

Dr. Matzo Goldstein
DERECHO HEBREO



Segunda Entrega
Capítulos 8 al 16

Ediciones Fundación Internacional Raoul Wallenberg
Casa Argentina en Israel Tierra Santa, 2010

CAPÍTULO VIII

DE LAS DIVERSAS CLASES DE PENAS

SUMARIO: 1. Carácter, de las sanciones. — 2. La pena de muerte. — 3. El suplicio del fuego. — 4. La lapidación. — 5. Decapitación. — 6. "Caret" o exterminación. — 7. Látigos o azotes. — 8. Estrangulamiento: asfixia. — 9. La pena de prisión. — 10. La internación: ciudades de asilo. — 11. La pena pecuniaria. — 12. El jere: anatema. — 13. La pena del Talión.

1. — CARÁCTER DE LAS SANCIONES — Para los diversos delitos castigados por la ley eran numerosas y muy variadas las penas establecidas en la Biblia. Un juicio crítico moderno, habituado a las corrientes criminalistas que combaten la aplicación de la pena como una venganza, pública o privada, contra el delincuente ; o superando ésta etapa, para llegar a las escuelas positivistas que ven en el que delinque a un elemento a quien debe segregarse como un peligro para la comunidad, y aun aquellas tendencias que se especializan en curar al delincuente como a un ente enfermo, un inadap-tado social, al que la sociedad debe regenerar para restituirlo a su seno, como elemento constructivo, un análisis tal de las penas instituidas por la legislación mosaica, no nos conduciría, sin duda, a resultados edificantes. Pero si se juzga a la luz de aquellos tiempos primitivos, en que las pasiones debían ser reprimidas con la violencia y donde el temor a Dios venía unido a las más graves amenazas de calamidades y desgracias; en aquellos días aurales de la civilización era preciso organizar un sistema de penalidades y castigos que frenaran los impulsos y condujeran a la sociedad dentro de carriles de hierro. Y aun así, comparativamente, los castigos legales contra los transgresores del precepto bíblico eran mucho más suaves y más humanos que los atroces sufrimientos inferidos por las leyes de otras naciones contemporáneas.

“No ha habido en la antigüedad —afirma I. S. Algazi— pueblo alguno más respetuoso de la vida y libertad del semejante, aun

del criminal, que el pueblo hebreo. En épocas en que la vida del individuo era tan poco estimada, en que reyes, príncipes y señores tenían sobre sus súbditos el derecho discrecional de vida y muerte, sin que nadie pudiera tener la osadía de pedirles cuentas de sus actos, existía entre los judíos un conjunto tal de garantías de justicia hacia los convictos de algún delito, que con toda razón podemos enorgullecernos de haber sido nuestros antepasados sus creadores."

2. – LA PENA DE MUERTE. – En la Introducción a la parte del Derecho criminal hemos formulado ya observaciones de carácter general acerca de la existencia legal y de la aplicación de la pena de muerte entre los hebreos.

Según hemos dicho, la Biblia admite y prescribe la pena de muerte para ciertos delitos de un grado tal de gravedad, que ponen en peligro la estabilidad del orden social y la vida de los individuos.

Antes de Moisés, se admitía la última condena para algunos crímenes; Moisés no pudo sustraerse a dicha institución que, por otra parte, figuraba en la práctica y en las leyes de todos los países contemporáneos. Pero así como hiciera con otras instituciones procuró reglar de tal manera la aplicación del último castigo, y discriminó de modo tan sutil los requisitos para que un crimen sea pasible de la pena de muerte, así como las normas procesales que debían observarse, que prácticamente los casos de aplicación se hicieron muy escasos, y ello ocurría después de cumplirse una serie de formalidades judiciales muy complejas.

No sólo el homicidio intencional era castigado por la Biblia con la pena de muerte, sino también los delitos contra la divinidad y algunos de los más graves atentados contra la moral y las buenas costumbres.

La Ley rabínica no suprimió, por cierto, la pena de muerte. Ello habría importado un alzamiento contra la legislación que Moisés había creado, por inspiración divina. Pero los talmudistas —afirma Guinzburg— se ingeniaron en formular para testigos y jueces requisitos tan complicados, que en la práctica resultaba imposible toda condena a muerte.

Según lo hemos destacado, la parte del Talmud que trata de la pena de muerte, consagra, en realidad, la abolición de la pena capital. Esta es reemplazada por la reclusión a perpetuidad, sin trabajos forzados, para los homicidas. En cuanto a los otros crímenes que la Biblia castiga con la última pena, el Talmud caSi concluye por suprimirla. Vale la pena considerar que tres crímenes que para la Biblia asumían el carácter de *monstruosos*, se convirtieron en la época talmúdica en verdaderos anacronismos. Ellos eran: el

derecho del progenitor a dar muerte a su *hijo perverso y rebelde*, la destrucción violenta de una comunidad por el crimen de paganismo y la pena de muerte para los testigos desmentidos por coartada (*alibi*).

Ahora bien, la última pena se aplicaba de diversas maneras, en atención a la naturaleza del delito y a sus circunstancias particulares. A ello se debe que entre los modos de ejecución de la pena de muerte en la legislación mosaica existan diversas formas, de entre las cuales destacaremos las más habituales, formulando sus características esenciales y tratando de evidenciar, en cada caso, cuál ha sido la tendencia de los talmudistas en el sentido de eliminar toda crueldad inútil, y hasta de abolir del todo la institución.

3. — EL SUPLICIO DEL FUEGO. — Este castigo, que adquiría la jerarquía de una pena legal, se halla ordenado por el *Levítico*, que en el capítulo XX, versículo 14, dispone ésta pena para el incestuoso, que después de haber desposado a la hija, intenta desposar a la madre; en este caso, los tres culpables debían ser entregados a las llamas. En el capítulo XXI, versículo 9, se establece la misma penalidad para la hija del sacerdote *cohen* que se abandona a la fornicación. Según el *Génesis*¹, ésta pena era la que mayormente se aplicaba al adulterio, considerado entre los crímenes monstruosos y según el *Libro de Josué*^{1a}, se hacía posible del castigo a los ladrones sacrílegos. El *Deuteronomio* aclara que la pena del fuego se imponía, asimismo, a las ciudades que se entregaban a la idolatría². En cuanto a esta última condena, afirman los exégetas de la Biblia, que jamás se aplicó la hoguera a toda una comunidad, si bien los historiadores romanos se complacen en recordar el caso de Sodoma y Gomorra, ciudades que habrían sido incendiadas por Jehová, en castigo de sus prácticas.

A estar al testimonio de algunos doctores de la Sinagoga, la muerte por la hoguera tenía por objeto "grabar en el espíritu del pueblo el horror hacia el crimen cometido", considerándosela de todas maneras, una ejecución "excepcional y extraordinaria".

El Talmud si bien no ha suprimido ninguna de las penalidades establecidas por la Ley mosaica, se muestra afanoso de introducir normas que hagan cada vez más difícil, y aun imposible, la aplicación de la última pena por medio de la hoguera.

Existen, no obstante, minuciosas descripciones talmúdicas, acerca de éste género de ejecución. La *Mishná* (fol. 52), determina

1 *Genesis*, capítulo XIX, versículo 13. la

1^a *Josué*, capítulo VII, versículos 13-15.

2 *Deuteronomio*, capítulo XIII, versículo 15.

que el que es condenado a ser quemado, es enterrado en la tierra blanda, hasta las rodillas, a fin de que no le sea dable moverse. Luego se le envuelve el cuello con un paño duro, que está a su vez envuelto en una tela más blanda, para no herir el cuello; acto seguido dos personas tiran, la una de una de las puntas del paño duro, y la otra, de la otra punta, a fin de que el condenado se vea forzado a abrir la boca. Hecho esto, se vierte en la boca del desdichado plomo derretido, que le hará quemar las entrañas, hasta producirle la muerte.

Este método, que podía haberse sustituido simplemente con la hoguera que quemase todo el cuerpo, se empleaba —a estar al testimonio de los rabinos— para ahorrarle sufrimientos al condenado.

Una *Mishná*, en otro pasaje (fol. 75) determina a los delinquentes que han de ser condenados a la hoguera; ellos son la hija de un sacerdote (*cohen*), desposada o prometida en nupcias, que comete adulterio ; el que lo comete con la madre de su esposa; con su hija; con la hija de su hija; con la hija de su hijo; con la hija de su esposa; con la hija de la hija o de los hijos de su esposa; en fin, el que lo comete, sea con su nuera, sea con la madre de su nuera o la madre de su suegro.

Refiriéndose a la muerte por la hoguera, como a otros castigos infligidos por la ley contra los crímenes monstruosos, dice el doctor Rabinowicz en el Prefacio de su *Legislación Criminal del Talmud*: "En cuanto al modo de ejecución, Moisés introdujo una reforma considerable. Todo el mundo quería participar en esta guerra de la sociedad contra el monstruo que la amenazaba: no se podía contener a la multitud; todo el mundo aportaba su piedra al edificio. Pero dijo Moisés: *Que nadie lo toque* (al condenado) *antes de los testigos, es decir, antes de que éstos estén convencidos de que el crimen ha tenido lugar realmente; de lo contrario, un alboroto popular, que puede propagarse a propósito de nada, sería a menudo funesto para los inocentes*³. Los talmudistas han cambiado completamente el modo de ejecución, y de un ataque popular, ciego, furioso, han hecho una ejecución judicial, reglada y rodeada de todas las precauciones establecidas por el deseo de cuidar la vida del acosado y de disminuir sus sufrimientos, si la muerte era inevitable."

4. — LA LAPIDACIÓN. — Era el medio más frecuente para la ejecución de los condenados a la última pena, al punto de que cuando la ley disponía la pena de muerte sin especificar el género, se aplicaba la lapidación. Sin embargo, Pastoret no comparte este

3 *Deuteronomio*, capítulo XVII, versículos 6 y 7.

último criterio, afirmando que "la severidad de esta pena hace su opinión inverosímil". Y agrega: "Este suplicio era ya conocido antes de Moisés, porque se sabe que los israelitas a quienes conducía, fatigados por los males que padecían, y atribuyéndole la causa de ellos, quisieron apedrearle"⁴.

