

EL SEXO COMO CIRCUNSTANCIA MODIFICATIVA DE LA CAPACIDAD JURÍDICA EN NUESTRA LEGISLACIÓN DE INDIAS

SUMARIO: I. El problema de la capacidad de la mujer española de la metrópoli para pasar a las Indias.—II. Condición jurídica de la mujer en el orden familiar: *a)* La mujer y el principio de libertad que debía presidir en punto a la celebración de los matrimonios; *b)* Restricciones al principio de libertad matrimonial que afectaban particularmente a la mujer; *c)* Las mujeres de razas indias y el derecho matrimonial; *d)* La mujer y el principio de la unidad de domicilio conyugal.—III. Condición de la mujer en la esfera del derecho de obligaciones. La diferenciación de los sexos en el contrato de arrendamiento de servicios.—IV. El problema de la esclavitud en Indias y la condición jurídica de la mujer.—V. La mujer y el régimen tributario de los indios.—VI. El derecho de consorte en punto a las mujeres de los funcionarios públicos de Indias. Viudedades y orfandades.—VII. Función tutelar del Estado en punto al asilo y educación de la mujer.—VIII. El problema de la capacidad de la mujer para el desempeño de cargos públicos.—IX. La mujer y las encomiendas de indios: *a)* Los derechos sucesorios de la mujer según la Real Provisión de 1536; *b)* La sucesión de las hijas en las encomiendas de sus padres; *c)* Requisitos exigidos para que las viudas de los encomenderos pudieran suceder en las encomiendas; *d)* La sucesión en la encomienda heredada por una mujer viuda cuando ésta contraía segundas nupcias; *e)* El derecho a alimentos de la viuda del encomendero que no hubiera sucedido en la encomienda; *f)* La mujer sucesora en la encomienda y el pago de las deudas hereditarias; *g)* Las donaciones dotales a las hijas y la sucesión en las encomiendas.—X. La mujer y los cacicazgos.—XI. La mujer y el Derecho penal.—XII. Leyes sobre policía de las costumbres que afectaban específicamente a la mujer.—XIII. El estado religioso y la capacidad jurídica de la mujer.—XIV. Conclusiones.

I.—El problema de la capacidad de la mujer española de la metrópoli para pasar a las Indias.

Sólo puede abordarse el estudio de esta cuestión teniendo presente cuál era, en sus líneas generales, la capacidad jurídica

de la mujer española al tiempo del descubrimiento de América. Es sabido que en el Derecho español de entonces sólo en situaciones de hecho excepcionales se reconocía a la mujer una plena capacidad civil; el orden jurídico familiar absorbía de tal modo la personalidad de la mujer, que únicamente en circunstancias muy calificadas podía aquélla destacar su individualidad con una plena soberanía de sus actos. La cosa es tan conocida que no es necesaria una particular aportación documental para corroborarla. Vivía la mujer soltera sometida siempre a la autoridad paternal o a una tutela desempeñada por el mayor de sus hermanos varones o por el más próximo de sus otros parientes. El matrimonio, única causa de emancipación familiar, la liberaba de estas estrechas redes, pero la hacía caer dentro de la órbita de un nuevo poder tan acusado como el primero. Sólo el estado de viudez permitía a la mujer gozar de su plena capacidad civil.

Se comprende, por tanto, que en un estado semejante de cosas no podía plantearse el problema de la capacidad para pasar a Indias más que con respecto a aquellas mujeres que no estuvieran sometidas a la patria potestad, al régimen tutelar o a la autoridad marital, ya que con respecto a éstas la cuestión quedaba reducida a la obtención de la correspondiente licencia familiar que habían de conseguir sus respectivos padres, tutores o maridos. En efecto, se observa en nuestra legislación de Indias desde el primer momento que no se pone ninguna dificultad a los cabezas de familia que hubieran de partir con rumbo a los territorios de Ultramar para llevar consigo sus hijas, pupilas o esposas; es más, con respecto a las mujeres casadas, no sólo se permite que pase a Indias acompañando a sus maridos, sino que de una manera reiterada y con una diversidad de modalidades, que más adelante habremos de estudiar detalladamente, se dispuso en toda ocasión, de un modo general, que ningún hombre casado pudiera pasar a aquellos territorios sin ir acompañado de su mujer.

Queda así circunscrita la cuestión a las mujeres viudas y a las solteras que no fueran acompañadas de sus padres o tutores; y a este respecto interesa reseñar, en primer término, una Real

cédula expedida por Fernando el Católico el 18 de mayo de 1511, explicando y ampliando las Ordenanzas de la Casa de Contratación de Sevilla, en la cual, al hablar de las personas que tenían prohibición de pasar a Indias, se decía "que en cuanto a las mujeres solteras, sobre lo que se habían ofrecido dudas a los Oficiales vista su condición, provean lo que estimen más provechoso" ¹.

No se contiene en esta Cédula Real ninguna declaración precisa y terminante; pero claramente se ve, con sólo lo expuesto, que el sexo, por sí, no originaba ninguna incapacidad especial. Y que esta fué la doctrina que hubo de prevalecer al cabo lo atestiguan una Carta Real de 1554, en la cual se mandaba a los Oficiales de la Casa de la Contratación de Sevilla que "sean obligadas las mujeres a dar información de su limpieza como los hombres, y que no dexen passar a ninguna sin licencia expresa" ², y otras disposiciones reales de 1539 y 1575, incorporadas a la *Recopilación de 1680* ³, donde se ordenaba "que no passen mugeres solteras sin licencia del Rey", pues los requisitos que aquí se exigían eran formalidades comunes a hombres y mujeres.

En ocasiones, por motivos de índole política, en su afán los monarcas de fomentar la población de determinados territorios, se llegó a ordenar que se permitiera en ellos la entrada de mujeres sin exigirles la presentación de la licencia. Así consta que ocurrió con respecto al Perú, haciéndose más tarde extensiva esta disposición a las ciudades de Nombre de Dios y Panamá. ⁴

En su *Historia de la esclavitud de la raza africana en el Nuevo Mundo*, y en especial en los países américo-hispanos, cita don José Antonio Saco otra disposición real que puede ser incluida también dentro de este grupo. Se trata de una orden dirigida por Fernando el Católico a los oficiales de la Casa de la Contratación de Sevilla, mandándoles que enviasen a los territorios nuevamente descubiertos "esclavas blancas cristianas, que servirían

1 Fabié: *Ensayo histórico...*, pág. 112.

2 *Ordenanzas de Encinas*, t. I, págs 497 y sigs.

3 Ley 24, tít. 26, lib. IX.

4 *Diccionario de Gobierno y Legislación de Indias: Población*. (Archivo Histórico Nacional de Madrid.)

mejor que las indias y con quienes se podrían casar los españoles"; y aun cuando contra esta resolución hubieron de protestar, en 2 de julio de 1512, don Diego Colón y los Oficiales reales, alegando que "habiendo en la Española muchas doncellas de Castilla conversas, serían desdeñadas por los españoles, que preferirían para sus mujeres a las recién llegadas, por ser cristianas viejas", el Rey, sin embargo, en 10 de diciembre del mismo año, insistió en la orden de referencia ⁵.

Al lado de estas normas generales se registran también en nuestra legislación de Indias algunas disposiciones de excepción, en las cuales se prohibía el pase a los territorios coloniales de determinadas mujeres, por razones particularísimas. Así vemos que en dos Reales cédulas de 11 de abril de 1660 y 22 de noviembre de 1662, recogidas más tarde en la *Recopilación de 1680*, se disponía que las hijas y nueras de los Virreyes de Nueva España y Perú no podían acompañar a sus padres en su viaje a Indias ni residir allí con ellos ⁶. También se prohibía el pase a Indias a las mujeres de vida airada ⁷ y a las mujeres, hijas y criadas de los gitanos ⁸. Con respecto a las mujeres extranjeras, no sólo se las declaraba incapaces para pasar a Indias, sino que se llegó a ordenar en una Real cédula de 13 de enero de 1596 que no fuesen admitidas a composición; es decir, que las que, burlando la ley, hubieran conseguido llegar a cualquiera de nuestros territorios coloniales, debían ser expulsadas por las autoridades, sin que pudieran legitimar su situación —como estaba permitido a otras personas, incapacitadas también— mediante el pago de una cantidad, que oscilaba según las circunstancias ⁹.

Volviendo ahora a ocuparnos de las mujeres casadas, hemos de recoger la doctrina sentada en una ley de la *Recopilación de 1680*, según la cual, aquéllas sólo podían pasar a Indias acompañadas de sus maridos o haciendo constar que ellos estaban ya

5 Tomo I, lib. II, págs. 80-81.

6 Ley 12, tit. 3, lib. III.

7 Levillier: *Orígenes argentinos*, pág. 14.

8 *Recopilación de Leyes de Indias de 1680*, ley 5, tit. 4, lib. VII.

9 *Recopilación de Leyes de Indias de 1680*, ley 16, tit. 27, lib. IX.

allí y que ellas iban a buscarles para reanudar su interrumpida vida matrimonial. En el primero de estos dos casos eran los maridos quienes necesitaban llevar licencia real; en el segundo, podían y debían otorgar la licencia los Oficiales de la Casa de la Contratación de Sevilla tan pronto como, mediante la correspondiente información, se hubieran asegurado de la exactitud de los hechos expuestos¹⁰. Que esta doctrina debió mantenerse en vigor desde los primeros momentos lo comprueba una Real cédula dictada el año 1513, dirigida al almirante don Diego Colón, manifestando la extrañeza que al Monarca había producido el que se hubiera impedido el paso a la Isla de Cuba a mujeres que tenían allí a sus maridos, y ordenando que se las concediera el permiso necesario¹¹.

Cuando una mujer casada partía con rumbo a Indias en unión de su marido, si éste fallecía durante la travesía podía aquélla continuar el viaje comenzado y establecerse en el punto de destino de antemano determinado¹².

Hemos dicho que no sólo se permitía a las mujeres casadas el pase a Indias acompañando a sus maridos, sino que además se les prohibía a éstos el viaje si no llevaban consigo a sus legítimas mujeres, o se les obligaba a regresar a España en plazo perentorio, para reunirse de nuevo con ellas. A todo trance quiso el legislador mantener el principio de la unidad de vida matrimonial. Y aunque esta doctrina no constituía ninguna novedad en nuestro Derecho tradicional, exige que se considere con atención preferente, la manera tan reiterada con que hubo de ser sostenida con respecto a nuestros territorios de Indias y la cantidad abundantísima de preceptos legislativos que con este motivo hubieron de dictarse, para tratar de corregir los abusos que originó la poderosa corriente emigratoria que el descubrimiento y colonización de América trajeron consigo.

Ya en 8 de febrero de 1505¹³, en una carta Real, contestación a otra del gobernador Ovando, declaraba el Monarca, entre

10 Ley 24, tít. 26, lib. IX.

11 *Colección de Documentos Inéditos de... Ultramar*, t. I, pág. 36.

12 *Recopilación de Leyes de Indias de 1680*, ley 27, tít. 26, lib. IX.

13 Fabié: *Ensayo histórico...*, pág. 60.

otras cosas, que aprobaba plenamente el que se hubiese mandado a todos los vecinos de la Española que fueran casados en Castilla que regresaran sin dilación a España para recoger y llevar consigo a sus mujeres; y con fecha 2 de noviembre de 1534¹⁴ se registra un "Testimonio de haberse notificado a los casados que residen en la Isla la Real cédula que manda lleven sus mujeres de Castilla en término de dos años". No hemos podido encontrar la cédula a que aquí se hace referencia; pero ya, a partir de esta fecha, las ratificaciones del mismo precepto se suceden con una profusión verdaderamente extraordinaria. Así, dos años más tarde, en 1536¹⁵, determinando "lo que el Reverendo Padre D. Fray Vicente de Valverde e Obispo de la Iglesia del Cuzco en la Provincia del Perú, ha de hacer por mandado de S. M.", se le decía que cuidase del cumplimiento de la cédula que mandaba que "los casados que obieren cinco años que están en aquella Tierra lleven las mujeres o se vengan a hacer vida con ellas"; y lo mismo se ordenaba en otras cédulas reales de 1544, 1546, 1549, 1550, 1555, 1563, 1565, 1568, 1569, 1576, 1578, 1579 y 1593¹⁶.

En unas Provisiones Reales de 1550¹⁷ se recomendaba muy encarecidamente al Virrey de Nueva España el cumplimiento más estricto de estas disposiciones; en 26 de mayo de 1573¹⁸ se prevenía también a todos los fiscales de Su Majestad que velasen muy escrupulosamente por que los casados hicieran vida marital con sus mujeres, poniendo el mayor cuidado en que se siguieran todas las causas que con este motivo llegaran a promoverse; y en una instrucción de 25 de octubre de 1573¹⁹, di-

14 *Colección de Documentos Inéditos de... Ultramar*, t. IV, página 332.

15 *Colección de Documentos Inéditos del Archivo de Indias*, tomo XXIII, págs 446 y sig.

16 *Ordenanzas de Encinas*, t. I, págs. 497 y sigs.—*Diccionario* citado: Españoles; y Manuscrito 3045 de la Biblioteca Nacional de Madrid.

17 *Colección de Documentos Inéditos del Archivo de Indias*, tomo XXIII, págs. 520 y sigs.

18 *Diccionario* citado: *Fiscales*.

19 Manuscrito 3045 de la Biblioteca Nacional.—En 1570, al ordenar que un vecino de la Paz, García Gutiérrez, "sea ymbiado a

rigida al Presidente de la Audiencia del Nuevo Reino de Granada, se repitieron igualmente con grandes apremios las mismas exhortaciones.

Pero que, a pesar de tan reiteradas prevenciones legislativas, debieron continuar cometiéndose gran cantidad de abusos, lo prueba el hecho de que todavía en la *Recopilación de 1680* creyeron pertinente los recopiladores consagrar todo un título, el tercero del libro séptimo, a regular la situación “de los casados y desposados en España e Indias que están ausentes de sus mujeres y esposas”, estableciendo, a este respecto, las siguientes disposiciones: “Que los casados o desposados en estos reinos sean remitidos con sus bienes y las Justicias lo ejecuten; que no se den licencias ni prorrogaciones de tiempo a los casados en estos Reinos si no fuere en casos muy raros; que los enviados por casados y mercaderes que tienen término limitado no se queden en el viaje; que los casados en España no se excusen de ser enviados por Oficiales de Cruzada; que los enviados por casados del Perú no sean sueltos en Tierra Firme; que a ningunos casados en las Indias se dé licencia para venir a estos Reinos... sin prestación de fianzas para responder de que la ausencia no será por más del tiempo señalado; que los que estuvieren ausentes de sus mujeres en las Indias vayan a hacer vida con ellas, y que sobre verificar la comprobación de los que no son casados en estos Reinos, por alegar haber enviudado, se proceda conforme a derecho.”

La forma “en que los casados en España serán enviados”, se estableció en la ley tercera de este mismo título, dictándose con tal fin medidas muy minuciosas y del más extremado rigor²⁰.

España a hacer vida con su mujer”, se hacía extensiva esta conminación a “todos los demás casados en Castilla sin réplica alguna”. *Colección de Documentos Inéditos del Archivo de Indias*, t. XIX, pág. 212 y Manuscrito 2927 de la Biblioteca Nacional de Madrid.

²⁰ A más de éstas, se encuentran esparcidas por todo el texto de la *Recopilación* otras leyes, de fechas diferentes, que se referían también al mismo asunto. Tales son: ley 14, tít. 7, lib. I: Que los Prelados se informen de los españoles que haya allí casados o desposados en estos Reinos y avisen a los Virreyes, Presidentes, Audiencias y Gobernadores para que los hagan embarcar; ley 9, tít. 3, lib. III: Que

Finalmente, aun después de la promulgación de la *Recopilación de 1680*, hubieron de ser necesarias nuevas y terminantes ratificaciones, según lo atestiguan diversas Reales cédulas de 12 de agosto de 1693²¹, 7 y 18 de octubre de 1750²² y 23 de septiembre de 1799²³, entre otras.

* * *

Hasta aquí nos hemos limitado a consignar la sola enunciación del principio general imperante en punto a los casados en Indias que vivían separados de sus mujeres. Veamos ahora cómo, poco a poco, sin quebrantarse en lo fundamental el rigor de esta doctrina, reiterada, como hemos visto, todavía a fines del siglo XVIII, se introdujeron, sin embargo, algunas medidas de excepción que la condicionaron notablemente.

La primera actitud del legislador frente al hecho de los muchos casados que vivían en Indias con abandono completo de sus mujeres residentes en España, fué —ya lo hemos dicho— la de corregir estos abusos, ordenando que dentro de un plazo perentorio fuesen aquéllos conminados para reunirse con sus legítimas mujeres. Estas medidas se completaron pronto con la prohibición general de que ningún casado pudiera pasar a Indias, de no ir acompañado de su mujer, aun cuando se tratase

los Virreyes no den Decretos en perjuicio de la cosa juzgada, ni prorroguen el término para que los casados en estos Reinos se vengán; ley 103, tít. 15, lib. IX: Que los Generales traigan a los casados en estos Reinos y den cuenta en la Casa; ley 15, tít. 7, lib. VII: Que los Oidores no suelten ni den esperas a los casados presos por ausencias de sus mujeres; ley 33, tít. 18, lib. II: Que los Fiscales procuren se ejecute lo dispuesto contra casados en estos Reinos que residieren en las Indias; ley 133, tít. 15, lib. IX: Instrucción que han de guardar los Generales de la Armada y Flota de Indias y los demás Ministros a quienes toca el despacho y apresto de ellas; cap. 43. El General cuide de que vuelvan los casados.

²¹ Archivo de Indias, Indiferente general, 139-7-11 (t. IX, fol. 44).

²² *Diccionario* citado: *Comercio y Consulado* (t. IV, fol. 17, número 34 del Cedulaario) y Archivo de Indias, Indiferente general, Registro Cedulaario, etc., 140-4-23, Paquete 1750, y Registros 139-7-6/8. 1750, número 6. Indiferente general, 139-7-12 (t. XII, fol. 194).

²³ *Diccionario* citado: *Instrucción* (t. XXXIV, fol. 252 v.º, número 236 del Cedulaario).

de funcionarios públicos, civiles o militares, con destino en aquellos territorios²⁴.

No sólo se prohibió a los casados que no llevasen consigo a sus mujeres el pase de España a Indias, sino también todo viaje entre una y otra de las distintas demarcaciones coloniales. Así, en una Real cédula incorporada a la ley 30, tít. 45, lib. IX de la *Recopilación de 1680*, se ordenaba "que no pase de Nueva España a Filipinas hombre casado sin su mujer, o con su licencia y fianzas"; y tal empeño pusieron nuestros gobernantes en que por ningún motivo se demorase el envío a España de los casados ausentes de sus mujeres, que en una Real cédula de 16 de febrero de 1679²⁵ se estableció: "En la Armada de las Indias asienten plaza de soldados los casados que se mandasen a enviar a estos Reinos siendo pobres, en lugar de los soldados que queden enfermos o muertos"; y para evitar el que los encomenderos se excusasen de venir por sus mujeres, fundándose en la obligación que tenían de no abandonar el lugar de su encomienda, se ordenó por Real cédula de 19 de octubre de 1544²⁶ "que los casados o desposados en estos Reinos que tuvieran encomiendas, puedan venir por sus mujeres" en un plazo de dos años, sin que por esta ausencia se les siguiese perjuicio de ninguna clase.

