

**EL EXPEDIENTE JUDICIAL COMO FUENTE PARA LA INVESTIGACIÓN
HISTÓRICO-JURÍDICA**

**Su utilidad para el estudio de la historia de la familia colonial
iberoamericana**

**O PROCESSO JUDICIAL COMO FONTE PARA A PESQUISA HISTÓRICO-
JURÍDICA**

Sua utilidade para o estudo da história da família colonial ibero-americana

**JUDICIAL ACTIVITIES AS A SOURCE FOR HISTORIC LEGAL RESEARCH
Its use in the study of the colonial Spanish-American family**

Viviana Kluger

RESUMEN

En las últimas décadas, las investigaciones sobre el mundo colonial se han ampliado y diversificado mediante la inclusión de nuevos intereses, el replanteo de problemas y la utilización de nuevas fuentes de estudio. Las nuevas inquietudes han llevado a la exploración y utilización del expediente judicial, el que se ha constituido en observatorio del que han partido algunos de los más valiosos aportes de los últimos años.

El objeto del presente trabajo consiste en pasar revista a la utilidad que el expediente judicial puede representar para la investigación histórico-jurídica, con particular referencia a la historia de la familia colonial iberoamericana, así como el aporte que las otras disciplinas o enfoques dentro de una misma disciplina, que utilizan también el expediente judicial como fuente, pueden hacer a la historia del derecho.

Palabras-claves: mundo colonial, familia, historia del derecho.

RESUMO

Nas últimas décadas, as pesquisas sobre o mundo colonial ampliaram-se e diversificaram-se mediante a inclusão de novos interesses, a reformulação de problemas e a utilização de novas fontes de estudo. As novas preocupações levaram à exploração e utilização do processo judicial, o que se constituiu em observatório do qual partiram algumas das mais importantes contribuições dos últimos anos.

O objeto deste trabalho consiste em refletir sobre a possibilidade que o processo judicial pode representar para a pesquisa histórico-jurídica, com particular referência à história da família colonial ibero-americana, assim como a contribuição que as demais disciplinas ou enfoques em uma mesma disciplina, que utilizam também o processo judicial como fonte, podem trazer para a história do direito.

Palavras-chave: mundo colonial, família, história do direito.

ABSTRACT

In recent decades, research on the colonial world were expanded and diversified by the addition of new interests, reformulation of problems and the use of new sources of study. Novel concerns have led to the exploration and the use of the legal process, which became an observatory from where some of the most important contributions of recent years have emerged. The objective of this article consists in reflecting on the possible representation of the legal process in historic legal research, with specific reference to the history of the colonial Spanish-American family as well as the contribution that other disciplines or approaches under the same general discipline, which also use the legal process as a source, can bring to the history of Law.

Key words: colonial world, family, history of Law.

RÉSUMÉ

Durant ces dernières décennies, les recherches sur le monde colonial se sont amplifiées et diversifiées grâce à l'apparition de nouveaux centres d'intérêt, à la reformulation des problèmes et à l'utilisation de nouvelles sources. Les nouvelles préoccupations mènent à l'exploitation et à l'utilisation du processus judiciaires, que

s'est constitué en point d'observation à partir duquel ont été apportées quelques-unes des plus importantes contributions de ces dernières années. L'objet de ce travail consiste à réfléchir sur les possibilités qu'offre le processus judiciaire dans le cadre de la recherche historico-judiciaire, ainsi que sur les autres disciplines ou angles d'étude dans la même discipline qui utilisent aussi le processus judiciaire en tant que source, particulièrement en ce qui concerne l'histoire de la famille coloniale, dans le but de mettre en évidence ce que cela a apporté à l'histoire du droit.

Mots-clés: monde colonial, famille, histoire du droit.

En las últimas décadas, las investigaciones sobre el mundo colonial se han ampliado y diversificado mediante la inclusión de nuevos intereses, el replanteo de problemas y la utilización de nuevas fuentes de estudio. La inclusión de un variopinto mundo de fuentes ha abierto caminos para el desarrollo de distintas líneas de investigación o de variados enfoques dentro de estas últimas.

