

## Condición femenina y estatus jurídico. La interpretación del Derecho según el jurisconsulto J. Escriche (España, siglo XIX)

*María Angélica Diez*

### Resumen

En este artículo se analizan los argumentos ofrecidos por el jurisconsulto Joaquín Escriche (España, siglo XIX) al interpretar la condición femenina en el derecho y el estatus jurídico otorgado a las mujeres. La fuente fue su *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* (1847). El concepto de 'género' como categoría analítica facilitó plantear los interrogantes de investigación y analizar las voces jurídicas que involucraban a las mujeres y que, en la mayoría de los casos, implicaban una relación desigual entre los sexos. El derecho –como construcción social– reflejó esa relación e institucionalizó una dependencia jurídica a los hombres de las mujeres. A las mujeres se les delimitó espacios, funciones y posibilidades judiciales, de lo que se pudo observar que, de la condición de ser mujer se derivó un estatus jurídico diferente al del hombre y, en general, con derechos más restringidos –en especial para la mujer casada–. Según Escriche, la distinción biológica entre los sexos incidía en las diferencias de conducta y carácter –la mujer era más débil, frágil e inexperta, menos inteligente, prudente y constante que el hombre– a partir de lo cual socialmente se establecían pautas, costumbre y actividades propias a cada sexo, creándose un ideal de lo femenino y de lo masculino, con marcadas diferencias.

Palabras clave: historia, derecho, mujer, género, Escriche.

### Female condition and legal status Interpretation of law according to J. Escriche (Spain, XIXth Century)

### Abstract

This paper analyses the form and arguments used by J. Escriche (Spain, XIXth Century) to interpret the female condition in law and the legal status of women as presented in his *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* (1847). The concept of "gender" as an analytical category facilitated the posing of research questions and analysis of the judiciary voices involving women. These, in most cases, implied an unequal relationship between sexes. Law – as a social construction – reflected this relationship and institutionalized a judiciary dependence of women towards men. Spaces, functions and judiciary possibilities were delimited for women. The result was that the female condition derived in a different judiciary status with – in general – more restricted rights, especially for married women. According to Escriche, biological sex distinction had incidence in the differences in behavior and character – women were weaker, frailer, inexpert and less intelligent, prudent or constant than men. Consequently, social patterns, habits and activities were established for each sex, as well as markedly different ideals of femaleness and maleness.

Key words: history, law, woman, and gender, Escriche.

### El autor, la obra y su época

Joaquín Escriche (1), jurisconsulto español, se dedicó a escribir acerca del derecho y su interpretación, a fin de resolver cuestiones relativas a la comprensión y aplicación del mismo. Con afán didáctico y de divulgación decidió que sus estudios y recomendaciones acerca del derecho fueran comprendidos por el común de la gente que necesitara de una consulta legal. Como se afirmó en el prólogo de la tercera edición (1858) de su *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* —obra que se tiene en cuenta para esta investigación—, “no lo escribí para los letrados [...] sino para el propietario, para el labrador, para el comerciante, para las personas de cualquier clase, que no habiéndose dedicado a la carrera forense quieran tomar con poco trabajo y sin pérdida de tiempo las noticias que necesiten para su gobierno en el arreglo de sus negocios, en sus contratos”. Esta edición fue ampliada y estaba dirigida en particular a América, por eso se le adicionó la legislación del derecho hispano-americano con las modificaciones legislativas realizadas en México, Venezuela y Chile (2).

El *Diccionario...* respondía a las necesidades de esclarecer la legislación que tenían los jueces y la gente. Aun cuando Carlos IV había promulgado la Novísima Recopilación, no se solucionaban los problemas y se mantenía la situación caótica existente bajo el imperio de las Recopilaciones (3). Éstas eran, como concluyó Fernández (1991) “un amasijo de leyes reunidas a través de los siglos, que dificultaban su aplicación por los jueces y el conocimiento por los súbditos que tenían que respetarlas” (p. 55). Cuando Escriche escribió este *Diccionario...*, la legislación española estaba en transición hacia una normativa inspirada en los ideales de los hombres de la ilustración. En 1829 se promulgó el Primer Código Penal en España (durante el reinado de Fernando VII se había sancionado el de Comercio).

Para España, como para el resto de Occidente, los procesos históricos contemporáneos llevan el sello de la Revolución Francesa (1789). Desde fines del siglo XVIII España realizó esfuerzos por adaptarse, en circunstancias difíciles y pendulares que oscilaban entre las viejas formas políticas y sociales y las nuevas. Situación antagónica que se mantuvo en el siglo XIX. El hito a destacar en este proceso fue la reunión de las Cortes de Cádiz en 1812, de donde surgió una Constitución liberal. Era la consecuencia de la crisis abierta en 1808 con el motín de Aranjuez y la abdicación de Carlos IV, la captura de la familia real en Bayona, los alzamientos populares y la constitución de las juntas de gobierno. Al mismo tiempo, del otro lado del Atlántico, las colonias transitaban el proceso de desprendimiento de la metrópoli. A la vez, se producía un considerable incremento de la población y de la producción económica, que conformaron el marco para el surgimiento de la burguesía que tuvo un papel preponderante en los cambios que atravesaba España. Se reforzó la industrialización y el comercio, se disminuyeron las importaciones y se fomentó una educación —‘popular’— tendiente a preparar a la población para las innovaciones técnicas.

Si bien para esta época se dio una tendencia ‘afrancesada’ en ciertos círculos españoles, la mayoría social (hidalgos, bajo clero, campesinos) fue ajena a las nuevas ideas y sólo una minoría se impregnó del espíritu renovador y lo hizo, como afirmó Vilar (1985) “con moderación y timidez” (p. 76). Por otra parte, los acontecimientos que se vivían en España por el avance napoleónico, provocaron la reacción del pueblo y los distintos sectores sociales reafirmaron de su unión ante el exterior, aunque mantuvieron el descontento y sus enfrentamientos. La confianza del pueblo español en Fernando VII se debilitó con su regreso, puesto que el monarca no fue permeable a los cambios que el país había vivido, y retornó a anteriores estructuras que frenaban los avances liberales plasmados,

fundamentalmente, en la Constitución de 1812. Sólo durante el breve período del pronunciamiento de Riego, los liberales recuperaron posiciones, imponiéndole al monarca la Constitución, situación que no fue mantenida por la intervención de la Santa Alianza. En cambio, con respecto a las colonias americanas, el monarca no pudo sostener la idea de reconquistarlas, especialmente a partir de 1824. Recién al final de su reinado, Fernando VII se vio obligado a dar paso a los impulsos liberales, que fueron nuevamente plasmados en una Constitución durante la regencia de María Cristina (por la minoridad de Isabel hasta 1837).

### Las mujeres, el derecho y sus condicionamientos desde una perspectiva de género

Escriche evaluó que, desde la filosofía, la jurisprudencia era vista como 'la ciencia de lo justo y de lo injusto', pero para ello era necesario no sólo el "conocimiento de las leyes, usos y costumbres, sino [...] también una noticia de todas las cosas profanas y sagradas" (Escriche 1858: 1131). En las consideraciones acerca del derecho civil y criminal evaluó la importancia de los mismos para conocer diversos aspectos de la vida social de un pueblo, sus consideraciones y prejuicios, así como la construcción social de valores y papeles asignados a las mujeres en íntima relación con la situación jurídico-social de los hombres (4), siendo también importante considerar las interpretaciones de la legislación y su aplicación, ya que un mismo texto legal es llevado a la práctica de maneras diversas, además de las variaciones de interpretación que se dan con el transcurso del tiempo.

