

# **La familia y las capacidades civiles de las mujeres, a través de los textos de formación jurídica y el Código velezano (siglo XIX).**

Quaglia y Carolina Lucia.

Cita:

Quaglia y Carolina Lucia (2013). *La familia y las capacidades civiles de las mujeres, a través de los textos de formación jurídica y el Código velezano (siglo XIX)*. XIV Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia. Departamento de Historia de la Facultad de Filosofía y Letras. Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-010/1032>

**XIV** **Jornadas**

**Interescuelas/Departamentos de Historia**

**2 al 5 de octubre de 2013**

**ORGANIZA:**

Departamento de Historia de la Facultad de Filosofía y Letras

Universidad Nacional de Cuyo

Número de la Mesa Temática: 121.

Título de la Mesa Temática: : Familias, mujeres, relaciones sociales y bienes culturales (S xv-xx).

Apellido y Nombre de las/os coordinadores/as: Andreucci, Bibiana, Fernández, Rosa, Lagunas, Cecilia.

**TÍTULO DE LA PONENCIA La familia y las capacidades civiles de las mujeres, a través de los textos de formación jurídica y el Código velezano (siglo XIX).**

*Apellido y Nombre del/a autor/a Quaglia Carolina Lucía.*

*Pertenencia institucional U.N.Lu. C.I.C.*

*Correo electrónico: carolinaluciaquaglia@hotmail.com*

*<http://interescuelashistoria.org/>*

**La familia y las capacidades civiles de las mujeres, a través de los textos de formación jurídica y el Código velezano (siglo XIX).**

Quaglia, Carolina Lucía.

U.N.L.u/ C.I.C.

**Introducción.**

La presente ponencia tiene por objetivo el análisis de los textos de formación jurídica usados en Buenos Aires a mediados del siglo XIX y, el Código Civil de Vélez Sarsfield con sus anotaciones; con el fin de indagar en ellos los planteos que sobre las capacidades civiles de las mujeres hacen y las relaciones familiares. Este trabajo pertenece a otro, de Licenciatura, sobre “La condición civil de las mujeres durante la formación del Estado Nacional (1870-1902). Su expresión en los expedientes judiciales de la Provincia de Buenos Aires. (1870-1902)”.

Los manuales para la enseñanza del derecho no son grandes textos dogmáticos. Su empleo como fuente presenta algunas ventajas, ya que se cuentan entre las primeras obras jurídicas producidas localmente con anterioridad a la sanción de los Códigos (Fasano, 2010:290)

Luego de la independencia e incluso, en el momento de la codificación, ejemplo de “modernidad” y superación del pasado colonial; las capacidades civiles de las mujeres se ven marcadas por las persistencias del derecho castellano-indiano, que consideraran a la mujer como una incapaz civil. Estas presencias fueron mayores en lo que respecta al derecho de familia, porque como afirma Victoria Chenault, las cuestiones que giran alrededor del sexo y la familia han sido las que deben haber cambiado más lentamente por pertenecer al aspecto más privado de la vida en sociedad (Chenault., 1997:111-158)

El Derecho Indiano, cuyas raíces se encuentran en el Derecho Castellano, consideró la división entre hombres y mujeres como factor modificadorio de la capacidad jurídica. El derecho decimonónico argentino se basó en esta tradición jurídica. De esta manera, los legisladores e intérpretes legales se esforzaron por justificar lo injustificable: la

subsistencia de una esfera de justicia privada y la negación del principio de igualdad ante la ley (Salvatore, 2010: 257).

### **Los manuales en la cátedra de Derecho Civil: La familia y la mujer.**

La Universidad de Buenos Aires fue fundada en 1821, en ella la enseñanza de la jurisprudencia se nutrió desde el principio en fuentes muy innovadoras, no sólo por las características de la ciudad-puerto, sino también por ser la Casa de Estudios una creación nueva, desligada de ataduras tradicionales. Las dos cátedras con que empezó a funcionar el Departamento de Jurisprudencia, la de Derecho Civil y la de Derecho Natural y de Gentes, representaban a su manera una innovación.<sup>1</sup>

La primera de ellas, lo fue especialmente por la impresión que le oprimió su catedrático, Pedro Somellera, quien abandonando el contenido clásico de la materia, se propuso introducir a los jóvenes alumnos en la doctrina utilitarista de Bentham con miras a la reforma legislativa. La labor docente de Somellera en Buenos Aires se extendió durante toda la década del 20 y aunque renunció definitivamente en 1830, continuó años después su magisterio en Montevideo. Su enseñanza suscitó el elogio de sus discípulos y la implacable crítica de otros. Por cierto conmovió al ambiente (Anzoátegui, 1977:40). La enseñanza de Somellera tuvo decisiva influencia sobre la formación de algunos personajes que dejaron una impronta nada desdeñable en la formación de las instituciones de la Provincia de Buenos Aires (Fasano, 2010:290)

El ministerio de gobierno de Rivadavia dictó un decreto en 1823 disponiendo que los profesores de la Universidad debían publicar el contenido de sus clases, por lo que el curso de Somellera nos son conocidos. Así en 1824, aparece el libro de Pedro Somellera titulado *Principios de Derecho Civil* (Seoane, 1981:58) .Esta es la obra utilizada en la Cátedra de Derecho Civil que vamos a analizar.

A pesar de este carácter innovador con respecto a la necesidad de una reforma legislativa, que modifique la tradición jurídica de antiguo orden; analizando los

---

<sup>1</sup>Seoane María Isabel, *La enseñanza del Derecho en la Argentina, desde sus orígenes hasta la primera década del siglo XX*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1981, Pág.: 55-57. El ministerio de gobierno de Rivadavia dictó un decreto disponiendo que los profesores de la Universidad debían publicar el contenido de sus clases, por lo que el curso de Somellera nos son conocidos, así como el de Antonio Sáenz a cargo de la cátedra de Derecho Natural y de Gentes.

capítulos de *Principios de Derecho Civil*, de Somellera, vinculados a la familia, podemos observar que esa innovación no afectó al derecho de familia.

