el antiguo derecho castellano sobre la regulación de la familia y a las dictadas por el Concilio de Trento. Los matrimonios entre indios revistieron una serie de peculiaridades desde el ámbito de la regulación eclesiástica y desde la propiamente civil.

En este sentido, se obviaron en muchas ocasiones los impedimentos por parentesco y no se aplicaron con el mismo rigor y disciplina los preceptos del Concilio de Trento.

---

ellos se reirán dél y no le creerán, como ha acaecido no sólo una vez en este Reino. ...pero no dañará tanto a los indios como el estar amancebados, porque en lo de la codicia no pecan los indios, y en este otro pecado sí".

<sup>56</sup> Año 1628, 29 de setiembre. A partir de una disposición del Rey Felipe IV, dada en Madrid en esa fecha, se forma la ley 6, 1, 6 de la Recopilación de 1680, la cual establece que los indios no puedan vender a sus hijas para contraer matrimonio: "usaban los indios al tiempo de su gentilidad vender a sus hijas más les diese, para casarse con ellas. Y porque no es justo permitir en la cristiandad tan pernicioso abuso contra el servicio de Dios, ... ordenamos y mandamos que ningún indio ni india reciba cosa alguna ...del indio que se hubiese de casar con su hija".

#### 4.1.1.3. Los matrimonios interraciales.<sup>57</sup>

##### 4.1.1.3.1. Entre españoles y negros libres

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

##### 4.1.1.3.2. Entre indios y negros

De todos los matrimonios interraciales, éste es el que contó con mayores detractores por parte de las autoridades indianas, porque desde el punto de vista sociorracial, éstas entendían que eran perjudiciales, porque llevaban a mezclar la sangre limpia de los indios con la impura de la condición servil de los negros, mientras que en lo político porque la mezcla propiciaba una clase social levantisca; y en lo económico, porque no tributaban.

##### 4.1.1.3.3. Matrimonios entre negros

No sucedió lo mismo con este tipo de matrimonio, que seguramente por motivos económicos de aumento de mano de obra esclava fue, en los primeros momentos, potenciado por la Corona, obligando, en numerosas capitulaciones de descubrimiento, conquista y población en que se autorizaba el paso de esclavos, a llevar al menos un tercio de mujeres. Esta aspiración fue recogida en la Recopilación de las Leyes de Indias.<sup>58</sup>

<sup>57</sup> Del Vas Mingo, ob. cit.

<sup>58</sup> 7, 5, 5, del Vas Mingo, ob. cit.

#### 4.1.2. *Las relaciones paterno-filiales*

##### 4.1.2.1. la Pragmática de 1776 sobre matrimonio de hijos de familia en América

Dos años después del dictado de la Pragmática sobre Matrimonios de hijos de familia en España, ésta se comunicó a América, y en ese traslado, fue necesario adaptarla a la realidad indiana, en función de las siguientes circunstancias:

a) La aparición de nuevas etnias, tales como los indios y los negros y las distintas mezclas de razas.

b) La distancia que separaba la metrópoli de las Colonias, lo que impedía en algunos casos obtener el permiso de los familiares y la necesidad de simplificar y abaratar los trámites en estos aquellos casos en los que los que debían proporcionar el permiso vivían lejos de aquellos a quienes debían autorizar.

La propia Pragmática dejaba abierta la posibilidad de que se introdujeran modificaciones en su aplicación, al establecer que “a estos fines y el de que se establezcan las demás reglas que parezcan necesarias y conducentes, además de las que contiene la Pragmática, e incluye esta cédula, proporcionadas a las calidades de los habitantes, sus costumbres, distancias y más circunstancias que concurren en las varias Provincias de dichos mis Reynos de las Indias, mando a las Audiencia, que cada una forme un reglamento o instrucción que todo lo que parezca conveniente establecer en su distrito, conformándose en todo lo que sea posible al espíritu y objeto de una y otra...”<sup>59</sup>

En función de lo señalado precedentemente, se observan las siguientes diferencias con relación a lo sucedido en España:

<sup>59</sup> Pérez y López, ob. cit., Reales resoluciones no recopiladas en Indias, t. XIX, pág. 419, Real cédula de 7 de abril de 1778.

a) La exclusión de su aplicación a “los mulatos, negros, coyotes e individuos de castas, y razas semejantes”, exceptuando “los que en calidad de oficiales sirvan en las milicias” o “se distinguan de los demás por su reputación, buenas operaciones y servicios y que todos los demás estuviesen obligados a su observancia”.

b) Los indios tributarios, cuyos padres no eran conocidos, o estuvieran distantes, podían solicitar el permiso a su respectivo cura, quien “en nombre de S.M. dará el consentimiento”.

c) La autorización a los padres a negar la licencia, sin dar cuenta de los motivos de su disenso, limitándose la vía del recurso a la Audiencia respectiva, sistema más engorroso para quienes no residieran en sedes judiciales, que la intervención del juez local prevista por la Pragmática anterior.

d) La disminución de la edad para solicitar el consentimiento: se permitió que los hijos mayores de 25 años y las hijas mayores de 23 —edades que disminuían a 24 y 22, 23 y 21 o a 22 y 20 si eran, respectivamente, las madres, los abuelos o los tutores quienes debían prestar el consentimiento— dispusieran de sus personas, al autorizarlos a casarse a su arbitrio, sin necesidad de pedir ni obtener consentimiento ni consejo de sus mayores.<sup>60</sup>

e) Los indios nobles estaban comprendidos en la pragmática.

f) Los indios tributarios, debían obtener el consejo, permiso o licencia de sus padres, si éstos eran conocidos, “y pronta y fácilmente puedan obtenerse de ellos, y en su defecto de sus respectivos Curas o Doctrineros, sin que por ello hayan de percibir

<sup>60</sup> “Los Códigos españoles”, Imprenta de la Publicidad, Madrid, 1850, t. III; Daisy Ripodas Ardanaz, “El matrimonio en Indias. Realidad social y regulación jurídica”. FECIC, Buenos Aires, 1977, “Documentos para la historia del virreinato del Río de la Plata, Buenos Aires, 1912, t. I, págs. 242-253.

derechos, gratificación ni recompensa alguna, para cuyo fin los habilito y pongo en lugar de los padres” recalándose que subsistía igualmente la obligación “de buscar el consentimiento de sus padres y mayores para estos y semejantes actos, por el honor y respeto que deben tributarles, conforme a los preceptos de nuestra santa ley”.

g) Los españoles europeos y los de “otras naciones transeúntes, si los hubiere, que hubiesen pasado a Indias con legítimas licencias, cuyos padres, abuelos, parientes, tutores o curadores, residen en estos y otros Reynos y Provincias muy distantes, por cuya causa no pueden fácilmente pedir ni obtener el consejo o consentimiento y licencia de ellos” cumplían solicitando el permiso a las justicias del distrito.<sup>61</sup>

## 4.2. Juez competente en cuestiones de familia

### 4.2.1. La competencia secular en derecho de familia

A efectos de recortar las facultades de los tribunales eclesiásticos en materia de familia, por una Real Cédula del 22 de marzo de 1787, se dispuso que los jueces eclesiásticos sólo debían entender en las causas de divorcio, “sin mezclarse, con pretexto alguno, en las temporales sobre alimentos, litis expensas, o restitución de dotes, que son meramente seculares, a cuya jurisdicción deben remitirlas, para que las determine breve y sumariamente, según su naturaleza”.