Una idea del rigor con que se persiguió el cumplimiento de estas leyes la da una Cédula Real de 30 de septiembre de 1688²⁷, por la cual se concedía indulto general a todos los españoles "que habitasen en las Indias sin licencias, exceptuando los

24 Ley 28, tít. 26, lib. IX de la *Recopilación de 1680*. Esta prohibición se hizo extensiva a los Oficiales de Cruzada y del Ejército por Cédulas de 29 de junio de 1592 y 30 de julio de 1772, respectivamente. (*Colección de Documentos Inéditos del Archivo de Indias*, t. XVIII, página 221), Manuscrito 2.927, fol. 72 v.º de la Biblioteca Nacional de Madrid y *Diccionario* citado: *Casados* (t. XXI, fol. 270, núm. 231 del Cedulaario). En punto a los soldados se determinó que a los que estuvieran ausentes de sus mujeres se les borrasen sus plazas. (Ley 18, título 10, lib. III, de la *Recopilación de 1680*.)

25 Archivo de Indias, Índice, 139-1-4, *Recopilación de 1680*, ley 104, título 15, lib. IX.

26 *Diccionario* citado: *Encomenderos* (t. XXX, fol. 253 v.º, número 188 del Cedulaario) y *Recopilación de 1680*, ley 28, tít. 9, lib. VI.

27 Archivo de Indias, Índice general, 139-7-10 (t. VIII, fol. 274).

que fueren casados en España”, y el hecho de que se crease un Juzgado especial para conocer de esta clase de delitos ²⁸.

Sin embargo, a pesar de todas estas disposiciones, los fraudes se repitieron con frecuencia, cometiéndolos, ya individuos solteros, que se fingían casados para llevar así consigo a sus concubinas, ya otros realmente casados, pero que, en lugar de hacerse acompañar de sus mujeres, hacían pasar por éstas a sus amantes; y estos abusos motivaron una Cédula Real de 1546, que fué recogida en las *Ordenanzas de Indias* ²⁹, y más tarde en la ley 26, tít. 26, lib. IX de la *Recopilación de 1680*, donde se mandaba: “Cuando algunos hombres casados quisieren pasar a las Indias y llevar a sus mujeres, el Presidente y Jueces de la Casa sepan si son casados y velados a ley y bendición, como lo manda la Santa Madre Iglesia, y reciban la información hecha en sus residencias, y constando que son los contenidos, los dejen y consientan pasar conforme a las licencias que llevaren, y no en otra forma.”

Incluso para los individuos sometidos a esclavitud dispuso la ley 22, tít. 26, lib. IX de la *Recopilación de 1680*, que ningún esclavo casado pudiera pasar a Indias sin ir acompañado de su mujer e hijos, añadiendo, en evitación de fraudes, que “para que conste si son casados, al tiempo de pasar y hacerse el registro de ellos se tome juramento a las personas que los llevaren”.

Este rigor del legislador no impidió que se consintiesen algunas excepciones al cumplimiento de este precepto, siquiera en ellas se dejase siempre a salvo la sustantividad de la doctrina, pues se permitieron sólo por un período de tiempo determinado, y exigiendo siempre garantías suficientes de que la separación conyugal había de concluir al expirar el plazo señalado. Así, en una Real cédula de 13 de octubre de 1554 ³⁰, se consentía que pudieran pasar a Indias sin ir acompañados de sus mujeres

²⁸ Ley 50, tít. 3, lib. III de la *Recopilación de 1680*, donde se recoge la doctrina sentada en diversas Cédulas Reales de 1595, 1596, 1607 y 1628. Archivo de Indias. Indices, 139-1-4 (lib. XXXII, fol 156).

²⁹ *Ordenanzas... de Encinas*, t. I, pág. 497.

³⁰ *Diccionario* citado: *Casados* (t. XXX, fol. 253 v.º, núm. 188 del Cedulaario).

a aquellos individuos casados que prestasen fianza bastante para responder de que su ausencia no había de prolongarse más allá de dos años. El incumplimiento de esta promesa se castigaba con la pena de prisión.

En otra cédula Real de 12 de noviembre de 1611³¹ se ve que para la concesión de estas licencias especiales se exigía no sólo la prestación de la fianza de que habla la cédula anterior, sino también el consentimiento expreso de la mujer. Por último, en otra disposición de 19 de noviembre de 1618³², mandaba el Rey a la Audiencia de Nueva España que para conceder esta clase de licencias debían antes enterarse de las causas que motivasen su solicitud, así como de la edad del solicitante y de su mujer, del número de hijos que tuvieren y de los medios de sustentación que les dejase durante su ausencia, poniendo especial cuidado en registrar la fecha y demás circunstancias del permiso para ejecutar en todo caso lo que en justicia procediere.

Respecto a los mercaderes casados en España que tuvieran negocios en Indias, hubieron de ser todavía mayores las concesiones que se establecieron, aunque sin alterar tampoco con ellas lo fundamental de la doctrina, tantas veces reiterada. En una Real cédula de 16 de julio de 1550, incorporada más tarde a la *Recopilación de Leyes de Indias de 1860*³³, se disponía: "Concedemos facultad a los mercaderes casados que pasen a las Indias para que, por tiempo de tres años, que corran y se cuenten desde el día de la data de la licencia, que han de llevar del Presidente y Jueces de la Casa de Sevilla, puedan ir a aquellos Reinos y volver a sus casas, y en la licencia se ha de expresar que, sin embargo de ser casados, se les da por tres años para ir, estar y volver, y que los Jueces y Justicias no los extrañen e inquieten, en virtud de las órdenes generales dadas sobre que los casados vengan o envíen por sus mujeres, y cumpliendo el tér-

31 *Diccionario* citado: *Casados* (t. XXXVIII, fol. 149, núm. 108 del Cedulaario).

32 *Diccionario* citado: *Casados* (t. XXXI, fol. 284 v.º, núm. 289 y t. XXXVII, fol. 41, núm. 9 del Cedulaario) y Archivo de Indias, Indiferente general, 139-7-9 (t. II, fol. 145).

33 Ley 29, tít. 26, lib. IX.

mino de los treinta y dos meses de los años que llevaren de licencia, los compelan las justicias que luego, en la primera ocasión, se embarquen y vengan a estos Reinos, y no lo cumpliendo los prendan y envíen presos. Y mandamos al Presidente y Jueces de la Casa que dé esta licencia a los mercaderes casados, por el dicho término, y tengan libro aparte en que las asienten; pero si dijeren los mercaderes casados que quieren vivir y permanecer en las Indias y llevar a sus mujeres, y dieren fianzas de llevarlas dentro de dos años, las Justicias de las Indias los dejen estar, con que las fianzas sean de la cuarta parte de sus bienes y excedan de mil ducados. Y si luego que sean pasados los dichos treinta y dos meses no afianzaren, los compelan a venirse. Y asimismo mandamos que de los términos asignados por esta nuestra ley no se dé prorrogación." Insistiendo en este mismo punto de vista, se añadía, en la ley 30, tít. 26, libro IX de la citada *Recopilación*, "que habiendo venido los mercaderes con sus mujeres no vuelvan sin ellas, y con los enviados por casados se guarde lo mismo".

La cuestión hubo de interesar tanto, que también los juristas más destacados de la época dedicaron algunas páginas a su estudio. El licenciado Matienzo, en su libro *Gobierno del Perú*, recogiendo el espíritu de todas estas leyes en el capítulo IV de su obra, que trata "De la audiencia de los Charcas y quanto conviene que resida en la ciudad de la Plata, y de las Ordenanzas para ella hechas y que conviene que se añadan", dedica un artículo de su proyecto de Ordenanzas a regular todo lo referente a los casados que vivieren ausentes de sus mujeres, formulando las medidas más rigurosas para conseguir que acabase semejante corruptela; y lo mismo propone en otro proyecto de Ordenanzas para la Audiencia de los Reyes.

Mayor interés tiene la doctrina recogida a este respecto por Juan de Solórzano en su admirable *Política Indiana*. Este autor, después de resumir las Reales cédulas vigentes en su época sobre esta materia, plantea la cuestión de si el seguir a sus maridos que quisieran establecerse en Indias constituiría para las mujeres una obligación; y después de examinar la doctrina sentada para casos análogos por Santo Tomás y por fray Juan Bau-

tista y Fernando Zurita, concluye por su parte diciendo "que la mujer que es invitada por su marido a ir a Indias debe seguirle; pero esto es un precepto, no una imposición, y por eso, si ella pretexta miedo al mar debe ser respetada". Sobre cuál fuera el criterio del legislador frente a esta cuestión planteada por Solórzano, arroja mucha luz una Orden general de 7 de marzo de 1783, en la cual se disponía que, habiendo cesado los riesgos de la guerra hasta entonces sostenida, fuesen obligadas a embarcarse para reunirse con sus maridos en un plazo de tres meses las mujeres de los funcionarios que estuviesen sirviendo sus destinos en Indias; añadiendo que si alguna, por enfermedad o por otra justa causa, no pudiese emprender el viaje, lo había de acreditar debidamente, para que en tales casos fuesen los maridos quienes viniesen a reunirse con ellas, prohibiéndoles entre tanto que se presentaran en la Corte ni en los otros sitios reales y ordenándolas que se retirasen a los lugares de su naturaleza o a los pueblos donde vivieren sus padres o parientes o, en su defecto, los del marido³⁴.

II.—Condición jurídica de la mujer en el orden familiar.

En términos generales, puede decirse que los mismos preceptos que en España regulaban la vida jurídica matrimonial hubieron de regir también en nuestros territorios coloniales, primero con la variedad de formas y solemnidades que en punto a la celebración del matrimonio persistían todavía en los primeros años de la edad moderna, y luego con la rigidez establecida en los cánones del Concilio de Trento. Así lo atestigua una Real cédula de 12 de julio de 1564, al ordenar³⁵ a los Arzobispos y demás Prelados de Indias que publicasen el mencionado Concilio, "cuyos acuerdos son ley del Reino", y a las Justicias ordinarias que prestasen todo el auxilio necesario para que no se alterase su observancia. Veamos ahora, sentado este principio,

³⁴ Archivo de Indias, Indiferente general, 139-7-18, 1749-1783, folio 132 v.º

³⁵ *Diccionario* citado: *Concilio* (t. XXX, fol. 335 v.º, núm. 259 del Cedulaario).

cuál fué en Indias la condición de la mujer en la esfera familiar.

a) *La mujer y el principio de libertad que debía presidir en punto a la celebración de los matrimonios.*—No hay en nuestra legislación de Indias ninguna declaración general de este precepto, pero resulta indudable su observancia por multitud de documentos jurídicos, que de una manera indirecta lo atestiguan. La definición legal del principio no se hizo, porque no era realmente necesaria, dado el ambiente de la época y abolidos ya, casi en su totalidad, los privilegios nobiliarios de la Edad Media, que abusivamente le venían contradiciendo; pero de una manera reiterada se ve al legislador proclamar implícitamente la necesidad de su cumplimiento, saliendo al paso de posibles y aun frecuentes coacciones de los Virreyes y otras autoridades coloniales. Pueden citarse a este respecto dos cédulas, de 1595 y 1596, dictadas por Felipe II, ratificadas más tarde por Felipe IV y recogidas, finalmente, en la ley 32, tít. 3.º, lib. III de la *Recopilación de 1680*, en las cuales se declaraba: “Que los Virreyes y Gobernadores no traten casamientos de sus deudos y criados con mujeres que han sucedido en encomienda... y las dejen casar y tomar estado con la libertad que tan justa y debida es.”

Igual criterio, aun cuando desde distinto punto de vista, se refleja en otra Real cédula de 1599, dirigida al Gobernador de Filipinas³⁶. Pretendía éste que se evitasen los matrimonios que contraían las mujeres ancianas poseedoras de Encomienda, sin otra finalidad que la de asegurar la sucesión en las mismas a favor de sus maridos; pero el Rey, aun reconociendo la evidencia del abuso, le ordenó que “no hiciese novedad, respetando la libertad de las nombradas mujeres para contraer matrimonio”³⁷.

b) *Restricciones al principio de libertad matrimonial que*

³⁶ *Diccionario* citado: *Matrimonios* (t. XXXVIII, fol. 135 v.º, número 101).

³⁷ Sin embargo, para evitar la corruptela que estos enlaces implicaban, se ordenó posteriormente que los esposos sólo podrían sucederse recíprocamente en el goce de sus respectivas encomiendas, si hubieran vivido en matrimonio un *mínimum* de seis meses.

afectaban particularmente a la mujer.—Se registran en nuestra legislación de Indias algunas limitaciones al principio de la libertad con que los matrimonios debían contraerse, limitaciones que, en lo esencial, coinciden con las que sancionaba el Derecho castellano de la época. Tal ocurre con la doctrina referente a la exigencia del consentimiento paterno en los matrimonios de los hijos de familia menores de edad. La pragmática sanción que a este respecto hubo de dictarse en 23 de marzo de 1776³⁸ se hizo extensiva para Indias en cédula de 7 de abril de 1778³⁹, con muy ligeras modificaciones; siendo de gran interés para nuestro estudio el hecho de que se equiparen en esta Real disposición los dos sexos, al ordenar en uno de sus capítulos que tanto los hijos de familia como las *hijas* que fueren menores de veinticinco años necesitaban, para contraer matrimonio, obtener previamente licencia de su padre, y en su defecto de su madre, abuelos, parientes más cercanos que no tuvieran interés manifiesto en uno u otro sentido, o, en último término, de sus tutores. Cuando por falta de padres y abuelos eran los otros parientes más próximos o los tutores quienes debían otorgar su licencia, se exigía, además, la aprobación judicial.

En una Real cédula de 26 de mayo de 1783⁴⁰, aclaratoria

38 Fué publicada el 27.

39 Ver la Cédula de 7 de abril de 1778, recogida en el *Diccionario* citado, palabra *Matrimonios* (t. XXX, fol. 104 v.º, núm. 86 del Cedulario). Puede verse también en el Archivo de Indias: Registros, 139-7-6, t. II, año 1778, núm. 2, e Indiferente general: 139-7-13, tomo XV, fol. 63.

La legislación peninsular anterior sobre esta materia, puede verse en la ley 4, tít. 3, Partida 4, y en las leyes 2 a 6 y 17, tít. 1, lib. III del Fuero Real. También en la ley 4, tít. 1, lib. V del Ordenamiento de Montalvo y en las leyes 9 a 19, tít. 2, lib. X de la *Novísima Recopilación*.

40 Archivo de Indias, Indiferente general, 139-7-13 (t. XV, fol. 199 y t. XVIII, núm. 92) y Registros, 139-7-6 (t. II, año 1783, núm. 4). Resulta interesante también, a este respecto, una Orden de 3 de marzo de 1781 en la cual se hablaba de un caso en que un Gobernador había declarado infundada una negativa paterna de consentimiento matrimonial, con lo cual se ve la eficacia del recurso que cabía interponer contra la negativa inmotivada de los padres.—*Diccionario* citado: *Matrimonios* (t. XLI, fol. 159 v.º, núm. 104 del Cedulario).

de las disposiciones contenidas en la anterior pragmática, se disponía que cuando hubiera sido estimada como justa la negativa paterna del consentimiento, no podía la madre instituir por heredero al hijo desobediente ni hacerle donación alguna mientras viviese el padre y persistiese en su oposición.

Este principio de equiparación entre los dos sexos que rigió, como hemos visto, en punto a la doctrina del consentimiento paterno, imperó igualmente en todo lo relativo a los impedimentos matrimoniales. Sin embargo, se registraron, unas veces en la legislación y otras en la doctrina de los juristas, algunas excepciones a esta norma general, que interesa recoger.

Juan de Solórzano, el insigne autor de la *Política Indiana*, al estudiar en su obra⁴¹ la prohibición de contraer matrimonio que en nuestras leyes de Indias pesaba sobre determinados funcionarios públicos y sobre los hijos de estos funcionarios, plantea la cuestión de si debería o no excluirse a las *hijas* de estas normas prohibitivas. La opinión de muchos tratadistas de la época era favorable a la exclusión, por entender que en este caso desaparecía el peligro de una posible coacción por parte del padre de la contrayente, ya que no era verosímil pensar que nadie quisiera casar a su hija con hombre que fuera al matrimonio contra su voluntad. Además, tenían presente los que así opinaban "lo conveniente que se consideraba el que los matrimonios de las hijas se acelerasen por los peligros que podía traer su detención". Sin embargo, Solórzano defiende una doctrina radicalmente contraria, fundándose en que tal distinción entre hijos e hijas "desapareció ya en el Derecho romano desde una novela del emperador León, siguiendo el mismo criterio las *Partidas* y, finalmente, nuestra legislación de Indias"; y ese rigor restrictivo del legislador lo encontraba nuestro autor muy justificado, pues, a su juicio, debía pensarse muy lógicamente que acaso fuera mayor todavía el interés que los padres tuvieran en casar a sus hijas ventajosamente que el que pudiera inspirarles el casamiento de sus hijos varones, y, guía-

41. Libro V, capítulo IX.

dos por este interés, podían no vacilar ante los desafueros más grandes.

Otra cuestión que se planteó en la práctica jurisprudencial de nuestras colonias fué la de determinar si estarían exentas de esta prohibición las hijas de las autoridades de referencia que, encontrándose en estado de viudez, quisieran contraer nuevo matrimonio. Y también para semejantes casos imperó un criterio restrictivo, citando Solórzano, a este respecto, el ejemplo de lo ocurrido con un oidor de Lima que pretendió librarse de la pena impuesta alegando ante el Consejo que su hija, por ser viuda, pudo disponer libremente de sus actos, sin contar para nada con la voluntad de su padre; razonamiento que, a pesar de su incuestionable fuerza doctrinal, no llegó a prevalecer.