En su primer capítulo, Sobre las Personas, Somellera deja bien en claro quién es el ciudadano. El hombre primero en el estado civil, es ciudadano o extranjero: padres de familia, ó hijos de familia. Así queda reducido el estado civil a la ciudadanía y paternidad. En cambio, cuando habla de la mujer, sostiene que la física delicadez de aquellas hace á los varones por lo general de mejor condición, que las mujeres, bien que no contribuye a esta superioridad el no dar a nuestras damas educación. Ellas están privadas de obtener empleos, y oficios públicos, pero están también exentas de las cargas personales.<sup>2</sup>

Estas cargas personales estaban a cargo del jefe de la familia, quien era cabeza de familia, sujeto de derechos y obligaciones, reconocido como ciudadano. El resto de los miembros de la familia estaban bajo su sujeción. Esta situación generaba una serie de inhabilitaciones y minusvalía civil, conocida como *capiti deminutio*, ya que las mujeres, los menores y los esclavos, no eran cabeza, sino que tenían la de su jefe (Cansanello, 2002: 127).<sup>3</sup> El pasaje de los status y/o estados a la forma estado moderna, fue hecho por individuos dentro de estamentos y corporaciones, pero también y al mismo tiempo dentro de familias. Al interior de estas familias también hubo diferentes estados y diferentes estatutos. El orden privado castellano-indiano básicamente construido sobre las familias, no sufrió cambios significativos durante la Revolución ni tampoco durante buena parte del siglo XIX. Incluso debemos agregar que los censos se hacen sobre cabezas de unidades o sobre vecinos contribuyentes o sobre electores y que para cualquiera de los casos la requisitoria principal era sobre individuos mayores libres, en condiciones de aptitud cívica o política, es decir, aquellos que no sufrían *capiti deminuti* (Cansanello, 2003: 124-125).

La institución fundamental de la familia es el matrimonio. Somellera lo define como la unión legítima de varón y mujer hecha para siempre. Su fin fundamental era la propagación de la especie: los medios a ella sirven son el conjunto de los bienes. Es la mejor eslabonadura de la sociedad, la base fundamental de la civilización (Somellera,

---

<sup>2</sup> Somellera, Pedro, *Principios de Derecho Civil*, , Buenos Aires, Edición Facsimilar, 1939, Pág.: 34-35.

<sup>3</sup> Ver también: Cansanello, Oreste Carlos, "Sujeciones personales y puniciones en Buenos Aires durante el siglo XIX", en: *Apartado de la Revista de Historia del Derecho*, N° 35, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 2008.

1939: 65). Es indudable la importancia que se le otorga a la familia como fundamento del orden social.

Ahora bien, dentro de esta organización tan importante para la sociedad la mujer sigue siendo inferior al hombre, por el carácter patriarcal de la organización de la casa. “La mujer en la unión debe asegurarse de antemano para sí, y para él debe nutrir en su seno, de un esposo que los cuide, y proteja.” Así, Somellera agrega que la mujer debe decir: “Yo me entrego a ti; pero tú serás mi guarda en mi estado de debilidad y tú proveerás a la conservación del fruto de nuestro amor.” (Somellera, 1939: 72-73).

Entendemos como patriarcado a la manifestación e institucionalización del dominio masculino sobre la mujer y los niños de la familia y la ampliación de ese dominio masculino sobre las mujeres a la sociedad en general (Ortega López, 2004: 152).

La supremacía del marido es un homenaje que rinde la mujer al poder que la protege. En efecto, el marido extrae su superioridad de la idea de fragilidad del sexo femenino. Originaria del derecho romano, la *fragilitas* no es en verdad una invalidez natural, sino más bien el motivo de protección de un menor. Esto hace todavía más manifiesta las incoherencias del derecho que se niega a afirmar sin ambages la supremacía marital y la justifica por una inferioridad física que sólo existe en las mujeres casadas. El marido debe ser considerado juez soberano del honor de la familia (Amaud-Duc, 1993: 110). De todas formas, debemos agregar que las mujeres quedan sujetas no sólo a su marido, sino también, dependiendo el caso, a su padre, hijos mayores o parientes varones.

Al hablar de las condiciones en que se celebrará el contrato matrimonial, Somellera señala que la primera condición es que la mujer será sumisa a las leyes del hombre, salvo recurso a la autoridad. Dueño el hombre de la mujer por lo que miran sus intereses hacia él, el debe ser tutor de la misma por lo que respecta a sus intereses hacia ella. El bien de la paz, quiere que se establezca una preeminencia, que prevenga, o termine las contestaciones. Pero ¿Por qué es el hombre el que ha de gobernar?, pregunta el autor. La contestación es obvia, sostiene. Porque es el más fuerte. En sus manos el poder se mantiene en sí mismo, si damos la autoridad a la mujer, a cada momento verá ella nacer revoluciones de parte del marido. No es esta la sola razón, hay más, el que el hombre por su género de vida, adquiere otra experiencia, y otra aptitud para los negocios, tiene también más perseverancia en el espíritu (Somellera, 1939: 75-76).

En este estado de cosas, por supuesto que la administración de los bienes recae en manos del marido, como así lo ha establecido el derecho romano, castellano e indiano. Por lo tanto, la segunda condición en que se celebrará el contrato matrimonial es que la administración será a cargo del hombre. Esta es una consecuencia natural, e inmediata de su imperio. Más ordinariamente hablando, señala Somellera, los bienes se adquieren por su trabajo (Somellera, 1939: 77).

Por su parte, otra condición del matrimonio es la fidelidad, reflejando también aquí una doble moralidad, es decir, lo permitido en el hombre era prohibido en la mujer (Malgenasi, 1993: 351). Entonces, Somellera plantea que la mujer observará la fidelidad conyugal. No hay necesidad (según el autor) de exponer aquí las razones que inducen a colocar el adulterio entre los delitos. Ella hace sin duda la primera obligación de la mujer. Ella será recíproca; guardar fidelidad corresponde también al hombre, pero el hombre civilmente hablando no puede ser adúltero (Somellera, 1939: 78). Para asegurarse de que la reproducción de la prole sea buena, se pena severamente la infidelidad femenina. La infidelidad de la mujer corre el riesgo de hacer entrar un extraño en la familia y perturbar así la justa distribución de los bienes. Por tanto, se castiga mucho más severamente que al marido (Amaud-Duc, 1993: 113).

