

LA CONDICIÓN JURÍDICA DE LA MUJER CASADA EN INDIAS

Por la Dra. D.^a M.^a José MUÑOZ GARCÍA

Profesora Asociada de Historia del Derecho y de las Instituciones.
Universidad de Extremadura

Las Leyes 54 a 61 de Toro, al regular materialmente los principios esenciales y las instituciones relativas a la capacidad de obrar de la mujer casada castellana, es el régimen jurídico-privado que rige la actuación de la mujer casada en el Derecho Indiano. La mujer casada en Indias tiene así las mismas limitaciones a la capacidad de obrar que la mujer casada castellana. El Ordenamiento de 1505 además de regular las instituciones generales e indispensables para la capacidad de obrar de la mujer casada en las Leyes 56, 57, 58 y 59, en las Leyes 54, 55, 60 y 61 regula esferas concretas de su actuación jurídica. Mientras en las Leyes 56 a 59 se recoge la limitación general de capacidad de la mujer casada y el medio o los medios jurídicos a su alcance para completar esa capacidad limitada, en las otras cuatro Leyes anteriormente mencionadas, se especifican las materias o los campos de actuación en los que puede actuar la mujer casada con licencia o sin ella, y aquellos otros en los que no puede actuar tenga o no dicha licencia¹.

La Ley 54 de Toro² regula la aceptación o repudiación de herencia por parte de la mujer casada. Determina su incapacidad para repudiar todo tipo de herencia y para aceptarla sin beneficio de inventario cuando no tiene la licencia del marido. Así mismo regula su capacidad para aceptar una herencia declarada a beneficio de inventario aunque no cuente con la licencia marital, ya que en ningún caso esa aceptación perjudicará al marido, a los hijos, o incluso a ella misma.

La Ley 55 de Toro³ trata de la limitación de la capacidad de la mujer

1 MUÑOZ GARCÍA, M.^ª José, "Limitaciones a la capacidad de obrar de la mujer casada: 1505-1975", Madrid, 1991.

2 Ley 54 de Toro: "La muger durante el matrimonio no puede sin licencia de su marido repudiar ninguna herencia que le venga *en testamento*, ni *ab intestato*: Pero permitimos que pueda aceptar sin la dicha licencia qualquier herencia *ex testamento*, et *ab intestato* con beneficio de inventario, y no de otra manera".

3 Ley 55 de Toro: "La muger durante el matrimonio sin licencia de su marido como no pueda

casada para obligarse judicial y extrajudicialmente. Especifica algunas de las actuaciones que no puede realizar sin licencia marital y declara la invalidez de lo que lleve a cabo sin el requisito exigido. Si bien es verdad, que algunos de los contratos son específicamente tratados en otras Leyes de las de Toro, la generalidad de ellos le están prohibidos por la Ley 55. La mujer casada sin licencia del marido no puede celebrar contratos, rescindir contratos llevados a cabo con anterioridad al matrimonio, liberar obligaciones y cuasicontratar. Además, la mujer casada sin licencia marital no puede comparecer en juicio por sí o por medio de procurar.

La Ley 56 de Toro⁴ fija la licencia marital como sistema de carácter general y requisito indispensable para la válida actuación de la mujer casada. La razón de ser de esta institución jurídica, desarrollada por vez primera en el Derecho castellano (no instaurada dado que en los Fueros ya existía el sistema de “otorgamiento”), es la necesidad que tiene de ella la mujer casada para completar su capacidad jurídica y en consecuencia, actuar eficazmente. La mujer casada, limitada en su capacidad de obrar para no perjudicar la sociedad conyugal y familiar, obtiene con la licencia del marido el instrumento que la libera de esa restricción de capacidad.

Las Leyes 57, 58 y 59 de Toro⁵ determinan otros medios jurídicos capaces de suplir la autorización del marido cuando le falta a la mujer casada el requisito de la licencia marital. Estos medios son: La ratificación marital y la licencia judicial supletoria. Por primera vez son normativizadas

hacer contrato alguno, asimismo no se pueda apartar ni se desistir de ningun contrato que a ella toque, ni dar por quito a nadie del, ni pueda hacer quasi contrato, ni estar en juicio haciendo, ni defendiendo sin la dicha licencia de su marido: Y si estuviere por si, o por su procurador, mandamos que no vala lo que hiciere”.

4 Ley 56 de Toro: “Mandamos que el marido pueda dar licencia general á su muger para contraher, y para hacer todo aquello que no podia hacer sin su licencia: Y si el marido se la diere, vala todo lo que la muger hiciera por virtud de la dicha licencia”.

5 Ley 57 de Toro: “El Juez con conocimiento de causa legitima y necesaria compela al marido que de licencia a su muger para todo aquello que ella no podria hacer sin licencia de su marido, et si compelido no se la diere, que el Juez solo se la pueda dar”.

Ley 58 de Toro: “El marido pueda ratificar lo que su muger oviere hecho sin su licencia no embargante que la dicha licencia no haya precedido: Ora la ratificacion sea general, ó especial”.

Ley 59 de Toro: “Quando el marido estuviere ausente, y no se espera de proximo venir, o corre peligro en la tardanza: Que la justicia con conocimiento de causa seyendo legitima, o necesaria, o provechosa a su muger, pueda dar licencia a la muger, la que el marido le habia de dar: La qual asi dada vala como si del marido sea”.

estas dos instituciones en el Derecho castellano, y por ello, con licencia marital, con ratificación del marido, o con licencia judicial, la mujer casada es capaz y puede actuar judicial y extrajudicialmente.

Consagrado en el Derecho castellano (Fuero Real III, 3, 1, 2 y 3)⁶ el carácter legal de ganancialidad como régimen económico matrimonial, en el Ordenamiento de Toro no se regula de forma explícita el sistema de gananciales. Sin embargo, implícitamente se presupone en la Ley 60 de Toro⁷, al eximir a la mujer casada que renuncie a ellos, de pagar las deudas que el marido hubiere contraído durante el matrimonio.

La Ley 61 de las de Toro⁸ regula la fianza y la obligación mancomunada de la mujer casada. Esta norma no menciona la necesidad de licencia marital, y a diferencia de las Leyes 54 y 55, que prohíben ciertas actuaciones a la mujer casada sin el requisito de la licencia, pero se les permiten si obtiene el consentimiento marital o la autorización del Juez, la Ley 61 prohíbe de manera absoluta que la mujer casada afiance al marido, y de esta manera relativa que se obligue mancomunadamente con él.

