

**XIII CONGRESO DEL INSTITUTO  
INTERNACIONAL DE HISTORIA  
DEL DERECHO INDIANO**



# XIII CONGRESO DEL INSTITUTO INTERNACIONAL DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

San Juan, 21 al 25 de mayo de 2000

## ESTUDIOS

### II

Coordinador  
Luis E. González Vale



HISTORIADOR OFICIAL DE PUERTO RICO

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE PUERTO RICO

San Juan  
2003

Estudios del XIII Congreso del  
Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano  
Tomo II

Library of Congress  
ISBN 0-97.02023-1-8

© Derechos Reservados 2003  
Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano  
Oficina del Historiador Nacional de Puerto Rico

Edición:  
Tipografía y diseño: Héctor R. Pérez  
Diseño de Portada: Alba Hernández  
Impreso en Colombia

# Contenido

## Estudios

### Instituciones canónicas

- MÓNICA P. MARTINI. La regulación de la vida urbana en los sínodos de la América Meridional (siglos XVI-XVIII) ..... 5
1. “Amarás a Dios sobre todas las cosas”. 1.1. Irreverencia.
  - 1.2. Sacrilegio. 1.3. Superstición. 2. “Santificarás las fiestas”.
  3. “Honrarás a tu padre y a tu madre”. 4. “No matarás”.
  5. “No fornicarás”. 6. “No hurtarás”. 7. “No levantarás falso testimonio”. 8. Hacia una valoración de los resultados: una breve aproximación a los aspectos más conflictivos durante el siglo XVIII. Elenco de constituciones sinodales.
- ANA MARÍA MARTÍNEZ DE SÁNCHEZ. Las consuetas de las catedrales de Santiago del Estero y de Córdoba en los siglos XVII y XVIII ..... 41
- Sumario:* Introducción. Las fuentes. Antecedentes de las consuetas. Los primeros años del obispado del Tucumán. Los Estatutos de don Julián de Cortázar (1619). Del tercero al undécimo obispo del Tucumán. Los capítulos de Sarricolea y Olea (1729). Adiciones del obispo Gutiérrez de Zeballos (1732). La *Consuetas Cathedralis Cordubensis* de Argandoña (1749). Capítulos sobre coro y altar de Abad Illana (1765). Consideración final.
- RAQUEL BISIO DE ORLANDO. La mesada eclesiástica en el Río de la Plata ..... 69
1. Concepto. 2. Imposición y prórrogas. 3. Destino.
  4. Contenido. 5. Excepciones. 6. Pago y fianzas. 7. Media anata eclesiástica. 8. La Real Ordenanza de Intendentes.
  9. Recaudación 10. Período patrio. Ley sobre beneficios eclesiásticos. 11. Conclusiones.
- JUAN BOSCO AMORES CARREDANO. La desamortización de los bienes de regulares en Cuba ..... 91
1. Órdenes religiosas y conventos en Cuba a principios del siglo XIX. 2. El intento secularizador y desamortizador del trienio liberal. 3. La “desamortización de Mendizábal” en Cuba. 4. Culminación del proceso desamortizador.

NELSON C. DELLAFERRERA. La mitigación de la pena en el derecho canónico indiano. Audiencia episcopal del tucumán (siglos XVIII-XIX) .....	107
I. Introducción. II. Doctrina de los Padres del concilio de Trento. III. Ámbito y causales de estos procesos.	
IV. Penas impuestas por el Tribunal eclesiástico. V. Juicios por esponsales. VI. Nulidades matrimoniales. VII. Causas penales. VIII. Conclusión.	

## Personas, familia y sucesiones

ARMANDO GUEVARA GIL. Los caciques y el “señorío natural” en los Andes coloniales (Perú, siglo XVI) .....	137
ALEJANDRO MAYAGOITIA. Algunas consideraciones sobre la situación personal y familiar de los abogados en la Nueva España: las tres últimas generaciones .....	159
Introducción. 1. El abogado. 1.1 Su edad. 1.2 Su lugar de nacimiento. 1.3 Estudios. 1.4 El origen de sus títulos. 1.5 Otras de sus ocupaciones. 1.6 Su dignidad social. 2. La familia de los abogados. 2.1 Los hermanos. 2.2 Los padres. 2.3 Los tíos carnales. 2.4 Los abuelos paternos. 2.5 Los abuelos maternos. 2.6 Los tíos abuelos. 3. Notas finales.	
VIVIANA KLUGER. ¿Existió un derecho de familia indiano? .....	185
I. Introducción. II. Algunos aspectos de la regulación jurídica de la familia en el derecho castellano. II. 1 Deberes y derechos conyugales. II. 1.1 El deber de convivencia. II. 1.2 Las uniones de hecho. II.2 Los deberes y derechos paterno-filiales. II 2.1 Deber de asistencia. II. 2.2 Deber de obediencia y derecho de corrección. II. 2.3 Efectos jurídicos. II. 2.3.1 El consentimiento paterno. II. 2.3.2 Restitución. II. 2.4 Demandas entre padres e hijos. III. El derecho indiano. IV. El derecho de familia indiano. IV. 1 Disposiciones indianas en materia de familia. IV. 1.1 Matrimonio. IV. 1.1.1 El matrimonio de los españoles. IV. 1.1.1.1 Las uniones de hecho. IV. 1.1.1.2 El deber de convivencia IV. 1.1.1.3 Incompatibilidades para contraer matrimonio aplicables a determinados funcionarios. IV. 1.1.1.4 Interferencias en la libertad para contraer matrimonio. IV. 1.1.2 El matrimonio indígena. IV. 1.1.2.1 Imposición del matrimonio monogámico. IV. 1.1.2.2 Las uniones de hecho. IV. 1.1.2.3 Interferencias en la libertad para contraer matrimonio. IV. 1.1.2.4 Formalidades relacionadas con la celebración del	

matrimonio. IV. 1.1.3 Los matrimonios interraciales.  
 IV. 1.1.3.1 Entre españoles y negros libres. IV. 1.1.3.2 Entre  
 indios y negros. IV. 1.1.3.3 Matrimonios entre negros.  
 IV. 1.2. Las relaciones paterno-filiales. IV. 1.2.1 La Pragmática  
 de 1776 sobre matrimonio de hijos de familia en América.  
 IV. 2 Juez competente en cuestiones de familia. IV. 2.1 La  
 competencia secular en derecho de familia. IV. 3 La praxis  
 judicial indiana en materia de familia. IV. 3.1 La ley y la  
 práctica judicial. IV. 3.2 Deberes y derechos conyugales.  
 IV. 3.2.1 Convivencia. IV. 3.2.1.1. La separación de hecho.  
 IV. 3.2.1.2 Las uniones de hecho y los amancebamientos.  
 IV. 3.3 Impedimentos para celebrar matrimonios. El caso de  
 los oidores. IV. 3.4. Deberes y derechos paterno-filiales.  
 IV. 3.4.1 Derecho de corrección y deber de obediencia.  
 IV. 3.4.1.1 La reclusión. IV. 3.4.1.2 Obediencia.  
 IV. 3.4.1.3 Los malos tratos. IV. 3.4.1.4 El consentimiento  
 paterno. IV. 3.4.1.5 El depósito. IV. 3.4.1.6 Ejercicio de la  
 patria potestad una vez alcanzada la emancipación.  
 IV. 3.4.1.6.1 Alimentos. IV. 3.4.1.6.2 Derecho de corrección.  
 IV. 5. La actuación de las justicias indianas en materia de  
 familia. IV. 5.1 El papel del oidor juez de casados.  
 IV. 5.2 Actitud paternalista de las justicias indianas IV. 5.3 El  
 control judicial de los deberes y derechos de familia.  
 V. Conclusiones.