Finalmente, en lo referente a la Patria Potestad, indica que consiste en un dominio económico, que tiene el padre sobre el hijo legítimo. De aquí nace que el padre debe alimentar y educar al hijo, que tenga en su poder, que puede y debe castigarlo moderadamente, que debe encaminarlo y aconsejarlo en su provecho; que debe administrar así en juicio, como si fuera de él los bienes de su hijo, teniendo por ello su usufructo (Somellera, 1939: 92). Así, el *pater familias* es “propietario” del hijo por nacer de su esposa. La patria potestad es ejercida únicamente por el padre, si está ausente, interdicto o despojado de sus derechos, lo sustituye la madre. Si muere, esta es en principio la tutora legal, en ausencia de toda disposición del difunto en sentido contrario (Amaud-Duc, 1993: 115).

En la década del 30 el sucesor de Pedro Somellera en la cátedra de derecho civil abandonó la influencia benthamiana, siendo un duro golpe a la tendencia innovadora. El doctor Rafael Casagemas fue el catedrático tanto de la cátedra de Derecho Civil, como de Derecho Natural y de Gentes. En la primera de esas asignaturas se volvió al cauce tradicional y las *Instituciones de Derecho Real de España* fue el texto de la cátedra,

cuya edición madrileña data de 1829. Un dato importante es que en 1834 se le encargó a Dalmacio Vélez Sarsfield la revisión de las *Instituciones de Derecho Real de España*, de Álvarez, cuyas notas aparecen en dicha edición (Anzoátegui, 1977: 227).

La obra de Álvarez es la vigencia de la tradición del derecho indiano en su “flexión” más sistemática de fines del siglo XVIII (Anzoátegui, 1977: 291). Esta continuidad también será evidente en lo que respecta a nuestro tema, las relaciones familiares y la condición de la mujer.

El autor de las *Instituciones* define al matrimonio, citando a las Siete Partidas de Alfonso X, como un contrato indisoluble de sociedad celebrado entre dos personas de diverso sexo, con el fin de procurar la propagación de la prole, y de cuidar de su conveniente educación.<sup>4</sup> Aquí vemos una coincidencia con el texto de Somellera, para quien también el matrimonio es para siempre y tiene como fin la propagación de la especie, una concepción típica de la época.

La sociedad conyugal es una compañía, establecida por las leyes, que hace que se comuniquen por mitad entre los conyuges todos los bienes que adquieren ambos durante el matrimonio. Ahora bien, el autor deja bien en claro, utilizando las Siete Partidas, el Fuero Real y la Recopilación de Indias, que en caso de separación del matrimonio, si la mujer comete adulterio, o se volviere mora o judía, o de otra secta, no sólo perderá los gananciales, sino su dote y arras. Lo mismo se deberá decir en el caso de que contra la voluntad del marido se vaya a la casa de algún hombre sospechoso, porque se presuma adúltera. Incluso, cuando la mujer viva deshonestamente estando viuda, pues por esto pierde los gananciales, debe restituirlos a los herederos de su marido, y viene a ser lo mismo en efecto que si no lo hubiera adquirido (Álvarez, 1834: 445-447).

Por su parte, en este mismo capítulo sobre la sociedad conyugal, Álvarez señala ciertas limitaciones de la mujer casada. Dice “Puede también pertenecer de algún modo a esta sociedad que hay entre marido y mujer lo que disponen varias leyes de la Recopilación, pues arreglan el manejo de estos socios. Lo 1º que la mujer no pueda sin licencia del marido aceptar ni repudiar la herencia que le pertenezca sin beneficio de inventario. 2º

---

<sup>4</sup> Álvarez José María, *Instituciones de Derecho Real de España*, Buenos Aires, Imprenta del Estado, 1834, Pág.: 57.



Que tampoco pueda celebrar ningún contrato ni cuasi contrato, ni apartarse del ya celebrado sin dicha licencia, como tampoco presentarse a juicio, teniendo por nulo cuanto haga sin este requisito. 3º Que pueda el marido dar licencia a su mujer para todas las cosas referidas, y que precediendo esta, o siguiéndose por ratihabición, valga todo lo que hiciere.” (Álvarez, 1834: 448).

Aquí debemos señalar que esto mismo es establecido por el Código Civil Velezano<sup>5</sup>, en la Sección Segunda, Título Primero: Del Matrimonio, capítulo VI: Derechos y obligaciones de los conyugues. Citando las Siete Partidas, la Novísima Recopilación, la Recopilación de Indias, mostrando claramente las pervivencias del derecho castellano indiano en nuestra legislación civil, en épocas de codificación y “modernidad”.

Otro tema fundamental para las relaciones familiares, que ya hemos mencionado cuando tratamos el texto de Somellera, es la Patria Potestad. Aquí encontramos una interpretación muy similar a la de Somellera, pero más amplia. Según Álvarez, por Patria potestad se entiende aquella autoridad y facultades que tanto el derecho de gentes como el civil conceden a los padres sobre sus hijos, con el fin de que estos sean convenientemente educados. Pero rápidamente señala que, la Patria Potestad por derecho civil de España se diferencia poco de la que concede el derecho de gentes. Es, pues, un derecho que se concede al padre sobre sus hijos, no solo para conseguir la cómoda educación de ellos, sino también para utilidad del mismo padre y de toda la familia. Como en esta potestad se halla una parte gravosa a los padres, y otra que les es útil, se puede dividir la patria potestad en onerosa y útil. La primera es común al padre y a la madre, sean legítimos o ilegítimos los hijos, como que casi no es otra cosa que las obligaciones mismas que la recta razón ha impuesto a todos aquellos que han dado el ser a otro. La segunda comprende algunos derechos que producen honor y utilidad a los padres que han tenido hijos conforme lo establecido por el derecho, y a quienes es justo remunerar, así el trabajo que toman en su educación, como el servicio que hacen a la república multiplicando los ciudadano honrados. Esta es propia sólo del padre, así porque es la cabeza de la familia, como porque supone el derecho que es el que ha trabajado más en lo formal de la educación de sus hijos, y el que con su actividad los ha puesto en estado de producir utilidad (Álvarez, 1834: 52-54).

