

LA POTESTAD MARITAL Y LOS DERECHOS DE LA MUJER CASADA EN EL SISTEMA JURIDICO INDIANO

ANTONIO DOUGNAC RODRIGUEZ¹
Universidad de Chile

1. INTRODUCCION

Un vistazo a la producción histórica dedicada al derecho indiano demuestra que los temas iusprivatísticos han sido poco abordados por los especialistas. En materia de derecho de familia la pobreza es grande, aunque hay algunas aportaciones de valor. Así, la sólida monografía de Daisy Ripodas Ardanaz² dedicada al matrimonio, se erige en pieza fundamental para iniciar cualquier investigación. Si ella hubiera dedicado su atención a la totalidad de la regulación del matrimonio, considerando tanto el derecho castellano subsidiario como el indiano propiamente tal, y todavía en éstos, el civil y canónico, habría tenido que escribir muchísimos tomos. Por ello, y como lo señala en su *Advertencia* preliminar (p. VIII), dio por conocido el derecho general, tratando aquellas materias de la relación conyugal que mayores particularidades presentaban en Indias. En lo tocante a la potestad marital, se refirió a los temas de unidad y quiebra del domicilio común. Otro estudio de interés, el de Federico Aznar Gil, como lo indica su título, se limitó al aspecto canónico en un momento concreto del derecho indiano: el siglo XVI.³ Si importante por su aproximación temprana al derecho matrimonial fue la comunicación de Roberto I. Peña al Segundo Congreso de Historia del Derecho Indiano, sus características hicieron que diera una panorámica general de tal derecho.⁴ Peña vuelve a tratar el tema desde la perspectiva canónica en un importante estudio sobre nulidad de matrimonio publicado en 1988, al que me refiero *ut infra*. Igualmente panorámicos son los antiguos estudios de José María Ots Capdequí, aún útiles por muchos conceptos.⁵ Por último, no hay aportación directa al tema que nos preocupa en los trabajos sobre derecho de familia que cita, exhaustivamente, Ismael Sánchez-Bella en una reciente obra,⁶ a excepción de una tangencial referencia que yo hiciera en mi *Esquema del régimen económico matrimonial en Chile indiano*⁷ y en mi *La unidad de domicilio conyugal en Chile indiano*, que cito más abajo.

Se colige de lo dicho, que el tema no ha sido tratado con anterioridad, lo que plantea al investigador no pocas dificultades. He recurrido primero que todo,

¹ El presente trabajo se ha llevado a efecto gracias a la cooperación de Fondecyt.

² *El matrimonio en Indias. Realidad social y regulación jurídica* (Buenos Aires, 1977), 454 pp. más ilustraciones.

³ *La introducción del matrimonio cristiano en Indias. Aportación canónica (s. XVI)* (Salamanca, 1985).

⁴ *Notas para un estudio del derecho matrimonial indiano*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 6 (Santiago, 1970), pp. 319 y ss. Del mismo autor es la importante obra que cito en nota 21.

⁵ *Bosquejo histórico acerca de los derechos de la mujer en la legislación de Indias* (Madrid, 1920); *El sexo como circunstancia modificativa de la capacidad jurídica*

en nuestra legislación de Indias, en *Anuario de Historia del Derecho Español* N° 8 (Madrid, 1930), pp. 311 y ss. Tales obras sirvieron de base para lo que expresa en *Instituciones*, en *Historia de América y de los pueblos americanos dirigida por Antonio Ballesteros y Beretta* (Barcelona, 1959), pp. 374 a 385, en *El Estado español en las Indias*, 4ª ed. (México, 1965), pp. 73 y ss., y en *Historia del Derecho español en América y del Derecho Indiano* (Madrid, 1969), pp. 220 a 225.

⁶ *Balace de la Historiografía sobre Iberoamérica (1945-1988)* (Pamplona, 1989), pp. 309, 340 y 341.

⁷ En *Revista Chilena de Derecho*, II/3-6 (Santiago, 1975), pp. 165 y ss.

obviamente, a la legislación, tanto castellana como indiana propiamente tal; luego, lo he hecho a los tratadistas. Siendo éstos casi infinitos, me he concretado a aquellos autores que más citados he hallado en los expedientes.⁸ He revisado, asimismo, un considerable número de causas de los archivos Capitanía General y Real Audiencia del Archivo Nacional. De ese mismo repositorio he utilizado unos apuntes o resúmenes de clases pertenecientes a un alumno de la Universidad de San Felipe y practicante de la Academia de Leyes y Práctica Forense de Santiago de Chile, Gregorio Vicente de Santa María y González,⁹ que tienen el particular interés de mostrar lo que era el derecho realmente usual que se enseñaba en Chile en las postrimerías del período indiano.

2. POTESTAD MARITAL

Sin entrar en el tema, por demás arduo, del origen de la potestad marital, es muy aceptable el dicho de Biondo Biondi según el cual ésta habría aparecido bajo la férula de la influencia cristiana, primero de hecho, precisándose jurídicamente con posterioridad. Trataríase de un poder de asistencia y protección que el marido, en calidad de *caput mulieris* tendría respecto de la mujer, que vendría a reemplazar a la arcaica *manus* de egoístas repercusiones.¹⁰ El *mundium* germánico habría tenido también un contenido muy protector,¹¹ aunque hay quienes no lo vean tan claro.¹² Una y otra vertiente habrán influido en el derecho castellano medieval,

⁸ Se ha utilizado, especialmente, a ACEVEDO, Alfonso de *Commentariorum Iuris Civilis in Hispaniae Regias Constitutiones*, en particular el tomo 3º. *Quintum librum Novae Recopilationis complectens* (Salamanca, 1591); HEVIA BOLANOS, Juan de, *Curi Filípica* (Madrid, 1841); LLAMAS y MOLINA, Sancho de, *Comentario crítico-jurídico-literario á las ochenta y tres Leyes de Toro* (Madrid, 1827), que aunque es obra posterior a la época estudiada, trae muchas referencias pretéritas de extrema utilidad; GOMEZ, Antonio, *Ad Leges Tauri Commentarium Absolutissimum* (Madrid, 1794); DONOSO, Justo, *Instituciones de Derecho Canónico Americano*, 2ª ed. (Santiago, 1861), obra respecto de la que cabe decir lo mismo que de la de Llamas y Molina; MURILLO VELARDE, Pedro, *Cursus juris canonici hispani et indici* (Madrid, 1743); SANCHEZ, Tomás, *De Sancto Matrimonii Sacramento Disputationum* (Lugduni, 1625); GUTIERREZ, José Marcos, *Práctica Criminal de España publicala el licenciado ... editor del Febrero reformado y anotado para complemento de esta obra que carecía de tratado criminal* (Madrid, 1804); MONTEALEGRE, Juan de, *Praxis civile de exercitio practicarum actionum Tam in communi, quam Regio iure sancita iuxta hodiernum stylium. Opus praeclarum, et utilissimum ad publicum Reipublicae, tam in Scholis quam in causarum foro versantibus, in iudicando & consultando, valde necessarium. In duobus aureis libris conclusu. Authore Joanne a Montealegre Hispano, Iurconsulto clarissimo, olim (Philipi II) in Provinciis, Castellae veterae, ac Legionensis, Alcantarebus, et Llerenae Gubernatore, ac in tribunali Fidei Sanctae Inquisitio-*

nis, illius Provinciae Consiliario et in inclita et celeberrima civitate Sabmantina insigni pretore, et postmodu, in Regis Chancelleria Argentina Regni Piru, dignissimo Senatore. Defuncto Authore completum et recopilatum per Hyeronimum a Montealegre eius filium Iuriconsultum, & in dicta Regia Chancelleria Advocatum. Ad D. Ludovicum a Velasco Emilitia Sancti Jacobi, Marquionem Salinensem, & in Supremo Indiarum Senatu Insignem Praesidem (Matriiti, 1614); MATIENZO, Juan de, *Commentaria... in Librum Quintum Recolectionis Legum Hispaniae* (Mantua, 1597) y otras, que irán citadas.

⁹ *Compendium Juris ordinatum secundum ordinem Februari, a Domino Gregorio Vicentio a Santa Maria Gonzalez in hac Regali hujus Regni Chilencis Audiencia Advocato Anni Domini Millesimi Octogesimi quinti* (sic) en Fondo Antiguo, vol. 73.

¹⁰ BIONDI, Biondo, *Il diritto romano cristiano*. III (Milano, 1954), p. 106: "Si tratta di un potere di assistenza e protezione che si inquadra nelle providenze a favore delle donne [...]; in vista della unità della famiglia, il migliore protettore della moglie no può essere che il marito. Al posto della *manus*, potere egoistico attribuito al *paterfamilias*, subentra l'autorità maritale, avente fondamento e contenuto etico, attribuito al marito como tale, quale conseguenza della concezione cristiana del matrimonio".

¹¹ AHRENS, Enrique. *Historia del Derecho* (Buenos Aires, 1945), p. 323.

¹² BENEYTO PEREZ, Juan, *Instituciones de Derecho Histórico Español*, t. II (Barcelona, 1930), p. 16.

en algunos de cuyos fueros aparece la representación de la mujer por el marido y la necesidad de aquella de obtener licencia de éste para celebrar algunos contratos, sobre todo compraventas y prendas.¹³ La reviviscencia del derecho romano, sobre todo cuando se lo estudia con precisión humanista, hace que en el siglo XVI se intensifique la concepción de la mujer casada como incapaz, haciéndose indispensable la representación o autorización del marido para que ella pueda actuar en la vida jurídica.¹⁴ Sin embargo, la misma legislación y la práctica judicial y extrajudicial dieron pie para que la mujer obtuviera resquicios que aliviaran su excesivo sometimiento.

La potestad marital encuentra justificación en diversas consideraciones. Una de ellas es la fragilidad de la mujer —*imbecilitas* en latín—, que a veces es traducida impropriamente por “imbecilidad”, no faltando quien diga que “mulieres sunt viris longe inferiores et animo et corpore” y que “claramente se observa que el varón impera sobre la mujer presidiéndola y dominándola como dueño, con la misma potestad que tiene sobre sus sirvientes... y es del orden natural que sirvan las mujeres al varón, porque es de justicia que el más débil sirva al más fuerte”.¹⁵ Sin embargo, la mujer soltera mayor de 25 años que no está bajo patria potestad puede actuar con plena capacidad celebrando contratos y obligándose como principal deudora “lo mismo que cualquier hombre”¹⁶, aunque hay algunas prohibiciones que la afectan, como la de ser fiadora¹⁷ y otras.¹⁸

Se ve, pues, que más que la fragilidad femenina (que, en general no se predica respecto de la soltera), es la condición de casada la que trae consigo la incapacidad. El régimen económico matrimonial de comunidad de bienes restringido a los gananciales hace que durante el matrimonio el marido aparezca como dueño de los bienes existentes. El tiene respecto de los gananciales, conforme al gráfico decir de los tratadistas, el dominio en hábito y en acto, en tanto que la mujer sólo lo tiene en hábito, que devendrá acto a la disolución de la sociedad conyugal.¹⁹ En ese momento, de acuerdo a la ley 203 de Estilo, que originó Rec. Cast. 5, 9, 1, se consideraba que los bienes pertenecían a ambos cónyuges por mitades, salvo prueba en contrario. Los bienes propios de marido y mujer eran administrados, asimismo, por el marido, con la salvedad que, para disponer de los bienes de su mujer, requería de la autorización de ésta.²⁰ La idea pauliana de asimilar la unión matrimonial a la de Cristo con su iglesia hacía que se trasladara al campo doméstico la concepción del cuerpo místico: así como Cristo es considerado cabeza de la iglesia, el marido lo es de la familia. Por ende, es a él al que le corresponde la administración económica, según se ha expresado. Pero hay más:

¹³ Fueros de Molina, Fuentes y Alcalá. El Ordenamiento de Nájera en su título 33 expresaba: “Esto es por fuero de Castiella que ninguna duenna que haya marido, non puede comprar ningún heredamiento, non puede facer fiadura ninguna contra otro sin otorgamiento de su marido y si lo ficiere et el marido mostrase quel pasó ante testigos, si le diese una pescozada, e dixiese que no vale esta compra o fiadura que ella ficiera, es todo desfecho, et non vale por fuero”, lo que se copió en el Fuero Viejo 5, 1, 9: MARTÍNEZ MARINA, Francisco, *Ensayo histórico crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de D. Alonso el Sabio*, t. I (Madrid, 1834), p. 288.

¹⁴ BENEYTO PEREZ, Juan, *Manual de historia del derecho español*, 2ª ed. (Zaragoza, 1948), p. 200 y LALINDE ABADIA, Jesús, *Iniciación histórica al*

derecho español (Barcelona, 1970), p. 585. El mismo fenómeno se observa en Francia, también en el siglo XVI: FOIGNET, René, *Manuel Élémentaire d'Histoire du Droit Français*, 14ª ed. (París, 1946), p. 340.

¹⁵ MONTEALEGRE, op. cit., L. 1ª, cap. 5, Nª 96, quien cita a Tiraquelo, San Agustín y Aristóteles.

¹⁶ SANTA MARÍA, op. cit., fs. 130.

¹⁷ Rec. Cast. 5, 12, 3.

¹⁸ Por ejemplo, P. 3, 16, 17; P. 6, 1, 1; P. 7, 1, 2; P. 3, 5, 5.

¹⁹ MATIENZO, op. cit., glosa 3 Nª 18 a Rec. Cast. 5, 9, 2.

²⁰ Hay varios casos en que las mujeres reclaman la nulidad de ventas hechas por sus maridos sin su consentimiento, p. ej., Archivo Real Audiencia (en adelante R.A.) vol. 211 y vol. 1727, p. 2ª.

él tiene también ciertos derechos no patrimoniales respecto de su cónyuge. Al conjunto de derechos del marido sobre la personas y bienes de la mujer se lo denominó potestad marital.

El típico casuismo del sistema jurídico en boga –heredero en no poca medida de la aproximación jurisprudencial romana– impidió que se regularan *in extenso* las relaciones patrimoniales y extrapatrimoniales entre marido y mujer. Aun las Leyes de Toro de 1505, que fijaron el marco institucional fundamental del derecho de familia, lo hicieron solucionando los conflictos, dudas y dificultades de interpretación que, en cada caso concreto, ofrecía el derecho precedente. La circunstancia de que el matrimonio presente dos perspectivas –de sacramento y de contrato– implicó que el derecho civil, por una parte, y el canónico, por otra, entraran a regularlo. Los juristas, a su vez, aunque tenían sobrados conocimientos de *utriusque iuris*, solían dedicarse o a uno o a otro y, en consecuencia, dejaban inatendido aquel derecho que no era totalmente de su especialidad. Por otra parte, muchos autores más que tratar instituciones completas, se dedicaban a formular comentarios, glosas y observaciones a la legislación vigente, siguiendo el orden de ella. Tal es el caso de Antonio Gómez, Juan de Matienzo y Gregorio López, por mencionar sólo a los más destacados. Hay, sin embargo, un autor indiano, Juan de Montealegre, que trata con cierta organicidad este tema cuando se refiere a las personas que no pueden parecer en juicio como los monjes, siervos, sordomudos, pródigos, etc. y dedica el capítulo 5º del libro 1º de su obra a la *potestas maritalis*.