Con respecto a las mujeres que fueran hijas, hermanas o parientes, dentro del cuarto grado, de Oficiales Reales con destino en Indias, se dictó una Real cédula en 18 de febrero de 1582, ratificada en 12 de mayo de 1619 e incorporada, por último, a la *Recopilación de 1680*⁴², prohibiéndoles el matrimonio con individuos que desempeñasen también el cargo de oficial de la Real Hacienda en aquellos territorios. Tampoco podían contraer matrimonio con Oficiales Reales las mujeres parientes, dentro del cuarto grado, de los Contadores de la Hacienda Real, y, recíprocamente, se prohibía el matrimonio con Contadores de la Real Hacienda a las mujeres que fueran parientes, dentro del grado

⁴² Ley 62, tít. 4, lib. VIII. La Real Cédula de 18 de febrero de 1582 puede verse en la *Colección de Documentos Inéditos... del Archivo de Indias*, t. XVIII, págs. 148 y 243, y la de 12 de mayo de 1619 en el *Diccionario* citado: *Matrimonios* (t. XXXI, fol. 289, núm. 213 del Cedulaario). A pesar de los términos precisos de la ley citada, hubieron de surgir en la práctica dudas en punto a su alcance, pues según atestigua Solórzano en su *Política Indiana* (lib. VI, cap. XV, números 19 a 24), se pretendió dar a esta prohibición la generalidad que venía teniendo con respecto a los Virreyes, Presidentes, Oidores y demás autoridades coloniales, y sólo ante la protesta formalmente interpuesta por los interesados —quienes recurrieron en queja alegando lo preceptuado en la Real Cédula de 1582 y además el hecho de no figurar incluidos en la Cédula general de 10 de febrero de 1575— se decretó de acuerdo con sus pretensiones, restableciendo la doctrina quebrantada en otra Cédula Real de 25 de julio de 1583. (Puede verse en el Archivo de Indias, Índice, 139-1-4. lib. XXX, fol. 44.)

de referencia, de Oficiales Reales o de cualquier otra persona que tuviera cuentas pendientes con el erario público⁴³.

Además de estas disposiciones que hemos dejado transcritas, y que encuadran perfectamente dentro de la doctrina general de los impedimentos matrimoniales, se registran en nuestra legislación de Indias numerosas cédulas Reales encaminadas a fomentar la población, que implicaron una restricción positiva del principio general sancionada de la libertad con que los matrimonios debían contraerse, debiendo destacar aquí, de entre todo este núcleo de Reales resoluciones, aquellas que de una manera específica afectaban a la mujer. Tal sucede con dos Reales cédulas de 4 de marzo de 1552 y 7 de julio de 1550⁴⁴, que imponían a las mujeres que hubieran sido llamadas a suceder en las encomiendas de sus padres la obligación de contraer matrimonio dentro del año siguiente a la muerte de su consorte, y otra de Felipe II, dictada para el virreinato del Perú, ordenando "que las viudas ricas contrajesen nuevo lazo, sin excusa valedera en contra, con españoles escogidos entre los que más hubieran contribuído al restablecimiento del orden⁴⁵."

c) *Las mujeres de razas indias y el Derecho matrimonial.*— Desde los primeros años de la conquista estuvieron reconocidos y sancionados por la ley los matrimonios entre españoles y mujeres pertenecientes a las distintas razas indias sojuzgadas. En realidad, puede decirse que el problema no llegó siquiera a plantearse: son muy abundantes y conocidos los testimonios suministrados por los primeros cronistas de Indias que hablan de la facilidad con que los españoles se unían con mujeres de aquellas razas, generalmente en simples concubinatos, pero que aca-

43 Reales Cédulas de 24 de diciembre de 1612, 18 de noviembre de 1650 (ley 8, tít. 2, lib. VIII de la *Recopilación de 1680*) y 24 de diciembre de 1764. (Pueden verse en Archivo de Indias, Índice, 139-1-4, libs. XXXII y XXXIX, fols. 264 y 105 respectivamente, y en la sección de Indiferente general, 139-7-9 (t. IV, fol. 126). Véase además el *Diccionario* citado: *Casados, Oficiales reales y Contadores* (t. XXXVI, fol. 137, núm. 176 del Cedulaario) y *Matrimonios* (t. VI, fol. 233 v.º); y también el Manuscrito 2.940 de la Biblioteca Nacional de Madrid.

44 Ley 4, tít. II, lib. IX de la *Recopilación de 1680*.

45 Palma: *Tradiciones peruanas*, t. II, pág. 216.

baron las más de las veces en legítimos matrimonios. El legislador, por su parte, se limitó a reconocer el estado de cosas que se había creado, y aun trató de fomentar estas uniones mixtas. Así, en una "Instrucción para el Gobernador u Oficiales sobre el gobierno de las Indias, lo que en ello se debe observar", dada en 29 de marzo de 1503, se decía: "Otrosí: Mandamos que el dicho nuestro Gobernador e las personas que por él fuesen nombradas para tener cargo de las dichas poblaciones, e ansí mismo los dichos Capellanes, procuren como los dichos indios se casen con sus mujeres en haz de la Santa Madre Iglesia; e que ansí mismo procure que algunos cristhianos se casen con algunas mujeres yndias..."⁴⁶

Igual criterio se sustentaba en una Provisión de 19 de octubre de 1514, que mandaba "que las Indias se puedan casar con Españoles"⁴⁷; y aun cuando este principio de absoluta libertad en punto a los matrimonios de españoles con mujeres indias, hubo de sufrir pasajera restricción en unas Ordenanzas hechas para el buen tratamiento de los indios, esta prohibición obedeció a razones que no afectaban a la sustantividad de la doctrina —seguramente la prevención de abusos que con estas uniones pudieran cometerse— y sólo estuvo vigente durante un período de tiempo muy corto, pues ya en una cédula de 5 de febrero de 1515 fué derogada expresamente, restableciéndose el precepto general en los siguientes términos: "El Rey... my voluntad es que las dichas yndias e yndios tengan entera libertad para se casar con quien quisieren, así con yndios como con naturales destas partes..."⁴⁸ Una y otra disposición —la de 1514 y la de 1515— fueron ratificadas por Felipe II en 22 de octubre de 1556 e incorporadas a la *Recopilación de leyes de Indias de 1680*⁴⁹.

Fijándonos ahora en los matrimonios de las mujeres indias.

46 *Colección de Documentos Inéditos... del Archivo de Indias*, tomo XXXI, págs. 156 y 163.

47 *Colección de Documentos Inéditos... de Ultramar*, t. IX, página 22, núm. 13.

48 *Colección de Documentos Inéditos... de Ultramar*, t. IX, página 52, núm. 16.

49 Ley 2, tít. 1, lib. VI.

con hombres pertenecientes a su misma raza, hemos de recoger aquí un conjunto de cuestiones jurídicas muy interesantes, que se suscitaron a los legisladores españoles al tratar de regular estas uniones matrimoniales según las normas del Derecho peninsular.

El abismo que separaba a colonizadores y colonizados en punto a la manera de concebir el orden matrimonial, era absolutamente insalvable. En la generalidad de las costumbres indígenas anteriores y coetáneas al descubrimiento, se observaba un régimen de poligamia establecido sobre la base de una verdadera compra de la mujer. Todavía en el año de 1652, al hablar de los indios araucanos, siempre rebeldes al dominio español, escribía don Antonio Ramírez de Laguna al monarca Felipe IV: "Es costumbre entre estos indios el comprar las mujeres con quien se casan, por ser permitido entre ellos la pluralidad de mujeres; de tal manera, que el que más tiene ése es más rico, porque siembran, guardan el ganado, sirve cada una lo que un criado o esclavo, y como entre nosotros se dotan las hijas, hermanas y parientas para casarlas con sus maridos, estos indios dotan las mujeres con quienes se casan, pagando a sus padres, hermanos, deudos y parientes lo que ellos habían de recibir con ellas en dote, al revés de lo que usamos nosotros. Estas ventas las hacen los padres, hermanos y parientes cercanos, porque todos participan del precio, y se llaman ventas *a la usanza*, y a trueque de caballos, armas, vestidos y otras cosas, regulando cada mujer por tantas pagas, conforme a la hermosura, y cada paga doce pesos de a ocho reales"⁵⁰.

No era posible esperar de los legisladores españoles una actitud de transigencia frente a un estado de cosas semejante; pero tampoco podía extremarse el rigor desde los primeros momentos, porque un exceso de celo hubiera sido impolítico a todas luces, y hubiera originado seguramente resultados opuestos a los que se perseguían. Veamos cómo pudieron armonizarse en la ley exigencias tan contradictorias.

El primer problema a resolver que en este respecto hubo

⁵⁰ Amunátegui: *Encomiendas de indígenas en Chile*, t. II, pág. 35.

de plantearse fué el de la convalidación, dentro de las normas canónicas, de los matrimonios contraídos por los indios neófitos en tiempos de su infidelidad. Ya hemos dicho que en la generalidad de las costumbres indígenas imperaba un régimen de poligamia. Era frecuente, por tanto, el caso de indios recién convertidos que estaban casados con más de una mujer; y como nuestro Derecho canónico no podía consentir esta pluralidad de mujeres, se hacía necesario dictar nuevos preceptos, declarando con cuál de ellas se había de entender persistente para lo sucesivo el vínculo matrimonial. El pontífice Paulo III trató⁵¹ de resolver esta dificultad ordenando que en estos casos debía considerarse como legítima a la mujer con quien primeramente se hubiera tenido acceso carnal, y sólo cuando este hecho no pudiera probarse de manera satisfactoria se debería conceder al marido una facultad de elección; pero esta última salvedad del Pontífice fué portillo abierto a toda clase de abusos, porque los indios, maliciosamente aleccionados, fingían siempre ignorar cuál había sido su mujer primera, para de este modo poder elegir entre todas aquella que más les convenía o les gustaba. Hubo que pensar, por tanto, en corregir tales excesos, y para ello se retiró a los interesados la facultad que hasta entonces habían tenido de designar por sí mismos con cuál de sus mujeres habían contraído primeramente enlace matrimonial, encomendando esta misión a los indios más viejos de cada Parroquia, los cuales sentenciaban después de haber escuchado las razones que cada uno alegaba en apoyo de sus pretensiones. Designada así la que había de seguir siendo desde entonces única mujer del contrayente, se consagraba en ella el matrimonio, y a las demás se las dotaba convenientemente para que pudieran atender en adelante a sus propias necesidades y a las de los hijos que quedaban en su poder.

También fué discutido y estudiado ampliamente este problema de la convalidación canónica de los matrimonios entre los indios recién convertidos en el "Sinodo ordenado en la ciudad de los Reyes (Lima)... en 1550", siendo de excepcional interés los acuerdos que en este punto se adoptaron. Dice así el testimonio

51 *Méjico a través de los siglos*, t. II, pág. 307.

literal que de los mismos hemos encontrado en el manuscrito 3.045 de nuestra Biblioteca Nacional:

"Capítulo 15. Al bautizar el sacerdote al indio debe preguntarle cuál fué su primera mujer, sin dejarle adivinar el móvil de la pregunta, para que no lo niegue u oculte, y averiguado cuál sea, aunque ya no viva con ella, debe casarse. Si esto no se averiguase debe casarse con cualquiera de las otras, o con otra india, tornándose primero cristiana.

"Capítulo 16. Con los que sean casados con sus propias hermanas, con arreglo a sus ritos y costumbres, se permite que se ratifique el matrimonio, según la Iglesia, hasta tanto que el Pontífice sea consultado respecto de lo que se debe hacer; y con los casados con sus tías o sobrinas carnales y cuñadas, como la sentencia del Apóstol dice que las leyes de los fieles no obligan a los que están fuera de la Iglesia, se declara que deben quedar así." ⁵²

En esta política de adaptación paulatina de los indígenas sometidos al Derecho matrimonial de la metrópoli, no fueron sólo éstas las únicas dificultades que se suscitaron a los gobernantes españoles. Ya hemos dicho que en la generalidad de las tribus indias de los distintos territorios conquistados se consideraba el matrimonio como una compra de la mujer, y esta concepción, tan contraria a los principios fundamentales del Derecho matrimonial cristiano, hubo de motivar reiteradas intervenciones de nuestros monarcas, declarando de la manera más explícita que debía mediar una igualdad absoluta entre los dos sexos en punto al principio de la libertad con que los matrimonios debían contraerse. La declaración general de este precepto se hizo en una Real cédula de 5 de febrero de 1515 ⁵³, en la cual se decía literalmente: "El Rey... my voluntad es que los dichos yndios e yndias tengan entera libertad para se casar con

⁵² De los privilegios espirituales concedidos para los matrimonios canónicos de los indios recién convertidos, trata Solórzano en el lib. II, cap. XXIX de su *Política*.

⁵³ *Colección de Documentos Inéditos... de Ultramar*, t. IX, página 52, núm. 16.

quien quisieren...” En 17 de diciembre de 1557⁵⁴ se ratificó el mismo principio de una manera indirecta al ordenar a la Audiencia del Perú que “a ningún cacique, aunque infiel, se le permitiesse casar más de una vez, ni tener mujeres encerradas, o privarles de que ellas lo executassen con quien quisieren”; y todavía en 29 de septiembre de 1623, con respecto a las tribus araucanas del reino de Chile, se hubo de disponer “que los indios no puedan vender sus hijas para contraer matrimonio”⁵⁵.

Pero los abusos no derivaron siempre de la manera especial que tuvieron de concebir el matrimonio los indígenas sometidos. La causa más frecuente de los excesos que en este orden de cosas hubieron de cometerse, menospreciando de una manera reiterada los derechos reconocidos por el legislador a los individuos de las diferentes razas indias, hay que buscarla, una vez más, en las encomiendas, institución básica en la vida de nuestras colonias, que fué tan duramente atacada por moralistas y teólogos, como celosamente defendida por los conquistadores. En efecto, abundan en los documentos de la época testimonios muy significativos que acreditan de una manera patente los atropellos cometidos por los españoles encomenderos en orden a los matrimonios de sus indios, motivando repetidas y enérgicas intervenciones de nuestros monarcas. La propia *Recopilación de 1680* ofrece, a este respecto, el ejemplo más calificado al disponer en la ley 21, tít. 9 del lib. VI “que ningún encomendero u otra persona impida casamiento de indios.—Ordenamos y mandamos que cualquier encomendero que impidiere matrimonio de indio o india de su encomienda incurra en pena..., y encargamos a los curas que no casen indios con indias de una misma encomienda o casa cuando el dueño de ella se los llevare, sin hacer particular averiguación si las indias van atemorizadas o con plena libertad...; y porque las mujeres exceden mucho de esto, mandamos que lo dispuesto en esta ley se entiende también con las que tuvieren encomienda, y si

54 *Diccionario* citado: *Caciques*. En 28 de noviembre de 1628 hubo de ratificarse esta disposición, incorporándose finalmente a la *Recopilación de 1680* (ley 6, tít. 1, lib. VI).

55 *Recopilación de 1680*, ley 6, tít. 1, lib. VI.

no la tuvieren incurran en pena de cien pesos, y en que no se les permita jamás de servirse de ninguna india, aunque las indias quieran..." También en una Real cédula de 17 de abril de 1581⁵⁶ hubo de establecerse "que no se cassen las yndias hasta que no tengan edad", porque "algunos encomenderos... por cobrar los tributos que no deben los indios solteros hasta el tiempo señalado, hacen casar a las niñas sin tener edad legítima". Y en otras dos cédulas Reales de 4 de abril de 1609 mandaba el Rey al Gobernador y encargaba al Obispo del Río de la Plata que trataran de evitar los abusos que cometían los encomenderos impidiendo el matrimonio de las mujeres indias de sus encomiendas con varones indios encomendados a otro señor⁵⁷.

d) *La mujer y el principio de la unidad de domicilio conyugal.*—Hemos visto anteriormente el rigor grande con que se persiguió en nuestra legislación de Indias el mantenimiento de la unidad de domicilio conyugal, tratando de evitar por todos los medios el que las mujeres casadas en España se vieran abandonadas por sus maridos al emprender éstos alguna empresa de descubrimiento o colonización en cualquiera de nuestros dominios americanos. Veamos ahora cuál fué la actitud de los legisladores españoles frente a este mismo problema, referido a los matrimonios de los indios.

También en este orden de cosas hubieron de ser los encomenderos quienes más abusos intentaron, no vacilando en separar de sus maridos a las indias casadas cuando así convenía a su interés particular; y contra tales desmanes reaccionaron nuestros gobernantes de una manera decidida y reiterada. Ya en unas Ordenanzas para el buen tratamiento de los indios, hechas en 4 de diciembre de 1528, se mandaba en el capítulo tercero que los encomenderos no retuvieran a las indias de su encomien-

⁵⁶ Manuscrito 2.927, fol. 165 v.º de la Biblioteca Nacional de Madrid; *Diccionario* citado: *Encomenderos* (t. XXXIV, fol. 2, núm. 4 del Cedulaario); *Colección de Documentos Inéditos... del Archivo de Indias*, t. XVIII, pág. 530 y ley 3, tit. 1, lib. VI de la Recopilación de 1680.

⁵⁷ Lo hacían así porque la mujer india que se casaba debía seguir el domicilio de su marido.

da separadas de sus maridos e hijos, aun cuando las propias interesadas mostrasen su conformidad y se les pagase al efecto ⁵⁸. En una Real cédula dictada por Carlos II, que luego hubo de ser recogida en la ley 15, tit. 13, lib. VI de la *Recopilación de 1680*, se disponía “que si la india se casase sirviendo, cumpla el tiempo del concierto en la misma casa, y allí vaya a dormir su marido”; y lo mismo se hubo de ordenar con referencia expresa al reino de Chile en la ley 56, tit. 14, también del libro VI de la propia *Recopilación*.

Tampoco podía ninguna persona “sacar india de su reducción o estancia si no fuera con su marido...” ⁵⁹; y sobre el servicio de las indias casadas en casas de españoles se estableció por Real cédula de Felipe III ⁶⁰ que “ninguna india casada puede concertarse para servir en casa de español, ni a esto ser apremiada si no sirviere su marido en la misma casa”.

Las mujeres indias casadas se tenían por “del pueblo de su marido”; pero si enviudaban podían recobrar la vecindad de su naturaleza. Así lo disponía una Real cédula de 10 de octubre de 1618 ⁶¹, en los siguientes términos: “Mandamos que la india casada vaya al pueblo de su marido y resida en él, aunque el marido ande ausente o huído, y si enviudare, pueda quedarse en el mismo pueblo del marido o volverse a su natural, como quisiere, con que deje los niños en el pueblo de su marido, habiéndolos criado por lo menos tres años. Y porque el modo de poblaciones de la nación Guaraní del Paraguay es que cada cacique esté con sus sujetos en un golpón grande, ordenamos que el indio y la india sean de una reducción; pero si fueren de diferentes caciques la madre pueda tener los hijos consigo hasta que se casen. Y declaramos que la india que se casare siga a su marido, aunque se haya casado persuadida o inducida por el indio, de suerte que esta ley se guarde sin excepción alguna.” Interesa advertir, sin embargo, que a pesar del contenido de esta ley, un tratadista de la autoridad de Solórzano atestigua que:

58 Ley 20, tit. 9 lib. VI de la *Recopilación de 1680*.

59 La ley 6, tit. 17, lib. VI de la *Recopilación 1680*.

60 Ley 14, tit. 13, lib. VI de la *Recopilación de 1680*.

61 Ley 7, tit. 1, lib. VI de la *Recopilación 1680*.

“en el Perú, por Ordenanzas del Virrey D. Francisco de Toledo, y en casi todas las demás provincias de las Indias por costumbre, el indio que se casa con india de otro pueblo, repartimiento o encomienda, sigue el municipio o encomienda de la mujer”⁶².

Respecto al domicilio de los hijos de las mujeres indias se ordenó en la ley 10, tít. 1, lib. VI de la *Recopilación de 1680*, que los habidos por mujeres casadas “se tengan y reputen por del marido, y no se pueda admitir probanza en contrario, y como hijos de tal indio hayan de seguir el pueblo del padre, aunque se diga que son hijos de español, y los de indias solteras sigan el de la madre”.