- MARTA DE LA CUESTA FIGUEROA. Consecuencias socio-jurídicas  
 del delito de doble matrimonio en Salta (Siglo XVII-XIX) .. 227  
 Penas. El caso de Javiera Molina y Gallo. Conclusión.  
 Apéndice Documental.
- JOSÉ ENCISO CONTRERAS. Instituciones de bienes de difuntos  
 en Zacatecas. Nueva Galicia, siglo XVI ..... 245  
 1. Introducción. 2. Régimen jurídico de los bienes de  
 difuntos en Indias. 3. Gestión de los bienes de difuntos en  
 Indias por parte de autoridades locales según la legislación de  
 1526, y para la Nueva Galicia en 1531. 4. Instituciones de  
 bienes de difuntos en la Nueva Galicia. 4.1. La audiencia,  
 alcaldes mayores, corregidores y jueces de bienes de difuntos.
- MARÍA ISABEL SEOANE. Una forma desusada de otorgar la última  
 voluntad. El testamento militar del coronel don Juan  
 Correa Morales ..... 271  
 I. Presentación. II. Perfil del testador. III. El testamento  
 militar . 1. Breve reseña histórica. 2. El testamento militar del  
 coronel Correa Morales. Apéndice documental.

## **Propiedad**

- JOSÉ DE LA PUENTE BRUNKE. La liberalización de la propiedad en el Perú del siglo XIX a través de la jurisprudencia: el caso del censo enfiteútico ..... 291
1. Del Antiguo Régimen al liberalismo: el concepto de la propiedad.
  2. El censo enfiteútico y sus características.
  3. Las vinculaciones y los censos: evolución legislativa en el siglo XIX.

## **Instituciones económicas y mercantiles**

- LUISA MILLER ASTRADA. Tierras comunitarias de las parcialidades calchaquíes (Siglos XVII y XVIII) ..... 307
- Introducción.
  1. El ámbito tucumano.
  2. Legislación y realidad.
  3. Los Pueblos de indios.
  4. Las suertes de sobras.
  5. Reflexión final. Introducción.
- CHRISTIAN MERINO ÁLVAREZ. La Avería: Pervivencia del Derecho Romano en el sistema del transporte Marítimo Indiano ..... 327

## **Derecho penal y procesal**

- NELLY R. PORRO GIRARDI. Traición y alevosía en el fragor de las guerras civiles del Perú ..... 343
- El ámbito geográfico. Los términos según los textos de la guerra civil peruana. Como injuria. Como fórmula de despedida. Como delito. Caracteres del juicio penal a traidores. El tormento. Derecho de asilo: asilo religioso. Procedimiento. Bien morir. La pena. Ceremonial para la ejecución de la sentencia. Penas accesorias. Penas corporales afflictivas. Castigo para los descendientes del traidor. Derecho de gracia: el indulto. Conclusiones.

## **Colonización europea**

- Humberto Baquero Moreno. Os Corregedores em Portugal, nos açores e no brasil (Séculos XIV a XVI) ..... 375
- ARNO WEHLING E MARIA JOSÉ WEHLING. A justiça no brasil colonial. Conflitos e tensões. O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro e suas relações institucionais ..... 395
- O Tribunal e os Governadores/Vice Reis. O Tribunal e outros



órgãos judiciais. O Tribunal e os militares. O Tribunal e a Igreja. O Tribunal e o Senado da Câmara do Rio de Janeiro.

- DITLEV TAMM, COPENHAGUE. Las colonias danesas en las Indias Occidentales y su derecho ..... 429
1. Dinamarca como poder colonial. 2. El uso del derecho danés en las colonias. 3. La institución de la esclavitud y el derecho danés. 4. Derecho de propiedad y presencia de los esclavos en Dinamarca. 5. La abolición de la esclavitud.
  6. La venta de las Islas Vírgenes a los EE.UU. Suplemento.

## **Pervivencia del Derecho Indiano**

- MARTA LORENTE SARIÑENA. De monarquía a nación: La imagen de América y la cuestión de la ciudadanía hispana ..... 447
- I. Presentación. II. La imagen de América (i). El poder de M. Ramos Arizpe. III. La imagen de América: (ii) La Memoria de Ramos Arizpe. IV. Recapitulación.

- DAVID TORRES SANZ. Los representantes americanos en las cortes de Cádiz hasta la aprobación de la Constitución de 1812 ..... 471
- I. Los representantes americanos y su participación en las Cortes. II. Su ideología. III. La defensa de los intereses americanos.

- EMILIA IÑESTA PASTOR. La proyección hispanoamericana del Código Penal Español de 1848 ..... 493
1. La Codificación hispanoamericana a partir de la independencia. 2. Interrelaciones entre los textos penales españoles y algunos textos penales hispanoamericanos. El caso específico del Código Penal de 1848 2.1 Los inicios de la Codificación Hispanoamericana bajo la influencia española. 2.2 Influencia de textos penales americanos en el Código Penal español de 1848. 2.3 Influencias del Código Penal del 48 en los Códigos penales hispanoamericanos.

- JULIA MONTENEGRO. Algunas reflexiones sobre la codificación civil española y Ultramar ..... 521

- DR. ROMÁN PIÑA HOMS. El proyecto del estatuto “Maura” de 1893, Para la autonomía de Cuba y Puerto Rico ..... 545
- Introducción. I. Situación política y administrativa de Cuba y Puerto Rico en 1893. II. El proyecto del estatuto “Maura” de 1893. III. La respuesta parlamentaria al proyecto.

CÉSAR GUIVEN FLORES. El Código Civil de Puerto Rico: Instrumento jurídico prevaleciente de su identidad hispanoamericana .....	563
I. Introducción II. Realidad Jurídica de Puerto Rico en el siglo XIX. III. Situación Jurídica de Puerto Rico después de la intervención norteamericana en 1898. IV. El Código Civil de Puerto Rico instrumento jurídico prevaleciente de su identidad hispanoamericana. V. Revisión y reforma del Código Civil. VI. Consideraciones finales.	
PEDRO G. SALAZAR. El ocaso del ordenamiento español en Puerto Rico: Consideraciones sobre los efectos del cambio de soberanía en el Código Civil .....	589
JOSÉ LUIS SOBERANES FERNÁNDEZ. Pervivencia del regalismo indiano en el México independiente .....	599
OSCAR CRUZ BARNEY. Las Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus ejércitos de 1768 en el México independiente .....	617
I. Antecedentes: el ejército en la Nueva España. II. Las Ordenanzas de S.M. para el Régimen, Disciplina, Subordina- ción, y Servicio de sus Ejércitos de 1768. III. La superviven- cia de las Ordenanzas en el México del siglo XIX. IV. Conclusión.	
DRA. ROSA MARÍA MARTÍNEZ DE CODES. Del sistema patronal al régimen constitucional de 1824 en México. Pervivencias y cambios en la cuestión religiosa .....	659
Introducción. 1. Proyección del sistema de relaciones Iglesia- Estado de la Constitución de Cádiz en las constituciones de los Estados Unidos mexicanos (régimen constitucional de 1824). 2. Pervivencias y cambios en las constituciones de los estados respecto a la regulación de los derechos políticos de los eclesiásticos y los derechos de ciudadanía.	
JORGE LUJÁN MUÑOZ. Del derecho colonial al derecho nacional: el caso de Guatemala .....	685
Introducción. El primer intento de reforma legal: los Códigos de Livingston. El Régimen de los Treinta Años. La codifica- ción liberal. Conclusiones.	
JOSÉ FRANCISCO GÁLVEZ. Aproximación al estudio de la pervivencia de las Partidas en el Derecho peruano .....	707
I. Introducción. II. Las Siete Partidas. III. Conclusiones.	