La Biblia ordena la aplicación de esta pena para los delitos de adulterio, blasfemia, incesto, violación de la santidad del Sábado, cultos a dioses paganos, y, en términos generales, para todas las transgresiones graves al culto y a la religión de Jehová. El Levítico⁵ expresa: *Cualquier varón, de los hijos de Israel, o de los extranjeros que peregrinan en Israel, que diere de su simiente a Moloch, de seguro morirá: el pueblo de la tierra, lo apedreará con piedras; Y cualquiera que se echare con la mujer de su padre, la desnudez de su padre descubrió: ambos han de ser muertos; su sangre será sobre ellos*⁶; *Saca el blasfemo fuera del real, y todos los que le oyeron pongan sus manos sobre la cabeza de él, y apedréelo toda la congregación*⁷; *Y el que blasfemare el nombre de Jehová ha de ser muerto: toda la congregación lo apedreará*⁸. Y en el Deuteronomio⁹ se impone la misma muerte a aquellos que rinden tributo a dioses extranjeros, en desmedro del Dios de Israel. Moisés, extremando la severidad de este castigo, impuso la pena de lapidación incluso para los animales, condenando a ser apedreado al buey que quitase la vida a una persona¹⁰. Si se tratase de un animal que hubiere tenido hábito de atropellar a la gente, y el dueño hubiere sido advertido para que lo encerrase, el animal que causó la muerte a una persona, será apedreado y muerto y también el propietario. Si la víctima fuere siervo o sierva, el dueño del animal pagará una multa pecuniaria al amo de la víctima y el buey será apedreado.

El castigo de la lapidación, que no tiene parangón con ninguno de los que imponen las leyes modernas, tuvo amplia difusión, pues se le consideraba como altamente infamante entre los israelitas, a través de todas las épocas.

Según el testimonio digno de todo crédito del doctor Rabinowicz, "la lapidación era la ejecución popular y primitiva, infligida al que había cometido un crimen indignando a todo el mundo, que atacó las instituciones fundamentales de la sociedad, que había cometido

4 Josefo, *Antiq. Jud.*, libro 3.

5 *Levítico*, capítulo XX, versículo 2.

6 *Levítico*, capítulo XX, versículo 11.

7 *Levítico*, capítulo XXIV, versículo 14.

8 *Levítico*, capítulo XXIV, versículo 16.

9 *Deuteronomio*, capítulo XIII, versículo 10.

10 *Exodo*, capítulo XXI, versículos 28, 31 y 32.

un acto escandaloso. El pueblo, enfurecido, no acordaba a nadie el derecho de atacar sólo al enemigo común; todos querían tener su parte en la venganza de la sociedad, todos querían contribuir a esta acción patriótica de librar a la sociedad de un monstruo que la amenazaba".

Los talmudistas, en este caso, como en todos aquellos que traían aparejada una muerte violenta del acusado de un crimen monstruoso, procuraron reglamentar la ejecución, restándole los resabios de barbarie y de furor colectivo, que los caracterizara durante la edad bíblica. El *Tratado Sanedrín* prevé que cuando el acusado es condenado a ser lapidado, se le conduce al lugar destinado a tal efecto. Este lugar se encuentra lejos del asiento del tribunal. Un hombre se coloca en la puerta del tribunal, portando un pequeño banderín en una mano. Otro hombre, montado a caballo, se coloca a una distancia tal que pueda ver el banderín agitado. Si alguien del tribunal dice haber hallado un argumento favorable al acusado, el que se encuentra en la puerta agita el banderín y el jinete corre hasta el sitio de la ejecución para ordenar su suspensión.

Si el propio condenado afirma haber hallado un argumento en su defensa, se le lleva ante el tribunal para examinar la prueba; esta tentativa se repite hasta cuatro o cinco veces, siempre que el acusado aduzca algún argumento razonable. Una *Mishná* expresa que si el condenado, después que ha sido conducido ante el tribunal, ha presentado una prueba favorable y es absuelto, se le pone en libertad de inmediato; si no, se le vuelve a conducir hasta el lugar del suplicio. Un funcionario le precede, proclamando: *Un tal, hijo de tal, va al suplicio por haber cometido tal crimen; tales y tales son los testigos. Si alguien conoce un argumento en su favor, que venga a expresarlo.*

Cuando el condenado llega a una cierta distancia del lugar de suplicio, se le invita a confesar el crimen, indicándole que también el supliciado confeso tendrá su parte en el *olám habá* (vida futura).

El lugar donde se ha de efectuar la lapidación tiene una altura del doble de la estatura de un hombre común. Uno de los testigos arroja al condenado a tierra de manera que éste cae de espaldas; si cayere sobre el corazón, se le vuelve, dice Raschi, porque esta posición es menos humillante para el condenado. Si ha muerto a consecuencia de la caída, se le deja en paz, sin otra ceremonia; si no ha muerto, el otro testigo le arroja una gran piedra sobre el lado del corazón; si aun no hubiera muerto, todos los presentes le rematan a pedradas. Este procedimiento se halla previsto en el versículo 7, capítulo XVII, del *Deuteronomio: La mano de los testi-*

gos será la primera sobre él para hacerlo morir, luego la mano de todo el pueblo.

Repitiendo y ampliando el texto bíblico, la *Mishná* detalla cuáles son los castigados de muerte que deben ser sometidos a la lapidación, y dice: "El que comete un adulterio con su madre, con la mujer de su padre, con la mujer de su hijo, con un hombre, con un animal; una mujer que seduce un animal para que abuse de ella; el que blasfema, el que rinde culto a las divinidades paganas; el que entrega sus hijos a Moloch: el que atendiere a encantadores o adivinos, para prostituirse tras de ellos¹¹; el que profana el día Sábado, el que maldice a su padre o a su madre (abusando del nombre de Dios, agrega Raschi); el que comete un adulterio con una joven prometida que es una *naarah*; el que por seducción determina a un individuo o a toda una ciudad a rendir culto a las divinidades paganas; el hechicero; el niño *sorer o morer* (perverso y rebelde)¹²; el que comete adulterio con la mujer del padre; se aplica igualmente al caso en que la mujer no era más que prometida al padre y aun después que éste último hubiese - muerto. El crimen del adulterio con la mujer del hijo permanece el mismo, cuando ella no hubiere sido prometida del hijo y aun después de la muerte de éste."

La *Mishná* (fol. 54) se pregunta: "¿Por qué el animal con el que un hombre o una mujer ha ahusado, es lapidado? El animal es inocente, pero ha sido la causa de un crimen; o bien, no se le puede dejar vivo, porque viéndolo pasar por la calle, se dirá: *He ahí el animal que ha deshonrado a tal individuo y que ha sido la causa de su condena.*"

5. — DECAPITACIÓN. — Este modo de ejecución no es particular de las leyes hebreas, pues lo han efectuado todos los países del Oriente y se practicó en el Occidente, hasta nuestros días. Lo único que varía es el instrumento cortante que, siendo entre los israelitas un gran cuchillo, un sable o un hacha especial, conforme lo establece el *Tratado Sanedrín* (tomo IV, capítulo VII), entre otros pueblos varía desde la falange oriental, hasta la muy moderna guillotina. La Biblia trae numerosos episodios de ejecuciones efectuadas por decapitación, pena que se consideraba como expresión de vergüenza para crímenes terribles.

Pero a diferencia de las penas de la hoguera y de la lapidación, la decapitación restaba toda participación popular, toda ayuda de la muchedumbre. Era un castigo judicial, inferido para todos

¹¹ *Levítico*, capítulo XX, versículo 6.

¹² *Deuteronomio*, capítulo XXI, versículo 18.

aquellos crímenes que no merecían las dos graves penas antes citadas.

Por su parte, la Ley rabínica sólo condenaba a la decapitación a los culpables de asesinato. La afirmación de ciertos autores en el sentido de que se sometió a decapitación a los habitantes de ciudades culpables de paganismo, está desmentida por el texto de la *Guemará*, que afirma: "La condena de toda una ciudad, por crimen de paganismo, no ha tenido lugar jamás y no será jamás pronunciada."

Leemos en el *Tratado Sanedrín*, que al que se condena a tener el cuello cortado (degollado, decapitado), se le ejecuta por la espada como el *malcut* (el gobierno pagano) lo hace. Rabí Judá reclamó de este sistema de ejecución, por conceptuarlo como extremadamente humillante para el condenado; este talmudista pretendía que se coloque la cabeza del condenado sobre un bloque, para cortarla. Pero los otros doctores hallaban, al contrario, que el método sugerido por rabí Judá haría la muerte aun más humillante.

Siguiendo el criterio de repetir lo aseverado por la Biblia, sin perjuicio de aclaraciones y ampliaciones, el Talmud establece, con toda precisión, cuáles son los crímenes que merecen la aplicación del suplicio del sable, o de la decapitación. En este sentido, dice la *Mishná*: "He aquí los que son condenados a tener el cuello cortado: El asesino y los habitantes de la villa culpable de paganismo 13 Un individuo que ha asesinado a alguno con una piedra o con un instrumento de hierro o que lo ha mantenido debajo del agua o en el fuego, de manera que no pudo salir, es condenado a muerte, pero si poniéndolo en el agua o en el fuego, el otro ha podido salir, el culpable no es pasible de muerte. Si ha excitado a un perro o a una serpiente en contra de alguien, no es condenado a muerte. Si teniendo la serpiente, le hace morder a alguno, rabí Judá dice que el autor de este hecho es condenado a muerte, pero los otros doctores dicen que no."

6. — "CARET" O EXTERMINACIÓN. — El rabino Isaac S. Algazi formula una advertencia que debe tenerse en cuenta cuando se estudia la Biblia en relación con el sistema penal imperante en Judea. "No siempre, cuando la Biblia habla de muerte, debemos entender por ella la pena capital; muchas veces la muerte que se establece para algunos delitos no es real, física, sino civil y política." En efecto, la pena capital por medio del *caret* o exterminación estaba prescrita para ciertas transgresiones que afectan la moral del matrimonio, ciertas leyes ceremoniales de la religión, etcétera.

13 *Deuteronomio*, capítulo XIII, versículo 16.