---

<sup>5</sup> Vélez Sarsfield Dalmacio, *Código Civil de la República Argentina*, Sección Segunda, Título Primero: Del Matrimonio, capítulo VI: Derechos y obligaciones de los conyugues, Artículo: 30-31, Buenos Aires, Imprenta de Hallet y Bren, 1870, Pág.: 53-55.

Ahora es muy importante aquí que volvamos a explicar a qué se refiere cuando habla de cabeza de familia, ya que nos permitirá entender mejor las relaciones familiares establecidas por el derecho y el lugar que la mujer tiene en estas.

Entre todos sus usos, la voz persona sirvió durante el antiguo régimen para designar a quienes no sufrían *capiti deminutio*. El vocablo “persona” tenía un uso técnico con raíces en el derecho romano, surge de un recurso administrativo con el fin de resolver litigios sobre patrimonio. De allí que los hijos tenían la persona de su padre, la mujer, la de su esposo, y los esclavos, la de su amo. La persona sujeto de derechos y obligaciones es una abstracción del orden jurídico que fue creada para designar a un doble del sujeto real, no al sujeto concreto sino a la función que la ley le asignaba. Creada con fines administrativos, se diferenció de otros vocablos, como cabeza, que se usaban para el padrón; por eso se escribía sobre el estado de las personas: son los hombres que tienen cabeza. Las mujeres, los menores o los esclavos no eran personas porque no eran cabeza, de allí el carácter de la minusvalía que se conoce con el nombre de *capiti deminutio* (Cansanello, 2002: 127).

Con lo dicho, está de más decir que, las mujeres no podían adoptar, ya que según Álvarez no son capaces de la patria potestad que se consigue por la adopción (Álvarez, 1834: 79). Tampoco podían ejercer tutela, porque “este es un cargo público y a las mujeres, por el decoro de su sexo, como por la debilidad de su juicio, les están prohibidos los cargos públicos.” (Álvarez, 1834: 88).

Estos son los principales preceptos que se enseñaron en la Universidad de Buenos Aires a partir de la década del 30, a través de esta obra editada en Madrid en 1829 y revisada por Dalmacio Vélez Sarsfield en 1834, nuestro codificador.

### **Las incapacidades civiles de la mujer en las leyes de procedimientos y penal.**

Otra obra utilizada por estudiantes de derecho fue el *Tratado Elemental de los procedimientos Civiles en el Foro de Buenos Aires*, de Miguel Esteves Saguí<sup>6</sup>. Profesor de derecho de la Universidad de Buenos Aires, fue uno de los que mejor sintetizó el ideario de dictar una legislación nueva, adaptada al tiempo y al país. Al concluir su disertación a favor de la fundamentación de las sentencias (tema específico de su tesis)

---

<sup>6</sup> Saguí Miguel Esteves, *Tratado Elemental de los Procedimientos Civiles en el Foro de Buenos Aires*, Buenos Aires, Imprenta Americana, 1850.

afirmaba: “Nuestro país...tiene imperiosa necesidad de establecer definitivamente su legislación civil y penal...necesita ya su código propio que refleje las necesidades de nuestra sociedad, moldeada en las Repúblicas adelantadas, para emanciparnos también en el orden administrativo judicial como lo hicimos en el orden político.”<sup>7</sup> A pesar de esta intención de modernizar nuestro sistema judicial y nuestras leyes, es interesante analizar en su obra los aspectos referidos a la mujer y sobre todo a la mujer casada, donde se evidencia que esa modernidad no se expresa.

Al referirse al Actor directamente presentado en juicio por sí mismo dice: “Para asumir pues el carácter de actor se necesita: Primero. Ser vecino del lugar en que se entabla el juicio; Segundo. Persona *sui juris*, mayor de edad, ó con venia o habilitación de ella; Tercero. Con sano juicio y libre administración; y Cuarto: La mujer, con permiso del marido ó con la venia supletoria del juez.” Para este cuarto punto Saguí cita a la Recopilación de Leyes de Castilla (Saguí, 1850: 93).

Esteves Saguí explicó este cuarto requisito mostrando claramente la influencia del derecho castellano-indiano. El autor expone que se limita a determinado sexo. La prohibición de comparecer en juicio en la mujer casada sin licencia del marido, se funda en el principio de derecho, de que ella no es *sui juris*, propiamente hablando; sino que está sujeta a la potestad marital: súbdita del marido. Esto por lo que hace a las demandas con un extraño. Sin embargo, si bien, entre marido y mujer “debe siempre ser verdadero amor é gran avenencia” (L.27. Tít. 2. Partida 3), hay excepciones a estas reglas generales. La mujer casada puede comparecer en juicio por sí si tuvo lugar antes del matrimonio un pacto especial entre esposa y esposo, de que la primera conserve para sí la administración de sus bienes o ejerza algún ramo de industria sin intervención del segundo. Solamente es preciso que acredite previamente la facultad administrativa; porque ella no se supone, sino lo contrario. Cuando tiene lugar la separación de bienes judicial: la cual sucede con motivo del juicio de divorcio. Cuando el marido ha otorgado autorización general a la mujer, no necesita de especial. Cuando existen casos singulares, como por ausencia o renuncia del marido, el juez puede otorgar venia a la mujer casada; o por alguna necesidad y urgencia, o utilidad. Y por último, contra el marido tiene facultad de presentarse en juicio, en los juicios de divorcio y sus incidencias (Saguí, 1850: 93-102).