La prohibición de afianzar al marido es regulada en el Derecho caste-

6 Fuero Real III, 3, 1: "Toda cosa que el marido é la muger ganáren, ó compráren de consuno, hayanlo ambos por medio, si fuere donacion de Rey, ó de otri: é lo diere á ambos, hayanlo amos marido, é muger: é si lo diere al uno, hayalo solo aquel á quien lo diere".

Fuero Real III, 3, 2: "Si el marido alguna cosa ganáre de herencia de padre, ó de otro propinquo, ó donacion, ó de señor, ó de pariente, ó de amigo, ó en hueste en que vaya por su soldada de Rey, ó de otro, hayalo todo quanto ganáre por suyo: é si fuere en hueste sin soldada, á costa de sí, é de su muger, quanto ganáre de esta guisa sea del marido, é de la muger. Ca asi como la costa es comunal, asi lo que ganaren sea comunal de amos: y esto susodicho sea de las ganancias de los maridos: y eso mesmo mandamos de las mugeres".

Fuero Real III, 3, 3: "Maguer que el marido haya mas que la muger, ó la muger que el marido, quier en heredad, quier en mueble, los frutos sean comunales de ambos á dos: é la heredad é las otras cosas donde vienen los frutos, hayalos el marido, ó la muger cuyos eran, ó sus herederos".

7 Ley 60 de Toro: "Quando la muger renunciare las ganancias, ó no sea obligada a pagar parte alguna de las deudas que el marido oviere hecho durante el matrimonio".

8 Ley 61 de Toro: "De qui adelante la muger no se pueda obligar por fiadora de su marido, aunque se diga y alegue que se convirtió la tal deuda en provecho de la muger. Y asimismo mandamos, que quando se obligare á mancomun marido, y muger en un comtarto, ó en diversos, que la muger no sea obligada á cosa alguna: salvo si se probare que se convirtió la tal deuda en provecho della: ca entonces mandamos que por rata del dicho provecho sea obligada: pero si lo que se convirtió en provecho della, fue en las cosas que el marido le era obligado á dar, asi como vestirla, y darla de comer, y las otras cosas necesarias, mandamos que por esto ella no sea obligada á cosa alguna, lo qual todo lo que dicho es se entienda si no fuera la dicha fianza ú obligación á mancomun por maravedis de nuestras Rentas, ó pechos ó derechos dellas".

llano por primera vez y de forma directa y específica en 1505. En algunos Fueros de la Extremadura castellano-aragonesa⁹, y en la línea que mantuvo en su época el Senadoconsulto Veleyano (Digesto 16, 1), se regula la prohibición de afianzar en general por parte de la mujer, con tres excepciones¹⁰: –si tiene el consentimiento del marido, puesto que al estar sometida al marido, si éste la libera ya no existe la prohibición; –si la obligación es menor de cinco sueldos o de un maravedí, en cuyo caso al ser tan ínfima la cuantía no precisa ninguna autorización; y, –si es panadera o de “bohón”, porque se entiende que ejerce la profesión con consentimiento. En estos tres casos puede afianzar a un tercero. En Partidas V, 12, 2 se dice: “... que muger ninguna non pueda entrar fiador por otri...”, por lo que también se refiere al Senadoconsulto Veleyano. Dentro del término “otri” se puede incluir al marido, pero no se recoge en concreto la prohibición especial de afianzarle, es decir la Auténtica *si qua mulier* de Justiniano (Novela 134, cap. 8). La Ley 61 de Toro es la que inserta la prohibición específica de afianzar al marido.

El hecho de prohibir a la mujer casada afianzar tanto al marido como a los terceros se considera un beneficio para ella, al cual puede renunciar, siempre y cuando ante fedatario público se de por concedora del beneficio al que renuncia y declare que lo hace sin ningún tipo de coacción (Partidas V, 12, 3, razón tercera)¹¹. La renuncia a este beneficio, es decir, al Se-

9 Fuero de Sepúlveda 64-a: “Orossi, toda muger casada, o manceba en cabello, o bibda, que morare con padre, o con madre, o con pariente, en su casa, non aya poder de adebdar ninguna mas de fata de I moravedí, nin de vender, seyendo de seso, si non fuer con plazentería del pariente con qui morare...”

Fueros de Coria 142, Cáceres 144 y Usagre 146: “Todas las mulieres que enprestarent nel acronieren aliquam causam unas ad alteras, respondeant se usque I morabeti. Et per isto non se paren tras suos viros”.

10 Según LALINDE ABADIA, en los Ordenamientos locales castellano-aragoneses no se puede hablar de recepción de la Auténtica *si qua mulier*, sino de recepción del Senadoconsulto Veleyano, porque aunque de forma imperfecta y precoz, éste se recibe por vía consuetudinaria a través de la población que allí se establece y que procede del sur de Francia, donde en el siglo XII dicho Senadoconsulto estaba vigente. Sin embargo, hay cierto confucionismo en el contenido del Senadoconsulto y en el de la Auténtica, puesto que se trata de mujer casada y no de mujer en general, cuando aquel no prevé específicamente la prohibición de la mujer casada. LALINDE ABADIA, Jesús, “La recepción española del Senadoconsulto Veleyano”, en AHDE, 41, 1971, págs. 335-371

11 Partidas V, 12, 3: “Muger, diximos en la ley ante desta, que non puede entrar fiador por otri. Pero razones y a, por que lo podria fazer. ... La tercera es, quando la muger fuesse sabidora, e cierta, que non podia, nin deuia entrar fiador, si despues lo fiziesse, renunciando de su grado, e desamparando el derecho que la ley les otorgo a las mugeres en esta razon”.

nadoconsulta Veleyano, a la Novela de Justiniano, a las Partidas y a las Leyes de Toro, debió ser tan habitual que se convirtió en una fórmula jurídica continuamente utilizada en la práctica de todos los documentos públicos que las mujeres otorgaban durante la Baja Edad Media y la Edad Moderna en aplicación del Derecho castellano.