JUAN VICENTE UGARTE DEL PINO. Pervivencia del Derecho Castellano en la Codificación Civil Peruana .....	729
Influencias del CC. De 1852. En cuanto al Derecho Castellano. La costumbre. La desheredación. Las capellanías. El matrimonio.	
ANTONIO DOUGNAC RODRÍGUEZ. El sistema jurídico indiano en el constitucionalismo chileno durante la Patria Vieja (1810-1814) .....	745
1. Status quaestionis. 2. Rasgos jurídicos del constitucionalismo clásico y de la tradición indiana en los textos fundamentales de la Patria Vieja (1810-1814). 3. Reglamento provisorio de la Junta Gubernativa del reino de Chile de 1810. 4. Reglamento para el arreglo de la Autoridad Ejecutiva Provisoria de Chile de 14 de agosto de 1811. 5. Reglamento Constitucional Provisorio sancionado en 26 de octubre de 1812. 6. Reglamento para el gobierno provisorio sancionado en 17 de marzo de 1814.	
CARLOS SALINAS ARANEDA. Vigencia del Derecho Indiano en Chile Republicano: La Personalidad Jurídica de las Congregaciones Religiosas .....	779
I. Marco conceptual. II. El Derecho Indiano en Chile Republicano. Conclusiones.	
JENNY BARRA HURTADO. La Hipoteca legal o tácita en el Derecho Indiano y en el Derecho Patrio Chileno .....	805
1. Generalidades. 2. Hipoteca legal en el Corpus Iuris Civilis. 3. Hipoteca legal en el derecho español. 4. Hipoteca legal a favor del marido sobre los bienes de quien se hubiere obligado a dotar a su mujer. 5. Hipoteca tácita a favor de la mujer sobre los bienes del marido para repetir la dote y los bienes parafernales administrados por éste. 6. Hipotecas legales a favor de los hijos sobre los bienes del padre o de la madre para caucionar la recta administración de los bienes adventicios y de otros bienes suyos. 7. Hipoteca tácita a favor de los pupilos sobre los bienes de sus guardadores. 8. Hipoteca legal a favor del fisco por deudas de impuestos. 9. Hipoteca tácita a favor de quien prestó dinero para reparar o construir un edificio o una nave. 10. Hipoteca tácita a favor del arrendador de inmuebles urbanos o rústicos sobre los bienes introducidos en la propiedad por el arrendatario. 11. Hipoteca tácita a favor del legatario sobre los bienes del testador para asegurar la entrega de la cosa o dineros legados. 12. Hipoteca	

tácita a favor de la Iglesia para asegurar el pago de los diezmos y responsabilidades de Obispos y Prelados por la administración de sus bienes. 13. Hipoteca tácita a favor de los pueblos y hospitales. 14. Problema que suscitaba la hipoteca tácita o legal. 15. Hipoteca legal en Chile entre 1845 y la entrada en vigencia del Código Civil (1857). Ley prelación de Créditos 1845. Petición al Gobierno de los Comerciante de Valparaíso (1851). Ley Prelación de Créditos 1854. 16. La hipoteca legal en el Código Civil Chileno. 17. Jurisprudencia chilena sobre hipotecas legales o tácitas. Anexos uno y dos (normas en proyectos de Código Civil Chileno de 1847 y 1853).

MAFALDA VICTORIA DÍAZ-MELIÁN DE HANISCH. La pervivencia del derecho español en un proceso sobre empréstito a la gruesa. Chile-1833-1837 .....	841
---	-----

I. Marco Histórico. II. El caso del bergantín francés la Joven Nelly. II.1. Acciones contra el capitán Melchor Melcherts por los franceses Le Bris y La Motte. II.2. Otros antecedentes que obraban en el tribunal: Causa de la Casa Dousther Serruys y Cía. II.3. Entrega de mercaderías. III. Responsabilidades y situación del capitán del bergantín Joven Nelly. IV. Misión especial del Comisario de S.M. el Rey de Francia. IV.1. Las reclamaciones francesas al gobierno chileno. V. La naturaleza jurídica de la contestación de los Comisarios chilenos que examinan las reclamaciones francesas. VI. Mérito de los siete puntos. VII. Las negociaciones del Comisario B. Martigny ante el Gobierno. VIII. Otras negociaciones del Comisario francés Buchet de Martigny. Conclusiones.

MARIO CARLOS VIVAS. La permanencia del Derecho Español en el Derecho Patrio Argentino .....	869
---	-----

1. Subsistencia del antiguo derecho a través de los Cuerpos Constitucionales. 1.1. Constitucionalismo nacional. 1.2. Constitucionalismo provincial. 2. La constitución de 1853 y las de las provincias. 3. Período del Derecho Patrio precodificado. 3.1. Principales normas legales vigentes. 3.2. Derecho Constitucional. 3.3. Derechos administrativo y público provincial. 3.4. Derecho Civil. 3.5. Derecho Comercial. 3.6. Derecho Militar. 3.7. Derecho de Minería. 3.8. Derecho Penal. 3.9. Derecho Procesal. 4. La codificación. 4.1. Derecho Comercial. 4.2. Derecho Civil. 4.3. Derecho Penal. 4.4. Derecho de Minería. 4.5. Derecho Militar. 4.6. Derecho Procesal. 5. Proyección del Derecho Español.

JOSÉ MARÍA DÍAZ COUSELO. El Derecho Castellano Indiano y la fundamentación del Patronato Patrio en la Argentina ...	893
I. Introducción. II. La revolución y el patronato. III. La cuestión en los textos constitucionales. IV. El patronato en la década del treinta. V. El patronato después de 1853. VI. Conclusión.	
MARTA MARÍA HUERTAS. Pervivencia del Derecho Indiano en los estatutos de 1815 en Argentina .....	935
Introducción. 1. Contexto histórico. 2. Características. 3. Instituciones. 3.1. Instituciones de mayor pervivencia. 3.1.1. El Director del Estado, figura del virrey. 3.1.2. La administración de justicia. 3.1.2.1. Cámaras de Apelaciones. 3.1.2.2. Recursos extraordinarios. 3.1.3. El Consulado. El Tribunal del Consulado. 3.1.4. Autoridades provinciales. 3.2. El cabildo, una institución en proceso de transformación. 3.3. Instituciones con mínimo grado de pervivencia. 3.3.1. Junta de Observación. 3.3.2. Junta en materia de hacienda. 4. Subsistencia de los fueros. 5. Ordenamientos jurídicos. 5.1. Real Ordenanza de Intendentes. 5.2. Orde- nanzas del Ejército. 5.3. Ordenanzas de Marina. 5.4. Regla- mentos. Consideraciones finales.	
ABELARDO LEVAGGI. Pervivencia del derecho castellano- indiano en el código civil argentino y en otras obras del codificador .....	959
1. Subsistencia del Derecho castellano-indiano después de la Revolución de Mayo (1810). 2. El Derecho castellano-indiano en la formación intelectual de Dalmacio Vélez Sarsfield. 3. Fuentes del Código Civil de Vélez Sarsfield. 4. Recepción del Derecho castellano-indiano en el Código. 5. Ejemplos de pervivencia del Derecho castellano-indiano.	
RAMÓN PEDRO YANZI FERREIRA. La Aplicación del Derecho Penal Castellano Indiano en la Jurisprudencia Penal de Córdoba del Tucumán en las Postrimerías del Siglo XVIII .	985
I. Advertencia Preliminar. II. La aplicación de las penas. III. Conclusiones.	
LUIS M. ZARÁZAGA. El Reflejo del Derecho Procesal Español en nuestro Derecho Nacional .....	999
1 - Introducción. 2. Leyes Españolas procesales. 3. Nuestro derecho patrio. 4. La codificación.	