---

<sup>7</sup> Anzoátegui Tao, *La Codificación en la Argentina*, Op. Cit., Pág.: 223-224. Y Tao Anzoátegui, *Las ideas jurídicas en la Argentina. (Siglos XIX –XX)*, Op. Cit.,Pág.: 232-233.

Por su parte, tenemos que tener en cuenta también, para comprender mejor las relaciones familiares y el papel que ocupa la mujer en estas relaciones, lo escrito por Saguí, referente al divorcio y la nulidad del matrimonio, tema ya analizado previamente. Ahora bien, al tratar estos aspectos inmediatamente surge el problema del adulterio. El autor dice lo siguiente, “La acción para pedir la nulidad ó el divorcio es recíproca entre marido y mujer, respecto á la jurisdicción eclesiástica; con la sola diferencia que el marido tiene en el caso de causal por adulterio la doble acción de acudir también ante la jurisdicción de lo criminal, para la imposición de pena” (Saguí, 1850: 538-539).

De esta manera vemos, que el adulterio femenino es penalizado mientras que el masculino no; situación que va a continuar en nuestro Código Penal.

A su vez sigue diciendo, que cuando la demanda sea simplemente por divorcio que pida el marido, se inicia el juicio por la sola presentación de ella, expresando las causas y fundamentos. Al contestarla la mujer, podrá pedir el depósito de su persona, si teme malas consecuencias, y si el marido no lo ha pedido. Ahora, si la mujer es la que inicia la demanda por los malos tratamientos o sevicia, es estilo inconcuso, principiar por ofrecer información sumaria de los hechos; para que el Tribunal gradúe su importancia, y admita la demanda. Esto sin duda es en justa consideración del derecho que el marido tiene sobre la mujer por las leyes, para usar hasta cierto punto y moderadamente de los medios de represión y corrección: de modo que no es presumible *in limine* que haya exceso, sin que primero se pruebe por la información sumaria. Llegado tal caso, se pide también el depósito de la mujer (Saguí, 1850: 539).

Lo dicho muestra visiblemente un tipo de familia patriarcal, donde los derechos están en el *pater familias*. No sólo el marido, y sólo él, puede acudir a la jurisdicción criminal, ante el adulterio de la esposa, sino que además tiene el derecho de “corrección y represión” de la mujer si lo cree necesario. “Por intención de corregir”, se sostuvo durante el siglo XIX la capacidad de los jefes de familia, patronos, cabezas de gremios y amos de esclavos para aplicar castigos. Esta capacidad quedo depositada siempre en los superiores, que se correspondían con los que el derecho civil tomaba por cabezas. En nuestro caso, cabeza de familia, sujeto pleno de derechos (Cansanello, 2008: 69-72).

El ámbito doméstico y sus reglas de gobierno constituían un espacio de poder natural atribuido al padre de familia como dueño de la casa, cuyas facultades en materia represiva se ordenaban en torno a la noción de *coertio* que implicaba el reconocimiento

de una capacidad de corrección de los miembros subordinados, exenta, en principio del control del poder público (Aguero, 2006: 403).

Otra manifestación de la potestad marital, y al mismo tiempo, un recurso del que se valía el marido para corregir a la mujer, era el depósito. Utilizado independientemente de la “disciplina física” a la que acabamos de referirnos, se llevaba a cabo en casas de recogidas o en la casa de algún familiar. Las casas de recogidas habían empezado a aparecer a finales del siglo XVI, como solución a dos problemas: los de mujeres virtuosas, pero desprotegidas, y los de mujeres “perdidas”, que necesitaban corrección para prevenir que continuaran pecando o contaminaran a otras mujeres (Kluger, 2003: 131-151).

Por su parte, el Curso de Derecho Criminal de Carlos Tejedor, tiene la particularidad de haber sido el primer texto escrito para la enseñanza del derecho criminal como materia independiente dentro del currículo universitario. Tejedor fue el primer profesor de esa cátedra y presentó también el primer proyecto de Código Penal en 1867. Éste fue adoptado por la provincia de Buenos Aires en 1878 y por muchas otras antes de 1887, fecha en que entró en vigencia el código nacional (Fasano, 2010:291). Tejedor pertenecía a la escuela clásica del Derecho Penal, cuyas proposiciones fundamentales hizo suyas. Así la intención del sujeto, como base para la aplicación del castigo; la presunción de la voluntad criminal; salvo que medien circunstancias particulares; la admisión del sistema clásico de las penas fijas, etc. (Seoane, 1981:71).

Si bien nuestro trabajo se centra en los derechos civiles, la minusvalía femenina y sobre todo de las mujeres casadas, también la podemos vislumbrar en las cuestiones propias del derecho criminal.

Un delito que tiene vinculación directa con las relaciones familiares es el adulterio, que ya hemos analizado con anterioridad. Tejedor define adulterio como “profanación del lecho nupcial, la violación de la fe conyugal, consumada físicamente. Tres circunstancias son pues necesarias para constituir este delito; la unión consumada de los dos sexos, matrimonio por lo menos de uno de los agentes, y dolo o voluntad culpable de parte de la persona casada.”<sup>8</sup> Además agrega que según el derecho canónico puede cometer adulterio el hombre como la mujer. Pero en el Fuero civil solo es punible el

---

<sup>8</sup> Tejedor Carlos, *Curso de Derecho Criminal*, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni, 1871, Pág.: 247-248.

hecho de esta. Incluso, la ley ha preferido declarar al marido dueño de la acción penal, y si él guarda silencio, ni el ministerio público puede intervenir. De aquí nacen dos consecuencias importantes: 1ª que el cómplice no puede ser perseguido, si no lo es la mujer por el marido, 2ª que el desistimiento de este paraliza también la acción pública, pero no su muerte. Por el mismo derecho la mujer no podía acusar el adulterio del marido, prohibición que también ha pasado a nuestras leyes (Tejedor, 1871: 249).

La mujer puede oponer contra la acción del marido varias justificaciones y circunstancias atenuantes, como la violencia y el error. Sin embargo, agrega que estas justificaciones no pueden admitirse. La mujer no debe sacar de las faltas del marido una causa de justificación. Un delito no puede justificarse sino por la violencia que arrastra la voluntad. La irritación que nace un mal tratamiento, el dolor que inspiran los arreglos del marido, no son capaces de ejercer una influencia irresistible (Tejedor, 1871: 251).

