

XIV CONGRESO DEL INSTITUTO INTERNACIONAL
DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

DERECHO, INSTITUCIONES Y PROCESOS HISTÓRICOS

TOMO II

José de la Puente Brunke / Jorge Armando Guevara Gil
Editores

Capítulo 41



Derecho, Instituciones y Procesos Históricos

XIV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano

Primera edición, agosto de 2008

Edición de José de la Puente Brunke y Jorge Armando Guevara Gil

© Instituto Riva-Agüero de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008

Jirón Camaná 459, Lima 1

Teléfono: (51 1) 626-6600

Fax: (51 1) 626-6618

ira@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/ira

Publicación del Instituto Riva-Agüero N° 247

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008

Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Foto de cubierta: Estantería de la Dirección del Instituto Riva-Agüero (Lima)

Diseño de interiores y cubierta: Fondo Editorial

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,

total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

ISBN Tomo II: 978-9972-42-858-6

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2008-09998

Impreso en el Perú - Printed in Peru

LAS FUENTES DEL DERECHO EN LOS PLEITOS DE FAMILIA (VIRREINATO DEL RÍO DE LA PLATA)

Viviana Kluger

1. INTRODUCCIÓN

El foro es el ámbito en el que se mide si las disposiciones legales son percibidas por las autoridades encargadas de administrar justicia y sus destinatarios, como aplicables y viables. Es el tamiz que determina qué normas de entre todas las que regulan determinadas instituciones, son las más apropiadas para regir las relaciones problemáticas que se plantean; es el escenario en el que se despliegan las opiniones de los más encumbrados juristas, siempre útiles para apoyar un reclamo o defender un derecho.

En lo que respecta a las relaciones familiares, los estrados judiciales fueron el espacio en el que los integrantes del grupo familiar denunciaron el incumplimiento de los derechos y obligaciones a los que estaban sujetos. Ante alcaldes de primer y segundo voto, jueces de provincia y, a veces, hasta ante gobernadores y virreyes, superando prejuicios sociales, esposas, maridos, madres, padres, hijos e hijas denunciaron el abandono material y moral, la falta de respeto y de libertad, el castigo físico y psíquico, la infidelidad y la ausencia.

Más allá del modelo de familia que la Corona española intentó imponer,¹ los litigios planteados entre integrantes de la familia virreinal rioplatense dan cuenta de «tensiones que no habían podido ser resueltas en el ámbito doméstico, de eslabones interrumpidos, de cortocircuitos en la relaciones familiares»;² y en ese sentido nos muestran a algunos de sus integrantes abocados a la difícil tarea de ir abriendo nuevos espacios dentro de la familia y de la sociedad.

El punto de partida de este análisis pasa por el marco legal que regulaba este tipo de relaciones y su puesta en funcionamiento a través de los casos planteados ante nuestros tribunales, para determinar cuál, de todas las disposiciones existentes, era

¹ Al respecto ver nuestro trabajo «El proyecto familiar en litigio: los espacios femeninos en las contiendas conyugales (Virreinato del Río de la Plata. 1776-1810)», presentado al *XIII Congreso de la Asociación de Historiadores Latinoamericanistas Europeos* (AHILA), Islas Acores, septiembre 2003 y a ser publicado por el Instituto de Investigaciones Históricas de la Universidad Católica «Andrés Bello». Caracas. Venezuela.

² Conforme a nuestro trabajo «El rol femenino a través de los litigios familiares. (Virreinato del Río de la Plata-siglos XVIII y XIX)», en prensa en *Iberoamericana-América Latina-España-Portugal*. Instituto Iberoamericano de Berlín, Instituto de Estudios Iberoamericanos de Hamburgo y Editorial Iberoamericana/Vervuert. N° 9.

considerada apropiada para regular las distintas —o no— situaciones que se plantearon en el Nuevo Mundo.

El trabajo sobre los expedientes judiciales es una fuente fundamental atenta a que, en principio, las resoluciones de las autoridades encargadas de administrar justicia no debían incluir los fundamentos de derecho, en función de lo prescripto por la real cédula de 1768, incorporada a la *Novísima Recopilación*, que prohibía motivar las mismas.³

Más aún, atendiendo a la peculiaridad del sistema jurídico indiano, en el que predominó el casuismo y que determinó que cada caso fuera analizado a la luz de su propia peculiaridad, es en las presentaciones de las partes, en los escritos de los asesores letrados, los dictámenes de los Fiscales e inclusive en las sentencias de algunos jueces que no se ajustaron a lo prescripto por la real cédula, donde se despliega, a veces, todo el aparato erudito que esta disposición pretendió alejar de las sentencias.

Para la elaboración del presente trabajo se compulsaron alrededor de 190 expedientes de la Sala IX, correspondientes a legajos de la Sección «Tribunales» del Archivo General de la Nación y del Archivo de la Real Audiencia y Cámara de Apelación de Buenos Aires, Secciones «Civil» y «Criminal», conservados estos últimos en el Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires. Se trata de pleitos que se sustanciaron en Buenos Aires o en otras jurisdicciones y que en el caso de estos últimos, llegaron a la Audiencia de Buenos Aires. El criterio para el relevamiento de los expedientes fue buscar aquellas causas de cuya carátula pudiese inferirse un litigio entre marido y mujer y entre padres e hijos, con excepción de pleitos por cuestiones sucesorias. La mayoría de estos casos se ventilaron ante la Audiencia de Buenos Aires, lo que en el tema específico de los conflictos familiares y debido a la destrucción de los archivos de la Curia Metropolitana, en el caso de Buenos Aires, hace que se conviertan en una fuente sumamente valiosa.

Comenzamos con una descripción de las disposiciones castellanas sobre la familia, para pasar luego al derecho de familia indiano y a la doctrina de los autores castellano-indiana sobre el tema. A partir de estos condicionamientos, nos detenemos en la efectiva aplicación de estos elementos a través de la praxis judicial, como arena para medir qué leyes y autores fueron los más asiduamente invocados, concluyendo con consideraciones finales.

Saber cuáles fueron los cuerpos legales más citados, qué opiniones fueron invocadas con asiduidad, y el propio peso que tenían los antecedentes judiciales en cada

³ *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, libro XI, título XVI, ley 8; cf. Abelardo Levaggi, «La fundamentación de las sentencias en el Derecho Indiano», *Revista de Historia del Derecho* (en adelante RHD) N°6, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1978, p. 50.

pleito, nos ayuda a comprender algo más acerca del derecho de familia en el siglo XVIII y principios del XIX.⁴

2. LAS DISPOSICIONES CASTELLANAS

La regulación jurídica de la familia se estructuró alrededor de dos tipos de fuentes: el derecho canónico y el derecho castellano, las que nos limitaremos simplemente a enunciar y cuyo contenido describimos sintéticamente.

Las principales fuentes canónicas eran las Decretales del Papa Gregorio IX⁵ y los cánones pertinentes del Concilio de Trento (1545-1563).⁶ Las Decretales se ocupaban del matrimonio clandestino y del contraído por leprosos y esclavos.⁷

Las fuentes seculares eran:

- a) *Fuero Juzgo* (mediados del siglo XIII): traducción al romance del *Liber Iudiciorum* (654). Se ocupaba de algunos impedimentos para contraer matrimonio, de las «arras», de la autorización para contraer matrimonio, del matrimonio de la viuda, de la unión entre y con sierva, del contraído en ausencia del marido, del parentesco natural y del matrimonio efectuado por el hijo contra la voluntad del padre.⁸
- b) *Fuero Real* (1255): dictado con el objeto de unificar los derechos locales. Estaba inspirado en los fueros anteriores, y también en el derecho común —romano y canónico—.⁹ En el tema del matrimonio, contenía disposiciones sobre el de la huérfana, el de la viuda, el contraído sin el consentimiento del padre, sobre la bigamia, así como normas sobre el matrimonio celebrado por la mujer estando el marido ausente, el adulterio, el matrimonio con el esclavo y el divorcio.¹⁰
- c) *Partidas*: dictadas por Alfonso el Sabio entre 1256 y 1260. Las Partidas II, III, IV y VI contienen disposiciones aplicables a la familia. La Partida IV se ocupaba del matrimonio y tuvo como fuente las Decretales.

⁴ Víctor Tau Anzoátegui ha planteado la falta de estudio de la invocación de autores y opiniones en los escritos judiciales en su trabajo «La doctrina de los autores como fuente del derecho castellano-indiano», *Revista de Historia del Derecho*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1989, p. 3351/408.

⁵ *Decretales*, lib. 4, t. 3, 8, 9 y 16.

⁶ Abelardo LEVAGGI, *Manual de Historia de Derecho Argentino*. Castellano-Indiano, Depalma, Buenos Aires, 1987, Tomo II, p. 116.

⁷ Libro 4, título 3.

⁸ Libro 3 y 4. *Los Códigos Españoles concordados y anotados*, (en adelante *Los Códigos*), Madrid, Imprenta de la Publicidad, 1850.

⁹ Ricardo ZORRAQUÍN BECÚ, *Historia del Derecho Argentino*, Perrot, Buenos Aires, 1975, Tomo 1, p. 55.

¹⁰ Libro 3.

El matrimonio aparecía definido en las Partidas como «ayuntamiento de marido é muger, fecho con tal intención de vivir siempre en uno e de non se departir; guardando lealtad cada uno dellos al otro, é nonse ayuntando el varón a otra muger, nin ella a otro varón, viviendo ambos á dos»,¹¹ lo que significaba que era la unión hecha con intención de convivir y guardarse mutua fidelidad.

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

Las *Partidas* también se referían a la etimología de la palabra, las consecuencias del matrimonio, sus fines, la capacidad para contraerlo, algunos deberes y derechos entre cónyuges —como el de asistencia y fidelidad—, los impedimentos, el matrimonio clandestino y el de los siervos.

