

Derecho de Familia

REVISTA INTERDISCIPLINARIA DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

DIRECTORA

Doctora Cecilia Grosman

VICEDIRECTOR

Doctor Jorge Azpiri

DIRECTORA DE REDACCIÓN

Doctora Celina Ana Perrot

SECRETARIA DE REDACCIÓN

Doctora María Bacigalupo de Girard

COORDINADORA GENERAL

Doctora Susana Inés Gnocchi de Thomas

SÍNTESIS JURISPRUDENCIAL

Doctor Carlos A. Arianna - Doctora Mirta Ilundain

Doctora Lina Arcidiacono - Doctora Myriam Marisa Castaldi

SÍNTESIS LEGISLATIVA

Doctora Graciela Monteavaro - Doctora Lea Levy

SÍNTESIS BIBLIOGRÁFICA

Doctora Delia B. Iñigo

REVISTA DE REVISTAS

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

INFORMACIONES

Doctor Felipe Pitrau - Doctora Susana Szylowicki

COMITÉ CONSULTIVO NACIONAL

Doctor Juan Carlos Agulla - Doctor Augusto César

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

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

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

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

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

Doctor Eduardo Zannoni

COMITÉ CONSULTIVO INTERNACIONAL

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

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

Khaïat (Francia) - Doctor Eugenio Llamas Pombo (España) - Doctor Raymundo Macías (México) - Jean

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

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

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

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



LexisNexis™
Abeledo-Perrot

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

ISBN 950-20-1526-6

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

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

Todos los derechos reservados
© 2002 by ABELEDO-PERROT
LEXISNEXIS ARGENTINA S.A.
Lavalle 1280 - (C1048AAF) - Buenos Aires - Argentina
Tel. (54-11) 5235-5430 - info@lexisnexus.com.ar
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

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

I.S.B.N.: 950-20-1526-6

IMPRESO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Se terminó de imprimir el 30 de septiembre de 2003,
en ENCUADERNACIÓN LATINO AMÉRICA S.R.L.,
Zeballos 885, Avellaneda, Pcia. de Buenos Aires, Argentina
Tirada: 1400 ejemplares

EDITORIAL

La adolescencia de la Revista y la familia ensamblada, por Cecilia P. Grosman 11

DOCTRINA

FAMILIA ENSAMBLADA

De familias y de ensambles, por Rosalía Bikel.....	15
La familia ensamblada en el derecho procesal, por Eduardo José Cárdenas	27
La adopción del hijo del cónyuge. Adopción de integración y una necesaria valoración integral, por G. Adriana Carminatí, Ana Isabel Ventura y Alejandro Javier Siderio	35
Los mitos de "la madrastra bruja" y "el padrastro cruel". Madres y padres afines, por Dora Davison	49
El derecho norteamericano desvaloriza las familias ensambladas, por Margorie Engel ...	59
Familias ensambladas y derecho de la seguridad social: normativa y realidad, por María Alejandra Guillot	69
Otras formas de convivir en el Virreinato del Río de la Plata: el caso de la familia ensamblada, por Viviana Kluger	83
Custodia, tutela y régimen comunicacional ante la ruptura de la familia ensamblada, por Gustavo D. Moreno	95
La prestación asistencial alimentaria en la familia ensamblada, por Osvaldo Felipe Pitrau	105
Las familias ensambladas y la socialización de los niños, por Susana Torrado	117
Protección de la vivienda de la familia ensamblada, por Marcelo Ugarte	123
Mediación y familia ensamblada, por Adriana M. Wagmaister.....	135

LEGISLACIÓN NACIONAL Y PROVINCIAL

Nota previa, por Lea Levy y Graciela C. Monteavaro	143
Ley de Uniones Civiles. Decreto reglamentario 556/2003.....	143
Salud pública. Ley 4950.- Provincia de Chubut	146

OTRAS FORMAS DE CONVIVIR EN EL VIRREINATO DEL RÍO DE LA PLATA: EL CASO DE LA FAMILIA ENSAMBLADA

Viviana Kluger¹

I. INTRODUCCIÓN

¿Cuántas formas de “vivir la familia” existen hoy en día en la Argentina y cuántas existieron en el pasado? ¿Hubo familias ensambladas? Creemos que no es posible estudiar el derecho actual sin profundizar en el pasado, sin buscar persistencias y cambios, sin contrastar permanentemente distancias y cercanías. Tal como ha sostenido Víctor Tau Anzoátegui, “el derecho no puede comprenderse sin la Historia” y “la Historia no puede comprenderse sin el derecho”². Este pensar históricamente nos lleva a la necesidad de indagar, en las formas actuales de convivencia familiar, permanencias o ausencias de elementos preexistentes, iguales o distintas soluciones pretéritas, simetrías y asimetrías, todo ello con miras a comprenderlas mejor y contribuir a encontrar soluciones. Un período en el que consideramos importante detenernos es el correspondiente al Virreinato del Río de la Plata³, en el que distintas formas de convivencia familiar han sido estudiadas por parte de la historia social y la demografía histórica⁴. El

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

² TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, “El historiador ante el derecho”, discurso de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 12/9/2002, LL, marzo 2003. Anticipo de Anales, año XLVII, 2ª época, nro. 40.