Aunque como fórmula jurídica y como ocurre con otras fórmulas de renuncia, puede pensarse que las mujeres en realidad no renunciaban, y simplemente era una cláusula de estilo para evitar la aplicación del Derecho romano-justinianeo, tal renuncia existe de hecho y por lo tanto aún siendo una ley prohibitiva y por ello irrenunciable, la concepción de norma de Derecho público y necesario no se conoce, y se renuncia a ese tipo de leyes, como se prueba en los numerosos documentos de aplicación del Derecho¹² que claramente incluyen los términos "... renuncio las leyes, fueros y derechos en mi favor, y en especial las del *senatus consultus* Veleyano, emperador Justiniano, Leyes de Toro y Partidas, y las demás que hablan en favor de las mugeres; de cuios efectos me hizo sabidora el escribano, y como enterada de ellas, las renuncio ..."; y, en la doctrina de los Comentaristas a las Leyes de Toro (Castillo, Palacios Rubios, Antonio Gómez, Matienzo, Acevedo, Nolasco de Llano, Alvarez Posadilla, Llamas y Molina y González Serrano) que continuamente habla de "la práctica constante que existía, y por la cual, aunque las leyes concedían a las mujeres el beneficio de no poder obligarse, sin embargo, ellas tenían la facultad de renunciar de este favor, siempre que sabedoras de él quisieran renunciarle"¹³.

Por lo que se refiere a la prohibición de obligarse mancomunadamente con el marido, también regulada en la Ley 61, no es una prohibición absoluta porque se admite como excepción a la misma el provecho de la mujer, y en esto se diferencia de la prohibición de afianzar, en la cual la Ley

12 Como muestra de ello y además en un Documento indiano, esta escritura del Archivo Nacional de Bolivia, Sección Mt, Expediente 150, fols 105 y ss., en la que aparece la renuncia de la mujer a las Leyes que le benefician (Senadoconsulta Veleyano, Auténtica de Justiniano, Partidas y Leyes de Toro). -1675, noviembre, 12, Villa Imperial de Potosí-. Escritura de venta de cabezas de ingenio radicadas en los yacimientos mineros de Potosí, entre el capitán don Lorenzo de Arriondo y Oquendo y su mujer doña Francisca Sanz de Varea como vendedores, y don Pedro de Urritigoiti y Echave como comprador.

13 LLAMAS Y MOLINA, Sancho de, "Comentario crítico-jurídico-literario a las ochenta y tres Leyes de Toro", 2.ª ed., Madrid, 1852, págs. 461 a 470. Este comentarista nos expone las opiniones mantenidas por los doctores anteriores a él, intercalando su propia opinión.

es tajante al no admitir esa excepción. Si la mujer casada se obliga mancomunadamente con su marido, pero se prueba que es en beneficio de ella misma, dicha obligación es válida y por lo tanto ella responde.

Cuando el provecho admitido para la mujer en la obligación mancomunada resulta ser el de las cosas necesarias para ella y su familia, se la exonera de responsabilidad, porque se considera responsable de la obligación exclusivamente al marido. Esta parte de la Ley 61 se ha venido apuntando como antecedente directo de la institución denominada en el siglo XIX, "la potestad doméstica de la mujer casada", porque aunque en Derecho visigodo existía la llamada "potestad de las llaves" y en los Fueros locales los llamados "fechos mugeriles", se consideran los antecedentes remotos de la institución, debido a que es en la Ley 61 de Toro donde se plasma y desarrolla este pequeño campo de actuación que tiene la mujer casada sin necesidad de licencia marital, de ratificación del marido, o de licencia del Juez, y de acuerdo con el cual, puede realizar todos aquellos negocios jurídicos que sean necesarios para la vida ordinaria de la familia.

En la última parte de la Ley 61 se regula la excepción referida a las deudas públicas, que atañe al contenido completo de la norma, y que determina la responsabilidad de la mujer casada por las obligaciones contraídas a mancomún con su marido, o por el afianzamiento de éste, cuando versen sobre rentas y derechos del fisco regio.

Como el Derecho dictado para las Indias no regula todas las manifestaciones de la vida social, y únicamente trata de aquellas situaciones que por darse en el Nuevo Mundo de manera distinta que en la Península requieren una regulación diferente, en todo lo que no difiere de Castilla, en Indias se aplica el Derecho castellano.

Por lo que se refiere a la capacidad jurídica de la mujer en Indias¹⁴ y

14 Sobre la capacidad jurídica de la mujer en Indias, he consultado la siguiente bibliografía: GARCÍA GALLO, Alfonso, *Manual de historia del Derecho Español*, T. I, Madrid, 1979.— OTS CAPDEQUI, José María, "El sexo como circunstancia modificativa de la capacidad jurídica en nuestra legislación de Indias", en AHDE, 7, 1930, págs 311 a 380.— OTS CAPDEQUI, José María, "La condición jurídica de la mujer", en "El estado español en las Indias", México, 1975, págs. 95 a 112.— KONETZKE, R., "La emigración de mujeres españoles a América durante la época colonial", en Revista de Sociología, Madrid, 1945.— BIALOSTOSKY DE CHAZAN, Sara, "Condición social y jurídica de la mujer azteca", en "Condición jurídica de la mujer en México", México, 1975.— BERNAL DE BUJEDA, Beatriz, "Situación jurídica de la mujer en las Indias Occidentales", en "Condición jurídica de la mujer en México", México, 1975.— RIPODAS ARDANAZ, Daisy, "El matrimonio en In-

en concreto a la condición jurídico-privada de la mujer casada, el Derecho indiano no hace otra cosa que ratificar la doctrina del Derecho de Castilla y reiterar su cumplimiento frente a violaciones tanto de los colonizadores como de las propias autoridades. Se dictan normas nuevas para regular situaciones de hecho que difieren por exigencias del ambiente social y geográfico de las peninsulares, pero siempre inspirado el legislador en el Derecho castellano tradicional.

La condición jurídica que tiene la mujer casada castellana al tiempo de producirse el descubrimiento de América, es la que tiene después la mujer casada en Indias. El mismo régimen de desigualdad que imperaba en Castilla rige también para las Indias. Los principios de la legislación castellana contenidos en las Leyes 54 a 61 de Toro, que consolidan la supremacía del hombre, y en base al orden jurídico familiar absorben la personalidad de la mujer, son los que se aplican en Indias.

El matrimonio libera a la mujer de las redes de la autoridad paterna o tutelar para hacerla entrar en la órbita del poder marital. Por ello, no se plantea el problema de la capacidad de la mujer para pasar a Indias más que con respecto a las mujeres que no estuvieran sometidas a la patria potestad, al régimen tutelar, o a la autoridad marital, ya que con respecto a éstas la cuestión quedaba reducida a la obtención de la correspondiente licencia de su padre, tutor o marido¹⁵.