Exigían el mutuo consentimiento de los contrayentes con la intención de vivir juntos, para que quedara perfeccionado el matrimonio.¹² Sin embargo, los mudos podían contraer matrimonio, «porque aunque este consentimiento suele manifestarse por palabras, se puede manifestar suficientemente por señales».¹³

No había matrimonio si se hubiera contraído por error en la persona de uno de los contrayentes, así como con miedo o fuerza.¹⁴ El varón debía tener 14 años y la mujer 12 para que pudiera celebrarse válidamente, «a no ser que estuviesen tan cercanos a esta edad, que tuvieran proporción para juntarse carnalmente, porque la sabiduría y poder para hacerlo, mengua la edad».¹⁵

Se ocupaban además del error y la fuerza, del parentesco o consanguinidad, del voto solemne de castidad, de la afinidad, del parentesco espiritual, la pública honestidad, el adulterio u homicidio del cónyuge, la disparidad de culto, el rapto y la impotencia para procrear.¹⁶

Con respecto a las relaciones paterno-filiales, la Partida II definía a la patria potestad como «poder e señorío han los padres sobre los fijos»,¹⁷ mientras que la IV se refería a las distintas clases de hijos y establecía los deberes y derechos entre ambos, entre los que encontramos el de alimentos, obediencia, respeto y corrección.¹⁸

- d) *Ordenamiento Real u Ordenamiento de Alcalá* (1348): establecía la pena del bigamo.

¹¹ Partida 4, título 1, ley 9 (en adelante «P» para Partida, «t» para título y «l» para ley).

¹² P. 1, t. 4, l. 6; P. 6, t. 2, l. 4.

¹³ P. 4, t. 2, l. 5.

¹⁴ P. 4, t. 2, l. 1; P. 4, t. 2, l. 15.

¹⁵ P. 4, t. 1, l. 6.

¹⁶ P. 4, t. 2, l. 10 hasta la l.19.

¹⁷ Proemio al t.17 de la P. 4 y l. 1 del mismo título y Partida.

¹⁸ P.4, t. 13, 15, 17, 18 y 19.

- e) *Ordenanzas Reales de Castilla* u *Ordenamiento de Montalvo* (1484): Disponía la publicidad de los matrimonios, fijaba la pena del bigamo y legislaba sobre el régimen patrimonial del matrimonio.¹⁹
- f) *Leyes de Toro* (1505): La mayoría de las normas contenidas en este ordenamiento jurídico giraba alrededor del derecho sucesorio y además disponía sobre el matrimonio clandestino.²⁰
- g) Concilio de Trento (1545-1563): ordenó y sistematizó toda la doctrina del matrimonio, reafirmando su unidad, su indisolubilidad, y su carácter sacramental.
- h) *Nueva Recopilación de las Leyes de España* (1567): Legislabo sobre el matrimonio clandestino, el de las viudas, la pena del bigamo y la de los adúlteros, el régimen patrimonial del matrimonio, los hijos naturales y los alimentos entre parientes.²¹
- i) *Pragmática* de 1776: Se ocupaba del matrimonio de los hijos de familia menores de 25 años, requiriendo el consentimiento paterno para celebrarlo. Establecía penas para los que lo omitieran e instrumentaba un recurso contra la irracional oposición de los padres.²²

3. EL DERECHO DE FAMILIA INDIANO²³

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, estas 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 castellano al Nuevo Mundo, en tanto las peculiares condiciones de vida de este lo permitieran.

A medida que las situaciones que se fueron planteando en Indias fueron revelando la necesidad de dictar nuevas normas para solucionar coyunturas diferentes, se comenzaron a dictar disposiciones específicas para el Nuevo Mundo, acudiéndose en forma subsidiaria el derecho castellano.

¹⁹ Leyes 3 y 5.

²⁰ Ley 49. *Los Códigos*.

²¹ Ley 9, título 2, libro 10 y ley 1, título 5, libro 10 de la *Novísima Recopilación*.

²² En Antonio Xavier PÉREZ Y LÓPEZ, *Teatro de la legislación universal de España e Indias, por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopilados, y alfabético de sus títulos y principales materias*, Madrid, MDCCXCII, Tomo 19, p.393/401.

²³ Nos hemos referido extensamente a este tema en nuestro trabajo «Existió un derecho de familia indiano?», *Revista de Derecho Procesal y Práctica Forense*, N° 4, AÑO III, AÑO 2002, Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 222/ 273.

El orden de prelación fijado para las distintas fuentes, establecía que en primer lugar se debía aplicar el derecho territorial del reino, integrado por las normas contenidas en los ordenamientos y las disposiciones reales y recogido en las diversas recopilaciones; en segundo lugar, 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 en el tercero, las Partidas.²⁴

A pesar de esta aplicación subsidiaria, «se hizo un uso intensivo de este derecho sobre todo en materia de derecho privado, penal y procesal, en que las disposiciones indianas propiamente dichas fueron escasas».²⁵

Conforme dice Victoria Chenault, esta presencia del derecho castellano era aún mayor en lo que respecta al derecho de familia, porque «...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».²⁶

En este sentido 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.

Fueron pocas las disposiciones que se ocuparon de la regulación jurídica de la familia, y estas giraron alrededor de los temas en los que era necesario tomar distancia de lo preceptuado para la península.

Uno de los primeros problemas en materia de derecho de familia que planteó a la Corona el descubrimiento de América fue el del «casado ausente», que podríamos afirmar fue un nuevo status social y familiar. Se trataba de los hombres casados que pasaban a América sin sus familias, y más adelante, los radicados en Indias que pasaban solos a España.

Desde muy temprano la Corona se esforzó en mantener la unidad de domicilio conyugal, ordenando que los casados llevaran a las Indias a sus mujeres e impidiendo que ningún hombre casado pudiera pasar a Indias, ni menos vivir en ellas, dejando abandonada en España a su mujer.²⁷

²⁴ Miguel Ángel GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, «Un mestizaje jurídico: el derecho indiano de los indígenas», *Estudios de Historia del Derecho*, Madrid, 1995, p. 13.

²⁵ Antonio DOUGNAC RODRIGUEZ, *Manual de Historia del Derecho Indiano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994, p.16.

²⁶ Victoria CHENAULT, «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, Soledad GONZALEZ MONTES y Julia TUÑÓN, compiladores, p. 11/160.

²⁷ *Recopilación de Leyes de Indias de 1680* (en adelante RLI), Libro VII, título 3, ley 1. Se estableció que los casados o desposados en esos reinos debían ser remitidos a hacer vida con sus mujeres e hijos. La orden estaba dirigida a los virreyes, presidentes, oidores, alcaldes del crimen, gobernadores, corregidores, alcaldes mayores y ordinarios, y «otros cualquier jueces y justicias de las Indias, Tierra Firme, puertos e islas», ordenándoles se informaran «de los que hubiere en sus distritos, casados y sin licencia para poder pasar a las Indias, o siendo acabado el término de ella».

La Corona tenía motivos sociales, económicos, jurídicos, y sobre todo, religiosos para preservar el principio de la unidad de domicilio.

Según Antonio Dougnac la primera razón fue el cumplimiento del fin propio del matrimonio: la santificación de marido y mujer por la cohabitación. Marido y mujer que no convivían se hallaban expuestos a muchos peligros: las leyes se referían especialmente a la bigamia y al concubinato.²⁸

En segundo lugar interesaba poblar el Nuevo Mundo a partir de una familia legalmente constituida que proporcionara colonizadores: el separado o el que no tuviera una familia asentada era un inconveniente a la población.

En tercer lugar, se trataba de evitar que los maridos abandonaran a sus mujeres y las dejaran sin el conveniente sustento, porque en ese caso la Corona hubiera tenido que hacerse cargo de la mujer desatendida.

Más adelante se planteó idéntica situación con los casados en Indias que viajaban a España u otros lugares de América. Conforme la ley 7 del mismo título y libro de la Recopilación de Leyes de Indias, los casados en el Nuevo Mundo podían ausentarse de sus hogares por tiempo limitado, siempre que las autoridades americanas les dieran licencia, examinando si las causas eran o no legítimas. Atendidas las edades de marido y mujer y el número de hijos, era necesario que dejaran suficientemente provisto su sustento, y debían finalmente otorgar fianza de que volverían dentro del plazo señalado.²⁹

En Indias fue necesario insistir en que virreyes, arzobispos, audiencias e inclusive Consejo de Indias persiguieran a quienes estuvieran amancebados y recomendar a estos funcionarios que aplicaran las penas espirituales y las seculares a fin de evitar los abusos y proceder al ejemplar castigo de los que fueran públicos.³⁰

Por cuestiones políticas y en algunas regiones, se presionó 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.³¹

Una cuestión aparte en el tema del derecho de familia indiano fue la de los matrimonios indígenas. En este sentido, se insistía en la necesidad de que los indígenas no se casaran con más de una mujer,³² pero se recomendaba paciencia en la exigencia

²⁸ Antonio DOUGNAC RODRIGUEZ., «La unidad de domicilio conyugal en Chile indiano», *Revista Chilena de Derecho*, N°7. 1-6, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile, IV Jornadas chilenas de Derecho Natural, enero-dic. 1980, p. 567.

²⁹ Real orden del 8-4-1788; Real cédula del 27-2-1793.

³⁰ Real Cédula del 13 de febrero de 1727. En Juan Joseph MATRAYA Y RICCI, *Catálogo cronológico de pragmáticas, cédulas, decretos, ordenes y resoluciones reales*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1979, p. 302/397.

³¹ 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, ps. 26/44.

³² Año 1551, 17 de diciembre: «Cédula que manda a la Audiencia de las provincias del Perú que no se consienta que ningún cacique se case con más de una mujer, aunque sea infiel»; «... a nos se ha hecho relación de que en esa tierra muchos caciques tienen número de mujeres encerradas en su término para

de implantar la monogamia «por ser gente nuevamente convertida y ser cosa que se usaba entre ellos, tener muchas mujeres».³³ También existieron disposiciones de la Corona dirigidas a evitar que los indios se amancebaran y a prohibir que vendieran a sus hijas.³⁴

Con respecto a las formalidades para contraer matrimonio fue necesario disminuirlas, obviando en muchas ocasiones los impedimentos por parentesco y dejando de aplicar con el mismo rigor y disciplina los preceptos del Concilio de Trento.

Hubo también que adaptar las disposiciones de la Pragmática de 1776 sobre matrimonio de los hijos de familia en función de la aparición de nuevas etnias, tales como los indios y los negros y las distintas mezclas de razas. En América se excluyó su aplicación con respecto 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 distinguen de los demas por su reputación, buenas operaciones y servicios y que todos los demas estuviesen obligados a su observancia». Con respecto a la edad para solicitar el consentimiento, en Indias se bajaron los umbrales, permitiéndose 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.³⁵

4. LA FAMILIA A LA LUZ DE LA DOCTRINA JURÍDICA CASTELLANO-INDIANA

La doctrina de los autores, como fuente del derecho, fue atacada en el siglo XVIII al compás de las nuevas ideas, junto con el arbitrio de los jueces, debido a que se había convertido en uno de los baluartes que había permitido a los juristas monopolizar el conocimiento del derecho y la administración de justicia, asegurándose de este modo un gran poder social y económico. Como contrapartida, se postulaba la elaboración

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 dictó la ley 5, del título 1, libro 6, de la *Recopilación* de 1680.