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

⁴ MALLO, Silvia, “Justicia, divorcio, alimentos y malos tratos en el Río de la Plata. 1766-1857”, *Investigaciones y Ensayos* 42, Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 1992; MAYO, Carlos, *Estancia y sociedad en la pampa. 1740-1820*, Biblos, Buenos Aires, 1995; MORENO, José Luis, “Sexo, familia y matrimonio. La ilegitimidad en la frontera pampeana del Río de la Plata, 1780-1850”, *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana Dr. E. Ravignani*, nro. 16/17, Buenos Aires, 1998; MATEO, José, “Bastardos y concubinas. La ilegitimidad conyugal y filial en la frontera pampea-

objeto del presente trabajo consiste en efectuar algún aporte acerca de un tipo de familia al que hoy denominamos “familia ensamblada”, esta vez desde la perspectiva histórico-jurídica, complementando publicaciones anteriores⁵, en el lapso y espacio geográfico señalado precedentemente. Una de nuestras fuentes de investigación serán los expedientes judiciales, atento a que consideramos que el derecho no es sólo lo que la ley prescribía, sino también lo que los destinatarios de las normas —actores y demandados, letrados, jueces— percibían como justo y aplicable. Y en función de este punto de partida, nos enrolamos en una línea de investigación que hace de las decisiones judiciales una de las más valiosas fuentes en la reconstrucción de las relaciones familiares.

Estos documentos permiten conocer los valores sociales y morales que conllevan las formas de pensar, sentir y actuar, aclarando, conforme René Salinas Meza, “hasta qué punto se ha producido en los individuos la interiorización de las disposiciones culturales, cuál es el rechazo que se hace de las mismas y cuáles son los procesos de marginación”⁶. Los expedientes judiciales sirven para medir, en parte, la cercanía o distancia entre lo preceptuado y lo efectivamente cumplido, a pesar de que al dar cuenta de transgresiones y desviaciones de lo jurídicamente establecido, reflejen una sola cara de la misma moneda: el conflicto, el incumplimiento. La indagación en las fuentes judiciales nos enfrenta a distintas situaciones que afectan a los integrantes de grupos que conviven, y a pesar de que en este contexto actores y demandados se expresan a través de escritos, mediatizados por la interpretación de letrados, escribanos y jueces, el expediente judicial sirve para decodificar la realidad, al enfrentarla con el orden social, político y jurídico dominante. El pleito permite constatar algunos aspectos de la dinámica de la organización familiar, aquellos que tienen que ver con la imposibilidad de resolver las cuestiones domésticas en el circunscripto marco de las cuatro paredes del hogar. Sólo cuando el conflicto familiar no podía ser solucionado hacia adentro, la maquinaria judicial se podía poner en funcionamiento.

II. LA FAMILIA ENSAMBLADA EN EL DERECHO ROMANO Y DERECHO CASTELLANO

De los distintos tipos de familia que coexistieron en el Virreinato del Río de la Plata, nos ocuparemos de la familia ensamblada, partiendo de la definición formulada

na bonaerense. Lobos, 1810-1869”, *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana Dr. Emilio Ravignani*, nro. 13, Buenos Aires, 1996.

⁵ KLUGER, Viviana, “La familia ensamblada en el Río de la Plata. 1785-1812”, *Revista de Historia del Derecho Ricardo Levene*, nro. 33, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, ps. 175-222; “Matrimonios legítimos y uniones de hecho. Convivir sin estar casados en el Virreinato del Río de la Plata”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, nro. 23, LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, ps. 9/20.

⁶ SALINAS MEZA, René, *La violencia interpersonal en Chile tradicional. Formas de agresión y control social en los siglos XVIII y XIX*, inédito, Universidad de Santiago de Chile. Agradezco la gentileza del autor al haberme facilitado una copia de su trabajo.

por Cecilia P. Grosman y Silvia Mesterman, que la describen como “aquella estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de un casamiento o relación previa” y que “de este modo, la pareja adulta, los niños procedentes de tales primeros vínculos y los que pudieran nacer del nuevo lazo marital conforman un sistema familiar único”⁷. Se trata de familias que se originan en nuevas uniones, tras una separación, divorcio o viudez, cuando uno o ambos cónyuges tienen hijos de un vínculo anterior. Son “grupos familiares donde conviven o circulan niños y adolescentes de distintos matrimonios” y que, según Grosman y Martínez Alcorta, “conforman una red de sustento emocional y material, pero al mismo tiempo no exenta de antagonismos y conflictos”⁸. Es decir que la familia ensamblada comprende no sólo la nueva familia que se origina en el matrimonio, sino que también abarca las consecuencias jurídicas derivadas de la vida en común en los casos de uniones de hecho. Tal como sostuvimos en otro trabajo⁹, terminar una relación de pareja, porque ya no existe la *affectio maritalis* que se requiere para continuar la vida en común, o por la muerte de alguno de los integrantes de la pareja; comenzar una nueva, en la que los hijos constituyen parte del inventario de los años de la convivencia, y convertirse nuevamente en padre o madre del fruto de esta nueva relación, no parece ser un invento del siglo XX. Y a pesar de que el término “familia ensamblada” ha sido acuñado en las últimas décadas, podemos rastrear algunos antecedentes de este tipo de unión en el pasado. Y esto porque todo tipo de estructura familiar distinta del matrimonio, constituida a partir de una ruptura de la unión por la separación de hecho o de derecho, a través de un divorcio, o por muerte de alguno de los cónyuges, como producto de la cual haya habido hijos, puede ser objeto de nuestro estudio. Y entonces los distintos tipos de familia a los que nos referiremos a continuación —concubinato, barraganía, amancebamiento—, podrían encuadrarse en este concepto de familia.