Por último, en punto a las mujeres indias casadas con españoles, se dispuso que si querían venir a España acompañando a sus hijos o si sus maridos querían traerlas consigo, les concediesen los gobernadores el oportuno permiso después de hacerlas comparecer ante ellos y explorar su voluntad para cerciorarse de que no obraban coaccionadas; es decir, que en estos casos gozaba la mujer de libertad para seguir o no a su marido⁶³.

III.—Condición de la mujer en la esfera del derecho de obligaciones.—La diferenciación de los sexos en el contrato de arrendamiento de servicios.

No se registran en nuestra legislación de Indias preceptos específicos que regulen de una manera amplia y sistematizada la capacidad jurídica de la mujer en la esfera del derecho de obligaciones. Se han de suponer vigentes, por tanto, los mismos principios del Derecho peninsular, con la sola salvedad de algunas normas restrictivas de la capacidad para contratar impuestas a las mujeres de determinados funcionarios públicos, y otras reguladoras del contrato de arrendamiento de servicios y encaminadas a proteger a las mujeres de raza india.

No podían tratar ni contratar en nuestros territorios colonia-

⁶² *Política Indiana*, lib. II, cap. XX.

⁶³ Reales Cédulas de 21 de mayo de 1524 y 30 de agosto de 1555, incorporadas a la ley 8, tít. 1, lib. VI de la *Recopilación de 1680*.

les, por razón del cargo desempeñado por sus maridos, las mujeres de los Ministros y las de los Oficiales de la Real Hacienda ⁶⁴. También se prohibía a las mujeres de los Ministros que interviniesen en “negocios suyos ni ajenos”, que escribiesen “cartas de ruegos ni intercesiones” y que se sirvieran o “dejaran acompañar por negociantes” ⁶⁵; y a las de los Presidentes y Oidores, que hicieran “partido con Abogados ni Receptores”, o recibieran dádivas ⁶⁶. Los juegos de envite y azar, “de cualquier cantidad que sea”, estaban también vedados a las esposas de estos altos funcionarios ⁶⁷.

Un interés mayor tienen las disposiciones reguladoras del contrato de arrendamiento de servicios, dictadas, como hemos dicho, con un carácter tutelar para las mujeres indias. En los primeros tiempos del descubrimiento y conquista de América, mientras imperaron las encomiendas de indios establecidas sobre la base de la prestación de servicios personales por parte de los indios encomendados en favor de sus encomenderos, vivieron las mujeres de raza india, al igual que los varones, sujetas a un régimen de trabajos forzados que presentaba todos los caracteres de una verdadera servidumbre. Pero bien pronto los abusos extremados que en este orden de cosas hubieron de cometerse motivaron enérgicas condenaciones de algunos espíritus generosos, que encontraron un eco cordial en nuestros legisladores. Fijándonos exclusivamente en lo relativo al régimen de trabajo de la mujer, hemos de recoger aquí, en primer término, unas interesantes *Instrucciones* ⁶⁸ hechas por el padre Las Casas en colaboración con Palacios Rubios y por encargo de Cisneros, para que sirvieran de norma a la comisión de los Jerónimos enviada a Indias para corregir los abusos denunciados, en las cuales se establecía que las mujeres de los indígenas sometidos

64 Leyes 66, título 16, libro II y 59, título 4, libro VIII de la *Recopilación de 1680*.

65 Leyes 67, título 16, libro II y 53, título 16, libro II de la *Recopilación de 1680*.

66 Ley 68, título 16, libro II de la *Recopilación de 1680*.

67 Ley 74, título 16, libro II de la *Recopilación de 1680*.

68 *Colección de Documentos Inéditos del Archivo de Indias*, t. XI, páginas 243 y sigs.

no habían de ser obligadas a trabajar en las minas, ni a amasar el pan, ni a ejercer, en general, ninguna clase de trabajo tenido por excesivamente rudo o penoso.

En otras *Instrucciones* de 1518⁶⁹ se volvió a ordenar que las mujeres indias estuvieran exentas del trabajo de las minas. Fué ésta una declaración que se repitió en multitud de ocasiones, porque múltiples hubieron de ser también los abusos que en este orden de cosas se cometieron por parte de los patronos mineros. Todavía la *Recopilación de 1680*, al regular el servicio de la *mita*, hubo de insistir en que no estaban sujetas a este género de trabajos las mujeres y las hijas de los indios mitayos, aunque admitía que, "caso que libremente quisieran ayudar", pudieran hacerlo, pagándoseles el salario "que fuere justo"⁷⁰.

Pedro de Valdivia, el heroico conquistador de Chile, hubo de prohibir expresamente que se obligara a las mujeres mapuches a transportar cargas de un sitio a otro⁷¹. En las Misiones de los jesuitas establecidas en el Paraguay, si bien se empleaba a las mujeres indias en el cultivo de los algodones, se consideraban exceptuadas de esta fatigosa labor "las embarazadas, las que criaban y otras legítimamente impedidas de salir al campo"⁷². Cuando el jesuita Torres declaró abolido el servicio personal de los indios en el Colegio de Chile, hubo de establecer, entre otras cláusulas, la siguiente⁷³: "Las mujeres no servirán de cosa alguna, y si se ofreciere alguna urgente necesidad de ayudar a desyerbar o cosa semejante, se les dará de comer y se les pagará conforme hubieren trabajado." En el año de 1609 decretó también la Real Audiencia de Santiago de Chile que las mujeres indias estaban exentas del servicio personal obligatorio, añadiendo que las que voluntariamente quisieran trabajar lo habrían de hacer "bajo un contrato que no había de durar más de un año", y obteniendo previamente, las que fueran ca-

69 *Colección de Documentos Inéditos del Archivo de Indias*, tomo XXIII, págs. 210 y sigs.

70 Ley 28, tít. 16, lib. VI.

71 Amunátegui: Obra citada, pág. 153 del t. I.

72 Jorge Juan y Antonio Ulloa: *Noticias secretas de América*, página 412 (nota).

73 Amunátegui: Obra citada, t. I, pág. 341.

sadas, el consentimiento de sus maridos⁷⁴. En la tasa que para los repartimientos de Chile hubo de establecer Esquilache en 28 de marzo de 1620⁷⁵, se disponía igualmente que las mujeres y los niños no habían de estar obligados al trabajo, “y en el caso de que quisieren servir voluntariamente deberían ser remunerados”.

Todas estas normas, tan dispersas, se recogen, fundamentalmente, con un cierto sentido de sistematización en la *Recopilación de 1680*. Ya hemos visto cómo en este código, al tratar del servicio de la *mita*, se eximía de esta carga a las mujeres. También se las relevó del trabajo en las estancias en la ley 9, tít. 13 del libro VI⁷⁶. En otra ley de este mismo libro —la 57 del título 16—, al declarar “la paga que se ha de dar a los indios de las ciudades, según su edad”, se establecía que se abonase “a las indias mayores de diez y ocho años 16 pesos por cada un año, y a los indios mayores de doce años y menores de diez y ocho y a las muchachas de esta misma edad, 12 pesos al año, y a los niños y niñas menores de esta edad, un vestido cada año”. Se ha de entender que estos salarios habían de regir sólo para los servicios domésticos⁷⁷.

No sólo se preocupó el legislador de fijar la tasa de los salarios a percibir por las mujeres indias dedicadas al servicio doméstico, sino que, para dejar bien establecido el carácter voluntario que este contrato de arrendamiento de servicios debía tener y para corregir los frecuentes abusos que seguían cometéndose, se insistió en que tales contratos no pudieran otorgarse por un plazo mayor de un año⁷⁸. Además, con respecto a las indias casadas, se ordenó que no pudieran concertarse para servir en casa de español si no servían sus maridos en la misma casa⁷⁹; y con respecto a las solteras, que no fueran obligadas a

74 Amunátegui: Obra citada, t. I pág. 352.

75 Amunátegui: Obra citada, t. I, págs 417 y sigs.

76 En la ley 51, tít. 16, lib. VI, se ratifica esta disposición con referencia concreta a los indios de Chile.

77 Estas disposiciones fueron primitivamente dictadas para su cumplimiento exclusivo en la región de Chile.

78 Ley 13, tít. 13, lib. VI de la *Recopilación de 1680*.

79 Ley 14, tít. 13, lib. VI de la *Recopilación de 1680*.

servir si preferían “estar y residir en sus pueblos”; que “la que tuviere padre o madre no pueda concertarse sin su voluntad”⁸⁰, y que la que se casase estando sirviendo había de cumplir “el tiempo del concierto en la misma casa”, y allí había de ir a dormir su marido⁸¹.

Por último, para corregir un nuevo exceso que desde antiguo venía cometiéndose, se dispuso también en la ley 15, título 16, libro VI de la referida *Recopilación*, que las indias no fueran encerradas “para que hilen y tejan” lo que sus maridos hubieren de tributar⁸².

IV.—El problema de la esclavitud en Indias y la condición jurídica de la mujer.

La actitud del legislador frente al problema de si las mujeres indias podían o no ser sometidas a esclavitud, fué desde el primer momento decidida y terminante. Las mujeres de raza india debían ser consideradas como seres libres, sin que se admitiera ninguna causa como bastante para hacerlas perder, jurídicamente, su estado de libertad. No constituía este principio ningún privilegio especial de la mujer otorgado por razón de su sexo, puesto que también los indios varones eran tenidos en nuestra legislación como hombres libres, vasallos de la Corona de Castilla y equiparados en lo fundamental a los restantes súbditos de los monarcas castellanos; pero así como con respecto a los indios varones se permitió en circunstancias excepcionales que pudieran ser sometidos a esclavitud para castigar las crueldades extremadas de algunas tribus contumaces en la rebeldía, las hembras, ni aun en estos casos de excepción podían ser he-

⁸⁰ Ley 14, tít. 13, lib. VI de la *Recopilación de 1680*.

⁸¹ Ley 15, tít. 13, lib. VI de la *Recopilación de 1680*.

⁸² La Real Cédula originaria de 3 de octubre de 1549, puede verse en el *Diccionario de Gobierno y Legislación de Indias* de nuestro Archivo Histórico Nacional, palabra *Tributos*. En este mismo *Diccionario* y bajo esta misma palabra puede verse otra Real Cédula de 18 de diciembre de 1552, en la cual se prohíbe a los caciques de indios que encierren a las mujeres de sus cacicazgos para obligarlas a que hilen y tejan lo que en concepto de tributos habían de pagar.

chas esclavas. Así se declaraba, entre otras muchas, en reiteradas Reales cédulas de 1553, 1563 y 1676, de una manera expresa y terminante al advertir que "las mujeres, sin embargo de ser apresadas en guerra, gozasen de libertad"⁸³; y este mismo criterio hubo de mantenerse en la ley 13, tít. 2, lib. VI de la *Recopilación de 1680*, donde, hablando de los indios caribes que hacían guerra a los españoles, se permitía que fueran hechos esclavos, con la sola excepción de los "menores de catorce años ni mujeres de cualquier edad".

Vemos, pues, que en punto a la doctrina jurídica imperante en este orden de cosas, mantuvieron nuestros legisladores un criterio firme y seguro, sin dudas ni vacilaciones. Pero al lado de tan repetidas declaraciones de la ley, se registran en nuestras fuentes históricas coloniales numerosos testimonios que permiten asegurar que el hecho no se correspondió siempre con el derecho. Aquí, como en tantas otras esferas de la vida jurídica, las aspiraciones de las minorías gobernantes no lograron imponerse a la fuerza de los intereses creados ni vencer las apremiantes exigencias de la realidad. Las necesidades que imponía el beneficio y laboreo de las minas fueron incentivo poderoso a la codicia de los colonizadores, los cuales no vacilaron en emplear a las mujeres indias en tan penosas tareas, a pesar de las constantes prohibiciones de la ley, procurando ponerse a salvo de posibles responsabilidades con una simulación de consentimiento que las mujeres prestaban, coaccionadas por los propietarios o arrendatarios de las minas, o apremiadas por la miseria. El cronista Oviedo describía así la manera de trabajar las mujeres en los lavaderos de oro: "Estas que lavan, por la mayor parte son mujeres indias o negras; porque el oficio de lavar es de más importancia... y de menos trabajo que el escopetar ni que acarrear la tierra. Estas mujeres o lavadoras están asentadas orilla del agua, e tienen las piernas metidas en el agua hasta las rodillas o casi, según la disposición del asiento o del agua."⁸⁴.

Otro antiguo cronista, Marino de Lobera, empleando en su

83 *Diccionario* citado: *Indios*.

84 Amunátegui: *Obra citada*, t. I, pág. 115.

descripción tonos más vivos, refiere que, “así como echaban cuadrillas de hombres en las minas, echaban también de mujeres... Y bien se sabe... que semejante abuso tuvo por autores a los mismos encomenderos, pues nunca su Majestad el Rey nuestro señor ha mandado que en sus reinos labrasen minas las mujeres de la manera que hemos dicho, estando en el invierno metidas en el agua todo el día, helándose de frío, como el autor testifica haberlas visto lavar el oro llorando, y aun muchas con dolores y enfermedades que tenían. Y aun cuando no entraban con ellas, las sacaban ordinariamente de allí. Encomendero como fué Rodrigo de Quiroga..., tenía en las minas seiscientos indios de su repartimiento, la mitad hombres y otras tantas mujeres, todos mozos de quince a veinte y cinco años... Y a este paso iban los demás encomenderos, con notabilísimo detrimento de los cuerpos y almas de los desventurados naturales; porque hombres y mujeres de tal edad, que todo es fuego, todos revueltos en el agua, hasta la rodilla, bien se puede presumir que, ni todo era agua limpia, ni el fuego dejara de encenderse en ella”⁸⁵.

En Zurita, testigo de presencia, la pintura presenta los colores más sombríos: “...y aconteció que indias que iban cargadas mataban las criaturas que llevaban a los pechos, y decían que no podían con ellas y con la carga, y que no querían que viniesen sus hijos a pasar el trabajo que ellas pasaban”⁸⁶.

También el obispo Zumárraga atestiguaba que “está mandado entre ellos (los indios) por sus mayores... que ninguno tenga participación con su mujer, por no hacer generación de que a sus ojos hagan esclavos y se los lleven fuera de su naturaleza”⁸⁷. Y el visitador Santillán, hablando por referencias, escribía: “Hallé, por relación de personas religiosas, que a sus propios hijos chiquitos las madres no les querían dar leche, y así los mataban, diciendo tener por mejor aquello que no, en siendo de siete a ocho años, les quitaban los encomenderos sus

⁸⁵ Amunátegui: *Obra citada*, t. I, pág. 46.

⁸⁶ Altamira: *Historia de España*, t. III, pág. 232.

⁸⁷ Altamira: *Historia de España*, t. III, pág. 233.

hijos e hijas, y se los llevaban a las minas, donde nunca más los veían ni gozaban de ellos.”⁸⁸

En un documento de 27 de marzo de 1582 es el propio legislador quien, para justificar sus medidas restrictivas, habla de “los abusos que se venían cometiendo con los indios, muchos de los cuales eran vendidos y comprados como esclavos y algunos muertos a azotes, y sus mujeres reventadas con las pesadas cargas, haciendo servir a otras y a sus hijos en granjerías, dormir en los campos, parir allí y criarles mordidos de savandijas, ahorcándose muchos y dejándose otros morir sin comer, o tomando hierbas venenosas, habiendo madres que en pariendo mataban a sus hijos, diciendo lo hacían para librarles de los trabajos que padecían”⁸⁹.

Los mismos curas doctrineros no puede decirse que fueran del todo ajenos a estos abusos. Jorge Juan y Antonio de Ulloa, después de referir lo general que en algunas comarcas de Indias fué la costumbre de que muchos clérigos vivieran públicamente con sus barraganas, dicen: “Esta mujer —la barragana—, que está conocida por tal y sin causar novedad en el pueblo por ser tan común en todos, toma a su disposición indias y cholos, y formando un obraje de todo el pueblo, da a unas tareas de lana o algodón para que hilen; a otras, tareas de telar, y a las más viejas e inútiles para estos trabajos les reparte gallinas y les pone en la obligación de que dentro del término regular la entreguen por cada una diez o doce pollos, quedando a su cargo el mantenerlas, y si se mueren recompensarlas con otras, y de este modo no se escapa persona alguna de concurrir a la utilidad del cura.” Más adelante añaden estos mismos autores: “La más graciosa oferta de la sencillez y simplicidad de aquella gente es la de ofrecerle —al cura— cuantas mujeres fueren de su gusto; esto proviene de que viendo los indios que los curas tienen consigo una mujer, del mismo modo que los seglares casados, y con ella una entera familia de hijos, están persuadidos a que este horrible sacrilegio es cosa lícita”⁹⁰.

88 Amunátegui: *Obra citada*, t. I, pág. 174.

89 *Diccionario* citado: *Indios*.

90 *Obra citada*, pág. 352.

Los raptos de mujeres indias, que luego se esclavizaban y se poseían como concubinas, no faltaron en las primeras guerras de conquista. El soldado historiador Bernal Díaz del Castillo atestigua que en Méjico, a pesar de las prohibiciones de Cortés, llegaron a ser vendidas mujeres indias en pública almoneda por los Oficiales Reales ⁹¹. También en el *Manifiesto* del padre Rosales se ve que algunos colonizadores de los establecidos en el reino de Chile alquilaban a los indios sus hijos e hijas para el servicio doméstico, y cuando por este medio los tenían en su poder los llevaban a sitios lejanos, donde los vendían como esclavos. Y todavía añade este religioso que cuando los indios, advertidos del engaño, se negaron a seguir alquilándoles sus hijos e hijas, apelaron los colonizadores a la violencia, y “les hurtaban los hijos y las hijas, que les estaban guardando sus ganados y cultivando las chacaras”, lo cual era causa “de grande desesperación en las indias, que, como flacas y ciegas, se ahorcaban muchas en sus fajas, y en la Mariquina se precipitó una desesperadamente de una altísima barranca a la profundidad del río, donde se ahogó” ⁹².

Juan de Solórzano, el insigne autor de la *Política Indiana*, confirma la perpetración de estos abusos por parte de muchos españoles encomenderos, y advierte que como los mestizos, no obstante las prescripciones de la ley, estaban de hecho exentos de trabajar en las minas, y todo el peso de esta labor caía, por tanto, sobre los indios, las mujeres indias preferían unirse sexualmente con cualquiera que no fuese de su misma raza, ya que así los hijos que de estas uniones nacieran habían de ser de mejor condición que los que pudieran tener con los varones indios, aun cuando se tratase de sus propios maridos y fueran, en consecuencia, hijos de legítimo matrimonio.

El servicio doméstico de las mujeres indias, permitido por la ley, aun cuando con las garantías que hemos dejado expuestas, fué otro de los medios a través de los cuales cayeron estas mujeres, de hecho, en una verdadera servidumbre, en numero-

⁹¹ Méjico a través de los siglos, t. II.