³³ 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 Jesus Silva-Herzog Flores, México, 1984.

³⁴ Año 1628, 29 de septiembre. A partir de una disposición del Rey Felipe IV, dada en Madrid en esa fecha, se dictó la ley 6, título 1, libro 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».

³⁵ *Los Códigos Españoles concordados y anotados*, Tomo III, Madrid, Imprenta de la Publicidad, 1850.

de cuerpos legales, comprensivos, breves y claros, que dando certeza al derecho, librasen a la sociedad de la opresión de los juristas.³⁶

Sin embargo los autores continuaron siendo consultados y citados, de lo que dan cuenta los expedientes judiciales y el hecho de que muchas de sus obras ocuparan estantes en las bibliotecas de quienes tenían al derecho como objeto de estudio o de trabajo. El oidor Francisco Tomás de Anzoátegui, por ejemplo, quien integró la Audiencia de Buenos Aires entre 1789 y 1810, contaba entre sus libros, no solo con las obras de juristas castellanos e indianos y canonistas como Gregorio López, Salgado de Somoza, Antonio Gómez, Diego de Covarrubias, Elizondo, Castillo de Bovadilla, Pedro Frasso, Berardi y Solórzano, sino también las de los iusnaturalistas Grocio, Puffendorf, Filangieri y de Wolff, entre otras.³⁷

¿Quiénes fueron los autores de derecho canónico, castellano e indiano que se ocuparon de los temas que fueron objeto de controversia judicial en materia de relaciones familiares?

En primer lugar debemos mencionar a los moralistas o teólogos morales. Estos autores, hacia los siglos XVI y XVII escribieron numerosas obras dirigidas al grupo femenino, que contenían modelos de comportamiento e informaban sobre las desviaciones que se producían en la práctica. Conforme Tau Anzoátegui, «el moralista cumplía una importante función social al ir directamente a la conciencia individual, y en consecuencia, los planteos jurídicos habituales en muchos de ellos, perseguían una orientación práctica para la vida del cristiano».³⁸

Los moralistas se expresaban a través de libros piadosos, englobados bajo distintas denominaciones: «abecedarios», «cartillas espirituales», «espejos del alma», «escuelas de perfección», «caminos del espíritu», «guía de pecadores», «memoriales de la vida cristiana», «vergeles de oración», «tratados de vanidad», etcétera.

De entre estos autores, el carmelita Martín de Torrecilla definía en el siglo XVII al matrimonio en función de su fin: «el matrimonio se dice tal, porque la muger contrae matrimonio para hacerse madre».³⁹ Este autor también señaló la indisolubilidad del vínculo como rasgo del matrimonio, «porque este dura mientras dura el matrimonio, y las demás cosas no duran siempre», y porque ninguno podía, ni lícita ni válidamente, casarse con dos mujeres, «a lo menos entre católicos».⁴⁰

³⁶ Víctor TAU ANZOÁTEGUI [4], p. 382.

³⁷ José María MARILUZ URQUIJO, «La biblioteca de un oidor de la Real Audiencia de Buenos Aires», *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene* N°7, Buenos Aires, 1980.

³⁸ Víctor TAU ANZOÁTEGUI, «La noción de ley en América Hispana durante los siglos XVI a XVIII», *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N°6, 1986, Buenos Aires, p. 208.

³⁹ Martín de TORRECILLA, *Suma de todas las materias morales*, 2ª. Impresión, Madrid, 1696, T°II. Trat. IV. Disput. VII. Secc. II. Cap. II.

⁴⁰ *Ibidem*, Cap. VI, p. 189.

Para Torrecilla «el fin del matrimonio es la mutua cohabitación y la amigable sociedad y comercio»,⁴¹ el que se perfeccionaba con la unión sexual.⁴² Con respecto a la cuestión de su naturaleza jurídica, consideraba que se trataba de un contrato y además, un sacramento.⁴³ También se ocupó del derecho-deber alimentario, al afirmar que pecaba gravemente el marido que negaba alimentos a su mujer,⁴⁴ porque estaba obligado a proveerla de las cosas necesarias para su mantenimiento.⁴⁵

Otro moralista, Antonio Arbiol,⁴⁶ afirmaba que el matrimonio, «entrega mutua de los ánimos y de los cuerpos entre varón y mujer», se contraía para hacerse ambos perpetua compañía, para la procreación de los hijos y para remedio de la concupiscencia; de ahí la obligación de ambos cónyuges de «pagarse el débito».⁴⁷

Por su parte Martín de Azpilcueta Navarro,⁴⁸ autor de un «Manual de confesores y penitentes» distinguía entre el matrimonio como contrato, aplicable a todos los individuos, sin distinguir a qué religión pertenecían, y el matrimonio como contrato y sacramento, propio de los cristianos.⁴⁹

Este autor insistía en la indisolubilidad del vínculo al afirmar que ni el hombre podía tomar otra mujer viviendo la primera, ni ella otro marido viviendo él, por lo que condenaba la poligamia, sosteniendo que nadie podía tener muchas mujeres ni muchos maridos a un mismo tiempo.⁵⁰

Como moralista consagró expresamente algunos deberes y derechos conyugales, tales como la obligación del marido de alimentar a su mujer, haciendo pesar en cabeza de ambos cónyuges esta obligación; el de fidelidad y la obligación de «pagarse el débito».⁵¹

El prestigioso Tomás Sánchez⁵² se ocupó del tema de la libertad en la elección matrimonial, al afirmar que los hijos y no los padres guardaban prioridad en la elec-

⁴¹ *Ibidem*, Cap. II.

⁴² *Ibidem*. p. 5.

⁴³ *Ibidem*, T^oII, Trat. IV, Disput.VII, Secc. II, Cap. I.

⁴⁴ Martín de TORRECILLA, *Encyclopedia canónica, civil, moral regular y orthodoxa*, Madrid, Blas de Villanueva, 1721, p. 506.

⁴⁵ TORRECILLA [39], Trat. II. Disput. II. Cap. I. Secc. IV. N^o6.

⁴⁶ Antonio Arbiol y Díez (1651-1726). Franciscano aragonés, autor de numerosas obras de religión y moral, así como notable predicador.

⁴⁷ *La familia regulada. Con doctrina de la Sagrada Escritura y Santos Padres de la Iglesia Católica*, Madrid, 1791, lib. 1, Cap. 1 y 2.

⁴⁸ Martín de Azpilcueta (llamado Doctor Navarro), nació en 1492 y murió en 1586. Es autor de un célebre *Manual de Confesores* que ha sido reeditado en más de cien ocasiones en latín, castellano y portugués. Las obras del Doctor Navarro comprenden una treintena de tratados canónicos.

⁴⁹ Martín de AZPILCUETA NAVARRO, *Manual de confesores y penitentes*, Valladolid, 1570, p. 398.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ *Idem*.

⁵² Nacido en Córdoba (España) en 1550 y muerto en 1610. Jesuita y canonista, autor de un trabajo «Controversia de Sancti Sacramenti Matrimonii». Es el más citado en los expedientes sobre divorcio y nulidad depositados en el Archivo del Arzobispado de Córdoba, conforme Roberto PEÑA, «Fuentes del Derecho Indiano. Los autores Anacleto Reiffenstuel y el *Ius Canonicum Universum*», *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, T^oXXXVI, Córdoba, 1987, p. 111/160.

ción del cónyuge y que la única excepción a la regla era la existencia de causa grave para rechazar la elección filial como por ejemplo razones de estado y establecimiento de paz entre territorios en conflicto, excepciones aplicables exclusivamente a la familia real.⁵³

Con respecto a la obligación alimentaria, al aludir a la potestad del marido sobre la mujer, sostenía que por el vital contrato que había entre ambos, el marido se obligaba a sustentarla, y la mujer a obedecer en lo que fuere justo y razonable.⁵⁴

El juez competente en materia de divorcio para este autor era el eclesiástico, ya que la separación era un asunto criminal porque en él se penaba la ingratitud y violación de la fe conyugal, y a la vez civil, porque miraba a la pérdida de la dote, los alimentos y otras prestaciones pecuniarias.

Por su parte, los canonistas Berardi⁵⁵ y Cavalario⁵⁶ se ocuparon de los malos tratamientos como causal de divorcio.

Entre los juristas, Gregorio López se ocupó del deber de fidelidad al afirmar que «esta lealtad viene especialmente recomendada por Aristóteles, diciendo que Ulises, a pesar de prometerle la hija de Athlante la inmortalidad, si tenía acceso con ella, no quiso consentir para no perder la amistad y aprecio de su consorte», y añadía: «que la fidelidad entre los consortes es una especie de castidad».⁵⁷

También se refirió a la viabilidad de las demandas entre marido y mujer, al sostener, con respecto a la ley de Partidas que establecía el principio general que los cónyuges no podían demandarse en juicio,⁵⁸ que «los defectos que los cónyuges pueden perdonarse recíprocamente nadie puede acusarlos».⁵⁹

Sin embargo, las mismas Partidas autorizaron que uno pudiera demandar al otro, que le devolviese aquello que había tomado de lo suyo sin razón, o que le enmendase otro tanto. Entre las causas que se podían entablar, estaban las de adulterio y traición.

⁵³ Patricia SEED, *Amar, honrar y obedecer en el México Colonial. Conflictos en torno a la elección matrimonial. 1574-1821*, Alianza Editorial, México, 1997, p. 56.

⁵⁴ Citado por Valentina FERNÁNDEZ VARGAS y María Victoria LÓPEZ CORDON-CORTEZO, en «Mujer y régimen jurídico en el Antiguo Régimen: una realidad disociada». En *Actas de las IV Jornadas de Investigación Interdisciplinarias. Ordenamiento jurídico y realidad social de las mujeres. Siglos XVI a XX*, Madrid, 1986.

⁵⁵ Carlos Sebastián BERARDI, *Instituciones de Derecho Eclesiástico*. Madrid. MDCCXCI, Imprenta de la viuda de Ibarra, p. 293. Berardi fue un canonista italiano nacido en Oneglia en 1719 y muerto en 1768. Fue prefecto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Turín y también profesor de Derecho Canónico. Conforme Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americana Espasa Calpe (en adelante Espasa-Calpe), Madrid, Tomo 8, p. 186.