EZEQUIEL ABÁSULO. Ponderación del derecho indiano en la jurisprudencia argentina (1946-1955) .....	1025
Introducción. Algunas referencias necesarias: la situación previa. Visión panorámica sobre la presencia de elementos jurídicos indianos en la jurisprudencia argentina del período 1946-1955. El derecho indiano en la perspectiva de los magistrados argentinos de mediados del siglo. XX. Conside- raciones finales.	
SUSANA T. RAMELLA. Pervivencia de la desigualdad en el orden de la igualdad jurídica .....	1049
I. Introducción. II. Principios de desigualdad e igualdad: la idea de persona. III. Principio de igualdad esencial, en la desigualdad real y jurídica en el orden español-indiano. IV. El derecho a la igualdad jurídica desigual en el derecho argentino independiente. A. Antecedentes de la Constitución Nacional de 1853. B. Los principios de igualdad y desigual- dad en las cláusulas de la Constitución de 1853. V. El derecho a la diferencia en la Constitución de 1994. A. Reconocimiento de la preexistencia y existencia de los indígenas: la desigualdad. B. Argumentos y antecedentes históricos: “Reconocer la preexistencia étnica”. C. Antecedentes y fuentes internacionales y nacionales del derecho a la diferencia. D. Existencia de la desigualdad: el particularismo del derecho. VI. Consideraciones finales.	
CARLOS GARRIGA. El <i>Derecho de Prelación</i> : En torno a la construcción jurídica de la identidad criolla .....	1085

# ¿EXISTIÓ UN DERECHO DE FAMILIA INDIANO?

VIVIANA KLUGER

## I. 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 mas semejante y conforme que se pueda”.<sup>1</sup> En 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

---

<sup>1</sup> Diego de Encinas, *Cedulario indiano*, Madrid, 1596, T I, folio 5.

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 elementos, 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, como primer justicia letrada en el Río de la Plata y único organismo con funciones específicas en materia de familia.

## II. Algunos aspectos de la Regulación Jurídica de la familia en el Derecho Castellano<sup>2</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 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

---

<sup>2</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.



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>3</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>4</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).

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 en mientras no se opusieran a la ley divina, a la razón o a las normas recopiladas y tercero, las Partidas.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Antonio Dougnac Rodríguez, *Manual de Historia del Derecho Indiano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994, p. 16.

<sup>4</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 pp. 11-160.

<sup>5</sup> “Miguel Ángel González de San Segundo. *Un mestizaje jurídico: el derecho indiano de los indígenas* Estudios de Historia del Derecho, Madrid, 1995, p. 13.

## II. 1. Deberes y derechos conyugales

### II. 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>6</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>7</sup> “porque por este camino se crían mejor los hijos”.<sup>8</sup>

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.

### II. 1.2 Las uniones de hecho

Las leyes insistían en la necesidad del castigo de los amancebamientos y “otros pecados públicos”,<sup>9</sup> pero advertían acerca de “tomar conocimiento de oficio en asuntos de disensiones domésticas interiores de padres e hijos, marido y muger...quando no haya queja ó 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>10</sup>

---

<sup>6</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>7</sup> Martín de Torrecilla, *Suma de todas las materias morales*, 2a. Impresión, Madrid, 1696, Tó. II, Trat., III. Disput. VI, Secc. IV, cap. No. 10.

<sup>8</sup> Fray Enrique de Villalobos, *Suma de Teología Moral y Canónica*, Madrid, Imprenta de Bernardo de Villa, 1682, Trat. XIII, Dif. XVIII, p. 321.

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

<sup>10</sup> Reales resoluciones no recopiladas, R. 15-5-1788.

## II. 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>11</sup>

### II. 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>12</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>13</sup>

### II. 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>14</sup> y que este deber de respeto era de derecho natural y divino.<sup>15</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 lo había

---

<sup>11</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, título 5, ley 3.

<sup>12</sup> Lib. 3, tit. 8.

<sup>13</sup> Partida. 4, título 19, ley 2 (en adelante sólo “P” para partida, “t” para título y “l” para ley).

<sup>14</sup> P. 3, t. 7, l. 4; Proemio al P. 4; t. 19, l. 1; P. 4, t. 24, l. 3.

<sup>15</sup> P. 4, t. 7, l. 3.

traído al mundo “con peligro en parirlo y con afán en criarlo”.<sup>16</sup>

Las Partidas permitían al hijo cuyo padre se excedía, a salirse de su potestad<sup>17</sup> y Gregorio López, glosando esta ley, afirmaba que “... no es lícito escederse de las facultades que concede el derecho para corregir las costumbres y la demasiada dureza se reputa culpa”.<sup>18</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 coarto y ciño poco a poco, y se le reduxo a mas estrechos limites”, agregando que se circunscribió el derecho de vida y muerte a “los limites de una reprehension, de un castigo moderado, obligando al padre a servirse de los ministros de la ley en los casos graves, para que este impusiese a los hijos las penas en que hubiesen incurrido y mereciesen”.<sup>19</sup>

## II. 2.3. Efectos jurídicos

### II. 2.3.1 El consentimiento paterno

Consecuencia del amor y respeto hacia los padres, los hijos les debían sujeción y obediencia<sup>20</sup> y por lo tanto, estaban obligados a solicitar y obtener el consentimiento de los padres para contraer matrimonio. “Es razon, e natura, e derecho que los fijos sepan obedecer a los padres”.<sup>21</sup>

---

<sup>16</sup> P. 4, t. 24, l. 3.

<sup>17</sup> P. 4, t. 18, l. 18.

<sup>18</sup> Gregorio López, *Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alonso el IX, con las variantes de más interés y con la glosa del Lic. Gregorio López*, Barcelona, Imprenta de Antonio Bergnes y Cía., 1843, glosa a la ley 18, título. 18.

<sup>19</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, Tomo 22 (en adelante sólo “T” para tomo, p. 199.

<sup>20</sup> P. 2, t. 20, l. 3:

<sup>21</sup> Pérez y López, *ob. cit.*, T. 3, p. 369.

### II. 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>22</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.

### II. 2.4 Demandas entre padres e hijos

En principio, podían acusar todos los que no estaban exceptuados de hacerlo por alguna disposición legal.<sup>23</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>24</sup> no podía 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>25</sup>

Cuando el hijo se emancipaba, lo podía emplazar en juicio con autorización del juez.<sup>26</sup>

No obstante, si de la demanda que entablara el hijo contra el padre pudiese resultar “muerte o perdimiento de miembro o enfamamiento”,<sup>27</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>28</sup>

---

<sup>22</sup> P. 4, t. 17, l. 10.

<sup>23</sup> Pérez y López, *ob. cit.*, T. 10, p. 209.

<sup>24</sup> P. 3, t. 7, l. 4; P. 4, t. 17, l. 11; Juan Sala, *Sala Acondicionado, o Ilustración del Derecho Español*, TE I, París, Librería de D. V. Salva, 1844, Tomo II, p. 127.

<sup>25</sup> Pérez y López, *ob. cit.* T. 22, p. 196; T. 12, p. 12.

<sup>26</sup> P. 3, t. 2, l. 2; Pérez y López, *ob. cit.*, T. 10 pp. 210-11.

<sup>27</sup> P. 3, t. 2, l. 2 y 3.

<sup>28</sup> P. 3, t. 2, l. 2; Pérez y López, *ob. cit.*, T. 10, pp. 210-11.