De esta manera, vemos que todos los autores señalados coinciden, además que en otros temas, en penalizar el adulterio femenino.

En la Argentina moderna la autoridad patriarcal se constituyó alrededor de nociones de honor masculino y el control indiscutido de la sexualidad femenina. Las mujeres eran consideradas como los custodios de una propiedad ajena, el honor del varón, y cualquier acto infiel de su parte se veía como una afrenta a la autoridad doméstica masculina y un acto que devaluaba aquel bien social. En parte, el adulterio era objeto de un castigo más severo porque minaba el fundamento de la autoridad doméstica del marido (Salvatore, 2010: 259). Incluso, si avanzamos un poco en el tiempo, nuestro Código Penal, cuyo Proyecto es del propio Carlos Tejedor, mantuvo la penalización del adulterio femenino. Los maridos no podían ser procesados por adulterio a menos que tuvieran relaciones permanentes con una concubina fuera del hogar conyugal. Por otra parte, solo los maridos podían entablar la demanda penal. La preservación de ese enclave de “justicia privada” en una reforma apuntada a establecer el derecho público puede explicarse únicamente en relación con antiguas ideas sobre la familia patriarcal. ¿Por qué era necesario todavía consultar las Siete Partidas después de la promulgación de códigos penales y de procedimientos modernos?. Porque en el consenso de la elite judicial y de los penalistas, muy liberal en otros aspectos, las prerrogativas del marido ofendido eran aún un territorio no conquistado por el Estado. La familia patriarcal aparecía como un

espacio interno de discrecionalidad del varón que ni el derecho ni la jurisprudencia se atrevían a atacar o cuestionar (Salvatore, 2010: 257-259).

Para un delito tan grave como la violación, también encontramos los poderes y beneficios del marido. Tejedor define la violación como toda cópula ilícita ejecutada por fuerza o contra la voluntad de la persona. Así la cópula es una circunstancia esencial de este delito común con el estupro. Debe ser ilícita, porque si un marido emplease la fuerza no cometiera delito. La misma decisión rige aunque los cónyuges estuviesen separados, porque la separación no disuelve el matrimonio.

Por su parte, existen casos en los que a pesar de ser comprobada la violación se atenúa la pena. Si la mujer es prostituta o si el hombre vivió antes con la mujer violada. (Salvatore, 2010: 243-246)

### **¿Qué tratamiento hace el código civil velezano de las mujeres y las relaciones familiares?**

El Código Civil “es la base de todos los demás”, decía un escritor en 1859 (Domínguez, 1859: 106). El Código Civil es “el primero en el orden jerárquico de los códigos de una nación”, sentenciaba otro en 1866. Había, por cierto, asentamiento general acerca de la significación que tenía un código civil, no sólo por la calidad de las normas que lo integraban, sino por constituir el modelo y guía para los demás cuerpos legales en muchas cuestiones jurídicas básicas. No en vano, el derecho civil era la ciencia madre de donde se iban desprendiendo fructíferas ramas durante toda esa centuria.

De tal manera resulta imposible separar la idea de la codificación general de la propiamente civil. Ha sido precisamente en torno a esta donde se han suscitado los más arduos debates ideológicos decimonónicos (Anzoátegui, 1977: 365-366).

Analizaremos ahora, que lugar va otorgar el Código Civil de Vélez a la mujer dentro de las relaciones familiares y de la sociedad. Claramente Vélez plasma en su Código concepciones que los autores anteriormente trabajados también afirmaron.

Existen contadas incapacidades de derecho que afectan a la mujer, sin referencia al parámetro de su estado: Así la mujer no podía ser tutora o curadora, ni testigo en instrumentos públicos. Ninguna de estas normas indicaba diferencias según el estado

civil de la mujer; por ello afectaba la capacidad plena de la mujer, tanto soltera, viuda como casada (Almeida y Martínez, 1996).

El codificador define a las personas de existencia visible como aquellas capaces de adquirir derechos o contraer obligaciones, y se reputan como tales los que en este código no están expresamente declarados incapaces (Título II, Art. 2) (Vélez Sarsfield, 1870: 21). Dentro de los que tienen incapacidad absoluta se encuentran: las personas por nacer, los menores impúberes, los dementes, los sordos mudos, los ausentes declarados tales en juicio. Ahora, son incapaces respecto de ciertos actos o del modo de ejercerlos: los menores adultos y las mujeres casadas. (Título II, Art. 5). Pero el código ante esta situación de incapacidad agrega que los incapaces pueden, sin embargo, adquirir derechos o contraer obligaciones por medio de los representantes necesarios que les da la ley (Título II, Art. 6). Por supuesto, que el representante de la mujer casada es el marido (Título II, Art. 7).

Según el Artículo 8, al otorgar un representante a los incapaces, el código estaba protegiéndolos. En el caso de la incapacidad de la mujer casada esta protección tiene una explicación de larga data. La supremacía del marido es un homenaje que rinde la mujer al poder que la protege. En efecto, el marido extrae su superioridad de la idea de fragilidad del sexo femenino. Originaria del derecho romano, la *fragilitas* no es en verdad un invalidez natural, sino más bien el motivo de protección de un menor. Esto hace todavía más manifiesta las incoherencias del derecho que se niega a afirmar sin ambages la supremacía marital y la justicia por una inferioridad física que sólo existe en las mujeres casadas (Amaud-Duc, 1993: 110).

Los incapaces tienen el domicilio de sus representantes (Título VI, Art. 6), por tal motivo la mujer casada tiene el domicilio de su esposo, aun cuando se halle en otro lugar con licencia suya. La que se halle separada de su marido por autoridad competente, conserva el domicilio de este, si no se ha creado otro. La viuda conserva el que tuvo su marido, mientras no se establezca en otra parte (Vélez Sarsfield, 1870: 22-23).