⁵⁶ Domingo CAVALARIO, *Instituciones del Derecho Canónico*, Librería de A. Bouret y Morelli, París, 1848, p. 149. Cavalario fue un teólogo y canonista italiano, nacido en Garapoli en 1724 y muerto en Nápoles en 1781. (Conf. Espasa-Calpe Tomo 12, p. 681).

⁵⁷ *Las siete partidas del Sabio Rey Don Alfonso el X*, con las variantes de más interés y con la glosa del Lic. GREGORIO LÓPEZ, Barcelona, 1843, p. 189.

⁵⁸ Así lo habían ordenado las *Partidas*, cuando decían que siendo marido y mujer, «una compañía que ayunto nuestro señor Dios, entre quienes debe siempre ser verdadero amor e gran avencia».

⁵⁹ LÓPEZ [57], T^o 10, p. 974.

Gregorio López, al comentar esta ley, sostenía que podía la mujer poner demanda contra su marido, cuando se tratase de pedir el divorcio por sevicia, o malos tratos, o de reclamar alimentos, restitución de dote, y otras causas semejantes.⁶⁰

Este autor exigía que la separación fuera legítima, es decir, que lo fuera mediante justa causa deducida y probada en juicio,⁶¹ ya que no podía un cónyuge separarse del otro sin autorización de la Iglesia.⁶²

Uno de los tratadistas que abarcó varios temas relacionados con el derecho de familia fue Francisco Antonio de Elizondo,⁶³ quien era muy estricto acerca de los roles femeninos y masculinos dentro de la familia.

Elizondo, en pleno siglo XVIII consideraba que ciertas ocupaciones no eran propias del «sexo frágil», no por falta de disposición natural sino por carecer de la disciplina correspondiente. Agregaba que las leyes prohibían al sexo femenino los cargos y empleos públicos, no por considerarlas incapaces para el desempeño, sino para evitar comprometer su honor y decoro en la libre comunicación de tantos hombres. Al mismo tiempo, por conceptuarlas más astutas y sagaces que los hombres, les confiaba únicamente el cuidado del gobierno económico de la casa, agregando que al sexo frágil no le eran decentes ciertas ocupaciones o ejercicios del hombre, reservando a las mujeres «la hilaza del lino; el punto de la aguja; la cintería; los encajes; y otras obras menores», con las que «traen igualmente considerables ventajas a sus casas y familias».⁶⁴

Elizondo admitía que las mujeres pobres —llamadas por el mundo, según él, «de baja esfera»— se veían iguales en el trabajo, a sus maridos, y podían emplear la fuerza en rústicos ejercicios, «dando alivio a aquellos en sus artes y oficios, sin faltar a la educación y crianza de los hijos, al cuidado de la casa, y a la conservación de los haberes domésticos».⁶⁵

Aludiendo a la «precisión del bello sexo a tener una vida activa y laboriosa», decía que el hombre debía empeñarse en la adquisición para mantener a su familia, al paso que la mujer debía asistir a la conservación, gobierno y distribución de lo adquirido, sobre cuyos dos extremos «no se advierte inferior una a otra virtud».⁶⁶

Con respecto a la naturaleza jurídica del matrimonio, afirmaba que así como los contratos podían celebrarse condicionados, también el matrimonio podía constituirse

⁶⁰ *Ibidem*, T° 11, p. 16.

⁶¹ *Ibidem*, glosa a P. 4, t. 10, l. 1.

⁶² *Ibidem*, glosa a P. 4, t. 10, l. 2.

⁶³ Vivió en el siglo XVIII. Desde 1783 perteneció a la Academia de Ciencias Naturales de Barcelona y fue también catedrático honorario de la de Buenas Letras de Sevilla. Desempeñó el cargo de Fiscal de la Real Cancillería de Granada. (Conforme Espasa-Calpe Tomo 19, p. 790).

⁶⁴ Francisco Antonio de ELIZONDO, *Práctica Universal Forense*, Joachin Ibarra Impresos de Cámara de Su Majestad, Madrid, 1774, T°8, p. 98/99.

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ *Idem*.

bajo ciertas cláusulas. En función de ello sostenía la viabilidad de las estipulaciones de no continuar la vida maridable instrumentada a través de tratados matrimoniales.⁶⁷

En el tema del juez competente en materia de divorcio afirmaba que la justicia civil entendía debido a que «no es posible darse separación voluntaria de los cónyuges sin escándalo, el qual están obligados a evitar las potestades temporales» y que por lo tanto «nace de estos principios su capacidad de conocer solo el hecho de la reunión de los matrimonios separados o divertidos, sin perjuicio de la potestad eclesiástica».⁶⁸

También se refirió a los deberes y derechos conyugales, al considerar que entre marido y mujer debían ser mutuos el obsequio, el amor y la servidumbre, tratando el marido a la mujer, no con injurias o desprecios, y «si con la virtud y el ejemplo de la misma, y en las propias circunstancias que aquel quiere ser tratado de esta, sufriendose recíprocamente en paciencia los infortunios, sin trastornar por esto de manera alguna sus afectos».⁶⁹

Para Elizondo la mujer estaba obligada a cohabitar con el marido y a seguirle,⁷⁰ «sin embargo de que hubiese pacto precedente al casamiento, de habitar en cierta población, quando sobrevenga causa racional para variarle».⁷¹ En el supuesto en el que el marido deseara cambiar de domicilio, la mujer debía acompañarlo, «no siendo con peligro de su vida, como embarcándose, o en grave detrimento de la misma consorte, la qual habrá de seguirle al marido».⁷²

Con particular referencia al problema del «casado ausente», sentaba el principio general de que «no se admitan memoriales o instancias algunas de hombres casados en solicitud de las plazas y destinos de ambas Américas, sin escritura formal de las mujeres, dándoles licencia para aquellas solicitudes, obligándose a seguir las, lograda que sea la colocación de los maridos».⁷³

A pesar de que el marido ejercía el derecho de corrección sobre la mujer, cuando se proponía en el castigo físico, incurría en la figura jurídica de los «malos tratamientos», que eran causa de la separación de los cónyuges para Elizondo «quando pasen a la clase de graves y atroces, o aunque sean leves, fuesen quotidianos sin justa causa, de modo que lleguen a conmovir la ira, provocar el odio, y dar margen al pecado». Señalaba que era suficiente «un solo acto atrosísimo para no deber esperarse el segundo que acaso podrá ser inevitable», y que si bien no era posible constituirse regla, acerca de cuáles se llamaban «injurias atroces», «por ser qualesquiera grave con respecto a la mujer noble», ponía por vía de ejemplo, «el trato inhumano en la casa, las palabras

⁶⁷ *Ibidem*, T° 1, p. 356.

⁶⁸ *Ibidem*, T° 3, p. 359.

⁶⁹ *Ibidem*, T° 7, p. 150.

⁷⁰ *Ibidem*, T° 7, p. 172.

⁷¹ *Idem*.

⁷² *Idem*.

⁷³ *Idem*.

contumeliosas, las persecuciones, la maquinación contra la vida de la mujer, el auxilio de un veneno, los actos proporcionados a herir o matar, la pertinacia en el concubinato, el desprecio diario e incesante, la denegación del médico o de medicinas, etcétera».⁷⁴

La obligación alimentaria subsistía durante la sustanciación del divorcio, porque vigente el matrimonio, no cesaban las cargas conyugales, una de las cuales era el deber de asistencia. Elizondo sostenía que pendiente la instancia de divorcio, debían dársele a la mujer alimentos provisionales, que debían restituirse no logrando la victoria en el pleito.⁷⁵ Afirmaba que si tuviese de qué alimentarse, debía ser recluida en un monasterio; si fuera pobre, en un colegio o casa de recogimiento según su clase y costumbres, o en un hospicio. Si fuese escandalosa, debía ser depositada en la casa de penitencia de las mujeres públicas. Justificaba el divorcio «por el castigo cruel que el marido le dé a la muger [...] no por el discreto y moderado, que le es permitido por todos los derechos para su corrección»,⁷⁶ refiriéndose a los daños que traen consigo los divorcios voluntarios como «evidentes, y jamás podrán explicarse bien, aún por la más acendrada oratoria: se empeñan en pleytos prolongados, y los más costosos, aunque las leyes eclesiásticas encargan estrechamente a sus Curias procuren mucho evitar las dilaciones: naciendo de aquí la ruina de las casas, o sus empeños difíciles de reparar por largos tiempos, se encienden hasta el término de vivir en guerra abierta las familias, se hieren y atropellan los vínculos de caridad y confederación civil de las gentes, se abandonan y oscurecen los patrimonios, los mayorazgos y el esplendor de los Héroes que les fundaron... siendo a proporción mayores y más lastimosos los daños, quando del matrimonio voluntariamente separado hubiere hijos cuya crianza abandonan miserablemente los padres».⁷⁷

Elizondo proponía una ley político-económica que contuviera el abuso criminal de tantos divorcios voluntarios por el miedo de las penas temporales, sugiriendo que el marido causante del divorcio voluntario con su mujer, fuera obligado a hacer vida maridable con ella, alimentarla, perder la administración del patrimonio y de la dote, y si tres veces amonestado, persistiese en su voluntariedad, debía ser destinado, siendo útil, a los ejércitos de mar y tierra por diez años. Si fuese inútil, recluido en el hospicio, encargándosele a la mujer la educación de los hijos y estando a la vista de ella para evitar sus extravíos.⁷⁸

Iniciado el pleito de divorcio, la mujer debía ser secuestrada en casa de sus padres, o en algún monasterio donde permanecía hasta que se dictara sentencia.⁷⁹

⁷⁴ *Idem.*

⁷⁵ *Ibidem*, T° 1, p. 353.

⁷⁶ *Ibidem*, T° 1, p. 351.

⁷⁷ *Ibidem*, T° 7, p. 178.

⁷⁸ *Idem.*

⁷⁹ *Ibidem*, T° 1, p. 351.