### III. 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>29</sup>

Las fuentes de este derecho indiano eran la legislación, la costumbre, la praxis judicial y la literatura jurídica.<sup>30</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>31</sup> Este tipo de sistema se adecuaba muy bien a las cambiantes situaciones que planteaban las Indias y sus habitantes.<sup>32</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 distanciando, si bien el Derecho indiano criollo, que se conserva vivo, acusa las diferencias”.<sup>33</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>34</sup>

Esta presencia del derecho castellano era aún mayor en lo que

<sup>29</sup> San Segundo, *ob. cit.*

<sup>30</sup> Dougnac, *ob. cit.*, p. 11.

<sup>31</sup> Alfonso García Gallo “Génesis y desarrollo del Derecho indiano”, *Atlántida, Revista del pensamiento actual*, Volumen II, Número 10, julio-agosto 1964, p. 342.

<sup>32</sup> Dougnac, *ob. cit.*, p. 11.

<sup>33</sup> García Gallo, *ob. cit.*

<sup>34</sup> Dougnac, *ob. cit.*, p. 16.

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>35</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>36</sup>

Para Víctor Tau Anzoátegui, “la supervivencia de las costumbres de los nativos en el seno del ordenamiento indiano constituye un excepción muy notable a la situación y a las reglas generales, contrarias a la admisión de la costumbre como fuente de creación del Derecho”.<sup>37</sup> Así, subsistieron muchas instituciones prehispánicas, como el cacicazgo, el yanaconaje, las cajas de comunicas, sistemas de repartimiento de agua, de tributos, etc.<sup>38</sup>

## IV. El Derecho de familia indiano

### IV. 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.

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.

---

<sup>35</sup> Chenault, *ob. cit.*

<sup>36</sup> González de San Segundo, *ob. cit.*

<sup>37</sup> “La costumbre jurídica en la América española (s. XVI-XVIII)”, *Revista de Historia del Derecho* (en adelante RHD) N° 14, pp. 355-425.

<sup>38</sup> Dougnac *ob. cit.* p. 14.

## IV. 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.

### IV. 1.1.1. El matrimonio de los españoles

#### IV. 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>39</sup> Se recomendaba a estos funcionarios que

---

<sup>39</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 escandalo, procediendo contra ellos conforme al derecho canónico, hasta deponerlos, si fueren incorregibles, de su prebendas, curatos, y oficios, y estrañarlos del Reyno, para cuyo fin los ordinarios acudirán al virrey, siempre que convenga, para que les dé el auxilio que necesitaren. Que a este efecto llame dicho Virey a cada uno de los Prelados regulares, que residen en Lima, y les comunique las noticias, que tiene el Rey de los escándalos, y delitos de sus súbditos, a fin de que con toda vigilancia cuiden de su remedio, advirtiéndoles, que en caso de grave omisión, se halla con ordern real, para remitir a España al Prelado descuidado. Que asimismo prevenga a todos los ministros reales, procedan rigorosamente al castigo de las mugeres, que viven deshonestamente, para que por este medio se eviten tan perniciosos 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 la siguientes reglas:

I Que para evitar los pecados públicos de los legos, exerciten el celo pastoral los Obispos y Párrocos, tanto el fuero penitencia , como por medio de amonestaciones, y penas espirituales, en los casos, y con las formalidades prescriptas por derecho; y que no bastando estas se dé cuenta a las justicias reales, a quienes toca su castigo en el fuero externo; excusando el abuso de exigir multas por este motivo.

II Que si dada la cuenta a las justicias reales no procediesen estas al castigo de los delinquentes, se dé a los Virreyes, Presidentes, o Audiencias del distrito.

III. Que si estos fuesen omisos en ello, lo que no espera S.M., se dirija noticia al Consejo de Indias, quien tomará las providencias mas serias, y efectivas contra unos, y otros.



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

#### IV. 1.1.1.2 El deber de convivencia<sup>40</sup>

Un siglo después de la norma de las Ordenanzas de Montalvo, que imponía a los casados la obligación de convivir,<sup>41</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>42</sup> refería que muchos hombres casados en España, se amancebaban en las Indias,

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), Bs. As, 1979, pp. 302-397.

<sup>40</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* NE 24, INHID, Buenos Aires, 1996.

<sup>41</sup> Kluger, tesis *cit.*

<sup>42</sup> Antonio Dougnac R: “La unidad de domicilio conyugal en Chile indiano”, *Revista chilena de Derecho* no. 7. No. 1-6, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile, IV, Jornadas chilenas de Derecho Natural, enero-diciembre 1980.

dejando padecer en la península a sus mujeres e hijos.<sup>43</sup>

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>44</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>45</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 aquéllos que se habían trasladado al Nuevo Mundo, revela que aquella norma de Montalvo no debía ser lo suficientemente observada en la realidad y que muchos casados que pasaban a las Indias o los que naturales de ellas que se dirigían a la península, se entretenían largos años lejos de sus mujeres, descuidando la obligación de convivir a la que se habían sujetado al contraer matrimonio.

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

- 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

---

<sup>43</sup> Juan de Matienzo, *Gobierno del Perú*, Ouvrage Publie avec le concours du Ministère des Affaires Etrangères, París- Lima 1967, p. 341.

<sup>44</sup> La Recopilación recogió una serie de disposiciones anteriores, mencionadas por Antonio Pérez y López y que le sirvieron de antecedente.

<sup>45</sup> José María Ots Capdequí, “El sexo como circunstancia modificativa de la capacidad jurídica en nuestra legislación de Indias”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo VII, Madrid, 1930, pp. 311-80.

tenía su fuente también en bandos de buen gobierno y en provisiones a las reales Audiencias americanas.<sup>46</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>47</sup>

---

<sup>46</sup> Bando del 9 de septiembre de 1777 y Real Provisión dada el 18 de enero de 1771 a la Audiencia de La Plata, sobre reunión de los casados.

<sup>47</sup> Ley 1. El emperador Don Carlos en Valladolid, a 19 de octubre de 1544:

Que los casados ó desposados en estos Reynos sean remitidos a ellos.

Los Virreyes, Audiencias, y demás Jueces y Justicias de Indias se informen de los casados 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 ocasion con todos sus bienes, para que hagan vida con sus mugeres e hijos, sin embargo de qualquier excusa que pongan. Los Generales de Armada en lo tocante a su jurisdiccion asi lo cumplan precisamente. Perez y Lopez, Antonio, Tomo 6, Ley 2. Don Felipe II en el Bosque de Segovia, á 19 de julio de 1565.

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

Ley 3. Don Felipe III en Madrid, á 12 de Diciembre de 1619. Forma en que los casados en Espana ser;an enviados.

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

Ley 4. El Emperador Don Carlos en Valladolid, a 5 de Septiembre de 1555.

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

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

#### **IV. 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 residentes en sus distritos. Dicha prohibición surgía de la Recopilación de Leyes de Indias,<sup>48</sup> y tenía por objeto impedir que estos hombres nuevos, “cuidadosamente elegidos”, echaran raíces en la colonia donde administraban la real justicia.

#### **IV. 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 encomenderos, 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>49</sup>

#### **IV. 1.1.2 El matrimonio indígena<sup>50</sup>**

##### **IV. 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>51</sup> Sin embargo, los monarcas recomendaban

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

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

<sup>48</sup> III, tít. XVI, l 32.

<sup>49</sup> Marta Milagros del Vas Mingo, *Manuel Josef de Ayala, Diccionario de Gobierno y Legislación de Indias* Edición y Estudios, Ediciones de Cultura Hispánica, Madrid, 1991, Tomo IX, pp. 26-44.