Sin definirla, señala cuáles son sus consecuencias. Veámoslas. De carácter no patrimonial son la reverencia que la mujer debe al marido; su obligación de servirlo; la de seguir su domicilio, habitando en su casa y en el lugar adonde él quisiere migrar; el poder del marido de “reivindicarla” sea con intervención judicial o de propia autoridad; el de castigarla moderadamente y aun encadenarla; sigue la mujer el fuero del marido perdiendo el suyo propio; pasa ella a pertenecer a la familia del marido y deja la de sus padres; por último, sigue la condición social de su cónyuge, disfrutando, en su caso, de las honras y preeminencias que a él correspondan. En lo económico, no puede la mujer contratar ni parecer en juicio sin licencia marital; si ella hiciera o diera algo en beneficio del marido y en perjuicio suyo propio, se presume haberlo hecho por miedo y reverencia al marido; durante el matrimonio el marido es mirado como dueño de los bienes dotales y no le corre prescripción a la mujer sobre tales bienes. Como consecuencia de carácter penal señala que la mujer, por reverencia al marido, no está obligada a denunciar los delitos de éste; mas, una vez muerto, ha de hacerlo igual que cualquier otro que, estando bajo su potestad, hubiera tomado conocimiento del hecho. La práctica judicial corrobora muchas de estas expresiones de la potestad marital. Una sentencia canónica de 1746, tras rechazar una demanda de nulidad de matrimonio, expresaba: “mandamos que la dicha doña Isabel siga a su marido y con él haga vida maridable y le respete y reverencie como es obligada, con apercibimiento que de lo contrario, se procederá contra ella por todo rigor de derecho”.²¹

Montealegre explica a continuación las conexiones y limitaciones que ofrecen estos derechos del marido, lo que dejaré de lado en esta ocasión a objeto de detenerme en los que competen a la mujer. En cuanto al inicio de la *maritalis potestas*, lo fija en la celebración del matrimonio por palabras de presente, sin que

²¹ PEÑA, Roberto I., *Fuentes del Derecho Indiano: los Autores, Anacleto Reiffenstuel y el Jus Canonicum Universum en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, t. XXVI (Córdoba,

1988), p. 151, donde se transcribe en esencia el fallo recaído en juicio de nulidad de matrimonio ventilado en Córdoba entre Manuel Romero e Isabel Martínez por supuesta cópula ilícita.

sea necesario que los cónyuges vivan juntos y mucho menos que haya tenido lugar cópula.²²

3. DERECHOS NO PATRIMONIALES DE LA MUJER FRENTE AL MARIDO

Del examen del material reunido para este estudio se sigue que la mujer tenía los siguientes derechos de contenido no patrimonial o preferentemente personales frente a su cónyuge: a) derecho a la fidelidad de su marido; b) ciertos derechos o privilegios en caso que fuera ella quien se amancebase con otro hombre casado o con clérigo; c) ciertos derechos o privilegios en caso de adulterio cometido por ella; d) derecho-obligación de ambos cónyuges a la unidad del domicilio; e) derecho a no seguir el domicilio común en ciertos casos; f) derecho a un débito normal; g) derecho a buen trato; h) derecho a disfrutar de los honores y preeminencias del marido; i) derecho a ser socorrida en caso de enfermedad; j) derecho a alimentos²³ y k) derecho a no realizar tareas excesivas o innobles.

3. A) DERECHO DE LA MUJER CASADA A LA FIDELIDAD DE SU MARIDO

Hay cierta relativa equivalencia entre las obligaciones de fidelidad de marido y mujer. Esta, cuando es infiel, comete el delito de adulterio, que es "el acceso que tiene un hombre con mujer casada, sabiendo que lo era".²⁴ El marido, por su parte, comete delito de amancebamiento cuando tiene concubina públicamente. Es de observar que era necesaria la publicidad para que se diera por tipificado el delito, por lo que, si el marido era cauto y tenía manceba secretamente, no era pasible de pena alguna. "Fúndase esta diferencia en que por el acceso del marido con otra muger, aun quando sea casado, no causa daño ni deshonra a la suya, siendo así que, además de la afrenta, mayor por cierto de lo que publica la depravación, puede seguirse de la deshonestidad de ella gran perjuicio al marido; pues si quedase embarazada del adúltero, sería heredero de aquél un hijo de otro y percibiría lo que debería distribuirse entre sus propios hijos".²⁵ Es, pues, la diversa consecuencia social de ambos delitos la que acarrea el trato diferente que se les da, criterio que ya aparece en Partidas 7, 17, 1: "del adulterio que faze el varón con otra mugier non nace daño nin deshonrra a la suya". Con todo, podía exigir la mujer a su marido formal promesa de no tener concubina.²⁶

²² Lib. I, cap. V, N^o 70 y 76.

²³ Incluyo el derecho a alimentos entre los no patrimoniales o personales, en lo cual sigo a FERNANDEZ CLERIGO, Luis, *El derecho de familia en la legislación comparada* (México, 1947), pp. 66 a 70; a FUEYO LANERI, Fernando, *Derecho Civil*, t. VI, *Derecho de Familia*, Vol. 1 (Santiago, 1959), pp. 233 y ss., y a PUIG PEÑA, Federico, *Compendio de Derecho Civil Español*, 3^a ed. (Madrid, 1976), t. V, pp. 104 y ss. Lo mismo se desprende de las explicaciones de JOSSERAND, Lo-

uis, *Cours de Droit Civil Positif Français*, 2^{de} ed. (París, 1932), pp. 450 y ss.

²⁴ GUTIERREZ, José Marcos, op. cit., t. 3^o, p. 182. Al amancebamiento se refiere VILLADIEGO, op. cit., p. 255, y ACEVEDO, op. cit., t. 5^o pp. 300 a 312, donde trata de amancebamientos y pp. 312 a 314, donde habla del adulterio.

²⁵ GUTIERREZ, José Marcos, ibídem.

²⁶ ACEVEDO, op. cit. t. V in Rubrica tít. 20 N^o 9 (Lib. 8 Rec. Cast).

Se diferenciaban ambos delitos en que el de adulterio era de acción privada, como se verá, en tanto que el de amancebamiento lo era de acción pública, constituyendo uno de los “pecados públicos”, cuya persecución se encargaba principalmente a los corregidores. En los *Capítulos de corregidores* dados en Sevilla por los Reyes Católicos en 1500 se leía: “XLVII Iten que tenga cargo especial de castigar los pecados públicos y juegos y amancebados y blasfemias y otros casos semejantes. Y cerca de los marcos que se han de llevar a las mancebas de los Clérigos e Frailes y casados: mandamos que por la primera vez que fuere hallada la muger ser manceba pública de Clérigo o Frayle o casado la condene a pena de un marco de plata, y destierro de un año, de la Ciudad, o Villa, o Lugar donde viviere y de su tierra; y por la segunda vez la condene a pena de un marco de plata, y destierro de dos años: e por la tercera vez sea condenada a pagar un marco de plata, e a que la den cien azotes públicamente, e la destierren por un año. Y que el Corregidor o Alguacil o otro Juez que llevare pública o secretamente marco o maravedís algunos, por razón de lo susodicho, sin ser sentenciado y executado el dicho destierro e otras penas primero, por orden de como en este capitulo se contiene, pague por el mismo hecho lo que llevó con las setenas para la nuestra Camara o Fisco, y sea privado del Oficio”.²⁷ De la negligencia en pesquisar estos delitos se hacía cargo a los corregidores en sus juicios de residencia.²⁸ Los párrocos debían averiguar si los que pasaban por maridos de algunas lo eran efectivamente, según se ordena en el sínodo de 1763, presidido por el obispo de Santiago Manuel de Alday: “porque sucede muchas veces venir de otras partes algunas Personas diciendo ser casados con las Mugeres que trahen, no siéndolo en realidad”; si no acreditaban debidamente su estado, “depositen la Muger hasta que el Varon ocurra por el referido testimonio u otra Probanza suficiente”.²⁹

Las Cortes de Briviesca, de 1387, castigaron al marido amancebado públicamente, pero que continuaba viviendo con su mujer legítima, con la pérdida de la quinta parte de sus bienes hasta monto de 10.000 maravedís cada vez que fuera hallado en ello, lo que incorporó la Recopilación de Leyes de Castilla a su disposición de 8, 19, 5. Esa suma era puesta en manos de parientes de la manceba para que tomase estado, casándose o ingresando en algún convento; pero si recaía en vida licenciosa, tal cantidad se entregaría por terceras partes a la cámara real, juez y acusador. Si el casado, en vez de vivir con su cónyuge, lo hacía públicamente con manceba, era castigado con la pérdida de la mitad de sus bienes para el Fisco. En igual pena incurría el hombre casado que hubiese sacado de su casa a mujer casada y se amancebara con ella cuando requerido por el marido o la justicia, no la devolviese (Rec. Cast. 8, 19, 6). Estas penas pecuniarias debían ser aplicadas dobladas en Indias de acuerdo a Rec. Ind. 7, 8, 5.

La manceba, a su vez, sufría como castigo el pago de un marco de plata o sesenta y cinco reales (que se aplicaba por terceras partes, una para el acusador—si lo había, en caso contrario, favorecía al juez— y dos para la cámara) y un año de destierro del pueblo donde morase; la segunda vez que fuera sorprendida, debería satisfacer otro marco y ser desterrada por dos años, y la tercera, nuevamente pagaría un marco, sufriría destierro por tres años y recibiría cien azotes en público. El juez que no aplicase estas penas sería privado del oficio (Rec. Cast. 8,

²⁷ En VILLADIEGO, op. cit., pp. 136 a 137.

²⁸ CAMPOS HARRIET, Fernando, *La institución del corregidor en el reino de Chile en III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios* (Madrid, 1973), p. 686.

²⁹ ALDAY y ASPEE, Manuel de, *Synodo Diocesana que celebró el Ilustrísimo señor doctor don Manuel de*

Alday y Aspee, obispo de Santiago de Chile, del Consejo de Su Magestad, en la Iglesia Catedral de dicha ciudad. A que se dio principio el día quatro de enero de mil setecientos sesenta y tres y se publicó en veintidós de abril de dicho año (Lima, 1764), tít. 89, constitución 13, fol. 56.

19, 1).³⁰ También se aplicaba a la mujer el aumento de la pena pecuniaria de que hablaba Rec. Ind. 7, 8, 5: “mandamos que la pena de marco contra los amancebados y las otras penas pecuniarias impuestas por las leyes de estos reinos de Castilla a los otros delinquentes sean y se entiendan el doble en los de las Indias...”.

La práctica judicial demuestra que en Chile nunca se aplicaban tan drásticos castigos, operando en favor de los delinquentes un favorable arbitrio judicial. Eran punidos ellos generalmente con destierro y ellas con reclusión en algún convento.³¹ Muchas veces alguna pena impuesta por la justicia de primera instancia era rebajada por la Real Audiencia, por ejemplo, un amancebado condenado a dos años de destierro en Valdivia vio liberalizada su pena a un año de destierro... en Valparaíso, donde debía de ir a vivir con su mujer legítima.³²

3. B) PRIVILEGIOS DE LA CASADA AMANCEBADA CON CASADO O CLÉRIGO

Sólo el marido podía iniciar juicio en contra de su mujer amancebada con casado o con clérigo o fraile, aun cuando ello fuera público: “ninguna muger casada pueda decirse manceba de Clérigo, Fraile ni casado, salvo seyendo soltera i tenida por el Clérigo por manceba pública; i que la tal muger casada no pueda ser demandada en juicio, ni fuera de él, salvo si su marido la quisiere acusar...” (Rec. Cast. 8, 19, 2). Había dos excepciones que miraban al castigo de los amancebamientos de clérigos con casadas. Una se refería al caso del marido que, siendo criado de clérigo, hubiera contraído matrimonio para ocultar la torpe relación de éste con su mujer, situación en la que ella podía ser perseguida aun sin acusación de su complaciente marido (Rec. Cast. 8, 19, 3). También hacía excepción la situación de lenidad del marido frente al público amancebamiento de su mujer con un clérigo (Rec. Cast. 8, 19, 2).

3. C) PRIVILEGIOS DE LA CASADA ADULTERA

La posibilidad de que mediante su adulterio la mujer introdujera hijos espurios a la familia formada con su marido hacía que este delito fuera castigado con dureza. En el *Liber Iudiciorum* y su versión castellana, el *Fuero Juzgo* (3, 4, 3) se establecía que, probados los hechos, la mujer y su correo fueran puestos en poder del marido “e faga dellos lo que quisiere”. La muerte de la “mugier hy el adulterador” es impune “non peche nada por el omecillo” (3, 4, 4). La misma regla repitió el Fuero Real (4,7,1): “ambos sean en poder del marido e faga dellos lo que quisiere e de quanto han: assi que no pueda matar al uno e dexar al otro;”³³ pero si hijos

³⁰ El *Liber Iudiciorum* y su versión castellana, el *Fuero Juzgo*, contemplaban que la manceba fuera puesta en poder de la mujer “daquel marido con quien fizo el adulterio que se vengue della cuemo se quisiere...”

³¹ Vid A. R. A. vol. 1175, p. 2^a (cinco años de destierro); vol. 2698, p. 19 (dos años de destierro); vol. 2460, p. 10 (dos años de destierro y azotes); vol. 2037, p. 6^a (1 año de destierro); vol. 2903, p. 36 (10 años de destierro).

³² Vid A.R.A. vol. 2307, p. 6^a (año 1753).

³³ La ley 93 de Estilo aclaraba que si se encontraba sólo a uno de los culpables, el marido debía de mantenerlo hasta hallar al otro y sólo entonces podía darles muerte. El Ordenamiento de Alcalá, en la ley 1^a del título 21, facultaba al marido para dar muerte a ambos culpables si los hallaba en flagrante delito: ambos debían ser muertos, a efectos de que no se produjeran acuerdos, por ejemplo con su mujer para dar muerte al rival o con éste para deshacerse de la mujer.

derechos hubieren amos, o el uno dellos, hereden sus bienes...". De la misma manera castigó tal delito la Nueva Recopilación (8, 20, 1), insistiendo en que el agraviado no podía matar a uno y dejar al otro; igualmente repitió la regla sobre el destino de sus bienes, de los que se apoderaba el burlado³⁴ salvo que tuviesen hijos legítimos. Sin embargo, algunos autores opinaban que esta venganza privada estaría derogada por el auto acordado 8, 8, 2 de Felipe V que prohibía "duelos y satisfacciones privadas". Expresaba ahí el monarca que "para que no queden sin castigo las ofensas y las injurias que se cometan..." él mismo tomaría la pertinente venganza, aunque para ello debiera llegar al último suplicio.³⁵

Las Partidas (7, 17, 15), a su vez, castigaban a la mujer con azotes públicos, pérdidas de sus derechos económico-matrimoniales y reclusión en un convento, de donde el marido, si la quería perdonar, podía sacarla en el término de dos años; de lo contrario, permanecería ahí de por vida. El que adulteró con ella, a su vez, era condenado a muerte. Sobre estas penas se expresaba así el fiscal Joaquín Pérez de Uriondo en un célebre juicio relativo a un adulterio de fines del siglo XVIII: "un autor español anotando las de Partidas dice: "Todas estas penas son muy justas, pero la práctica las ha atemperado se verán (prosigue) decisiones superiores más suaves unas que otras porque el arbitrio del Juez templá, habida consideración a las circunstancias y personas delinquentes; pero lo regular es que las adúlteras de mediana esfera entran en clausura y al hombre se le destierra y si acontece en gente baja, se encarcela a la mujer y el hombre va a un presidio; esto es, después de los trámites de la averiguación y de ser proveída la causa, sin que obste lo que sucede cuando las personas son de otro rango y esfera visible..."³⁶ La aseveración del fiscal se halla confirmada por la práctica que se observa en Chile; uno o dos años de destierro eran la pena corriente para los hombres, en tanto que para las mujeres bastaban de cuatro a seis meses de reclusión en algún convento.³⁷

³⁴ La ley 82 de Toro corrigió estos efectos patrimoniales: "El marido que matare por su propia autoridad al adúltero, y a la adúltera, aunque los tome *in flagranti delicto*, y sea justamente hecha la muerte, no gane la dote ni los bienes del que matare; salvo si los matare o condenare por autoridad de nuestra justicia, que en tal caso mandamos que se guarde la ley del fuero de las leyes, que en este caso disponen".

³⁵ GUTIERREZ, José Marcos, op. cit., t. III, p. 185.

³⁶ A.R.A. vol. 2037, fs. 95 v. La reclusión en un convento era reemplazada frecuentemente por depósito en casa de una familia no sospechosa, como aparece en el juicio contra Leonardo Morales y María de Abrego, A.R.A. vol. 2543, p. 2^a (1697). También se observa depósito en juicio contra Lorenzo Palomino y María Bermejo, A.R.A. vol. 2783, p. 3^a (1698-1701) y en juicio contra el capitán Pedro Palacios e Isabel Suárez, A.R.A. vol. 1282, p. 19 (1716).