Desde una perspectiva de 'género' (5) se centró la atención en el análisis de las consideraciones que Escriche realizó acerca de los derechos y posibilidades de las mujeres frente a la justicia. Como sujeto social se intentó no aislarlas, sino plantear la diferenciación así como la interacción con el sexo opuesto (6). Esta ideología, sexista para fines del siglo XVIII y principios del XIX en España, se analizó en el texto del *Diccionario...*, considerándolo como un discurso ideológico (7). El autor, ante determinadas voces del derecho, dejó traslucir la aceptación de una mejoría en el estatus jurídico de las mujeres. Aún así, reflejó las prácticas sociales existentes y las reforzó —en líneas generales— con un discurso coincidente con el hegemónico.

Las leyes y su interpretación iluminan sólo indirectamente la realidad social (8), a la vez que, en la comprensión de un proceso histórico determinado, anulan las diferencias entre las mujeres por la clase social, la religión, etcétera (9). Aun así, se consideró relevante su análisis por lo mismo que afirmó Scanlon (1976) de las leyes: "Aunque no reflejen necesariamente la posición real de la mujer —pues es obvio que unas recibieron un trato mejor, y otras peor, que el que les correspondía por su posición legal, según su clase social, región, carácter de sus maridos, etc.— proporcionan una expresión aproximada de una realidad histórica" (p. 122). Asimismo, enfocando a las mujeres como sujeto histórico, surge que su condición femenina suele estar —y lo está en especial en el derecho y su interpretación— por encima de otras particularidades ya que, como afirmaron Anderson y Zinsser (1988) "una mujer se identifica primero como hija de su padre, mujer o viuda de su marido y madre de su hijo. No importa su época en la historia europea, su clase o su rango social, su nacionalidad o grupo étnico; la mayoría de las mujeres han vivido como miembros de una familia dominada por varones" (p. 14).

### Sexo y estatus jurídico: el derecho se justifica en la diferenciación

Un primer análisis del *Diccionario...* muestra una clara diferenciación sexual en torno a los derechos y a la justicia, pues asigna a las mujeres espacios, papeles y posibilidades judiciales limitadas con respecto a los hombres. En cuanto a la posibilidad y requisitos para ejercer la abogacía—voz ‘abogado’—, la primera afirmación reza: “Cualquiera pues que sepa el derecho puede ser abogado” (Esriche 1858: 17). Sin embargo, Esriche argumentó, a partir de un ejemplo histórico, por qué el ejercicio de la abogacía le estaba reservado exclusivamente a los hombres (10).

¿Por qué limitaciones a las mujeres? Limitaciones que no siempre están fundamentadas y ni siquiera figuran como posibilidad en el derecho en general. Así, en la voz ‘civil’, se aseguró que es “común a todos los individuos de la sociedad.” (Esriche 1858: 445). O en ‘derecho civil’: “El que se ha establecido cada pueblo para el arreglo de los derechos y deberes de sus individuos [...] la extensión y ejercicio de los derechos y facultades particulares de cada uno de sus individuos” (Esriche 1858: 544). Lo mismo en ‘derecho criminal’, al establecer que “forma parte del derecho público, pues que tiene por objeto mantener en el Estado la tranquilidad pública y la seguridad de los particulares” (Esriche 1858: 546). Es decir, a partir de las tres voces mencionadas, son destinatarios de los derechos y deberes los ‘individuos’ o los ‘particulares’, pero en ningún momento se consideraba que frente al derecho hay dos grupos de individuos o de particulares. Sin embargo, esta diferenciación, que como se verá era principalmente sexual, estaba presente en el derecho y en su interpretación, y es a partir de ella que se construyó un estatus jurídico específico para las mujeres. Aquí la referencia a lo sexual no era una categoría que implicara únicamente aquellos rasgos biológicos básicos de la diferencia entre los sexos, sino que se organizaban a partir de los aspectos de lo sociocultural, en este caso la condición jurídica (11).

En la mayoría de las situaciones, la mujer tenía un estatus jurídico diferente e inferior al de los hombres—hay beneficios en las penas por la condición femenina—, situación que Esriche admitió al afirmar que “aunque ordinariamente y en caso de dudas no se entienden concedidas al hombre mayores ventajas que a la mujer, es cierto sin embargo que la diferencia de sexo hace a veces diferente su condición en el derecho” (Esriche 1858: 821). Como se verá a lo largo de este trabajo—en especial para la mujer casada—, las ventajas otorgadas al hombre son considerablemente mayores. Al punto tal que, ante algunos casos, fue el mismo jurisconsulto Esriche quien opinó que eran necesarios cambios legales ya que no había fundamentos para ciertas limitaciones jurídicas establecidas para las mujeres.

A partir del análisis de las voces jurídicas ‘hombre’ y ‘mujer’, se observa que Esriche hacía depender de las diferencias en el crecimiento biológico de ambos sexos, la capacidad y las características del carácter, porque “el hombre no desarrolla su cuerpo ni su inteligencia tan pronto como la mujer, pero llega por fin a un grado más alto de fuerza física e intelectual” (Esriche 1858: 821). Esto provocaba que el hombre estuviese más capacitado para los actos civiles que la mujer, ya que ésta, pese al adelanto en su crecimiento, “queda luego en un estado mayor de flaqueza y fragilidad” (Esriche 1858: 821). Era el fundamento para que el hombre pudiera acceder, por ejemplo, “a las dignidades y cargos públicos por su mayor prudencia, constancia y tesón” (Esriche 1858: 821). La mujer, al desarrollarse antes que el hombre, adquiriría para “su espíritu la prudencia necesaria a su sexo” (Esriche 1858: 1268) y tenía acceso a ciertos actos civiles antes que el varón—otorgar testamento y casarse sin licencia paterna—. Sin

embargo, esta 'prudencia' era propia de su sexo y por eso, cuando el hombre se desarrollaba plenamente, superaba en este aspecto a la mujer y de ahí derivaba el gozo de más posibilidades jurídicas.

Finalmente, cabe recordar que la desigualdad de las mujeres en el derecho estaba implícita desde su nacimiento. En caso de 'nacimiento simultáneo', si se desconocía quien había nacido primero y eran de distintos sexos, se presumía "haber nacido antes el varón" (Escriche 1858: 1277) a fin de que se beneficiara en caso de mayorazgo, aún cuando ya no estaba reconocido en el derecho de la época.

### **Mujeres y estatus jurídico: solteras, casadas, viudas y divorciadas**

Es necesario considerar, antes de analizar particularmente las limitaciones de las mujeres, la diferencia que el derecho pautaba por su estado civil entre solteras, casadas, viudas y divorciadas. El estado civil que las diferenciaba condicionaba notablemente sus capacidades civiles. La mujer soltera, a partir de los 12 años, podía otorgar testamento y realizar otros actos civiles que los hombres podían ejercerlos a partir de los 14. A los 23 años podían casarse sin autorización paterna y ellos a los 25. A los 25 años gozaban de mayores beneficios en cuanto a su estatus jurídico ya que, si no estaban bajo la patria potestad de su padre, tenían 'la libre administración de sus bienes', podían "obligarse como principal, del mismo modo que cualquier hombre, sin licencia de nadie; y por consiguiente [...] comprar, vender, permutar, ceder, transigir, donar, tomar y dar prestado, comparecer en juicio, y hacer otros contratos, como igualmente obligarse por su acreedor o consentir en ser reconvenida por lo que éste debe" (Escriche 1858: 1268).