En la Segunda Sección, Título I: del matrimonio, Capítulo VI, titulado Derechos y obligaciones de los cónyuges, el código trata sobre las relaciones familiares con mayor profundidad, definiendo con claridad cuál es el papel y el rol de la mujer y del hombre dentro de la familia. Aquí las incapacidades civiles de la mujer casada se dejan en claro.



El marido está obligado a vivir en una casa con su mujer, y a prestarle todos los recursos que le fuesen necesarios, a ejercer todos los actos y acciones que a ella le correspondieren, haciendo los gastos judiciales que fuesen necesarios para salvar los derechos de su mujer, como también los que fuesen precisos si la mujer fuese acusada criminalmente. Faltando el marido a estas obligaciones, la mujer tiene derecho a pedir judicialmente que su marido le de los alimentos necesarios, y las expensas que le fuesen indispensables en los juicios (Art. 27). Pero si bien el marido tiene estas obligaciones, también tiene derechos que la mujer no, por la disminución de derechos que recae sobre ellas al ser incapaces civiles y estar bajo la representación de sus esposos.

El marido es el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio, incluso los de la mujer, tanto los que llevó al matrimonio como de los que adquirió después por título propio (Art. 28). La mujer está obligada a habitar con el marido, donde quiera que este fije su residencia. Si faltase a esta obligación, el marido puede pedir las medidas policiales necesarias, y tendrá derecho a negarle los alimentos. Aunque el código expresa una consideración, ya que los tribunales con conocimiento de causa, pueden eximir a la mujer de esta obligación, cuando de su ejecución haya peligro de su vida (Art. 29). En las anotaciones el codificador cita las Siete Partidas y la Recopilación de Indias para estos dos últimos artículos, lo que nos demuestra la continuidad del derecho castellano-indiano en nuestro Código Civil.

A su vez, la mujer no puede estar en juicio por sí ni por procurador, sin licencia especial del marido, dada por escrito o supliendo esta licencia el juez del domicilio (Art. 30). Tampoco puede la mujer, sin licencia o poder del marido, celebrar contrato alguno, ni desistir de un contrato anterior, ni adquirir bienes o acciones por título oneroso o lucrativo; ni enajenar, ni obligar sus bienes, ni contraer obligación alguna, ni remitir obligación a su favor (Art. 31). Aquí también el autor se remonta al derecho castellano-indiano citando a la Novísima Recopilación y las Siete Partidas.

Pero las limitaciones no terminan, debido a que se presume que la mujer está autorizada por el marido, si ejerce públicamente alguna profesión o industria, como directora de un colegio, maestra de escuela, actriz, etc., y en tales casos se entiende que está autorizada por el marido para todos los actos o contratos concernientes a su profesión o industria, si no hubiese reclamación por parte de él, anunciada al público o judicialmente intimada a quien con ella hubiese de contratar. Se presume también la autorización del marido, en

las compras al fiado de objetos destinados al consumo ordinario de la familia (Art. 32). El marido puede revocar a su arbitrio la autorización que hubiese concedido a su mujer; pero la revocación no tendrá efecto retroactivo en perjuicio de tercero (Art. 37). A su vez, puede ratificar general o especialmente los actos para los cuales no hubiese autorizado a su mujer. La ratificación puede ser tácita por hechos del marido que manifiesten inequívocamente su aquiescencia (Art. 38).

Es importante considerar que no es necesaria la autorización del marido en los pleitos de la mujer contra el marido, o del marido contra la mujer, o cuando la mujer es acusada criminalmente, o cuando hiciese su testamento o revocase el que hubiese hecho, ni para la administración de bienes que ella se hubiese reservado por el contrato de matrimonio (Art. 33). Esta excepción proviene del derecho castellano-indiano, incluso el mismo codificador cita a los Códigos antiguos y modernos, el Derechos Romano y el Derecho Español (Vélez Sarsfield, 1870: 53-55).

Si hablamos del matrimonio, también debemos referirnos a la Sociedad Conyugal, ya que como bien determina el Código, la Sociedad principia desde la celebración del matrimonio, y no puede estipularse que principie antes o después (Sección Tercera, Título II, Capítulo IV, Art. 45). El administrador legítimo de todos los bienes es el marido (Capítulo VI, Art. 60), como ya hemos mencionado con anterioridad. Pero aquí, debemos señalar que antes de la celebración del matrimonio los esposos pueden hacer convenciones, y una de ellas es la reserva a la mujer del derecho de administrar algún bien raíz de los que lleva al matrimonio, o que adquiera después por título propio (Capítulo I, Art. 1).

Sin embargo, durante la unión de marido y mujer, solo esta y no el marido, tendrá el derecho para pedir la separación de los bienes de uno y otro y de los adquiridos hasta entonces (Art. 76). Este derecho solo compete a la mujer, cuando la mala administración del marido le traiga peligro de perder sus bienes propios, o cuando hubiese hecho concurso de acreedores (Art. 78). Entablada la acción de separación de bienes, y aún antes de ella, si hubiese peligro en la demora, la mujer puede pedir embargo de sus bienes muebles que estén en poder del marido, y la no enajenación de los bienes de este o de la sociedad. Puede también pedir que se le de lo necesario para los gastos que exige el juicio (Art. 79).

Una vez realizada la separación de bienes, la mujer no necesita de la administración del marido, para los actos y contratos relativos a la administración, ni para enajenar sus bienes muebles; pero le es necesaria autorización judicial, para enajenar los bienes inmuebles, o constituir sobre ellos derechos reales (Art. 86) (Vélez Sarsfield, 1870: 312-332).

Es importante aquí hablar del divorcio, y es menester explicar de qué tipo de divorcio habla el Código velezano. El divorcio que este código autoriza consiste únicamente en la separación personal de los esposos, sin que sea disuelto el vínculo matrimonial (Sección Segunda, Título I, Capítulo VII, Art. 40). Para estas alturas el matrimonio sigue siendo incumbencia de la Iglesia y también el divorcio, por tal motivo el procedimiento es el siguiente: primero la Iglesia admite el divorcio y luego corresponde exclusivamente a los jueces civiles conocer de todos los efectos civiles del divorcio en relación con la persona de los cónyuges, crianza y educación de los hijos y de los bienes de la sociedad conyugal. El juez civil, a instancia de parte, señalará los alimentos que el marido debe prestar a la mujer, y dispondrá de las expensas del juicio de divorcio sean satisfechas por el marido (Art. 43, 44,45).