<sup>50</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>51</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,

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>52</sup>

#### IV. 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>53</sup> Al respecto, Juan de Matienzo, sostenía que los indios tenían la mala costumbre de emborracharse, ser adúlteros, tener mancebas, y hasta ser bígamos 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>54</sup>

---

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>52</sup> Alonso de Zorita, *Cedulario de 1574. Leyes y ordenanzas reales de las Indias del mar oceano, por las cuales primeramente se han de librar todos los pleitos civiles y criminales de aquellas partes*, Introducción de Jesús Silva-Herzog Flores, México, 1984.

<sup>53</sup> Año 1565 entre las “prevenciones hechas por el Licneicado Cstro 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 intruyen y enseñan los dichos naturales en nuestra santa fe, y de prohibirles las borracheras y amancebamientos e idolatrías y entierros que hacen conforme a sus ritos y antiguas costumbres. Le. 4, 4, 2 de la Recopilación india.

<sup>54</sup> Juan de Matienzo, *ob. cit.* p. 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 aun tener dos y tres mugeres, y tomar mugeres ajenas. Este es el mayor pecado que ellos tienen, y el más

#### **IV. 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>55</sup>

#### **IV. 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.

#### **IV. 1.1.3 Los matrimonios interraciales.<sup>56</sup>**

##### **IV. 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.

---

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 misma manera, y si los reprehendiere, 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>55</sup> Año 1628, 29 de septiembre. A partir de una disposición del Rey Felipe IV, dada en Madrid en esa fecha, se forma la ley 6,1,6 de la Recopilación de 1680, la cual establece que los indios no puedan vender a sus hijas para contraer matrimonio: “usaban los indios al tiempo de sus gentilidad vender a sus hijas a quien más les diese, para casarse con ellas. Y porque no es justo permitir en la cristiandad tan pernicioso abuso contra el servicio de Dios,...ordenamos y mandamos que ningún indio ni india reciba cosa alguna...del indio que se hubiese de casar con su hija.”

<sup>56</sup> Del Vas Mingo, *ob cit.*

#### **IV. 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.

#### **IV. 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>57</sup>

### **IV. 1.2 Las relaciones paterno-filiales**

#### **IV. 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 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

---

<sup>57</sup> 7, 5, 5, del Vas Mingo, *ob. cit.*

finés 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 demás circunstancias que concurren en las varias Provincias de dichos mis Reynos de las Indias, mando a la 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>58</sup>

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

- a) La exclusión de su aplicación a “los mulatos, negros, coyotes e individuos de castas, y razas semejantes”, exceptuando “los que en calidad de oficiales sirvan en las milicias” o “se distingan de los demás por su reputación, buenas operaciones y servicios y que todos los demás estuviesen obligados a su observancia”.
- b) Los indios tributarios, cuyos padres no eran conocidos, o estuvieran distantes, podían solicitar el permiso a su respectivo cura, quien “en nombre de SM dara el consentimiento”.
- c) La autorización a los padres a negar la licencia, sin dar cuenta de los motivos de su disenso, limitándose la vía del recurso a la Audiencia respectiva, sistema más engorroso para quienes no residieran en sedes audienciales, que la intervención del juez local prevista por la Pragmática anterior.
- d) La disminución de la edad para solicitar el consentimiento: se permitió que los hijos mayores de 25 años y las hijas mayores de 23 —edades que disminuían a 24 y 22, 23 y 21 o a 22 y 20 si eran, respectivamente, las madres, los abuelos o los tutores quienes debían prestar el consentimiento— dispusieran de sus personas, al autorizarlos a casarse a su arbitrio, sin necesidad de pedir ni obtener consentimiento ni consejo de sus mayores.<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> Pérez y López, *ob. cit.*, Tomo XIX, Reales resoluciones no recopiladas en Indias, p. 419, Real Cédula de 7 de abril de 1778.

<sup>59</sup> *Los Códigos Españoles*, To. III, Madrid, Imprenta de la Publicidad, 1850; Daisy Ripodas Ardanaz, *El matrimonio en Indias. Realidad social y regulación jurídica*.



- e) Los indios nobles estaban comprendidos en la pragmática.
- f) Los Indios tributarios, debían obtener el consejo, permiso o licencia de sus padres, si éstos eran conocidos, “y pronta y fácilmente puedan obtenerse de ellos, y en su defecto de sus respectivos Curas o Doctrineros, sin que por ello hayan de percibir derechos, gratificación ni recompensa alguna, para cuyo fin los habilito y pongo en lugar de los padres” recalándose que subsistía igualmente la obligación “de buscar el consentimiento de sus padres y mayores para estos y semejantes actos, por el honor y respeto que deben tributarles, conforme a los preceptos de nuestra santa ley”.
- g) Los españoles europeos y los de “otras naciones transeuntes, si los hubiere, que hubiesen pasado a Indias con legítimas licencias, cuyos padres, abuelos, parientes, tutores o curadores, residen en estos y otros Reynos y Provincias muy distantes, por cuya causa no pueden facilmente pedir ni obtener el consejo o consentimiento y licencia de ellos” cumplían solicitando el permiso a las justicias del distrito.<sup>60</sup>

## IV. 2 Juez competente en cuestiones de familia

### IV. 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 restitucion de dotes, que son meramente seculares, a cuya jurisdiccion deben remitirlas, para que las determinene breve y sumariamente, segun 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.

Por su parte, la Recopilación de Leyes de Indias asignó un papel

---

FECIC, Buenos Aires, 1977, *Documentos para la historia del virreinato del Río de la Plata*, To.I, pp. 242-253, Buenos Aires, 1912.

<sup>60</sup> Pérez y López, Tomo XIX, Reales resoluciones no recopiladas en Indias, p. 419, Real Cédula de 7 de abril de 1778.

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>61</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>62</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>63</sup>

Por el artículo 17 de las Ordenanzas para la Real Audiencia de Buenos Aires, en los casos que acaescieran 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.

Es que como ha sostenido Ruiz Guinazú, “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>64</sup>

También encontramos alguna referencia al oidor juez de casados,

---

<sup>61</sup> Recopilación de Leyes de Indias, l. 53, t. XV; Pérez y López, *ob. cit.* pp. 488 y 490.

<sup>62</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, septiembre de 1998 y que será publicado en la Revista de Historia del Derecho (RHD) N° 27 del INHID.

<sup>63</sup> Recop. Leyes de Indias, libro II, Tit. III, ley 59.

<sup>64</sup> Enrique Ruiz Guinazú, *La magistratura indiana*, Estudios editados por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, N° VII, Buenos Aires, p. 21.

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>65</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>66</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>67</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 de la reunion de los matrimonios”<sup>68</sup> y “juez comisionado por el Excmo. Virrey para la reunión de los matrimonios”.<sup>69</sup>

### IV. 3 La Praxis Judicial Indiana en materia de familia

#### IV. 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 independiencia del Continente— en modo alguno puede bastar para conocer cuál fue su obra en el campo del derecho”.<sup>70</sup>

<sup>65</sup> Levaggi, *El Virreinato rioplatense en las vistas fiscales de José Marquez de la Plata*, Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, 1988, pp. 22-23.

<sup>66</sup> Ruiz Guinazú, *ob. cit.*, p. 230.

<sup>67</sup> AHPBA 5-5-75-28.

<sup>68</sup> AGN 196-5; AHPBA 5-5-75-28.

<sup>69</sup> Para mayor información acerca de Velazco, ver nuestro trabajo *Algunas particularidades...*

<sup>70</sup> Alfonso García Gallo, *Los orígenes españoles de las instituciones americanas*,

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 parciales para lograr conocer cuál fue el verdadero grado de aplicación del Derecho indiano”.<sup>71</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 practicas rituales y la vida cotidiana”.<sup>72</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,

---

Comunicación del V Centenario del Descubrimiento de América, Gráficas Solana, abril 1987, Real Academia de Jursiprudencia y Legislación.