³⁷ Un año de destierro a Valparaíso y otro de destierro a Valdivia son las penas asignadas a los hombres adúlteros en A.R.A. vol. 568, p. 2 y A.R.A. vol. 2307, p. 6; dos años de destierro es la pena asignada en A.R.A. vol. 2698, p. 1^a. Un año de destierro a Yumbel en A.R.A. vol. 2629, p. 6^a y un año de destierro a San Fernando en A.R.A. vol. 3022, p. 1^a (1758), juicio contra Dionisio Henri-

quez y María Santibáñez. La pena más alta es destierro por diez años a Lima, que aparece en A.R.A. vol. 2903, p. 36. En otro caso se condena al adúltero a seis meses de trabajos forzados en obras públicas prohibiéndosele el ingreso, por diez años, al curato de Rancagua, donde se había producido el delito (A.R.A. vol. 2365, p. 19 (año 1787). Las penas asignadas a las mujeres adúlteras son cuatro meses de reclusión en el monasterio que elija el marido (A.R.A. vol. 568, p. 2^a) y seis meses de reclusión en A.R.A. 2365, p. 19. En otra oportunidad, se la recluye sin señalársele término en su propio hogar, A.R.A. vol. 2365, p. 19. Anacleto Reiffenstuel en el lib. V, tit. XVI N^o 10 de su obra ya citada expresaba que "poenae feminae adulterae detrusio in arctum Monasterium ad agendam ibi poenitentiam perpetuam, si maritus eam amplius recipere non vult...". Un acucioso promotor fiscal recordaba las duras penas establecidas por la ley: "al adúltero [merece] la pena de excomunió que prescriben las instituciones canónicas en el título *de adulteris et aliis coniunctionibus illicitis*, asimismo la de amisió de bienes si los tuviere que pone la ley 6, tit. 19, lib. 8 de las Recopiladas de Castilla; y aun la de muerte corporal del adúltero y azotes de la adúltera que impone la ley 15 tit. 17, par. 7^a cuyo rigor modera la piedad con la inobservancia de su tenor en el todo..." (A.R.A. vol. 2365, p. 19, año 1767).

La ley 81 de Toro aclaró que no obstaba al castigo de este delito "que el dicho matrimonio fue ninguno, ora por ser parientes en consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado, ora porque qualquiera dell'os sea obligado antes a otro matrimonio o aya fecho voto de castidad o de entrár en religion, o por otra cosa alguna, pues ya por ellos no quedó deshacer lo que no debían" (Rec. Cast. 8, 19, 3). La jurisprudencia atemperó, no obstante, esta dura disposición, considerando Antonio Gómez, Acevedo y otros que no podía acusarse de adulterio a la mujer cuyo matrimonio hubiera adolecido de falta de consentimiento.

Tampoco podía ser acusada la mujer cuando no hubiera dolo suyo en la comisión del delito como cuando había sido forzada (P. 7, 17, 4) o cuando, creyéndose viuda por desaparecimiento comprobado del marido, hubiera contraído nuevo matrimonio y después apareciera éste (P. 7, 17, 5).

Privilegiaba fundamentalmente a la mujer el que sólo el marido pudiera deducir querrela por este delito conforme a Rec. Cast. 8, 19, 2, debiendo considerarse derogada la disposición de P. 7, 17, 2 que permitía que en ciertos casos lo hicieran el padre, hermano o tío de la adúltera.³⁸ Decía el fiscal Pérez de Uriondo en el juicio reseñado más arriba: "el delito de adulterio es de tan especial naturaleza que sólo puede acusarse por el marido y no por el juez de oficio si no es con consentimiento de aquél...".³⁹

Por otra parte, sólo podía acusarse a ambos correos y no a uno solo, en razón de la conexión del delito, "y esto aunque se haya profugado el adúltero, no habiendo muerto ni precediendo la transacción que sobre ello recaiga",⁴⁰ de acuerdo a la ley 80 de Toro (Rec. Cast. 8, 20, 2).⁴¹ Estas disposiciones castellanas se aplicaban en Indias por particular remisión de Rec. Ind. 7, 7, 4.

La jurisprudencia doctrinal favorecía a la mujer en cuanto había opiniones según las cuales no podía acusar de adulterio el marido que también lo hubiera cometido,⁴² concordante con Fuero Real 4, 7, 4: "si el marido que fiziere adulterio quisiere acusar a su muger que fizo adulterio: y ella dixere ante que diga de si, o de no, que no la pueda acusar, porque el hizo adulterio: si gelo provare puedalo desechar de la accusacion". Esta disposición se consideraba, sin embargo, derogada por las Ordenanzas Reales de Castilla, según lo expresaba el propio Alfonso Díaz de Montalvo en su glosa al Fuero Real.⁴³ Mas, desde el punto de vista doctrinario, la compensación de delitos era indiscutible.

Favorecía igualmente a la mujer el que el marido la hubiera aconsejado incurrir en adulterio, caso de lenocinio en el cual no podía acusarla, según Matienzo, quien tomaba pie en Fuero Real 4, 7, 5⁴⁴ y P. 7, 17, 7.

La misma disposición foral y P. 7, 17, 8 contemplaban que si el marido, tras el adulterio, tuviera a la mujer a su mesa y en su lecho, no podía después acusarla, por haber intervenido un perdón tácito, lo que asimismo acoge Matienzo.⁴⁵

Dos situaciones más de privilegio femenino son sacadas a luz en un proceso que el marido instara causa de adulterio y después no prosiguiese en ella (entendiéndose perdón) y que él renunciase expresamente a actuar en contra de su cónyuge,⁴⁶ basadas en P. 7, 17, 8.

³⁸ VILLADIEGO, op. cit., p. 291 y GUTIERREZ, op. cit., t. I, p. 105.

³⁹ A.R.A. vol. 2037, fs. 94.

⁴⁰ A.R.A. vol. 2037, fs. 94 v.

⁴¹ Esta disposición es expresamente citada en A.R.A. vol. 2119, p. 9, impidiéndose que el marido se querellara sólo contra uno de los coautores.

⁴² MATIENZO, op. cit., p. 14 N^o 102, quien cita al célebre Martín de Azpilcueta.

⁴³ DIAZ de MONTALVO, Alonso, *El Fuero Real de España diligentemente hecho por el noble Rey. Don Alonso noneno: Glossado por el egregio Doctor... Asimismo por un sabio Doctor de la universidad de Salamanca adicionado y concordado con las siete partidas y leyes del Reyno: dando a cada ley la adicion que convenia* (Salamanca, 1569), fol. 232.

⁴⁴ MATIENZO, ibídem.

⁴⁵ MATIENZO, ibídem.

⁴⁶ A.R.A. vol. 2037, fs. 95 v. y 96.

Constituía, por último, un privilegio que este delito tuviera un breve plazo de prescripción extintiva –cinco años– frente al corriente de veinte años (P. 7, 17, 4 y 7).

3. D) DERECHO-OBLIGACION DE LOS CONYUGES DE VIVIR EN EL DOMICILIO COMUN

Las obligaciones de la mujer relativas al domicilio conyugal a que se refiere Juan de Montealegre tratando de las consecuencias de la potestad marital⁴⁷ son, desde el punto de vista de la mujer, derechos que le permiten ser admitida en el hogar común. De la comunicación de cuerpos y obras que ha de seguir al matrimonio, dice Matienzo, se desprende que deban de vivir juntos, materia de la que ha de conocer el juez eclesiástico, quien puede compelerlos a ello fulminando censuras, aun con auxilio del juez secular.⁴⁸ Si el marido quisiera cambiarse de domicilio o de ciudad, la mujer debía seguirlo: “fit etiam ut quocumque migrare voluerit vir, uxor eum sequi teneatur, si domicilium mutare velit”.⁴⁹ La separación de marido y mujer no podía producirse de común acuerdo, ya que requería de sentencia judicial en un juicio de divorcio *quoad thorum et cohabitationem*, cuyas causas más frecuentes eran adulterio, sevicia o enfermedad contagiosa.⁵⁰ Se suspendía la obligación de vivir juntos durante la tramitación de tal divorcio. Parece que algunas veces las mujeres abusaban de esta franquicia, promoviendo un juicio que después no proseguían, disfrutando, entre tanto, de la separación provisoria pertinente. El obispo Manuel de Alday, en una de las constituciones del sínodo de 1763, ordenó que tales mujeres fueran depositadas en parte segura mientras durara el litigio, y si éste no fuera proseguido, “el Promotor Fiscal pida se junten a vivir maridablemente”.⁵¹ Se consideraba pecado público la separación voluntaria de marido y mujer. De este modo, cuando el marido, cuyo domicilio estaba en España, quería pasar a Indias debía, en principio, llevar a su mujer, como lo expresa una real cédula de 18 de febrero de 1549,⁵² dirigida a los oficiales de la Casa de Contratación: “ya sabeys como por nos vos está mandado que no dexeys pasar a las Indias a ninguna persona que fuere casado, sin que lleue a su muger”, en lo que quedaban incluidos los que tuvieren “oficios nuestros ansi de gouernacion, como de alguacilazgos, escriuanias, y Regimientos como cargos de Oydores...”.

Que marido y mujer vivieran juntos importaba para efectos económicos y morales, tales como el socorro que así recibirían ésta y su prole y el evitarse amancebamientos, adulterios o bigamias.⁵³ Pero existía también una razón netamente jurídica: el régimen económico matrimonial imperante en Indias era, como se ha dicho, el de comunidad de bienes restringido a los gananciales modificado por algunas donaciones por causa de matrimonio (esponsalicias, dotales, arrales). Dentro de este régimen, los bienes que marido y mujer adquirían y multiplicaban durante el matrimonio, mientras *vivían juntos* o estaban *de consuno*,

⁴⁷ MONTEALEGRE, op. cit., fs. 95 y ss.: “quintus effectus est quod uxor tenetur habitare cum viro in eius domo & civitate [...] sextus effectus est quod uxor sequit maritum suum quocumque migrare voluerit & si domicilium mutare vellit...”

⁴⁸ MATIENZO, op. cit., fo. 13, N° 90.

⁴⁹ MATIENZO, op. cit., fo. 13, N° 94.

⁵⁰ PEÑA. *Notas...*, p. 333. Sobre el tema del divorcio, RIPODAS, op. cit., pp. 383 y ss.

⁵¹ ALDAY, op. cit., tít. 8°, constitución 16, fo. 58.

⁵² En ENCINAS, Diego de, *Cedulario Indiano recopilado por... Reproducción facsímil de la edición de 1596 con estudio e índices de Alfonso García Gallo, Libro Primero* (Madrid, 1945), p. 400, que es Rec. Ind. 9, 26, 28.

⁵³ DOUGNAC RODRIGUEZ, Antonio, *La unidad de domicilio conyugal en Chile indiano*, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 7, N° 1 a 6 (Santiago, 1980), pp. 566 a 567.

eran comunicables entre ellos por mitad. ¿Qué debía entenderse por estar *de consuno*? Si bien para la mayor parte de los tratadistas ello era considerado más bien como un *animus* (así Matienzo⁵⁴ y Solórzano⁵⁵), para otros, la necesidad de cohabitación era entendida en forma estricta, exigiendo que marido y mujer vivieran juntos sin separarse jamás. Tal posición entroncaba con los textos forales castellanos: en el Libro de los Fueros de Castilla, por ejemplo, se establecía que para que las ganancias de los cónyuges fueran comunes era menester que vivieran bajo un mismo techo, pues en caso contrario lo ganado por cada uno le pertenecía exclusivamente y las deudas de cada cual gravarían al que las contrajo y no al otro.⁵⁶ Interesaba, pues, bastante a la mujer ser admitida en el domicilio común, arriesgándose, de lo contrario —en caso que se siguiera la corriente de interpretación estricta de la cohabitación—, a que lo que el marido produjera fuera exclusivamente suyo, privándola del derecho a gananciales. Esta interpretación es acogida beneficiando a la mujer en un juicio ventilado en Santiago a principios del siglo XIX entre Carmen Navarro y Esteban de Salamanca. Habiendo huido Salamanca de casa, la mujer trabajó duramente, logrando adquirir un terreno y construir unos ranchos. Vuelto aquél, adujo ser administrador de los bienes gananciales y vendió el terreno referido. Ante la reclamación de la mujer, se declaró que tales bienes eran exclusivamente suyos, anulándose la venta que había hecho el marido.⁵⁷

El derecho-obligación de vivir juntos era recíproco. El marido cuya mujer no quisiera vivir con él podía *vindicarla* como consecuencia de su potestad marital, lo que podía hacer por su propia mano o bien recurriendo a la intervención judicial.⁵⁸ Para que ella se alejase de la familia, se requería de una licencia del marido de las que hay ejemplos en los archivos notariales chilenos.⁵⁹ Pero, por reciprocidad, tenía, a su vez, la mujer derecho a que el marido no se ausentara del hogar. En virtud de Rec. Id. 7, 3, 7, los casados en Indias podían alejarse de sus hogares, por tiempo limitado, siempre que las autoridades les dieran licencia, examinando las causas invocadas. Atendidas las edades de marido y mujer y el número de hijos, era necesario que dejaran suficientemente provisto su sustento y debían, además, otorgar fianza de que volverían dentro del tiempo señalado. Estas normas aparecen cumplidas en la práctica jurídica chilena. Las mujeres dan licencia a sus maridos para ir a España, Buenos Aires o Perú. Dejan constancia de por qué la otorgan. El caso corriente es que los malos negocios del marido lo obligan a buscar nuevos horizontes para atender a su familia. Se deja muy en claro que la manutención familiar queda asegurada. En una sola oportunidad el permiso fue otorgado por un plazo determinado, cuatro años.⁶⁰

Si el marido no cumplía con estas normas, podía también la mujer *vindicarlo*, de lo que hay sobrados ejemplos. La santiaguina Rosa Quiroga, casada con Francisco Xavier Benavides, residente en Lima, solicitaba que éste viniera a hacer vida maridable.⁶¹ En 1802 María del Carmen Trucíos, distinguida y opulenta santiaguina, obtiene orden de detención contra su cónyuge, Joaquín Ruiz de Alcedo, quien

⁵⁴ MATIENZO, op. cit., glosa 1, N^o 42 y 43 a Rec. Cast. 5. 9. 2.

⁵⁵ SOLÓRZANO, op. cit., lib. 3, cap. 16, N^o 29, t. 1^o, fo. 319.

⁵⁶ DOUGNAC, *Esquema...*, p. 170.

⁵⁷ A.R.A. vol. 2770, p. 7.

⁵⁸ MATIENZO, op. cit., fo. 13, N^o 92: "Infertur etiã propter hanc mutuam cohabitationem maritum posse uxorem vindicare adiecta causa iuris divini, quod ei tribuit ipsum ius agendi, secundum

Abb. [...] & poterit coniux ad vindicandum coniugem officium iudicis secularis invocare ex sententia Bernardi..."

⁵⁹ Archivo de Escribanos de Santiago, vol. 930, fs. 380 (1791).

⁶⁰ Archivo Capitania General, vol. 184, fs. 148 y ss. (1787); Archivo de Escribanos de Santiago vol. 852, fs. 257 (1789); vol. 930, fs. 64 (1790); Archivo Notarial de Santiago vol. 15, fs. 214 v. (1803).

⁶¹ Archivo Capitania General, vol. 668, fs. 219 y ss.

se había ausentado rumbo a Buenos Aires sin su permiso, olvidando dejar alimentos para ella y para su hija.⁶² Son muchos los casos de maridos requeridos por sus mujeres desde diversas partes de Indias o de España. En 1773 Josefa Ramírez, residente en Cádiz, se dirige al gobernador de Chile refiriendo que su marido, Juan Joseph de Landa, que se hallaba separado de ella por espacio de siete años, no cumplía con su obligación de darles el alimento necesario a ella y su hijo, por lo que solicitaba se ordenara que el referido “se presente a este Puerto a hacer vida Marital precediendo el recobro de los bienes que tubiere”.⁶³ Mónica Silva, también gaditana, pide en 1775 el envío de su marido, Juan Antonio Martínez.⁶⁴ María Gómez, vecina de Córdoba, solicita en 1789 el regreso de su marido, Silvestre Morales, fundidor de campanas, separado doce años de ella.⁶⁵ Los casos pueden multiplicarse. Matienzo utiliza paladinamente la expresión *vindicación* para referirse al derecho de las mujeres respecto de sus maridos: “quodidie fieri videmus in his Indiarum requis uxores si quidem in Hispania degentes, a viris suis derelictae, vendicant eos coram reges senatoribus consilii Indiarum, qui regias litteras decernunt ut a iudicibus secularibus mittantur, vitam cum uxoribus suis acturi, utque simul habitent”.⁶⁶ A veces las circunstancias impedían que el marido acudiera al domicilio conyugal, lo que ocurría, por ejemplo, al estar aquél condenado a permanecer en algún presidio a causa de algún delito cometido. Hubo casos en que las cónyuges solicitaron ser enviadas a Valdivia, donde sus maridos cumplían condena. Tal ocurrió con Micaela Sánchez y Francisca Cruzat, que solicitaron autorización para trasladarse con sus hijos al presidio de Valdivia junto a sus maridos, Santiago Alemán y Julián Leiva. La autoridad no sólo les dio el permiso necesario, sino que les facilitó el embarque en el navío del situado y dio orden al gobernador de aquel lugar para que “propenda a su establecimiento y subsistencia en aquel destino”.⁶⁷

Con todo, el marido podía rehuir la cohabitación en caso que, habiéndosele prometido una dote, ésta no se le hubiera entregado, en lo que estaban de acuerdo autores regnicolas como Covarrubias, Palacios Rubios y Matienzo.⁶⁸

Tanto la legislación real como la canónica velaban por la unidad del domicilio conyugal. La primera, en atención a que muchos de los que pasaban a Indias se declaraban falsamente solteros, ordenó en 1552 que las respectivas informaciones se otorgaran “en sus tierras y naturalezas [...] con aprobación de la justicia de la ciudad, villa o lugar”.⁶⁹ La desconfianza llegó al extremo de que los informes sobre el fallecimiento de las mujeres de los pasajeros debían ser aprobados por el Consejo de Indias, prohibiéndose su embarque sin este preciso requisito.⁷⁰ En algunos casos especiales dábanse autorizaciones a los casados para ir a América sin sus mujeres; pero era de rigor que otorgaran fianzas suficientes de que volverían dentro de cierto plazo y aun podían sufrir pena de prisión en caso de no cumplir con el regreso en el tiempo estipulado.⁷¹

Virreyes, audiencias, sus presidentes y fiscales, gobernadores, corregidores, alcaldes mayores, alcaldes ordinarios y cualesquiera otros jueces debían examinar si los casados habían tenido alguna vez licencia para permanecer en Indias sin sus mujeres y, no teniéndolas, se los debía hacer embarcar, sin que valiera el que dijeran que habían enviado por ellas o que lo harían o que se irían en el futuro a España.⁷² Junto con erigirse la real audiencia de Concepción en 1567, recibió una

⁶² Archivo Capitanía General, vol. 159, fs. 20.