En contraste con esta imagen jurídica de la mujer soltera se encuentra la de la mujer casada, por la dependencia que adquiría a partir de la concreción del matrimonio, ya que la asociación conyugal necesitaba de 'obediencia' como un 'homenaje rendido al poder protector del marido', y no era posible el mantenimiento de este contrato "si uno de los esposos no estuviese subordinado al otro" (Escriche 1858: 1269). A la mujer le implicaba perder "la facultad de ejercer por sí sola la mayor parte de sus derechos civiles", por aquel "interés de la asociación conyugal" y por "la deferencia que debe a su marido" que conlleva como agradecimiento "no hacer jamás cosa importante sin su autorización" (Escriche 1858: 1269). Asimismo, tenía la obligación de seguir al marido a donde éste quisiera vivir, puesto que de lo contrario no se cumpliría "el objetivo principal del matrimonio [que es] la procreación de hijos" (Escriche 1858: 1869). Bajo la voz 'marido' se encuentran los argumentos que refuerzan lo mencionado y que fundamentan que el marido tuviera sobre la esposa 'cierta patria potestad', por cuanto el hombre tiene 'mayor fuerza, prudencia y aptitud', lo que lo hacía merecedor del papel de jefe de familia (12).

La mujer viuda recuperaba los derechos civiles, pero en un contexto de mayor control, con las limitaciones que le imponía la ley si tenía hijos y bajo el control de los parientes cercanos del difunto. En este sentido, porque "la mujer que en el estado de viudez vive escandalosamente, pierde los gananciales a beneficio de los herederos de su marido" (Escriche 1858: 366), de ahí que aquellos parientes asumían observar las conductas de la viuda, sobre la que descansaba una desconfianza vista como lógica, pero asimismo interesada. Escriche recomendaba tener en consideración la 'vida' que lleva una viuda cuando se debía aplicar justicia. Es decir que, la 'buena fama' de la viuda tenía valor frente a la justicia.

En cuanto a la mujer divorciada, para los fieles al catolicismo que hubiesen recibido el matrimonio por sacramento –además de por contrato–, el divorcio estaba limitado a la separación de bienes y habitación, pero no adquirían la libertad para volver a casarse. Se reconocían dos causales que permitía disolver totalmente el vínculo. Una cuando siendo los dos infieles, uno se convertía a la fe católica y

el otro no aceptaba tal situación, en este caso el primero podía volver a contraer matrimonio. El otro caso era cuando no se había consumado el matrimonio y uno se incorporaba a la vida religiosa, quedando el otro en entera libertad. En cuanto a las razones reconocidas como casuales de separación de bienes y de habitación, Escriche reconocía que sólo se aceptaban si eran 'graves'. Es en este aspecto donde surgieron las diferencias jurídicas entre las mujeres y los hombres. La mujer podía pedir la separación en los casos en que el marido actuaba de alguna de las siguientes maneras: crueldad, continuas amenazas acompañadas de graves injurias, intentos de quitarle la vida, si le había comunicado algún mal y continua viviendo en la disolución, si la había acusado de adulterio u otro delito grave sin probarlo, si tenía contra ella odio capital, si la indujese al mal. Para el marido, en cambio, son otros los motivos que le permitan pedir la separación de su mujer: si la mujer había cometido adulterio, si había intentado quitarle la vida o el honor, si le implicase en alguna acusación capital. En todos los casos, el divorcio se obtenía por medio de sentencia judicial.

Las mujeres, cualquiera fuera su estado civil, gozaban de una situación más beneficiosa que los hombres en cuanto a las ventajas que le ofrecía el derecho penal, salvo en el caso de 'pena de muerte' que también regía para ellas aunque, si estaban embarazadas, se le permitía primero tener el hijo. En el resto de los casos se afirmó que "no ha de obrarse nunca contra su persona, ni se la ha de poner presa, sino por deuda que provenga de delito o cuasi delito; bajo el supuesto que no puede la mujer renunciar este privilegio" (Escriche 1858: 1268) (13). Esta disminución de las penas, acompañada de la posibilidad de aceptar como argumento la ignorancia del derecho —al menos a "las mujeres que morasen en las aldeas o lugares despoblados" (Escriche 1858: 1168) — y de la facilidad con que le aceptaban a las mujeres 'excusas atenuantes' —no así a los hombres— las muestran en una situación de privilegio que parece contrastar con lo establecido en torno al derecho civil. Sin embargo, no queda esto descontextualizado ya que respondía a los mismos fundamentos por los que se establecían limitaciones en los derechos civiles de las mujeres. Es reflejo de la construcción sociocultural de lo femenino basada en el siguiente argumento: "La mujer es de un temperamento, menos fuerte y sólido que el hombre, es más frágil y pudorosa" (Escriche 1858: 1268). Entonces se le podían aceptar 'excusas atenuantes' por 'la fragilidad de su sexo', porque esa fragilidad las hacía "más tímidas, más débiles que los hombres, y rara vez prevén, tan bien como éstos, las consecuencias de las diferentes acciones que cometen" (Escriche 1858: 660).

Esta construcción de lo femenino incidía sobre las acciones y espacios considerados más adecuados para la mujer, inclusive para la soltera que disfrutaba de un estatus jurídico más cercano al del hombre. Aun así, la condición sexual y el ideal femenino construido y aceptado socialmente hacían que el discurso jurídico buscara ponerle límites a los ámbitos de acción femenina, argumentando que "se la podría persuadir o engañar con facilidad, y porque, como dice la ley, se la expondría a concurrencia con los hombres, y al uso de cosas contrarias al recato y buenas costumbres que debe guardar" (Escriche 1858: 660). Esto hacía que, muchos de esos derechos otorgados tanto a la mujer como al hombre, fueran luego condicionados para no facilitar o crear espacios donde la mujer perdiera el 'recato y buenas costumbres'.

### Mujeres, ley y justicia: limitaciones legales y dependencia masculina

Se analizaron determinadas voces del derecho que atañen a la mujer y que ilustran acerca de sus cualidades, limitaciones y beneficios surgidos de la diferenciación e interacción con el sexo opuesto, así como de su estado civil. En cuanto a quienes pueden ser acusadores, esta condición variaba según se tratara de acciones de la esfera social de lo 'privado' o de lo 'público'. En los ámbitos privados podía ser acusador el agraviado o quien tuviese su poder. ¿Qué pasaba con las mujeres? En el caso de estar casadas ¿el esposo estaba incluido en la figura legal de 'quien tenga su poder'? Hay que considerar los alcances de la voz actora (mujer que pide o demanda), ya que en este caso la mujer casada pierde beneficios como actora, ya que 'no puede comparecer en juicio sin licencia de su marido' (14). Es decir, que la dependencia a su marido la limitaba en su derecho a demanda. La posibilidad que tenía era sólo con autorización expresa del juez. Aun así, necesitaba luego, para ser tenida en cuenta la demanda, que su esposo la ratificara ya que, de lo contrario, sería "nulo cuanto hiciere si este [el esposo] no lo ratifica" (Escriche 1858: 80).