Este autor opinaba que la mujer culpable del divorcio debía ser separada de los hijos, quienes se confiaban al marido para su educación cristiana.⁸⁰

Distinguiendo claramente los malos tratamientos de obra o de palabra, de aquellos alegados como causal de divorcio, Elizondo afirmaba que de los primeros conocía la jurisdicción real, «pero no como causas de divorcio, sino proveyendo se depositara la consorte provisional e interinamente hasta que por el juez eclesiástico otra cosa no se mandare, en un lugar de probidad, donde se consultara a la seguridad de su vida».⁸¹

Tan exigente era Elizondo con respecto a las relaciones conyugales como con las paterno-filiales, mostrándose a favor de la cohesión del grupo familiar y de la necesidad de recortar la libertad del hijo en favor de los intereses familiares.⁸²

Juan López de Palacios Rubios, el autor del «Requerimiento», también tuvo algo que decir con respecto a las relaciones familiares, al explayarse acerca del deber de subordinación y afirmar que «son varias las clases de los que dominan y de los que son dominados. No es igual el modo con que un señor manda a sus esclavos que el que usa un marido respecto de su mujer», y agregaba: «el mando que se ejerce sobre los que mejor obedecen es el mejor, pues es mejor mandar a un hombre que a una mujer,... a un macho que a una hembra, porque en la especie humana el macho impera y domina naturalmente en virtud de la superioridad de su razón, mientras que la mujer, desprovista de razón y prudencia, obedece, también por naturaleza».⁸³

Por su parte Antonio Gómez⁸⁴ se refirió a la obligación de alimentar a la esposa, al afirmar que si no se pagaba la dote prometida, el marido no tenía obligación de alimentar a la mujer, podía echarla y enviarla a la casa de su padre, o del que prometió la dote.

Antonio Xavier Pérez y López le dedicó unas cuantas páginas al divorcio, sosteniendo que la única forma que tenían los cónyuges para separarse era, en los casos en que el divorcio estaba permitido, *solo quod thorum o quod cohabitationem*, pero siempre quedan unidos con el vínculo indisoluble y conyugal».⁸⁵ También enumeraba el deber de fidelidad entre las obligaciones conyugales⁸⁶ y con respecto a las relaciones paterno-filiales, se refirió a las distintas clases de hijos y a la legitimación.⁸⁷ José de

⁸⁰ *Ibidem*, T° 7, p. 185.

⁸¹ *Ibidem*, T° 1, p. 361.

⁸² *Ibidem*, T° 7, p. 178.

⁸³ Juan LÓPEZ DE PALACIOS RUBIOS, *De las Islas del mar océano*, México, Biblioteca Americana, Fondo de Cultura Económica, 1954, Cap. II, p. 25. Nació en 1450 y murió en 1525, togado de la Cancillería de Valladolid, perteneció al Consejo Real y fue uno de los firmantes de las Leyes de Toro. Conforme Diccionario Enciclopédico Salvat, (en adelante Salvat), Barcelona, 1955, Tomo X, p. 41.

⁸⁴ Antonio GÓMEZ, *Commentarium absolutissimum natuti, Typis Petri Marin*, MDCCLXXX, ley 53. Nació en el siglo XVI en Talavera de la Reina. Cursó sus estudios en la Universidad de Salamanca, de la que fue luego profesor. Conf. Espasa-Calpe, Tomo 26, p. 544.

⁸⁵ PÉREZ Y LÓPEZ [22], «Divorcios» p. 199.

⁸⁶ *Ibidem*, T° 19, p. 375.

⁸⁷ *Ibidem*, T° 16, p. 5/6.

Covarrubias se ocupó del juez competente en materia de familia, al sostener que las demandas de esponsales, nulidad de matrimonio y divorcio *quod thorum y cohabitationem*, tocaban y pertenecían al tribunal de la Iglesia.⁸⁸

El práctico Conde de la Cañada efectuó consideraciones con relación al procedimiento para solicitar alimentos, exigiendo un examen y justificación del buen derecho con que la parte los pretendía, sobre los bienes a que dirigía su acción principal, y que el derecho del pretendiente estuviera probado plenamente o con suficiente presunción.⁸⁹ Para este autor, las sentencias en que se mandaba dar alimentos, ya fueran definitivas o interlocutorias, no admitían apelación con efecto suspensivo, porque la resolución debía ejecutarse ante el peligro de que la actora pereciera por la falta de sustento. Solo podían apelarse con efecto devolutivo, es decir, sin diferir su cumplimiento.⁹⁰

Castillo de Bovadilla, autor de la «Política para corregidores y señores de vasallos»,⁹¹ todavía reeditada en la segunda mitad del siglo XVIII y que según Tau Anzoátegui, gozaba de un reconocido papel como guía de gobernantes y jueces en España e Indias durante los siglos XVII y XVIII,⁹² se ocupó del tema del juez competente al considerar que «en los negocios de divorcio y matrimonios conoce el eclesiástico en cuestión de derecho y de hecho».⁹³

El práctico Febrero definía el matrimonio como «la sociedad perpetua que con arreglo a las leyes eclesiásticas y civiles» contraían varón y mujer para procrear y educar hijos y ayudarse mutuamente», poniendo el acento en la indisolubilidad del vínculo, la trascendencia social a través de los hijos, y el deber de asistencia. Este autor se refirió también a los requisitos e impedimentos para contraer matrimonio, a los divorcios, sus causales y efectos civiles, a la cuestión del consentimiento paterno para contraer matrimonio y al depósito de las hijas.⁹⁴

⁸⁸ JOSÉ COVARRUBIAS, *Máximas sobre los recursos de fuerza y protección*, Joachin Ibarra, Madrid, 1785, Tº I, p. 86.

⁸⁹ CONDE DE LA CAÑADA, *Observaciones prácticas sobre los recursos de fuerza. Modo y forma de introducirlos, continuarlos y determinarlos en los tribunales superiores*, 3a.ed, Madrid, Imprenta de la Cía. Gral. de Impresores y Libreros del Reino, 1845, Tº II, Nº53.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 59.

⁹¹ Nació en Medina del Campo en 1547 y murió en Valladolid a principios del siglo XVIII. Siguió la carrera de Derecho en Salamanca, donde sobresalió por su aplicación y aprovechamiento extraordinarios, así como por su erudición en el estudio de las Humanidades y de las antigüedades clásicas y en la que recibió igualmente el grado de doctor a la edad de 20 años. Fijó luego su residencia en Madrid, dedicándose allí al ejercicio de la abogacía. Fue Fiscal de la Real Cancillería de Valladolid (conforme Espasa-Calpe. Tomo 12, p. 337).

⁹² TAU ANZOÁTEGUI [4].

⁹³ Jerónimo CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para corregidores y señores de vasallos*, Imprenta Real de la Gazeta, Madrid, 1795, Tomo I, p. 629.

⁹⁴ Joseph FEBRERO, *Librería de jueces, abogados y escribanos*, Madrid, 1844. Tº I, p. 29/42 y 438/51 y Tº 3-4, p. 29. Nació en Mondoñedo, murió en 1790 y fue escribano real (conforme Salvat, Barcelona, 1955, Tomo VI, p. 623).

Asso y Manuel en sus «Instituciones de Castilla», se referían al estado de familia así como a la naturaleza jurídica del matrimonio considerándolo como contrato autorizado por la Iglesia, «que le dió su lugar entre sus sacramentos por razón de su dignidad, mystica significación y sus fines»,⁹⁵ poniendo el acento en la significación política de la institución y considerando al matrimonio «tan ventajoso al bien del estado».⁹⁶ También enunciaron los requisitos e impedimentos para contraer matrimonio y se detuvieron en el régimen patrimonial del matrimonio. Sobre las relaciones paternofiliales, abordaron el tema de las distintas clases de hijos y la patria potestad.⁹⁷

Promediando el siglo XIX, Domingo Cavalario calificaba al matrimonio como una «sociedad indisoluble». Con respecto a los malos tratamientos los consideraba como causal de divorcio.⁹⁸

El jurista indiano Juan de Solórzano Pereyra, cuyas *Política Indiana* y *De Indiarum Iure* continuaron siendo editadas durante la segunda mitad del siglo XVIII, se ocupó del problema del casado ausente, consagrando la obligación de la mujer casada de seguir al marido y al referir que «muchas indias dejan a sus maridos indios o aborrecen y desamparan a los hijos que de ellos paren, viéndolos sujetos a tributos y servicios personales».⁹⁹

García Gallo sostiene que la literatura jurídica indiana de los siglos XVI a XVIII es una proyección sobre el Nuevo Mundo de la entonces existente en Europa»,¹⁰⁰ mientras que Teodoro Hampe Martínez considera que autores como Alonso de Herrera, Gaspar de Villarroel, Juan de Solórzano Pereyra y Antonio de León Pinelo, entre otros, se preocuparon por «filtrar» las enseñanzas provenientes de los grandes centros teóricos europeos, debatiendo en cada caso si sus reflexiones y propuestas eran aplicables a la realidad peculiar de las Indias, por considerar que los enjuiciamientos teológico-morales formulados en Salamanca, París o Roma no eran transportables sin más al Nuevo Mundo americano».¹⁰¹

⁹⁵ Ignacio JORDÁN DE ASSO y Miguel MANUEL Y RODRÍGUEZ, *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, Imprenta de Andrés de Soto, Calle de Bordadores, 1786, p. 45.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 50.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 45/51 y 70/71.

⁹⁸ CAVALARIO [56], p. 149.

⁹⁹ Juan de SOLÓRZANO PEREYRA, *Política Indiana*, Biblioteca de Autores Españoles, Ediciones Atlas, Madrid, 1972. Nació en Madrid el 30 de noviembre de 1575 y murió en la misma capital en 1653 ó 1654. Estudió Humanidades y Jurisprudencia en la Universidad de Salamanca en la que tuvo a su cargo varias asignaturas de Derecho. En 1609 fue nombrado oidor de la audiencia de Lima, cargo que desempeñó hasta 1627, en que volvió a España como Fiscal del Consejo de Hacienda, después del de Indias y más tarde (en 1642) del de Castilla (conf. Espasa-Calpe. Tomo 57, p. 198).

¹⁰⁰ Alfonso GARCÍA GALLO, «La ciencia jurídica en la formación del derecho hispanoamericano en los siglos XVI a XVII», *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo XLIV, 1974, p. 157/200.

¹⁰¹ Sobre la Escolástica virreinal peruana: el P. Leonardo de Peñafiel, comentarista de Aristóteles (1632) En La tradición clásica en el Perú virreinal. Teodoro Hampe Martínez compilador. http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/libros/historia/trad_clas/sobre_escolas_virrei_per.htm#45.