⁹² Amunátegui: Obra citada, t. II, pág. 22.

sas ocasiones. En 12 de enero de 1598 escribía al Rey el gobernador García de Loyola, y hablando de las causas de despoblación de indios que se dejaba sentir en las ciudades, decía: "Otra razón hay también, ques prohibir en cuanto pueden a las indias de servicio de sus casas los casamientos, porque como ha de ir con el marido la mujer, si acierta a ser de diferente dueño, procuran encerrallas en tal calidad, que ha sido necesario mandar expresamente que les dejen ir a misa y a la doctrina, porque hasta esto las escasean porque no se les casen, que, como gente encerrada y presa, el rato que pueden irse se casan con el primero que topan y se van" ⁹³.

El fiscal de la Audiencia de Chile, don Pedro Machado de Chaves, afirmaba en una carta escrita el 20 de febrero de 1634: "En este reino está introducido un desorden notable: que las mujeres del, particularmente las más principales y las de los encomenderos, se sirven de las indias con tanta tiranía, que por livianas ocasiones las desuellan a azotes" ⁹⁴; y en 1659, el obispo fray Dionisio de Cimbrón informaba al Monarca: "...a las indias libres las hacen mil extorsiones, y a la que una vez entra a servir la hacen por fuerza que sirva toda la vida, sin permitirle haga elección de nuevos dueños, y llega a tanto, que si trata de casarse, como ven que debe estar a la disposición de su marido para llevarla a donde quisiere, temerosos de no perder el servicio de la india, lo procuran estorbar por varios modos, y yo he tenido grandes disgustos sobre haber dado licencia para casar indias de esta calidad" ⁹⁵.

Pero no todos los contemporáneos juzgaron la conducta de los encomenderos y de sus mujeres con respecto a las indias sujetas al servicio doméstico con tan severo rigor. El gobernador de Chile, Ibáñez de Peralta, mirando las cosas con un criterio más amplio y comprensivo, escribía en 7 de mayo de 1704: "El que algún encomendero haya llevado a su casa alguna hija de algún indio para que sirva a su mujer, no se debe extrañar ni tener por delito en los encomenderos, porque no habiendo otros

93 Amunátegui: Obra citada, t. II, pág. 148.

94 Amunátegui: Obra citada, t. II, pág. 4.

95 Amunátegui: Obra citada, t. II, pág. 165.

criados que sirven en el reino ni queriéndolo hacer los indios voluntariamente por salario, como sucede en todo el mundo, no se debe culpar que se valgan de las hijas de los indios para este ministerio.”⁹⁶ Por otra parte, no hay que olvidar que si frecuentes fueron los abusos, la atención del legislador por corregirlos se mantuvo siempre despierta y vigilante, y hay que pensar, lógicamente, en que alguna eficacia habrían de lograr disposiciones tan reiteradas y tan rigurosas.

V.—*La mujer y el régimen tributario de los indios.*

La doctrina jurídica imperante en punto a si las mujeres indias debían estar sujetas o no al pago de tributos no se presenta con uniformidad para todos los territorios hispanoamericanos en los primeros tiempos de la colonización. Ignoramos las razones de esta diversidad que se observa entre unas y otras comarcas, pero no puede dudarse de su existencia, porque es un hecho que aparece corroborado por testimonios muy valiosos. Juan de Solórzano, el insigne tratadista clásico de nuestro derecho indiano, expone así estas particularidades en su celebrada *Política*: “En materia de tributos he visto poner en cuestión si los deben pagar las indias. Y parece que sí, pues son personales y repartidos por cabezas, o, como dijimos, de capitación, en las cuales el derecho común igualmente solía gravar a las hembras que a los varones.

”Y así casi en todas las provincias de Nueva España está asentado y aprobado por cédulas Reales que las mujeres los paguen, salvo que en algunas pagan sólo la mitad de lo que está tasado y mandado que paguen los hombres.

”Pero en el Perú nunca vi ni entendí que a las mujeres se las cargase tributo alguno, teniéndolas por libres y exentas de él, como lo son de los demás cargos, oficios y servicios personales y corporales, por razón de la flaqueza de su sexo, según doctrina de Ulpiano.

”Lo cual parece que es más seguro y justificado, especialmente considerando la pobreza de estos desventurados, y que aun

⁹⁶ Amunátegui: Obra citada, t. II, pág. 209.

toda la familia junta no puede bastar para pagar lo que a título de tributo está impuesto al padre de ella, como lo dice fray Juan Zapata.

"Y así, aun donde la costumbre tiene recibido lo contrario, aconsejaría yo que se fuese con mucha moderación y templanza en tasar y cobrar estos tributos de las mujeres, a las cuales nunca ha permitido el Derecho prender y encarcelar por semejantes deudas, y más cuando las tales mujeres fuesen viudas y conocidamente pobres, a quienes dice Plutarco, referido por Pedro Gregorio, que Valerio Públicola remitió con gran voluntad los tributos, y también a los huérfanos. Y lo mismo refieren los Padres Acosta y Agia que hicieron los Incas en el Perú.

"Y ser muy conforme a derecho lo afirman Baldo y otros autores que refiere Palacios Rubios, ampliándolo aun a las casadas, cuyos maridos están ausentes o no las sustentan, o son viejos o enfermos e inútiles para trabajar." ⁹⁷

En la *Recopilación de Leyes de Indias de 1680* ⁹⁸ se recogió una Real cédula, dictada por Felipe III en 1618, en la cual, de un modo absolutamente general, sin distinción de regiones, se establecía "que las indias de cualquier edad que fueran no debían pagar tasa". Pero esta disposición del legislador no logró desterrar en absoluto antiguas y muy arraigadas costumbres. En un auto dictado por la Audiencia de Santo Domingo en 5 de agosto de 1715, se refiere que, a pesar de los preceptos legales, se exigía, tanto a las indias solteras como a las viudas, un tributo de quince reales, "y como para satisfacerle se alquilaban o cometían ofensas contra Dios, se mandó al Oidor de Santo Domingo que hiciese observar las leyes que eximen de tributo a las indias..., declarando por libres, no sólo a las solteras y viudas, sino a las casadas". El Rey, al aprobar este auto en Cédula de 8 de agosto de 1716 ⁹⁹, mandó, además, "que, com-

⁹⁷ Solórzano: *Obra citada*, lib. II, cap. XX.

⁹⁸ Ley 19, tít. 15, lib. VI.

⁹⁹ *Diccionario* citado: *Tributos*.—En una Cédula Real de 12 de diciembre de 1611, se disponía que las mujeres indias, desde los diez y ocho hasta los cincuenta años pagasen tributo, cuya cuantía osci-

probado lo que hubiesen pagado las indias viudas o solteras, se reintegrase a sus herederos la cuarta parte de los tributos corrientes”.

Que la cuestión no quedó con esto definitivamente resuelta lo atestiguan diversos testimonios. Ramiro de Valenzuela, el editor de la *Política Indiana* de Solórzano, comentando esta materia, refiere: “Sobre tributos de mujeres está pendiente en gobierno en el Consejo en el año 1728 una pretensión de las indias doncellas en Nueva España, en que intentan la total liberación de tributos, y no se ha determinado en el Consejo, esperando que la Real Audiencia revise este pleito, y es constante que en algunas partes de Nueva España pagan las mujeres, y aun las doncellas, y sobre averiguar si lo son se experimentan algunas indecencias, y las viudas pagan medio tributo del que pagaban ella y su marido, y los pueblos que han reclamado esta paga son Teffeuco, Techinulco y Tutilan”¹⁰⁰. Y en una *Constitución* de 25 de julio de 1758, después de hacer constar que en Nueva España se seguía observando “la costumbre inmemorial” de que pagasen tributo las indias doncellas desde los diez y ocho años hasta los cincuenta, se dispuso que en adelante “se las conservase en la posesión del privilegio que les concede la ley, dispensando igual gracia a las viudas de cualquier edad que fueran mediante las perniciosas consecuencias que podía ocasionar la contribución de unas y otras, cuya suma pobreza, si se les precisase a la paga, tal vez haría valerse de medios ilícitos.”¹⁰¹

Corrigiendo viejos abusos sancionados en las primitivas costumbres de algunas tribus indígenas, hubo de establecerse en la ley 19, tít. 5, lib. VI de la *Recopilación de 1680* que los caciques no recibieran por tributo las hijas de los indios sujetos a su jurisdicción, bajo pena de destierro perpetuo y pérdida de sus títulos y preeminencias.

laba según las circunstancias (ver *Diccionario* citado: *Tributos*). Este estado de derecho fué modificado por Cédula de Felipe III anteriormente citada.

¹⁰⁰ Véase la nota de Ramiro de Valenzuela al capítulo XX del libro II de la *Política Indiana*.

¹⁰¹ *Diccionario* citado: *Tributos*.

Finalmente, con respecto a las mujeres negras y mulatas que fueren de condición libre se dispuso que debían tributar al Rey igual que los varones mulatos y negros, salvo aquellas “que no tuvieran casa ni hacienda”¹⁰².

VI.—*El derecho de consorte en punto a las mujeres de los funcionarios públicos de Indias.—Viudedades y orfandades.*

No existe en nuestra legislación de Indias ningún precepto especial en que expresamente se declare la participación que pueda corresponder a la mujer en los honores y preeminencias concedidos a su esposo por el desempeño de algún elevado cargo público. Debió regir, por tanto, a este respecto el Derecho de Castilla, y más aún las prácticas consuetudinarias aceptadas de antiguo. Pero si falta una declaración hecha con carácter general, donde previamente se establezcan las normas a seguir sobre esta materia, abundan, por el contrario, las disposiciones reales encaminadas a resolver las frecuentes y enojosas cuestiones de etiqueta que la vanidad de la época planteaba a cada paso, y en las cuales tuvieron muchas veces las mujeres participación muy directa y destacada. En una Real cédula de 13 de diciembre de 1573 se confirmaba un auto del Obispo de Quito, en el cual se disponía que a las mujeres de los Presidentes y Oidores se les daría la Paz en la capilla mayor por el sacristán o persona destinada al efecto y sin que salieran para ello del altar el diácono y el subdiácono, siguiendo así la práctica establecida en Lima¹⁰³. En otra Cédula de 30 de agosto de 1608 se mandaba que “en lo sucesivo las mujeres de los Oidores no se sentasen en aquel asiento, quitando su lugar al Cabildo, sino en otra parte”¹⁰⁴; y en otra de 14 de mayo de 1677, volviendo sobre el mismo asunto, que, por lo visto, a pesar de la disposición anterior, no había quedado definitivamente resuelto, se ordenaba que informase la Audiencia so-

¹⁰² Ley 1, tít. 5, lib. VII de la *Recopilación de 1680*.

¹⁰³ *Diccionario* citado: *Ceremonias*.—Esta Cédula fué ratificada repetidamente y finalmente incorporada a la ley 33, tít. 15, lib. III de la *Recopilación de 1680*.

¹⁰⁴ *Diccionario* citado: *Asiento*.

bre una representación elevada por el Ayuntamiento de Manila, protestando de que las mujeres de los Presidentes y Oidores pretendieran tener preferencia sobre los capitulares en las ceremonias públicas ¹⁰⁵.

La propia *Recopilación de 1680* hubo de ocuparse de estas cuestiones livianas, estableciendo "que habiendo duda sobre ceremonias tocantes a Presidente o su mujer, o Ministros, la resuelva con los Oidores y avisen al Consejo"; que en las capillas mayores de las catedrales no hubiera estrados de madera para las mujeres de los Presidentes, Oidores, etc., las cuales debían sentarse en "la peana de la capilla mayor, por la parte de afuera", en compañía de otras personas de autoridad, sus familiares y "otras mujeres principales que llevasen consigo, y no indias, negras ni mulatas", salvo en aquellos sitios donde existiera la costumbre de que estas mujeres de Presidentes, Oidores o Ministros tuvieran sus asientos en la propia capilla mayor, porque entonces debía respetarse esta costumbre, "sin hacer novedad por ahora"; que al inciensar en las iglesias no se inciensase a las mujeres de los Presidentes y Oidores ni se les diera la Paz, y que por muerte de Virrey o Presidente o de sus mujeres no usasen los Oidores y Ministros loras de luto, ni faltaren a las horas de Audiencia ¹⁰⁶.

Consideración especial requieren dentro de este orden de cosas las disposiciones encaminadas a regular el régimen de viudedades y orfandades concedidas a viudas e hijos de funcionarios públicos y el de los llamados entretenimientos y ayudas de costa con que se acostumbraba socorrer a las mujeres y a los descendientes de los conquistadores. Tampoco sobre estos particulares se registran normas definidoras de aplicación general. Sólo testimonios aislados, que acreditan la existencia de esta acción tutelar por parte del Estado, pero que no son suficientes para señalar los detalles que debieron presidir en su aplicación.

En una ley de la *Recopilación de 1680* se establecía: "Que informen las Audiencias para hacer mercedes a viudas de Oido-

¹⁰⁵ *Diccionario* citado: *Preferencia*.

¹⁰⁶ Leyes 51, 33, 13 y 103, tít. 15, lib. III.

res.”¹⁰⁷ Los requisitos que debían concurrir en estas informaciones los apuntaba una Orden de 27 de marzo de 1764¹⁰⁸, en la cual, contestando a una recomendación hecha por el Virrey de Santa Fe en favor de una señora llamada doña María de la Rocha, se decía que esas instancias no debían formularse con tanta vaguedad, y que para enterarse del estado de pobreza de las solicitantes debían hacerse pesquisas detalladas, y no conformarse simplemente con lo que las interesadas manifestasen.

Esta exigencia de la previa información de pobreza hubo de suprimirse más tarde, por la gran dilación que el cumplimiento de este trámite suponía, y así, en dos Reales cédulas de 16 de septiembre de 1766 y 21 de febrero de 1772¹⁰⁹, se declaraba, en términos generales, que las viudas de los Ministros y otros funcionarios de Indias tenían derecho a cobrar el sueldo de seis meses inmediatamente después de la muerte de sus maridos. Sólo se excluía de este beneficio a las viudas de funcionarios que ya hubieran recibido socorros de sus montepíos respectivos.

Las viudas de los militares, aparte de los socorros que pudieran corresponderles, tenían derecho a pasaje gratuito para su regreso a España si sus maridos hubieran estado en Indias sólo en guarnición; pero carecían de este privilegio cuando se trataba de individuos que estaban viviendo en aquellos territorios con destinos fijos por ellos solicitados¹¹⁰. Como los militares pertenecientes a las clases subalternas tenían prohibido el matrimonio, si a pesar de esta prohibición se casaban, no podían reclamar sus viudas socorro alguno de su montepío¹¹¹. La viuda de militar que contraía segundas nupcias perdía todo derecho a la viudedad que le hubiera correspondido por la muerte de su primer marido¹¹².

El régimen de las mercedes y socorros concedidos a las mu-

107 Ley 95, tít. 16, lib. II. Su doctrina es ratificada por la ley 10, título 26, lib. VIII de la propia *Recopilación*.

108 *Diccionario* citado: *Viudas*.

109 *Diccionario* citado: *Viudas*.

110 Ordenanza de 25 de septiembre de 1776. *Diccionario* citado: *Viudas*.

111 Cédula de 24 de enero de 1764. *Diccionario* citado: *Viudedad*.

112 Cédula de 31 de julio de 1758. *Diccionario* citado: *Viudas*.

jeros e hijas de conquistadores y primeros pobladores presenta una diversidad mucho mayor. No es posible señalar ninguna norma general a este respecto. En cada caso concreto se procedía según aconsejaban el grado de necesidad de las solicitantes, los méritos y servicios que en sus causantes concurrían y las posibilidades mayores o menores del Tesoro público. Cuando los servicios prestados habían sido eminentes, no era indispensable un verdadero estado de pobreza en las viudas y huérfanas para aspirar a conseguir mercedes, en ocasiones muy saneadas. La recompensa revestía entonces más los caracteres de un acto de justicia que de una liberalidad benéfica. La largueza de los soberanos alcanzaba muchas veces a personas que no ostentaban otro mérito que el de estar casados con hijas o nietas de los primeros descubridores. Las encomiendas de indios por concesión directa o por vía de disimulación en aquellas que habían sido otorgadas a sus maridos cuando todavía no se había sancionado la sucesión hereditaria en las encomiendas, fueron medio adecuado al que se acudió con frecuencia para recompensar a las mujeres viudas de individuos que habían prestado servicios señalados en las primeras colonizaciones. También fué práctica muy usada la concesión de determinados oficios públicos¹¹³ y la cobranza y beneficio de ciertos derechos fiscales¹¹⁴.

Pero, aparte de estos géneros de recompensas, excepcionales, aunque relativamente numerosas, que sólo se concedieron cuando concurrían en los causantes de las beneficiadas méritos y servicios muy señalados, el medio general que se empleó para socorrer a las viudas menesterosas de los descubridores y primeros pobladores, fué el otorgamiento de pensiones vitalicias, cuya cuantía cambiaba según los casos. Cuando en Nueva España se crearon las llamadas "Cajas para ayuda de costa", en las cuales se ingresaba el producto de la tributación de los pueblos de indios

113 Pueden verse algunos ejemplos en el *Diccionario* citado: *Merced*.

114 Véase igualmente el *Diccionario* citado: *Merced*.—El investigador argentino Roberto Levillier recoge también algunos ejemplos en su colección de documentos sobre los *Antecedentes de política económica en las regiones del Plata*, t. II, págs. 26 a 74.

quitados a los particulares e incorporados a la Corona, planteó la Audiencia de Méjico la cuestión de si en las pensiones que con cargo a estas "Cajas" se adjudicaban a algunos conquistadores deberían participar también sus viudas e hijos, "con alguna preferencia de las hembras a los varones". Esta cuestión fué resuelta por el Rey en un capítulo de carta de 28 de octubre de 1548, disponiendo que "debía dárseles el todo de la pensión para su sustentación sin diferencia, a excepción de quando quedase la Mujer sin hijos, en cuyo caso se la considerase lo que pareciese competente a su mantenimiento"¹¹⁵. Esta doctrina fué incorporada a la *Recopilación de leyes de Indias de 1680*, estableciéndose en la ley 18, tít. 11 del libro VI: "Si hubiéramos hecho merced en la Nueva España a descubridores que no tuvieren indios en encomienda de algún entretenimiento en nuestra Caja Real, procedido de pueblos incorporados en nuestra Real Corona, y muriere dejando hijos o mujer, Mandamos que lo que se daba al padre se dé en nuestra Caja Real y reparta entre sus hijos e hijas, y en su defecto a la mujer, para que se alimente según la cantidad que pareciere." En otra ley de la propia *Recopilación* —la 19, tít. 11, también del libro VI— se disponía además que "con las ayudas de costa señaladas a hijos y mujeres de descubridores, siendo seglares, se ha de acudir a sus hijos, aunque sean clérigos, y a sus hijas y mujeres, aunque sean religiosas, por todos sus días".

Algunas veces, en períodos de gran penuria para la Hacienda Real, se observa una tendencia muy acusada a la reducción de todas estas pensiones concedidas a huérfanos y viudas, con la sola excepción de aquellas cuya cuantía no exceda de trescientos ducados¹¹⁶.