Por lo que concierne en concreto a la mujer casada, en los Fols. 415 a 422 del Libro Primero del *Cedulario Indiano*, Diego de ENCINAS recopila las "Cédulas, capítulos de cartas y de ordenanzas, dadas y libradas en diferentes tiempos para las Indias, que disponen y mandan la orden que en ellas se ha de tener en embiar a estos reynos los casados que no tienen allá sus mugeres"¹⁶. Estas normas son reflejo del interés que hay en Castilla

días, realidad social y regulación jurídica", Buenos Aires, 1977.— PUMAR MARTÍNEZ, Carmen, "Españolas en Indias. Mujeres soldado, adelantadas y gobernadoras", Madrid, 1988.— GONZALBO AIZPURU, Pilar, "Las mujeres en la Nueva España", México, 1989.— PACHECO ESCOBEDO, A., "Algunos aspectos del matrimonio en las Leyes de Indias", México, 1987.— "La mujer en el Derecho iberoamericano", Primeras jornadas de encuentro entre países de habla hispana, Madrid, 1983.— YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, "Algunos restos de discriminación de la mujer en el Derecho civil hispanoamericano", en ICADE, 9, 1986, págs. 117 a 128.

15 OTS CAPDEQUI, José M.ª, "El sexo como circunstancia modificativa de la capacidad jurídica en nuestra legislación de Indias", en AHDE, 7, 1930, págs. 311 y 312

16 Valladolid, 19, Octubre, 1544— "Cedula que manda a las audiencias de las Indias la orden

por solucionar la problemática que surge cuando los maridos se marchan por tiempo indefinido hacia las Indias, olvidando la promesa de vida en común. Las autoridades, para evitar el concubinato y la bigamia, continuamente recuerdan a la mujer casada la necesidad de seguir a su marido, y a éste le compelen a volver al lado de su mujer o a que la lleve a reunirse con él en un plazo prudencial.

A este respecto dice OTS CAPDEQUI: "No sólo se permitía a las mujeres casadas el pase a Indias acompañando a sus maridos, sino que además se les prohibía a estos el viaje si no llevaban consigo a sus legítimas mujeres, o se les obligaba a regresar a España en plazo perentorio, para reunirse de nuevo con ellas. A todo trance quiso el legislador mantener el principio de la unidad de vida matrimonial. Y aunque esta doctrina no constituía ninguna novedad en nuestro Derecho tradicional, exige que se con-

que han de guardar en embiar a estos Reynos los casados que tuvieren en ellos sus mugeres". -1593- "Capítulo de carta que su Magestad escrivio a la audiencia de México, en siete de Julio de quinientos y cinquenta, que manda pongan diligencia en cumplir lo proveydo, sobre que ningún casado este en las Indias, que no tenga consigo a su muger, y haga vida con ella". -1578- "CAP. De carta que su Magestad le escrivio al Virrey del Peru, en dos de Diziembre, de setenta y ocho que manda, tenga cuydado que las personas que tuvieren sus mugeres ausentes de donde residieren, vayan a hazer vida con ellas". -1565- "CAP. De la Instrucción del Presidente de Quito, en veynte y siete de Septiembre de sesenta y cinco, que manda procure de embiar los casados". -1555- "CAP. De carta que su Magestad escrivio al gobernador de tierra firme, en cinco de Septiembre de cinquenta y cinco que manda, que quando algunos de los que echan del Peru por casados o desterrados, llegaren a la dicha tierra no los dexen estar en ella". -Segovia, 25, Julio, 1565- "Cedula que manda a la audiencia de Panama, embien en los primeros navios a estos reynos, los casados y desterrados que embiaren del Peru, y los que fueren sin licencia". -Madrid, 18, Enero, 1576- "Cedula en que se declara a quien compete el conocer y determinar de embiar a estos reynos los casados que estan en las Indias sin sus mugeres". -Madrid, 10, Mayo, 1569- "Cedula que manda, que sin embargo de lo que dispone la cedula año de quarenta y quatro embien luego a estos reynos los casados que tuvieren en ellos a sus mugeres". -Navalcamero, 29, Junio, 1579- "Cedula acordada ultimamente proveyda que manda, que sin embargo de lo proveydo por otras cedulas embarquen los casados en los primeros navios, y embien a estos reynos con sus haziendas". -1568- "CAP. De la Instrucción de los Virreyes del Peru que manda, que embie a estos reynos los casados que huvieren en aquella tierra que tuvieren sus mugeres en estos sin prorrogacion de tiempo alguno". -Segovia, 29, Julio, 1565- "Cedula que manda que no se den licencias ni prorrogaciones para estar en las Indias los que fueren casados en estos reynos, y tuvieren en ellos a sus mugeres". -1563- "CAP. De carta que su Magestad escrivio al gobernador de tierra firme, en catorce de Julio de sesenta y tres en que se dize se tema quenta de poner en las prorrogaciones de mercaderes casados, que dan fianças que llevaran sus mugeres dentro del termino". -1563- "CAP. De la dicha carta que manda, que quando por algun mercader se pidiere prorrogacion para estar en las Indias, lo pida en el termino de la licencia". -Valladolid, 16, Julio, 1550- "Cedula que permite a los mercaderes que con licencia de los oficiales de Sevilla puedan passar a las Indias y estar en ellas por termino de tres años no embargante que sean casados".

sidere con atención preferente, la manera tan reiterada con que hubo de ser sostenida con respecto a nuestros territorios de Indias y la cantidad abundantísima de preceptos legislativos que con este motivo hubieron de dictarse, para tratar de corregir los abusos que originó la poderosa corriente emigratoria que el descubrimiento y colonización de América trajeron consigo¹⁷. Pero, “sin embargo, a pesar de todas estas disposiciones, los fraudes se repitieron con frecuencia, cometiéndolos, ya individuos solteros, que se fingían casados para llevar así consigo a sus concubinas, ya otros realmente casados, pero que, en lugar de hacerse acompañar de sus mujeres, hacían pasar por éstas a sus amantes”¹⁸.

La Ley recopilada de Indias (IX, 26, 24)¹⁹ “Que no passen mugeres solteras sin licencia del Rey, y las casadas vayan con sus maridos”, —elaborada a partir de las Reales Cédulas del Emperador D. Carlos en Toledo a 23 de mayo de 1539 y de D. Felipe II en Madrid a 8 de febrero de 1575—, determina que puede pasar a Indias acompañada de su marido o haciendo constar que él ya está allí, y que van a hacer vida “maridable”. Así mismo, en la Recopilación de 1680 se consagra todo el Título tercero del Libro séptimo a regular la situación de los casados y desposados en España e Indias que estén ausentes de sus mujeres y esposas; e incluso la Ley recopilada IX, 45; 30 llega a prohibir a los casados que no han llevado a sus mujeres a Indias que se trasladen a otra demarcación colonial. A pesar de ello, “hubieron de ser necesarias nuevas y terminantes ratificaciones, según lo atestiguan diversas Reales Cédulas de 12 de agosto de 1693, 7 y 18 de octubre de 1750 y 23 de septiembre de 1799, entre otras”²⁰.