El control acerca del cumplimiento de las obligaciones familiares, correspondía a alcaldes ordinarios de primer y segundo voto, oidores, fiscales, gobernadores y virreyes.

<sup>61</sup> Pérez y López, Reales resoluciones no recopiladas en Indias, t. XIX, pág. 419, Real Cédula de 7 de abril de 1778.

Por su parte, la Recopilación de Leyes de Indias asignó un papel destacado a las audiencias como reguladoras de las relaciones familiares, al establecer que debían enviar a los casados a hacer vida con sus mujeres, 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”.<sup>62</sup>

Otra manifestación más de la preocupación de la Corona por regular las relaciones familiares, en Indias, fue la intervención en este tipo de cuestiones, del oidor juez de casados.<sup>63</sup> La presencia de este funcionario podría explicarse por una disposición de la Corona que estableció que los virreyes nombraran un oidor o alcalde, que con especial comisión, averiguara qué españoles residían en sus distritos, casados o desposados en España, y los hicieran enviar sin dilación.<sup>64</sup>

Por el artículo 17 de las Ordenanzas para la Real Audiencia de Buenos Aires, en los casos que acaecieran fuera de las cinco leguas, ésta podía proveer jueces de comisión para que entendieran e hicieran justicia, y era en estas circunstancias donde tal vez se podría haber desempeñado el oidor juez de casados, como una de aquellas múltiples funciones con que se investía a los oidores.

<sup>62</sup> Recopilación de Leyes de Indias, tít. XV, l. 53; Pérez y López, ob. cit., págs. 488 y 490.

<sup>63</sup> Nos hemos ocupado de este tema en nuestro trabajo “Algunas particularidades de los pleitos familiares. Virreinato del Río de la Plata. 1785-1812”, presentado en las XVII Jornadas de Historia del Derecho Argentino celebradas en San Luis, República Argentina, setiembre de 1998 y que será publicado en la Revista de Historia del Derecho (RHD) n° 27 del INHID.

<sup>64</sup> Recopilación de Leyes de Indias, libro II, tít. III, l. 59.

Es que como ha sostenido Ruiz Guiñazú, “rasgo particular de nuestras audiencias, los oidores no eran, como en España, tan sólo jueces 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”, y este autor cita como ejemplo las de juez de la Santa Cruzada, de bienes de difuntos, u otros.<sup>65</sup>

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 audiencias.<sup>66</sup>

El nombramiento debía hacerse “mirando mucho que se provean en casos, que sea justo proveerse y no en otros, y que estos sean los menos que sean posibles y en los menos casos”.<sup>67</sup>

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 Munguía, “juez de casados semanero y alcalde de corte”.<sup>68</sup>

A pesar de no haber podido encontrar el nombramiento, nos consta el desempeño de Velasco a través de los expedientes en los que actuó, y en los que se aludió a él como “juez subdelegado para el cumplimiento de las órdenes de S.M. por particular

<sup>65</sup> Ruiz Guiñazú, Enrique, “La magistratura indiana”, estudios editados por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, n° VII, Buenos Aires, pág. 21.

<sup>66</sup> Levaggi, “El Virreinato Rioplatense en las vistas fiscales de José Márquez de la Plata”, Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, 1988, págs. 22-23.

<sup>67</sup> Ruiz Guiñazú, ob. cit., pág. 230.

<sup>68</sup> AHPBA 5-5-75-28.

de la reunión de los matrimonios”<sup>69</sup> y “juez comisionado” por el Excmo. Virrey para la reunión de los matrimonios.<sup>70</sup>

### 4.3. *La praxis judicial indiana en materia de familia*

#### 4.3.1. *La ley y la práctica judicial*

Desde la promulgación de la Recopilación hasta el fin de la acción española en Hispanoamérica, transcurrió un largo espacio de tiempo, en el que, según García Gallo, “la vida jurídica siguió su curso” por lo que “la Recopilación, situada casi a la mitad de la época en que España rigió el Nuevo Mundo —a los ciento ochenta y ocho años de su descubrimiento y a unos ciento cuarenta de la independencia del Continente— en modo alguno puede bastar para conocer cuál fue su obra en el campo del derecho”.<sup>71</sup>

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 estima 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. Son necesarias numerosas investigaciones

<sup>69</sup> AGN 196-5; AHPBA 5-5-75-28.

<sup>70</sup> Para mayor información acerca de Velasco, ver nuestro trabajo “Algunas particularidades...”.

<sup>71</sup> García Gallo, Alfonso, “Los orígenes españoles de las instituciones americanas”, Comunicación del V Centenario del Descubrimiento de América, Gráficas Solana, abril 1987, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

parciales para lograr conocer cuál fue el verdadero grado de aplicación del Derecho indiano”.<sup>72</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>73</sup>

Por lo tanto, no se puede negar la función de creación jurídica de la jurisprudencia de los tribunales. Y sobre todo, en una materia en la que existían pocas disposiciones creadas especialmente para regir en Indias, como es el derecho de familia, los jueces indianos deben haberse constituido necesariamente en adaptadores de aquellas normas creadas ocho siglos atrás, para el Viejo Mundo, a las cambiantes circunstancias del nuevo.

Es que no cabía duda que las normas vigentes no podían ser aplicadas, así, sin más, a unos individuos que habían abandonado su marco social e ideológico, para internarse en un mundo nuevo e inesperado. No se podía esperar que unos sujetos que habían cruzado océanos, campeado tempestades, enfrentado nuevas civilizaciones, aceptaran dócilmente, los rígidos preceptos que estaban en vigencia desde la Edad Media.

<sup>72</sup> Sánchez Bella, Ismael, “Derecho Indiano: Estudios, II fuentes. Literatura Jurídica. Derecho Público”, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1991, pág. 251.