<sup>71</sup> Ismael Sánchez Bella, *Derecho Indiano: Estudios*, II Fuentes. Literatura Jurídica. Derecho Público, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1991. p. 251.

<sup>72</sup> Gonzalbo Pilar, “Religiosidad femenina y vida familiar en la Nueva España” en *Familia y Mujeres en México*, p. 53. Y agrega: “los frailes mendicantes lo establecieron así desde los primeros momentos, las ordenanzas reales apoyaron el mismo intento, las instituciones educativas se esforzaron por inculcar en los jóvenes los principios de la vida familiar regida por las normas canónicas y, tanto los cristianos viejos como los neófitos, aprendieron la importancia de refrendar su carácter de fieles piadosos con el sustento de unas intachables relaciones conyugales y filiales”.

campeado tempestades, enfrentado nuevas civilizaciones, aceptaran dócilmente los rígidos preceptos que estaban en vigencia desde la Edad Media.

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 Dournac, “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>73</sup> nos permiten saber algo más sobre el derecho de familia indiano.

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

---

<sup>73</sup> Dournac, *ob. cit.* p. 262.

“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>74</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>75</sup>

Entonces, como “la vida es siempre más compleja que sus modelos”,<sup>76</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 conyugales 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 practica”. 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>77</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.

---

<sup>74</sup> Arrom, *Las mujeres de la ciudad de México, 1790-1857, Siglo XXI*, México, 1988, p. 25.

<sup>75</sup> Pitt-Rivers, 1979, citado por Chenault, en *ob. cit.*

<sup>76</sup> Julia Tuñón: Del modelo a la diversidad: mujeres y familias en la historia mexicana, en *Familias y Mujeres en México*, p. 11.

<sup>77</sup> Citado por Tuñón, *ob. cit.*, p. 20.

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>78</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 constatarse si un marido, una esposa, un padre o un hijo cumplían con sus 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>79</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 si es sólo una pequeña parte de un proceso que trasciende las fronteras del juzgado”.<sup>80</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>81</sup>

---

<sup>78</sup> Chenault, Victoria *ob. cit.*, 129.

<sup>79</sup> Chenault, Victoria, *ob. cit.*

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

<sup>81</sup> Silvia Arrom, *ob. cit.*, pp. 257-8.

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.

Según Pilar Gonzalbo, el expediente judicial es “un excelente ejemplo de cómo a partir de un sólo 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>82</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>83</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 coincidan —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>84</sup>

Las actas de litigios 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

---

<sup>82</sup> Gonzalbo, *ob. cit.*, p. 20.

<sup>83</sup> Gonzalbo, *ob. cit.*, p. 20.

<sup>84</sup> Richard Boyer “Women, La Mala Vida, and the Politics of Marriage” en *Sexuality and Marriage in Colonial Latin America*, ed. Asunción Lavrin, Lincoln, Univ. of Nebraska Press, 1989, p. 279.



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>85</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>86</sup>

## IV. 3.2 Deberes y derechos conyugales

### IV. 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>87</sup> y que en la mayoría de los casos los pleitos perseguían el cumplimiento del derecho —deber alimentario, la cesación de las relaciones extramatrimoniales y la separación de bienes.

#### IV. 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 aun 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>88</sup>

---

<sup>85</sup> Arrom, *ob. cit.*, p. 26.

<sup>86</sup> Gonzalbo, *ob. cit.*, p. 10.

<sup>87</sup> Archivo General de la Nación (en adelante 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 (en adelante AHPBA), 5-2-17-9 (el número corresponde al legajo y al expediente).

<sup>88</sup> Silvia C. Mallo: “Justicia, divorcio, alimentos y malos tratos en el Río de la

#### IV. 3.2.1. 2. Las uniones de hecho y los amancebamientos

La compulsa 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 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.<sup>89</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>90</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

---

Plata. 1766-1857”. *Investigaciones y Ensayos* N° 42, Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 1992, pp. 373-400.

<sup>89</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>90</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.

hizo suyos los argumentos del fiscal, ordenando poner a los reos en libertad “siempre que no haya escándalo”.<sup>91</sup>

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>92</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 sobreseer a los acusados, haciéndoles 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>93</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>94</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 aún las autoridades eclesiásticas”<sup>95</sup> y entre los habitantes de los medios rurales del Río de la 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

---

<sup>91</sup> AHPBA 7-2-104-19.

<sup>92</sup> AHPBA 7-1-88.

<sup>93</sup> AHPBA 5-5-67-5.

<sup>94</sup> Asunción Lavrin y Edith Couturier: “Las mujeres tienen la palabra. Otras voces en la historia colonial de México”, en Gonzalvo, *ob. cit.*, p. 226.

<sup>95</sup> Lavrin y Couturier, *ob. cit.*, p. 228.

en amistad ilícita, es decir, también ellos habían optado por la vida matrimonial para acceder a una vida en común”.<sup>96</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>97</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>98</sup>

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

---

<sup>96</sup> Carlos Mayo: “Estancia y sociedad en la pampa”, pp. 165-190.

<sup>97</sup> Mallo, *ob. cit.*

<sup>98</sup> Gonzalbo Aispuru, *ob. cit.* en *Familias y mujeres en México*, pp. 59-60.

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>99</sup>

#### IV. 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 sueldos bajos determinaban que a lo que más aspirara un oidor fuese, justamente, que su nombre se perpetuara en la sociedad virreinal, y dar brillo a su familia a través de su casamiento, o el de sus hijos, con prominentes figuras de la sociedad local.

Ricardo Palma opinaba 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>100</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>101</sup>

<sup>99</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, pp. 238-257.

<sup>100</sup> Ricardo Palma, *Tradiciones peruanas*, Editorial Troquel, Buenos Aires, 1959, p. 90.

<sup>101</sup> Daisy Ripodas Ardanaz, “Una salteña, fiscal del Consejo de Indias: Doña María Josefa de Asteguieta. 1745-1779”, *Boletín del Instituto San Felipe y Santiago de Estudios Históricos de Salta*. N° 41, Salta 199-1993, p. 47.

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 aún estableciendo la cifra a que la dote debía ascender. Otros dejaban la elección al buen gusto y lealtad del comisionado”. Así, el casamiento de un oidor era, “en toda la acepción de la frase, lo que se entiende por matrimonio a fardo cerrado, ni por muestra conocía la mercadería antes que la despachase la aduana”. De ahí que, salvo raras excepciones, “los matrimonios de oidor en Lima anduvieron mal avenidos y fueron semillero de escándalo”,<sup>102</sup> independientemente de que se esperara que los hombres públicos fueran un modelo de comportamiento para la sociedad.<sup>103</sup>

El aislamiento, según Richard Kagan, era otro precio que un oidor debía pagar por su elevado rango,<sup>104</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

---

<sup>102</sup> Palma, *ob. cit.*, p. 91.

<sup>103</sup> “La sexualidad en el México colonial. Un dilema para la Iglesia”, en *Sexualidad y matrimonio en la América hispánica. Siglos XV-XVIII*, Asunción Lavrin, coordinadora, Grijalbo, México, 1991, p. 78.