El *Exodo*¹⁴ amenaza con esta sanción al que ha comido pan con levadura durante los siete días de la festividad de *Pesaj*. El *Levítico* formula igual amenaza del *caret*, al que haya comido carne proveniente de los sacrificios¹⁵. *Números*¹⁶ impone la misma condena al que no haya celebrado la Pascua *no hallándose en viaje*. El *Levítico*¹⁷ extiende la pena al que haya dejado de observar reglas imprescindibles de higiene sexual.

Como se advierte, se entiende por *caret*, o exterminación, más que un castigo legal, judicial, una pena aplicada por Dios mismo, que no se confiaba a la justicia de los hombres.

Según el Talmud, constituía un *caret*, una pena de exterminación infligida por el cielo a los individuos que cometen ciertos crímenes, que podían consistir en la muerte prematura del culpable sin dejar descendientes.

En prueba de que la legislación mosaica y talmúdica en ningún caso admitía una acumulación de penas, la *Mishná* determina que el que ha cometido crímenes que merezcan la pena de *caret*, habiendo ya sufrido la pena del látigo o de los azotes, Dios lo absolverá de la pena de *caret*, porque el culpable ha recibido la afrenta del látigo, ha expiado ya su crimen y en adelante *ha vuelto a ser hermano* nuestro.

7. — EL LÁTIGO O AZOTES. — Entre los pueblos de la antigüedad, los azotes con diversos instrumentos constituían el castigo más frecuente, especialmente para los delitos más leves, que no merecieran la última pena. Moisés reglamentó el castigo, limitando el número de los azotes, a cuarenta por vez. Según Pastoret, se contaban en la Biblia hasta ciento sesenta y ocho delitos que debían purgarse con los azotes. Según una afirmación de Rabinowicz, un talmudista ha encontrado que hay doscientos cuarenta y ocho preceptos y trescientos sesenta y cinco prohibiciones bíblicas, cuya violación da motivo para la pena del látigo. "Pero la transgresión de una ley —afirma el erudito rabino— puede tener lugar de dos maneras: se transgrede una ley por un acto, haciendo lo que no se debería hacer; se puede también transgredir una ley por una omisión: no haciendo lo que se debería hacer. En la Biblia no se encuentra ninguna distinción entre estas dos clases de transgresiones. Pero la Ley rabínica castiga sólo las transgresiones por actos, y ella suprime así las transgresiones contra los doscientos cuarenta y

14 *Éxodo*, capítulo XII, versículo 15.

15 *Levítico*, capítulo VII versículo 20.

16 *Números*, capítulo IX, versículo 13. 17. *Levítico*, capítulo XX, versículo 18.

ocho preceptos y las prohibiciones en que la transgresión no ha sido hecha por algún acto. De esta manera, la Ley rabínica ha suprimido de la legislación penal más de la mitad de los crímenes que debían ser castigados con la pena del látigo.

El Talmud se ocupa minuciosamente de este género de castigo. En el *Tratado Macót* se determina que "son condenados a la pena del látigo: el que comete un adulterio con su hermana, con la hermana de su padre, la hermana de su madre, la mujer de su hermano (viuda o divorciada), la mujer del hermano de su padre, la mujer que se halla en el período menstrual; un gran sacerdote que toma como esposa a una viuda, a una divorciada o el que practica la ceremonia del descalzamiento¹⁸; un israelita que toma como esposa a una bastarda, o una mujer israelita que toma como esposo a un bastardo; un individuo impuro que ingiere comidas sagradas o que penetra en un templo; el que come la grasa prohibida de los animales o bebe su sangre; el que ingiere los restos de los sacrificios¹⁹ o los restos de los sacrificios llamados *pigul*²⁰, o de la carne sagrada vuelta impura²¹; el que ofrece sacrificios fuera del templo; el que come pan con levadura durante la fiesta de Pascua; el que come o el que trabaja durante el día del Gran Perdón (*Yom Kipur*): el que hace para su uso una composición como la del aceite de unción sagrado²² o como el del perfume sagrado²³; el que se o los restos de los sacrificios llamados *pigul*²⁰, o de la carne saanimal *nebelá* (muerto de su muerte natural) o *trefá* (destrozado por un animal carnívoro o sacrificado sin cumplir preceptos talmúdicos); el que come reptiles prohibidos; el que come frutos de la tierra antes de haber destinado su parte al *cohen* y al *levita*²⁵; el que come el diezmo del *levita* donde no se ha dado su parte al *cohen*: al que come el diezmo de las cosas sagradas antes de haberlas cosechado".

La *Mishná* dispone la prohibición de arrancarse los cabellos y de inferirse heridas a consecuencia del sentimiento de pesar que se exterioriza ante un muerto querido, reeditando así la prescripción bíblica del *Levítico*"; igualmente es sometido al látigo quien

18 *Deuteronomio*, capítulo XXV, versículo 9.

19 *Éxodo*, capítulo XXIX, versículo 34.

20 *Levítico*, capítulo VII, versículo 18; capítulo XIX, versículo 7.

21 *Levítico*, capítulo VII, versículo 19.

22 *Éxodo*, capítulo XXX, versículo 32.

23 *Éxodo*, capítulo XXX, versículo 37.

24 *Éxodo*, capítulo XXX, versículo 32.

25 Los levitas constituían una de las clases al cuidado del templo.

20 *Deuteronomio*, capítulo IV, versículo 1.

se afeita el rostro enteramente y se arranca las patillas de cierta manera²⁷.

El profundo respecto ofrendado por la legislación hebrea hacia la integridad física, se trasunta en numerosas disposiciones que tienden, todas, a su salvaguardia. Así, se prohíbe severamente toda suerte de incisiones y tatuajes en el cuerpo, bajo pena de azotes, repitiendo el Talmud la prohibición bíblica del *Levítico*²⁸.

El castigo es reglado de tal manera, en todos los casos en que procede, que se procura evitarle consecuencias ulteriores al condenado. Ya hemos dicho que Moisés realizó un decidido avance al limitar a cuarenta el número de los golpes de látigo, ya que no pudo hacer desaparecer totalmente este muy antiguo modo de administrar justicia. El *Deuteronomio*²⁹ se detiene en forma minuciosa sobre este castigo legal y determina: *Cuando hubiera pleito entre algunos y vinieron a juicio y los juzgaren, y absolvieren al justo y condenaren al inicuo; será que, si el delincuente mereciese ser azotado, entonces el juez lo hará echar en tierra, y harále azotar delante de sí, según su delito, por cuenta: harále dar cuarenta azotes, no más; no sea que, si lo hiriere con muchos azotes a más de éstos, se envilezca tu hermano delante de sus ojos.*

Como se advierte, la pena debía suministrarse en presencia y con intervención personal del juez, requiriéndose, expresamente, que el número de azotes no excediera el de cuarenta. La lógica de las disposiciones es irrefutable y evidencia la garantía establecida por la ley para evitar el sufrimiento inútil y la lesión orgánica que pudiera agravar la pena.

La *Mishná* dispone, comentando el precepto del *Deuteronomio*: "El que es condenado a la pena del látigo recibe cuarenta menos uno, es decir, treinta y nueve; rabí Judá dice cuarenta"³⁰. Es necesario examinar de inmediato la constitución y el estado de salud del ajusticiado, para saber si podrá soportar ese número de golpes; pero los expertos deben fijar siempre un número que pueda dividirse en tres partes iguales. *Verbigracia*: Si ellos creen que el culpable podrá soportar el número reglamentario de azotes, de treinta y nueve (según la opinión de rabí judá) y, después de habersele dado algunos se advierte que hubo una equivocación y el condenado no podrá soportar el número íntegro de treinta y nueve golpes, éste es absuelto. Si se ha juzgado originariamente que el culpable no podrá soportar más de dieciocho golpes, y des-

²⁷ *Levítico*, capítulo XIX, versículo 27.

²⁸ *Levítico*, capítulo XIX, versículo 28.

²⁹ *Deuteronomio*, capítulo XXV, versículos 1-3.

³⁰ *Deuteronomio*, capítulo XXV, versículo 3.

pués de propinárselos se advierte que podría soportar todos los treinta y nueve, es igualmente absuelto después de haber recibido dieciocho."

El principio contenido en la mayoría de las legislaciones criminales, de estar siempre a favor del reo, está nítidamente anunciado en la Ley mosaica, mejorada y perfeccionada por la rabínica.

Leemos en la *Mishná*: "Si un hombre ha cometido un crimen por el cual es condenado dos veces a la pena del látigo, debe recibir, en ese caso, setenta y ocho golpes, por haber transgredido dos veces. Si los expertos lo examinan a los efectos de los dos castigos a la vez, el culpable recibe el número de golpes que éstos han fijado y es absuelto. Pero si ellos no lo han examinado más que para un sólo castigo, el culpable recibe el número fijado para la primera transgresión, y después de su curación, recibirá todavía los golpes por la segunda transgresión."

En todos los preceptos se advierte el propósito de suministrar la pena en forma tal que no exceda la justicia del castigo y no afecte la integridad física y orgánica del condenado.

En otra parte, la *Mishná* explica, en forma detallada, la manera de ejecutar la pena del látigo. Según ésta, la pena se aplicaba así: se ataban las dos manos del culpable a una columna. El *jazán* (servidor de la comunidad; moderno verdugo, aunque de distinta jerarquía) asía la vestimenta del condenado, con miras a desgarrarlo y de descubrir el pecho; detrás del culpable existía una enorme piedra. El *jazán* se colocaba de pie cerca del culpable, ostentando en una mano un cinturón de piel de carnero doblado en cuatro; a éste cinturón se hallaban cosidas dos tiras de piel de asno. El mango (la extremidad) del cinturón era del largo de un *tofá* (su dimensión estaba calculada para no exceder el volumen de la espalda del condenado). Se dividía el número de golpes fijado previamente por los expertos, en tres partes, para dar al culpable un tercio por delante y dos tercios por detrás. El culpable no se encontraba durante el suplicio, ni de pie, ni acostado, sino inclinado. El *jazán* castigaba con una sola mano y con todo su vigor. El heraldo leía el pasaje: *Si tu no observas y si tu no ejecutas los preceptos de ésta ley... Dios te golpeará...*³¹; después, recomenzaba y decía: *y vosotros observareis las palabras de ésta alianza...*³²; para retornar a la letanía: *...y El es misericordioso, El perdona el Pecado...*³³; y recomenzaba... (Si el castigo no había terminado aún).