Cuando analizamos los temas estudiados por la doctrina moral y jurídica observamos que los que más insistieron en el tema de los deberes y derechos conyugales fueron justamente los moralistas, al tratar de algunas obligaciones sobre las que los juristas no se habían detenido, mientras que estos últimos se extendieron acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio, la viabilidad de las demandas entre marido y mujer, al juez competente en materia matrimonial, la bigamia, el procedimiento, el problema del causado ausente, los convenios matrimoniales y algunos deberes y derechos conyugales. Sin embargo, no faltó jurista de derecho castellano y aun indiano que no le dedicara algunas reflexiones a las cuestiones que hoy integran el derecho de familia.

La opiniones expresadas a través de sus obras constituyen el producto de un sustrato cultural e ideológico en el que estaban asignados los roles de maridos y esposas. En este contexto, el marido y padre era considerado el proveedor material de la familia y el guardián de la moral familiar, mientras que la esposa era conceptuada como el apoyo moral del varón, sobre la que pendía el honor familiar. De ahí los derechos de corrección y correlativo deber de obediencia femeninos y las atribuciones masculinas en cuanto a la administración del patrimonio familiar.

5. LA FAMILIA ENFRENTADA

Sin embargo, tal como ha sostenido Ismael Sánchez Bella, «conocer el Derecho no es todavía aplicarlo. A él se oponían en Indias numerosos factores: abuso de poder de las autoridades indianas, respaldadas en parte, en la facultad legal de detener la aplicación de disposiciones, si se estimaba que el llevarlo a cabo podía ser perjudicial; negligencias de los funcionarios, facilitadas por las largas distancias, que impiden un control eficaz, y, sobre todo, los fuertes intereses económicos de los colonos, que pugnan contra el idealismo de la legislación. Para este autor son necesarias numerosas investigaciones parciales para lograr conocer cuál fue el verdadero grado de aplicación del Derecho indiano».¹⁰²

No caben dudas de que las normas vigentes no podían ser aplicadas 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, capeado tempestades y enfrentado nuevas civilizaciones, aceptaran dócilmente los rígidos preceptos que estaban en vigencia desde la Edad Media.

En las alegaciones de las partes, en los escritos de apoderados y letrados, en las resoluciones de las justicias, es donde el investigador del derecho debe abreviar para adentrarse en la aplicación de las disposiciones. Y como la realidad muchas veces se

¹⁰²Ismael SÁNCHEZ BELLA, *Derecho Indiano: Estudios, II Fuentes. Literatura Jurídica. Derecho Público*, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1991, p. 251.

aleja de los modelos, 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.

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 cuando 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 solo 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».¹⁰³

Por eso la litis muestra solo una cara de la moneda: la irregularidad, el apartamiento, el desajuste. Según Chenault, «el conflicto, cualquiera que este sea, surge dentro de una red de relaciones sociales y el expediente judicial en sí es solo una pequeña parte de un proceso que trasciende las fronteras del juzgado».¹⁰⁴ Silvia Arrom sostiene que 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».¹⁰⁵

En el mismo sentido Pilar Gonzalbo cree que «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».¹⁰⁶

¹⁰³ CHENAULT [26].

¹⁰⁴ *Idem.*

¹⁰⁵ Silvia ARROM, *Las mujeres de la ciudad de México. 1790-1850*, México, Siglo XXI, 1988, p. 257/8.

¹⁰⁶ Pilar GONZALBO, *Historia de la familia*, Instituto Mora, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1993, p. 21.

En función de las consideraciones precedentemente expuestas, examinaremos cuál fue el derecho invocado por los integrantes del grupo familiar, a la hora de denunciar ante las justicias el incumplimiento de los deberes y derechos familiares.

6. EL DERECHO INVOCADO ANTE LOS ESTRADOS JUDICIALES

Los pleitos entablados entre los integrantes del grupo familiar dan cuenta de la internalización del derecho efectuada por partes, asesores, fiscales y jueces. Entre foja y foja se ofrece al investigador un variopinto mundo de distintos tipos de fuentes del derecho, algunas esperables y otras inesperadas, apropiadas e inapropiadas, invocadas a la hora de defender un reclamo o exigir el cumplimiento de una determinada obligación.

Nos referiremos en primer lugar a la invocación de la ley como expresión de la voluntad real, y en ese sentido algunos litigantes acudieron a la cita genérica de la ley, al referirse a «nuestras antiguas leyes»;¹⁰⁷ «nuestras leyes y repetidas reales cédulas»; «varias reales provisiones»; «las leyes más modernas»; «las reales disposiciones»;¹⁰⁸ «el mérito de las leyes»¹⁰⁹ y «el derecho vulgar».¹¹⁰ Otros indicaban exactamente a qué tipo de ley se referían, y aún a veces indicaban ley, título y libro.

De entre las fuentes legales castellanas, eran citadas con asiduidad, como cabría esperar, las Partidas: letrados, asesores y jueces las conocían muy bien, aunque no siempre precisaban exactamente la partida, título o ley.¹¹¹ Las más mentadas eran la cuarta y la séptima, en las que encontramos disposiciones sobre el matrimonio, el adulterio y la bigamia¹¹² aunque en alguna oportunidad, se invocó la tercera¹¹³ con relación a la muerte del ausente. El Fuero Real fue citado con respecto a la pena del bigamo¹¹⁴ y al régimen patrimonial del matrimonio¹¹⁵ tema en el que también se invocaron las Leyes de Estilo.¹¹⁶

No faltaron invocaciones a las Ordenanzas Reales de Castilla en cuanto al derecho del marido de fijar el domicilio conyugal¹¹⁷ ni a la Nueva Recopilación de las Leyes

¹⁰⁷ Archivo General de la Nación (en adelante AGN), Legajo 290, expediente 12 (en adelante solo los dos números, separados por un guión).

¹⁰⁸ AGN 196-5.

¹⁰⁹ Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires (en adelante AHPBA) Legajo 7-5-12-8 (en adelante solo el número de legajo).

¹¹⁰ AHPBA 5-2-17-9.

¹¹¹ AGN C17-13.

¹¹² AGN 243-1/2; AGN 103-10; AHPBA 7-1-85-1; AGN 155-18; AGN 155-18; AGN 17-5 y 16 AHPBA 5-5-78-28.

¹¹³ AHPBA 7-1-85-1.

¹¹⁴ AHPBA 7-1-85-1.

¹¹⁵ AGN Tribunal Civil (en adelante TC) A 1 1800.

¹¹⁶ Leyes 203 y 205; AGN TC A 1 Año 1800.

¹¹⁷ 29-2-4. Pasó a la Novísima como 13-1-6; AHPBA 5-2-17.

de España en el tema de la bigamia,¹¹⁸ algunos aspectos del proceso¹¹⁹ y el castigo del amancebamiento.¹²⁰

Con respecto a reales cédulas y pragmáticas, fueron frecuentes las citas de la Pragmática de 1776 sobre matrimonio de los hijos de familia,¹²¹ en las que las partes se extendían en consideraciones acerca de cuál era el objeto principal de la Pragmática, arribando 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.¹²²

Una Real Cédula citada era la del 22 de marzo de 1787 —incluida en la Novísima— sobre competencia de la justicia civil en las cuestiones patrimoniales derivadas del matrimonio,¹²³ a veces sin mencionarla expresamente, pero refiriéndose a sus prescripciones; y la Pragmática sobre Oficios útiles de 1786.¹²⁴ Acerca de la aplicación de esta pragmática, se afirmaba que aunque no había sido publicada en Indias, ella regía en defecto de ley escrita en el derecho municipal, y con más vigor por tratarse de una ley que tenía por objeto el bien general del estado.¹²⁵

Otra Real Cédula citada con regularidad, fue la del 8 de setiembre de 1776 sobre juez competente en el delito de doble matrimonio, que establecía que los tribunales de la Inquisición debían conocer peculiar y privativamente de este delito,¹²⁶ así como la del 10 de agosto de 1788 sobre que el conocimiento en los delitos de poligamia, que disponía que el Tribunal del Santo Oficio debía imponer al reo de bigamia las penas puramente correctivas, penitenciales y medicinales, y la justicia real las otras más graves como vergüenza pública, azotes, presidio, galeras y otras.¹²⁷

El derecho canónico fue invocado asiduamente en el foro, en forma genérica, como por ejemplo al aludirse a las «leyes divinas y eclesiásticas»;¹²⁸ o al circunscribirse a «las leyes canónicas».¹²⁹ No faltó tampoco la referencia al Antiguo y el Nuevo Testamento con relación al deber de sujeción de la mujer al marido.¹³⁰ Entre los textos canónicos se fundó alguna pretensión en una decretal de Inocencio III acerca de la posibilidad de acusar por adulterio, por medio de procurador.¹³¹ Un renglón aparte en

¹¹⁸Leyes 5, 6 y 7-1-5; AGN 155-18.

¹¹⁹9-6-4; AHPBA 5-2-12-83: «Que con presentar cada una de las partes dos escritos, sea habido el pleito por concluso para recibir a prueba o definitiva aunque las partes no concluyan».

¹²⁰AHPBA 5-5-67-5.

¹²¹AGN 182-8; AHPBA 7-5-17-3.

¹²²AGN 182-3.

¹²³AGN C17-13; V7-18; A 17-7; AHPBA 5-2-22-5.

¹²⁴AGN B7-20; C17-13.

¹²⁵AGN B7-20.

¹²⁶Cedulario de la Real Audiencia de Buenos Aires, La Plata, 1929.

¹²⁷AGN 155-18.

¹²⁸AGN TC L1 1800-1809; AHPBA 5-2-17-9.

¹²⁹AHPBA 5-2-17-9 y 5-2-22-5.

¹³⁰Génesis, Cap. 3 y 5 y *Epístola de San Pablo a los Corintios*. En AGN 40-16; AHPBA 5-2-17-9.