En cuanto a la otra esfera de lo 'público', se estableció que podía ser acusador 'cualquier particular', pero inmediatamente se aclaraba 'con tal que no le esté prohibido por las leyes'. Dentro de este grupo, se incluyeron a las mujeres, las que se hallaban —para esta acción legal— en el mismo estatus jurídico que los 'menores', los 'perjuros' e 'infames', los 'pobres' y otras personas por el tipo de actividad que desarrollaran, como los 'administradores de justicia'. En el caso de las mujeres, el fundamento estaba dado en "razón de su inexperiencia, fragilidad y timidez" (Escriche 1858: 87). Las pocas excepciones para las personas con este nivel jurídico era para cuando debían acusar por delitos de alta traición, por los cometidos contra ellos y sus parientes sanguíneos —hasta cuarto grado— o políticos, a lo que se agregaba, para el caso de las mujeres casadas, la posibilidad de denunciar la muerte de sus esposos. Sólo les era permitido actuar sin licencia de sus maridos cuando era en contra de ellos por causas civiles o criminales y para defenderse en materia criminal (Escriche 1858: 269).

En la voz 'adulterio', Escriche planteó en primer lugar el significado del término y los cambios en la consideración del mismo. Luego se refirió a su tratamiento en la legislación vigente y a la evolución de las penas. En cuanto al concepto, 'adulterio' es "el acto de una persona casada que violando la fidelidad conyugal concede sus favores a otra persona; o el acceso carnal que un hombre casado tiene con otra que no sea su mujer legítima, o una casada con otro hombre que no sea su marido" (Escriche 1858: 98). Tanto el esposo como la esposa eran culpables si cometían adulterio, porque como fundamentó Escriche, "faltan a la fidelidad que mutuamente se deben" (15), sin embargo, el adulterio frente a la ley vigente en esa época era sólo el que cometía la mujer casada. Ella no podía denunciar a su marido por adulterio, ni usar el argumento de que su esposo lo cometía como defensa de acciones propias de adulterio. Aunque lo hiciere, no había desde la ley pena aplicable al mismo.

En la segunda mitad del siglo XIX, el también español Sánchez de Toca (1873) incluía el adulterio como uno de los 'crímenes sociales' que más amenazaban a la sociedad conyugal, ya que era la más grave ofensa que podía hacerse a la intimidad de la unión matrimonial. No sólo se quebrantaba la ley civil y la promesa de fidelidad sobre la que se asentaba el matrimonio (16), sino que se afectaba el honor y la virtud. En este sentido, García Valdecasas (1948) afirmó que "el honor español residía, fundamentalmente, en la mujer: en su pudor, honestidad y virtud" (p. 182). Mientras que, en el Código de las Siete Partidas, se establecía que 'la infamia de la mujer hallada en adulterio' o como lo

interpretó Caro Baroja (1968): “el adulterio o mala fama era la expresión social de la deshonra” (p. 82). En el caso de la América española de fines del siglo XVII y del XVIII, Twinam (1991) señaló que “el código de honor ponía énfasis en el control de la sexualidad femenina mediante la virginidad y la fidelidad conyugal” (p. 158), aunque algunas mujeres, como las de las élites, podían estar tan distantes del rigor de ese código de conducta como del libertinaje promiscuo. ¿Cómo se llega a esta práctica legal distinta de la que el concepto originalmente consideraba? Escriche citó un párrafo de las Leyes de Partidas en el que se justificaba dicha práctica, porque “del adulterio que hace el varón con otra mujer, non nasce daño nin deshonor a la suya; [...] del adulterio que *ficiere* la mujer a otro en su lecho, finca el marido deshonorado recibiendo la mujer a otro en su lecho; [...] el adulterio que *ficiere* ella, puede venir al marido grande daño, ca si se empreñase de aquel [...] *verníe* el fijo extraño heredero” (Escriche 1858: 98).

El fundamento de que el deshonor lo sufría el esposo si su mujer cometía adulterio y no también a la inversa, se hallaba en la idea de que “la mujer es contada por el lecho del marido *et non et della*” (Escriche 1858: 98). Si se recurre a la voz ‘honor’ como a otras que indirectamente tratan el tema, se puede advertir que el hombre mantenía el honor por ‘la gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas’, pero también por las acciones de las mujeres de su familia, en este caso de su esposa. En cambio, la mujer mantenía su honor por acciones que estaban en relación con las cualidades de lo femenino aceptadas por la sociedad de la época y que se vinculaban con su sexualidad y con la relación con el sexo opuesto. Por cuanto su honor devenía de “la honestidad y recato [...], y la buena opinión que se granjean con estas virtudes” (Escriche 1858: 824), pero no se veía afectado por acciones que cometiera su marido, fueran sexuales o no.

La infidelidad de los esposos resultaba de una triple transgresión: a la ley divina, a la ley civil y a la ley moral o ‘ley de opinión o reputación’, según la discriminación propuesta por Locke (1956). La última clase de estas leyes, la moral, es la que establecía el criterio de la honorabilidad. La ley civil se hacía eco de los valores contenidos en los otros dos tipos de leyes, aunque modificándolos, secularizándolos y objetivándolos. Si el adulterio constituía un delito para la legislación civil y penal, era un pecado para la moral religiosa y una causal de deshonor e impureza, no sólo para el cónyuge que incurría en él sino para toda la familia nuclear, porque se compartía un honor común. Pero el adulterio era castigado de distinto modo según lo cometiera el hombre o la mujer (17). Si en ambos casos merecía la reprobación de la ley moral, en el de la mujer resultaba más grave y, por eso, más condenable que el del marido. Y lo era, según los argumentos de la época, porque “destruye también la familia echando sobre ella el velo de su propia infamia y mancillando a un mismo tiempo la honra de su marido y la sangre de sus hijos [...] tiene además por resultado especial e inmediato el perturbar para los días de la vida las relaciones entre padres e hijos” (Sánchez de Toca 1873: 211-213). Por la razón que expresaban las leyes, los tratadistas de la época, como Sánchez de Toca (1873), recomendaban al legislador “anatematizar siempre con el sello de una reprobación más severa la infidelidad cometida por la esposa” (p. 212).

Según esta concepción, la vergüenza, como el honor, era hereditaria: “Si el honor se transmitía por el padre, la vergüenza se heredaba de la madre”, señaló Pitt-Rivers (1979: 57). La infidelidad de la esposa quebrantaba esos valores e infligía una grave lesión a la familia. Sin embargo, para la ley civil, el fundamento de esa mayor severidad era otro: “Si la mujer es infiel, no hay certeza de filiación” (Prayones 1917: 61). Y sobre la filiación se fundaban —y se siguen fundando— una serie de derechos



(Victorica 1879). De la castidad femenina “depende toda la propiedad del mundo”, escribía el doctor Johnson en el siglo XVIII (Stone 1977-1989: 255). Añadía que la ‘confusión de la progeñe constituye la esencia del delito’ de adulterio. Ello explicaría esa ‘doble norma’ que regía el comportamiento sexual (18).

En cuanto a las penas frente al adulterio, la situación es analizada por Escriche con detalle por la poca claridad que presentaba el derecho sobre este tema, a lo que se sumaban las variadas circunstancias que rodeaban a este tipo de delitos y que el juez debía tener en cuenta. Las penas a los adúlteros no estaban determinadas con precisión porque no estaba claro cuál era el daño que el individuo —en este caso, el esposo— y la sociedad sufrían. El origen de esta indeterminación quizás provenga de definir si el adulterio constituía un delito público o privado, situación que el autor no logró esclarecer. Por un lado afirmó que es un delito público. Sin embargo, al tratar de delimitar el daño que le producía a la sociedad, manifestó que no estaban claras las consecuencias del mismo más allá del ejemplo social o de la advertencia para otros esposos, lo que “no es de mucha consideración” (Escriche 1858: 20). Esta aseveración incidió en su opinión acerca de la pena que se le podía aplicar por este tipo de delitos, ya que la misma, por estas razones, no podía ser muy grave.