En Roma existía el concubinato, institución expresamente reconocida, a la que se atribuía un rango inferior al matrimonio. Se trataba de una forma de unión impuesta cuando se quería eludir los obstáculos constituidos por la existencia de determinadas condiciones de clase que debían concurrir para celebrar las justas nupciales, entre personas de diferente categoría social. Sin embargo, a pesar de que la mujer no adquiría la consideración de casada, confería efectos jurídicos al establecer que los hijos nacidos de estas uniones seguían la condición del padre¹⁰. En el Nuevo Mundo, lo que hoy po-

⁷ GROSMAN, Cecilia P. - MESTERMAN, Silvia, “Organización y estructura de la familia ensamblada. Sus aspectos psico-sociales y el ordenamiento legal”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, nro. 2, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, ps. 29/51.

⁸ GROSMAN, Cecilia P. - MARTÍNEZ ALCORTA, Irene, “Vínculo entre un cónyuge y los hijos del otro en la familia ensamblada. Roles, responsabilidad del padre o madre afín (padrastró/madrastra) y los derechos del niño”, *JA*, 1995-III-874/87.

⁹ KLUGER, V., “La familia ensamblada...”, cit.

¹⁰ Conforme CRETELLA JUNIOR, José, *Curso de direito romano. O direito romano e o direito civil brasileiro*, Forense, Rio de Janeiro, 2001, p. 87.

dríamos denominar “la familia ensamblada” se estructuró, en principio, alrededor del mismo molde jurídico en el que se había delineado la familia peninsular, que era el derecho castellano, el que estaba integrado por dos tipos de fuentes: el derecho canónico¹¹ y el derecho secular¹². Ambos derechos impusieron el matrimonio como la forma deseable de unión de un hombre y una mujer, relegando o condenando otras formas de unión entre los sexos. La familia enmarcada dentro del matrimonio era una célula básica de constitución del orden social, un mecanismo más “manipulable” para el control político. La indisolubilidad del vínculo, la monogamia y la condena legal y social de toda relación sexual extramatrimonial constituían los parámetros en función de los cuales debía constituirse la agrupación familiar deseada y estimulada. Quedaban así, en principio, disminuidas en su reconocimiento y privadas de algunos efectos legales, otras formas de convivencia familiar como la *barraganía* y el *amancebamiento*. El matrimonio aparecía regulado en la 4ª Partida como “ayuntamiento de marido é muger, fecho con tal intención de vivir siempre en uno e de non se departir; guardando lealtad cada uno dellos al otro, é non se ayuntando el varón a otra muger, ni ella a otro varón, viviendo ambos á dos”¹³, definición en la que se incluían cuatro de los deberes y derechos conyugales: el de convivencia, el de fidelidad, el de respeto y el de asistencia¹⁴.

Las propias Partidas se ocuparon de otras formas de convivencia familiar, como la *barraganía* y el *amancebamiento*¹⁵. De este tipo de uniones que en lo exterior se asemejaba a la familia legítima, no nacían hijos legítimos sino naturales. Sin embargo, el padre podía legitimarlos si se casaba con la barragana. Antonio Dougnac se refiere a este tipo de agrupaciones como una *para-familia*¹⁶. El casado no podía tener barragana y además no se podía tener más de una, por lo que la unión debía ser entre individuos que pudieran contraer matrimonio válidamente¹⁷. Había también una suerte de

¹¹ El derecho canónico regulaba el matrimonio, las relaciones personales —y a veces patrimoniales— entre los cónyuges, los esponsales, las segundas nupcias, la filiación, los alimentos, y toda cuestión en la que por razón de pecado estuviera afectado el bien de las almas, jurisdicción muy amplia que se vio recortada cuando en el siglo XVIII los Borbones limitaron la competencia religiosa a las cuestiones patrimoniales derivadas del matrimonio. Las principales fuentes canónicas eran las Decretales del papa Gregorio IX y los cánones pertinentes del Concilio de Trento (1545-1563).

¹² Las fuentes seculares eran el Fuero Juzgo (1241), traducción al romance del *Liber Iudiciorum*; el Fuero Real (1255); el Código de las Siete Partidas, dictado por el rey Alfonso el Sabio entre 1256 y 1260, cuya Partida Cuarta se ocupaba del matrimonio; el ordenamiento de Alcalá de Henares (1348); las ordenanzas reales de Castilla u ordenamiento de Montalvo (1484); las Leyes de Toro (1505) y la Nueva Recopilación de las Leyes de España (1567).

¹³ Partida 4, título 1, ley 9 (en adelante “P.” para Partida; “t.” para título y “l.” para ley).

¹⁴ Al respecto, ver nuestro trabajo: *Escenas de la vida conyugal. Los conflictos matrimoniales en la sociedad virreinal rioplatense*, Quórum, en coedición con la Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, 2003.

¹⁵ Nos hemos ocupado de estos temas en nuestros trabajos; “Matrimonios legítimos y uniones de hecho...” y DOUGNAC, Antonio, “La familia ensamblada en el Río de la Plata...”, precedentemente mencionados.

¹⁶ *Esquema del derecho de familia indiano*, en prensa.