<sup>104</sup> Richard Kagan, *Lawsuits and Litigants in Castille. 1500-1700*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1981, p. 181.

las casen con algunos de sus criados, después de haberlas dotado convenientemente, lo que, en efecto, acontece en más de una ocasión. Si tales amancebamientos trascienden al dominio público, el escándalo —que impone a veces la intervención eclesiástica y aún regia— raya a la altura de la 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>105</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>106</sup> Al fin y al cabo, Buenos Aires a fines del siglo XVIII, era un pueblo chico, preocupado por el ejemplo y la conducta pública; en consecuencia, las historias amorosas de estos Romeos, seguramente habrán influido para restar credibilidad a sus resoluciones.<sup>107</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 Panomeque, habían solicitado autorización para contraer matrimonio con damas locales, y en todos los casos les fue denegada.<sup>108</sup>

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

---

<sup>105</sup> Ripodas Ardanaz, *El matrimonio en Indias*, p. 24.

<sup>106</sup> Burkholder Mark A. y Chandler, D.S., *De la impotencia a la autoridad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, pp. 160 y 184.

<sup>107</sup> “Debe hacer presente que aunque es cierto que en este asunto hay mucha facilidad en las gentes de todas clases, por dar por publico lo que no existe, y por que en este pueblo que con la novedad de estas creaciones suele ocuparse en observar e interpretar sinestramente los movimientos de cada ministro”. Levaggi, *ob. cit.* vista n° 47.

<sup>108</sup> AGN Criminales, legajo 30, 1.

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>109</sup>

#### IV. 3.4. Deberes y derechos paterno-filiales

##### IV. 3.4.1 Derecho de corrección y deber de obediencia

###### IV. 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>110</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 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>111</sup> En el Río de la Plata los hijos desobedientes fueron reclusos en el Presidio de Malvinas o de Montevideo.<sup>112</sup>

###### IV. 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>113</sup>

<sup>109</sup> Levaggi, *ob. cit.*, vista nE 47.

<sup>110</sup> AGN 120, 30 y AHPBA 5-5-76-7.

<sup>111</sup> AGN 120, 30 y AHPBA 5-5-76-7; José María Mariluz Urquijo, *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, pp. 271-291.

<sup>112</sup> AGN 120-30 AHPBA 7-5-76-7.

<sup>113</sup> P. 2, tit. 20, ley 3: “Es razon, e natura, e derecho que los fijos sepan obedecer a los padres”, Pérez y López, *ob. cit.*, Tº 3, p. 369.



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>114</sup>

#### **IV. 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 judicial no muestra hijos que rechacen el poder de sus padres de castigarlos, sino que nos presenta hijos que sólo cuestionan los medios.<sup>115</sup>

#### **IV. 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>116</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>117</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>118</sup>

#### **IV. 3.4.1.5 El depósito<sup>119</sup>**

En el Río de la Plata maridos y padres solicitaron el depósito de

---

<sup>114</sup> AHPBA 7-2-99-12.

<sup>115</sup> AHPBA 5-5-66-31; 7-2-99-12; 5-5-76-7.

<sup>116</sup> AGN 182-8; AHPBA 7-5-17-3.

<sup>117</sup> AGN 182-2.

<sup>118</sup> AGN 182-3.

<sup>119</sup> Nos hemos referido extensamente a este tema en nuestra tesis doctoral y en los trabajos citados.

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 mujeres eran recluidas en la Casa de Ejercicios Espirituales, en el Colegio de San Miguel o en el Hospital de Mujeres.<sup>120</sup>

#### **IV. 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.

##### **IV. 3.4.1.6.1 Alimentos**

En el Río de la Plata, hubo padres alegaron haber continuado manteniendo a los hijos, más allá de la emancipación.<sup>121</sup>

##### **IV. 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>122</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 pedían se los retornara a su poder, lo que revela un afán de los padres por seguir ejerciendo sus poderes correctivos<sup>123</sup> e hijos emancipados que se quejaban de los malos tratos a los que los sometían sus padres.<sup>124</sup>

---

<sup>120</sup> AHPBA.7-2-99-12; AHPBA 5-5-69-6.

<sup>121</sup> AGN 249-21 y 120-30.

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

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

<sup>124</sup> Allí una hija emancipada refería que su madre “en oprobio de su libertad civil y

## IV. 5. La actuación de las justicias indianas en materia de familia

### IV. 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>125</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 reprochable.<sup>126</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 calles”, y al considerar que si no permanecía al lado de su marido, debía estar indefectiblemente depositada.<sup>127</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>128</sup>

### IV. 5.2 Actitud paternalista de las justicias indianas

Tal como lo ha sostenido Antonio Dougan 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>129</sup>

---

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>125</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>126</sup> AGN 40-16.

<sup>127</sup> AHN 40-16;G 14-20.

<sup>128</sup> AGN 126-10.

<sup>129</sup> Dougan, *ob. cit.*, p. 262.

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>130</sup> En estas ocasiones las propias justicias tuvieron que exigir a los progenitores que hicieran uso de sus poderes correctivos.<sup>131</sup>

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 mas pulso, y maduro examen de los perjuicios inferidos a los acusados, bajo apercibimiento, condenándole a mas en las costas de esta causa, por su ligereza”.<sup>132</sup>

Cuando luego de largos pleitos los magistrados finalmente imponían una condena con miras a restablecer el equilibrio alterado, se convertían en guardianas de sus propias decisiones, insistiendo en que “este tribunal queda a la mira de sus procederés” 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>133</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

---

<sup>130</sup> A HPBA 5-5-67-5.

<sup>131</sup> AHPBA 5-5-69-6.

<sup>132</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>133</sup> AHPBA 5-5-69-6; AHPBA 7-2-99-12, AHPBA 7-2-99-12.

apercibía del “recato y fidelidad a su marido con que debe vivir”.<sup>134</sup>

Tal vez uno de los motivos de esta actitud paternalista de las justicias era la preocupación por el qué dirán, por que las disputas familiares no atravesaran las paredes del hogar y se desarrollaran a los ojos de toda la sociedad rioplatense o simplemente 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>135</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>136</sup>

---

<sup>134</sup> AHPBA 5-5-66-40.

<sup>135</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>136</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 publica hasta el termino de mayores desordenes, las leyes, y particulares disposiciones de su majestad, en todas edades, han recomendado con encarecimiento a las justicias territoriales (conminandolas por la omisión con penas pecuniarias) a las reales audiencias, chancillerías, y consejos la persecución de ese delito, encargando a los preladados el interés en su celo pastoral para amonestar, y aun da cuenta a las justicias, gradualmente, y que los fiscales promuevan el castigo por la vindicta publica”, 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 poviencia, haciéndose las que correspondan al alcalde de la vecindad de (la viuda) a fin de que este a la mira de la conducta de esta en lo sucesivo, y que para evitar las consecuencias del mal ejemplo, y educación de los hijos, y la disipación de los bienes de estos, estando como están por su organdad 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 apercibió 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”.

#### IV. 5.2 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 compulsa 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 de 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>137</sup>

#### V. Conclusiones

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

1. 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

---

<sup>137</sup> AGN Tribunal Civil, M8 1811.

no dudaban de que fuera de los marcos geográficos e ideológicos de su lugar de origen, seguían en vigencia sus principios fundamentales.

2. Exigibilidad de deberes y derechos entre cónyuges, tales como asistencia, fidelidad, obediencia, convivencia, débito conyugal y respeto mutuo.
3. Aparición de una problemática relacionada con el deber de convivencia: el casado ausente.
4. Exigibilidad de deberes y derechos entre padres e hijos, tales como asistencia y obediencia.
5. Ejercicio de la patria potestad sobre hijos emancipados.
6. 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.
7. 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.
8. 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 realidades, nos recuerda que la vida se teje con muchos hilos y que no se pueden violentar los ritmos del tiempo”.<sup>138</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

---

<sup>138</sup> Tuñón, *ob. cit.*, p. 28.

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.