Entre las áreas de trabajo a la que nos referimos, se encuentran los estudios sobre la familia, en los que investigadores de distintas disciplinas, tales como la historia social y económica, la demografía histórica, la sociología, la psicología, la antropología, el derecho y la historia del derecho, han centrado su mirada sobre cuestiones tales como las relaciones conyugales, el género, el rol de la mujer, la niñez y la adolescencia, el mestizaje y la ilegitimidad, la cuestión del honor, el amancebamiento, la bigamia, la violencia doméstica, la asimilación de valores y normas, las relaciones entre individuos, familias y corporaciones, el marco jurídico e institucional, la sexualidad, etc.¹

Las nuevas inquietudes han llevado a la exploración y utilización del expediente judicial, el que se ha constituido en observatorio del que han partido algunos de los más valiosos aportes de los últimos años.

¹ Kluger, Viviana (2004). "La historia de la familia colonial iberoamericana como tema de investigación interdisciplinario. Algunos aportes de las últimas décadas". *Revista de Historia del Derecho*, n. 32, Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.

Ya la historia demográfica, económica y social había incursionado en el trabajo sobre fuentes notariales y registros parroquiales, las que ahora comparte con las disciplinas precedentemente señaladas.

La mirada puesta en los expedientes judiciales ha variado en función de la perspectiva desde la que se lo ha querido encarar o la mira que se ha tenido en cuenta al elegirlo como fuente de investigación. En este sentido, cada una de estas disciplinas ha interrogado al expediente desde distintos ángulos y consiguientemente lo ha aprovechado según el enfoque con el que estuviera alineada.

Tanto los expedientes entablados ante los tribunales seculares como ante los eclesiásticos han sido el punto de partida para este tipo de investigaciones. Entre los primeros, podemos mencionar a los divorcios entablados ante las autoridades civiles, los pleitos por malos tratamientos, los juicios de disenso, las sucesiones, los litigios por incumplimiento de las obligaciones, los pleitos por alimentos entre cónyuges y padres e hijos, por adulterio, bigamia, homicidios, lesiones, disputas por tutela de menores, calumnias e injurias, etc.

El objeto del presente trabajo consiste en pasar revista a la utilidad que el expediente judicial puede representar para la investigación histórico-jurídica, con particular referencia a la historia de la familia colonial iberoamericana, así como el aporte que las otras disciplinas o enfoques dentro de una misma disciplina, que utilizan también el expediente judicial como fuente, pueden hacer a la historia del derecho.

Descorriendo el velo del expediente judicial

Los expedientes judiciales son algo más que una sucesión de reclamaciones, contestaciones de demandas, confesiones, testimonios y sentencias. Descorriendo el velo de cada caso, y en función de lo que se pretenda encontrar, es posible encontrar mayores elementos que el asunto puntual de que se trata.

En primer lugar constituyen la expresión de un conflicto: una obra de teatro contada por sus propios protagonistas, por aquellos que se encontraron o encuentran casualmente involucrados en el incidente. A través del proceso se muestra cómo cada actor decodifica la realidad, cómo manipula la norma a su favor y cómo busca las distintas maneras de resolver las diferencias, hasta llegar, si el litigio no puede ser resuelto con los recursos con que se cuenta, a traspasar los límites de lo privado, a la búsqueda de una solución a sus problemas.

Es así como expresan la relación entre la norma y el comportamiento, entre lo que se prescribe y aquello que se acata: el hecho de que exista una ley que fije determinadas obligaciones o una doctrina que las sostiene, no significa que sus destinatarios están de acuerdo y que las prescripciones se cumplan efectivamente. Del desajuste entre lo que se intenta imponer y lo que se suscita en la práctica, da cuenta el conflicto judicial, que ayuda a registrar hasta qué punto se ha producido en los individuos la interiorización de las disposiciones legales y hasta dónde se ha producido un proceso de marginación del orden establecido.

Una de las formas de medir el ajuste entre lo prescripto y lo efectivamente cumplido, entre lo exigido y lo viable, es a través del análisis de los pleitos. Del contraste entre lo que debe ser y lo que es, surge un concepto de derecho que comprende no sólo lo que ley prescribe, sino también lo que los destinatarios de las normas-actores y demandados, letrados, jueces-, perciben como justo, aplicable, exigible y debido.