Si el culpable resultaba muerto a consecuencia de los golpes,

31 *Deuteronomio*, capítulo XXVIII, versículos 58 y 59.

32 *Deuteronomio*, capítulo XXIX, versículo 9.

33 *Salmos*, capítulo LXXVIII, versículo 38.

el *jazán* que lo ha golpeado, no tenía responsabilidad alguna; pero si el *jazán* había agregado un solo azote a los que estaban prefijados, y el culpable resultaba muerto, el *jazán* era condenado a la internación en una ciudad de refugio.

El Talmud exterioriza la tendencia habitual de la Ley rabínica orientada hacia la supresión de la pena violenta. En efecto, vemos preceptos como éstos, que demuestran en forma palmaria el propósito de abolir los castigos corporales, entre ellos el del látigo. "Si el culpable, después de ser atado a la columna, llega a librarse de sus ligaduras y se fuga, es absuelto, puesto que la fuga es bastante afrenta para él. Si el látigo se ha destrozado al primer golpe, el culpable es igualmente absuelto"³⁴.

8. — ESTRANGULAMIENTO, ASFIXIA. — Cuando la Ley bíblica establecía la pena de muerte para determinados delitos monstruosos, sin especificar la forma en que debía llevarse a cabo la ejecución, se acudía al estrangulamiento. Esta forma de eliminación legal del condenado a la última pena, se basaba, según los tratadistas en el principio *stam mita*: el castigo de muerte en que el género no es indicado, ni puede ser otro que el estrangulamiento. ¿Por qué? No hay otro motivo, dicen los doctores, que el que se encuentra en el Talmud: que el estrangulamiento hace sufrir menos a la víctima que el sable. Y la verdad de esta afirmación ha sido confirmada por la fisiología moderna.

La *Mishná* (fol. 84) especifica los casos de ejecución por estrangulamiento, y dice que es condenado a ésta pena: el que golpea a su padre o a su madre: el que roba (Secuestra) a una persona; el anciano que produce o agita para un alzamiento contra una decisión del Gran Sanedrín de Jerusalén (desacato)³⁵; el falso profeta; el que profetiza en nombre de una divinidad pagana; el que comete adulterio con una mujer casada; los falsos testigos que han depuesto que la hija de un *cohen* ha cometido adul-

34 Tratado *Macót*, fol. 23.

La pena del látigo, infamante y cruel, no ha sido aún extirpada de las leyes y usos de algunos países, no sólo en el Oriente sino también en Occidente. Se realiza en la misma forma que en la antigüedad, es decir, en un lugar público y en presencia de a muchedumbre que asiste clamorosa a un espectáculo ciertamente denigrante para la dignidad humana. Dentro del régimen penal colonialista de Gran Bretaña se acude con lamentable frecuencia a esta pena, y en los últimos tiempos hemos sabido de la aplicación del suplicio del látigo impuesto a Jóvenes israelitas habitantes de Eretz Israel, que se alzaron contra el despotismo de a potencia mandataria.

35 *Deuteronomio*, capítulo XVII, versículo 12.

terio y han sido desmentidos por una coartada (*alibi*) el que comete adulterio con la hija de un *cohen*, siendo esta casada.

El suplicio de la *sofocación* o de la *asfixia*, se hallaba muy extendido entre los hebreos, aplicándose a todos aquellos casos en que la pena de muerte no establecía el género de ejecución, "cuya razón tomaba su origen de la misma humanidad, pues los judíos estaban penetrados de la máxima ³⁶, de que cuando un reo debía perder la vida, pero que el legislador no había determinado el género de suplicio, se debía escoger el menos cruel y afrentoso" ³⁷.

Según la *Mishná*, el que es condenado a la pena de ser ahogado (o asfixiado) es hundido en un muladar hasta las rodillas, para impedirle todo movimiento; luego se le envuelve el cuello con paño duro, el que a su vez se halla recubierto de un paño blando, para no herirle, y luego dos personas tiran, una de cada punta del paño, hasta que el condenado muere por asfixia.

Se lee en una *beraitá* ³⁸, que si por un obstáculo cualquiera no se puede ejecutar al condenado por el género de muerte prescrito para su crimen, se puede matarle de cualquier modo.

Este precepto se halla siempre condicionado al principio común de la legislación criminal hebraica, del menor sufrimiento y del ahorro del sufrimiento inútil al reo. En el *Tratado Sanedrín* ³⁹ se dice en forma por demás categórica y edificante: "Dios ha dicho: *Amarás a tu semejante como a ti mismo*; así, pues, como cada uno de nosotros fuera condenado a muerte, preferiría el fin más rápido y menos doloroso, de igual manera tenemos que tratar a los demás. Cuando un hombre tenga que sufrir la lapidación, dispongamos todo para que no sienta sino el primer golpe; y así para todos los otros suplicios."

9 — LA PENA DE PRISIÓN — De acuerdo con las opiniones

más respetables, la prisión asumía entre los hebreos dos funciones bien distintas : 1º, se utilizaba para asegurar al delincuente, para que no se fugase y pudiera ser juzgado oportunamente; 2º, se empleaba como verdadera penalidad, asimilable a la reclusión perpetua del Derecho moderno. Esta pena se aplicaba especialmente a los reincidentes, cualesquiera haya sido la naturaleza de su delito. En efecto, el individuo que había sido sometido repetidas veces a la pena de los azotes e incurría en una nueva transgresión, era encerrado en un estrecho calabozo, manteniéndosele solamente a pan

36 MAIMÓNIDES, *Sanedrín*, capítulo XIV.

37 PASTORET: *Obra citada*, página 244.

38 *Guemará*, fol. 53.

39 *Tratado Sanedrín*, capítulo VII, 2.

y agua, hasta la consunción. La Biblia ofrece numerosos ejemplos de la doble función que se le asignaba a la prisión. El *Génesis*⁴⁰ refiere el encierro a que se sometió a José, mientras sus hermanos se encargaban de traer a Benjamín de Egipto. El *Levítico*⁴¹ se refiere a la prisión del blasfemo, y el *Libro de Jeremías*⁴² y *Reyes*⁴³ hacen mención de la cárcel de los profetas Jeremías y Miqueas; en todos estos casos nos hallamos en presencia de la cárcel o prisión, cuya única misión era la de asegurar a los acusados de un delito real o supuesto.

Pero también hallamos en el texto bíblico ejemplos de la prisión como penalidad, que llegaba a extremos lamentables, bastándonos referirnos a los casos que se mencionan en *Génesis*⁴⁴; *Jueces*⁴⁵ y *Génesis*⁴⁶. Es interesante destacar, referente a la misma pena de la prisión, que existían numerosas formas de encierro y aun cárceles destinadas a diferentes delinquentes.

Así los *levitas* y los *cohanim* tenían una cárcel distinta a la de la plebe; también existían prisiones que no restringían totalmente la libertad del reo, esto es, que les aseguraba un régimen de semi-libertad. Otras existían para los acusados por delitos monstruosos; otras, para las que habían incurrido en sim^ples infracciones de menor cuantía, o por faltas sin trascendencia.

La Ley rabínica, en este aspecto, como en todas las formas brutales de la penalidad, procuró introducir normas humanitarias, reduciendo al mínimo el número de los delitos que exigían la restricción de la libertad del individuo. Puede afirmarse, en términos generales, que la prisión, con alguna muy rara excepción, dejó de ser una pena para convertirse simplemente en un medio de seguridad. La excepción estaba constituida por el caso en que la pena de muerte se convirtió en la de reclusión perpetua, sin trabajos forzados.

Una *Mishná*⁴⁷ disponía que si un individuo ha sido condenado dos veces a la pena del fuego (hoguera), se le pone en prisión y se le da de comer cebada, hasta que su vientre estalla. He aquí una prueba de que para la Ley talmúdica, igual que para la bíblica, la prisión era un: castigo que se aplicaba preferentemente a los reincidentes. Idéntica pena se aplica, conforme a la *Mishná*, para el

40 *Génesis*, capítulo XLII, versículos 16, 18, 19 y 25.

41 *Levítico*, capítulo XXIV, versículo 12.

42 *Jeremías*, capítulo XXXII, versículo 2.

43 *I, Reyes*, capítulo XXII, versículo 27.

44 *Génesis*, capítulo XXXIX, versículo 20.

45 *Jueces*, capítulo XVI, versículos 5 y 21.

46 *Génesis*, capítulo XL, versículo 3.

47 *Tratado Sanedrín*. Tomo IV, capítulo IX.

individuo que ha asesinado a una persona sin que existan testigos que lo hayan presenciado: en ese caso se pone al acusado en una prisión donde se le alimenta con *pan y agua de miseria*, según dice el texto.

10.— LA INTERNACIÓN, CIUDADES DE ASILO. — Al efectuar el análisis de los diversos delitos contra la vida, legislados en la Biblia y el Talmud, bajo el título de *Delitos que el hombre comete contra sus semejantes*, hemos esclarecido el concepto de la internación y de las ciudades de asilo, interesante creación legal que salvaba de la atroz venganza de los parientes de la víctima, al desdichado que había incurrido en un homicidio por imprudencia o descuido.

"Luego que llegaba el homicida involuntario a una de las ciudades de asilo —refiere Pastoret— se presentaba a los magistrados que la gobernaban, a quienes refería lo que le había pasado y las pruebas de su inocencia, sobre cuya relación se le recibía y se le señalaba una habitación dentro de la ciudad. Si los parientes del difunto, deseosos de vengar la muerte, venían a perseguirle, se cuidaba de que no ca^yese entre sus manos; pero podían matarle, impunemente, hallándole fuera de la ciudad."

Dentro de la ciudad de asilo, el homicida involuntario no estaba sometido a ninguna restricción, al punto de que incluso podía participar de la dignidad que la ciudad ofrecía a sus propios ciudadanos ^{47a}.

47a Debe señalarse que la institución de as ciudades de refugio para la purgación de determinados crímenes, exentos de dolo, constituye el más fiel antecedente del *derecho de asilo*, que ha sido incorporado a ley internacional moderna. Este derecho, que traduce un alto espíritu de solidaridad y a defensa más encomiable de a libertad de pensamiento, exteriorizado muchas veces en la acción revolucionara contra as demasias de un sistema, encuentra su justificación en as normas del *jus maturate*, que tuvo en Israel amplia base de existencia.