En la legislación de Indias no se registran preceptos específicos que regulen de manera amplia y sistematizada la capacidad jurídica de la mujer casada en materia de obligaciones y contratos, por tanto, se han de suponer vigentes los mismos principios del Derecho castellano (Leyes 54 a 61 de Toro), con la única salvedad de algunas normas restrictivas de la ca-

17 OTS CAPDEQUI, José María, *Op. cit.*, pág. 315.

18 OTS CAPDEQUI, José María, *Op. cit.*, pág. 320.

19 Recopilación de Indias, IX, 26, 24: “El presidente, y Juezes de la Casa no den licencias á mugeres solteras para passar á las Indias, porque esto queda á Nos reservado: y las cassadas passen precisamente en compañía de sus maridos, ó constando que ellos están en aquellas Provincias, y ván á hazer vida maridable”.

20 OTS CAPDEQUI, José María, *Op. cit.*, pág. 318.

pacidad para contratar a las mujeres de determinados altos funcionarios públicos (Ministros, Oficiales de la Real Hacienda, Presidentes, Oidores), y otras reguladoras del contrato de arrendamiento de servicios, encaminadas sin duda a proteger a las mujeres de raza india, quienes en los primeros tiempos del descubrimiento vivieron sujetas a un régimen de trabajos forzados que presentaba todos los caracteres de una verdadera servidumbre²¹.

Tampoco se plantea en las fuentes del Derecho indiano el problema de la capacidad o incapacidad de la mujer casada para el desempeño de cargos públicos con jurisdicción o sin ella, por lo que debe pensarse en términos generales que la cuestión no podía suscitarse siquiera por la evidente limitación que el sexo y más aún, el estado de casada, implicaban para la participación activa en la vida del Estado²², si bien es verdad que en circunstancias excepcionales algunas mujeres desempeñaron los más elevados puestos de la Administración Pública (Virreina, Adelantada, Gobernadora, Regidora, Almirante)²³.

Por la importancia que las Encomiendas, Pensiones y Cacicazgos alcanzan en Derecho indiano, la regulación de la capacidad de la mujer casada para gozar de estas instituciones tiene mayor interés.

Por lo que respecta a la Encomienda indiana²⁴, surge el problema de si debe considerarse a las mujeres casadas capacitadas o no para suceder a sus maridos en el disfrute y aprovechamiento de las encomiendas cuando se conceden por dos o más vidas. Antes de que el Derecho regulase esta materia, por vía consuetudinaria se resolvía en sentido favorable a la mujer, pero la doctrina opuso reparos a la capacidad de la mujer para recibir indios en encomienda, aludiendo a que su sexo no le permitía desempeñar cumplidamente los deberes de los encomenderos, por lo que los monarcas normativizan el tema, y como ya había mujeres encomenderas por suceder a sus maridos, se ordena que si alguien se casaba con mujer que gozara de

21 OTS CAPDEQUI, José María, "La condición jurídica de la mujer", en "El Estado español en las Indias", México, 1975, pág. 98.

22 En algunas ocasiones, las mercedes que conllevan los cargos públicos se conceden pensando en beneficiar a la mujer, pero era su marido el que desempeñaba las funciones inherentes al mismo, el que gozaba del cargo, aunque su único mérito era estar casado con la hija o descendiente de un conquistador. OTS CAPDEQUI, José María, Op. cit., pág. 357.

23 OTS CAPDEQUI, José María, Op. cit., pág. 356.

24 ZAVALA, Silvio, "La encomienda indiana", 2.ª ed., México, 1973.

encomienda, se hará de nuevo título de ella y se pondrá a nombre del nuevo marido.

Antonio de LEON PINELO en la Parte I, Capítulo V de su obra "Tratado de Confirmaciones Reales de Encomiendas"²⁵, que trata de "La Ley general de la sucesión y sus declaraciones", enumera las Cédulas declaratorias y ampliatorias de la "Ley de 26 de mayo de 1536 o Ley de la sucesión en las encomiendas". Al tratar de si las "Encomiendas son bienes legales, o familiares", reseña la Cédula de Alcalá de 31 de mayo de 1562 y la de 17 de mayo de 1564, y sostiene que: "Las encomiendas no son bienes hereditarios, sino legales, ó, como el derecho usa en los feudos, son bienes familiares: I assi no se sucede en ellas por derecho hereditario, sino por disposición i llamamiento de la ley: Porque de otra suerte, ni sucediera la muger, aviendo hijos, o nietos del primer poseedor, tíos o sobrinos del segundo, ni faltaran abintestato los transversales, que totalmente están excluídos. Sucedese pues por disposición de la ley; la qual manda, que muerto el primer Encomendero, passe *ipso iure* la Encomienda al siguiente en grado, o al que en ella fuere llamado, i huviere de suceder: Sin que sea necessario, que preceda acetación, inmixción, o acto alguno positivo: i que se le adquiera, no solo el derecho, sino la possession misma, que los Iuristas llaman civilísima, en forma de mayorazgo"²⁶.

Por su parte, Juan de SOLORZANO Y PEREYRA en el Libro Tercero de la *Política Indiana*²⁷, que trata de las Encomiendas de los Indios, dedica el Capítulo VI a las "personas a quienes pueden darse estas Encomiendas", y el Capítulo XIX a las personas excluidas por ley de suceder en las Encomiendas, como son: los clérigos, los frailes, los hijos ilegítimos, los mestizos, los mulatos, los extranjeros, los ministros y sus allegados, los que ya tengan otra encomienda, y los ausentes. De lo que se concluye, que los menores y las mujeres si pueden tener encomienda. Refiriéndose en concreto este autor a la mujer casada, analiza y esclarece a lo largo de tres Capítulos (XXII, XXIII y XIV), todas las posibles dudas que pueden surgir en aplicación del principio de que la mujer casada está capacitada pa-

25 LEON PINELO, Antonio de, "Tratado de Confirmaciones Reales de Encomiendas, Oficios y casos en que se requieren para las Indias Occidentales (1630)", Buenos Aires, 1922.

26 LEON PINELO, Op. cit., Fol. 26, & 25.

27 SOLORZANO Y PEREYRA, Juan de, "Política Indiana", T. II, Madrid, 1972, págs. 53 a 69 y 213 a 225.

ra suceder en la encomienda a su marido.