En este sentido, Lawrence Stone ha sostenido que *“el historiador de la familia se encuentra con el problema común, aunque en su expresión más complicada, de cómo entrelazar de la mejor manera el hecho y la teoría, la anécdota y el análisis”*², sugiriendo acudir como fuente, entre otras, a los pleitos familiares.

La relación entre norma y realidad, legislación y práctica, ha sido uno de los puntos en los que se han concentrado los historiadores del derecho. Esta constatación ha llevado a la reflexión acerca de la posibilidad de aplicación de las

² Stone, Lawrence (1989). *Familia, sexo y matrimonio en Inglaterra 1500-1800*. México: Fondo de Cultura Económica. p. 20-22.

leyes, o por el contrario, de la imposibilidad de trasladar normas dictadas en otras épocas, otros ámbitos y otras motivaciones, a los confines indianos.

Se asiste así, a través del expediente judicial, a la constatación del nacimiento de un pluralismo normativo, de una diversidad de fuentes del derecho que enriquecen el mundo jurídico. Estas fuentes son las que permiten matizar la teoría con las situaciones que se viven día a día, “al ras del suelo”, y que dan origen así a un derecho informal, en el que emergen los usos sociales, transformados en costumbres aceptadas y exigidas por todos.

El enfrentamiento judicial trasluce, paralelamente a las invocaciones de leyes, cédulas y provisiones, la invocación y aceptación- o no- de ciertos principios jurídicos, el peso del antecedente-la praxis judicial- y el papel de la doctrina judicial.

Al mismo tiempo, el litigio y las formas que tienen las justicias de resolverlos trasunta las concepciones del poder, las relaciones de éste con los administrados, y en definitiva, demuestra una forma de asentamiento del Estado.

De allí que no resulte muy difícil detectar a una justicia que se constituye en instrumento de control social, cuyos integrantes cargan con el peso de mantener la paz y la justicia. Estos objetivos se presentan como necesarios, habida cuenta de las características que, también a través de los expedientes judiciales, conocemos acerca de la vida social indiana en los siglos XVIII y XIX: un escenario en el que nunca faltan violencias cotidianas, injurias, riñas, peticiones, insultos, insubordinaciones, etc. Es así como los tribunales tienen la responsabilidad de castigar los delitos y “pecados públicos”, de enmendar las costumbres y de suprimir los escándalos.

Al adentrarnos en este mundo de conflictos cotidianos, afloran las mentalidades de los involucrados en un juicio: acusados, testigos, jueces, defensores, abogados, etc. Cada uno de ellos deja su huella en el expediente, y expresa conductas sociales y características de la vida privada de hombres y mujeres del pasado. Desde el lugar que le toca ocupar a cada uno- denunciante, testigo voluntario o circunstancial, juez, fiscal, defensor-, expresa los valores sociales y morales, las costumbres, los hábitos de vida, cuestiones que hacen a la realidad de todos los días, al barrio, y a la

construcción de formas de sociabilidad basadas en identidades y diferencias de género.

Si la historia del derecho quiere ahondar en los intentos de imposición de modelos jurídicos, no puede dejar de posar su mirada sobre las formas de pensar, sentir y actuar de la “masa crítica” a la que estaban destinadas las normas y sobre quienes tenían la tarea de administrar justicia y la forma de todos ellos de entender al derecho.

De allí que los procesos criminales y documentos inquisitoriales expresen cómo son los procesos de marginación y de no aceptación de los paradigmas, lo que lleva a los negadores a ingresar al mundo de los marginados, “los *outsiders*”. En los pleitos familiares, por ejemplo, se detecta el punto de desencuentro entre el modelo patriarcal hegemónico y el de aquellos que se situaron en torno a la consensualidad, ilegitimidad y exogamia, los que integraron un universo de sujetos al margen de la normatividad y el discurso oficial. Y es también a través de esta fuente que se percibe cómo reacciona la comunidad frente al incumplimiento de la ley y a la trasgresión.

Nacen así “comportamientos desviantes” por parte de aquellos que demuestran rebeldía frente a las normas, y que dan origen a una larga lista conformada por bigamos, solicitantes, hijos fugitivos, prostitutas, homosexuales y amancebados.