Una vez divorciada, la mujer podrá ejercer todos los actos de la vida civil, exceptuando el estar en juicio como actora o demandada sin licencia del marido o del juez del domicilio (Capítulo X, Art. 52). De esta manera, vemos que incluso divorciada, la mujer sigue necesitando la representación de su marido o del juez, continuando sobre ella la desigualdad civil (Vélez Sarsfield, 1870: 56-59).

Dentro de las relaciones familiares, debemos hablar de la patria potestad, que es el conjunto de los derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos legítimos, en las personas y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados (Sección Segunda, Título III, Art. 1). Pero por supuesto, es el padre el administrador legal de los bienes de los hijos que están bajo su potestad, aún de aquellos bienes de que no tenga el usufructo (Art. 30). Además, En el caso de quedar viuda la mujer, esta pierde la patria potestad sobre sus hijos si contrae segundas nupcias (Art. 45) (Vélez Sarsfield, 1870: 70-77).

Conclusión.

Con todo lo expuesto, podemos decir que tanto en los manuales jurídicos, que se cuentan entre las primeras obras jurídicas producidas localmente con anterioridad a la sanción de los Códigos, con la excepción del texto de Álvarez; como en el Código Civil, trasciende el derecho castellano-indiano en lo que respecta al derecho de familia, y se sigue limitando las capacidades civiles de las mujeres, sobre todo de la mujer casada, al estar ésta bajo el poder y representación del *pater* de familia.

La idea de modernidad que suponía la sanción de un Código de leyes para toda la Nación se ve opacada por el tratamiento que hace el Código de las relaciones familiares y del papel de la mujer. Así la mujer no podía ser tutora o curadora, ni testigo en instrumentos públicos. Al modificar su estado civil, era considerada una incapaz bajo el poder de su marido, quien además era el administrador de todos los bienes. Necesitaba la autorización de su esposo para diferentes actos civiles. Incluso una vez divorciada sigue teniendo limitaciones civiles.

La discrepancia entre las reformas en el estatus de las mujeres, personal y familiar, y la construcción del Estado Nacional no se vio como una limitación al progreso nacional. El discurso de la modernidad en la era de la construcción de la nación definió la desigualdad de las mujeres como una realidad que no sólo no iba a atentar contra las libertades, sino que era necesaria para sostener el orden social (Pilar García y Della-Corte, 2006: 566).

### **Bibliografía.**

Almeida Susana y Martínez Adriana (1996) “La mujer y el derecho de familia”, en *Revista La Aljaba*, año/vol. 1.

Anzoátegui Tao (1977) *La Codificación en la Argentina*, Buenos Aires, Imprenta de la Universidad de Buenos Aires.

Anzoátegui Tao (1977) *Las ideas jurídicas en la Argentina. (Siglos XIX –XX)*, Buenos Aires, Ed. Perrot.

Arnaud-Duc Nicole (1993) “Las contradicciones del derecho”, en: Duby, G. Perrot, M., *Historia de las mujeres en Occidente*, Madrid, Taurus.

Cansanello Oreste Carlos (2002) “Justicias y penas en Buenos Aires. De los bandos del buen gobierno a la Constitución Nacional”, En: Sandra Gayol y Gabriel Kessler (compiladores), *Violencias, justicias y delitos en la Argentina*, Buenos Aires, Ediciones Manantial y Universidad Nacional de General Sarmiento,.

Domínguez J. (1859) *Estudios sobre el proyecto de Código de Comercio*, en El Foro.

Fasano Juan Pablo (2010), “Justicias, leyes, principios. Apuntes para pensar la historia de los lenguajes jurídicos. Buenos Aires siglo XIX”, En Darío Barrera (coordinador) *La justicia y las formas de autoridad. Organización política y justicias locales en territorios de frontera. El Río de la Plata, Córdoba, Cuyo y Tucumán, siglos XVIII y XIX*. Rosario, Red Columnaria.

García Jordán Pilar y Dalla-Corte Caballero Gabriela (2006) “Mujeres y sociabilidad política en la construcción de los Estados nacionales”, En: Morant I., *Historia de las mujeres en España y América Latina*, Madrid, Cátedra.

Kluger Viviana (2006) “Cap.V Recopilación, codificación, descodificación y recopilación. Permanencias y cambios en el derecho de familia argentina”, en Óscar Cruz Barney, *La codificación*, México, Ed. Porrúa. Universidad Iberoamericana.

Malgenesi Graciela (1993) “Las mujeres en la construcción de la Argentina en el siglo XIX”, en : George Duby y Michelle Perrot, *Historia de las mujeres en Occidente*, Tomo 8, Madrid, Taurus.

Salvatore Ricardo (2010) *Subalternos, Derechos y Justicia Penal. Ensayos de historia social y cultural 1829-1940*, Buenos Aires, Gedisa.

Seoane María Isabel (1981) *La enseñanza del Derecho en la Argentina, desde sus orígenes hasta la primera década del siglo XX*, Buenos Aires, Editorial Perrot.

Fuentes:

Tejedor Carlos (1871) *Curso de Derecho Criminal*, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni.

Vélez Sarsfield Dalmacio (1870) *Código Civil de la República Argentina*, Buenos Aires, Imprenta de Hallet y Bren.

Álvarez José María (1834) *Instituciones de Derecho Real de España*, Buenos Aires, Imprenta del Estado.

Sagú Miguel Esteves (1850) *Tratado Elemental de los Procedimientos Civiles en el Foro de Buenos Aires*, Buenos Aires, Imprenta Americana.

Somellera Pedro (1939) *Principios de Derecho Civil*, Buenos Aires, Edición Facsimilar.