¹⁷ P. 4, t. 14, l. 2.

impedimento en materia de barraganía pues no podía tenerse por concubina “ninguna mujer que sea su parienta ni su cuñada hasta el cuarto grado”¹⁸. Otra forma de convivir era el *amancebamiento*, equidistante entre la barraganía y la unión esporádica y que tenía en común con la barraganía una cierta estabilidad, pero carecía de la aceptación social que tenía ésta. Dependiendo de la unión de la que provenían, los hijos se dividían en dos grandes grupos: legítimos y naturales. Los hijos legítimos “son los que nacen de padre y de madre, que son casados verdaderamente, según manda la santa Iglesia”, mientras que los naturales son “los que no nacen de casamientos según la ley”¹⁹.

Los hijos naturales se dividían en varias clases, como los “fornecinos o hijos, que nacen de adulterio, los manceres o hijos de mujeres públicas, los espurios o hijos de barragana o concubina, y los incestuosos, que son los que nacen de parienta o religiosa”²⁰. El amancebado era un delincuente²¹, sus hijos no eran naturales, como los de la barraganía, sino “de dañado ayuntamiento” según las Leyes de Toro²², las que distinguieron entre incestuosos, sacrílegos y adulterinos, correspondiendo a esta última calidad los provenientes de amancebamiento. La condición de los hijos naturales era inferior a la de los legítimos; pues “no gozan de los honores y beneficios de tales”²³, ni podían heredar los bienes de sus padres²⁴, “y aun entre ellos hay mucha diversidad, tanto por la mayor o menor dificultad de la legitimación, como por la estimación y aprecio que se les concede”²⁵. Sin embargo, el hijo natural podía llegar a ser legitimado, acto jurídico que podía surgir de una merced real, ser efectuado por escritura pública, o por testamento. En este caso, el hijo natural no sólo se hacía acreedor a los honores del padre, sino que también podía suceder a los bienes paternos a falta de legítimos²⁶. Según la unión en la que habían sido procreados, creemos que en las familias ensambladas circularían hijos legítimos, legitimados, espurios y adulterinos. El ordenamiento jurídico castellano discriminaba y penaba las distintas uniones entre hombres y mujeres en función de sus respectivos estados civiles, por lo que los castigos dependían del hecho de que la relación fuera entre dos casados, un casado y un soltero, o dos solteros. Las penas, de acuerdo con cada caso, variaban entre pérdida de bienes, destierro, presidio, penas corporales, depósito para las mujeres, para el hombre y para

¹⁸ P. 4, t. 14, l. 2.

¹⁹ P. 4, t. 13, l. 1.

²⁰ JORDÁN DE ASSO, I. - DE MANUEL, M., *Instituciones del derecho civil de Castilla*, T. 1, Madrid, 1806, p. 113.

²¹ Sobre este tema, ver TOMÁS VALIENTE, Francisco, *El derecho penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Tecnos, Madrid, 1969, ps. 201 y ss.

²² Ley 9.

²³ PÉREZ Y LÓPEZ, Antonio Xavier, *Teatro de la legislación universal de España e Indias, por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopiladas; y alfabético de sus cuerpos y decisiones no recopiladas; y alfabético de sus títulos y principales materias*, T. 16, Madrid, 1792, p. 5.

²⁴ P. 4, t. 15, l. 3.

²⁵ PÉREZ Y LÓPEZ, Antonio Xavier, *Teatro...*, cit., T. 16, p. 5.

²⁶ PÉREZ Y LÓPEZ, Antonio Xavier, *Teatro...*, cit., T. 16, p. 5.

la mujer²⁷. De todos estos tipos de amancebamientos, el único en principio no perseguido era la unión entre solteros. Sin embargo, la vara que medía el castigo a aplicar era la trascendencia pública o no de la relación, la unión entablada a la vista de todos o el escándalo a que daba lugar la relación ilícita.

III. EL DERECHO INDIANO

En lo que respecta al derecho de familia, si bien en principio debía aplicarse el ordenamiento jurídico castellano, en la medida en la que esta normativa no pudo aplicarse a las nuevas situaciones, fue surgiendo el derecho indiano²⁸. Sin embargo, las disposiciones del derecho castellano fueron invocadas y aplicadas con bastante frecuencia en el Nuevo Mundo, manteniéndose con pocas alteraciones. También en América se pretendió imponer el matrimonio y reprimir el concubinato, el que fue perseguido desde la legislación, la doctrina jurídica y la praxis forense²⁹. En el tema que estamos analizando no podemos dejar de mencionar el encuentro entre las dos culturas: la española y la indígena; y uno de sus productos, el mestizaje. A partir del descubrimiento de América comienzan a coexistir dos conceptos de familia. La primera es la que traía el conquistador, enmarcada la mayoría de las veces en sus valores cristianos, y la segunda, la de los indios, basada en costumbres ancestrales, la mayoría de las cuales giraba alrededor de la poligamia. Los aztecas, por ejemplo, eran polígamos, pero sólo se practicaba entre los varones de las clases sociales superiores, quienes podían tener cuantas esposas pudieran mantener. Dentro de este harén había una esposa principal y los hijos habidos de ésta gozaban de los derechos privilegiados al morir el padre. En cambio, los toltecas practicaban la monogamia ya que ni el mismo rey podía tener más de una mujer, a la muerte de éste la esposa no podía contraer nuevas nupcias. En Indias la primera forma de mestizaje apareció bajo la forma de la unión concubinaria, ya que fueron escasos los matrimonios de los españoles con indígenas que siguieron los preceptos establecidos por la Iglesia. De las uniones entre conquistadores e indias del común, nacían hijos naturales, acerca de cuya condición jurídica nos hemos referido precedentemente. El hijo natural no recibía un trato desdorado: conservaba la calidad social de su padre, tenía acceso a empleos honrosos, si el padre había tenido igual