<sup>73</sup> Gonzalbo, Pilar, “Religiosidad femenina y vida familiar en la Nueva España” en “Familia y mujeres en México”, pág. 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”.

Y entonces quienes tenían la misión de aplicar las normas, gozaban de gran amplitud para sentenciar, y hasta les era permitido salirse del marco de la ley si estimaban que ésta podía resultar injusta para el caso concreto.

Es en esta tarea de tratar de analizar la existencia de algún tipo de derecho de familia indiano, cuando la labor de aplicación y de interpretación del derecho llevada a cabo por las justicias, se eleva de entre todas las otras fuentes del derecho. Es a través de la tarea diaria de adaptar el derecho conforme a las circunstancias, donde se mide la distancia que separa las normas contenidas en las recopilaciones, de las soluciones encontradas a cada caso.

Sin embargo, al analizar la adaptación de la ley a la realidad, nos encontramos con la dificultad de que la práctica judicial castellana era la de no motivar las sentencias. Escuetamente se daba por bien probado el derecho de alguien y se fallaba en su favor, declarándose por no probadas las argumentaciones del contrario.

Y son justamente los fundamentos de las decisiones judiciales, la fuente de donde el investigador del derecho podría abreviar mucho mejor que en otras fuentes. Sin embargo, según Antonio Dougnac, “no deja de haber pistas que muestren los criterios seguidos por el tribunal” y entonces “desde luego, las alegaciones del demandante y demandado a lo largo de los escritos del juicio; el o los dictámenes de los asesores letrados, que con frecuencia hacen referencia a los textos legales o a la jurisprudencia doctrinaria y los informes fiscales —en las Audiencias— muchos de los cuales son macizas piezas jurídicas”,<sup>74</sup> nos permiten saber algo más sobre el derecho de familia indiano.

<sup>74</sup> Dougnac, ob. cit., pág. 262.

Las normas legales nos muestran la estructura asignada por el ordenamiento jurídico a la familia, al tiempo que expresan ideas sobre lo que el sistema consideraba apropiado para la familia concebida por la sociedad de la época. A diferencia de las disposiciones que surgen de las obras de teólogos morales y moralistas, cuyas opiniones eran muy valoradas en materia de familia, porque establecían modelos a seguir, tales como el de "la perfecta doncella", "la perfecta casada", "el perfecto marido", las leyes seculares se dictaban para regular situaciones existentes, y por lo tanto, están más cerca de describir la efectiva aplicación de las mismas, que los escritos didácticos que mostraban cómo deseaban los moralistas o los predicadores que fuera su sociedad.

Conocer la ley no es aplicarla, porque la norma "no necesariamente muestra cómo actuaban efectivamente las personas",<sup>75</sup> ya que "remite al plano de lo abstracto y de las categorías jurídicas, mientras que las prácticas sociales de los grupos remiten a las relaciones interpersonales, y a un sistema de valores definido en el marco de una comunidad, del que participan sus miembros".<sup>76</sup>

Entonces, como "la vida es siempre más compleja que sus modelos",<sup>77</sup> para saber qué aplicación efectiva tuvo el derecho castellano e indiano en América, para determinar la existencia de un derecho indiano en materia de familia, habría que preguntarse si las disposiciones legales que prescribían las obligaciones que pesaban sobre los distintos integrantes del grupo familiar, se ponían en práctica en el desarrollo diario de las relaciones con-

<sup>75</sup> Arrom, "Las mujeres de la ciudad de México, 1790-1857", Siglo XXI, México, 1988, pág. 25.

<sup>76</sup> Pitt-Rivers, 1979, citado por Chenault, en ob. cit.

<sup>77</sup> Tuñón, Julia, "Del modelo a la diversidad: mujeres y familias en la historia mexicana", en "Familias y mujeres en México", pág. 11.

yugales y paterno-filiales, o lo que es lo mismo, si esos deberes y derechos plasmados en los ordenamientos jurídicos y reafirmados a través de la doctrina, tenían su correlato en la vida cotidiana.

Si "al principio el paradigma católico es el modelo a alcanzar, a lo largo del proceso particular que viven las personas, ellas encuentran las formas de mediar con la norma y se produce una distancia entre el discurso y la práctica". Ello porque, en opinión de Pilar Gonzalbo, "la sociedad colonial no es sencilla, ...y existe un desfase evidente entre lo que se dice y lo que se hace".<sup>78</sup>

Y en especial, en el Río de la Plata durante los siglos XVIII y XIX, la mayoría de las leyes databan de siglos atrás y podían reflejar puntos de vista anticuados y además, habían sido dictadas en principio para la Corona de Castilla, y se esperaba que fueran aplicadas a realidades geográficas completamente diversas.

Es entonces cuando cobra especial importancia el trabajo sobre expedientes judiciales. "Constituyen una rica fuente para detectar las reglas más o menos manifiestas a las que quedan sujetos los aspectos obligatorios de las relaciones entre las personas".<sup>79</sup>

Es en los estrados judiciales donde puede observarse la alineación o el contraste entre el régimen jurídico y la puesta en práctica de esos mismos principios. Por ello, las resoluciones judiciales y los alegatos de las partes que integran las actuaciones, permiten conocer cómo veían sus leyes los destinatarios y además cómo las interpretaban los jueces en la mayoría de los casos.

La contienda judicial es el terreno donde puede constatar-se si un marido, una esposa, un padre o un hijo cumplían con sus

<sup>78</sup> Citado por Muñón, ob. cit., pág. 20.

<sup>79</sup> Chenault, Victoria, ob. cit., pág. 129.

obligaciones, ya que es con el incumplimiento que comenzaban a funcionar los mecanismos judiciales para hacer efectivas las obligaciones que la Corona había impuesto, a efectos de instalar el modelo de familia deseado.

Los pleitos entre integrantes del grupo familiar son sólo uno de los medios para analizar los efectos jurídicos de este tipo de relaciones. Tal como sostiene Chenault, “por regla general la gente oculta las motivaciones más profundas que la llevaron a un enfrentamiento en el campo de lo judicial, inventando falsas razones para defenderse e implicar al otro”.<sup>80</sup>

Por eso la *litis* muestra sólo una cara de la moneda: la irregularidad, el apartamiento, el desajuste. Según Chenault, “el conflicto, cualquiera que este sea, surge dentro de una red de relaciones sociales y el expediente judicial en sí es sólo una pequeña parte de un proceso que trasciende las fronteras del juzgado”.<sup>81</sup> Las causas judiciales constituyen fuentes oficiales, “no filtradas por la mente de escritores con intención de regular, entretener o instruir”, y en algunos aspectos documentan las alternativas cotidianas de la familia, aunque “lo hacen en forma irregular” ya que nunca sabemos a cuántas familias omiten, y “nunca nos dicen lo suficiente sobre las que incluyen”.<sup>82</sup>

Sin embargo, el análisis acerca de la existencia de un derecho de familia indiano no podría hacerse sin acudir a este tipo de fuentes, porque es a partir del incumplimiento cuando las justicias comienzan a intervenir y se pone en marcha el régimen jurídico establecido para el cumplimiento de los deberes y derechos familiares.