De la obra de LEON PINELO resaltamos las siguientes Cédulas referidas a la sucesión de la mujer en las Encomiendas: –Cédula de 7 de Julio de 1560, “Hija, que sucede, se deve casar dentro de un año”: La hija heredera de encomienda se debe de casar dentro de un año para que el marido sirva las cargas de la encomienda²⁸. –Cédula de 9 de Febrero de 1561, “Marido sucede a la muger, como ella á el”: se admite a las mujeres en la sucesión de las encomiendas de los maridos²⁹. –Cédula de 17 de Mayo de 1564, “Título de la Encomienda, se haze en el marido”: se expide nuevo título en cabeza del marido cuando la mujer encomendera se casa³⁰. –Cédula de 1 de Diciembre de 1573, “Encomienda, que el marido escoge, es con sus calidades”: de acuerdo con la norma que permitía al marido de mujer encomendera escoger la encomienda de su mujer o la que él tuviera por sí antes de casarse, la encomienda preferida siga con la calidad que tuviera de primera o segunda vida, y no como si el poseedor entrara de nuevo³¹. –Cédula 9 de Septiembre de 1577, “Muger sucede al marido, siendo casados seis meses”: la mujer para suceder en la encomienda a su marido, de-

28 Cap. 8 de carta de 7 de Julio de 1560: “Como la ley admitio las hijas a la sucession de las Encomiendas, i estas tienen el gravamen de servir en los casos de guerra; para lo qual las mugeres son inhábiles, se declaró, que la hija que sucediesse, se huviesse de casar dentro de un año, despues que tuviesse edad cumplida, para que el marido acudiesse a las cargas de la Encomienda: pero esto no tiene pena alguna”. LEON PINELO, Op. cit., Fol. 25 & 18.

29 Cap. de carta de 9 de Febrero de 1561: “I aunque no es tan resuelto el aver de suceder los maridos a las mugeres, de la misma suerte, que las mugeres a los maridos, la practica lo tiene introducido con bastantes fundamentos, que se pondran adelante, quando tratemos de los que son hábiles para esta sucession, i para tener Encomiendas”. LEON PINELO, Op. cit., Fol. 26 & 23.

30 Ced. del Escorial á 17 de Mayo de 1564: “I porque casandose la viuda Encomendera, su marido acudiesse a las cargas, á que ella estava obligada; se declaró, que en este caso se hiziesse nuevo título en cabeça del marido; como que si la muger muriesse Primero, vacasse la Encomienda; i si muriesse el marido, bolviesse á quedar en la muger cuya era. Pero esto, como circunloquio escusado, no se avia practicado en las Indias; por ser cosa llana, que aunque la Encomienda esté en cabeça de la muger, se tiene él marido por obligado, para acudir a las cargas de Encomendero. Pero porque no aya duda, está ordenado, que en los títulos no se nombre a marido i muger, sino que se hagan en cabeça del marido”. LEON PINELO, Op. cit., Fols 25 y 26, & 21.

31 Cap. de carta de primero á Diciembre de 1573: “I porque estando ordenado, que la hija, que sucediesse en Encomienda, se casasse dentro de un año, como queda dicho, parece que se insinuava lo mismo en la muger que sucediesse al marido, si quedasse de edad suficiente para segundo matrimonio, como la ley mandó, que casando con hombre, que tuviesse otra Encomienda, escogiesse una de las dos, i vacasse la otra: declaróse, que la que assi escogiesse fuesse con las calidades que tuviesse de primera, o segunda vida; de suerte, que escogiendo la de la muger, vacasse con la muerte della”. LEON PINELO, Op. cit., Fol. 25, & 20.

be de haber vivido casada legítimamente con él al menos seis meses contados día a día³². Y, —Cédula 4 de Marzo de 1607, “Las mugeres suceden en quarta vida”: se admite a las mujeres en la sucesión de las encomiendas de sus maridos en cuarta vida³³.

Así mismo de la obra de SOLORZANO Y PEREYRA resaltamos el Capítulo XXII que titula “De la sucesión de las mugeres en las encomiendas de los maridos; y si gozan de ella las esposas de futuro, y de presente, antes de haver consumado el matrimonio, y están en mutua cohabitacion?”, porque trata de todas las cuestiones que se pueden suscitar en esta sucesión, y las refunde de forma magistral en el sumario: “1.— las mujeres suceden a los maridos a falta de hijos; 2.— la mujer no sucede en el feudo del marido; 3.— razón por la cual las mujeres suceden en las encomiendas; 4.— la hija sucesora se ha de casar dentro de un año; 5.— los encomenderos edifiquen casa de piedra; 6.—¿por qué a las viudas no se les pone el gravamen de casarse?; 7.— con las encomiendas hallan marido, 8.— el título se despacha en cabeza del marido; 9.— para que la mujer suceda ha de haber estado casada seis meses; 10.— lo mismo el marido; 11.— el matrimonio *in articulo mortis* es válido; 12 y 13.— las esposas de futuro no suceden; 14.— diferencia entre esposa y mujer; 15.— lo mismo será en el matrimonio de presente antes de la edad canónica; 16.— la condición de bodas no se cumple con las inválidas; 17 y 18.— si no se consumó el matrimonio; 19 y 20.— mujeres sólo se llaman las casadas; 21, 22 y 23.— que pasaron a vivir con sus maridos; 24.— etimología de la palabra *uxor*; 25.— el marido puede obligar a la mujer a la cópula si la tiene en casa; 26 y 27.— el ánimo de la ley de la sucesión fue la procreación; 28.— las gananciales no tocan a la esposa; 29.— ni las

32 Cap. de carta de San Lorenzo a 9 de Setiembre de 1577: “No dexando el poseedor hijos, ni hijas, llamó la ley a la muger, que quedava viuda, que fue un singular privilegio. I porque se començó a usar mal del, casandose hombres muy viejos con mugeres moças en la hora de la muerte, con que se perjudicava el derecho de las vacantes: por informe del Virrey don Francisco de Toledo, se declaró; que la muger que huviessse de suceder en la Encomienda del marido, huviessse vivido, casada con el legítimamente, seis meses, los quales se cuentan día a día”. LEON PINELO, Op. cit., Fol 25, & 19

33 Ced de Madrid a 4 de Marzo de 1607: “Para la Nueva-España, como queda visto, se declaró, que huviessse sucession en tercera i quarta vida, que fue ampliacion de la ley: pero esto se denegó en la sucession de las mugeres, quando suceden a los maridos, i se guardó, hasta que por nueva merced i concession, se mandó, que por dissimulacion gozassen de la tercera vida: i por la identidad de la razon, i en caso favorable, gozarán tambien de la quarta, que está concedida indistintamente”. LEON PINELO, Op. cit., Fol 26, & 22.