Con más convencimiento, Escriche afirmó que, en definitiva, el adulterio era un delito doméstico. Esta consideración acarrea beneficios por cuanto solía ocurrir que, si no había quejas por parte del esposo, el acto podía quedar resguardado en el ámbito doméstico, ya que no correspondía que fuera denunciado por otros, ni siquiera por un magistrado. Considera que eso es lo que se desprende de la ley, ya que la misma, según su apreciación, “quiere que se respete el interior de las familias, y que la mano de la justicia o de un extraño no arroje en su seno la tea de la discordia” (Escriche 1858: 98). Por esta razón, afirmó Prayones (1917): “El cónyuge ofendido es el único que puede acusar y, más aún, perdonar” (p. 61).

Escriche analizó el tipo de penas que históricamente se sucedieron y las va descartando por diversos motivos. Éstas habían sido la pena capital, los azotes y la de poner a las adúlteras a disposición del esposo ofendido. Es interesante la reflexión que este análisis le produce al autor porque, por un lado, evalúa los cambios que se fueron dando en la concepción de la justicia, y considera que volver a alguna de esas penas —especialmente la última— “equivale a volvernos legalmente [...] al estado natural en que no había leyes, pues por ella se resucita la venganza individual, cuya supresión había sido uno de los principales objetos de la institución de la sociedad civil, y se orilla la venganza de la ley, que siendo arreglada por la razón y la justicia debía ejercerse siempre con utilidad del ofendido y del ofensor” (Escriche 1858: 99). Por esta razón, la Novísima Recopilación estableció que se “prohíbe a todos el tomarse por sí mismos satisfacción de los agravios que se les hagan, y reserva a la Justicia el derecho de castigar a los ofensores” (Escriche 1858: 99). Como afirmó Perrot (1987), en el siglo XIX “preferirían acudir a la justicia, acentuando un movimiento que sustituye la venganza privada por la fuerza de la ley” (p. 11). Asimismo, Escriche también evaluó los cambios que con el tiempo sufrieron las relaciones entre los sexos. Se preguntó: “¿Se funda acaso esta pena [poner a disposición del esposo a los adúlteros] en el que la mujer era considerada como propiedad del marido? Ya no subsiste hoy semejante principio: la razón ha sacado a las mujeres de la degradación, las ha restablecido en sus derechos de igualdad, y las mira como compañeras de los hombres, no como sus esclavas, ni como bienes muebles ni raíces” (Escriche 1858: 98).

¿Cuál es la pena más apropiada? Retomando lo mencionado sobre la sociedad, la misma “no exige pues *grande* satisfacción el mal” (Escriche 1858: 99). En primer lugar, porque el resto de los

esposos tiene la posibilidad de que no les ocurra lo mismo, pues cada uno puede “precaer a su esposa de los ataques de la seducción haciéndosele amable y guardándole por su parte la fidelidad que le es debida” (Escriche 1858: 99). En cuanto al resto de la sociedad, si sus costumbres no están corrompidas, castigarán con su opinión.

En lo que hace al marido, es difícil retribuirle –por las características del daño sufrido y lo poco que puede hacer la justicia– lo que perdió: “aquella dulce ilusión que se lisonjaba de poseer exclusivamente el corazón de su esposa; se le desvanece la esperanza de poder gozar en adelante los placeres puros del amor; se vierte sobre su corazón la copa de la amargura; se le hace una herida profunda en el honor” (Escriche 1858: 99). Pero, por otra parte, opinó Escriche muchas veces –y bien lo entiende la opinión pública que suele señalar a los maridos engañados– que se supone la acción cometida por la esposa como el “efecto del modo de conducirse los maridos” (Escriche 1858: 99). El autor también recomienda que quien administre justicia, considere antes de determinar la pena si la adúltera ha *dado* “pruebas nada equívocas de un sincero y cordial arrepentimiento” (Escriche 1858: 99). Asimismo, recomienda la necesidad de evaluar las ‘circunstancias’ a partir de lo cual variará la rigidez de la pena. Es decir, considerar las circunstancias por las que la mujer aceptó el casamiento, ya que menor pena merecerá “aquella infeliz que llevada arrastrando el ara por un extraño interés no dio sino con labio trémulo el sí fatal que desmentían su corazón y la palidez de su semblante” o la “mujer bien educada y sensible que habiéndose dejado seducir por la ilusión de un momento, no puede soportar la idea de su infidelidad” (Escriche 1858: 99). Mayor pena, por el contrario, le correspondería a la mujer que “engaña a un esposo tierno que la adora y se desvive por complacerla”, que la que tiene por esposo a “un tirano que la atormenta, se aprovecha por fin del alivio, aunque ilícito y falso, que en su justo dolor se le depara” (Escriche 1858: 99). Con respecto al adúltero, también las penas deberían variar, especialmente si el amante era una persona de confianza de la casa, ya sea huésped, amigo, dependiente o criado. En estos casos, la justicia castigaba –además del adulterio– el ‘abuso de confianza’, debiendo cumplir una pena más rigurosa.

En el marco de estas consideraciones, Escriche resaltó que los Tribunales, haciendo uso del buen sentido, castigaban al adúltero con el destierro, presidio o multa, y a la adúltera con la reclusión. Aunque, en el caso de esta última, sufría penas adicionales “pues por este delito pierde los [bienes] gananciales a favor del marido” (Escriche 1858: 366-367) y “perderá las arras, con tal que el marido así lo quiera; y si se fuera de la casa para cometerlo, las perderá igualmente, aunque no se le pruebe” (Escriche 1858: 226). La voz ‘adulterio’ fue extensamente tratada por Escriche, llegando a plantear la injusticia en torno al tratamiento de los derechos de las mujeres. No se les permitía acusar a sus esposos de adulterio y no existía para ellos ninguna pena, si bien “fórmase un contrato [...]; ambos se juran mutuamente ser fieles [...]; ambos quedan igualmente ligados” (Escriche 1858: 99). Aun pese a este contrato, si ambos cometen el mismo tipo de acción es delito únicamente para las mujeres. Si bien la crítica intentó descubrir y criticar una situación injusta, los argumentos que utilizó para sustentarla son los mismos antes mencionados que delimitaban el estatus jurídico de la mujer. Se basan en la condición femenina dada por su naturaleza, aunque también señaló las razones sociales. Es así como el autor manifestó “falta empero la mujer, la mujer débil por naturaleza, esclava de su organización, degradada por la sociedad, corrompida por las costumbres públicas, y el hombre puede acusarla” (Escriche 1858: 99). En contraste con esta imagen femenina, Escriche representa a la

masculina con la de un hombre “dotado de más fuerza para combatir las pasiones y de más razón para conocer las necesidades de las privaciones sociales” y por ser él “seductor [...], autor de los vicios de las mujeres, causa de la corrupción de las costumbres” (Escriche 1858: 99). Escriche refirió que si ambos estuvieran en falta, el más fuerte “puede seguir impunemente su gusto”, y la más débil es castigada y “debe respetar al culpable sin atreverse aun a tener derecho de tocarle con un dedo” (Escriche 1858: 99).

Aun manifestando abiertamente esta postura, Escriche consideró que, en caso de que se estableciera una pena para el esposo adúltero, la misma debía ser mucho menor que la aplicada a la mujer por igual acción, por cuanto es menor el daño causado. Es decir, la pena no sólo era calculada por una mayor o menor responsabilidad [Escriche considera a la mujer menos responsable por su naturaleza y por las características de la sociedad], sino por las consecuencias que acarrearán a las personas y a la sociedad, las que el autor evaluaba como mayores cuando era la mujer la que cometía adulterio por los riesgos en la filiación. Por otra parte, las penas eran planteadas como mayores para las mujeres, porque en tales casos habían dejado de lado dos virtudes primarias: el ‘pudor’ y la ‘castidad’, y que, en el hombre, eran sólo secundarias. Además, se observaba que en los hombres no implicaba una relación con delitos mayores, en cambio entre las mujeres “suele ser el primer paso que conduce al asesinato e induce presunción en este crimen” (Escriche 1858: 99).