⁶³ Archivo Capitanía General, vol. 10, fs. 296.

⁶⁴ Archivo Capitanía General, vol. 214, fs. 73 y ss.

⁶⁵ Archivo Capitanía General, vol. 670, fs. 159.

⁶⁶ MATIENZO, op. cit., fol. 13, N° 92.

⁶⁷ DOUGNAC, *La unidad...*, p. 577.

⁶⁸ MATIENZO, op. cit., fol. 13, N° 91.

⁶⁹ ENCINAS, op. cit., t. I, fo. 397.

⁷⁰ Rec. Ind. 7, 3, 9.

⁷¹ Rec., Ind. 7, 3, 3, y 9, 26, 30 y 33.

⁷² El título 3° del libro 7° de la Rec. Ind. recoge las principales normas sobre esta materia: “De los casados en España e Indias que estén ausentes de sus mujeres y esposas”.

real cédula por la que, al igual que lo que se mandaba a las de Charcas y Quito, debía abstenerse de dar "licencias ni prorrogaciones dellas para estar en aquellas partes ningunas personas que fueren casados y tuvieren sus mujeres en España, antes los envíen a ella conforme a lo que está mandado". En la misma ocasión se envió a dicha audiencia una carta acordada por la que se prevenía que Pedro de Salcedo, escribano estante en Chile, fuera a hacer vida maridable.⁷³ Se encomendaba a los generales de las armadas de la mar del Sur y del Norte "que por lo tocante a su jurisdicción así lo cumplan precisamente".⁷⁴

En cuanto a legislación canónica, el segundo concilio limense de 1567 disponía que los casados debían ser "compelidos por la justicia a bolverse con sus mugeres luego", siendo de resorte de los obispos averiguar si "los que vienen desde España a estas partes [...] traen mancebas en son de mugeres y si ansí lo hallasen, áspidamente los castiguen".⁷⁵ Hay muchas otras disposiciones sobre la materia dictadas en diversos lugares y épocas.⁷⁶ De particular interés para Chile son las constituciones del sínodo de 1763, presidido por Manuel Alday. Se decía en un acápite que siendo corriente que los casados se apartaran de sus mujeres "pasándose a vivir en Parages distantes, donde permanecen por muchos años y si algún cura en cumplimiento de su Oficio o por interpelación de Prelado, les manda volver en solicitud de la Muger se mudan a otra Parrochia, con que se frustran todas las Providencias", se manda que ningún párroco permita en sus doctrinas a hombre casado "que esté ausente de su Muger más tiempo de dos años, mientras no manifieste *licencia de ella aprobada por el Ordinario Eclesiástico* y que, faltando esta circunstancia, los apremien con censuras a su regreso en cada Curato".⁷⁷ Encontramos respecto de los indios normas sobre unidad conyugal similares a las que se han visto. La mujer debía seguir el domicilio del marido y podía negarse al traslado para servir en casa de español si no trabajaba también ahí su consorte.⁷⁸ Los esclavos también gozaron de una protección semejante, si bien no se observa ninguna que favorezca particularmente a la mujer.⁷⁹

3. E) DERECHO DE LA MUJER A NO SEGUIR EL DOMICILIO COMUN

No pudo menos el derecho que considerar ciertas circunstancias en que la mujer, no obstante su obligación de seguir el domicilio del marido, pudiera excusarse por razones poderosas. Desde luego tenemos el caso de divorcio.⁸⁰

Este se dividía en divorcio *quoad vinculum*; separación de lecho y separación de lecho y cohabitación, que recibía los nombres de divorcio *quoad thorum et*

⁷³ Pedro de Salcedo vino a Chile con García Hurtado de Mendoza; fue escribano entre 1558 y 1559, año en que cesó en sus funciones. Permaneció en Chile en 1585, en que era contador de real hacienda en Valdivia: THAYER OJEDA, Tomás, *Formación de la Sociedad Chilena y Censo de la Población de Chile en los años de 1540 a 1565 con datos estadísticos, biográficos, étnicos y demográficos*, t. III (Santiago, 1941), p. 187.

⁷⁴ Rec. Ind. 7, 3, 1.

⁷⁵ Constitución 22 de las que tocan a los españoles en VARGAS UGARTE, Rubén, *Constituciones Limenses (1551-1772)*, t. 1º (Lima, 1951). Los cánones de este concilio debían cumplirse por

ordenarlo así el tercer concilio limense de 1582-1583 en su capítulo 1º: Vargas, id., 6, p. 322.

⁷⁶ Vid. RIPODAS, op. cit., p. 369.

⁷⁷ ALDAY, op. cit., constitución 17, út. 8º, fols. 58 a 59.

⁷⁸ DOUGNAC, *La Unidad...* pp. 577 a 580.

⁷⁹ DOUGNAC, *La unidad...*, pp. 580 a 582.

⁸⁰ Sólo podía tener lugar por sentencia judicial eclesiástica y no por mutuo acuerdo de los cónyuges, de acuerdo a Partidas 4, 10, Proemio y 9 y P. 4, 9, 2. Si los cónyuges pedían su separación, debía actuar el defensor de matrimonios, cargo creado por Benedicto XIV por constitución de 3 de noviembre de 1741.

cohabitationem o *quoad thorum et mensam*.⁸¹ En el primer caso, declarándose nulo el matrimonio, cesaba totalmente la obligación de vivir juntos. Lo propio ocurría cuando se producía respecto de un matrimonio natural el llamado privilegio paulino, o sea, que convirtiéndose al catolicismo un infiel, podía desvincularse de su consorte si no quisiera vivir con él u ofendiera gravemente la religión o indujera al católico a grave pecado.⁸² Este privilegio tuvo características peculiares en América, sobre todo por la poliginia, y fue aplicable frecuentísimamente a los indígenas y africanos a la luz de la doctrina pontificia de los papas Paulo III, S. Pío V y Gregorio XIII, lo que ha sido estudiado con amplitud por Daisy Rípodas.⁸³ Producíase, también, el divorcio *quoad vinculum* cuando uno de los cónyuges en un matrimonio sólo rato y no consumado, decidía, aun sin el acuerdo del otro, entrar en religión. La razón de esta particular situación era que el matrimonio no consumado llevaba la condición tácita *nisi Deus ad meliora vocaverit*.⁸⁴

La simple separación de lecho era practicable en determinados casos morales y algunas situaciones de enfermedad.⁸⁵

El divorcio *quoad thorum et cohabitationem* producía efectos personales y económicos de mayor entidad. Se daba cuando alguno de los cónyuges, con el acuerdo del otro, entrara en religión; cuando fuera lapso de herejía; provocara al otro a cometer delitos graves; cometiera sevicia; padeciera de enfermedad contagiosa y en el caso que hubiera cometido adulterio.⁸⁶ Estas tres últimas situaciones, que eran las más frecuentes en la práctica, requieren una explicación. La sevicia era, generalmente, el trato cruel que sufría la mujer y se consideraba tal, para los efectos del divorcio indicado, el que ella “no puede habitar con el marido sin probable peligro de la vida, o de grave daño corporal”. También había sevicia de la mujer hacia el marido, si “éste es acechado por aquélla para quitarle la vida”.⁸⁷ Con mayor detalle me refiero a la sevicia en el párrafo 3.H) de este trabajo, al cual me remito.

La enfermedad daba pie para este divorcio cuando era grave y contagiosa. Al respecto, había diversas opiniones: desde la de aquéllos para los que la lepra o la sífilis –*morbis gallicus*– del marido sólo permitían la separación de lecho,⁸⁸ hasta otros que estimaban que “*ordinaria charitas incipit a seipso*”, por lo que la mujer podía en tales casos obtener el divorcio *quoad thorum et mensam*.⁸⁹

Tanto el adulterio como el amancebamiento daban motivo para el divorcio de que hablamos. El adulterio debía ser consumado, sin que bastaran los actos imperfectos como “*ósculos y tactos impúdicos*”.⁹⁰ Adelantemos que, en lo económico, el adulterio de la mujer la privaba de los bienes gananciales (Rec. Cast. 5, 9,11) y de la dote (P. 4, 11, 23). Si el divorcio se hubiera producido por amancebamiento público del marido, debía de restituir la dote. En los textos de constitución de donaciones dotales se hacía referencia a esta obligación que pesaba sobre el marido, quien tenía esos bienes “de manifiesto y depósito”, debiendo devolverlos “en qualquier tiempo quel matrimonio entre ella y mí fuere disuelto y departido por muerte o por divorcio o por cualquier otro caso que el d[e]r[e]cho permite por

⁸¹ DONOSO, Justo, *Instituciones de Derecho Canónico Americano*, 2ª ed. (Santiago, 1861), p. 186.

⁸² DONOSO, op. cit., ibídem.

⁸³ RIPODAS, op. cit., pp. 120 a 143 y p. 383.

⁸⁴ MURILLO VELARDE, Pedro, *Cursus Juris Canonici Hispani et Indici* (Madrid, 1743), lib. 3, N° 177, 308 y otros.

⁸⁵ DONOSO, op. cit.: ibídem y MONTEALEGRE, op. cit. p. 95 N° 298.

⁸⁶ DONOSO, op. cit., ibídem.

⁸⁷ DONOSO, op. cit., p. 186, quien cita *Cap. Ex transmissa 8 et cap. Litteras 13, de Restit. spoliat.*

⁸⁸ MONTEALEGRE, op. cit., fol. 95 N° 298 y 299.

⁸⁹ MONTEALEGRE, op. cit., fol. 95 N° 300. Citando a Antonio Nattale expresa que “*cum morbus gallicus ut est notorium, sin contagiosus non poterit uxor sine suae personae periculo reddere debitum quo caso non tenetur reddere ex notatis Abb...*”

⁹⁰ DONOSO, op. cit., p. 186.

que se apartan y separan y disuelven los matrimonios”,⁹¹ lo que sólo podía referirse al divorcio de vínculo y al provocado por el marido, puesto que, como se ha visto, la mujer adúltera no tenía derecho a recibir tales bienes. El regalismo borbónico llevó a Carlos III a disponer, por real cédula de 22 de marzo de 1787 dirigida a las autoridades de Indias, que los jueces eclesiásticos al conocer de asuntos matrimoniales, como divorcio y otros, se abstuvieran de intervenir en alimentos, litisexpensas o restitución de dotes, de lo que debían conocer las justicias civiles.⁹²

La jurisprudencia doctrinal estimaba que no estaba la mujer obligada a seguir a su marido cuando, habiéndose éste comprometido a no cambiar de domicilio, sin embargo lo hacía.⁹³ Tampoco lo estaba cuando el viaje no era cómodo o hacía peligrar su vida, defecto que podía aplicarse a las travesías transoceánicas. Solórzano expresaba al respecto que “si ella da en decir que teme los peligros del mar, no puede ser forzada a exponerse a ellos, ni a seguir a su marido contra su voluntad”.⁹⁴ Considerábase que los viajes cortos no obligaban a la cónyuge al acompañamiento ni los largos cuando eran a ciudades próximas. No obstante, cuando al tiempo del matrimonio conocía la mujer las costumbres peregrinantes del marido, debía seguirlo “etiam extra provinciam & in partes quantumque remotas, quia contrahendo considerata personae qualitate visa fuit consensisse & mores eius aprobasse...”, pues se estimaba que, teniendo conocimiento del modo de vivir del que iba a ser su marido, lo aprobaba.⁹⁵

Un interesante caso es el que afectó a María Josefa de Corvalán y Chirinos, mujer del célebre jurista José Perfecto de Salas, la que invoca una autorización expresa del monarca, hecha al tiempo de su matrimonio, en orden a que no pudiera ser ella extraída del reino de Chile. Al ser promovido su marido a la Audiencia de la Casa de Contratación, en son de castigo antes que de ascenso, hizo ella una interesantísima presentación, que habla por sí misma: “Señor, la suplicante entiende que no está obligada a seguir a su marido con quien se casó a consecuencia de un expreso Real Permiso que se le concedió a este fin, con la particularidad de habérsele al mismo tiempo franqueado la facultad de poderse arraigar en Chile, y esto la pone claramente a cubierto de toda coacción a hacerle venir a España, puesto que celebró su matrimonio en la firme inteligencia de quedar radicada en aquel Reyno: al mismo propósito se halla guarnecida de las leyes y costumbres generales de éstos y aquellos dominios, que en todos tiempos han declarado libre a las mugeres de toda obligación a deber acompañar a sus maridos del uno al otro mundo y para imponerse esta obligación en Castilla se ha creído necesario un Decreto particular reciente que previene no se admita memorial de ningún pretendiente casado sin que le acompañe el consentimiento de su muger, un categórico allanamiento a ir con el marido. ¿Cómo pues se ha de poder imponer a la suplicante la dura condición de deber venir a España no habiendo pretendido Dn. Joseph Perfecto de Salas? ¿Habrà acaso alguna consideración sublime que la degrade y haga indigna de gozar de la libertad que le dispensan las leyes y costumbres? Si hasta en la guerra, donde parece que se olvidan todos los derechos, se trata con humanidad y distinción a las mugeres. ¿Cómo podrá persuadirse a que el justo y benigno corazón de Vuestra Magestad, que sin distinguir el suelo mira a todos sus vasallos con igual paternal amor, la decrete tantos marti-

⁹¹ Fórmula tomada de Archivo de Escribanos de Santiago, vol. 9, fs. 182.

⁹² SANCHEZ-BELLA, Ismael, *Reducción de la jurisdicción eclesiástica en América bajo Carlos III (Testamentos y matrimonio)* en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 12 (Santiago, 1986), pp. 252 y ss.

⁹³ MATIENZO, op. cit., fol. 13 N° 95, quien cita a Covarrubias “in epitome de sponsal. 2 p.,

cap. 7, N° 5” y MONTEALEGRE, op. cit., fol. 96 v., N° 305.

⁹⁴ SOLÓRZANO PEREIRA, Juan de, *Política Indiana*, tomo 2 (Madrid, 1776), fol. 298. Vid. Ripodas, op. cit., p. 362 nota 3, quien cita allí a Alonso de la Peña Montenegro en su *Itinerario para párrcos de indios*.