²⁷ FEBRERO, Joseph, *Librería de jueces, abogados y escribanos*, T. 7-8, Madrid, 1844, p. 214; *Novísima recopilación de las leyes de España*, Libro 12, Tít. 26, ley 1. En el mismo sentido, SALA, Juan, *Sala acondicionado, o ilustración del derecho español*, T. II, tít. XXVII, Librería de D. Salva, Calle de Lille nro. 4, París, 1844, p. 107. Pragmática del 9/6/1500. Sevilla. Reyes Católicos, ley 36, caps. 47 y 53; Reales resoluciones no recopiladas, R. 15/5/1788.

²⁸ Nos hemos referido extensamente al tema en nuestro trabajo "¿Existió un derecho de familia indiano?", *Revista de Derecho Procesal y Práctica Forense*, año 3, nro. 4, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002, ps. 220/275.

²⁹ En este sentido, se insistía en la necesidad de que las autoridades persiguieran a quienes estuvieran amancebados, facultándose a ejercer este control a virreyes, arzobispos, audiencias y al Consejo de Indias. Se recomendaba a estos funcionarios que aplicaran las penas espirituales y las seculares a fin de evitar los abusos y proceder al ejemplar castigo de los amancebamientos públicos.

posibilidad, podía acceder a encomiendas, mantenía la hidalguía paterna, etc. Y como la barraganía se daba normalmente en la unión de español e india, el hijo o la hija natural obtenían de su padre el rol hispánico. El mestizo, que era el resultado de esta unión permanente entre español e india tenía, para los efectos sociales y jurídicos, la misma calidad que un español. Según Antonio Dougnac, era un criollo de acuerdo con la terminología actual, si bien en los documentos indianos no se encuentra para los de esta situación la denominación de "mestizos" sino únicamente la de "español". Para Dougnac, "lo que primaba, pues, no era una cuestión de más o menos sangre europea, sino de cultura. Quien era criado a la española, se vestía como tal, hablaba español y frecuentaba españoles, era español"³⁰. Las leyes indianas persiguieron el concubinato de los indios entre sí³¹, de quienes el tratadista indiano Juan de Matienzo opinaba que tenían la mala costumbre de emborracharse, ser adúlteros, tener mancebas, y hasta ser bígamos y polígamos. Matienzo aconsejaba que los doctrineros no incurriesen en los mismos delitos, porque esta conducta constituiría un mal ejemplo para los indígenas. Atento a que el matrimonio monogámico se constituyó en un punto de fricción entre las costumbres matrimoniales indígenas y el sacramento cristiano, Matienzo proponía que al indio que hubiera ya abrazado el cristianismo y que estuviera públicamente amancebado, le persuadieran de que se casase y dejase la manceba, y si éste no lo quisiera 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 mancebas³².

IV. DE LO PRESCRIPTO A LO VIVIDO

Pero una cosa era lo que se prescribía y otra era lo que se percibía como justo, razonable, y digno de ser respetado y aplicado. Por ello, distintos paisajes geográficos, siglos de distancia, culturas encontradas y desencontradas, determinaban que no todo lo que estaba dispuesto fuera efectivo y se cumpliera al pie de la letra. A pesar del discurso religioso, moral y jurídico sobre la familia, éste parece haber entrado en conflicto con las situaciones vividas por sus miembros, dando lugar a contradicciones entre las leyes, las creencias y la vida cotidiana. En el Nuevo Mundo, según Cicerchia, las conductas familiares populares incluyeron "dosis de autonomía y expectativas diferenciales". En este contexto, los amancebamientos se instalaron en el día a día de sus habitantes por dos motivos: la consagración efectuada a través de la costumbre y el hecho de que se acoplaron a "un sentido común popular"³³. Muchos amancebados sabían

³⁰ DOUGNAC, Antonio, *Esquema...*, cit.

³¹ *Recopilación de las Leyes de Indias*, 4, 4, 2.

³² DE MATIENZO, Juan, *Gobierno del Perú. Ouvrage Publie avec le concours du Ministère des Affaires Etrangères, Parte primera*, París-Lima, 1967, Cap. XXIII, p. 84.

³³ CICERCHIA, Ricardo, "Familia: La historia de una idea. Los desórdenes domésticos de la plebe urbana porteña, Buenos Aires, 1776-1850", en WAINERMAN, Catalina H. (ed.), *Vivir en familia*, Unicef-Losada, Buenos Aires, 1994, ps. 49/72.