En cuanto a la mujer y al derecho de tutoría sobre los nietos, las voces ‘abuela’ y ‘abuelo’ confirman la dependencia del estatus jurídico de las personas y de la diferenciación sexual de las mismas. Para la abuela, este derecho está limitado y condicionado, y los fundamentos están en la “debilidad y poca práctica en los negocios” (Escriche 1858: 37). Por estas razones, Escriche afirmó: ‘La ley no quiere que las mujeres sean tutoras’, pese a lo cual bajo ciertas circunstancias y condiciones, se les permitía, luego de “prometer ante el juez que no se casará y si lo hace pierde la tutela”, porque se consideraba que “el amor al nuevo marido podría impelerla tal vez a postergar los intereses del huérfano” (Escriche 1858: 37), sospecha que no recaía sobre los abuelos tutores que volvieran a contraer matrimonio. La otra razón estuvo dada por las limitaciones que, en sus derechos civiles, tenía la mujer casada y que le impedirían la libre administración de los bienes y otras decisiones concernientes al nieto bajo su tutela.

Situación similar se daba por los ‘bienes reservables o reserváticos’, es decir, los que el viudo o la viuda debían reservar para los hijos del primer matrimonio. Si la viuda volvía a contraer matrimonio, perdía la tutela y, por lo tanto, la administración de los bienes de sus hijos, salvo “sacando dispensa y pagando el servicio” (Escriche 1858: 347) condición que no se le exigía al viudo vuelto a casarse. En cuanto a la ‘aceptación o adición de herencia’, la mujer casada tenía un estatus jurídico similar al de los ‘hijos de familia’, los ‘locos’ o ‘mentecatos’, los ‘pródigos’ ya que todos ellos entran dentro de las “personas incapaces de celebrar contratos” (Escriche 1858: 56). Para estos casos, las mujeres, además de depender de su marido, debían aceptar jurídicamente que su esposo “tiene intereses en las herencias que se refieren a su mujer, porque sus frutos pertenecen a la clase de bienes gananciales” (Escriche 1858: 56). Este argumento era igualmente válido para la mujer con respecto a sus intereses sobre una herencia que recibiera el marido, pues también eran gananciales; sin embargo, si bien ambos tenían el dominio de los mismos, el marido lo gozaba en ‘hábito’ y en ‘acto’, en cambio la mujer sólo en ‘hábito’. Esto le permitía al primero hacer, por ejemplo, enajenaciones sin autorización de su esposa e inclusive donaciones.

Las mujeres estaban imposibilitadas de ejercer el acto jurídico de 'adoptar', salvo que hubiesen "perdido algún hijo en la guerra, sirviendo al rey o a la patria" (Escriche 1858: 93), y aun así deberían hacerlo bajo la licencia real. El fundamento legal, como en otros aspectos jurídicos, acerca de que "*podría ser que las engañáren los homes, o ellas a ellos, de manera que nascerie ende mucho mal*" (Escriche 1858: 93) era tan superfluo, poco claro y consistente que el mismo Escriche consideró que no era válido, pues por la misma razón la mujer no podría celebrar ni siquiera el contrato de matrimonio. Él opinó que "parece pues muy justo que se permita la adopción a las mujeres del mismo modo que a los hombres", reforzando este planteo a partir del derecho comparado afirmando que así "sucede en otros países" (Escriche 1858: 93).

Con respecto a la 'adventaja o aventaja'—usanza de Aragón que designa los bienes que la mujer o el marido que sobrevive saca de los bienes de consorcio— también los beneficios de este derecho eran distintos para el hombre que para la mujer. Ambos podían sacar, antes que el resto de los herederos, determinados bienes, pero el hombre, por ejemplo, tenía derecho a llevarse "todos los animales destinados para montar con sus arreos; un par de bestias de labor con sus correspondientes aparejos e instrumentos de labranza, y un carro", en cambio la mujer, con respecto a este mismo tipo de bienes, sólo podía retirar "una mula de montar, no rocín ni macho; un par de bestias de labor con sus aperos" (Escriche 1858: 101). A esta diferenciación y desventaja para la esposa se suma que—para ella— el derecho era 'personal', en cambio para el marido era 'trascendental', es decir que sus herederos recibían esos bienes en su nombre.

En la determinación de quiénes podían ejercer como árbitros para resolver un litigio entre partes, también se establecían limitaciones para que actúen las mujeres. Había dos tipos de árbitros, los 'árbitros de derecho', o simplemente 'árbitro'—actuaban de acuerdo a la ley como un juez— y los 'árbitros de hecho' o 'arbitradores'—componedores en base a su saber, no al derecho—. Cuando Escriche se refirió a árbitros y arbitradores, incluyó a las mujeres 'que siendo señoras de vasallos tuvieren jurisdicción', pero no las consideró en la generalidad de las personas capaces sino en un apartado que encabezó bajo la expresión "incluso los siguientes" (Escriche 1858: 205). La mujer es incluida junto a los menores—de 25 años—, los clérigos, los infames y los extranjeros. La justificación de estas inclusiones la halló el autor en que "no es una dignidad, ni una función pública, ni una profesión judicial, sino más bien un ministerio puramente privado" (Escriche 1858: 205), por eso inclusive los 'infames' pueden arbitrar. Aun así, en el texto de Escriche surge una contradicción al establecer posteriormente que las mujeres podían ser arbitradoras pero no árbitros, y que las casadas para serlo debían ser autorizadas por sus maridos—situación ante la cual no coincidían los estudiosos del derecho—.

Como se planteó al inicio de este trabajo, las mujeres sufrían limitaciones legales para desarrollar ciertas actividades—abogacía, por ejemplo—, como así también se les negaba la posibilidad de ser jueces, procuradores de justicia, administradoras de la botica de su marido si han quedado viudas. En definitiva, se les prohibía el ejercicio de ciertos oficios y cargos públicos. Para la mujer casada las limitaciones abarcaban también el comercio, ya que únicamente podía ejercer siendo mayor de 23 años y bajo la autorización y tutela de su marido, pero aun así "no podrá gravar ni hipotecar los bienes muebles propios del marido; ni los que pertenezcan a ambos" (Escriche 1858: 456) si no quedaba expresamente establecido en el documento legal.

Con argumentos similares a los considerados hasta aquí, se establecían otras limitaciones legales que determinaban un estatus jurídico restringido para las mujeres, como por ejemplo: no tenían permitido asistir como testigos en los testamentos, ni acusar en juicio –salvo excepciones–, ni demandar en juicio por otras personas –salvo parientes por línea directa, viejos, enfermos o impedidos siempre que no pudieran asistir por sí mismos o enviar a otra persona que no fuera mujer–, ni salir fiadoras –salvo excepciones–. En cuanto a las mujeres casadas, podían hacer testamento, pero el mismo no tenía efecto hasta la muerte de sus maridos cuando desaparecía la potestad que ellos ejercen sobre sus esposas.