Si bien originariamente las ciudades de refugio sirvieron para salvaguardar la vida del desdichado que cometió un delito y se halaba expuesto a a venganza de los parientes de a víctima, se hizo extensivo a los delinquentes políticos, a los inadaptados en ciertos regímenes, que buscaban y encontraban "un lugar bajo el sol", donde quedaran cubiertos de la acechanza y el odio de sus adversarios.

Otros pueblos de a antigüedad también conocieron este beneficio, si bien en vez de ciudades de refugio, lo limitaron a ciertos lugares sagrados, donde ni a mano de a justicia podía alcanzarlos.

Pero es de todos modos sintomático que al trazar los lineamientos del Estado hebreo, Jehová haya hablado a su siervo Josué en estos términos: "*Señaláos las ciudades de refugio, de las cuales yo os hablé por Moisés; para que se acoja allí el homicida que matare a alguno por yerro y no a sabiendas; que os sean por acogimiento del cercano del muerto. Y el que se*

11. — LA PENA CUNIARIA. — Constituyó uno de los más audaces avances de la legislación penal. Ya hemos dicho de qué modo las graves prescripciones de la Ley del Talión se convirtieron, a través de las interpretaciones y de la Ley rabínica, en simples penas pecuniarias, graduables, según la naturaleza del delito y la condición del delincuente y de la víctima. El Derecho hebreo, que eliminó toda diferenciación entre ricos y pobres o entre miserables y encumbrados, cuando de aplicar una recta justicia se trataba, estableció, con férrea lógica, la composición que correspondía según la clase de daños y conforme a la condición de las partes.

La multa, como pena pecuniaria, se aplicaba a las diversas formas de atentados contra la propiedad; en el delito de lesiones y en otros que traían aparejados daños materiales. El *Exodo*⁴⁸ nos da ejemplos elocuentes de la función de ésta pena resarcitoria y compensatoria, que ha pasado a todas las legislaciones modernas. Y el Talmud, en varios de sus tratados, establece una numerosa y variada jurisprudencia al respecto.

12 — EL JEREM: ANATEMA. — Este castigo es mencionado repetidas veces y con distinto criterio, por la legislación mosaica, pero adquiere su carácter de pena accesoria, a partir de la época talmúdica. Constituía una especie de *capitis deminutio máxima* de los romanos, o de *muerte civil* del reo, según la cual se excluía, de una manera radical, al individuo del seno de la sociedad en que actuaba. La excomunión adoptada por la Iglesia Católica para sus prosélitos incurso en alguna transgresión a sus leyes fundamentales, no es otra cosa que el *jerem* o excomulgación de los judíos, ordenada por la Biblia. La excomulgación o *jerem* se aplicaba, ordinariamente, a los israelitas que habían afectado alguna de las bases de la religión. La *Mishná* señala, al respecto, treinta y seis casos en los que podía imponerse el *jerem*. El *Génesis*⁴⁹ lo impone para el que no hubiere practicado la circuncisión. El *Éxodo*⁵⁰ lo aplica

acogiere a alguna de aquellas ciudades, presentaráse a la puerta de la ciudad, y dirá sus causas, oyéndole los ancianos de aquella ciudad; y ellos lo recibirán consigo dentro de la ciudad. y le darán lugar que habite con ellos. Y cuando el cercano del muerto le siguiere, no entregarán en su mano el homicida, por cuanto hirió a su prójimo par yerro, ni tuvo con él antes enemidad. Y quedará en aquella ciudad hasta que parezca en juicio delante del ayuntamiento, hasta la muerte del gran sacerdote que fuere en aquel tiempo; entonces el homicida tornará y vendrá a su ciudad y a su casa y a la ciudad de donde huyó." — Josué, capítulo XX, versículo 2 y siguientes.

⁴⁸ *Exodo*, capítulo XXI, versículo 30 y siguientes; capítulo XXII, versículo 1 y siguientes.

⁴⁹ *Génesis*, capítulo XVII, versículo 14.

⁵⁰ *Exodo*, capítulo XII, versículo 15.

al que ha dejado de comer el pan ácimo en los siete días de Pascua. El mismo libro⁵¹, para el que hubiere fabricado y se hubiere aplicado un unguento destinado a las ceremonias religiosas; o fabricado un perfume destinado al culto. El *Levítico*⁵², para los que no realizaban las ofrendas ordenadas en honor de Jehová. El *Números*⁵³, para aquel que pudiendo hacerlo, no celebró la Pascua en la forma ritual. El excomulgado era radiado de todos los lugares que frecuentaba, incluso del templo. Ningún ciudadano podía acercársele, so pena de sufrir la misma condenación que aquél.

Cada habitante de Judea podía imponerle un *jerem* al prójimo, y aun a sí mismo, por castigo de algún pecado capital, aplicándose esta tremenda pena a los animales que habían cometido un crimen.

Como hemos señalado, el *jerem* tiene diversas acepciones en la Biblia, de las que Algazi ha efectuado la siguiente clasificación:

Abominación: *Deuteronomio* (Cáp. VII, v. 26).

Anatema: *Levítico* (Cáp. XXVII, v. 29); *Jueces* (Cáp. V, v. 23).

Aniquilamiento: *Josué* (Cáp. vil, v. 13); *Miqueas* (Cáp. VII, ver. 2.).

Confiscación: *Esdras* (Cáp. x, v. 8).

Cosa consagrada: *Levítico* (Cáp. XXVII, v. 28); *Números* (Cáp. XVIII, v. 14).

Dstrucción: *Zacarías* (Cáp. XIV, v. 11).

Cosa prohibida: *Deuteronomio* (Cáp. XIII, v. 17).

Excomuni3n: *Esdras* (Cáp. X, v. 8).

Exterminio: *Josué* (Cáp. VI, v. 17); *Malaquías* (Cáp. III, v. 9; Cáp. IV, v. 1).

Sacrificio: *Ezequiel* (Cáp. XIV, v. 7 y sigts.).

Además de los enumerados, el mismo autor destaca que hay tres clases especiales de *jerem* que se practicaban en el Templo:

- a) *Jaramé Cohanim*, es decir : todo lo que era consagrado para los sacerdotes no podía ser cambiado ni permutado⁵⁴
- b) *Jaramé Gavaa*, es decir : todo cuanto era donado al Templo no podía cambiar de destino⁵⁵
- c) *Jayavé mitot Bet-Din*, es decir : los condenados a la pena

51 *Éxodo*, capítulo XXX, versículo 33.

52 *Levítico*, capítulo VII, versículo 1 y siguientes.

53 *Números*, capítulo IX, versículo 13.

54 *Levítico*, capítulo XXVII, versículo 28.

55 Talmud, *Arajtm*, 29 a.

capital⁵⁶; si esta condena era motivada por un crimen de lesa majestad divina, no podía ser permutada bajo ningún pretexto, y el criminal debía ser ejecutado.

En la época talmúdica, el *jerem* adquirió caracteres fijos y fue sometido a una serie de reglas preestablecidas. El tribunal dictaba sentencia; el anatema podía ser pronunciado en veinticuatro casos diferentes, existiendo una verdadera graduación, según la naturaleza del delito y la persona o entidad que resultaba damnificada; desde una simple *nezifá* (reproche) se podía llegar al verdadero *jerem* que constituía una maldición eterna para el desdichado que resultaba excomulgado.

Pero a causa de los excesos en que se incurrió, el *jerem* fue perdiendo toda fuerza, particularmente en la *diáspora*, hasta confundirse con las cosas del pasado histórico⁵⁷.

13. — LA PENA DEL TALIÓN. — Ya hemos señalado con cuanto desconocimiento y saña deliberada se intenta exhibir la pretendida barbarie del Derecho bíblico, basándose en la famosa Ley del Talión. Personas ilustradas han incurrido en el error de admitir, como verdad inconcusa, que el principio del *ojo por ojo, diente por diente*, informó todo el espíritu de la legislación hebrea y esto sin intentar una exégesis inteligente de los textos y sin buscar la verdadera interpretación de dichos preceptos, que encontramos en códigos sancionados muchos siglos antes que apareciera la figura de Moisés; verbigracia, en el llamado *Código de Hammurabí*.

Por eso cuadra a los espíritus honrados ubicar debidamente las leyes, en la época y en la sociedad de donde surgieron y sobre todo, corresponde esclarecer la verdad y buscarla allí donde precisamente radica, no en la simple intención proclive o en la letra muerta.

"La pena del Talión —expresa J. Salvador en su obra *Histoire des Institutions de Moise et du Peuple Hébreu*— es un principio

⁵⁶ *Levítico*, capítulo XXVII, versículo 29; *Tos. Arojím*, 84.

⁵⁷ El rabino ALGAZI analiza detalladamente las distintas acepciones de esta pena que llegó a límites sencillamente inauditos; alguno excomulgados habrían preferido a muerte antes de ser objeto de un *jerem*. He aquí algunos casos en que se aplicaba a excomuni3n: por ultrajar a un doctor (religioso), aun después de su muerte; por violar una prescripci3n rabinica o un mandamiento bíblico; por negarse a comparecer ante el tribunal después de tres intimaciones; por inobservancia de los segundos días de fiesta; por pronunciar en vano el nombre de Dios; por impedir a otros israelitas le práctica de un rito religioso; por comer carne prohibida (*trefá*); por entregarse a prácticas inmorales. La excomuni3n, en todos los casos, debía ser precedida por una advertencia repetida tres veces consecutivas.

más que una ley. Como ley, ella no puede, no quiere, en general, ser ejecutada; y yo digo que ella no quiere, porque la igualdad perfecta, que es de su esencia, de exigir entre el castigo y el daño, es también imposible de producir, porque sería inútil y funesto. ¿Cómo hacer a un hombre una fractura, una herida, una contusión análoga desde todo punto al que ha causado a otro? ¿Y qué beneficio para la república que ha perdido un ojo, una pierna o un brazo en la persona de uno de sus ciudadanos, de privárselos a un segundo ciudadano?