Y nuevamente, para la historia del derecho, es necesario adentrarse, a través del proceso, tanto en cuestiones fácticas como en aspectos estrictamente procesales. Entre las primeras mencionaremos las características personales de actores y demandados y en las circunstancias que dan origen a los pleitos: cuántos años tienen los involucrados, cuál es su condición social, quiénes delinquen más, si son hombres o mujeres, la actitud de los demandados, el papel activo de las mujeres frente a los malos tratos, la extracción social de las parejas, sus oficios, la cantidad de casos, en qué circunstancias se cometen los delitos, si existen ciertas condiciones que los favorecen, la incidencia geográfica, la descripción de los maltratos, etc.

Entre segundas encontramos por ejemplo, las causales de divorcio civil y la comparación con las correspondientes al religioso, la tramitación de las causas, las

etapas procesales, el papel del vecino como auxiliar de la justicia, los medios probatorios, la interpretación de la ley hecha por las justicias y los fiscales, la fundamentación de las sentencias, la invocación del derecho, la diversificación de las fuentes del mismo, las diferencias de tratamiento entre la justicia lega y la letrada, etc.

Del tejido social que subyace en el expediente, se pueden entender mejor algunos aspectos de las relaciones sociales, tales como la relación hombre-mujer, las concepciones sobre el amor, el sexo y la sexualidad- gestos, palabras, tabúes, ritos y lugares-, las consideraciones sobre el honor, los cambios en la forma de amar, el papel de las mujeres, sus expectativas ante la decisión de contraer matrimonio, la vida familiar y sus transformaciones, los diversos tipos de familia, los antagonismos locales, las relaciones entre pares, entre superiores y subordinados, entre grupos dominantes y dominados, entre empleadores y trabajadores, entre cónyuges y entre padres e hijos, la intromisión del Estado en la vida doméstica, los principios rectores del discurso religioso y político sobre la familia, la estructura económica, etc.

El pleito permite constatar algunos aspectos de la dinámica de la organización familiar, aquellos que tienen que ver con la imposibilidad de resolver las cuestiones domésticas en el circunscrito marco de las cuatro paredes del hogar. Sólo cuando el conflicto familiar no puede ser solucionado hacia adentro, la maquinaria judicial se pone en funcionamiento. El hecho mismo de plantear el caso ante los estrados judiciales da cuenta de la superación de este prejuicio y del desdibujamiento de los límites entre lo privado y lo público.

Sobre esta variopinta arena de miserias, desconciertos y reclamos, se vislumbra qué es lo que se persigue, se condena y se tolera, cómo se reprime y castiga, qué penas se aplican y cómo se mueven las influencias que se interponen entre los infractores y la ley.

Algunos ejemplos³

³ Hemos desarrollado este tema *in extenso* en nuestro trabajo: Kluger, Viviana (2003). *Escenas de la vida conyugal. Los conflictos matrimoniales en la sociedad virreinal rioplatense*, Buenos Aires: Editorial Quórum (coedición con la Universidad del Museo Social Argentino).

Sin perjuicio de que cada expediente es una “Caja de Pandora” en la que no sabemos con qué nos vamos a encontrar y que conforma un universo en sí mismo, la compulsión realizada en los archivos judiciales nos ha llevado a detectar, independientemente de las cuestiones procedimentales que muchas veces constituyen la parte más relevante de las investigaciones histórico-jurídicas-, la siguiente información:

- a. Divorcios⁴: cumplimiento o incumplimiento de los deberes y derechos conyugales, problemas de convivencia, divorcios religiosos, etc.
- b. Otros pleitos conyugales: Nos referimos a los pleitos por alimentos, denuncia de la falta de obligación de convivir, restitución de la esposa al hogar conyugal, solicitud de depósito de la mujer, división de bienes matrimoniales, etc. Dan cuenta también del incumplimiento de los deberes y derechos conyugales⁵, los sentimientos experimentados por los esposos, el rol de algunas mujeres en el sostenimiento el hogar, la figura del “casado ausente”, etc.
- c. Malos tratos: deber de obediencia y subordinación de la mujer al marido, motivaciones para maltratar, justificación del derecho de castigar a favor de los maridos, etc.
- d. Pleitos-paterno filiales: autoridad paternal, coerción paterna, actitudes contestatarias de los hijos, autodeterminación, incumplimiento de la obligación alimentaria, malos tratos, etc.
- e. Juicios de disenso: presiones paternas y maternas, amor romántico, libre elección matrimonial, criterios que intervenían en la elección matrimonial, papel de los sentimientos, autoridad paternal, rutinas familiares, los elevados índices de ilegitimidad, mestizaje, rebeldías de los jóvenes, endogamia, etc.
- f. Legitimaciones y dispensas de impedimentos matrimoniales: sexualidad pre- y extramatrimonial, ilegitimidad, discriminación, matrimonios endogámicos, etc.