### Conclusiones

A partir de las voces jurídicas referidas a las mujeres, o de aquellas que de alguna manera las implican, explicadas por el jurista español Joaquín Escriche en su *Diccionario...*, se ha mostrado la fuerte diferenciación sexual en torno a los derechos y la justicia. A las mujeres se les delimitaban espacios, funciones y posibilidades judiciales, con el resultado de que, de la condición de ser mujer, se derivaba un estatus jurídico diferente al del hombre y más restringido en los derechos, especialmente para la mujer casada, que perdía la autonomía y dependía de la expresa autorización de su cónyuge para llevar a cabo acciones civiles. El mismo Escriche reconoció que si bien no se consideraba que el hombre tuviese que poseer mayores ventajas que la mujer “es cierto sin embargo que la diferencia de sexo hace a veces diferente su condición en el derecho” (Escriche 1858: 821).

A partir de lo aquí expuesto, puede afirmarse que la diferenciación del estatus jurídico para el hombre y para la mujer era fundamentalmente sexual. Esta diferenciación y las restricciones en el derecho de las mujeres se muestran en las voces jurídicas analizadas, en los argumentos establecidos en las leyes, así como en las apreciaciones de Escriche. El argumento básico que se utilizó fue que la distinción biológica de los sexos incidía en las diferencias de conducta y carácter, a partir de lo cual la sociedad fue estableciendo pautas, costumbres, actividades determinadas culturalmente como propias o apropiadas a cada sexo, creándose un ideal de lo femenino y otro de lo masculino, fuertemente diferenciados. De ahí expresiones como ‘no es decoroso que tomen oficio de varón’. Muchos de los argumentos y justificaciones históricas que se emplearon en los textos –para sostener la diferenciación de estatus jurídico entre los hombres y las mujeres–, provenían del Derecho Romano, al que el Escriche recurrió asiduamente en busca de apoyatura para interpretar y muchas veces justificar las leyes vigentes.

La mujer fue descrita, en contraposición al hombre, como más débil –en lo físico, en lo intelectual y en el carácter–, frágil, inexperta, menos inteligente y prudente y con menor constancia y tesón. Estas características, propias del sexo femenino para la estructura socio-cultural predominante en esa época, no fueron vistas por Escriche como algo negativo, por el contrario, eran las bases de las ‘cualidades’ que se esperaban de las mujeres, puesto que derivaban en un ideal de lo femenino distinguido por el recato, la honestidad, la fidelidad y la castidad. Es decir, que esas cualidades del sexo femenino eran las ‘necesarias a su sexo’. A las mujeres no se les pedía más, no se esperaba más y no se deseaba más de ellas, de lo contrario entrarían en competencia con los hombres, y esto era mal visto. De ahí que la mujer casada perdiera la libertad en sus derechos civiles, porque ejercerlos –sin la correspondiente

autorización del esposo— significaba una ofensa contra él, una desvalorización e incluso la humillación y la pérdida del honor. Quizás por eso el ámbito reservado a la mujer, es decir, el hogar —en el que no se mencionan limitaciones, aunque se recomendaba que la mujer obedeciera al marido, lo siguiera y no hiciera nada importante sin su autorización— fue el ámbito que la legislación vigente dejó más librado para que los propios actores sociales fueran los que solucionaran los conflictos en el interior de lo doméstico; buscando que no se mostrara ante la sociedad la humillación que el hombre pudiera sufrir, por ejemplo, por el adulterio de su esposa.

Además, la diferenciación de estatus jurídico variaba entre las propias mujeres por su estado civil. También en esto la distinción se pautó a partir del hombre, o mejor de la vinculación e interacción de la mujer con el sexo opuesto, por cuanto se modificaba dicho estatus en cuanto cambiaba una determinada relación con los hombres: pasar de soltera —dependencia del padre— a casada —dependencia del marido— y a viuda —pérdida de la dependencia del esposo—. Como se mencionó antes, siempre estaba presente una figura masculina para determinar los derechos femeninos.

A partir de la diferenciación de estatus jurídico que existía entre las mujeres y los hombres en cuanto a los derechos —especialmente civiles— que se construían a partir de la oposición hombre-mujer, y a su vez de la relación hombre-mujer, se establecieron las ideas en torno a la penalidad. Los mismos fundamentos que restringían los derechos de las mujeres sirvieron para reducirles las penas, porque “la mujer es de un temperamento menos fuerte y sólido que el hombre, es más frágil y pudorosa” (Escrache 1858: 268); Se le aceptaban excusas atenuantes, justamente por ‘la fragilidad de su sexo’, porque el carácter propio de las mujeres las hacía menos responsables de sus actos, eran “más tímidas, más débiles que los hombres” y “rara vez prevén, tan bien como éstos, las consecuencias de las diferentes acciones que cometen” (Escrache 1858: 659). Si era la naturaleza propia de la mujer la que las hacía ser así —según la mentalidad de la época—, Escrache veía como razonable que el derecho contemplara las consecuencias en la sociedad de dicha naturaleza. Y, consecuentemente, que la aplicación de la justicia fuera más suave sobre aquel ser tan peculiar que resultaba la mujer: “la mujer débil por naturaleza, esclava de su organización, degradada por la sociedad, corrompida por las costumbres públicas” (Escrache 1858: 659). En definitiva, la mujer no estaba naturalmente dotada como el hombre “de más fuerza para combatir las pasiones y de más razón para conocer las necesidades de las privaciones sociales” (Escrache 1858: 659) y, por lo tanto, era menos responsable de sus actos.

Finalmente, y retomando la definición de jurisprudencia como la ‘ciencia de lo justo y de lo injusto’, es decir, la ciencia por la cual los ‘hombres’ —categoría social con valores y papeles asignados por determinados contextos sociales y no un concepto genérico—, conociendo las leyes, usos y costumbres, hacen justicia.

#### Notas

(1) Escrache, J. (1958). *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. Madrid, Rosa y Bouret. En la “Advertencia del editor” para la edición hecha en Bogotá en 1977, se hizo referencia a la obra de la siguiente manera: “Es un monumento de sabiduría jurídica, integrado por el mejor acopio de los principios del derecho romano, del derecho medieval y del derecho español y americano, antiguo y moderno; elaborado con sagaz criterio, y escrito con la más pura prosa castellana, espejo de corrección.” En cuanto al autor se manifestó: “Además de jurista

eminente, fue soldado y patriota que supo cubrirse con gloria en el sitio de Zaragoza contra las huestes napoleónicas, y también humanista insigne, como lo atestiguan sus traducciones de Horacio. De otro modo no se explica la perfección de su estilo y el sereno equilibrio de su obra.”

(2) En cuanto a la legislación de América Hispánica, para los casos analizados generalmente no se especifica nada especial para estos países, lo que significa, según la aclaración que versa en la “Advertencia de los editores” p. IV, del citado *Diccionario...*, que no existen divergencias sustanciales con las vigentes en España.

(3) Escriche citó la *Novísima recopilación de las leyes de España expedidas hasta el año de 1804 mandada por el Señor Don Carlos IV*. Además basó sus interpretaciones en el Derecho Romano, el Canónico, las Ordenanzas de Bilbao, las Leyes de Partidas, el Fuero Real, el Ordenamiento de Alcalá y la Ley de Toro.

(4) Sobre la cuestión e importancia de la construcción de valores y de papeles que una sociedad en una determinada época asigna a los hombres y las mujeres desde una perspectiva de género (reconocer la construcción social de las categorías de ‘hombre’ y ‘mujer’) véase las referencias que Ramos Escandón (1986) realizó al plantear la historia de las mentalidades y los estudios de género.