Para que las mujeres viudas que tenían derecho a socorro no se vieran defraudadas en sus justas pretensiones, se confió a determinados funcionarios la misión de protegerlas y de representarlas en la tramitación de sus demandas. Solórzano, al

¹¹⁵ *Diccionario* citado: *Conquistadores*.

¹¹⁶ *Diccionario* citado: *Merced*.

tratar en su *Política Indiana*¹¹⁷ de la jurisdicción eclesiástica, advierte a este respecto que los Obispos tenían la representación de las viudas y otras personas desheredadas, actuando de fiscales; pero añade que estas atribuciones las ejercitaban sólo con carácter supletorio.

VII.—*Función tutelar del Estado en punto al asilo y educación de la mujer.*

Como complemento de lo que acabamos de exponer hemos de recoger ahora un núcleo muy numeroso de disposiciones, encaminadas todas ellas a difundir y fomentar en Indias la creación de colegios y casas de recogimiento para niñas y mujeres. En casi todas las Reales cédulas que se dictaron para autorizar la erección de algún convento o beaterio, refugio de mujeres consagradas a la vida religiosa, hubo de establecerse expresamente que uno de los fines de la nueva fundación había de ser la enseñanza y el asilo de las niñas huérfanas y desvalidas. En la *Recopilación de leyes de Indias de 1680*, recogiendo y sistematizando la doctrina establecida en disposiciones reales anteriores, muy numerosas y dispersas, se ordenaba a las autoridades coloniales que se informasen de "qué hijos o hijas de españoles y mestizos hay en sus distritos que anden perdidos y los hagan recoger..., y provean que las mujeres sean puestas en casas virtuosas, donde sirvan y aprendan buenas costumbres..., y si estos medios no fueren bastantes, pongan las hembras en casas recogidas... Y porque así conviene, ordenamos que si alguno de los dichos mestizos o mestizas se quiera venir a estos reinos se les dé licencia"¹¹⁸. Y persistiendo en esta política tutelar,

¹¹⁷ *Política Indiana*, lib. IV, cap. VII.—Que las mujeres podían heredar de sus padres y maridos el disfrute de los llamados entretenimientos y ayudas de costa, lo acredita la ley 18, tít. 11, lib. VI de la *Recopilación de 1680*. El hecho de ingresar en alguna orden religiosa no las incapacitaba para el disfrute hereditario de estos bienes. Véase mi estudio sobre *El derecho de familia y el derecho de sucesión en nuestra legislación de Indias*, págs. 93 y 102 (Madrid, 1921, publicaciones del Instituto Ibero-Americano de Derecho Comparado).

¹¹⁸ Ley 4, tít. 4, lib. VII.

ya con referencia concreta a determinadas instituciones locales, se mandaba al Virrey de Méjico, en otras leyes de la propia *Recopilación*, que visitase cada año “el Colegio de las Niñas de Méjico” y le favoreciese con su apoyo¹¹⁹, y que tuviese cuidado “con la Casa de Huérfanos de aquella ciudad”¹²⁰. Los testimonios particulares de cédulas Reales ordenando la creación de colegios para niñas y “casas de recogidas” para mujeres, o autorizando la fundación de instituciones de este género, debidas a la iniciativa privada, abundan en los documentos de la época, con referencia a todos y cada uno de los diversos territorios coloniales. No es necesario aducir aquí ejemplos comprobatorios, que podrían multiplicarse fácilmente, pero que no contienen ninguna innovación doctrinal interesante¹²¹. Nos fijaremos sólo, y ya para acabar con esta cuestión, en ciertas disposiciones legislativas, que acreditan que la política tutelar del Estado español no se detuvo en las mujeres de raza blanca —españolas o mestizas—, sino que extendió también su protección a las mujeres de raza india. En efecto, en una ley de la citada *Recopilación de 1680* —la 19, tít. 3 del libro VII— se ordenó en términos generales “que se hagan y conserven casas de recogimiento en que se crien las indias”; y en otra, del libro VI, se dispuso: “...mandamos que en los campos Arauco y Yumbel haya dos o tres casas donde se recojan de noche todas las indias solteras”¹²². También se hubo de disponer, con la mayor generalidad, en una Real cédula de 6 de abril de 1691¹²³, “que en las ciudades, villas y lugares y pueblos de todas las Indias se pusiesen escuelas donde se enseñase la lengua española, advirtiéndose que en los lugares que lo permitiesen se estableciesen dos, para que a una concurriesen los niños y a la otra las niñas solamente; y en las que no pudiese haber más de una y hubiesen de convivir ambos sexos, fuese con separación, y que a las ni-

119 Ley 18, tít. 3, lib. I.

120 Ley 17, tít. 3, lib. I.

121 Véanse en el *Diccionario* citado las palabras *Mestizos* y *Colegios*.

122 Ley 61, tít. 16, lib. VI.

123 *Diccionario* citado: *Colegios*.

ñas, en pasando de diez años, no se les permitiese más ir a la escuela”.

VIII.—*El problema de la capacidad de la mujer para el desempeño de cargos públicos.*

Tampoco sobre esta materia se encuentran en nuestra legislación de Indias normas de aplicación general. El problema de la capacidad o incapacidad de la mujer para el desempeño de cargos públicos, con jurisdicción o sin ella, no se plantea en las fuentes del Derecho que rigieron en nuestros territorios coloniales, y aun cuando este silencio del legislador deba suplirse, pensando que en términos generales la cuestión no podía suscitarse siquiera, por la evidente incapacidad que el sexo implicaba para la participación activa de la mujer en la vida del Estado, no es menos cierto que en determinadas circunstancias de excepción llegaron algunas mujeres a desempeñar puestos muy elevados en los diversos ramos de la administración pública. No son los hechos que conocemos lo bastante numerosos ni explícitos para inferir de ellos la existencia de una verdadera doctrina jurídica susceptible de generalización, pero sí ofrecen relieve suficiente para que no deban ser pasados en silencio.

Conocidos son los casos de doña María de Toledo y doña Ana de Borja, que desempeñaron, aunque sólo fuera accidentalmente, el cargo de Virreinas¹²⁴. Doña Juana de Zárate y doña Catalina Montejo heredaron y ejercieron el puesto de Adelantado¹²⁵. Dos nombres de mujer figuran en la lista de los Gobernadores de los distintos territorios coloniales: doña Isabel Manrique y doña Aldonza Villalobos¹²⁶. Por elección del Cabildo llegó a regir Guatemala doña Beatriz de la Cueva¹²⁷. Puesto

124 Fernández Duro: *La mujer española en Indias* (Discurso pronunciado en la Academia de la Historia), y Palma: *Tradiciones peruanas*, t. I, pág. 253.

125 Fernández Duro: Obra citada, y Levillier: *Correspondencia de los Oficiales reales del Río de la Plata*, t. I, págs. 349 y sigs.

126 Fernández Duro: Obra citada, y López de Velasco: *Descripción geográfica de Indias*.

127 *Méjico a través de los siglos*, t. II, pág. 318. Fernández Duro y López de Velasco: Obras citadas.

tan importante como el de Almirante fué desempeñado en cierta ocasión por una mujer: doña Isabel Barreto¹²⁸.

Pero insistimos en que todos estos nombres y otros más que podrían añadirse deben ser mirados como excepcionales, sin que impliquen, por tanto, una habilitación general de la mujer para intervenir en las funciones de gobierno. Su designación se hace alguna vez por los monarcas atendiendo a los méritos personales extraordinarios que en las solicitantes concurren; de ordinario, el único título que las mujeres pueden alegar para aspirar a tan destacadas recompensas es el ser descendientes de conquistadores que se distinguieron por sus servicios relevantes. No falta el caso de entrar una mujer en el desempeño de un cargo muy elevado en virtud de una verdadera sucesión testamentaria, por haberse concedido a su causante el privilegio especial de nombrar libremente a la persona que hubiera de sucederle en el ejercicio de sus atribuciones y haber recaído en una mujer este nombramiento. Aunque muy raro, poseemos también el ejemplo, según ya hemos visto, de mujeres que debieron los cargos que disfrutaron a la elección de un cabildo municipal.

Parece ocioso advertir que cuando se trataba de mujeres casadas, aunque la merced del cargo se hubiera hecho pensando en beneficiar a la mujer, era el marido quien desempeñaba las funciones inherentes al mismo. Abundan los testimonios de personas que aparecen gozando determinados cargos públicos sin otro mérito que el de estar casadas con hijas o descendientes de conquistadores.

También son muy frecuentes los documentos en que se ve a mujeres viudas rematando determinados oficios vendibles o la recaudación de ciertos arbitrios para sus hijos menores de edad.

IX.—La mujer y las encomiendas de indios.

La cuestión de la capacidad de la mujer para recibir directamente indios en encomienda o para suceder en las encomiendas

128 Fernández Duro: *Obra citada.*

de sus padres y maridos cuando las encomiendas se concedieron por dos o más vidas, se resolvió por la vía consuetudinaria en un sentido favorable a la mujer, mucho antes de que el Derecho de la época dictase sobre este asunto sus normas reguladoras. Ya en el repartimiento de los indios de la Isla Española, hecho por los jueces repartidores Pero Ibáñez de Ibarra y Rodrigo de Alburquerque, figura en calidad de encomendera doña María de Toledo, la esposa del Almirante don Diego Colón, y junto a ella, con una o dos *naborias* —indias destinadas al servicio doméstico— encomendadas aparecen otras muchas mujeres ¹²⁹.

En el repartimiento de indios que hizo Valdivia, el conquistador de Chile, también fueron premiadas con encomiendas dos mujeres, doña Catalina Díez y doña Inés Suárez, la amante del conquistador, de la cual dice el propio Valdivia, para justificar el otorgamiento de tan alta recompensa: "Vos, Doña Inés Suárez, venistes conmigo a estas provincias a servir en ellas a su Majestad, pasando muchos trabajos y fatigas, así por la largueza del camino como por algunos reencuentros que tuvimos con indios y hambres y otras necesidades que antes de llegar adonde se pobló esta ciudad (la de Santiago) se ofrecieron, que para los hombres eran muy ásperas de pasar, cuanto más para una mujer tan delicada como vos, y más de esto, en el alzamiento de la tierra y venida de los indios a esta ciudad, que pusieron en término de llevársela, y vuestro buen esfuerzo y diligencia fué parte para que no se llevase, porque todos los cristianos que en ella había tenían que hacer tanto en pelear con los enemigos, que no se acordaban de los caciques que estaban presos, que era la causa principal a que los indios venían a soltarlos, y vos, sacando de vuestras flacas fuerzas esfuerzo, hicisteis que matasen los caciques, poniendo vos las manos en ellos, que fué causa que la mayor parte de los indios se fuesen y dejasen de pelear viendo muertos a sus señores; que es cierto que si no murieran y se soltaran, no quedara un español vivo en toda esta dicha ciudad, y los demás que en esta tierra había con mucho trabajo fueron par-

¹²⁹ Colección de Documentos Inéditos del Archivo de Indias, tomo I, págs. 50 y sigs.

te para se poder sustentar en ella, y después de muertos los caciques, con ánimo varonil saliste a animar a los cristianos que andaban peleando, curando a los heridos y animando a los sanos, diciéndoles palabras para esforzarles, que fué mucha parte, con las que les decíades, fuesen adonde estaban hechos fuertes mucha cantidad de indios, muchas veces, e a la oración desbaratados, y desta venida que vinieron los dichos indios a esta ciudad os llevaron cuanto teníades, sin dejaros ni ropa ni otra cosa, en que perdiste mucha cantidad de oro y plata.”¹³⁰

Pero, a pesar de estos y algunos otros testimonios que podrían citarse, los cuales ponen de manifiesto cómo ante la concurrencia de méritos tan destacados no vacilaron nuestros primeros conquistadores en otorgar a ciertas mujeres recompensas tan codiciadas, en el orden estrictamente jurídico se suscitaron reparos doctrinales muy serios a la capacidad de las mujeres para recibir indios en encomienda, por entender que su sexo no les permitía desempeñar cumplidamente los deberes que sobre los encomenderos pesaban.

Recogiendo este estado de opinión, hubo de disponer el emperador Carlos V, en cédula de 9 de agosto de 1546, que procedía anular varias encomiendas concedidas a mujeres, porque éstas “no son hábiles ni capaces de tener indios encomendados”¹³¹; y como ya entonces había muchas mujeres encomiendas que lo eran, no por concesión directa de alguna autoridad colonial capacitada para repartir indios, sino por haber sucedido en la encomienda a sus maridos o a sus padres, se ordenó que “si alguno se casare con mujer que por sucesión esté gozando de encomienda, se haga nuevo título y se ponga a nombre del marido, aunque éste sólo la disfrute mientras viva la mujer”¹³².

Este criterio restrictivo no logró, sin embargo, prevalecer. Con posterioridad a la cédula citada de 1546 se encuentran testimonios abundantes de concesiones de encomiendas en primera vida, hechas directamente a determinadas mujeres en considera-

130 Amunátegui: *Encomiendas de indígenas...*, t. I, págs. 66 y 67.

131 Solórzano: *Política Indiana*, lib. III, cap. VI.

132 Reales Cédulas de 1536 y 1564. Solórzano: *Obra citada*, libro III, cap. VI.

ción a servicios señalados prestados por sus causantes ¹³³; y aun entre los tratadistas de nuestro Derecho indiano se encuentran también opiniones muy calificadas en favor de esta capacitación de la mujer. Juan de Solórzano, el autor tantas veces citado de la *Política Indiana*, a pesar de los escrúpulos doctrinales que oponían los que querían equiparar las encomiendas con los feudos militares, no vacila en aconsejar a las autoridades facultadas para encomendar indios que se apiadasen “de las viudas y doncellas honestas para evitarles los peligros de su sexo”.

Sólo por razones fácilmente comprensibles se prohibió la concesión de encomiendas a las mujeres e hijas de los Ministros de Indias ¹³⁴ y a las mujeres, hijas, parientas, criadas y allegadas de los Oficiales Reales ¹³⁵. En cambio se concedieron en ocasiones encomiendas a mujeres indias de gran alcurnia, hijas o descendientes de los primitivos monarcas indígenas ¹³⁶.

* * *

Desde el punto de vista del derecho de sucesión, la capacidad de la mujer para suceder en las encomiendas de sus maridos o de sus padres fué todavía más patente. Mucho antes de que en la ley se sancionase la posesión de las encomiendas por más de una vida, introdujeron nuestras autoridades coloniales la costumbre de permitir, por vía de “disimulación”, que las mujeres e hijos de los conquistadores siguieran disfrutando de los indios encomendados a sus causantes. Los indios eran, en la generalidad de los casos, el único caudal productivo que los encomenderos dejaban al tiempo de su muerte, y privar de su aprovechamiento a las viudas de estos encomenderos era condenarlas a vivir en la miseria más lamentable. De aquí el tesón con que los primeros conquistadores recabaron de nuestros monarcas la concesión de una segunda vida en el disfrute de las encomiendas. En unos “capítulos de petición a S. M., acordados en Junta por los Procuradores de la ciudad y villas de la isla Fernandina para reme-

¹³³ *Diccionario* citado: *Merced*.

¹³⁴ Ley 13, tít. 8, lib. VI de la *Recopilación de 1680*.

¹³⁵ Ley 53, tít. 4, lib. VIII de la *Recopilación de 1680*.

¹³⁶ Solórzano: *Política Indiana*, lib. III, cap. XII.

dio de las necesidades generales”, hechos de 24 de febrero a 13 de marzo de 1528¹³⁷, se preceptuaba, entre otras cosas, “que se pida a S. M. que quando algún vezino casado muriere en esta ysla, si tuviere hijos, le quede a la mujer y hijos los yndios del tal vezino, o sy no tuviere hijos, le quede a la mujer con que sostenga la honra en que su marido la tenya, y se case, porque con esto se casará muy ahína y se poblará la ysla, y permanecerá en ella, aunque sean bastardos, no aviendo legítimos” ; y aunque el Monarca todavía en una provisión de 15 de febrero de 1528¹³⁸ había reiterado una vez más la doctrina de que a la muerte de los encomenderos debían encomendarse los indios de nuevo a otras personas beneméritas, sin reconocer ningún derecho a los hijos y viudas de los encomenderos muertos, hubo de ceder al fin ante tan repetidas demandas, favorablemente informadas por las propias autoridades, y en nuevas provisiones promulgadas en 15 de enero de 1529 ordenó que “los indios se encomienden como hasta aquí, y en muriendo un casado no se quiten a su mujer e hijos, aunque sean bastardos”¹³⁹.

En una carta Real dirigida a la Audiencia de Méjico en 28 de septiembre de 1534 se aprobaba expresamente, a este respecto, la costumbre seguida por aquella Audiencia, que en más de una ocasión había consentido que las mujeres viudas continuaran en el disfrute de todos o de parte de los indios encomendados a sus maridos, sin expedir nuevo título a su favor, pero sin hacer tampoco sobre ellos nueva encomienda en beneficio de otra persona¹⁴⁰; y en una Real cédula de 16 de junio de 1535¹⁴¹ se encomendaron ya de una manera oficial a una mujer, Inés de Gamboa, los indios que habían pertenecido a su padre, quedando así

137 *Colección de Documentos Inéditos... de Ultramar*, t. IV, páginas 1 y sigs.

138 *Colección de Documentos Inéditos... de Ultramar*, t. IV, página 245.

139 *Colección de Documentos Inéditos... de Ultramar*, t. IV, página 445.

140 Tomo II de las *Ordenanzas de Indias*, pág. 196, según Antonio de León Pinelo en su *Tratado de confirmaciones reales...*

141 Pinelo: *Obra citada*, cap. V.

el terreno lo suficientemente preparado para llegar, un año más tarde, a la llamada ley de sucesión de 26 de mayo de 1536.

a) *Los derechos sucesorios de la mujer según la Real provisión de 1536.*—En esta soberana disposición se establecen ya de un modo absolutamente general dos únicos órdenes de sucesión en punto a los indios encomendados: el integrado por los “hijos legítimos en matrimonio nacidos” y el representado por las viudas de los encomenderos. Sólo a falta de los primeros eran llamadas a la sucesión estas últimas, advirtiéndose entonces que si la viuda “se cassare y su segundo marido tuviere otros yndios, daréisle uno de los dichos repartimientos que quisiere, y si no lo tuviere le encomendaréis los yndios que así la muger viuda tuviere”¹⁴², ratificándose esta doctrina en una “Nueva tassa de los tributos que han de pagar los yndios, y orden que en hacerla se a de tener y sobre la sucesión de los yndios”¹⁴³, sancionada en 1537 y, finalmente, en la *Recopilación de 1680*¹⁴⁴.

b) *La sucesión de las hijas en las encomiendas de sus padres.*—En la Real provisión de 26 de mayo de 1536 que acabamos de reseñar se hablaba sólo de la sucesión de los “hijos legítimos” y de las viudas de los encomenderos. No se nombraba expresamente a las hijas, y esta indefinición de la ley fué interpretada por algunos en un sentido excluyente.