<sup>80</sup> Chenault, Victoria, ob. cit.

<sup>81</sup> Chenault, ob. cit.

<sup>82</sup> Arrom, Silvia, ob. cit., págs. 257-258.

Según Pilar Gonzalbo, el expediente judicial es “un excelente ejemplo de cómo a partir de un solo tipo de fuentes, puede llegar a construirse un planteamiento sólido acerca de formas peculiares de convivencia familiar”; y ejemplifica “la forma en que se instruían los procesos, la participación de los miembros de distintos sectores de la vida colonial, la organización de los expedientes y su cuidadosa conservación, permiten descubrir, en cada caso, el discurso religioso, los prejuicios e intereses personales de los testigos y denunciantes y el punto de vista del propio acusado, cuyo relato autobiográfico es un testimonio de valor inapreciable”.<sup>83</sup>

Para esta autora “las sentencias del tribunal, no son expresión objetiva de una ley aplicada implacablemente, sino muestra de la forma en que el medio ambiente pesaba a veces tanto como la doctrina y las influencias se interponían entre los infractores y la ley”.<sup>84</sup>

Puede parecer paradójico, según Richard Boyer, tratar de aprender algo sobre el matrimonio, tomando como objeto de estudio los matrimonios problemáticos. Sin embargo, en realidad, el litigio es el catalizador que nos mueve a ordenar nuestros pensamientos hacia la mayoría de las cuestiones. Porque mientras las normas y la realidad coinciden —aunque sea en apariencia—, el investigador no se sentirá inclinado a cambiar su curso de análisis: el hecho de tomar conciencia de la disparidad entre el derecho y las circunstancias, es lo que lo mueve a actuar.<sup>85</sup>

<sup>83</sup> Gonzalbo, ob. cit., pág. 20.

<sup>84</sup> Gonzalbo, ob. cit. pág. 20.

<sup>85</sup> Boyer, Richard, “Women, La mala vida, and the politics of marriage” en “Sexuality and marriage in colonial latin america”, Ed. Asunción Lavrín, Lincoln, Univ. of Nebraska Press, 1989, pág. 279.

Las actas de litigio entre marido y mujer, por ejemplo muestran “cómo se aplicaban en la práctica las leyes y ofrecen visiones íntimas de la vida familiar” y “de esos documentos, los procesos de divorcio eclesiástico son especialmente útiles para el estudio de las relaciones maritales” y ellos “ilustran valores sociales y puntos de tensión más que patrones de comportamiento, porque no hay manera de saber hasta qué punto son representativas las parejas implicadas”.<sup>86</sup>

Ventajas y desventajas de los expedientes judiciales, no impiden sostener que “una historia que deje de lado la vida privada, doméstica y familiar, está condenada a ignorar la realidad vital de casi todos los seres humanos durante casi toda su vida. El ámbito de los afectos, de los prejuicios y de los actos rutinarios o tradicionales, no es cuantificable, pero puede llegar a ser aprehensible si disponemos de los documentos adecuados y les hacemos las preguntas pertinentes”.<sup>87</sup>

#### 4.3.2. Deberes y derechos conyugales

##### 4.3.2.1. Convivencia

La praxis judicial nos demuestra que fueron frecuentes las solicitudes de las esposas reclamando la vuelta al hogar conyugal de los maridos ausentes<sup>88</sup> y que en la mayoría de los casos los pleitos perseguían el cumplimiento del derecho-deber alimenta-

<sup>86</sup> Arrom, ob. cit., pág. 26

<sup>87</sup> Gonzalbo, ob. cit., pág. 10.

<sup>88</sup> Archivo General de la Nación (AGN), legajo 17, expediente 1 (en adelante, primero sólo el número de legajo y a continuación, seguido de un guión, sólo el número de expediente), 9-24, 88-16, 141-7, 138-25, 21-19; Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires (AHPBA), 5-2-17-9 (el número corresponde al legajo y al expediente).

rio, la cesación de las relaciones extramatrimoniales y la separación de bienes.

##### 4.3.2.1.1. La separación de hecho

A pesar de la prohibición que pesaba sobre marido y mujer, de separarse por su propia voluntad, hay expedientes judiciales que reflejan largas separaciones de hecho.

Silvia Mallo da cuenta de una modalidad que aparece frecuentemente en la documentación y es la de aquellos maridos y aún de alguna mujer, que “simplemente se separan sin recurrir a ningún tribunal, poniendo distancia en el espacio y en el tiempo” y a partir de la que encuentra mujeres que por más de diez o veinte años no han tenido noticias de sus maridos.<sup>89</sup>

##### 4.3.2.1.2. Las uniones de hecho y los amancebamientos

La compulsión de expedientes nos revela la existencia de algunos pleitos en los que se persigue el castigo de la “ilícita amistad” y del amancebamiento, lo que nos demuestra que por un lado, había quienes no ajustaban su conducta a las pautas impuestas por el ordenamiento jurídico, y por el otro, la presencia de quienes estaban dispuestos a exigir la coincidencia total entre la norma y el comportamiento individual.

Abundan las causas entabladas de oficio contra los amancebados, que aparecen caratuladas como “ilícita amistad”, “escándalo” o “amancebamiento”. Son pleitos en los que los de-

<sup>89</sup> C. Mallo, Silvia, “Justicia, divorcio, alimentos y malos tratos en el Río de la Plata. 1766-1857”, Investigaciones y ensayos n° 42, Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 1992, págs. 373-400.

mandados están unidos de hecho y en los que ambos son casados, ambos solteros o uno de ellos es soltero y el otro es casado.<sup>90</sup>

La actitud de los tribunales variaba según se tratara de casados o solteros.

En principio, el amancebamiento entre dos casados o entre un casado y un soltero era condenado.<sup>91</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 tribunal hizo suyos los argumentos del fiscal, ordenando poner a los reos en libertad “siempre que no haya escándalo”.<sup>92</sup>

<sup>90</sup> AHPBA 5-5-66-40; 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.

<sup>91</sup> 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.

<sup>92</sup> AHPBA 7-2-104-19.