que como cristianos se exponían a castigos y penas pecuniarias y corporales si trascendía la relación en la que estaban envueltos, pero a veces la ley o su propia realidad les imponían la necesidad de transitar caminos alternativos. En este sentido no podemos dejar de mencionar la imposibilidad que tenían los cónyuges de separarse uno del otro sin autorización de la Iglesia, la que sólo se concedía mediando justa causa deducida y probada en juicio. Era en esas circunstancias cuando, deseosos de encontrar un marco de afecto o contención que tal vez no habían hallado en la familia legítima, acudían a constituir un tipo de familia que si bien tal vez no estuviera aceptado totalmente en lo social ni acogido completamente en lo jurídico, se asemejara a ella. A despecho de las normas que perseguían las uniones consensuales o a la convivencia entre hombres y mujeres subsistiendo un vínculo matrimonial, los pleitos entablados en el Virreinato del Río de la Plata nos revelan la existencia de "amistades ilícitas" y amancebamientos. En este sentido, abundan las causas entabladas de oficio, que aparecen caratuladas como "ilícita amistad", "escándalo" o "amancebamiento". Son pleitos en los que los demandados están unidos de hecho y en los que ambos son casados, ambos solteros o uno de ellos es soltero y el otro es casado. La actitud de los tribunales variaba en cada caso, desde imponer castigos leves tales como amonestaciones o apercibimientos cuando la relación era entre solteros, o no trascendía o cuando el propio marido no tenía interés en accionar por adulterio, hasta aplicar penas como el destierro y el depósito de la mujer cuando ambos reos fueran casados³⁴.

V. LIMITACIONES Y EFECTOS JURÍDICOS DE LA FAMILIA ENSAMBLADA

La posibilidad de reconocerle efectos jurídicos a la familia ensamblada se veía limitada por una serie de circunstancias: En primer lugar, la indisolubilidad del vínculo familiar. Ninguna unión constituida a partir de una ruptura de hecho, por la sola voluntad de uno de ellos —salvo el supuesto de muerte de uno de los cónyuges—, y aún mediando separación o divorcio decretado por un tribunal eclesiástico, podía merecer reconocimiento jurídico. En segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, a la luz del ordenamiento jurídico estas segundas uniones producidas subsistente el vínculo conyugal, eran reputadas como adulterio, causal de divorcio en el fuero eclesiástico y figura penal tipificada con severísimas penas. En tercer lugar, 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. En cuarto lugar no podemos dejar de mencionar las limitaciones existentes a la capacidad jurídica de la mujer: separadas de hecho o de derecho, divorciadas y viudas, no tenían plena capacidad jurídica ni poder de disposición sobre sus bienes.

³⁴ Archivo Histórico de la provincia de Buenos Aires, Archivo de la Real Audiencia y Cámara de Apelación de Buenos Aires (en adelante AHPBA) 7-1-27-18; 5-5-66-40; 5-5-72-11; 7-1-71-17; 7-1-81-19; 5-5-74-2; 7-1-95-14; 5-5-67-5; 7-1-96-11; 5-5-22-1; 7-1-88-33.

Una consecuencia de los deberes de la mujer era el poder del marido para que la justicia ordenara su vuelta inmediata si había abandonado el hogar conyugal "sin motivos suficientes"³⁵. Sin perjuicio de las limitaciones señaladas, si bien no existió una consagración expresa de efectos jurídicos a las nuevas uniones, del análisis de las distintas normas que regulaban ciertos y determinados aspectos, como la viudez, las segundas nupcias, las distintas clases de hijos, el parentesco, los divorcios y otros, es posible enunciar una serie de consecuencias que tuvo para el derecho, la existencia de la familia ensamblada.

1. Civiles

a. Alimentos

Existió a favor de los unidos de hecho un reconocimiento de la obligación alimentaria. En los pleitos por alimentos examinados por Cicerchia³⁶ las demandantes esposas llegaron al 47%, las concubinas al 32% de las demandantes y las amancebadas al 21% restante, lo que permite inferir que se consideró que quienes no estaban unidos por matrimonio ilegítimo también tenían derecho a ser alimentados, fundado en las obligaciones y prerrogativas propias del derecho natural.

Los hijos de casados o divorciados debían ser alimentados hasta los tres años a costa de la madre y a partir de esta edad, la obligación le correspondía al cónyuge culpable, atento a que las Partidas establecían que las madres debían criar a los hijos menores de tres años, y los padres a partir de esta edad³⁷.

El padraastro-madrastra que asumía la guarda de hecho, tomaba a su cargo el gobierno del menor, educándolo y preservando su integridad y salud física, por lo que debía proporcionarle los alimentos necesarios. Este deber de asistencia era subsidiario y constituía una carga de la sociedad conyugal. Las Partidas daban derecho al padraastro que había gastado en la manutención de su entenado, a recuperar el importe³⁸.

³⁵ Archivo General de la Nación (en adelante AGN) legajo 214, expediente 12 (en adelante sólo el número de legajo, separado por guión del número de expediente); AGN C17-1; AGN 196-5; AGN 21-4; AGN G-15-9; AHPBA 5-2-17-9. En AGN 21-4 el marido se dirigió al virrey informándole que su mujer "se me salió de mi casa sin que yo supiese el más leve motivo".

³⁶ En CICERCHIA, Ricardo, "Vida familiar y prácticas conyugales, clases populares en una ciudad colonial Buenos Aires: 1800-1810", *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana Dr. E. Ravigani Tercera Serie*, 2, Buenos Aires, 1990, ps. 91/109. Este autor analizó juicios planteados en el área urbana de Buenos Aires, en el período 1776-1850 que se refieren a querrelas por disensos, alimentos, patria potestad y tutela de menores, malos tratos, calumnias e injurias, adulterios, bigamias y violaciones. Cabe señalar que estos pleitos se extienden más allá del período correspondiente al Virreinato del Río de la Plata.