4 Nos referimos exclusivamente a los divorcios entablados ante los tribunales seculares, consistentes en las consecuencias civiles de los divorcios religiosos.

5 Fidelidad, respeto, débito conyugal, convivencia, etc.

Consideraciones finales

El uso del expediente judicial como fuente para la investigación histórico-jurídica, especialmente en el caso de la historia de la familia colonial iberoamericana, trae aparejada una serie de limitaciones, que creemos, sin embargo, no menoscaba la necesidad de su empleo. Es que la génesis de un pleito remite siempre directamente a una alteración del orden constituido, a una “situación límite”, y por lo tanto refleja una sola cara de la moneda, el incumplimiento. Por ello se impone siempre distinguir lo que es normal de lo que es excéntrico, al tiempo que entender que a veces lo que se releva no es expresión genuina de lo sienten y perciben los involucrados, porque está mediatizada por la intervención de abogados, jueces y escribanos. Es así como pueden llegar a aportar una visión parcial de la realidad, presentar casos extremos que pueden distorsionar la percepción y circunscribir el análisis a los aspectos exclusivamente patológicos.

También puede suceder que se logre sólo captar una parte de la trasgresión o del incumplimiento, porque una gran cantidad de causas no llegaba a las instancias judiciales. Al mismo tiempo, se plantea el hecho de que las relaciones armoniosas y que las familias “felices” no necesitaron acercar ningún reclamo a los estrados judiciales, con lo cual es más difícil encontrar las fuentes.

Estas afirmaciones son indiscutibles; sin embargo nadie puede negar que el derecho interviene justamente cuando se detecta el incumplimiento y que no es invocado cuando las partes se desenvuelven sin conflictos o cuando no necesitan recurrir al auxilio de un tercero para resolver una situación.

Aún limitándonos a estudiar la historia de la familia iberoamericana desde el conflicto, éste constituye una fuente de la que abrevan distintas disciplinas, las que convergen en temas, fuentes y métodos que ensanchan el conocimiento científico. Es aquí donde confluye y se potencia el trabajo interdisciplinario: porque a pesar de que distintas miradas se concentrarán sobre la misma fuente, cada una hará de este recurso, el uso más apropiado para lo que constituya su objeto. Y estas matizadas

formas de interrogar al expediente judicial enriquecen el trabajo del ius-historiador, porque le permiten extraer de la misma fuente sobre la que él puede estar trabajando, elementos que él mismo no está en condiciones de obtener, porque carece de la metodología necesaria. Es por ello que constituyen las alas que permiten remontar vuelo y alargar los propios horizontes.

Tal como hemos afirmado en otro trabajo⁶, sin necesidad de perder de vista el enfoque histórico-jurídico, las reflexiones de las otras disciplinas ayudan al historiador del derecho a poder entender mejor el objeto de su estudio, el que se presenta enriquecido a través de estas miradas diferentes, que proporcionan otros elementos para poder decodificar cuestiones que influyen indirectamente en el análisis iusjurídico. Es que el historiador del derecho no puede dejar de asomarse al contexto social en el que se desenvuelven las relaciones jurídicas que analiza, sustrato que le es presentado a través del aporte de estas disciplinas. Así estará en mejores condiciones para explicar el porqué de la existencia de normas, de su forma de aplicación o de desconocimiento, e inclusive el porqué de las opiniones de la doctrina de los autores.

Al mismo tiempo, no podemos negar que los cambios en las estructuras y dimensiones familiares analizados por la demografía histórica, fueron el sustrato de cambios en la legislación o en las actitudes de las justicias o al menos nos sirven para poder ver en qué tipo de familia se pensaba al dictarse las disposiciones castellanas e indianas en las distintas épocas y ámbitos geográficos e inclusive las consideraciones tenidas en cuenta por la doctrina jurídica al ocuparse de estos temas.