Pero no siempre se actuó con tanta indulgencia, y 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>93</sup>

Si el amancebamiento era entre casados, o entre un casado y un soltero, pero no había escándalo o amancebamiento 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 sobreeser a los acusados, haciéndoseles saber que si reincidían serían castigados con mayor severidad, y condenados al pago de multas. La mujer, 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>94</sup>

Sin embargo, “aunque el matrimonio era un sacramento de la Iglesia 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>95</sup>

Hay quienes sostienen que el adulterio fue bastante difícil, aunque no inconcebible, debido a la “constante supervisión sobre la esposa, en su conducta y persona, no sólo por el esposo sino por la familia, el vecindario y aun las autoridades eclesiásticas”<sup>96</sup> y entre los habitantes de los medios rurales del Río de la

<sup>93</sup> AHPBA 7-1-88.

<sup>94</sup> AHPBA 5-5-67-5.

<sup>95</sup> Lavrin, Asunción y Couturier, Edith, “Las mujeres tienen la palabra. Otras voces en la historia colonial de México”, en Gonzalvo, ob. cit., pág. 226.

<sup>96</sup> Lavrin y Couturier, ob. cit., pág. 228.

Plata, “las relaciones extramatrimoniales no parecen ser vistas como una alternativa preferible o equiparable al matrimonio”, ya que “la mayor parte de los hombres y mujeres estudiada habían contraído matrimonio antes de entrar en amistad ilícita, es decir, también ellos habían optado por la vida matrimonial para acceder a una vida en común”.<sup>97</sup>

Silvia Mallo sostiene que esta sociedad rioplatense de fines del siglo XVIII y principios del XIX “presenta como rasgos sobresalientes, por una parte, el matrimonio, controlado desde fines del siglo XVIII por el disenso, y por la otra, el concubinato, el adulterio y el rapto o robo de la mujer”.<sup>98</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.

Desde el punto de vista espiritual, según Pilar Gonzalbo, “los religiosos habían celebrado ingenuamente el éxito de su campaña de administración del sacramento del matrimonio, en la que lograron unir sacramentalmente a varios cientos o miles de parejas, pero no tardaron en comprobar que las viejas prácticas perduraban y que al sistema jerárquico y ordenado de los matrimonios múltiples había sucedido la actitud irresponsable de quienes escudados en la incompatibilidad de su vida cristiana con el mantenimiento de varias esposas, se desentendían del cuidado de la mujer y de los hijos”.<sup>99</sup>

<sup>97</sup> Mayo, Carlos, “Estancia y sociedad en la pampa”, págs. 165-190.

<sup>98</sup> Mallo, ob. cit.

<sup>99</sup> Gonzalbo Aispuru, ob. cit., en “Familias y mujeres en México”, págs. 59-60.

La profusión de los amancebamientos constituye una respuesta de la sociedad de la época ante la imposibilidad de finalizar convivencias imposibles, por la sola voluntad de los propios cónyuges; y de la indisolubilidad del vínculo matrimonial, que impedía contraer nuevas nupcias.

Pero más allá de la condena social, legal y religiosa hacia este tipo de uniones, sus protagonistas trataron de constituir familias que se asemejaran a los modelos propuestos.

Sin embargo, estas segundas familias fueron siempre valoradas negativamente y relegadas a la marginalidad, y el desfavor con el que el ordenamiento las miraba se hacía ostensible al considerar como culpable del divorcio al cónyuge que había conformado una nueva familia, con todas las consecuencias que esta calificación implicaba para la tenencia de los hijos y el goce del derecho alimentario.

Para Solange Alberro, 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>100</sup>

#### 4.3.3. *Impedimentos para celebrar matrimonios. El caso de los oidores*

A pesar de la prohibición que pesaba sobre los oidores, de contraer matrimonio con mujeres residentes en sus distritos, los

<sup>100</sup> “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, págs. 238-257.

sueños 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.

Ricardo Palma opina que “pues un oidor es un hombre de carne y hueso, había de casarse como nos casamos todos”, y recordaba 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 y que el que quería vender justicia la vendía, “como Judas a Cristo, sin pararse en menudencias ni en pamplinadas penales”.<sup>101</sup>

Las prácticas matrimoniales, basadas en el supuesto de que razón y sentimientos no eran compatibles, llevaban a uniones convenidas en vista de consideraciones socioeconómicas y no de un mutuo amor, hasta tal punto que “a los protagonistas no les causaba rubor admitir lisa y llanamente... que la dote de la novia había sido el incentivo que lo había llevado a casarse”.<sup>102</sup>

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

<sup>101</sup> Palma, Ricardo, “Tradiciones peruanas”, Editorial Troquel, Buenos Aires, 1959, pág. 90.

<sup>102</sup> Ripodas Ardanaz, Daisy, “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° 41, Salta 1993, pág. 47.

que se entiende por matrimonio a fardo cerrado, ni por muestra conocía la mercadería antes que la despachase la aduana”. De ahí que, salvo raras excepciones, “los matrimonios de oidor en Lima anduvieron mal avenidos y fueron semillero de escándalo”,<sup>103</sup> independientemente de que se esperara que los hombres públicos fueran un modelo de comportamiento para la sociedad.<sup>104</sup>

El aislamiento, según Richard Kagan, era otro precio que un oidor debía pagar por su elevado rango,<sup>105</sup> 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 aversión de las partes al sacramento del matrimonio: son sus protagonistas oidores y otros altos funcionarios que, teniendo prohibido casarse en sus distritos recurren a relaciones más o menos furtivas con hijas de familias de pro, con las que de buena gana las legitimarían y con las que en efecto las legitiman muchas veces exponiéndose a la pérdida del empleo, ya con otras jóvenes menos distinguidas que, deseosas de casarse, pero sin medios económicos para hacerlo en forma ventajosa, consienten en amancebarse con quienes saben que no han de llegar al matrimonio pero de quienes esperan, en cambio, que más adelante las casen con algunos de sus criados, después de haberlas

<sup>103</sup> Palma, ob. cit., pág. 91.

<sup>104</sup> “La sexualidad en el México colonial. Un dilema para la Iglesia”, en “Sexualidad y matrimonio en la América hispánica. Siglos XV-XVIII”, Asunción Lavrín, coordinadora, Ed. Grijalbo, México, 1991, pág. 78.

<sup>105</sup> Kagan, Richard, “Lawsuits and litigants in Castille. 1500-1700”, The University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1981, pág. 181.