¹³¹AHPBA 5-5-80-31.

la cuestión del derecho invocado es la cita del derecho romano. Es sabido que debido al arraigo de este derecho, en jueces, asesores y abogados, un auto acordado del Consejo de Castilla del 4 de diciembre de 1713, recogido en la Ley II, título 2, del Libro 3 de la *Novísima Recopilación*, había señalado que «en contravención de lo dispuesto se denuncian y determinan muchos pleitos en los Tribunales de estos reinos, valiéndose para ello de doctrinas de libros, y autores extranjeros, siendo mucho el daño que se experimenta de ver despreciada la doctrina de nuestros propios autores, que con larga experiencia, explicaron, interpretaron y glosaron las referidas leyes, ordenanzas, fueros, usos y costumbres de estos reinos». El Consejo encargaba a los tribunales del reino «observar las leyes patrias con la mayor exactitud».¹³² Sin embargo, según Abelardo Levaggi, el foro, «un ámbito generalmente dominado por las formas y estilos rutinarios», nos proporcionó a través de los escritos judiciales, «interesantes muestras de la supervivencia en el setecientos del Derecho Romano», tanto cuando se trataba de fundar derechos y acciones como para la interpretación de las leyes reales.¹³³

La compulsua llevada a cabo demuestra que a pesar de esta prohibición, letrados, jueces y asesores, no pudieron, tal como lo afirmara Levaggi «escapar a la necesidad profesional, o a la tentación erudita, de acudir a latines bien o mal empleados según los casos»,¹³⁴ y continuaron invocando en sus presentaciones, el derecho romano que se había pretendido desplazar. En consecuencia, abundaban en los expedientes judiciales, aforismos jurídicos y axiomas legales, tales como:

- a) «Exemplis non est iudicandum»;¹³⁵ «Non exemplis, sed legibus est iudicandum»: no con ejemplos, sino con leyes, juzgan los jueces.
- b) «Iunis delicti una pena»;¹³⁶ «Nemo debet bis puniri pro uno delicto»: a nadie se castigue dos veces por un delito.
- c) «Generi per speciem derogatur»;¹³⁷ el género se deroga por la especie.¹³⁸

Estas citas nos demuestran que nuestros letrados recurrieron asiduamente a él en sus escritos, —hasta hubo quien directamente citó a Cicerón—,¹³⁹ y que los jueces se guiaron por ellas para dictar sus sentencias, lo que confirma lo sostenido por Levaggi

¹³² Autos acordados, Madrid, 1772, II, I.1.

¹³³ Abelardo LEVAGGI, «Derecho Indiano y Derecho Romano en el siglo XVIII», *Anuario Histórico Jurídico-Ecuatoriano* N°5, Quito 1980, p. 301.

¹³⁴ *Idem*.

¹³⁵ AGN 141-7.

¹³⁶ AHPBA 5-5-80-31.

¹³⁷ AGN 61-18.

¹³⁸ Todas las traducciones de a), b) y c), en José GELLA ITURRIAGA, *Refranero jurídico español*, Trivium Editorial Madrid, 1987. Otros aforismos utilizados fueron: «Qui non farit quod debet non recipit quod oportet»; «qui osequim debitum minime prostare vulv, receptum non est alimenta sibi debita» (AGN 243-1/2); «quie mellius est in tempore occurrere quam poft vulneratam causam medeman querere» AGN 243-1/2) y «quod est per se malum semper est malum» (AHPBA 7-1-97-32).

¹³⁹ AHPBA 5-2-17-9.

acerca de que todavía en el setecientos, el derecho romano era un importante elemento formativo del «*corpus iuris indiarum*». ¹⁴⁰

Pasando al derecho indiano, pocas eran las normas sobre relaciones familiares consagradas expresamente en las leyes indianas; sin embargo las partes y los jueces acudieron en busca de sus disposiciones en el tema de la unidad de domicilio conyugal —en el que también se invocaron bandos de buen gobierno— ¹⁴¹ y con referencia a la bigamia indígena. ¹⁴²

Por su parte la doctrina jurídica castellana indiana, en opinión de Víctor Tau Anzoátegui, tuvo una función clave en la estructura jurídica de los siglos XVI a XVIII, porque «dentro de la jurisprudencia casuista, dominante entonces, en la cual los casos o situaciones eran examinados a la luz de su propia peculiaridad, la doctrina era el depósito del saber jurídico, en donde se encontraban los elementos para apoyar la decisión». ¹⁴³

En este sentido, podemos decir que en los pleitos por cuestiones de familia compulsados, la invocación de opiniones y autores en los escritos judiciales era frecuente, pese al auge de la crítica contra esta fuente del derecho.

Muchas veces las alusiones eran generales, nombrando a sus representantes como «los doctores»; ¹⁴⁴ «nuestros regnícolas»; ¹⁴⁵ «la doctrina de nuestros prácticos criminalistas»; ¹⁴⁶ «un autor moderno»; ¹⁴⁷ «nuestros autores»; ¹⁴⁸ «los juristas»; ¹⁴⁹ «los prácticos»; ¹⁵⁰ «los clásicos autores»; ¹⁵¹ «la doctrina corriente de nuestros tratadistas»; ¹⁵² «los doctores y maestros»; ¹⁵³ «los libros»; ¹⁵⁴ «los autores»; ¹⁵⁵ o simplemente, «la doctrina de los autores». ¹⁵⁶ En ocasiones se discriminaba según el origen de los autores, aludiéndose a «los juristas extranjeros», ¹⁵⁷ mientras que en otras, a pesar de no indicarse el nombre, podía inferirse de quién se trataba, pues había temas en los que eran bien conocidas determinadas opiniones.

¹⁴⁰ LEVAGGI [133].

¹⁴¹ Bando del 9-9-1777. En AGN 196-5; AGN 110-16.

¹⁴² RLI, lib. 4, t. 1, ley 6, AGN 61-18; AGN 190-21.

¹⁴³ TAU ANZOÁTEGUI [4].

¹⁴⁴ AGN 282-4; AHPBA 5-5-80-31 y 5-2-17-9.

¹⁴⁵ AGN 282-4.

¹⁴⁶ AGN 290-12.

¹⁴⁷ AHPBA 7-5-12-8.

¹⁴⁸ AHPBA 5-5-80-31.

¹⁴⁹ AHPBA 5-5-80-31.

¹⁵⁰ AHPBA 5-5-80-31.

¹⁵¹ AHPBA 5-2-17-9.

¹⁵² AGN 243-1/2.

¹⁵³ AGN 243-1/2.

¹⁵⁴ AGN TC Año 1801.

¹⁵⁵ AHPBA 5-5-78-9.

¹⁵⁶ AHPBA 5-2-22-5.

¹⁵⁷ AHPBA 5-2-17-9.

De todos los autores, el más citado fue un «práctico»: Francisco Antonio de Elizondo. Los «prácticos» o «judicialistas», o como diríamos hoy en día «procesalistas» escribían en castellano, a diferencia de los grandes juristas teóricos, que enseñaban en las universidades. Los «prácticos» eran funcionarios y transmitían la experiencia adquirida en los distintos organismos en los que desempeñaban. Así enseñaban acerca de la forma de pleitear y resolver los casos concretos en el foro y de esta manera proporcionaban a los letrados los conocimientos prácticos que estos no habían recibido durante su paso por la universidad. A partir del siglo XVI y durante tres siglos produjeron obras englobadas bajo denominaciones tales como «Práctica forense», Práctica civil y criminal», «Instrucción», «Instituciones prácticas», etcétera, destinadas no a los estudiantes de las universidades, como lo hacían los catedráticos, sino a abogados, jueces y escribanos.

Elizondo era citado con frecuencia, a veces se le identificaba por su nombre y apellido, mientras que en otras oportunidades solo se exponían sus opiniones.¹⁵⁸ Es uno de los pocos autores a los que cita expresamente con mención de su obra, la *Práctica Universal Forense*.

También se mentó a Gregorio López; a Diego Pérez; a Juan López de Palacios Rubios —con relación al tipo de subordinación de la mujer al marido—; Antonio Gómez; a Diego de Covarrubias; a Juan Gutiérrez; al Conde de la Cañada en el tema de la competencia de los tribunales eclesiásticos y a Castillo de Bovadilla en la cuestión del domicilio del litigante.¹⁵⁹ A pesar de que no se citaban expresamente las obras, se mentaban autores de trabajos de contenidos jurídicos generales, basados a su vez en distintos tipos de leyes, costumbres, prácticas judiciales y doctrinas. Nos ha llamado la atención la omisión de la invocación de autores que le habían dedicado largos capítulos de sus obras a las relaciones familiares, como Pérez y López, Asso y Manuel o Febrero.

Por su parte los canonistas eran citados en general como «los teólogos».¹⁶⁰ Roberto Peña ha sostenido que eran constantemente invocados en la interpretación del texto legal, en la formulación de la costumbre, en la conveniente apreciación del caso, en el estilo judicial, y en los modos de abogar y sentenciar.¹⁶¹ Aunque Peña se refiere al papel de los canonistas con relación a los pleitos planteados ante las curias, hemos registrado su presencia en los expedientes también planteados ante los tribunales reales.

El canonista más citado fue Tomás Sánchez, autor de la obra *Controversia de Sancti Sacramenti Matrimonii*, cuya opinión no solamente era tenida en cuenta en los pleitos sobre divorcio y nulidad de matrimonio suscitados ante los tribunales

¹⁵⁸ AGN C17-13; 243-1/2; 40-16; AHPBA 5-5-80-31.

¹⁵⁹ AHPBA 5-2-17-9.

¹⁶⁰ AHPBA 5-2-17-9.

¹⁶¹ PEÑA [52].

religiosos, sino también en las cuestiones derivadas del sacramento entabladas ante nuestras justicias.¹⁶²

Hemos detectado también la cita de San Agustín, del padre Avendaño con su *Thesaurus Indico*, Azevedo,¹⁶³ Calmet,¹⁶⁴ Molina,¹⁶⁵ Peláez, Martín de Azpilcueta Navarro, Díaz de Lugo,¹⁶⁶ Juan de Montealegre, Salmerón,¹⁶⁷ Pereira¹⁶⁸ y Salgado, Abad y Bartolo, Laynes¹⁶⁹ y Vergara.¹⁷⁰

Podemos afirmar que en el acotado universo de los pleitos entre integrantes del grupo familiar, se invocaron varios de los nombres citados en los expedientes por cuestiones civiles y penales.¹⁷¹

¹⁶² PEÑA [52] y Raúl MOLINA, *La familia porteña en los siglos XVII y XVIII. Historia de los divorcios en el período hispánico*, Fuentes Históricas y Genealógicas Argentinas, Buenos Aires, 1991, AHPBA 5-5-80-31; 5-2-17-9; 5-5-78-18. Se lo tuvo en cuenta al discutirse si el juicio de divorcio era criminal o civil, y traerse a colación su opinión en el sentido de que no se podía acusar al marido en los dos tribunales.

¹⁶³ Luiz de Azevedo, estudioso jesuita nacido en Portugal en 1573 y muerto en Etiopía en 1634. Se destacó por las traducciones que efectuó de partes de las Sagradas Escrituras (<http://www.newadvent.org/cathen/02167a.htm>).