Para acabar con estas interpretaciones restrictivas se declaró expresamente en una Real cédula de 4 de marzo de 1552¹⁴⁵ que las hijas pudieran suceder también a falta de hijos varones; y en otra cédula Real de 5 de abril del propio año de 1552¹⁴⁶ se insistió sobre lo mismo con mayor minuciosidad puntualizando que “cuando falleciere alguno y dejase dos, tres o más hijos o hijas, y el mayor, que, según la provisión antecedente (la de 1536), debiese suceder en los indios, entrase en religión o tuviese otro impedimento, deberá pasar al segundo, y assí consiguiente hasta

¹⁴² *Colección de Documentos Inéditos... de Ultramar*, t. X, página 322.

¹⁴³ *Colección de Documentos Inéditos... del Archivo de Indias*, tomo XVIII, pág. 171.

¹⁴⁴ Ley 1, tít. 2, lib. IV.

¹⁴⁵ *Diccionario* citado: *Encomiendas*.

¹⁴⁶ *Diccionario* citado: *Encomiendas*.

acabar los varones; sucediendo lo mismo en las hijas por falta de aquéllos, y por la de unos y otros la mujer, con tal que después de los días del primer encomendero no haya más de una sucesión". Quedó, por tanto, sancionada la doctrina de que las hijas debían ser llamadas a la sucesión después de los hijos varones, pero antes que su madre, la viuda del encomendero.

c) *Requisitos exigidos para que las viudas de los encomenderos pudieran suceder en las encomiendas.*—La finalidad política que se perseguía con la concesión de encomiendas por más de una vida y con el llamamiento a la sucesión de los hijos y viudas de los encomenderos, era fomentar la población en aquellos territorios, pues se pensaba que con este estímulo, tan importante desde el punto de vista económico, serían más los colonizadores que no vacilarían en arraigar en las tierras nuevamente descubiertas, contrayendo matrimonio y arrostrando la responsabilidad de crear una familia, que ya a su muerte no había de quedar en una situación de desamparo. Pero estos propósitos del legislador se vieron con frecuencia burlados por los muchos matrimonios que se contrajeron por encomenderos de edad muy avanzada, incapacitados, por tanto, para cumplir sus deberes maritales desde el punto de vista de la perpetuación de la especie y con el solo objeto de evitar que a su muerte se incorporasen sus indios a la Corona; disponiéndose, para evitar estos abusos, en 27 de febrero de 1575¹⁴⁷, que la mujer viuda sólo podría suceder en la encomienda de su marido muerto sin hijos si éste hubiera sobrevivido seis meses a la fecha de la celebración del matrimonio.

Juan de Solórzano, comentando en su *Política Indiana*¹⁴⁸ el alcance de esta disposición, dice que con ella cesó una duda que hasta entonces venía existiendo sobre si las esposas de futuro o las que por palabra de presente se desposaban antes de tener la edad podían suceder en las encomiendas de sus esposos, ya que desde entonces se exigió, para que la sucesión pudiera tener lugar, que los cónyuges hubieran vivido casados durante seis meses.

También ofrecía dificultades determinar si cuando se contra-

147 *Diccionario* citado: *Matrimonios y Encomenderos.*

148 Lib. III, cap. XXII.

jo verdadero matrimonio de presente, pero por palabras, y hubieran vivido así casados los cónyuges durante seis meses, tendría lugar la sucesión, aunque se pudiese probar que el matrimonio no había sido consumado. Solórzano, mirando el espíritu de la ley, se inclina por la negativa, pero hace constar al mismo tiempo que era "esta cuestión muy dudosa y discutida, sobre la cual hay entablado un pleito todavía no resuelto". En cambio, era válida desde luego la sucesión en los matrimonios putativos en que los cónyuges hubieran vivido casados seis meses y hubiera mediado buena fe, y en los matrimonios presuntos si los que se creían casados hubieran vivido diez años en una misma casa, pasando por marido y mujer en el concepto de las gentes y viviendo con honestidad.

Para acabar con esta cuestión, se ha de hacer notar que cuando se concedieron encomiendas por más de dos vidas se dispuso que las mujeres sucedieran a sus maridos en tercera y cuarta vida lo mismo que en la segunda¹⁴⁹.

d) *La sucesión en la encomienda heredada por una mujer viuda cuando ésta contraía segundas nupcias.*—Hemos visto anteriormente que cuando alguien contraía matrimonio con mujer viuda sucesora en encomienda estaba dispuesto en la ley que se otorgase nuevo título a favor del segundo marido, por la incapacidad que sobre las mujeres pesó para ser directa y personalmente encomenderas. Hay que hacer notar ahora que esta exigencia del legislador hubo de originar en la práctica numerosas cuestiones, porque muchos de estos nuevos encomenderos pretendieron seguir gozando de estas encomiendas a la muerte de sus mujeres.

En una Real cédula de 7 de mayo de 1564¹⁵⁰ hubo de resolverse esta pretensión en un sentido negativo, porque el hecho de que se extendiese un nuevo título a favor de los segundos maridos era sólo una formalidad jurídica que afectaba a la administración de los beneficios y al levantamiento de las cargas que gravitaban sobre las encomiendas, pero que en ningún caso podía alte-

¹⁴⁹ Ley 17, tít. 11, lib. VI de la *Recopilación de 1680*.

¹⁵⁰ Archivo de la Nación Argentina. Epoca Colonial, 1517-1622, y *Diccionario* citado: *Sucesión*.

rar el orden sucesorio establecido para esta institución. Con la muerte de la viuda del primer encomendero se daba por extinguida la segunda vida, y se incorporaba, por tanto, la encomienda a la Corona.

Pero en el Virreinato de Nueva España, como por vía de disimulación estuvieron consentidas al margen de la ley las tercera y cuarta vida en el disfrute de las encomiendas, se planteó nueva cuestión sobre si en estas vidas disimuladas debían ser preferidos en la sucesión los maridos o los hijos e hijas del segundo matrimonio. El licenciado Eugenio de Salazar, estudiando esta materia en una "Alegación manuscrita", se inclinaba por los maridos, basándose en una carta Real de 1 de diciembre de 1573, en la cual se hablaba sólo de éstos, sin nombrar para nada a los hijos. También, según Solórzano, podía alegarse en favor de esta opinión una Real cédula de 3 de junio de 1574, dirigida a la Real Audiencia de Méjico, en cuya parte expositiva se presupone que en un pleito que allí se planteó sobre este punto recayó un fallo favorable al marido, "y que en la Nueva España corría esto por cosa llana". Sin embargo, el propio Solórzano advierte que respecto a la Carta de 1573 alegada por Salazar puede exponerse que su contenido no afectaba concretamente a la cuestión aquí planteada, y en cuanto a la cédula de 1574 debía observarse igualmente que "no determinó el punto, contentándose con mandar que se sustanciase el pleito conforme a la ley de Malinas, y se enviase al Consejo". Añadiendo de una manera muy explícita: "Y siempre que se tratare de determinarle, yo sería de parecer contrario. Porque si en la primera sucesión se prefieren los hijos y nietos a las mujeres y maridos, ¿qué razón hay para que aquí no ocurra así?... Y en este sentido, en una carta de 1588 dirigida al Virrey de México, se aprueba la disimulación hecha en la tercera vida en el hijo del segundo matrimonio. Y no obsta que la carta de 1574 hablase sólo de los maridos, porque si lo hizo así fué entendiendo que respecto a los hijos no podía haber duda." ¹⁵¹

151 *Política Indiana*, lib. III, cap. XXIV.—No sabemos cuál puede ser la Cédula de 3 de julio de 1574 a que se refiere Solórzano, pues la de igual fecha recogida en la ley 9, tít. 11, lib. VI de la *Recopi-*

Hay que recordar ahora, por último, que, según una Real cédula de 16 de mayo de 1573, incorporada más tarde a la *Recopilación de 1680*¹⁵², a la muerte del segundo marido volvían “los indios a la mujer cuyos eran antes”.

e) *El derecho a alimentos de la viuda del encomendero que no hubiera sucedido en la encomienda.*—Según una Real cédula de 7 de julio de 1550¹⁵³, el hijo sucesor en la encomienda, “aunque sea menor”, tenía obligación de “alimentar a sus hermanos y hermanas, entre tanto que no tuvieren con qué se sustentar, y asimismo a su madre mientras no se casare”. Cuando por falta de hijos varones sucedía la mayor de las hijas, pesaba sobre ella idéntica obligación¹⁵⁴, advirtiéndose para uno y otro caso que los alimentos se habían de regular “según la calidad de las personas, cantidad de la encomienda y necesidad que tuvieren los que han de ser alimentados”.

Un problema interesante fué el de determinar si la viuda del encomendero que no fuera madre, sino madrastra del hijo o hija sucesor en la encomienda, tendría también derecho a alimentos. Solórzano, siguiendo la doctrina expuesta por Peláez de Mieres y Lara de Córdoba en sus estudios sobre los mayorazgos, opina que no, porque el que sucedía en la encomienda no lo hacía a título de heredero de su antecesor en el beneficio de la encomienda, sino en virtud del orden de suceder establecido por el fundador—en este caso la ley—, y, por tanto, no se le transmitía la obligación de alimentar a la mujer de su causante cuando esta mujer no fuera al mismo tiempo su propia madre.

f) *La mujer sucesora en la encomienda y el pago de las deudas hereditarias.*—Según Solórzano, la mujer sucesora en la segunda vida de una encomienda debía pagar las deudas que su marido hubiera contraído para lograr la adquisición de la encomienda de referencia o para satisfacer los gastos ocasionados en pleito sobre su legítima propiedad, de igual manera que en

lación de 1680 presenta —al menos en este cuerpo legal— un contenido diferente.

¹⁵² Ley 8, tít. 11, lib. VI.

¹⁵³ Ley 3, tít. 11, lib. VI de la *Recopilación de 1680*.

¹⁵⁴ Ley 4, tít. 11, lib. VI de la *Recopilación de 1680*.

los mayorazgos venían obligados los sucesores al pago de aquellas deudas que su causante hubiera contraído para su mejora o conservación. “Así lo resuelven —dice— Matienzo y Thomas Sánchez. Y así lo enseña un célebre texto que dice que todas las veces que alguna cosa mía o adquirida con mi dinero entra en poder de otro por causa lucrativa, aunque no intervenga hecho alguno mío, puede, si no por rigor de derecho, por equidad, ser condenado a que me la pague o restituya, para que no se enriquezca con *jactura* ajena; de cuyo texto, dicen Baldo y Jasón, que debe escribirse con letras de oro, y también lo celebra mucho Parlanonio, quien trae un ejemplo que parece muy adecuado a nuestro propósito de la mujer a quien el marido, hallándose pobre, sustentó y vistió con dineros que pidió prestados para este efecto, y contra la cual se da recurso a los acreedores si no hallaren bienes del marido donde cobrar la deuda, resolviéndolo así otros muchos autores (Lara, Matienzo, Acevedo, Menoch).”¹⁵⁵

g) *Las donaciones dotales a las hijas y la sucesión en las encomiendas.*—En dos Reales cédulas de 1537 y 1574, recogidas en la ley 13, tít. 2, lib. IX de la *Recopilación de 1680*, se disponía que los aprovechamientos de una encomienda podían cederse a título de capital o dote en favor del hijo o hija llamado a suceder, pero sólo por vida de permisión y sin que se hiciese nuevo título de la encomienda hasta la muerte del primer poseedor; y en otra cédula Real de 10 de junio de 1540 se advertía a este respecto que estas transmisiones dotales sólo podían hacerse entre padres e hijos —varones o hembras— de legítimo matrimonio, pero nunca a favor de los transversales ni de personas extrañas¹⁵⁶.

Solórzano, comentando estas disposiciones legislativas, hace notar que como, según la ley de Sucesión, los hijos varones eran preferidos y excluían a las hembras, el nacimiento de un varón después que se hubiera hecho una transmisión dotal en favor de la hija, hasta entonces presunta heredera, originaba *ipso facto*

155 Solórzano: *Política Indiana*, lib. III, cap. XVI.

156 *Diccionario* citado: *Encomiendas*.

la nulidad de la donación, sin que pudiera alegarse en modo alguno la prescripción de este derecho ¹⁵⁷.

X.—*La mujer y los cacicazgos.*

Que en las primitivas costumbres de los indios, anteriores a la colonización española, estaban las mujeres capacitadas, en mayor o menor grado, para suceder en los cacicazgos, es un hecho incuestionable, corroborado por la generalidad de los cronistas. En el repartimiento de indios que en la Isla Española hicieron los jueces repartidores Pero Ibáñez y Rodrigo de Alburquerque, y al que ya anteriormente nos hemos referido, figuran un número considerable de mujeres *cacicas*. Del criterio seguido después por el legislador español no poseemos testimonios tan explícitos. Sólo podemos aducir a este respecto lo que sobre el particular dice en su *Política Indiana* Juan de Solórzano.

Para este autor, de aplicarse a la sucesión de los cacicazgos la doctrina que en punto a los mayorazgos imperaba, hubiera resultado indudable la capacidad sucesoria de las mujeres, porque en los mayorazgos la mujer de grado más próximo excluía al varón de grado más remoto; pero este criterio favorable a la equiparación de estas dos instituciones defendido por muchos y aplicado en algunas regiones del Perú —la de los Llanos, entre otras—, no fué aceptado por todos; y así, en el propio Perú, en virtud de unas Ordenanzas promulgadas por el virrey don Francisco de Toledo, se estableció que en la sucesión de los cacicazgos tuvieran preferencia los varones, excluyendo, en caso de concurrencia de los dos sexos, a las hembras, aun cuando éstas fueran de grado más próximo.

Resulta, por tanto, como único dato positivo, la capacidad de la mujer para suceder en los cacicazgos, ya en un plano de igualdad con el varón, ya colocada con respecto a éste en un segundo término. Solórzano, por su parte, opinaba que no debía sentirse ningún escrúpulo legal en admitir a la mujer al desempe-

¹⁵⁷ Solórzano: *Política Indiana*, lib. III, cap. XV.

ño de estos cargos, puesto que eran admitidas a otros que también llevaban anejo el ejercicio de alguna jurisdicción¹⁵⁸.

XI.—La mujer y el Derecho penal.

En la esfera del Derecho penal sólo se advierte en nuestra legislación de Indias un criterio de diferenciación entre los sexos, manifestado de una manera patente, con referencia a los que podemos llamar delitos contra la honestidad. El mismo régimen de desigualdad —rigorismo para la mujer y laxitud para el hombre— que imperaba a este respecto en la Metrópoli rigió también para los territorios coloniales de una manera expresa, obligando, no sólo a los españoles residentes en aquellos dominios y a los criollos, sino también a los mestizos habidos de las uniones entre razas diferentes. Sólo para las mujeres indias hizo quiebra este criterio rigorista, imponiéndose normas inspiradas en una mayor amplitud y benignidad.

Según una Real cédula de 10 de septiembre de 1548, incorporada más tarde a la *Recopilación de 1680*¹⁵⁹, en el delito de adulterio se habían de guardar las leyes “sin diferencia entre españoles y mestizos”. Lo que disponían estas leyes cuya observancia se mandaba ya lo sabemos por las fuentes del Derecho español de entonces: que la mujer que cometiese adulterio fuera entregada, juntamente con su amante, al marido ofendido, para que éste saciase sobre los culpables su sed de venganza. Solamente se exigía como única condición que el esposo ultrajado no pudiera dar muerte a uno de los adúlteros sin matar también al otro¹⁶⁰.

En una carta de 15 de noviembre de 1505, dirigida al co-

158 Solórzano: *Obra citada*: lib. II, cap. XXVII.—No sólo tuvieron capacidad las mujeres para poseer repartimientos de personas o encomiendas de indios en la forma que hemos dejado expuesta, sino que en ciertas ocasiones fueron tenidas en cuenta también en los repartimientos de tierras. Así se ve en el que hizo el Visitador general Ginés de Lillo el año 1603 entre los indios de Chile. (Véase Amunátegui: *Encomiendas de indígenas...*, t. I, pág. 311.)

159 Ley 4, tít. 8. lib. VII.

160 Ordenanza de 24 de marzo de 1870. (*Diccionario* citado: *Ayuntamiento*.)

mendador Ovando, advertía el Monarca que no se castigasen con mucho rigor los extravíos sexuales de las mujeres indias, "pero sí a los españoles culpables, evitando el escándalo"¹⁶¹. Por el delito de bigamia cometido por indios ya convertidos al cristianismo¹⁶² se imponían a los varones culpables penas determinadas, que nunca habían de revestir mucha gravedad y que habían de ser precedidas de tres amonestaciones persuasorias¹⁶³.

Para poner a la mujer al abrigo de cualquiera imputación calumniosa se ordenaba en una ley de la *Recopilación de 1680*¹⁶⁴ que no se pudiera prender a ninguna mujer a pretexto de ser tachada de manceba de clérigo, fraile u hombre casado sin que precediera una información en que se acreditaran cumplidamente los hechos denunciados. En una cédula Real de 13 de noviembre de 1713¹⁶⁵, dirigida al Obispo de Puerto Rico, después de recomendar que se procurase por todos los medios evitar los adulterios, incestos y otros delitos sexuales cometidos por los indios, se insistía en que debía presidir un criterio de benignidad, y se ordenaba que en adelante se enterrase en sagrado a las mujeres que sin ser casadas muriesen de parto.

XII.—*Leyes sobre la policía de las costumbres que afectaban específicamente a la mujer.*

Tampoco sobre esta cuestión se registra en nuestra legislación de Indias ninguna particularidad jurídica que acuse una novedad con respecto a la doctrina tradicional imperante en la Metrópoli; pero, en cambio, las disposiciones circunstanciales corrigiendo excesos señalados son copiosas, y aun cuando predomine en ellas lo anecdótico no dejan de ofrecer por eso un interés general.

¹⁶¹ *Colección de Documentos Inéditos... de Ultramar*, t. I, pág. 65.

¹⁶² Leyes 4 y 5, tít. 1, lib. VI de la *Recopilación de Leyes de Indias de 1680*.

¹⁶³ Real Cédula de 13 de julio de 1530. (*Diccionario citado: Auxilio.*)

¹⁶⁴ Ley 7, tít. 8, lib. VII de la *Recopilación de Leyes de Indias de 1680*.

¹⁶⁵ *Diccionario citado: Delitos.*

La primordial preocupación del legislador fué poner a las mujeres indias al amparo de los hábitos de violencia de soldados y colonizadores. Y así, en la propia *Recopilación de 1680* se prohibía terminantemente a caminantes y navegantes que pudieran llevar consigo mujeres indias "casadas ni solteras"¹⁶⁶; y análoga prohibición se establecía con respecto a los soldados, a la par que se recomendaba a los capitanes que procurasen que sus subordinados vivieran con moralidad¹⁶⁷.