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 espectabilidad del galán y adquiere contornos de comedia de capa y espada, cuando no de farsa, al culminar en escalamientos, raptos, enamoradas vestidas de hombre y galanes vestidos de mujer”.<sup>106</sup>

Los ministros protagonistas de amores tempestuosos o con graves problemas conyugales, dieron innumerables dolores de cabeza a la Corona por la consecuente crítica del público y la perplejidad oficial.<sup>107</sup> Al fin y al cabo, Buenos Aires a fines del siglo XVIII, era un pueblo chico, preocupado por el ejemplo y la conducta públicas; en consecuencia, las historias amorosas de estos Romeos, seguramente habrán influido para restar credibilidad a sus resoluciones.<sup>108</sup>

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

Muñoz y Cubero, Manuel de Arredondo, Joaquín Bernardo de Campuzano y Salazar y Tomás Ignacio Palomeque, habían

<sup>106</sup> Ripodas Ardanaz, “El matrimonio en Indias”, pág. 24.

<sup>107</sup> Burkholder, Mark A. y Chandler, D.S., “De la impotencia a la autoridad”, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, págs. 160 y 184.

<sup>108</sup> “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 porque en este pueblo que con la novedad de estas creaciones suele ocuparse en observar e interpretar siniestramente los movimientos de cada ministro”, Levaggi, ob. cit., vista n° 47.

solicitado autorización para contraer matrimonio con damas locales, y en todos los casos les fue denegada.<sup>109</sup>

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

Tocó al fiscal Márquez de la Plata dictaminar en el expediente que se le siguió a Palomeque 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 funciones. A raíz de estos matrimonios, ambos magistrados fueron trasladados.<sup>110</sup>

#### 4.3.4. Deberes y derechos paterno-filiales

##### 4.3.4.1. Derecho de corrección y deber de obediencia

###### 4.3.4.1.1. La reclusión

En ejercicio de su poder de corrección, los padres se acercaban a las justicias para solicitar la reclusión de sus hijos.<sup>111</sup> Una particularidad del ejercicio de este derecho en el Río de la Plata, consistió en que la mayor parte de las veces el primer magistrado que intervenía condenaba al hijo a la cárcel, inaudita parte, pero en cumplimiento de una disposición que implantaba en nuestro territorio la obligatoriedad de consultar la aplicación de las penas capitales o aflictivas a la Real Audiencia, se remitía el expediente

<sup>109</sup> AGN Criminales, legajo 30, 1.

<sup>110</sup> Levaggi, ob. cit., vista n° 47.

<sup>111</sup> AGN 120, 30 y AHPBA 5-5-76-7.

al tribunal antes de ejecutar la pena. Era ante la Audiencia donde se sustanciaba la prueba y una vez finalizado el procedimiento, se hacía lugar al pedido de reclusión, o se desestimaba.<sup>112</sup> En el Río de la Plata los hijos desobedientes fueron reclusos en el Presidio de Malvinas o de Montevideo.<sup>113</sup>

#### 4.3.4.1.2. Obediencia

El deber de obediencia, consagrado por la legislación y la doctrina, dejaba abierta una brecha a través de la cual el hijo podía desobedecer al padre. En línea con las normas y la opinión de los “doctores”,<sup>114</sup> los hijos rioplatenses defendieron su derecho a oponerse a sus progenitores afirmando que “es mui obvio que quando lo que se manda es pecado, no está el hijo obligado a obedecer al padre”. Era en estas circunstancias cuando el hijo podía pedir que se lo sacara del poder de su padre porque éste le ordenaba incurrir en inconducta, o porque le facilitaba o se empeñaba a que fuera “malo con su cuerpo”.<sup>115</sup>

#### 4.3.4.1.3. Los malos tratos

El derecho de corrección a través del castigo físico fue receptado por nuestros tribunales, en la medida en que esta disciplina se fundara en una justa causa, y en este sentido, la praxis

<sup>112</sup> AGN 120, 30 y AHPBA 5-5-76-7; 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 Provincia de Buenos Aires, V. 2, La Plata, 1952, págs. 271-291.

<sup>113</sup> AGN 120-30 AHPBA 7-5-76-7.

<sup>114</sup> Pág. 2, tít. 20, l. 3: “Es razon, e natura, e derecho que los fijos sepan obedecer a los padres”, Pérez y López, ob. cit., t. 3, pág. 369.

<sup>115</sup> AHPBA 7-2-99-12.

judicial no muestra hijos que rechacen el poder de sus padres de castigarlos, sino que nos presenta hijos que sólo cuestionan los medios.<sup>116</sup>

#### 4.3.4.1.4. El consentimiento paterno

En línea con la Pragmática, los padres ejercían su derecho de oponerse a los matrimonios desiguales de sus hijos,<sup>117</sup> pero además de invocar sus disposiciones, se traía a colación la opinión de teólogos y canonistas, advirtiéndoseles a quienes osaran contraer matrimonio contra la voluntad de los padres, que incurrirían en pecado mortal, reforzando este argumento con las opiniones de los teólogos y canonistas.<sup>118</sup>

Era también en el foro donde las partes se extendían en consideraciones acerca de cuál era el objeto principal de la Pragmática, llegándose a la conclusión de que tenía por objeto impedir mezcla de sangre y evitar la confusión de linajes y la falta de respeto a los padres.<sup>119</sup>

#### 4.3.4.1.5. El depósito<sup>120</sup>

En el Río de la Plata maridos y padres solicitaron el depósito de sus esposas e hijas, durante la sustanciación del juicio de divorcio o de disenso, o cuando quisieron resguardar el honor de sus mujeres. En el Buenos Aires virreinal, la mayoría de las muje-

<sup>116</sup> AHPBA 5-5-66-31; 7-2-99-12; 5-5-76-7.

<sup>117</sup> AGN 182- 8; AHPBA 7-5-17-3.

<sup>118</sup> AGN 182-2.

<sup>119</sup> AGN 182-3.

<sup>120</sup> Nos hemos referido extensamente a este tema en nuestra tesis doctoral y en los trabajos citados.

res eran reclusas en la Casa de Ejercicios Espirituales, en el Colegio de San Miguel o en el Hospital de Mujeres.<sup>121</sup>

#### 4.3.4.1.6. Ejercicio de la patria potestad una vez alcanzada la emancipación

La praxis judicial nos muestra con frecuencia casos en los que los padres pretendieron seguir ejerciendo sus derechos y poner en práctica sus deberes, sobre los hijos emancipados.

##### 4.3.4.1.6.1. Alimentos

En el Río de la Plata, hubo padres que alegaron haber continuado manteniendo a los hijos, más allá de la emancipación.<sup>122</sup>

##### 4.3.4.1.6.2. Derecho de corrección

El relevamiento efectuado nos presenta demandas por reclusión y restitución entabladas contra hijos mayores de edad o que se hallaban emancipados por matrimonio.