⁹⁵ MONTEALEGRE, op. cit., fol. 96 v.

rios?”.⁹⁶ El paternal corazón de Carlos III le concedió permiso para permanecer en Mendoza durante dos años mediante disposición dada en San Ildefonso a 14 de septiembre de 1777.⁹⁷

3. F) DERECHO DE LA MUJER A UN DEBITO NORMAL

La obligación de dar al otro el débito conyugal es recíproca, aunque se reconoce que hay ciertas circunstancias en que puede negarse: desde luego, cuando falta la bendición nupcial.⁹⁸ La abstención del acto sexual entre cónyuges era grave desorden que debía ser desarraigado.⁹⁹ Podía la mujer negarlo cuando se pedía de manera innatural. Teníase por natural el acto que se realizaba acostado, de pie, sentado, de lado o aun “retorsum more brutorum”, éste, eso sí, sólo por urgente necesidad y siempre que no llegase a constituir habitualidad. Se exigía que se conservara el uso del vaso natural, recibéndose el semen por la mujer y conservándolo dentro de lo posible.¹⁰⁰ Si tal retención no se producía, podía incurrirse en pecado venial, que degeneraba en mortal cuando se buscaba impedir la concepción. Esto último sólo podía excusarse por ignorancia invencible, como la de los indios neófitos que no han oído de la malicia de tal acto.¹⁰¹

En estado de embarazo y para evitar un aborto podía la mujer vedar el débito, el cual, no temiéndose tal accidente, podía llevarse a cabo aunque fuera infértil, pues “matrimonium non solum institutum fuit in officium naturae propter prolem, verum etiam in remedium contra concupiscentiam”.¹⁰²

También podía negarse la mujer durante la menstruación, pues era de temer que se engendrara algún monstruo en tal período, como lo sostenían, entre otros, Alfonso de Castro y Martín de Azpilcueta. Mas podía correrse este riesgo si se procuraban evitar la concupiscencia del marido o de la mujer.¹⁰³

Dentro de la casuística con que estos temas eran tratados, se tenía por lícito el rechazo del acto conyugal en ciertas fiestas de la iglesia, como Asunción, Jueves Santo y otros.¹⁰⁴

⁹⁶ Fondo Varios vol. 957, p. 3ª, fs. 20. Debo el conocimiento de este interesante documento a la amabilidad de Javier Barrientos Grandon, a quien agradezco su deferencia.

⁹⁷ Me refiero incidentalmente a este conflicto de José Perfecto Salas en “Anotaciones a las leyes de Indias”, de Manuel José de Ayala, *Manuscrito hallado en el Archivo Nacional de Chile. Estudio, transcripción e Indices*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* N° 14 (Santiago, 1991), p. 143 y ss.

⁹⁸ “Veluti si ante solennem nuptiarum benedictionem in templo a proprio parochio vel alio sacerdote de ipsius vel ordinarii licentia recipiendam, fiat coitus, qui illicitus est ut constat ex Sancta Synodo Tridentina sess. 24, decreto 1 de reformatione matrimoni...”, MATIENZO, op. cit., fol. 13, N° 98. Era, sin embargo, corriente que hubiera acceso carnal entre esposos de futuro, lo que originaba innumerable cantidad de pleitos sobre cumplimiento de la promesa de matrimonio, de que

hay abundantísima prueba en el Archivo de la Real Audiencia de Santiago de Chile.

⁹⁹ MATIENZO, op. cit., fol. 15, N° 108 in fine.

¹⁰⁰ Este y muchos temas más relativos al acto conyugal trata detalladamente Tomás Sánchez en op. cit., lib. IX, *De redditione debiti coniugalís*: “Primo desseritur an actis coniugalís ex se sit licitur & obligatorius. Deinde de obligatione ad cohabitandum. Postmodum, qui actus quicumque bonus potest ex circumstantiis vitiari, disputabitur de circumstantiis, ex quibus reddatur actus coniugalís vitiosus, nec teneatur coniux exactus ad debiti redditionem. Tandem de tactibus, caeterique libidinosos delectationibus inter coniuges sponsosque de futuro & huius occasione etiam inter solutos”.

¹⁰¹ MATIENZO, op. cit., fol. 15, N° 109.

¹⁰² MATIENZO, op. cit., fol. 15, N° 110.

¹⁰³ MATIENZO, op. cit., fol. 15, N° 111.

¹⁰⁴ MATIENZO, op. cit., fol. 15 v., N° 112.

3. G) DERECHO DE LA MUJER A UN BUEN TRATO POR PARTE DEL MARIDO

Podía el marido corregir a la mujer, esto es, castigarla cuando estimase que obraba mal, pero no en forma brutal, como el amo al sirviente, sino suavemente, de la manera con que el padre corrige al hijo.¹⁰⁵ La suavidad del castigo daba para una amplia gama de opiniones, existiendo quienes creían que era dable al marido azotarla y hasta encadenarla. Esta desmesurada facultad es defendida para el marido nada menos que por un obispo de Santiago, Francisco Sobrino y Minayo, en un juicio de 1793.¹⁰⁶ Ahí cita la opinión de Juan de Montealegre, “que después de muchos y mui distinguidos empleos que obtuvo en España se le premiaron sus méritos con una Plaza de oydor en la Real Audiencia de Charcas: este sapientísimo jurisconsulto en su erudita obra *De Exertitio Practicarum Actionum*, lib. 1, cap. 5, en los números 279, 280 y 281 da por sentado que el Marido con justa causa puede moderadamente *uxorem verberare et in vinculos retinere...*”. Al encuentro de una posición tan severa salió el fiscal de la Audiencia santiaguina Joaquín Pérez de Uriondo, para quien “esta es una opinión menos probable”, aunque reconoce haber sido suscrita por varios, entre ellos, Próspero Farinacio en su *Práctica Criminal*, “pero es muy dévil, añeja y no está en uso”.¹⁰⁷

La sevicia de que ella fuera objeto a pretexto de corrección la autorizaba para impetrar el auxilio de la justicia, de que es modelo el escrito siguiente:

“M. como mejor aya lugar de derecho, me querello de P. mi marido, y digo que havra tanto tiempo que me case con él por palabras de presente, segun orden de la Santa Madre Iglesia: y siendo como es obligado a hacerme buen tratamiento, assi por ser muger, como por ser muy honrada, y principal, y haver llevado en dote mucha quantía de maravedís, no lo ha querido, ni quiere hacer, antes me trata tan mal de obras y de palabras continuamente, que en ninguna vecindad nos pueden sufrir: en particular, & c. Y si yo no tuviesse sufrimiento, me mataría, como ha dicho muchas veces que lo ha de hacer; y por ser como es honnibre sobervio, y mal acondicionado, me temo que lo hará, &c. Pido y suplico a V.m. que havida informacion de lo susodicho, condene al dicho P. mi marido, a que me trate bien como debe, y esto debaxo de fianzas que dé; y en defecto de ello, que me vuelva, y restituya los bienes que le entregué en dote quando con él me casé; y que debaxo de grave pena, no entre, ni atravesse la casa y calle donde yo estuviere, sobre que pido justicia: juro en forma y Para ello &c. Otrosí digo, que atento que el dicho mi marido, por ser tan sobervio, como dicho es, sabiendo que me he querellado ante V.m. me matará, o cometera en mi algun grave delito, a V.m. suplico, que en el inter me mande sacar de su casa, y depositarme a mi costa en una casa honrada y recogida. Y para ello, &c.”.¹⁰⁸

Reclamaba, pues, la mujer que se la tratase correctamente, dando fianza al efecto el marido, la que recibía el nombre de fianza de sevicia. Si no la otorgaba, podía exigir devolución de su dote. Temiendo por su integridad, se le permitía solicitar se la depositara “en una casa honrada y recogida”. No sólo bastaban para esta solicitud los malos tratamientos ya perpetrados, “sino aun antes habiendo justa causa de temor que los havrá [...] como si hubo riña entre ellos y amenazas del marido, que es acostumbrado a ponerlas en execución: y especialmente si huviesse

¹⁰⁵ SANCHEZ, op. cit., lib. IX, disp. IV, quaest. II, Nº 22.

¹⁰⁶ Archivo Real Audiencia, vol. 2037, fs. 63.

¹⁰⁷ Archivo Real Audiencia, vol. 2037, fs. 96 v.

¹⁰⁸ VILLADIEGO, op. cit., fol. 383.

gran pleyto entre ellos sobre mucha parte de su hacienda, siendo gente de calidad. O si hubo acometimiento, o probó de matarla con veneno...".¹⁰⁹

El castigo duro y riguroso daba motivo para la separación *quoad thorum et cohabitationem*, en lo que estaban de acuerdo todos los autores,¹¹⁰ fundamentalmente en base al Código de Justiniano "1. Consensu C. de repudiis". No sólo podía la mujer reclamar ante el tribunal su separación, sino aun huir si cobrase un gran miedo por las referidas crueldades, no debiendo ser restituida sino cuando el marido remediase la situación.¹¹¹ Ante cualquier intento del cónyuge por recuperarla, podía ella oponer la excepción de sevicia, que era alegable aun si él diese caución. "Ubi odium est capitale non tenetur nec debet mulier se committere fragilitate cautionis, cum in hoc caso cautio sufficiens considerari non possit".¹¹²

La caución de sevicia no era, pues, remedio infalible para que el marido lograra recuperar a su mujer, ya que podía el juez inspeccionar la calidad de las personas y la causa de las sospechas, según Baldo, el Abad, Parisio, Menochio, Covarrubias y otros.¹¹³

Aparte de la caución y de la separación de lecho y habitación, la mujer, en caso de ser acremente tratada, por ejemplo, azotada con crueldad, podía incoar una *actioe in factum* contra el marido para su castigo.¹¹⁴

En lo económico, el marido que maltratase a su mujer o la expulsase de casa perdía el lucro y aumento de la dote. Ella no perdía su derecho a la cuarta por la circunstancia de huir por causa de la sevicia "nam vir et uxor sunt correlativa & dispositum in altero etiam in correctionis".¹¹⁵

El ya citado fiscal de la Audiencia santiaguina Joaquín Pérez de Uriondo expresaba en sentidas palabras su posición en esta materia, avalada por años de ejercicio profesional: "ni la verberación ni la carceración ni la acritud del humor ni lo negro de la malignidad ni los gritos ni la irritación pueden conducir al remedio ni aligar el corazón de sus maridos al de sus mujeres que se resienten de tales pasiones mirándolas como una desgracia y un infortunio de su suerte y de su estado".¹¹⁶

3. H) DERECHO DE LA MUJER A DISFRUTAR DE LOS HONORES DEL MARIDO

Expresa Biondi que, aunque hay precedentes clásicos, es en el derecho romano cristiano que la mujer asume el mismo rango que el marido: "mulieres honore maritorum erigimus et genere nobilitamus iisdem in forum ex eorum persona statuimus et domicilium mutamus".¹¹⁷ Así, las Partidas 4, 2, 7 hacen partícipe a la

¹⁰⁹ VILLADIEGO, ibídem. Un caso de devolución de dote por malos tratamientos del marido en Archivo Real Audiencia, vol. 1428, p. 2^a, juicio de María de Hevia con su marido el médico Antonio Carreaceda por sevicia, año 1684.

¹¹⁰ Así MATIENZO, op. cit., fol. 12: "Prima causa separationis est propter sevitiā mariti, propter quam separatio fienda est quoad thorum & mutua cohabitationem, nisi vir dederit sufficientem cautionem de uxore non offendenda", para lo que cita al Abad Panormitano, Hipólito, Covarrubias y otros. Montealegre concuerda en ello y acopia otros autores, como Menochio, Palacios Rubios, etc.

¹¹¹ MONTEALEGRE, op. cit., fol. 94, N^o 283, quien cita a Antonio de Lara.

¹¹² MONTEALEGRE, op. cit., fol. 94, N^o 285.

¹¹³ MONTEALEGRE, op. cit., fol. 94, N^o 286.

¹¹⁴ MONTEALEGRE, op. cit., fol. 94, N^o 289, quien cita a Juan Andrés, Tiraquelo, Covarrubias, entre otros. Villadiego da la misma solución, fol. 383, y cita también a Juan Andrés, al Abad, a Covarrubias, etc. Son abundantes los casos de querrelas interpuestas por mujeres ante el mal trato recibido de sus maridos: Archivo Real Audiencia, vol. 1428, p. 2^a (1684); vol. 2671, p. 7^a (1723); vol. 2477, p. 1^a (1768); vol. 2156, p. 14 (1785), etc.

¹¹⁵ MONTEALEGRE, op. cit., fol. 95, N^o 291.

¹¹⁶ Archivo Real Audiencia, vol. 2037, fs. 98.

¹¹⁷ BIONDI, op. cit., p. 105, quien cita CT2, 1, 7; CI 10, 40 (39), 9; CI 12, 1, 13, etc.

mujer de los honores y dignidades del marido. Por ello, la mujer pechera que casa con noble pasa a ser noble y conserva esta calidad durante su viudez. Al revés, la noble que casa con plebeyo sigue la condición del marido, aunque por Rec. Cast. 2, 11, 9, recupera su antigua condición una vez viuda.¹¹⁸

De acuerdo con tales principios, las mujeres de los oidores tenían derecho a la misma dignidad y trato que sus maridos, según lo observa Solórzano en su tratado sobre las plazas honorarias.¹¹⁹ En un juicio por adulterio ventilado en Santiago a fines del siglo XVIII se atribuye a la mujer de un militar el fuero y los privilegios de éste: “a la sujeción de la mujer sólo como compañera se une que ambos cónyuges con correlativos en el derecho: que el estatuto que habla del marido procede de la mujer, que el privilegio concedido al marido por razón de dignidad o nobleza es común a la consorte en fuerza de la correlación, que esto mismo acontece en el privilegio por razón de arte o profesión y su fuero; que si al marido corresponde el ser exento de la pena de tormento o de la encarcelación o el salvoconducto, lo mismo corresponde a la mujer y que por eso se dijo: *uxor quasi ad usum viri*”.¹²⁰ En ese juicio la mujer había sido detenida y conducida a un beaterio en un lejano lugar: valiéndose el fiscal que defiende la posición de ella de los principios de reciprocidad anotados, manifiesta: “¿sería decente que a un militar por semejante delito, aun siendo examinado y probado, se le aprisionase y submoviese con escolta armada, reclusándolo, por ejemplo, en la Recoleta Franciscana de Curicó o Higuierillas de este reyno y que con cualquier designio, figurado o devoto se le molestase con una relegación de tres meses y por un tiempo indefinido?”.¹²¹

3. I) DERECHO DE LA MUJER A SER SOCORRIDA EN LAS ENFERMEDADES

El principio de la *reverencia* entre los cónyuges, que implicaba “respeto, honor, caridad que los cónyuges se deben recíprocamente en consideración a la santidad del sacramento”,¹²² fue incorporado como principio general de la legislación por Justiniano. De este modo, el marido debía preocuparse por la mujer demente, a la que se le designaba curador que velara por su sustento y socorro.¹²³ Puntualiza respecto de esta materia Juan de Montealegre, en decidora frase, que “*maritus uxorem sive sterilem, deformem, claudam, surdam, cecam vel quacumque infirmitate confectam pro societate fideque substinare debet, eius salute succurrere...*”.¹²⁴ Su contenido está tomado de P. 4, 2, 7: “si algunos de los que fuesen casados cegase o se ficiese sordo o contrechado o perdiese sus miembros por dolores o por enfermedades o por manera cualquier, por ninguna destas cosas nin aun que se ficiese gafo non debe el uno desamparar al otro por guardar la fe et la lealtat que se prometieron en el casamiento, ante deben vevir en uno et servir el sano al otro et proveerle de las cosas que meester le fueren segunt su poder...”. Esta obligación de socorro del marido a la mujer en sus enfermedades es una consecuencia, para el autor citado, de la *reverentia* que ella debe a su cónyuge.

¹¹⁸ MONTEALEGRE, op. cit. fol. 97, Nº 316 y fol. 98 v., Nº 322.

¹¹⁹ SOLÓRZANO, J. en *Obras Varias Postumas*, Madrid, 1776.

¹²⁰ Archivo Real Audiencia vol. 2037, fs. 102.

¹²¹ Idem.

¹²² BIONDI, op. cit., t. III, p. 104.

¹²³ BIONDI, op. cit., t. III, pp. 103 a 104, quien cita textos seguramente interpolados: D. 24, 3, 22, 8; Ulp. 33 ed.

¹²⁴ MONTEALEGRE, op. cit., fol. 93.

3. J) DERECHO DE LA MUJER A ALIMENTOS

Expresión económica del deber de socorro es el de dar alimentos el marido a la mujer y aun ésta a aquél. La norma de P. 4, 2, 7, citada en el párrafo anterior, indica claramente que los alimentos deben ser dados "segunt su poder", manifestando además el rey sabio que "gobiernen ellos a ellas e que les den aquello que les convenga, según la riqueza y poderío" (P. 3, 2, 5). Lo último indica que los alimentos deben ser congruos, acordes con la situación social de la mujer y no meramente necesarios, para su pura subsistencia.