"Entonces las compensaciones pecuniarias fueron imaginadas para suplir a lo que había de inejecutable en la ley. Moisés, al mismo tiempo que consagraba el principio del Talión, lo modifica en la práctica. Se ha visto una prohibición especial, de tolerar una reparación cualquiera de la parte del homicida voluntario: él admite entonces que podría ser aceptada en toda otra circunstancia, y prueba que ésta pena, usada muy anteriormente a él, fué desde sus orígenes acompañada de transacciones pecuniarias que se habían extendido hasta el homicidio.

"El precepto del Exodo⁵⁸ ha sido interpretado por todos los doctores hebreos como el reconocimiento de los jueces del derecho de transformar en multas proporcionadas al delito, la pena del Talión. *Si alguien te corta una mano —dice Judá Halevi— nosotros no entendemos que la mano le sea cortada. ¿Qué bien resultaría de ello para ti? Lo mismo es necesario hacerte notar cuán contrario sería a la justicia y a la sana razón, de devolver fractura por fractura, herida por herida. ¿Qué medida tendríamos para medir exactamente, para fijar el más o el menos? Arrancaremos un ojo al que no posee más que uno, como al que tiene ambos ojos; y tendremos al primero ciego, mientras que el otro no sería más que tuerto?"*

Ahora bien; veamos; ¿Qué es la así llamada Ley del Talión? ¿Cuándo y cómo fué aplicada? Desde luego, la encontramos en *Deuteronomio*⁵⁹ y se refiere a la pena de que serán pasibles los testigos falsos. Y refiriéndose a éstos, dice uno de los preceptos bíblicos: *Haréis a él como él pensó hacer a su hermano; y quitarás el mal de en medio de ti.* Y más adelante: *Y no perdonará tu ojo, vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie.*

¿Cabe una pena más justa que ésta para quien, satisfaciendo bajos instintos u obscura ven^ganza, intenta hacer víctima de sus pasiones al prójimo, acusándole falsamente, o diciendo falsamente

58 *Éxodo*. Capítulo XXI, versículo 9.

59 *Deuteronomio*, capítulo XIX, versículo 19 y siguientes.

en contra suya? Aun admitiendo que alguna vez se haya cumplido el severo principio: *Vida por vida, ojo por ojo, diente por diente* —lo cual es negado sistemáticamente a través de los siglos— ¿acaso es excesivo castigo el de imponer a quien quiso hacérselo a un congénere suyo?

Hammurabí proclamaba *urbi et orbe*: *Si alguien le destruye un ojo a un hombre libre (!), se le destruirá un ojo. Si se le hubiere destruido el ojo o el hueso a un esclavo, tendrá que reembolsarle al dueño la mitad del valor del esclavo. Si alguien rompe los dientes a una persona de categoría igual (!), se le romperán los dientes. Y si le hubiera roto los dientes a un liberado, se le pagará un tercio de mina de plata.*

Partiendo de la base ética impuesta por la Ley de Moisés de que para la ley y para un recto sentido de la justicia, no se deben establecer diferencias entre hombres libres y esclavos, u hombres de tal o cual categoría, la Lev persa que contiene los preceptos del Talión, antes de pasar a la Biblia, establece una escala rígida irracional, inhumana: *ojo por ojo, diente por diente...*

La Lev bíblica solamente se endereza a castigar a aquel que ha querido hacer sufrir un castigo igual a su prójimo. Ni más ni menos.

Pero debemos dejar bien señalado que la pena del Talión solamente se aplicaba a un determinado género de delincentes y que además, dejaba al arbitrio de la víctima el cobro en especie o la indemnización pecuniaria. De este modo, la venganza privada, resabio de tiempos primitivos que pasó a casi todas las legislaciones penales de la época y sobrevivió a los siglos, se atenuó transformándose en una simple pena pecuniaria. En el delito de lesiones, con el transcurso del tiempo, la pena del Talión se convirtió en una verdadera tabla de valores económicos, desterrando el carácter cruel e inhumano que pudo tener en los comienzos de su implantación. Según dicha tabla, si un israelita diese a otro un golpe con un puño cerrado, pagará un sido: si le diese un bofetón, pagará doscientos dracmas: si fuese con la mano de revés, cuatrocientas, y la misma suma si le tirase violentamente de las orejas o del cabello; si le escupiese la cara o le arrancase de la ropa⁶⁰.

60 El doctor ABRAHAM ROSENVASSER, citando a MORGENSTERN, en erudito estudio sobre la aplicación de la Ley del Talión, señala: "La Ley del Talión está expresada en el Código de la Alianza por una fórmula genérica, sin aplicación a un caso particular determinado: *Ojo por ojo, mano por mano...*, etcétera. Esta ley, si así puede llamarse, parece haber sido corriente en el antiguo Israel como una especie de máxima legal o axioma para expresar el principal fundamento de justicia entre los individuos." Tiene su origen "en as condiciones de a vida nomádica primitiva de los

La penalidad era fijada por el juez, siendo evidente, a través de los textos bíblicos que en ningún caso la pena del Talión funcionaba para la pérdida de la vida, sino de la de un miembro, o un daño físico. Confróntese, al respecto, el *Éxodo*⁶¹ y *Números*⁶².

La *Guemará* se formula algunas preguntas, interpretando los preceptos de la Biblia. Veamos: *Pregunta*: —La Ley mosaica dice: *ojo por ojo, diente por diente*; ¿cómo se ha conmutada esta pena en la de pago (indemnización)? *Respuesta*: —Está escrito: *No tomaréis de ningún modo rescate del matador*⁶³; resulta que se puede hacer pagar las heridas. — *Pregunta*: — ¿No se puede concluir de éste pasaje, que aprendemos solamente el principio del *non bis in ídem*; que no se puede condenar al pago a quien ya ha sido condenado a muerte? *Respuesta*: —Hay un pasaje⁶⁴ que nos enseña el principio del *non bis in ídem*.

En la *Mishná* (fol. 84) se lee lo siguiente: *Abayé da otra respuesta*: —*Se lee en una beraitá, de la escuela de Ezequias: No se puede tomar al pie de la letra ojo por ojo, porque haciendo estallar el ojo del culpable, se puede ocasionar su muerte; la pena sería entonces más fuerte que el crimen.*

Hay otra referencia más en la Biblia que induce en error. Se trata del versículo 23, del capítulo XXI, del *Éxodo*, que dice: *Mas si hubiere muerto, entonces pagarás vida por vida*. Y los subsiguientes

semitas y particularmente en conexión con a institución de la venganza de sangre. Todavía es hoy —casi enteramente en a teoría más que en la práctica— un principio definido de a Justicia de los beduinos..." "Es incuestionable que en el antiguo Israel... el principio ha de haber sobrevivido en forma axiomática como residuo de un estadio más primitivo de civilización nomádica —sólo en parte caduca— con aplicaciones diversas a cuestiones y situaciones legales." Y agrega: "a inclusión de la Ley del Talión en el Código de la Alanza mediante una fórmula genérica debe considerarse una glosa o inserción editorial. a Ley del Talión está mitigada en el Código de a Alianza porque de su aplicación se excluyen los casos de homicidio y lesiones por imprudencia. Para el homicidio por imprudencia acuerda el derecho de asilo y a composición. Las lesiones por imprudencia están incluidas en las disposiciones sobre riña y similares, cuya solución pecuniaria está reglada. En la legislación de *Hammurabi*. La aplicación de Las leyes del Talión da lugar al desarrollo de una larga casuística que comprende sucesivamente al hombre libre, al *mushkinu* y al esclavo, para disponer unas veces la sanción lisa y lana del Talión, otras a forma más leve de la composición. En muchos casos a Ley del Talión funciona en forma disminuida, por vía de homología... La Ley de las Doce Tabas preveía el Talión si no se pactaba la composición (*Si membrum rupsit ni cum eo pacit, talio est*. Tabla VIII, 2-4). — Obra citada, páginas 137-139.

61 *Éxodo*, capítulo XXI, versículo 30.

62 *Números*, capítulo XXXV, versículo 31 y siguientes.

63 *Deuteronomio*, capítulo XIX, versículo 10.

64 *Deuteronomio*, capítulo XXV, versículo 2.

tes dicen: *Ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie; Quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe.*

Aben Ezra relata una célebre disputa rabínica respecto a estos preceptos, y uno de los litigantes, el famoso Gaon Saadia, llega a la conclusión de que es imposible tomar estos versículos en su sentido literal, y que hay que admitir la decisión talmúdica. Y pregunta el Gaon: *¿Cómo se podría aplicar el Talión a un ciego que hubiere cegado de un ojo a un vidente? ¿Cómo producir una herida que no sea más peligrosa que la que fue hecha?*

Si tornamos en cuenta el recto sentido de la proporcionalidad entre el delito y la pena, que rige toda la legislación bíblica y talmúdica, no podemos menos que admitir la inaplicabilidad, en la práctica, de la ^pena del Talión, ya que nadie podía calcular la relación exacta, aritmética, entre la causa y el efecto, entre el castigo y el delito.

CAPÍTULO IX

LA LEGISLACION CIVIL

SUMARIO: 1. La Ley penal y la Ley civil: su influencia. — 2. "Albacea del Oriente". — 3. La doctrina mosaica. — 4. Los profetas: hombres del espíritu. — 5. Tendencias exageradas. — 6. El Derecho natural y el Derecho de gentes. — 7. Leyes de la naturaleza y leyes de Dios. — 8. Régimen de la democracia republicana. — 9. El Derecho natural en Roma.

1. — LA LEY PENAL Y LA LEY CIVIL; SU INFLUENCIA. — Si

grande es la importancia de las leyes criminales en Israel, a través de la Biblia y el Talmud; si su influjo ha sido considerable, no solo en su época, en los demás pueblos del Oriente y aun se sigue experimentando en Códigos modernos, no es menos trascendental la acción e influencia de la Ley civil hebrea, que, luego de impregnar el mundo semibárbaro en el que fue creada, pasó a Roma y de allí al orbe contemporáneo y moderno.