arras; 30.— en estos casos no hay extensión de casadas a esposas; 31.— en los estatutos que dan a la mujer parte de la herencia del marido se entiende consumado el matrimonio, no basta haber tenido cópula antes; 32.— fundamentos a favor de la esposa; 33.— el matrimonio de futuro es matrimonio, ¿y si el Papa puede dispensar de él?; 34.— el legado hecho a la mujer si se casare se verifica en el matrimonio rato; 35.— desde el día del desposorio se llaman mujeres; 36.— el común estilo es llamarlos mujer y marido; 37.— contraria opinión porque nuestra Señora se llama *innupta*; 38.— velaciones su institución y significación; 39.— a quien convienen las palabras de la ley conviene su disposición; 40.— el ánimo primario de la ley fue remunerar méritos y el secundario la procreación; 41.— es ley favorable y admite extensión; 42.— en los estatutos favorables las palabras mujer marido y matrimonio comprenden a los desposados; 43.— las leyes últimas no derogaron lo favorable de las antiguas; 44 y 46.— por ambas partes hay autoridades; 45.— la cohabitación no impide el que sea matrimonio”³⁴.

Además en el Capítulo XXIII, titulado “Si la ley que llama a las mujeres a la sucesión de las encomiendas de sus maridos á falta de hijos, admitirá por el contrario á los maridos en la de las encomiendas de las mujeres, y del matrimonio putativo, ó presunto?”, SOLORZANO Y PEREYRA sigue desarrollando los principios que pueden acarrear conflictos³⁵.

Y, en el Capítulo XXIV, que dedica a “De otras cuestiones prácti-

34 SOLORZANO Y PEREYRA, Op. cit., págs. 245 a 256.

35 SOLORZANO Y PEREYRA, Op. cit., págs. 257 a 267: “1 y 2.— el marido sucede en la encomienda de la mujer; 3.— la regla de los correlativos; 4.— corre en las sucesiones; 5.— cuando milita la misma razón; 6.— procede en lo odioso; 7.— a la mujer pobre se le da la cuarta y se extiende al marido; 8 y 32.— al marido no se le puede convenir más que a lo que pueda, se extiende a la mujer; 9, 10, 33, 34 y 35.— las condiciones puestas en los legados de no casarse las mujeres se extienden a los maridos; 11.— el estatuto aunque sea exorbitante si dispone en el marido se extiende a la mujer; 12 y 13.— el que dispone que el marido que deja hijos, y a la mujer por usuaria se entiende en lo que necesitare para alimentos; 14.— motivo por el que la ley no expresó a los maridos; 15, 16, 36 y 37.— disimulación de la tercera vida en Nueva-España; 17.— la sucesión recíproca se continuó; 18.— la observancia explica los casos dudosos de la ley; 19.— se presume que el Príncipe quiere lo mismo; 20 y 21.— caso ventilado en Lima, consulta del Consejo sobre más vidas de las dos y su resolución; 22 y 23.— opinión contraria, la ley clara no admite declaraciones; 24.— ni por igualdad ni mayoría de razón; 25.— para la regla de los correlativos ha de haber la misma razón; 26.— la razón de admitir a las mujeres no milita en los maridos; 27.— la mente de la ley es su alma y la desautoriza quien lo interpreta; 28.— antiguamente las encomiendas eran *amovibles al nutum*, y esta ley de las mujeres fue correctoria de la otra; 29.— en este caso no se da extensión; 30.— limitase cuando en la ley se expresa la razón; 31.— las leyes

cas, que pertenecen á este punto de la sucesion de las mugeres en las encomiendas de sus maridos”, examina los casos usuales relativos a esta materia³⁶.

La abundante regulación sobre la institución de la Encomienda, sin duda surgida por los grandes debates que sobre la misma se suscitan, se recoge en el Libro VI de la Recopilación de Indias de 1680, pero que aunque este Cuerpo normativo obliga en las Indias en general, al ser el Derecho indiano un Derecho casuístico, las normas no se aplican en todos sus territorios de la misma forma. A pesar de la promulgación de la Recopilación, el derecho anterior se aplica con prioridad.

En Indias los textos legales presentan una voluntad pero no una realidad, y las circunstancias particulares de cada zona alteran la teoría de esta institución concreta y de todas las instituciones en general. Como dice DÍAZ REMENTERIA: “Existió una normativa de carácter general para todas las Indias, pero sobre todo una normativa elaborada y promulgada en los virreinos, normativa ésta que no siempre debió de co-

de la opinión contraria se entienden en igualdad de razón; 36.- no se halla ley expresa a favor del marido; 38.- las leyes o rescriptos dados para una provincia corren en todas las de aquel distrito, si se despachan con este ánimo allí; 39.- si no hay observancia no se prescriben; 40.- basta que el matrimonio sea putativo; 41.- si uno tiene buena fe éste goza los privilegios, el de mala fe todo lo pierde, en duda se presume buena fe; 42.- lo mismo se debe practicar en el matrimonio presunto en que han pasado diez años”.

36 SOLORZANO Y PEREYRA, Op. cit., págs. 269 a 279: “1 y 2.- propone la cuestión de si el que se casó con viuda encomendera en segunda vida por el nuevo título se hace encomendero en primera vida; 3.- razón del marido en virtud del nuevo título; 4.- fúndase en la ley; 5.- es de causa onerosa la concesión; 6.- no se pueden dar en dote los feudos si no es consintiendo el Señor; 7.- resuelve contra el marido; 8.- fuerza de las palabras *dichos* y *así*; 9.- si la ley no quiere esto en los hijos menos lo querrá en los maridos; 10.- fuera absurdo atender más al marido que a los hijos; 11.- si el estatuto excluye de la herencia a las hijas dotadas también excluirá a las hijas de estas hijas; 12.- el llamado primero es predilecto y tiene facultad de elegir; 13.- algunos Gobernadores no quieren despacharles títulos; 14.- ley que quitó las dudas; 15.- muerta la mujer cesa la encomienda en el caso figurado, si el marido tenía encomienda en primera vida y la mujer en segunda y eligió la de la mujer la tendrá por una vida; 16.- en algún tiempo se dudó de si las encomiendas se habían de dar *ad nutum*, fuerza de la palabra *hasta aquí*; 17.- ley referente y ley relata como se entienden; 18.- en el Perú no hay marido que pida en la Nueva-España ¿por qué?; 19.- si en tercera o cuarta vida hay hijos y marido quién ha de suceder; 20 y 21.- pleito en estos términos; 22 y 23.- fundamentos a favor del hijo; 24.- si la mujer encomendera deja hijo de su primer marido y otro del segundo cual de los dos hijos sucederá en la tercera o cuarta vida; 25 y 26.- fundamentos a favor del primogénito; 27.- ejecutoría a favor del segundo, reserva de los bienes maternos; 28, 29 y 30.- la viuda que tiene encomienda de su marido si se casa con encomendero ha de dejar una; 31.- esto proviene de la incompatibilidad; 32.- la admisión de una es exclusión de la otra; 33.- para la elección hay tiempo señalado, hecha una vez no

nocerse en el Consejo de Indias. Normativa –globalmente considerada– que fue objeto de su interpretación y que planteó diversos problemas en orden a su vigencia”³⁷.