Con todo, se tomaba también en cuenta si la mujer daba o no el débito conyugal: cuando lo rehusaba, cesaba el derecho a obtener alimentos, siguiéndose una estricta regla sinalagmática en que a la obligación del marido de alimentar corresponde la de la mujer de darle el acceso carnal: "intellegite tamen, quando viro cohabitatur, si enim absque viri culpa, propria temeritate, ab eius consortio recedat, alenda minime est a viro, quia uxor debet esse in viro obsequio ac proinde si obsequium debitum minime praestare velit, receptura non est alimenti sibi debita. Qui enim non facit quod debet non recipit quod oportet".¹²⁵ Pero si el rechazo femenino era por sevicia de que fuera objeto, los alimentos debían ser congruos.

Similarmente a lo indicado, cuando la mujer no quería seguir al marido, se entendía cesar su obligación de alimentarla. Tal es la argumentación de Manuel de los Ríos, demandado por su cónyuge Ignacia Fernández tras haber vivido en Mincha, se trasladó él en 1800 a la villa de San Rafael de Rozas, donde su mujer no lo quiso acompañar; por lo que dejó de mantenerla.¹²⁶ Al revés, la mujer que está dispuesta a seguir a su consorte, tiene derecho a manutención congrua, aunque de hecho esté separada de él. María Gómez, vecina de Córdoba, obtiene en 1789 que su marido, Silvestre Morales, fundidor de campanas residente en Santiago y separado doce años de ella, le otorgue una pensión adecuada.¹²⁷ Rosa Quiroga, natural de Santiago, casada con Francisco Xavier Benavides, residente en Lima, obtiene en 1795 que le dé la mitad de su pensión de inválido del ejército,¹²⁸ y María Lucero, casada con José Antonio Gutiérrez, obtiene, en atención a que su marido la ha abandonado, que se le impida enajenar un retazo de tierras, heredado por él de sus padres —bien propio—, conservándolo ella a título de alimentos para sí misma y sus hijos.¹²⁹ Se ha examinado en el apartado 3. D) de este trabajo cómo, en virtud de Rec. Ind. 7, 3, 7 y la praxis judicial y extrajudicial los maridos no podían separarse de sus mujeres sin autorización de ellas y siempre que dejaran suficientes bienes para proveer a su mantenimiento.

Estimaba, en posición aislada, Antonio Gómez, que si la mujer no aportaba la dote prometida, cesaba la obligación del marido de alimentarla: "si dos promissa non solvatur, non tenetur maritus alere uxorem, imo potest eam expellere et remittere in domus patris vel dotantis".¹³⁰ La mayor parte de los autores estimaba que la obligación de dar alimentos emanaba del matrimonio mismo, siendo, por ende, de derecho natural, sin que la entrega o no de la dote pudiera interferir en ello.

La obligación del marido de dar alimentos a su cónyuge no cesaba con el juicio de divorcio, ni aunque éste fuera motivado por adulterio. Distinto era,

¹²⁵ SANCHEZ, op. cit., lib. IX, disp. IV, quæst. II, N^o 19.

¹²⁶ Archivo Real Audiencia, vol. 1480, p. 1^a.

¹²⁷ Archivo Capitanía General, vol. 670, fs. 159.

¹²⁸ Archivo Capitanía General, vol. 668, fs. 219 y ss.

¹²⁹ Archivo Real Audiencia, vol. 2363, p. 7^a, 1801-1803.

¹³⁰ GOMEZ, op. cit., a ley de Toro 53, N^o 31.

evidentemente, el derecho de la mujer si se le imputaba este delito, caso en el que sólo podía recibir alimentos necesarios. Mas si el divorcio era provocado por amancebamiento del marido, sevicia u otra causa a él imputable, los alimentos debidos eran congruos. Un caso santiaguino nos muestra la obligación impuesta judicialmente al marido renuente a vivir con su mujer de contribuirle con cinco pesos mensuales, enviándole, además, diariamente un esclavo para que le acarree el agua. La práctica judicial demuestra el cumplimiento de esta obligación por ejemplo, Manuela Fernández de Rebolledo, mujer de calidad, recibe de su marido, Joaquín Toesca, quince pesos mensuales durante su separación y juicio de divorcio¹³¹ y Petronila Rivas, acusada de ilícita amistad con Isidro Bravo y Sepúlveda, recibe de su marido, el maestro de platería Antonio Hernández, tres pesos semanales,¹³² lo cual indica cómo había alimentos provisorios durante la secuela del pleito, según lo expresa, además, Elizondo.¹³³ La obligación del marido de alimentar a su mujer no cesaba ni aun cuando ella hubiera sido condenada por adulterio, como se observa en el juicio seguido contra Jacinta Gallardo en 1790. Fue ella condenada a reclusión por diez años en el monasterio de la Enseñanza de Mendoza, debiendo contribuir su marido, José María Fuentes, con doce pesos mensuales para su manutención.¹³⁴

3. K) DERECHO DE LA MUJER A NO REALIZAR TAREAS EXCESIVAS O INNOBLES

De acuerdo a las reglas de la potestad marital, la mujer debía servir a su cónyuge no sólo en el aspecto sexual, sino también en el doméstico. Pero bien podían producirse abusos, por lo que los tratadistas intentaban aclarar el alcance de su obligación. Decíase, así, por la vía casuística, que podía ella hacerse cargo del lavado de paños de la mesa y sábanas del lecho; pero no ser dedicada a trabajos fabriles o artesanales que, evidentemente, superaban lo doméstico.¹³⁵

Constituía, asimismo, una limitación al servicio de la mujer a su cónyuge la nobleza de aquélla. La hidalga no podía servir a su marido en oficios viles ni siquiera durante la enfermedad de él, quien debía proporcionarle fámulos y siervas.¹³⁶

4. DERECHOS PATRIMONIALES DE LA MUJER CASADA

Además de los alimentos de que se ha hablado, la mujer tenía derecho a ser representada por su marido; poseía varios beneficios patrimoniales que eran propios de su condición de mujer y que, por cierto, no perdía por el matrimonio; podía actuar por sí misma en ciertos casos; podía intervenir en la enajenación o gravamen de los gananciales; tenía derecho a exigir que el marido rindiera caución por la administración de los bienes propios de ella, y aun tenía derecho a impedir que el marido vendiese bienes propios de él. Gozaba, además, del benefi-

¹³¹ Archivo Real Audiencia, vol. 2037.

¹³² Archivo Real Audiencia, vol. 568, p. 2ª y vol. 2898, p. 6ª.

¹³³ ELIZONDO, Francisco Antonio, *Práctica universal forense de los tribunales superiores de España y de*

las Indias (Madrid, 1779-1789), vol. 7, cap. 13, Nº 30.

¹³⁴ Archivo Real Audiencia, vol. 2926, p. 6ª (1790).

¹³⁵ MONTEALEGRE, op. cit., fol. 93 v., Nº 277.

¹³⁶ MONTEALEGRE, op. cit., fol. 93, v., Nº 278.

cio de competencia y de diversos derechos con respecto a su dote, a los que no me refiero en el presente trabajo.¹³⁷

4. A) DERECHO DE LA MUJER CASADA A SER REPRESENTADA POR SU MARIDO

La incapacidad de la mujer casada, que consagró con claridad la ley 55 de Toro¹³⁸ (Rec. Cast. 5, 3, 2), lejos de tener por objeto que se abusara de ella, tenía por norte su protección. Se partía de la base que, por razón de sus ocupaciones, tenía normalmente poco acceso a cuestiones de papeles, comercio y negocios en general. Por ello es que el marido debía representarla: “la muger durante el matrimonio sin licencia de su marido no pueda hacer contrato alguno, asimismo no se pueda apartar ni se desistir de ningún contrato que a ella toque, ni dar por quito a nadie del, ni pueda hacer quasicontrato, ni estar en juicio haciendo ni defendiendo sin la dicha licencia de su marido; y si estuviere por si, o por su procurador, mandamos que no vala lo que hiciere”. Se aclaraba, así, el sentir de las Partidas de que por su fragilidad “de mejor condición es el varón que la mujer en muchas cosas e muchas maneras” (4, 23, 2), lo que hacía asimilarla a los menores y labriegos que podían alegar ignorancia de la ley.

La licencia podía ser otorgada en el mismo instrumento o en otro diverso. “Si lo hace en el mismo instrum[en]to lo firmará o un test[ig]o por él a ruego suyo si no sabe escribir, expresándose así en la concl[usió]n y de la conc[esio]n dara Fee el Escrib[an]o poniendo así la cláusula como sigue: “En tal parte, a tanto de tal mes y año ante mí el Escrib[an]o y test[ig]o[s] María de tal muger de tal Juan, vecinos de ella, usando la licencia marital que el derecho previene o prescriben las leyes del fuero real y la 55 de Toro que las corrobora y de cuya concesión y acceptac [ió] n doy fee, dijo &a”, bien que para darla es indispensable también que al tiempo del otorgamiento pregunte a la muger si pide licencia a su Marido para él y a éste si se le concede p[o]r q[u]e de no hacerlo así sería fee falsa. Si se la da en otro instrumento debe insertarse en el que otorgue la muger p[ar]a documentarse y entonces no necesita el escribano dar Fee en éste de la concesión”.¹³⁹

La práctica jurídica chilena muestra distintos modos de actuación de las mujeres casadas en lo tocante a licencias. A veces comparecen juntos marido y mujer y se deja constancia de la venia y licencia que él le da para, por ejemplo, renunciar a las leyes de la mancomunidad;¹⁴⁰ pero en otras oportunidades, se subentiende por la comparecencia del marido que la autoriza para contratar.¹⁴¹ Esta licencia tácita estaba contemplada en autores como Suárez de Paz,¹⁴² Gómez¹⁴³ y Montealegre.¹⁴⁴

¹³⁷ El beneficio de competencia ha sido objeto de estudio por Sergio Martínez Baeza, al que me remito. Los derechos de la mujer en atención a la dote los he tratado en general en mi *Esquema del Régimen económico matrimonial en Chile indiano* cit.

¹³⁸ Comenta esta ley, entre otros autores, ACEVEDO, op. cit., fol. 49 a 62.

¹³⁹ SANTA MARIA, op. cit., fs. 127.

¹⁴⁰ Entre ejemplos que podían sumar miles: Archivo Escribanos de Santiago, vol. 716, fs. 136 (1772), en que Juan Antonio Morales y su mujer, Josefa de España, venden, renunciando la ley de la mancomunidad, un sitio en la calle de la Compañía; vol. 721, fs. 305 v. (1777), en que Juan Francisco de Herrera y su mujer, Luisa Gómez, se comprometen a devolver cierta suma recibida en mutuo.

¹⁴¹ Archivo de Escribanos de Santiago, vol. 662, fs. 319 (1749), en que Mateo Ibáñez y su mujer, Josefa de Molina, marqueses de Corpa, otorgan, de mancomún, que deben cierta suma de pesos a Antonio del Villar por otros tantos que confiesan haber recibido de él. Otro caso, también entre miles, Archivo Notarial de Valparaíso, vol. 21, fs. 62 v., en que comparecen juntos Gabriel Fernández de Valdivieso y María Eulalia Portusagasti, dando poder al capitán y maestre del navío “El Hércules” Francisco Puertas y a Francisco de Echavarría para que vendan un esclavo suyo en Lima.

¹⁴² SUAREZ DE PAZ, op. cit., t. 1, p. 1, tpo. 2 N^o 27 y 28.

¹⁴³ GOMEZ, *Variarum...*, lib. 2, cap. 2, N^o 3.

¹⁴⁴ MONTEALEGRE, op. cit. fol. 87 v., N^o 236.

En cuanto a la prueba de la licencia, no era necesaria que fuese *in scriptis*, bastando la prueba de testigos, a menos, según Baldo, que el marido estuviera excomulgado.¹⁴⁵

4. B) BENEFICIOS PATRIMONIALES DE LA MUJER EN ATENCION A SU CONDICION DE TAL

P. 5, 12, 2, siguiendo lo establecido por el senadoconsulto Veleyano,¹⁴⁶ prohibía como regla general que la mujer se constituyera en fiadora: “Otro sí dezimos que muger ninguna non puede entrar fiador por otri. Ca non sería cosa guisada que las mugeres andouiesen en pleyto, por fiaduras que fiziessen, auiendo a llegar a logares do se ayuntan muchos omes, a usar cosas que fuessen contra castidad, o contra buenas costumbres, que las mugeres deuen guardar”. No obstante, según P. 5, 12, 3, había algunos casos en que podía serlo, como por causa de la libertad de un esclavo; por razón de dote, como para que otra pudiera contraer matrimonio; cuando renunciaba a este beneficio expresamente, sabiendo que no debía serlo; cuando siendo fiadora por espacio de dos años y terminado ese tiempo, renovaba la fianza o entregaba prenda al acreedor; cuando recibía precio por la fianza; cuando se vestía de hombre o se valía de otro engaño para figurar como tal y así ser fiadora; cuando fiaba por cosas propias en su utilidad y provecho; cuando extendía fianza en favor de quien era su fiador y cuando heredaba los bienes de aquel por quien se constituía fiadora.

Aunque el senadoconsulto Veleyano mismo no estaba en vigor en Indias, era continuamente citado en las escrituras públicas y son constantes las renunciaciones a él. Leo en un tratado práctico para el uso de un estudiante de Derecho de la Universidad de San Felipe, que al referirse al Veleyano dice que “las [leyes] del D[e]r[ech]o Romano no tienen en España fuerza de leyes ni han de llamarse así, si no autoridades y dichos o sentencias de sabios fundadas en razón, que sólo pueden seguirse en defecto de ley y en q[uan]to a ser conformes a n[ues]tro D[e]r[ech]o R[ea]l y se ayudan p[or] el natural como lo dice el auto 1º t[ítulo] 1º l. 2 R[ecopilación]”.¹⁴⁷ La referencia a él debe, pues, entenderse a las leyes de Partidas, que contenían una norma similar.

La anotada prohibición de fiaduría afectaba a toda mujer en obsequio de “su imbecilidad y falta de conocimiento”,¹⁴⁸ “pues como por la fianza nada se le quita o pierde de presente, se la puede persuadir o engañar con facilidad”,¹⁴⁹ lo que afectaba también, por ende, a la casada. Esta, conforme la ley 61 de Toro (Rec. Cast. 5, 3, 9), “no se puede obligar por fiadora de su marido, aunque se diga y alegue que se convirtió la tal deuda en provecho de la muger”; se exceptuaba el caso de fianza por pechos y derechos reales: “lo qual todo lo que dicho es se

¹⁴⁵ HEVIA, op. cit., p. 1, párr. 10, Nº 9, fol. 55 a 56, quien cita a Montalvo.

¹⁴⁶ Sendos edictos de Augusto y Claudio habían prohibido a las mujeres ser fiadoras de sus maridos. En el 46 d.C. por el senadoconsulto Velleianum se extendió esta prohibición a las mujeres en general. “La prohibición sólo afectaba a la responsabilidad por deudas, no al pago de éstas; había de tratarse de deudas ajenas y la intercesión debía ser tal que concediese a la intercesora un derecho de reintegración, porque de otro modo el supuesto no diferiría del pago de una deuda de otro, y además solamente cuan-

do el acreedor (por razón de dolo, de error excusable, etc.) no apareciese más necesitado de protección que la mujer que intercedía. La protección consistía en una *exceptio*, que competía no sólo a la mujer, sino también a sus fiadores y que podía interponerse dentro de la misma instancia ejecutiva (contra la *actio iudicati*): MAYR, Robert von, *Historia del Derecho Romano*, t. II (Barcelona, 1926), p. 141.

¹⁴⁷ SANTA MARIA, op. cit., fol. 129.

¹⁴⁸ Como en desafortunada expresión dice Llamas, op. cit., p. 187.

¹⁴⁹ SANTA MARIA, *ibídem*.

entienda si no fuere la dicha fianza [...] a mancomún por maravedís de nuestras Rentas, o pechos o derechos dellas”.