2. — "ALBACEA DEL ORIENTE..." — Arturo Capdevila ha profundizado el análisis del Oriente jurídico y así dice de los israelitas, luego de estudiar el destino de Babilonia, Egipto, la India: "...Pero cada una de estas naciones de Dios tuvo su hora. Cuando Alejandro llega a la India, la India ha pasado. Ya está profundamente dormida. Se cubrirá la tierra de despojos suyos, pero no de vida suya. Su espíritu no será dado en herencia. Está dormido y tal vez no despertará ya nunca. Entre tanto, Roma ha nacido, y el mundo ha abierto rutas en la dirección de Occidente. Con Roma comienzan cuando menos diez mil años de civilización latina... Vichnu no ensayará disparar su arco por encima de las montañas; sabe de antemano que su brazo está cansado, que su flecha aun ardiente se apagará en los aires muchos antes de llevar a Roma su mensaje de luz. El sol de Ormuz, después de alumbrar un día de siglos, se acuesta postrado del lado del Tíber, y así tampoco es la

hora de Persia. ¿Qué pueblo será entonces el albacea del Oriente? ¿Cuál entre todos, el sacerdote del nuevo templo? Los fenicios —esos correos del Mediterráneo— ya llevaron todas las tablillas. De un modo o de otro, ¿Qué hicieron sus naves? También pasaron. ¿Y el Egipto? El Egipto tenía una gran palabra que decir, pero se la dijo a sí mismo. La Esfinge no habla. Las pirámides no tienen morador. El Egipto habló con su propia conciencia; pero andaba no lejos, Israel. Es posible que haya oído aquellas palabras divinas...

"Ya se adivina lo que queremos decir. Quedaba un solo pueblo en el Oriente capaz de dispersión mensajera: Israel. Harto sabía de cautiverios y de destierros. En ellos, había conocido lo bueno y lo malo del Oriente. El monoteísmo había sido su clave para no confundirse con lo podrido de tantos degenerados cultos obscenos. Por la virtud de tal higiene, este pueblo, sólo él, tenía sobrado aliento para pulular por toda la anchura del Imperio romano. Como quien abre la piedra del destino, siquiera fuese echándola abajo. Roma cayó sobre el israelita, acabó con su ciudad y destruyó su templo. Al expulsarlo para siempre de su propia comarca, le abrió de hecho las puertas de Roma. Entonces Israel entró en Roma. Era el mensajero del Oriente, el portador de la inextinguible antorcha, el pueblo elegido" ¹.

3. — LA DOCTRINA MOSAICA. — No obstante el escaso respeto que la capital del mundo de entonces tenía por los israelitas, la doctrina mosaica —y también la cristiana— penetró profundamente en todas las clases, especialmente entre las elevadas de la sociedad de Roma. Su filosofía, su moral, y hasta sus instituciones jurídicas, se impregnaron del espíritu de Moisés y no fueron suficientes las tentativas de los emperadores y los esfuerzos de los chauvinistas, para desterrarlo del corazón de los ciudadanos.

No debemos olvidar que, pese a toda suerte de restricciones, algunos prominentes cristianos —San Pablo, entre ellos— y numerosos judíos, llegaron a ostentar las condiciones de ciudadanos y caballeros de rango.

Roma no pudo escapar a la penetración espiritual de Israel, y una verdadera ola de humanismo había de envolver, tarde o temprano, las duras prescripciones y las rigideces de toda la organización jurídica del Imperio. Las Doce Tablas se *humanizaron* al contacto con las Tablas de la Ley mosaica. Y aquel pequeño pueblo del Oriente, vencido y humillado por la hueste romana, se ha-

1 A. CAPDEVILA: *El Oriente Jurídico*, página 187.

bría de convertir, con el transcurso del tiempo, en vencedor de la barbarie que lo había hollado ...²

4. — LOS PROFETAS: HOMBRES DEL ESPIRITU. — "Hace diecinueve siglos, el más noble espíritu de Roma, ante la abyección de sus dioses y sacerdotes, lanzó el grito de la inteligencia indignada: *Y la piedad no consiste en exhibirse continuamente, la frente velada, ante una piedra, y en acercarse a todos los altares, ni en prosternarse y tender las manos abiertas hacia los santuarios e inundar los altares con la sangre de los cuadrúpedos, sino en contemplar el Universo con un alma serena...* Y ocho siglos antes que Lucrecio, el Dios del pastor Amós exclamaba: *¡Odio vuestras solemnidades, vuestros holocaustos me son abominación; harto estoy de vuestras ofrendas de carneros y de sebo de animales gruesos; quitad de mi la multitud de vuestros cantares, que no escucharé las salmodias de vuestros instrumentos. Antes corre el juicio como las aguas y la justicia como impetuoso arroyo!*³

Por doquier donde cayó la simiente de Israel, el derecho y la moral han recogido su óptima cosecha. Mayor o menor, la influencia de la Lev de Moisés y la de los doctores del Talmud, se torna incuestionable, y buen favor le han hecho los maestros de la judeofobia de todos los tiempos al destacar nítidamente las hondas raíces que han echado⁴.

2 "Propagandista incansable (RENÁN, *Histoire du Peuple d'Israel*, libro X, capítulo IV) y habilísimo además en el arte de ganarse exenciones, el judío quedándose al margen de los deberes romanos, empleaba todo su tiempo en el proselitismo; un cierto género de proselitismo dirigido no tanto a captarse adeptos como a restárselos a Roma. ¿Qué hacer contra ese judío? No era defensa válida inventar fábulas absurdas contra él; fábulas y patrañas que no le alejaban sino que antes bien atraíanle a atención de las gentes, de tal manera que no cesaba de crecer un mundo alucionado — mujeres, jóvenes, viejos, de toda procedencia y condición — en torno de los israelitas." — A. CAPDEVILA: *El Cesar contra el hombre*, página 73.

3 J. DARMESTETER: *Los profetas de Israel*, páginas 90-91.

4 "El hombre más grande en Israel, el más perfecto en a escala de los valores espirituales, es el profeta. Profeta es *el hombre del espíritu* y de la acción; el hombre cuyo ideal se agita y se actúa en el mundo de los hombres; que vive no para los acomodamientos o para las renunciaciones, ni para morir, sino para luchar, sufrir, trabajar por un ideal, por el que también se puede morir. En este sentido, también Jesús fue un profeta; también Mazzini fue un profeta. Profeta es el hombre que tiene a vocación del ideal que nació para destruir y para demoler, pero también para edificar y para plantar..."

...En ese hombre repercuten los dolores y las alegrías, las caídas, las conversiones, las tragedias y las penas de los demás hombres; en su alma está todo el universo, por su boca habla Dios. El profeta es el que habla y obra en nombre del *espíritu santo*, que le dio una misión que ha

Allí donde los judíos fueron tolerados, o allí donde vivieron plácidamente por siglos, sirvieron de mensajeros e intérpretes. El mundo occidental de entonces se bañó en las aguas lustrales del Viejo y del Nuevo Testamento, y por grandes que fueren los esfuerzos interesados en despojar a la humanidad contemporánea de su *judaización*, es indudable que la semilla perdura y perdurará en el corazón de los pueblos que no han olvidado a Dios. "Las ideas del judaísmo han penetrado profundamente hasta la médula, hasta la fina expresión vital de elevados y humildes, de pobres y ricos, de pensadores e incultos, de sabios e ignorantes, de religiosos e incrédulos" ⁵

5. — TENDENCIAS EXAGERADAS. — Pero no debemos incurrir en el exceso de judíos y gentiles, que pretenden hallar las huellas del judaísmo en cuantas instituciones civiles conoce el mundo civilizado. En un justo medio está la verdad de la influencia judaico-cristiana.

Caen en la exageración quienes identifican normas y preceptos de las legislaciones occidentales con aquellas de la Ley bíblica, basándose en la similitud de una letra, de una voz hebrea. "Coke es más divertido que convincente cuando hace remontar a la costumbre del profeta Samuel el hábito de enviar jueces en jiras periódicas; cuando hace derivar la sección 25 de la Carta Magna, sobre pesas y medidas, de la influencia del vigésimo quinto capítulo del *Deuteronomio*; o cuando hace derivar la conducta para con los refugiados políticos, de lo establecido en el *Deuteronomio* sobre el trato de los esclavos fugitivos, o cuando relaciona el número de los jurados con la predilección bíblica del número doce, o la *livery of seisin* con las formalidades tradicionales del *Libro de Ruth*. Blakstone, de acuerdo con él, hace remontar la *law of deodans* a lo que la Biblia dice del buey que ha hecho correr sangre. Se comprueban allí, en efecto, ciertas semejanzas, pero no es serio suponer que toda semejanza esté basada en la imitación" ⁶.

de ser la de todos los hombres, pues es a obra máxima en la que se concreta a piedad divina: anunciar a buena nueva a los mansos, vendar a los hombres cuyo corazón sangra, proclamar la libertad de los esclavos, abrir as cárceles a los presos, consolar a todos aquellos que acusan pena (*Isaías*. XLI). Esta *imitatio Dei*, este modo de *ser santos*, *porque Dios es santo*, esta vocación moral no es propia solamente de algunos elegidos: ha de ser a meta y la acción de todos en esta tierra; a senda de los hombres, por la senda de Dios." — DANTE LATTES, Obra citada.

⁵ C BRÜNNER: *Di Juden un der Judenhass*.

⁶ *Livery of seisin*, es un término legal que se aplica a la tradición material de la propiedad: para una casa, dando a llave de a puerta; para un terreno, entregando una rama o un poco de tierra. Estos simbolismos, sin

"Quien estudia el Derecho comparado puede aprender mucho del etimologista. Se encuentran frecuentemente parentescos auténticos entre palabras que no tienen a veces más que una letra común, mientras se puede muchas veces establecer la independencia entre palabras que tienen sonido y sentido análogos. Ocurre lo mismo con las instituciones legales. Las apariencias jamás conducirían a hacer admitir que el sistema del *jury* en Inglaterra es un pariente muy cercano de la Inquisición de España. Por otra parte, nadie ha tratado seriamente de explicar las semejanzas notorias entre la Ley sálica y el *Código de Hammurabí*, por una teoría de imitación. Se produjeron, naturalmente, en la historia de la civilización occidental, múltiples tentativas para copiar las leyes de Israel. Como en el caso del *Código de Alfredo*, en el Estado teocrático de Calvino y en la Inglaterra y en la América puritanas. Quizá sea exagerado afirmar que estas tentativas no han dado resultado alguno. En lo que concierne al rey Alfredo, tal vez el ensayo haya sido más aparente que real. Es posible que su larga cita de los *Diez Mandamientos* y del *Libro de la Alianza* en el *Éxodo*, con su curiosa sustitución de cristiano a hebreo y del Cristo a Dios, no tenga otro sentido que el de una sabia glosa o de una exhortación moral. Ciertamente las *Legos Barbarorum*, redactadas bajo la influencia de misioneros, surgen frecuentemente de la Biblia. Las leyes anglosajonas citan los cinco libros de Moisés, *Reyes*, *Job*, los *Salinos* y los *Proverbios*, sin contar los *Apócrifos* y el Nuevo Testamento".