Un claro ejemplo de ello es el referido a la península del Yucatán³⁸, donde no había más aprovechamiento y aliciente que el tributo de los indios para compensar los servicios prestados. En esta Provincia es fundamental la institución de la encomienda, no sólo por el número de las que se dieron, sino también por la cantidad de indios que tenía cada una, debido al sistema de tasación, en el que además de los indios casados, pagan tributo los solteros y los viudos, tanto hombres como mujeres.

Por otra parte, como la mujer casada puede suceder en la encomienda de su marido, en Yucatán se llega a tal abuso en la práctica de esta normativa, que se producen numerosos pleitos por casos de matrimonios *in articulo mortis* de encomenderas jóvenes con encomenderos viejos y sin herederos, para poderles suceder en sus encomiendas³⁹.

La mujer casada también puede ser pensionaria sin ninguna limitación, dado que esta merced además conlleva la exención de cargas militares. GARCÍA BERNAL dice al respecto y en lo que se refiere a las mujeres de la Provincia de Yucatán: “Las concesiones de pensiones se multiplicaron en Yucatán, siendo especialmente favorecidos con ellas las mujeres y los menores de edad, una vez levantada la prohibición que pesaba sobre ellos, quizás debido a la exención de cargas militares que gozaban estas mercedes. Se llegó a tal punto en esta cuestión, que muchas encomiendas, al quedar vacantes, eran proveídas de nuevo en calidad de pensión y no como tales encomiendas, con lo que, evidentemente, se evadía el servicio debido a la Corona”⁴⁰.

Por lo que concierne a otra institución propia del Derecho indiano co-

se puede variar; 34, 35 y 36.– se casó con doña Francisca Pizarro hija del Conquistador; 37.– el autor fue de opinión contra esta hija; 38.– porque la ley prohíbe el concurso de encomiendas en todos los casos; 39.– la disposición de la ley general se restringe a los términos de la sujeta materia porque no turbe la buena jurisprudencia”.

37 DÍAZ REMENTERÍA, Carlos, “Aproximación al estudio de un privilegio del indio: la exención de alcabala”, en *HID*, 11, 1984, pág. 315.

38 GARCÍA BERNAL, Manuela Cristina, “Población y encomienda en Yucatán bajo los Austrias”, Sevilla, 1978.

39 GARCÍA BERNAL, Op. cit., págs. 216 y ss.

40 GARCÍA BERNAL, Op. cit., págs. 235 y 236.

mo es el Cacicazgo, SOLORZANO Y PEREYRA en el Libro Segundo, Capítulo XXVII de la "Política Indiana", que trata "De los caciques ó curacas de los Indios, su jurisdicción y sucesion, y del cuidado que se debe poner en la buena educación y enseñanza de sus hijos", mantiene en los números 14 al 22 que debe aplicarse en la sucesión de la dignidad cacical, la normativa de la sucesión de los mayorazgos y la costumbre existente en diversas comunidades indígenas peruanas; por lo que la mujer puede suceder, pues el grado más próximo excluye al más remoto, con independencia de que se sea varón o hembra⁴¹.

Pero este criterio no fue aceptado por todos. Se suscitan discusiones doctrinales sobre el grado de capacidad de las mujeres indias para suceder en los cacicazgos, y en Perú el propio Virrey Francisco de Toledo promulga unas Ordenanzas que establecen la preferencia de los varones sobre las hembras en la sucesión de cacicazgos, excluyendo en caso de concurrencia de los dos sexos a las mujeres, aún cuando éstas fueran de grado más próximo. Sobre esta cuestión dice DÍAZ REMENTERIA: "Se plantea Solórzano una discusión puramente terminológica al examinar las Ordenanzas de Toledo. Para él el hecho de que este virrey sólo se hubiera referido a los varones pero no a las hembras podía ser un obstáculo para admitir a la mujer en la titularidad del cacicazgo, problema que resuelve a favor de ésta amparándose en la costumbre conocida en algunas comunidades de indios, en especial estando casada con varón que pudiera hacerse cargo de las funciones de gobierno, y en la práctica existente con respecto a la sucesión de señoríos en España (punto éste en el que no dejaría de tener presente la disposición de 5 de abril de 1615 reconocedora de los derechos a suceder en la titularidad de los mayorazgos a los descendientes por vía de mujer). Como puede apreciarse nos está confirmando en lo que llevamos expuesto: distinción entre dignidad cacical y titularidad de gobierno, valor de la costumbre propia de cada comunidad y tendencia a establecer una relación comparativa igualitaria o, al menos, una cierta semejanza"⁴².

Hasta aquí lo que se puede indicar de excepción en la condición jurídica de la mujer casada en Indias con respecto a la regulación general de

41 SOLORZANO Y PEREYRA, Op. cit., T. I, págs. 408 a 410.

42 DÍAZ REMENTERIA, Carlos, "El cacique en el Virreinato del Perú. Estudio histórico-jurídico". Sevilla, 1977, pág 167, nota 16.

la capacidad jurídica de la mujer casada castellana, porque los habitantes de las Indias son vasallos al igual que los peninsulares de la Corona de Castilla, y porque no se intenta una estructuración jurídica nueva, sino que se acude al Derecho castellano declarado vigente, las Leyes 54 a 61 del Ordenamiento de Toro de 1505 en el tema objeto de este estudio. Sólo cuando exigencias ineludibles debidas a una realidad nueva obligan una regulación especial, se dicta una norma para resolver la dificultad del momento, si bien es verdad que afectada frecuente y constantemente por los caracteres originarios castellanos. Como en tantas otras instituciones indianas escasea la norma general y abunda la excepcional, por lo que la proyección del Derecho castellano es absoluta en lo que se refiere a la condición jurídica de la mujer casada en Indias.

Cáceres, noviembre, 1991