Al mismo tiempo, cabe preguntarse qué aporte puede hacer la historia del derecho a estas disciplinas. Creemos que el análisis histórico-jurídico permite a las otras disciplinas conocer más a fondo el marco legal y enriquecerse con las reflexiones acerca de la distancia y la cercanía entre la norma y su eventual aplicación.

6 Kluger, Op. cit., nota 1.

A la luz de los expedientes judiciales, la historia del derecho se calza sobre las huellas de hombres y mujeres-actores, demandados, jueces, fiscales, defensores, letrados-, que a través de la contienda pusieron a prueba los modelos jurídicos e ideológicos que les pretendieron imponer y demostraron que el derecho es teoría y práctica, ensayo y error, vida y muerte, persistencia y cambio, rutina y pasión.

REFERÊNCIAS

Cicerchia, Ricardo (1990). "Vida familiar y prácticas conyugales, clases populares en una ciudad colonial Buenos Aires: 1800-1810", In *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana "Dr. E. Ravigani"*, Tercera Serie, p. 91-109.

Goicovic Donoso, Igor y Salinas Meza, René. "Familia y sociedad en Chile tradicional. Enfoques teóricos, estructuras temáticas y avances historiográficos", In

Chacon, Francisco *et alii* (Editores). "Sin distancias. Familia y tendencias historiográficas en el siglo XX". Colección MESTIZO 2. (p. 117-142). España: Universidad de Murcia.

Gonzalbo Aiuzpuru, Pilar (coord.). (1993). *Historia de la familia*, México: Instituto José María Luis Mora.

_____. (1996). "En torno a intimidades y rutinas: la nueva historiografía de lo cotidiano. Centro de Estudios Históricos". El Colegio de México. Ponencia para el Congreso Internacional "Los últimos 50 años de la investigación histórica en México". Instituto de Investigaciones Históricas, UNAM, Universidad Autónoma de Guanajato.

_____. (1998). "La familia en el México colonial. Una historia de conflictos cotidianos". Centro de Estudios Históricos. El Colegio de México.

_____. (coord.). (2001). "Familias iberoamericanas. Historia, identidad y conflictos", El Colegio de México.

Kluger, Viviana (2004). "La historia de la familia colonial iberoamericana como tema de investigación interdisciplinario. Algunos aportes de las últimas décadas". *Revista de Historia del Derecho*, n. 32, Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.

Lagunas, Cecilia (2001). "Mujer y Justicia: prácticas legales y género en Baja Edad Media y Alta modernidad", In *Cyber Humanitatis. Revista de la Facultad de Filosofía y Humanidades*, Universidad de Chile, n. 19.

www2.cyberhumanitatis.uchile.cl/19/lagunas.html, consultada el 6/5/06.

Salinas Meza, René. "La violencia interpersonal en Chile tradicional. Formas de agresión y control social en los siglos XVIII y XIX". Presentado al 50º Congreso Internacional de Americanistas, Polonia.

_____ (2002). "Violencias sexuales e interpersonales en Chile tradicional". *Revista de Historia Social y de las Mentalidades*. Departamento de Historia. Universidad de Santiago, Año IV, n. 4, p. 15-50.

Stone, Laurence (1989). *Familia, sexo y matrimonio en Inglaterra 1500-1800*. México: Fondo de Cultura Económica.

Volpi Scott, Ana Silvia (1998). “A contribuição da demografia histórica para a história da população e da família no Brasil”, In *Boletín de la Asociación de Demografía Histórica*, XVI – I.

Zegarra, Margarita (1999). “El honesto velo de nuestro sexo. Sociabilidad y género en mujeres de sectores populares en la Lima del 800”, In *Mujeres y género en la Historia del Perú*. Margarita Zegarra (ed). Lima: CENDOC-Mujer.

Viviana Kluger

Professora da Universidade de Buenos Aires e da Universidade de San Andrés (Argentina)

Diretora do Mestrado em Negócios Internacionais da Universidade de Ciências Empresarias e Sociais (Argentina)

vivianakluger@fibertel.com.ar