La misma norma disponía que cuando la mujer se obligara a mancomún con el marido —esto es, ambos como principales deudores se a prorrata o solidariamente—, “en un contrato, o en diversos, que la muger no sea obligada a cosa alguna: salvo si se provare que se convirtió la tal deuda en provecho della: ca entonces mandamos que por rata del dicho provecho sea obligada: pero si lo que se convirtió en provecho della, fue en las cosas que el marido le era obligado a dar, así como vestirla, y darla de comer, y las otras cosas necesarias, mandamos que por esto ella no sea obligada a cosa alguna”. Igual que en el caso de la fianza reseñado ut supra, hacía excepción la obligación que la mujer contrajese mancomunadamente con el marido por pechos, rentas y derechos reales. La regla de la ley 61 vino a corregir al Fuero Real 3, 20, 14 y la ley 207 del Estilo, que disponían que toda deuda contraída en común por marido y mujer debía ser pagada también en común.¹⁵⁰

Ambos beneficios de la ley 61 podían ser renunciados por la mujer a sabiendas. Advierte al respecto el ya mentado estudiante santiagoño: “debe el Esc[riban]o estar instruido de las referidas L[eyes] enterar a la muger casada de la l[ey] 61 de Toro y de la 2, t. 12, P. 5 p[ar]a q[u]e si se obliga como fiadora de su marido u otro o concurre con él como p[rinci]pal a la celebrac[ió]n del contrato, sepa lo q[u]e renuncia y a q[u]é se obliga”. Correspondía al escribano dejar constancia que la mujer estaba debidamente al cabo de sus derechos “y dar fee de ello caso q[u]e no exprese en la escritura el contenido de ellas, pues expresándolo, q[u]e es lo más seguro p[ar]a q[u]e no se alegue ignorancia es superfluo darlo”.

Una declaración falsa del escribano sobre el punto citado acarreaba severas penas en su contra, la nulidad del contrato y pesaría, además, sobre él la obligación de indemnizar a la mujer o sus herederos por los perjuicios que se hubiesen causado: “Si da semejante fee sin haberla enterado de lo prevenido en d[ic]has L[eyes], a más de q[u]e se le podría cortar la mano por falsario, quedará infamado para siempre 1.16, t. 19, P. 3 y constando su ignorancia por declaración q[u]e se le tome de lo q[u]e mandan o prohíben las L[eyes] cuya renuncia pone, se declara nulo el contrato y estará obligado a resarcir a la mujer casada y a los herederos, esto es a los interesados con quienes contraiga el daño q[u]e se les origine, pudiendo aquella disculparse con q[u]e no se la instruyó ni supo lo q[u]e hizo y renunció”.¹⁵¹

¹⁵⁰ F.R. 3, 20, 14 decía que “todo deudo que marido e muger fizieren en uno, paguenlo otrosí en uno”. La ley 207 del Estilo expresaba: “Todo el deudo que el marido y la muger fizieren en uno paguenlo otrosí en uno. Y es a saber que el deudo que faze el marido, maguer la muger no lo otorgue ni sea en la carta del deudo tenida es a la meytad de la deuda. E otrosí es a saber, que si la muger se obliga con el marido al deudor de mancomun, y cada uno por todo, que si a la muger demandan toda la deuda que lo puede fazer, es tenida de pagar toda la deuda. Otrosí, si la muger es menor de edad que el fuero manda, y es casada e se obliga con su marido en el emprestido en la carta de del deudo, tenida es ella a su meytada del deudo e si se obligo de mancomun, e cada uno por todo sera tenida a todo el deudo si ge lo demanda, maguer sea menor de edad, ca el casamiento e la malicia suple la edad. E como quiere parte en las ganancias assi se deue parar a las deudas, mas si la que es menor de edad no se obligo en la carta con su marido no sera tenida a la deuda. Y el hombre menor de edad desque

casado es sera tenido a todo emprestido e obligamiento de deuda que faga, pero en las otras donde es otorgada restitucion a los menores podra demandar restitucion”.

¹⁵¹ SANTA MARIA, op. cit., fol. 128. Atingente al tema —aunque no corresponde a lo tratado en el presente trabajo—, se quejaba el profesor de Santa María de muchas renunciaciones que solían poner los escribanos, vinieran o no a cuento: “en todos los contratos de las mujeres suelen los escribanos poner indistintam[en]te renuncia de las leyes del Emp[erado]r Justiniano, del senado-consulta Velezano, de Toro, Madrid y Partidas, sean solteras o viudas, monjas o seglares, ya se obliguen como p[rinci]pales o como fiadoras, manifestando así su gran ignorancia. Hacer igual renuncia en todos los casos es absurdo ya por no haber leyes q[u]e traten de ello y ya por no venir al intento. Tocante a las de Madrid, ninguna se ha de renunciar porq[u]e no hablan de contratos de mujeres sino q[u]e no anden con la cara tapada, l[ey] pen[última] y ult[íma]. t. 3 1. 5 R.”.

Beneficiaba, asimismo a la mujer la ley 62 de Toro (Rec. Cast. 5, 3, 10), que la libraba de caer en prisión a causa de deudas, salvo que provinieran de un delito o que ella fuese de mala fama: “ninguna muger por ninguna deuda, que no descienda de delicto pueda ser presa, ni detenida si no fuere conocidamente mala de su persona”. Decía, no sin humor, el estudiante que vengo citando: “cuyo privilegio en honor del bello sexo es inútil renunciar”.¹⁵²

4. C) CASOS EN QUE SE RECONOCE DERECHO A LA MUJER CASADA PARA ACTUAR POR SI MISMA

Una de las consecuencias de la potestad marital era, como se ha dicho, que la mujer no podía, como regla general, aceptar o repudiar una herencia sin autorización de su cónyuge. Decía al efecto la ley 54 de Toro¹⁵³ (Rec. Cast. 5, 3, 1): “la muger durante el matrimonio no pueda sin licencia de su marido repudiar ninguna herencia que le venga *ex testamento*, ni *ab intestato*: pero permitimos que pueda aceptar sin la dicha licencia qualquier herencia *ex testamento*, et *ab intestato* con beneficio de inventario, y no de otra manera”. De lo dicho se desprende que, produciéndose por la mujer un inventario formal de los bienes en que consistía la herencia testamentaria o intestada, podía, por sí sola y sin autorización del cónyuge, proceder a aceptarla. Así le era dable enterarse de si le convenía o no tal aceptación, lo que haría si las deudas fueran inferiores al activo. Las solemnidades del inventario están regladas en el título 6º de la Partida 6ª y P. 3, 18, 100.

Los tratadistas señalaban diversas situaciones en que la mujer casada podía actuar por sí misma. Un primer caso está dado por las propias leyes de Toro, en que la 56 (Rec. Cast. 5, 3, 3), preceptuaba: “mandamos que el marido pueda dar licencia general a su muger para contraer, y para hacer todo aquello que no podía hacer sin su licencia: y si el marido se la diere, vala todo lo que la mujer hiciere por virtud de la dicha licencia”. Esta autorización general del marido tenía, según los autores, un límite, cual era la enajenación de los bienes dotales, vedada al marido por P. 4, 11, 7.¹⁵⁴ Tal licencia se manifestaba normalmente mediante el otorgamiento de un poder general del marido a la mujer.¹⁵⁵

Se discutía por los autores si la licencia marital debía ser expresa o si bastaba la tácita. La primera posición ostentaba Suárez de Paz,¹⁵⁶ la que Hevia Bolaños dice seguir en la *Curia*;¹⁵⁷ sin embargo, se contradice en el *Laberinto*,¹⁵⁸ donde al referirse a si la mujer podía ser mercadera con autorización tácita, lo considera posible. Por la licencia tácita estaban autores como Antonio Gómez, Cifuentes, Matienzo, Acevedo y Montealegre.¹⁵⁹ Podía, pues, también actuar sola la mujer

¹⁵² Sobre ello, SUAREZ DE PAZ, Gonzalo, *Praxis ecclesiastica et secularis cum actionum formulis et actis processum hispano sermone compositis* (Salamanca, 1584), t. 1, p. 1, tpo. 2.

¹⁵³ Comenta esta ley, entre otros autores, ACEVEDO, op. cit., fol. 46 a 49.

¹⁵⁴ LLAMAS, op. cit., p. 179.

¹⁵⁵ Por ejemplo, José de Rada, vecino de Santiago, da “poder general, sin limitación y con libre y general administración”, a su mujer, María Josefa de Aragón, para representarlo en todas las causas, pleitos, tanto civiles como criminales, eclesiásticos o seculares, etc.: Archivo Escribanos de Santiago, vol. 662, fs. 171 v. (1749). Otro caso,

que puede multiplicarse: Francisco de Morales otorga poder general de administración a su legítima mujer Juana Barahona, sin limitación y con libre y general administración, Archivo Escribanos de Santiago, vol. 510, fs. 337 (1718).

¹⁵⁶ SUAREZ DE PAZ, op. cit., 1, t. 1, p. 2, temp. 27 y 28.

¹⁵⁷ 1ª p., párr. 10, Nº 9.

¹⁵⁸ Cap. I, Nº 26.

¹⁵⁹ Este último en fol. 87 v., Nº 234. Los autores anteriormente señalados son citados por Hevia en los lugares indicados en las notas precedentes.

cuando el marido le había dado poder especial para tratar o contratar,¹⁶⁰ caso en el que estaba implícita, aunque tácitamente, la autorización pertinente.

En cuanto a la duración de la licencia, se entendía que el marido podía revocar-la cuando lo estimara conveniente. No obstante, en el caso de la que se daba para que la mujer ejerciera como comerciante, estimaban autores como Casaneo y Tiraquelo, que no procedía revocación, a lo que se suma Hevia Bolaños.¹⁶¹

Era corriente que compareciera la mujer sola expresando que actuaba con consentimiento del marido, sin que tal licencia constara en el documento.¹⁶² Aun a veces actuaba sola expresando que lo hacía en ausencia de su marido, pero con la seguridad de que él lo ratificaría, para lo cual otorgaba caución de rato. Así se observa en un instrumento de 1743 en que Leonor del Pozo, casada con Miguel de Aristegui, ausente en el Perú, acepta una novación por cambio de deudor, expresando que será ratificado por su marido, otorgando caución de rato al efecto.¹⁶³ Este documento contraría lo mandado por la ley 59 de Toro, a la que me refiero más abajo.

Pero podía darse el caso que la mujer actuara sin licencia del marido y éste encontrara, posteriormente, que ello era beneficioso. La ley 58 de Toro (Rec. Cast. 5, 3, 5) le permitía ratificar lo actuado por la mujer: "el marido pueda ratificar lo que su muger oviere hecho sin su licencia no embargante que la dicha licencia no haya precedido: ora la ratificación sea general o especial". La procedencia de esta ratificación llevaba a discriminar sobre el sentido jurídico que tenía la autorización del marido. Si ella hubiera sido en beneficio de la mujer, habría constituido una solemnidad o comparecencia "pro forma", que siempre debía ser anterior al acto o cuando menos concomitante con él. Mas, si se estimaba que la autorización se hacía en provecho del que debía prestarla, esto es el marido, no cabía la limitación en cuanto al tiempo, por lo que podía ser dada, mediante la ratificación, con posterioridad al acto realizado. Tal era la postura de Matienzo y Tiraquelo.¹⁶⁴ Esta ratificación debía hacerse, en todo caso, antes que la contraria reclamara la nulidad del acto o contrato.¹⁶⁵

También, hablando de mandato, podía la mujer actuar sola cuando lo confería a su marido para enajenar, gravar u obligar sus bienes.¹⁶⁶ Es de notar que la enajenación (aunque fuera en principio) de bienes propios de la mujer requería su autorización personal, so pena de nulidad, de que hay muchos ejemplos en Chile.¹⁶⁷ Asimismo podía ella actuar sin licencia del marido cuando era mandataria de algún extraño.¹⁶⁸

Ejerciendo la mujer acciones civiles y criminales en contra de su marido, podía actuar por sí misma¹⁶⁹ y lo propio podía hacer para defenderse, pues era esto de derecho natural: "quae est de iure naturali".¹⁷⁰ Las razones son obvias y las manifestaciones en nuestros repositorios, numerosas.

¹⁶⁰ GOMEZ, Antonio, *Variarum Resolutionum iuris civilis communis et regii, libri III* (Salamanca, 1552), lib. 2, cap. 2, N^o 3, SANTA MARIA, op. cit., fs. 127 y HEVIA, op. cit., 1^a p. párr. 10, N^o 9, fol. 55.

¹⁶¹ HEVIA, *Laberinto*, cap. 1, N^o 26.

¹⁶² Por ejemplo, Archivo Escribanos de Santiago, vol. 510, fs. 5 (1718), en que María Josefa Naranjo expresa actuar en el otorgamiento de un poder con consentimiento de su marido, que no comparece. Lo propio puede hallarse en Archivo Escribanos de Santiago, vol. 673, fs. 37 (1759), donde María de Ureta, casada con Miguel de Astorga, da poder haciendo referencia a la venia y licencia de su marido, quien no comparece ni apareciendo tampoco la venia citada. Los casos pueden multiplicarse.

¹⁶³ Así se ve en un documento.

¹⁶⁴ A la que adhiere LLAMAS, op. cit., p. 181.

¹⁶⁵ LLAMAS, ibídem.

¹⁶⁶ GOMEZ, *Variarum*, lib. 2, cap. 2, N^o 3 y SANTA MARIA, op. cit., fs. 127.

¹⁶⁷ Archivo Real Audiencia, vol. 211 y vol. 1727, p. 2^a. Ambos expedientes se refieren a esclavos propios de la mujer, vendidos por el marido sin aquiescencia de ella.

¹⁶⁸ MONTEALEGRE, op. cit., fol. 92, N^o 271.

¹⁶⁹ GOMEZ, *Variarum* lib. 2, cap. 2, N^o 3 y HEVIA, op. cit., 1^a p., párr. 10, N^o 10. Expresamente hace valer este derecho María de Hevia al demandar a su marido, Antonio Carreaceda: Archivo Real Audiencia, vol. 1428, p. 2^a (1684).

¹⁷⁰ MONTEALEGRE, op. cit., fol. 92, N^o 268.

Guarda relación con lo anterior la facultad de la mujer (que deberá ejercer por sí) de hacer protestas o reclamaciones para no ser perjudicada. Un largo párrafo dedica al tema Gregorio Vicente Santa María, estudiante de Derecho de fines del siglo XVIII, quien capta las aprensiones de sus maestros frente a los abusivos reclamos de las casadas. Por su interés lo transcribo: “suelen m[u]cha[s] veces las mugeres casadas celebrar contratos cominadas y violentadas p[or] sus maridos, y alg[un]as veces q[ue] no lo son alegan q[ue] lo han sido, p[ar]a eximirse de la obligación contraída. P[or] tanto p[ar]a q[ue] no les sirba esta ecepción y no p[ar]a otro efecto, se corroborarán estas con juram[en]to en la f[or]m[a] sig[ui]ente: “Y la expresada M. renuncia la 61 de Toro, q[ue] dice q[ue] la muger no puede ser fiadora de su marido y q[ue] qu[an]do marido y muger se obligan de mancomun en un contrato o en diversos o esta como fiadora de aquel no quede obligada a cosa alg[un]a si no es q[ue] se prueba haberse combertido la deuda en su provecho, en cuyo caso ha de pagar a prorrata del q[ue] tubo, no s[ien]do de las cosas q[ue] el marido está obligado a darle y además jura por Dios n[uest]ro S[eñ]or y una señal de la Cruz tal como esta + q[ue] p[ar]a realizar este contrato no la ha persuadido con eficacia, intimidado ni violentado directa ni indirectam[en]te en el d[ic]ho su marido ni otra persona en su nombre y q[ue] antes bien le otorga de su libre voluntad p[or] haber de convertirse en utilidad suya: Q[ue] no tiene echo ni hará juram[en]to de no enagenar ni gravar sus bienes ni protesta ni reclamación contra este instrum[en]to p[or] no haber precedido p[ar]a efectuarla y si parecieren, las revoca y anula enteram[en]te desde aora, q[ue] de este juram[en]to no ha pedido ni pedirá absolucion ni relajacion a ningun Prelado Ecl[esiastic]o y q[ue] aunq[ue] de motu proprio se las conceda, no usara de ellas pena de perjura. En cuyo testim[oni]o así lo otorga, &”. Y continúa el estudiante: “con la expresada clausula y la lic[enci]a marital en los casos en q[ue] la necesitan, no podrán alegar q[ue] han sido violentadas ni p[or] consigu[ien]te reclamar el contrato aunque tenga echo antes juram[en]to de no enagenar ni gravar sus bienes; y si lo hacen incurrirán en la pena de perjuradas, y deberán ser castigadas p[or] su dolo bien q[ue] aunq[ue] la muger casada jure q[ue] la deuda se combirtió en su utilidad, si el acreedor no lo prueba con arreglo a la ley de Toro d[ic]ha, será amparada en su dote o a lo menos en su mitad exepcto q[ue] lo sea el Fisco...”, concluyendo con estas sabias palabras: “¡Y así es muy bueno no meterse en nada con mugeres casadas!”.¹⁷¹ Los archivos notariales de Chile indiano demuestran la efectividad de estas reclamaciones que llevan aquí el nombre de exclamación.¹⁷²

Si la mujer hiciera un contrato que es útil para ella o para el marido no requiere autorización de éste: “quando contractus a muliere absque viri licentia factus vel iudicium cum ea agitatum est utile ipsi mulieri vel marito, nam tunc valet etiamsi deficiat mariti consensu”.¹⁷³ Los más destacados juristas avalaban esta posición: Gómez,¹⁷⁴ Matienzo¹⁷⁵ y Covarrubias.¹⁷⁶

¹⁷¹ SANTA MARIA, op. cit., fs. 129.