Hubo padres que pretendieron seguir ejerciendo sus poderes correctivos sobre hijos emancipados que no acataban su voluntad alegando que no podían sujetarlos “por medio de eficaces amonestaciones y correcciones” o que no docilizaban “la menor parte de su mal natural, inclinado a la ociosidad”.<sup>123</sup>

También existieron padres que se presentaron ante los estrados judiciales, alegando que sus hijos emancipados los habían deshonrado “malamente de palabras o de hecho” por lo que pe-

<sup>121</sup> AHPBA; 7-2-99-12; AHPBA 5-5-69-6.

<sup>122</sup> AGN 249-21 y 120-30.

<sup>123</sup> AGN 120, 30 y 249, 21.

dían se los retornara a su poder, lo que revela un afán de los padres por seguir ejerciendo sus poderes correctivos<sup>124</sup> e hijos emancipados que se quejaban de los malos tratos a los que los sometían sus padres.<sup>125</sup>

#### 4.5. La actuación de las justicias indianas en materia de familia

##### 4.5.1. El papel del oidor juez de casados

Hemos podido ver su actuación en pleitos suscitados a raíz del incumplimiento del deber de convivencia, por malos tratamientos, alimentos y bigamia.<sup>126</sup> En estos expedientes, llevó a cabo diversas diligencias destinadas a averiguar sobre los casados ausentes de sus mujeres, como resultado de las que ordenó a éstas a seguir al marido “como a su cabeza”, autorizó a un esposo a salir del virreinato “con el fin de no abandonar los intereses que van caminando”, bajo palabra de que la mujer lo habría de seguir y fijó el plazo durante el cual la pareja estaba autorizada a vivir separada. También, garantizó el cumplimiento del deber de obediencia de la mujer hacia el esposo, ordenando el arresto de la esposa cuya conducta consideraba reprobable.<sup>127</sup>

A través de su desempeño, lo vemos partidario de la subordinación absoluta de la mujer y enemigo de toda libertad a favor de ésta, al afirmar que la mujer no podía estar “azotando

<sup>124</sup> AGN 249-21; 120, 30.

<sup>125</sup> Ahí una hija emancipada refería que su madre, en oprobio de su libertad civil y natural la quería oprimir como si se hallara bajo su patria potestad insultándola cada día con injurias de obras, y palabras”. AHPBA 5-5-69-6.

<sup>126</sup> AGN 136-5; 40-16; AHPBA 5-5-78-9; 5-2-22-5; 5-2-17-9 y 5-5-75-8.

<sup>127</sup> AGN 40-16.

calles”, y al considerar que si no permanecía al lado de su marido, debía estar indefectiblemente depositada.<sup>128</sup> Sus convicciones se fundaban en que si se tolerara que la mujer viviera separada del marido durante la tramitación del divorcio, se abriría margen a que “toda mujer que estuviese mal hallada en la sujeción de su marido, viviese con excesiva libertad”.<sup>129</sup>

#### 4.5.2. *Actitud paternalista de las justicias indianas*

Tal como lo ha sostenido Antonio Dougnac citando a Alamiro de Ávila Martel, se detecta una actitud “un tanto paternalista” de los jueces indianos, quienes no sólo aplicaban las penas sino que, además, recriminaban al delincuente, y que “no deja de utilizarse sobre todo cuando se trata de personas miserables como indios, mujeres, niños, entre otros.”<sup>130</sup>

Pareciera que las justicias querían imponer modelos de conducta o tal vez ocupar el lugar de aquellos padres que no cumplían con deberes. Es que no todos los maridos y padres querían hacerse cargo de sus obligaciones sobre sus esposas e hijos. En este sentido, la praxis judicial nos llevó a encontrar a quien no solamente no convivía con su mujer, sino que tampoco demostraba ningún interés en recuperarla, afirmando, según los testigos, que “antes de juntarse a vivir nuevamente con ella le cortarían el pescuezo”.<sup>131</sup> En estas ocasiones las propias justicias tuvieron que exigir a los progenitores que hicieran uso de sus poderes correctivos.<sup>132</sup>

<sup>128</sup> AHN 40-16; G 14-20.

<sup>129</sup> AGN 126-10.

<sup>130</sup> Dougnac, ob. cit., pág. 262.

<sup>131</sup> AHPBA 5-5-67-5.

<sup>132</sup> AHPBA 5-5-69-6.

No faltó la oportunidad en la que las justicias tuvieron que condenar el exceso al entablar una demanda, recomendando al actor que “en las denuncias de esta naturaleza se dirixa con más pulso, y maduro examen de los perjuicios inferidos a los acusados, bajo apercibimiento, condenándole a más en las costas de esta causa, por su ligereza”.<sup>133</sup>

Cuando luego de largos pleitos los magistrados finalmente imponían una condena con miras a restablecer el equilibrio alterado, se convertían en guardianes de sus propias decisiones, insistiendo en que “este tribunal queda a la mira de sus procederes” o se imponía que recomendaran a la hija que no diera motivo de censura y a la madre que celara los procedimientos de su hija bajo apercibimiento de que si la madre no celaba su familia y casa, también se la castigaría a ella.<sup>134</sup>

Consecuencia de este tipo de actitudes paternalistas, eran los apercibimientos que partían desde el tribunal, en los que se hacía ostensible la voluntad de las justicias de que sus decisiones fueran respetadas. Siempre existía la oportunidad de deslizar algún consejo moral simultáneamente con el castigo, como por ejemplo apercibir al hombre casado, demandado en un pleito por amancebamiento, que se reuniera 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>135</sup>

Tal vez uno de los motivos de esta actitud paternalista de las justicias era la preocupación por el qué dirán, porque las disputas familiares no atravesaran las paredes del hogar y se desarrollaran a los ojos de toda la sociedad rioplatense o simplemente

<sup>133</sup> AHPBA 7-1-27-18. Quien había intervenido en esta causa como alcalde de Primer voto era Cecilio Sánchez de Velasco, el padre de Mariquita.

<sup>134</sup> AHPBA 5-5-69-6; AHPBA 7-2-99-12.

<sup>135</sup> AHPBA 5-5-66-40.

te impedir el escándalo. En estas circunstancias, quienes estaban encargados de administrar justicia, trataban de preservar la intimidad de las desavenencias en las relaciones familiares y en guardar el buen nombre de sus protagonistas.<sup>136</sup> Se insistía a las partes que no dieran motivo de escándalo, y se instruía a todas las justicias a que estuvieran a la mira de la conducta de los reos.<sup>137</sup>

<sup>136</sup> AHPBA 5-5-67-5. En este caso, se ordenó tachar en el expediente el nombre de la mujer casada, archivar secretamente la causa y amonestar a los implicados para que evitaran la mala nota.