³⁷ *Fuero Real*, libro 3, tít. 8, ley 3; P. 4, t. 19, l. 3; PÉREZ Y LÓPEZ, Antonio Xavier, *Teatro...*, cit., T. 11, p. 205.

³⁸ P. 5, t. 12, l. 37.

b. Tutela

La madre sólo se convertía en tutora de sus hijos al quedar viuda, y siempre que su marido no hubiera nombrado otro tutor en su testamento. Y la tutoría de la madre era siempre condicional: podía perderla si vivía "en pecado" o si volvía a casarse, pues se pensaba que favorecería a los hijos de su nuevo matrimonio ³⁹. En consecuencia, la viuda perdía la tutela sobre los bienes y persona del menor si contraía nuevas nupcias, por lo que podía ser excluida del derecho a convivir y administrar sus bienes.

En cambio, el viudo conservaba la tutoría de sus hijos independientemente de su comportamiento sexual y aunque volviera a casarse ⁴⁰.

c. Bienes propios y gananciales

La mujer condenada como adúltera podía perder los gananciales y demás bienes que le pertenecieran ⁴¹.

d. Guarda de hecho

El padrastro o la madrastra, cuando convivían con el menor, asumían el carácter de "guardador de hecho", pues "sin atribución de la ley o delegación del juez, en los hechos y por su propia autoridad", tomaban a un menor a su cargo. Este compromiso nacido de la vida en común y de las funciones de cuidado que el padrastro o madrastra efectivamente ejercían, eran independientes de la tenencia, del ejercicio de la patria potestad y de las obligaciones del padre-madre biológicos, si la familia ensamblada se había constituido a partir de un divorcio o de una separación de hecho ⁴².

e. Tenencia

La madre biológica ejercía la tenencia de sus hijos menores de tres años si no había dado causa al divorcio. Más allá de esa edad la tenencia le correspondía al padre ⁴³.

f. Parentesco por afinidad

Entre un cónyuge y los descendientes del otro nacidos de una unión anterior, se creaba un vínculo de afinidad en primer grado el que, conforme la ley 5, título 6, Parti-

³⁹ ARROM, Silvia, *Las mujeres de la ciudad de México. 1790-1857*, Siglo XXI, México, 1988, p. 90.

⁴⁰ ARROM, Silvia, *Las mujeres...*, cit., p. 90.

⁴¹ Ley 78 de Toro, *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, Libro 10, Tít. 5, ley 11.

⁴² P. 5, t. 12, l. 37. ESCRICHE, Joachin, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Librería de Rosa, Bouret y Cía., París, 1864, p. 1325. En el mismo sentido, PÉREZ Y LÓPEZ, Antonio Xavier, *Teatro...*, cit., T. 14, p. 202.

⁴³ P. 4, t. 19, l. 3.; PÉREZ Y LÓPEZ, Antonio Xavier, *Teatro...*, cit., T. 11, p. 205.

da 4, constituía un impedimento para contraer matrimonio. Esto implicaba que en línea recta, es decir, entre ascendientes y descendientes, estaba prohibido el matrimonio, sin límites. En consecuencia, el padrastro no se podía casar con la hijastra o con la hija de su hijastra y viceversa. A causa del matrimonio, un esposo quedaba vinculado a todos los parientes del otro en el mismo grado que este último, creándose un parentesco perpetuo, es decir, que no desaparecía con la muerte ni se extinguía por el divorcio de los cónyuges.

g. Derecho sucesorio

No existía derecho hereditario entre hijastro y padrastro-madrastra. Sólo podía recibir bienes hereditarios por vía testamentaria y dentro de las posibilidades concretas del testador, teniendo en cuenta la legítima de los herederos forzosos.

2. Penales

a. Malos tratamientos

La praxis judicial da cuenta de la aceptación por parte de las justicias, de los reclamos contra el exceso en el castigo físico formulados por quienes eran sujetos de otras formas de convivencia familiar distintas de la familia legítima ⁴⁴.

b. Adulterio

Quienes se unían mientras estaba subsistente el vínculo matrimonial, incurrían en el delito de adulterio y eran pasibles de las severas penas que el derecho penal de la época les imponía. El marido tenía derecho hasta de matar a la adúltera y a su cómplice si los sorprendía *in flagranti delicto*. Este delito era sancionado en forma discriminada en función del sexo: la mujer lo cometía cuando realizaba un acto sexual, incluso episdico, con cualquier hombre que no fuera su marido. Por el contrario, el adulterio del hombre casado, surgía según el ordenamiento jurídico secular, sólo cuando la relación extramatrimonial tuviera carácter permanente: cuando mantuviera públicamente a la barragana en "constante matrimonio" —situación sancionada con la pérdida de hasta la quinta parte de su patrimonio— o cuando abandonaba la casa para ir a vivir con la barragana, en cuyo supuesto se lo castigaba con la confiscación de la mitad de sus bienes. La discriminación entre ambos sexos descansaba en fundamentos objetivamente constatables desde el punto de vista jurídico, uno de ellos, el riesgo de que la conducta infiel de la mujer provocara la *commixtio sanguinis*, con las consiguientes consecuencias hereditarias ⁴⁵.

⁴⁴ Según surge de los pleitos analizados por Cicerchia en "Vida familiar...".