¹⁶⁴ Augustin Calmet, celebrado exegeta benedictino, nacido en Francia en 1672 y muerto en el mismo país en 1757. Enseñó Filosofía y Teología en la Abadía de Moyon-Moutier. Redactó un comentario de la Biblia, en el que lo más valioso son los prefacios a varios libros y 114 disertaciones sobre varios temas (<http://www.newadvent.org/cathen/03189a.htm>).

¹⁶⁵ Luis de Molina, Jesuita español nacido en Cuenca en septiembre de 1535 y muerto en 1660. Comenzó su carrera docente enseñando Artes en Coimbra entre 1563 y 1567 y en abril de 1571 obtuvo el grado de doctor en Teología en la Universidad de Évora. Fue autor de una gran obra jurídica, «Los seis libros de la justicia y el derecho», sin embargo, su nombre está indisolublemente unido a la famosa obra *Concordia liberi arbitrii cum gratiae donis* y a su *De iustitia et iure*. Se trata de una obra compuesta de 760 indigestas disputationes éticas y jurídicas, donde también se justifica el regicidio, y, al tratar de las penas, se posterga el fin correccional asentando que el juzgador «no ha de mirar tanto al bien del delincuente como al bien común de la república. <http://www.filosofia.org/ave/001/a154.htm>.

¹⁶⁶ Creemos que se trata de Juan de Lugo, cardenal español jesuita nacido en Madrid en 1583 y muerto en Roma en 1660. Fue profesor de Teología en Roma. Escribió una obra llamada también *De iustitia et iure*, caracterizada, como la mayoría de su obra por su mente penetrante y crítica. Es considerado como uno de los mejores representantes de la renovación teológica de los siglos XVI y XVII (<http://www.newadvent.org/cathen/09418b.htm>).

¹⁶⁷ Alphonsus Salmeron, jesuita nacido en Toledo en 1515 y muerto en Nápoles en 1585. Estudió Literatura y Filosofía en Alcalá y luego Filosofía y Teología en París. Asistió con Lainez al Concilio de Trento como teólogo de Pablo. Se doctoró en la Universidad de Bologna. Las actas del Concilio muestran que tuvo una gran influencia en los varios temas que se discutieron, entre los que se encuentran el tema del matrimonio y el de la jurisdicción eclesiástica (<http://www.newadvent.org/cathen/13402b.htm>).

¹⁶⁸ Benedicto Pereira, filósofo, teólogo y exegeta español nacido cerca de Valencia alrededor de 1535 y muerto en 1610 en Roma. En su obra «Commentariorum et disputationum in Genesim tomi quattuor» analiza las mayores dificultades del Génesis (<http://www.newadvent.org/cathen/11664c.htm>).

¹⁶⁹ Jaime Laínez, teólogo jesuita, nacido en 1512, en Almazán, Castilla, y muerto en Roma en 1565. Estudió en la Universidad de Alcalá, en la que se licenció en Filosofía a los 20 años. Fue elegido por Pablo III como teólogo papal, junto a Salmerón y Lefèvre en el Concilio de Trento. Su obra más conocida es *Disputationes Tridentinae* (<http://www.newadvent.org/cathen/08747a.htm>).

¹⁷⁰ Todos estos autores fueron citados en AHPBA 5-2-17-9 y 7-5-12-8.

¹⁷¹ Tales como Antonio Gómez, Gregorio López, Castillo de Bovadilla, Avendaño, Covarrubias, Salgado de Somoza, Elizondo, etcétera, mencionados en María Rosa PUGLIESE, «Las fuentes del derecho a través

En una época en la que «a lo establecido y experimentado» se le concedía un especial valor, debido al auge de los conocimientos prácticos y a la presunción de que lo que había sido observado por mucho tiempo era útil y justo,¹⁷² se invocaba la «práctica forense». Creemos que se hacía referencia a la costumbre observada al litigar, a la forma acostumbrada o lo que reiteradamente se estilaba repetir en los procedimientos judiciales, ya sea como modos de actuación o de resolver las cuestiones litigiosas.¹⁷³

Así la práctica forense aparece citada simplemente como «la práctica»,¹⁷⁴ el «estilo y práctica de Madrid»,¹⁷⁵ o directamente «la práctica universal forense».¹⁷⁶ Esta presencia del rol judicial en la creación del derecho, es para Pugliese, «un reconocimiento a formas determinadas de resolver ciertas cuestiones».¹⁷⁷

Poca cabida tuvo en los pleitos de familia la invocación de la costumbre como fuente autónoma de creación jurídica, y en las escasas oportunidades en la que la hemos visto invocada, lo ha sido como «uso y costumbre» procesal,¹⁷⁸ en el sentido de uso o estilo nacido de la costumbre procesal; como por ejemplo a «la costumbre de llamar civiles a los juicios de divorcio por sevicia, adulterio y herejía»,¹⁷⁹ o a lo pernicioso que sería para la costumbre admitir judicialmente una escritura de separación total y personal de lecho y cohabitación marital.¹⁸⁰ En este último caso pareciera que se hubiera querido advertir acerca de posibilidad de generar un precedente pernicioso para futuras tramitaciones.

Además de las fuentes mencionadas, y como expresión de la convivencia de las ideas de la Ilustración con otras más tradicionales, aparecían de tanto en tanto invocaciones a la razón;¹⁸¹ la «justicia»;¹⁸² «la equidad»;¹⁸³ «el espíritu de las leyes»;¹⁸⁴ «la sana moral»;¹⁸⁵ «las intenciones del rey»;¹⁸⁶ «los principios más obvios del derecho»¹⁸⁷ y

de los expedientes judiciales en el Virreinato del Río de la Plata», *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1997, Tomo I, p.135/182. 135/182.

¹⁷²Citado por Abelardo LEVAGGI, «El concepto de derecho según los fiscales de la Segunda Audiencia de Buenos Aires (1784-1810)», *Revista chilena de Historia del Derecho* N°14, 1985, p. 246.

¹⁷³Conforme PUGLIESE [171], p.166.

¹⁷⁴AGN TC A 1 1801; AGN 117-7; AGN 133-16.

¹⁷⁵AHPBA 7-5-12-8.

¹⁷⁶AGN 40-16.

¹⁷⁷Conforme PUGLIESE [171].

¹⁷⁸AGN 290-12.

¹⁷⁹AHPBA 5-5-80-13.

¹⁸⁰AGN TC L1 1802.

¹⁸¹AGN TC L1 1800; TC A1 1800; AHPBA 7-5-12-8 y 5-5-80-31.

¹⁸²AGN TC L1 1800-1809.

¹⁸³AHPBA 5-5-80-31 y 5-2-22-5.

¹⁸⁴AGN TC A 1 1800; AHPBA 5-2-17-9.

¹⁸⁵AHPBA 5-5-78-28.

¹⁸⁶AGN 21-19.

¹⁸⁷AHPBA 7-3-116-47.

hasta la fábula de la rana y la mariposa de Esopo citada en un pleito sobre el depósito judicial de la esposa.¹⁸⁸

7. CONSIDERACIONES FINALES

De entre todos los pleitos por razones de familia examinados, fueron los entablados entre marido y mujer los más ricos en citas de legislación y doctrina. Tal vez esta presencia pueda explicarse a partir de la existencia de una mayor cantidad de fuentes en materia matrimonial, comprensivas de disposiciones canónicas, un más vasto derecho castellano, normas de derecho indiano y un elenco de moralistas y juristas castellanos e indianos que se ocuparon de las relaciones conyugales como no lo hicieron con las paterno-filiales.

La compulsa sobre expedientes judiciales demuestra que en una época en la que se prescribió prescindir de la cita erudita y fundamentar las resoluciones en el criterio personal de quienes tenían la misión de administrar justicia y sus asesores, todos los involucrados en las causas entabladas consideraron conveniente sustentar sus posiciones en las leyes, opiniones, doctrinas y cualquier otra fuente de derecho que sirviese para hacer más sólidas las pretensiones acercadas. En opinión de María Rosa Pugliese, «los frutos aún no estaban sazonados en nuestro territorio»¹⁸⁹ para prescindir de la cita de la doctrina de los autores. En este sentido, es posible constatar las citas frecuentes del derecho castellano-indiano y de las opiniones de los canonistas, moralistas y juristas mencionados, lo que demuestra la versación y manejo de estas fuentes por parte de justicias, asesores y apoderados. Este conjunto de fuentes del derecho fue invocado en los estrados judiciales sin que pueda percibirse un orden de prelación entre todas ellas que permita inferir el predominio de unas sobre otras, sino un reforzamiento entre ellas. En este sentido, por lo menos en lo que respecta al derecho de familia aquí analizado, leyes, reales cédulas u opiniones de moralistas o juristas constituyen un sólido tejido en el que el universo de fuentes acuden unas en soporte de las otras.

En todas las cuestiones que llevaron a los integrantes del grupo familiar a litigar, tales como el incumplimiento del deber de convivencia, malos tratos, derecho al deber alimentario, divorcio, amancebamiento, bigamia, adulterio, cuestiones de procedimiento y de competencia entre la justicia eclesiástica y la secular, disensos paternos al matrimonio de los hijos y otros, siempre existió la posibilidad de citar alguna norma, alguna opinión de doctrina, alguna opinión de peso.

La invocación de este matizado universo de leyes, reales cédulas, pragmáticas, autores reconocidos y costumbres procesales da cuenta de que, por lo menos en los pleitos por cuestiones de familia planteados ante la Audiencia de Buenos Aires en

¹⁸⁸AGN TC Cl 1800-180.

¹⁸⁹PUGLIESE [171].

pleno siglo XVIII, las partes, letrados y asesores efectuaron su propia interpretación del derecho.

A partir de esta constatación, y tomando distancia de una visión exclusivamente legalista del derecho, podemos afirmar que en lo que respecta a las relaciones de familia y en el espacio geográfico y temporal estudiado, el derecho invocado y aplicable fue un matizado conjunto integrado por leyes, opiniones de doctrinas y prácticas judiciales.

En síntesis, que en lo que hoy conocemos como el ámbito del derecho de familia, el derecho romano, las disposiciones castellano-indianas, su doctrina jurídica —muy especialmente la obra de los «prácticos»— y las opiniones de los teólogos morales de los siglos XVI y XVII formaron parte importante del *Corpus Iuris Indiarum*.