<sup>137</sup> En un caso en el que un indio estaba amancebado públicamente con una viuda, el fiscal José Márquez de la Plata, a través de una vista del 27 de mayo de 1803 sostuvo que "por ser el delito de amancebamiento uno de los que se numeran en clase de públicos, y que por las fatales consecuencias con que trasciende viciando la educación y honestidad pública hasta el término de mayores desórdenes, las leyes, y particulares disposiciones de su majestad, en todas edades, han recomendado con encarecimiento a las justicias territoriales (conminándolas por la omisión con penas pecuniarias) a las reales audiencias, chancillerías, y consejos la persecución de ese delito, encargando a los prelados el interés en su celo pastoral para amonestar, y aún da cuenta a las justicias, gradualmente, y que los fiscales promuevan el castigo por la vindicta pública aconsejando "se remita (al indio) a su pueblo y familia, con las prevenciones convenientes a las justicias del territorio por medio del señor gobernador de la provincia, haciéndose las que correspondan al alcalde de la vecindad de (la viuda) a fin de que esté a la mira de la conducta de ésta en lo sucesivo, y que para evitar las consecuencias del mal ejemplo, y educación de los hijos, y la disipación de los bienes de éstos, estando como están por su orfandad cometidos bajo la real protección de vuestra alteza provea el alcalde desde luego de tutela, cura, y educación de personas y bienes con la formalidad que corresponde". La Real Audiencia, siguiendo la opinión de su Fiscal, por auto del 4-6-1803, condenó al indio a "un año de presidio contando desde el día de su prisión con la calidad de que concluido se le restituya al lugar de su domicilio a hacer vida maridable con su mujer" y lo aperció de que "en caso de volver a la otra banda de este río será castigado severamente". También ordenó escribir "carta acordada al alcalde de la Colonia para que esté a la mira de la conducta de la viuda, cuidando de la educación de sus hijos y de sus bienes".

#### 4.5.3. *El control judicial de los deberes y derechos de familia*

Cabe ahora preguntarnos, y a modo de síntesis, qué deberes y derechos familiares, delineados a través de la legislación y la doctrina, controlaron estas justicias indianas, como elemento final en la estructuración del derecho de familia indiano. La compulsión judicial nos llevó a determinar que en ejercicio de sus funciones, estos magistrados controlaron:

- a) El deber de convivencia, imponiendo a los casados la obligación de hacer vida maridable.
- b) El deber de respeto entre cónyuges y entre padres e hijos.
- c) El deber de fidelidad, en su lucha contra las relaciones extra-matrimoniales.
- d) El deber de asistencia entre padres e hijos.
- e) El derecho de corrección conyugal y paterno-filial, a través de las demandas por reclusión, restitución y depósito.

Sin embargo, así como hubo maridos y padres remisos en ejercer sus poderes, hubo otro tipo de funcionarios poco receptivos a las quejas que se les acercaban, con la convicción de que existía "un cierto determinismo" en las relaciones conyugales, como consecuencia del cual las partes debían aceptar con resignación las alternativas derivadas del connubio, y para las que el abandono material y moral, el maltrato, o la separación, eran inevitables.<sup>138</sup>

## 5. Conclusiones

Las normas de derecho castellano trasladadas a Indias, las escasas disposiciones destinadas a regir específicamente en el

<sup>138</sup> AGN Tribunal Civil, M8 1811.

Nuevo Mundo, y la aplicación de las mismas en los tribunales, nos llevan a efectuar las siguientes consideraciones acerca de las cuestiones de familia en el Río de la Plata entre 1785 y 1812:

a. Coexistencia del modelo de matrimonio monogámico diseñado en el derecho castellano, con las uniones de hecho. Se continuó exigiendo este tipo de matrimonio, al tiempo que se persiguió a los amancebados, lo que revela que hubo quienes no dudaban de que fuera de los marcos geográficos e ideológicos de su lugar de origen, seguían en vigencia sus principios fundamentales.

b. Exigibilidad de deberes y derechos entre cónyuges, tales como asistencia, fidelidad, obediencia, convivencia, débito conyugal y respeto mutuo.

c. Aparición de una problemática relacionada con el deber de convivencia: el casado ausente.

d. Exigibilidad de deberes y derechos entre padres e hijos, tales como asistencia y obediencia.

e. Ejercicio de la patria potestad sobre hijos emancipados.

f. Matizaciones en la exigencia del consentimiento paterno a través de algunas diferencias en la aplicación de la Pragmática de matrimonio de los hijos de familia en Indias.

g. Una especial preocupación por las cuestiones de familia, expresada mediante la concesión de determinadas facultades a algunos funcionarios, como por ejemplo, a la Audiencia y al oidor juez de casados.

h. Una actitud paternalista puesta de manifiesto por las justicias indianas en cuestiones de familia.

Coincidimos con Silvia Tuñón en que "la historia nos hace entender que no existen las recetas ni cabe aplicar en un contexto determinado los esquemas y modelos válidos para otras reali-

dades, nos recuerda que la vida se teje con muchos hilos y que no se pueden violentar los ritmos del tiempo".<sup>139</sup>

La existencia de algunas normas sobre cuestiones de familia dictadas especialmente para regir en América o en las mismas Indias, por las propias autoridades, sumada a la labor de aplicación e interpretación de ese derecho llevada a cabo por las justicias indianas, de las que se pueden inferir las consideraciones precedentemente expuestas, nos permiten llegar a la conclusión de que existió una suerte de derecho de familia indiano en el Río de la Plata entre 1785 y 1812.

Ignoramos si así sucedió en el resto del continente, pero en lo que al Río de la Plata respecta, no podemos pasar por alto que cuestiones tales como el desplazamiento de los maridos de uno a otro lado del océano, la falta de asistencia a las esposas, las conductas rebeldes de los hijos o los excesos en la disciplina física a los que llegaron maridos y padres, estuvieron contemplados en una serie de normas dispersas a lo largo de cuerpos legales diversos. Y a la hora de fallar, las justicias tuvieron que consolidar normas aprendidas en claustros valisoletanos o salmantinos, con una realidad que brotaba a diario de los reclamos entablados ante foros rioplatenses.

Tal vez este conjunto de soluciones no tenga la entidad de un derecho de familia, pero sirve para entender que en derecho todo es teoría y práctica, distancia y cercanía, ajuste y desajuste, y que más allá de lo que se consagre expresamente, los pueblos tienden necesariamente a desandar sus propios caminos.

<sup>139</sup> Tuñón, ob. cit., pág. 28.