Persistiendo en el mismo punto de vista, se disponía en otras leyes de la citada *Recopilación* "que se hagan y conserven casas de recogimiento en que se críen las indias"¹⁶⁸, y que "en los campos de Arauco y Yumbel haya dos o tres casas donde se recojan de noche todas las indias solteras..., para evitar amancebamientos y deshonestidades..., y ningún capitán ni oficial pueda tener india soltera en su servicio"¹⁶⁹. Se completaban estas disposiciones ordenando "que las Justicias apremien a las indias amancebadas a irse a sus pueblos a servir"¹⁷⁰, y que no se permitiese a las mujeres esclavas vivir fuera de sus casas¹⁷¹, ni ir desnudos a los esclavos de uno y otro sexo¹⁷².

Esta política de tendencia moralizadora no impidió que desde los primeros tiempos fuera admitida en nuestros territorios coloniales la prostitución, reglamentándose su ejercicio.

En una Real cédula de 4 de agosto de 1526 se dió licencia a un individuo llamado Bartolomé Conejo para que pudiera edificar en Puerto Rico "una casa de mujeres públicas... en sitio

¹⁶⁶ Real Cédula de 31 de mayo de 1541, incorporada a la ley 48, título 1, lib. VI.

¹⁶⁷ Real Cédula de 31 de diciembre de 1606, incorporada a la ley 21, tit. 21, lib. IX.

¹⁶⁸ Ley 19, tit. 3, lib. VII de la *Recopilación de Leyes de Indias de 1680*.

¹⁶⁹ Ley 61, tit. 16, lib. VI de la *Recopilación de Leyes de Indias de 1680*.

¹⁷⁰ Ley 8, tit. 8, lib. VII de la *Recopilación de Leyes de Indias de 1680*.

¹⁷¹ Real Cédula de 29 de abril de 1752. (*Diccionario citado: Negros.*)

¹⁷² Real Cédula de 2 de diciembre de 1672. (*Diccionario citado: Negros.*)

conveniente, habiendo necesidad de ella por excusar otros daños”¹⁷³; y en otra Real disposición dictada el mismo año se concedía idéntico permiso para Santo Domingo a otro sujeto nombrado Juan Sánchez Sarmiento¹⁷⁴. Sólo en ciertas circunstancias excepcionales, para atajar abusos crecientes, se interrumpió este criterio de tolerancia, llegándose a ordenar que se “castigasen rigurosamente las mujeres prostitutas”¹⁷⁵.

XIII.—*El estado religioso y la capacidad jurídica de la mujer.*

Sólo con respecto a una institución, la de las encomiendas, se plantea en nuestra legislación de Indias el problema de la modificación que en la capacidad jurídica de la mujer había de producir su ingreso en el estado religioso; en lo demás hay que suponer vigente el Derecho castellano de la época que, como reiteradamente hemos visto, regía como supletorio.

En una carta Real, dirigida a la Audiencia de Méjico en 20 de marzo de 1532, se declaraba incapacitados para recibir encomiendas de indios a los religiosos de uno y otro sexo. Esta incapacitación se reitera en las llamadas leyes nuevas de 1542, y, según Solórzano¹⁷⁶, en dos cédulas Reales promulgadas en los años de 1566 y 1572.

Y no es sólo que las mujeres ingresadas en una orden religiosa estuvieran incapacitadas para recibir directamente encomiendas en primera vida, sino que tampoco podían suceder en las encomiendas de sus padres ni conservarlas en su poder si después de

173 Archivo General de Indias. Colección manuscrita de Belmonte: Prostitución.

174 Archivo General de Indias. Colección manuscrita de Belmonte: Prostitución.

175 *Diccionario* citado: *Amancebamientos*.—Relación con esta materia guardan los problemas que en Indias hubieron de suscitarse al intentar la implantación en aquellos territorios de las llamadas leyes suntuarias y de otras disposiciones legislativas encaminadas a conseguir una mayor honestidad en los vestidos de la mujer. Puede estudiarse esta cuestión en nuestro *Bosquejo histórico de los derechos de la mujer en la legislación de Indias*. Madrid, 1920.

176 Solórzano: Obra citada, lib. IV, cap. XIII.

haber sido llamadas a la sucesión a título de hijas de un encomendero recibían los hábitos religiosos¹⁷⁷.

Sin embargo, que esta incapacidad no había de interpretarse de un modo absoluto —cabía obtener, llegado el caso, Real dispensación— y que las autoridades coloniales debieron proceder en esta cuestión con cierta lenidad favorable a la mujer, lo prueba una Real cédula de 12 de diciembre de 1697, cuyo extracto, contenido en el *Diccionario de Gobierno y Legislación de Indias* del Archivo Histórico Nacional de Madrid, aparece redactado en los siguientes términos: “Prohibido el Rey las gozasen —las encomiendas— sin especial Real dispensación las personas que entrasen en Religión: Y entendido S. M., se proveían en Mujeres con expresión de gozarlas casándose, o entrando en Religión; mandó generalmente que con ningún motivo ni pretexto en las que en adelante proveyesen los Virreyes, Audiencias y Gobernadores en cualquier sujeto que fuese expresasen semejante circunstancia; y para obtener tal dispensación los que la necesitasen ocurriesen al Consejo de Cámara de Indias, para, con conocimiento y justificación, resolver S. M. lo conveniente”¹⁷⁸.

Importa hacer constar, además, que esta incapacidad que el estado religioso producía —sin distinción en punto a los sexos, como acabamos de ver— para recibir encomienda o suceder en ella, no se extendía al aprovechamiento de otras mercedes conocidas en la tecnología jurídica de la época con los nombres de “entretenimientos” y “ayudas de costa” que con frecuencia se concedían a los hijos y a las viudas de descubridores y primeros pobladores. Así lo atestigua una ley de la *Recopilación de 1680*, al disponer: “Que los clérigos y monjas a quien, siendo seglares, se dieron entretenimientos, los gocen mientras vivieren”¹⁷⁹.

Sobre la aptitud para ingresar en el estado religioso las mujeres pertenecientes a las distintas razas —criollas, mestizas, indias— y sobre el régimen imperante en punto a la erección y gobierno de los conventos de religiosas en Indias, poseemos no-

177 Solórzano: *Obra citada*, lib. III, cap. XIX.

178 *Diccionario* citado: *Encomenderos*.

179 Ley 19, tít. 11, lib. VI de la *Recopilación de Leyes de Indias de 1680*.

ticias muy interesantes, aun cuando no impliquen ninguna peculiaridad en la condición jurídica de la mujer, producida por la diferencia de sexo.

En una ley de la *Recopilación de 1680*¹⁸⁰ se establecía: "Que los Prelados ordenen de sacerdotes a los mestizos, con información de vida y costumbres, y provean que las *mestizas* puedan ser religiosas con la misma calidad." La capacidad de las mujeres de raza india para ingresar en el estado religioso se atestigua con numerosas cédulas Reales, en las cuales se autoriza la erección de conventos de monjas, donde sólo pudieran ser admitidas mujeres indias pertenecientes a familias principales¹⁸¹. Hay que advertir, sin embargo, que este privilegio concedido en favor de las mujeres de las diversas razas sometidas hubo de otorgarse porque las monjas españolas no querían admitir a las indias en sus conventos¹⁸².

No se permitió en nuestros territorios coloniales la erección de monasterios para religiosos de uno y otro sexo sin que precediese licencia real, que sólo se otorgaba después que hubiesen informado sobre su utilidad el Prelado diocesano y el Virrey, la Audiencia o el Gobernador. El cumplimiento de este precepto se exigía con tal rigor, que llegó a ordenarse a las autoridades competentes que si se comenzase a edificar un monasterio sin obtener previamente la oportuna licencia, se demoliese todo lo edificado, "sin admitir excusa ni dilación"¹⁸³. También se decretó de una manera muy reiterada "que en los monasterios de monjas no se reciban más de las que pudieran sustentar, y fueren de número de su fundación"¹⁸⁴.

Los conflictos jurisdiccionales entre las comunidades de religiosas, celosas en la defensa de su autonomía, y los prelados

180 Ley 8, tít. 7, lib. I.

181 Véase *Diccionario* citado: *Conventos y Fundación*.

182 Véase Ulloa: *Noticias secretas...*, pág. 304, y *Diccionario* citado: *Conventos*.

183 Ley 1, tít. 3, lib. I de la *Recopilación de Leyes de Indias de 1680*.

184 Ley 16, tít. 3, lib. I de la *Recopilación de Leyes de Indias de 1680*. Numerosas Reales Cédulas confirmatorias de esta doctrina pueden verse en el *Diccionario* citado: *Conventos, Breves y Religiosas*.

y autoridades laicas, fueron bastante frecuentes. En dos Reales cédulas de 20 de octubre y 5 de noviembre de 1680¹⁸⁵, se hace relación de los graves escándalos que se produjeron con motivo de la elección de priora en el convento de Santa Catalina de Sena, de la ciudad de Quito. La intromisión del Provincial de la orden en estas elecciones provocó un estado de rebeldía en las religiosas, las cuales, al ver menoscabada su libertad en punto de tanta trascendencia, se apartaron de su obediencia, colocándose bajo las órdenes inmediatas del Obispo. Reclamó el Provincial el auxilio del brazo secular, y la Audiencia dictó un auto reponiéndole en su jurisdicción; pero las monjas, lejos de acatar esta resolución, persistieron en su desobediencia, y, alentadas por algunos eclesiásticos, abandonaron muchas de ellas la clausura y se dirigieron al palacio episcopal, acompañadas por clérigos armados. La prudencia del Obispo puso fin de momento a la cuestión, ordenando a las rebeldes que volvieran al convento y logrando que quedase en suspenso el auto de la Audiencia, hasta que, enterado el Monarca, dispuso que se repusiera en su cargo al Provincial, pero que éste dejase hacer libremente sus elecciones a las religiosas, tratándolas con benignidad y dulzura, "único medio de mantener entre ellas la tranquilidad religiosa".

Otro testimonio interesante nos lo suministra la cédula Real promulgada en 13 de agosto de 1695, según la cual el Arzobispo de Lima había denunciado al Rey el estado de decadencia en que se encontraban los conventos de religiosas radicados en su provincia, señalando como causa de este mal la viciosa administración ejercida por la Prelada y el Mayordomo de cada monasterio, y proponiendo como remedio que se impetrase de Su Santidad un Breve para que pasase esta administración al Prelado ordinario de la diócesis. El Monarca, no queriendo resolver precipitadamente una cuestión tan delicada, se limitó a contestar que para que pudiera dirigirse al Pontífice la petición interesada era indispensable que se practicase previamente una información minuciosa, en la cual se acreditase cumplidamente la conveniencia del cambio propuesto; y entretanto que esto se acordase recomen-

185 *Diccionario* citado: *Religiosas*.

daba al Arzobispo que procurase intervenir para remediar los males apuntados, "pero sólo en la medida que le permitieran los cánones" ¹⁸⁶.

Esta misma actitud de respeto a la autonomía monacal se refleja todavía mejor en una carta Real escrita el 31 de marzo de 1772. Se refiere en este curioso documento que en el convento de la Concepción de Caracas, que tenía a la sazón todas sus plazas cubiertas, pretendió ingresar una vecina llamada Josefa Tovar, en calidad de supernumeraria y con derecho a ocupar la primera vacante que se produjese. Como semejante pretensión iba contra el inquebrantable propósito de nuestros gobernantes, decididos a no consentir que en ningún convento hubiera más número de religiosas que el que permitieran los recursos de su fundación, mereció la desaprobación del Monarca; pero al mismo tiempo que se denegaba la solicitud aducida se recomendaba al Arzobispo que se atendieran preferentemente las peticiones de la solicitante cuando hubiera una vacante en el convento de referencia, *si bien respetando siempre la votación que las religiosas hiciesen al efecto*. Incluso para el caso de que en esa votación resultase un postergamiento no justificado, se prevenía al Arzobispo que aunque no debía permitir que semejante nombramiento prosperase, tampoco podía exigir que se eligiese a la solicitante injustamente postergada, debiendo limitarse a declarar que siguiera sin cubrir la vacante, pues *no se las podía imponer un nombramiento forzoso* ¹⁸⁷.

Mas esta política de nuestros monarcas, tan reiteradamente respetuosa de una amplia autonomía claustral, no impidió que en ocasiones se hiciese intervenir a las autoridades, tanto seculares como eclesiásticas, en el régimen de vida de determinados monasterios, con el fin de corregir prácticas viciosas, ante las cuales no cabía mantener una actitud de transigencia. Así, en una Real cédula de 18 de octubre de 1620 ¹⁸⁸ se ordenaba al Arzobispo de Méjico que se reprimiesen las inmoralidades que se co-

¹⁸⁶ *Diccionario* citado: *Conventos*.

¹⁸⁷ *Diccionario* citado: *Religiosas*.

¹⁸⁸ *Diccionario* citado: *Religiosas*.

metían con motivo de las fiestas y representaciones teatrales que en algunos conventos de monjas tenían lugar; y en otra de 9 de septiembre de 1660¹⁸⁹, vista la ineficacia de las medidas anteriores, llegó a prohibirse en los conventos de un modo absoluto semejantes funciones teatrales.

Para mantener la virtualidad de la clausura monástica se dispuso en la propia *Recopilación de 1680*¹⁹⁰ “que los Presidentes, Oidores, Ministros ni sus Mujeres no entren en los Monasterios de monjas, ni vayan a ellos a hablar por los locutorios a ninguna hora extraordinaria”; añadiéndose en otra cédula Real de 2 de febrero de 1682¹⁹¹ que se evitasen “las continuas conversaciones que los seglares tenían con las religiosas de los —conventos— de América, pasando a ilícitas con el título de devoción y manchando la pureza de costumbres, tan propia de su estado”.

Que la atención de los poderes públicos sobre este orden de cosas no dejó nunca de mantenerse vigilante lo comprueba también una disposición de 1.º de julio de 1770¹⁹², en la cual se encarecía que se hiciese una relación sobre los siguientes extremos: si las monjas sujetas al Ordinario observaban sus constituciones; si se guardaba sin violaciones la clausura; si se habían introducido abusos que necesitasen ser corregidos por la Sagrada Congregación; si se administraban bien las rentas y si las monjas habían hecho efectivas sus dotes; si los confesores habían absuelto a las monjas antes de haberlas oído en confesión, etc.

Por último, resulta también muy expresiva, a este respecto, una cédula de 17 de abril de 1773¹⁹³, en cuya parte expositiva se lee: “Dado cuenta el Obispo de Chile del Beaterio que avía fundado su antecesor D. Fray Bernardo Carrasco, con dos beatas que llevó consigo en una casita que les dió un devoto, fabricando algunas Celdas y una decente hermita, depositando en

189 *Diccionario* citado: *Comedias*.

190 *Ley* 91, tít. 16, lib. II.

191 *Diccionario* citado: *Conventos y Religiosas*.

192 *Diccionario* citado: *Relación*.

193 *Diccionario* citado: *Beaterio*.

ella el Santísimo Sacramento, pero sin clausura ni más rentas que las cortas limosnas que ellas recogían de puerta en puerta y por las Chácaras, y las que contribuían algunos particulares porque les enseñasen sus hijas, sobre lo que se le ofrecían los escrúpulos siguientes: 1.º, tener iglesia pública con puerta a la calle, sin Real licencia, Capellán ni Sacristán, cuidando ellas del aseo y limpieza del altar con la indecencia de llegar mujeres a lugar tan sagrado; 2.º, el que las governase el Prior del convento de Santo Domingo, que daba los hábitos a unas gratis y a otras por carta dote, obligando a todas a hacer voto solemne de castidad sin guardar clausura, contra lo dispuesto por el Santo Concilio, de que se avían seguido muchos escándalos por aver algunas buuelto al mundo y casándose, dando arto que hacer a la República; 3.º, obligarlas a que sólo confesasen con dichos religiosos contra la libertad del tribunal de la Penitencia, y, últimamente, que las precisasen a ello con censuras, no teniendo facultad para fulminarlas. Y que aunque podía usar de su jurisdicción y disolver aquello, por temor de inovediencia de las religiosas y que se amparasen a la Audiencia, de que la dignidad Episcopal sufría menoscabo; y porque creía más conveniente que este Beaterio pasase a la jurisdicción del Ordinario; y por no tirar a las pobres mujeres que allí están, a pesar de las irregularidades de su fundación, se conservase, pero no se admitiese nuevas mujeres, y cuando las que hay fueran muriendo, se fuera extinguiendo.”—El Monarca aprobó esta prudente propuesta de su prelado.

XIV.—Conclusiones.

Se observa con respecto al estudio del sexo como circunstancia modificativa de la capacidad jurídica en la legislación de Indias, la misma dificultad que se advierte al estudiar cualquiera otra institución del derecho privado hispano-americano del período colonial: imposibilidad de presentar un cuadro jurídico completo donde se comprendan todas las particularidades que en su evolución histórica hubo de presentar la institución es-

tudiada. Los vacíos son inevitables; las generalizaciones, peligrosas.

Y todo ello por dos razones fundamentales: por regir en Indias, con gran amplitud, el derecho castellano de la Metrópoli aun cuando fuera con carácter supletorio y por nacer, en consecuencia, la generalidad de los preceptos del derecho indiano afectados por una nota de casuismo muy acentuada.

Al incorporarse políticamente a la Corona de Castilla los vastos territorios descubiertos por Colón y sus continuadores, no se intenta una estructuración jurídica nueva de los mismos. Las Indias son territorio castellano; sus habitantes vasallos, al igual que los peninsulares, de la Corona de Castilla. Sólo cuando exigencias ineludibles de una realidad nueva y distinta imponen un quebrantamiento de esta ficción jurídica, reclamando una regulación especial, se dicta una norma nueva para resolver la dificultad del momento. En lo demás se acude al derecho castellano declarado, como hemos dicho, vigente, aun cuando con carácter supletorio.

Nace así todo un orden de legislación muy copioso, cuando la mayor complejidad de la vida colonial así lo requiere, pero afectado siempre por los caracteres originarios apuntados. No llega a estructurarse un sistema jurídico nuevo, puesto que la referencia al derecho de Castilla es frecuente y constante. Escasea la norma general y abunda lo anecdótico.

Y si en el orden del derecho público llega a elaborarse una doctrina jurídica propia, expuesta con trazos magistrales por los tratadistas más destacados del derecho indiano, en la esfera del derecho privado se observa siempre en la llamada legislación de Indas una pobreza doctrinal muy acusada.

Por eso, en lo que se refiere al sexo como circunstancia modificativa de la capacidad jurídica, puede apreciarse fácilmente en las páginas que anteceden cómo el derecho indiano no hace otra cosa que ratificar la doctrina del derecho de Castilla y reiterar su cumplimiento frente a violaciones frecuentes de los colonizadores y de las autoridades; cómo, cuando se hace necesario dictar normas nuevas para regular situaciones de hecho que difieren, por exigencias del ambiente social y geográfico, de las península-

res, se inspira siempre el legislador en el derecho castellano tradicional, aunque con las concesiones obligadas; cómo, por último, se intenta regular la condición jurídica de las mujeres indias guardando, en lo posible, fidelidad a este mismo criterio de asimilación.

Esto explica, insistimos, la escasa originalidad y el poco interés doctrinal que ofrecen los preceptos del derecho indiano recogidos en las páginas anteriores.