(5) Para los aspectos teóricos y metodológicos sobre el género se tuvo en cuenta: Scott (1986), Amelang y Nash (1991), Bloch (1991), Farge (1991), Ramos Escandón (1992, 1997). En especial fue esclarecedor el concepto de “género” planteado por Scott (1986), definido “como elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos y el género como una forma primaria de relaciones significantes de poder” (cita tomada de la versión en español, Amelang y Nash, 1991:44). En este trabajo se trata uno de esos aspectos, el referido a los conceptos normativos que manifiestan la interpretación de los significados de los símbolos que una sociedad produce y que intenta reproducir mediante la institucionalización de doctrinas legales, educativas, políticas, científicas y religiosas.

(6) Afirmó Farge (1991: 81-82) que es necesario “poner al descubierto las categorías de lo masculino y lo femenino hasta ahora sofocadas por un neutralismo sexual”, ya que, como manifestó la misma autora “la pertenencia a uno u otro sexo diferencia actitudes, creencias y códigos en una sociedad dada”.

(7) Afirmó White (1992:107) que “desde Althusser, hemos aprendido a pensar la ideología menos como una distorsión de la ‘realidad’ que como una cierta práctica de representación cuya función es crear un tipo específico de sujeto lector u observador capaz de insertarse en un sistema social que constituye su campo potencial de actividad pública históricamente dado. Es obvio que cualquier sociedad, para sostener las prácticas que le permiten funcionar en interés de sus grupos dominantes, debe idear estrategias culturales para fomentar la identificación de sus sujetos con el sistema moral y legal que ‘autoriza’ las prácticas de esa sociedad.”

(8) Falta en este trabajo lo que Ramos Escandón (1990: 590) reclamó como importante para explicar la creación del género en la sociedad colonial mexicana, es decir, “el análisis del espacio existente entre este discurso prescriptivo sobre la conducta de las mujeres y sus conductas reales”.

(9) Ramos Escandón (1986:111) rescató los aportes que el derecho puede brindar a los estudios de género y afirmó que para Latinoamérica en el siglo XIX “el análisis de los códigos legales en los cuales las relaciones familiares se reglamentan, ha probado ser un rico campo para evaluar el estatus legal de la mujer mexicana de ese período”.

(10) En Roma eran admitidas las mujeres, pero, “dos mujeres insignes” que ejercieron esta profesión fueron a tal punto capaces y de tal fuerza sus declamaciones que llevó a que se les prohibiera intervenir en el foro. Escriche sentenció que “no es decoroso que tomen oficio de varón” y puso una cita coincidente con el ejemplo histórico referida a que “cuando pierden la vergüenza es fuerte cosa de oír las et de contender con ellas (p. 17).

(11) Se sigue para el concepto de “género” como categoría sociocultural los fundamentos dados por Block (1991).

(12) Como lo afirma el texto bíblico cuando a la mujer se le dice “y a tu marido será tu deseo, y él se enseñoreará de tí” (Génesis, capítulo III, versículo 16).

(13) Ídem, p. 1268.

(14) Ídem, p. 80.

(15) Ibídem.

(16) Cabe recordar que en el siglo XIII, la Iglesia logró “(...) controlar la ley matrimonial, defender al menos el

principio de matrimonio monogámico, definir y prohibir el incesto, castigar la fornicación y el adulterio y hacer que los bastardos estuvieran legalmente excluidos de la herencia de propiedades (...)” (Stone 1989: 24) y que, ya en el siglo XVI, el matrimonio estaba fundado sobre bases seguras.

(17) En Roma, el antiguo derecho, “no conoció sino el adulterio de la mujer; ella era quien podía generar la *alteratio* de la prole” (Tieghi 1983: 27).

(18) La “doble norma” es la tolerancia de la experimentación sexual masculina mientras que se exige la virginidad femenina antes del matrimonio. Esta exigencia para el comportamiento sexual prevaleció al principio del período moderno europeo, siendo más rígida para las clases altas (Stone 1989).

### Bibliografía

- Amelang, J. & Nash, M. (Ed.) (1990). *Historia y género: las mujeres en la Europa moderna y contemporánea*. Valencia: Alfons El Magnanim.
- Anderson, B. S. & Zinsser, J. P. (1991). *Historia de las mujeres: una historia propia*. Barcelona: Crítica.
- Ariès, P. & Duby, G. (Dir.) (1990). *Historia de la vida privada. La Revolución francesa y el asentamiento de la sociedad burguesa (Tomo 7)*. Buenos Aires: Taurus.
- Block, G. (1991). “La historia de las mujeres y la historia del género: aspectos de un debate internacional”. En *Historia Social*, Dossier, N° 9, invierno.
- Enciclopedia Universal Ilustrada, Europeo-Americana* (1958). (Tomo XX). Barcelona: Espasa-Calpe.
- Caro Baroja, J. (1968). “Honor y vergüenza. Examen histórico de varios conflictos”. En: Peristany, J. G. (Comp.) *El concepto del honor en la sociedad mediterránea*. Barcelona: Labor.
- Farge, A. (1991). “La historia de las mujeres. Cultura y poder de las mujeres: ensayo de historiografía”. En *Historia Social*, Dossier, N° 9, invierno.
- Fernández, P. T. (1991). *La defensa de la sociedad. Cárcel y delincuencia en España (siglo XVIII-XX)*. Madrid, Alianza.
- Gacto, E. (1988). “Entre la debilidad y la simpleza. La mujer ante la ley”. En *Historia 16*, España, Año XIII, N° 145, Grupo 16.
- García Valdecasas, A. (1948). *El bidalgo y el honor*. Madrid: Revista de Occidente.
- Locke, J. (1956). *Ensayo sobre el entendimiento humano*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Menéndez Pidal, R. (Dir.) (1983). *Historia de España (Tomo XXXII)*. Madrid: Espasa Calpe.
- Pitt-Rivers, J. (1979). *Antropología del honor o política de los sexos*. Barcelona: Crítica.
- Prayones, E. (1917). *Noções de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Buenos Aires: Centro de Estudiantes de Derecho.
- Ramos Escandón, C. (1986). “Las mujeres latinoamericanas, generación de datos y metodología para investigaciones futuras”. En *Secuencias*, Revista del Instituto José María Luis Mora. México, diciembre, 99-117.
- \_\_\_\_\_ (Comp.) (1992). *Género e historia. La historiografía sobre la mujer*. México: Instituto Mora, Universidad Autónoma Metropolitana.
- Sánchez de Toca, J. (1873). *El matrimonio, su ley natural, su historia, su importancia social*. Madrid: Bailly-Bailliere.
- Scott, J. W. (1986). “Gender: A Useful Category of Historical Analysis”. En *American historical Review*, N° 91, 1053-75.
- Stone, L. (1989). *Familia, sexo y matrimonio en Inglaterra 1500-1800*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Tieghi, O. (1983). *Delitos sexuales (Tomo I)*. Buenos Aires: Depalma.
- Twinam, Ann, (1991). “Honor, sexualidad e ilegitimidad en la Hispanoamérica colonial”. En Levrin, A. (Coord.) *Sexualidad y matrimonio en la época hispánica*. México: Grijalbo.
- Victorica, B. (1879). *Jurisprudencia civil. Una cuestión sobre filiación natural*. Buenos Aires: imprenta de El Siglo.
- Vilar, P. (1985). *Historia de España*. Barcelona: Crítica.
- White, H. (1992). *El contenido de la forma. Narrativa, discurso y representación histórica*. Barcelona: Paidós.

Fecha de recepción: 03/06/2003 · Fecha de aceptación: 02/09/2003