¹⁷² Véase al efecto el ilustrativo trabajo de MARTINEZ BAEZA, Sergio, *La exclamación* en *Anuario Histórico-Jurídico Ecuatoriano*, t. V, pp. 231 y ss. En la página 232 consigna con detalle la exclamación hecha en 1761 por Josefá Pavón, mujer del comerciante Lucas Bacho, quien debió obligarse mancomunadamente con su marido hipotecando un bien de su particular dominio. En Archivo Escribanos de Santiago, vol. 943, fs. 114, ha encontrado el siguiente ejemplo, de 22 de junio de 1795, en que Manuela de Zañartu, casada con Bernardo de Iri-

goyen, declara que por tratar su marido de tomar dos mil pesos de las cajas del Banco de Minería se la ha propuesto como fiadora, cuya escritura había de firmar sin poder negarse, por lo que contradecía todo lo que en ella se señalaba.

¹⁷³ MONTEALEGRE, op. cit., lib. 1, cap. 5, N° 222, fol. 85 v.

¹⁷⁴ GOMEZ *Ad Leges Tauri...* a ley 55, N° 2.

¹⁷⁵ MATIENZO, op. cit., glosa 1ª a Rec. Cast. 5, 3, 2; N° 13 y ss.

¹⁷⁶ COVARRUBIAS A LEIVA, Didacus, *Practicarum questionum* (Valencia, 1775), cap. 28, N° 10.

La circunstancia de ejercer la mujer públicamente, con consentimiento expreso o tácito del marido, algún oficio como comadrona, comerciante, etc., hacía presumir que poseía licencia suya para contratar, “quod uxor de voluntate viri officium exercet visus est consensum uxore praestare”.¹⁷⁷

Cuando el testador que instituyó heredera a la mujer le encarga la formalización de algún contrato, debe hacerlo aun sin licencia del marido.¹⁷⁸ Montealegre lo concretiza así: “non procedere [obtener licencia marital] in alienatione ex testatoris praecepto facta quam absque viri licentia mulier potest facere testatoris praeceptum ad implendo argumento quod in minore dicitur qui licet praedium sine iudicis decreto alienare prohibebatur...”.¹⁷⁹

El otorgamiento de escritura, relativa al capital aportado por el marido al matrimonio, era factible a la mujer, sin licencia alguna, si habían precedido capitulaciones o pactos al respecto.¹⁸⁰

Era la libertad de las personas tan importante que podía la mujer, en el sentir de los doctores, actuar sin licencia del marido para obtener la redención de él o la suya propia.¹⁸¹ Considerábase, a todo evento, que el derecho a defenderse, aun sin la referida autorización, era de derecho natural.¹⁸²

Tanto valor como la libertad tenía el derecho a mantener la vida, por lo que, si para procurarse alimentos debiera la mujer contratar o parecer en juicio sin licencia del marido, podría hacerlo.¹⁸³ Igualmente, podía actuar por sí misma si estuviese aquejada de alguna otra necesidad urgente.¹⁸⁴ Con todo, la compra al fiado por la mujer casada no sería posible, según algunos autores, sin licencia del marido.¹⁸⁵

En el caso que la mujer hubiera sido despedida del hogar, sin culpa suya ni causa justa, podía proceder a contratar o actuar judicialmente sin autorización de su cónyuge.¹⁸⁶ La misma facultad se reconocía a la mujer cuando el marido se hubiera ausentado del hogar común. María Josefa Maturana obtuvo, en 1792, que el alcalde ordinario de Santiago le reconociera su derecho a la administración de una viña, contra la reclamación de su marido, Manuel Olmos, quien postulaba la nulidad de lo actuado por ella al haberlo hecho “sin autoridad para semejante contrata que la que por sí se ha abogado, pues es inconcuzo que la muger casada no puede celebrar trato alguno sin venia y licencia de su marido”. El alcalde, al reconocer la capacidad de María Josefa para actuar por sí misma, puso como limitación que podría hacerlo hasta que el marido regresara a hacer vida maridable.¹⁸⁷

La ley 57 de Toro (Rec. Cast. 5, 3, 4) prevenía que “el Juez con conocimiento de causa legítima y necesaria compela al marido que de licencia a su muger para todo aquello que ella no podría hacer sin licencia de su marido, et si compelido no se la diere, que el Juez solo se la pueda dar”. La coacción del juez podía efectuarse mediante multas o cárcel.¹⁸⁸ Pero, si se presentare una situación urgente cuya demora ocasionara peligro, podría la mujer actuar por sí misma aunque hubiera denegación del marido y aun sin licencia judicial.¹⁸⁹

¹⁷⁷ MONTEALEGRE, op. cit., fol. 89, N^o 242, quien cita a Matienzo, Gómez, Faber, Boerio, Rodrigo Suárez y otros.

¹⁷⁸ GOMEZ, *Variarum...* lib. 2, cap. 2, N^o 3.

¹⁷⁹ MONTEALEGRE, op. cit., fol. 86, N^o 225.

¹⁸⁰ GOMEZ, *Ad Leges Tauri* a la ley 55, N^o 2 y Santa María, op. cit., fs. 127.

¹⁸¹ MONTEALEGRE, op. cit., fol. 86, N^o 226.

¹⁸² MONTEALEGRE, op. cit., fol. 92 v. N^o 268.

¹⁸³ MONTEALEGRE, op. cit., fol. 86, N^o 227.

¹⁸⁴ MONTEALEGRE, op. cit., fol. 86 v., N^o 230.

¹⁸⁵ HEVIA, op. cit., *Laberinto...*, cap. 12, N^o 11, fol. 323, quien cita a Matienzo y a Acevedo.

¹⁸⁶ MONTEALEGRE, op. cit., fol. 87, N^o 233.

¹⁸⁷ Archivo Real Audiencia, vol. 2685, p. 1^a.

¹⁸⁸ MATIENZO, op. cit., gl. 2 a Rec. Cast. 5, 3, 4. Procedía esta autorización marital o la judicial subsidiaria aun cuando la mujer estuviere divorciada “y todos los autos se insertarán en la escritura p[ar]a su estabilidad, pues aunq[ue] no incurra en pena [el escribano] p[or] autorizarla, sin este requisito ni estimarse nulo el contrato p[or] los fundamentos q[ue] trae Gutiérrez De Juram Conf. p. 1, c. 1, N^o 54 y sig. no es razón poner en contig[enci]as y opiniones el diu[er]so del comprador”, Santa María, op. cit., fol. 129.

¹⁸⁹ MONTEALEGRE, op. cit., fol. 91 v., N^o 258.

La última situación descrita está extrapolada de la ley 59 de Toro (Rec. Cast. 5, 3, 6), que trata del caso de ausencia del marido: "Quando el marido estuviere ausente, y no se espera de proximo venir, o corre peligro en la tardanza: que la justicia con conocimiento de causa seyendo legitima, o necessaria, pueda dar licencia a la muger, la que el marido le había de dar: la qual asi dada vala como si del marido sea". Hevia puntualiza, en cuanto a posibles actuaciones judiciales de la mujer, que basta con que el marido esté ausente del pueblo donde se ha de litigar, aunque esté en el territorio jurisdiccional del tribunal, bastando que no se espere su próxima venida.¹⁹⁰ Sin embargo, como apunté ut supra, era corriente que, quizá por costumbre contraria a la ley, se otorgara caución de rato.

La demencia del marido o la sordumudez, que le impidiera entender la substancia y naturaleza del contrato, daba lugar a que la mujer pudiera pedir autorización al juez, quien debía actuar con conocimiento de causa.¹⁹¹ En estos casos, era necesario nombrar un curador al marido que adolecía de tales incapacidades o bien, según Carleval, podía el juez habilitar a la cónyuge, precediendo competente información de ser apta y juiciosa para gobernar el patrimonio familiar. Se requería, además, el asenso del curador y de los hijos casados.¹⁹² Apartándose un tanto de lo dicho, una escritura de 1754 nos muestra a la mujer, Mariana Baldenegro, pidiendo autorización al juez para vender un bien común, pues su marido, Santiago Bozo, se encontraba enfermo y no podía hacerlo. El juez dio la licencia pedida.¹⁹³

El contrato de la mujer con el rey o las autoridades reales, aunque careciera de licencia marital, era considerado válido, siempre que no perjudicase al marido.¹⁹⁴

Era también válido el contrato realizado por la mujer, aun sin la pertinente autorización, si había sido efectuado para que tuviera efecto después de la disolución del matrimonio.¹⁹⁵

El principio según el cual la mujer seguía el fuero y domicilio del marido acarrea que, cuando ella hubiera casado con extranjero, no exigiéndose en el reino de éste la licencia que preceptuaba la ley castellana, podía contratar con plena libertad.¹⁹⁶ Lo mismo podía hacer, si extrañados marido y mujer de los reinos de la corona castellana, residieran en lugar donde no se exigiera la licencia marital, siempre que se tratara de bienes que se encontraran fuera de los territorios castellanos.¹⁹⁷

Finalmente, podía actuar por sí propia la mujer cuando era albacea: "in executione ultimae voluntatis nam mulier potest esse executrix ultimae voluntatis".¹⁹⁸

4. D) DERECHO DE LA MUJER A INTERVENIR EN LA ENAJENACION O GRAVAMEN DE LOS BIENES GANANCIALES

Como se ha dicho más arriba, quien aparece como dueño de los gananciales durante el matrimonio es el marido; pero su derecho es limitado, pues carece de facultad para hacer donaciones excesivas o enajenaciones fraudulentas al tenor de

¹⁹⁰ HEVIA, op. cit., 1^a p. párr. 10, N^o 9. En este punto de vista sigue a Paz contra la opinión de Avendaño.

¹⁹¹ MONTEALEGRE, op. cit., fol. 91 v., N^o 260, 261 y 262.

¹⁹² CARLEVAL, Tomás, *Disputationes juris variae ad interpretationem Regiarum legum Regni Castellae...* (Madrid, 1656), t. 3, disp. 19, N^o 14 y SANTA MARIA, op. cit., fol. 127.

¹⁹³ Archivo Escribanos de Santiago, vol. 694, fs. 196.

¹⁹⁴ MONTEALEGRE, op. cit., fol. 92, N^o 263.

¹⁹⁵ MONTEALEGRE, op. cit., fol. 92, N^o 264.

¹⁹⁶ MONTEALEGRE, op. cit., fol. 92, N^o 266.

¹⁹⁷ MONTEALEGRE, fol. 92, N^o 267, quien cita a Tiraquelo, Labertenga, Palacios Rubios, Rodrigo Suárez, Gregorio López, Matienzo y Bartolo.

¹⁹⁸ MONTEALEGRE, op. cit., fol. 92, N^o 270.

Rec. Cast. 5, 9, 5. Aunque, como se ve, la intervención de la mujer no es necesaria, la práctica nos muestra que sí participa en tales contratos: por ejemplo, en una imposición de censo sobre bienes gananciales hecha por el capitán José Pérez de Carmona mediante escritura de 5 de agosto de 1772, su mujer Inés Cabrera, doce días después, ratifica lo actuado por él.¹⁹⁹

4. E) DERECHO DE LA MUJER A INTERVENIR EN LA ENAJENACION DE SUS BIENES PROPIOS Y A QUE SU MARIDO RINDA CAUCION POR LA ADMINISTRACION DE ELLOS

Los bienes de la mujer podían ser dotales, parafernales o propios. En los dos primeros actúa el marido sin intervención de su cónyuge. Pero en los últimos requiere, como se ha dicho más arriba, la aquiescencia de ella so pena de nulidad.²⁰⁰ Se exigía que el marido prestara por esta administración caución “tamquam coniuncta persona”.²⁰¹

Aunque la mujer era tenida por emancipada desde que se casaba, ello sólo significaba que dejaba de estar bajo la autoridad de su padre. Siendo ella menor, no podía, pues, actuar por sí misma y, consecuentemente, le estaba vedado dar autorización a su marido para vender sus bienes propios. En esta situación, debía designársele un guardador, que no podía ser su marido, al tenor de P. 6, 17, 3: “el marido non deue ser dado por guardador de los bienes de su muger que fuesse menor de edad; porque sospechamos, que la muger, por amor que ha a su marido, non le demandaria emienda del daño, o del menoscabo, que fiziesse en ellos, e que gelo perdonaría todo de ligero. E por ende deue pedir el marido al Juez, que de a los bienes della otro guardador que sea sin sospecha”.

4. F) DERECHO DE LA MUJER A IMPETRAR MEDIDAS RESPECTO DE LOS BIENES DOTALES

El marido sólo se hacía dueño de los bienes entregados en dote en algunos casos de dote estimada y en la inestimada, cuando la aportación había consistido en bienes fungibles.²⁰² En lo demás era él sólo usufructuario y como tal había de administrar estos bienes, pudiendo aprovecharse de los frutos para sostener las cargas del matrimonio.

Cuando la dote era inestimada y no se producía la situación descrita más arriba, el marido debía restituir tales bienes, por lo que no podía enajenarlos sin autorización de la mujer. Es lo planteado en un juicio de 1693: el marido, que había recibido una esclava como especie dotal no apreciada, la vendió sin autorización de la mujer; ella demandó la nulidad de la compraventa expresando: “resulta que el otorgamiento de la escritura de venta debio intervenir mi consentimiento para que tuviese valor y como quiera que este faltase, es sin duda que la venta fue nula”.²⁰³ O sea, estos bienes siguen la misma regla sobre disposición de los bienes propios de la mujer, de que ya se habló.

¹⁹⁹ Archivo Escribanos de Santiago, vol. 716, fs. 229.

²⁰⁰ Vid. nota 161.

²⁰¹ GOMEZ, op. cit., fol. 630.

²⁰² DOUGNAC, *Esquema...*, p. 179.

²⁰³ Archivo Real Audiencia, vol. 1787, p. 2ª, fs. 1.

La restitución de los bienes dotales podía adelantarse cuando el marido era pródigo o se arruinaba por su culpa (P. 4, 11, 29), lo que era procedente tanto en la dote estimada como en la inestimada. Decía al efecto un pasaje en un escrito del siglo XVIII: “quando el marido viene a ynopia rebibe el dominio de la mujer sin embargo del apresio que constituyo la benta”.²⁰⁴ En igual caso podía la mujer impetrar medidas conservativas como el nombramiento de un fiador que garantizara la restitución o el depósito de los bienes dotales.

La obligación de restituir que pesaba sobre el marido acarrecaba una hipoteca tácita sobre todos sus bienes. La mujer tenía un derecho de prelación para evitar daños en su patrimonio; en su virtud prefería ella a todos los acreedores del marido, aun anteriores a la constitución de la dote, salvo los que tuvieran hipoteca expresa especial o general; prefería a los posteriores aunque tuvieran hipoteca general expresa y aun llegaba a preferir al Fisco.²⁰⁵

4. G) DERECHO DE LA MUJER A IMPEDIR QUE EL MARIDO DILAPIDE BIENES PROPIOS SUYOS

No aparece en la legislación, pero sí en la práctica judicial, que la mujer pudiera impetrar al juez que prohibiese a su marido enajenar bienes propios de él. Es el caso, ocurrido en 1802, en que María Lucero, mujer legítima de José Antonio Gutiérrez, y casada con él por espacio de veintiocho años, pidió al tribunal que se impidiera a su cónyuge enajenar un retazo de tierras que él había heredado de sus padres. Daba como razón que temía que empleara el dinero que le pagaran en juegos y otros usos prohibidos. Solicitaba se le conminara “pena de nulidad y de veinticinco pesos aplicados en la forma ordinaria”, a lo que el alcalde, Pedro José González, accedió.²⁰⁶

²⁰⁴ Archivo Real Audiencia, vol. 1727, p. 2^a, fs. 19.

²⁰⁵ HEVIA, op. cit., lib. 2, cap. 12, N^o 32, y DO-

MINGUEZ VICENTE, *Ilustración y Continuación a la Curia Filipica* (Madrid, 1790), lib. 2, cap. 3, N^o 26.

²⁰⁶ Archivo Real Audiencia, vol. 2363, p. 7^a