⁴⁵ P. 7, t. 17, l. 1; P. 7, t. 8, l. 3.

c. *Parricidio*

Si el padrastro-madrastra matare al hijastro, o éste matare a su padrastro-madras- tra "con armas, o con yeruas, paladinamente, o encubierto", era considerado parricida y merecía un castigo severísimo, consistente en ser "açotado públicamente ante todos, e de si, que lo metan en un saco de cuero, e que encierren con el vn can, e vn gallo, e vna culebra, e vn ximio, e despues que fuere en el saco con estas quatro bestias, cosan la boca del saco, o lancenlos en la mar, o en el rio que fuere mas cerca de aquel lugar do acaesciere"⁴⁶.

VI. *CONSIDERACIONES FINALES*

Coincidimos con Pilar Gonzalbo en que no es posible escribir una sola historia de la familia, cuando es evidente que en todos los tiempos y en todos los países, y aún dentro de las mismas sociedades pero en sus diferentes niveles socioeconómicos, existieron diversos modelos familiares⁴⁷. Y entonces, a pesar de las leyes, la doctrina y las ideas religiosas que imponían el matrimonio, registramos un desencuentro entre lo dispuesto y lo cumplido, entre lo prescripto y lo acatado. Es en ese espacio de la familia donde "pueden localizarse las primeras fisuras de viejas normas o los más firmes bastiones de antiguas tradiciones"⁴⁸. La existencia de varios tipos de uniones entre hombres y mujeres en el Virreinato del Río de la Plata, algunas estimuladas, otras permitidas y otras condenadas, revela que no obstante el deseo de la Corona de imponer el matrimonio, hubo quienes no pudieron adaptarse a lo prescripto por las normas legales. Fueron los que tomaron distancia de lo establecido por la ley y la doctrina, procurando constituir estructuras que cumplieran las funciones que el modelo que se perseguía no podía proporcionar. Creemos que si bien el derecho del período objeto de estudio, no contempló a la familia ensamblada como una institución jurídica merecedora de una regulación completa, tuvo en consideración los vínculos interindividuales que se generaron con la constitución de este tipo de familia. Existió algún orden legal para este tipo de uniones, producto de una serie de leyes, dictadas para otro espacio temporal y físico, y probablemente para diversos tipos de situaciones, dispersas a lo largo de una legislación. A estas disposiciones se les sumaban opiniones de juristas de derecho castellano e indiano que probablemente no tenían en mente encontrar soluciones para este otro tipo de familia, pero que siempre podían llegar a invocarse a la hora de encontrar una solución a la situación no planteada. Finalmente, los pleitos analizados dan cuenta de que también integrantes de familias ensambladas frecuentaron los estrados judiciales buscando soluciones para un tipo de convivencia no expresamente contemplado por el ordenamiento jurídico, pero que coexistía con la derivada del matrimonio, ésta sí siempre presente en la legislación y en la doctrina castellano-indianas.

⁴⁶ P. 7, t. 8, l. 12.

⁴⁷ GONZALBO, Pilar (comp.), *Historia de la familia*, Instituto Mora, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1993, p. 13.

⁴⁸ GONZALBO, Pilar (comp.), *Historia de la familia*, cit., p. 7.

CUSTODIA, TUTELA Y RÉGIMEN COMUNICACIONAL ANTE LA RUPTURA DE LA FAMILIA ENSAMBLADA

Gustavo D. Moreno¹

I. *FAMILIA ENSAMBLADA Y RUPTURA*

A pesar de que en los últimos años, a partir de distintas publicaciones de doctrina, se ha advertido un interés en desarrollar la temática de la familia ensamblada —*entendida ésta como el grupo familiar constituido a partir de la unión de una pareja matrimonial o de hecho, con la inclusión de los hijos de sus matrimonios o uniones anteriores, como también con la posibilidad de existencia de hijos comunes*—, lo cierto es que el derecho aún no ha receptado dentro del régimen jurídico positivo a la familia ensamblada.

Quizás ello se deba a que estas familias no presentan una estructura rígida e inmutable, no siéndoles aplicable el modelo tradicional de la familia nuclear, en tanto sus pautas internas relacionales van cambiando de manera dinámica a la luz de los distintos sistemas familiares que articulan entre sí, de acuerdo con las edades de los menores, horarios escolares y recreativos, actividades de los adultos, regímenes comunicacionales con padres no convivientes, entre otras causas. A la vez, es sabido que el derecho tiene una seria dificultad para receptar los fenómenos psicosociales dentro de abstracciones y ficciones jurídicas, máxime cuando muchas veces se pretende que las reglas jurídicas también sirvan como conductas señaladas a los ciudadanos.

Así, más allá del reconocimiento del derecho a constituir una familia y a su protección integral —en cualquiera de sus modelos— que plasman la Constitución Nacional (LA, 1995-A-26) (art. 14) y los instrumentos internacionales de derechos humanos (art. VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre [LA, 1994-B-1607]; art. 16, párr. 3º, Declaración Universal de Derechos Humanos [LA, 1994-B-1611]; art. 10, párr. 1º, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales

¹ Muchas de las ideas desarrolladas en el presente trabajo tienen su origen en la ponencia "Familia ensamblada" presentada por el autor junto con la Dra. Cristina I. Silva, en el "X Congreso Internacional de Derecho de Familia" (Mendoza, Argentina, 20 al 24/9/1998), y que fuera publicada en el Libro de la Comisión nro. 4 (Diversas formas familiares), ps. 52/64.