Pero sí es útil combatir las tendencias extremas en la materia, tanto a los que niegan todo aporte judío, como a los que se colocan en una posición antagónica. Es evidente que el interés manifestado por la Biblia acerca del extranjero, del huérfano, de la viuda y del desamparado; sus preceptos humanitarios que no excluyen ni a las bestias ni a los siervos; sus blanduras para los esclavos y el afán notorio por eliminar paulatinamente esta institución infamante; el trato dado al artesano y al trabajador en general; el respeto por el honor y la dignidad propios y ajenos; la institución del descanso hebdomadario con obligatoriedad legal y religiosa; el régimen de la propiedad, con carácter precario ya que la tierra no pertenece a nadie, sino al propio Dios; las leyes preventivas de la salud

duda, están inspirados en el formalismo del Derecho romano. *Law of deodans* significa, en el Derecho inglés, literalmente "lo que se debe dar a Dios": un inmueble que haya estado en ocasión de la muerte de un ser humero en su posesión era dado a Dios en ofrenda expiatoria, es decir, adquirido por la Corona para ser consagrando a algún uso piadoso.

NATHAN ISAACS: *La influencia del Judaísmo en el Derecho de Occidente*, páginas 371-372.

y la institución de nosocomios para determinadas enfermedades que aun hoy acosan al hombre (leprosarios, por ejemplo); las reglas sobre higiene, armonía y estabilidad del matrimonio; el divorcio legal y religioso; la prohibición de toda suerte de hechicerías y brujerías; el descanso de la tierra después de siete años de labor consecutiva; el jubileo de las obligaciones personales y económicas, todas estas instituciones legisladas minuciosamente en la Ley bíblica y rabínica, han pasado, aunque parcialmente, a las leyes de los pueblos donde Israel asentara su planta de peregrino ⁸.

8 "Para el mundo moderno, el campo del deber ético debería estar separado y diferenciado del campo de las manifestaciones de a vida asociada; a religión será una cuestión particular, el ideal una cosa demasiado rígida y demasiado austera, para descender en a vida de los pueblos, en las relaciones entre las clases y en aquellas internacionales. La iglesia sería la guardiana de las cosas celestes; lo demás, como cosa terrestre, no necesitara escuchar la voz que viene del cielo. Ahora bien, el ideal hebreo, que siempre tiende a concretarse, y que no tiene valor más que cuando actúa, abarca todos los aspectos de a vida; quiere plasmar a vida en todos sus aspectos. No se queda en el "Libro", se le lleva a las plazas, ante el pueblo, al palacio de los reyes, dentro del recinto del templo, sobre las murallas armadas de soldados, dentro del círculo de los amigos y de la misma nación, como a los lejanos pueblos extranjeros, a los hombres de hoy y a la posteridad de mañana; trabajo y conquista más difíciles que aquellos de descender en el alma de pocos elegidos, o en una sola esfera de la actividad humana...

"...La primera historia hebrea es a historia del esfuerzo que realiza este ideal moral para penetrar en la vida de un pueblo que tiene que llegar a ser el *pueblo del espíritu*. Sus caudillos espirituales no son los sacerdotes que guardan las formas concretas de a fe, sino los profetas, que construyen a nacionalidad espiritual y a religión universal, que hacen de a fe una causa de inquietud y de deseo de a acción perfecta, en a vida, en a sociedad, en el mundo...

"...Moisés no es el capitán o el conquistador, sino el redentor y el maestro; no exaspera a conciencia nacional de Israel para sacar de ella a soldados, sino para crear la materia y el objeto de actuación de la idea, para formar adalides de a voluntad de concretar lo divino en el mundo...

"...La idea del Dios único, transportada a la vida social, se traduce mosaicamente en el principio activo de la *igualdad* de todos los hombres ante esta potencia suprema, y es a base inmutable sobre a que se alza toda a legislación bíblica. El hombre no puede ser esclavizado por otro hombre; sólo es esclavo del ideal; ni puede un pueblo ser esclavo de otro. El alma ha de ser libre. Dios es vengador de a libertad individual y de la nacional. Es el libertador que sacó a Israel de Egipto, a los filisteos de Caftor, a los sirios de Khir. Hay un día en a semana en el que a igualdad moral entre las almas de los hombres se restablece en absoluto; en el que el hombre debe sentirse libre y noble, único señor de su espíritu, ante el principio de a vida; en el que no haya brazo que trabaje, en el que haya solo espíritu que contemple. Hay un año, cada siete años, en el que a igualdad social llega a ser restaurada en su sentido más completo: es el año de a liberación de los siervos, de a remisión de las deudas, del re-

6. — EL DERECHO NATURAL Y EL DERECHO DE GENTES. — Está fuera de duda que las primeras bases de lo que se conoce bajo el nombre de *Derecho natural* y *Derecho de gentes* existió entre los hebreos, fué una creación suya. La Ley hebrea se refiere a él bajo el título de los *siete Mandamientos para los descendientes de Noé*, explicándose que los gentiles que los adoptaran para su existencia, tendrían parte en el mundo futuro, *olam abá*.

El Talmud de Babilonia establece a este respecto la verdadera concepción hebrea del Derecho natural: "Siete Mandamientos impuestos a los descendientes de Noé (es decir, a toda la raza humana), concernientes a la justicia de hombre a hombre, a la interdicción de la idolatría, de la blasfemia, del incesto, del asesinato, del robo y de comer carne cortada de animales vivos" ⁹.

Los Padres de la Iglesia Cristiana adoptaron estos mandamientos y los transmitieron a Roma; y de allí a todos los pueblos de fe cristiana. Los impedimentos establecidos para el matrimonio, por razones de parentesco, pasaron de la Ley bíblica a la Ley canónica; luego a los Códigos civiles del viejo mundo, del mismo modo que algunas penas, por transgresión a las normas religiosas (excomunión), se hicieron propias de la Iglesia Católica.

7. — LEYES DE LA NATURALEZA Y LEYES DE DIOS — La afirmación de un *jus naturale et de gentium*, aplicable por igual a judíos y gentiles, pasó, a través de los doctores de la Iglesia de Pablo, al Derecho moderno y habría de culminar con las famosas obras de Grocio y de Christian von Wolf, al servir de base fundamental para el Derecho internacional público y privado. En Inglaterra habría de servir de piedra liminar para el surgimiento y desarrollo del llamado *derecho de la equidad*. En América sería utilizado como fundamento para las declaraciones de los Derechos de la mayoría de las constituciones políticas, que invocan *las leyes de la Naturaleza y del Dios de la Naturaleza*.

Y es en las normas principales de éste *jus naturale et de gentium* de los hebreos que se basan principios inmovibles del Derecho político y civil moderno: la igualdad de todos los hombres ante la ley: *En el juicio no tendréis en cuenta las personas, escucharéis solamente a los grandes y a los pequeños*; el concepto de la ley como

poso de a tierra, en la que todo parece que debe espiritualizarse, hasta as cosas (*Deuteronomio*, XV). Hay un año cada cuarenta y nueve años en el que se destruye toda desigualdad económica; es el año en el que se proclama a libertad de todos los habitantes, y en el que cada cual vuelve a su propiedad y a su familia (*Levítico*, XXV, *Jeremías*, XXXIV, 8)." — DANTE LATTES: *Apología del Hebraísmo*.

⁹ Sanedrín, fol. 57.

medio de proteger a los individuos contra la tiranía del Estado, y el reconocimiento de la posición de la Iglesia o de las Iglesias en el Estado.

8. — RÉGIMEN DE LA DEMOCRACIA REPUBLICANA. — ¡Dígase si todo el sistema republicano representativo de gobierno y el régimen democrático, como forma de vida del individuo, no están impregnados del espíritu judaico y si todo cuanto se conoce y practica, en el sentido de liberar al hombre de la esclavitud en todas sus formas, no está basado en estos *siete Mandamientos para los descendientes de Noé*, y el pasaje transcrito del Talmud!..

9. — EL DERECHO NATURAL EN ROMA. — Veamos algo, al pasar, respecto al concepto del Derecho natural entre los romanos, quienes han copiado y adoptado mucho de la Ley judaica. Según el Derecho romano, "el Derecho privado se subdivide en Derecho natural, Derecho de gentes y Derecho civil (*jus naturale*, *jus gentium* y *jus civile*). a) La noción del *jus naturale* es formulada la primera vez por Cicerón, quien la toma de la filosofía de los estoicos. Más tarde es desenvuelta por los jurisconsultos del Imperio. Para ellos es un conjunto de principios emanadas de la voluntad divina, apropiados a la misma naturaleza del hombre e inmutables, porque son perfectamente conformes con la idea de lo justo; b) Los romanos, desde un principio, consideraron como contrario el *jus gentium* del *jus civile*. En un sentido restringido el Derecho de gentes comprende las instituciones del Derecho romano de las que pueden participar los extranjeros, lo mismo que los ciudadanos. Pero en la acepción extensa, y la más usada, es el conjunto de reglas aplicadas en todos los pueblos sin distinción de nacionalidad. El Derecho de gentes se aproxima de este modo al Derecho natural, pues en las instituciones que no han sido enteramente aceptadas por todos, porque están conformes con la razón común, los textos hacen frecuentemente sinónimo el *jus gentium* del *jus naturale*; c) El *jus civile*, por oposición al *jus gentium* y al *jus naturale*, comprende las reglas de derecho especiales de cada pueblo, de cada Estado. De este modo se separa del Derecho común, que es el Derecho de gentes y forma la singularidad de cada legislación. Especialmente, los jurisconsultos entienden por *jus civile* las instituciones propias de los ciudadanos romanos, de los cuales no participan los extranjeros: *jus proprium civium romanorum*.

"A medida que la civilización de un pueblo se desarrolla y que sus relaciones se extienden a las naciones vecinas, el Derecho civil se ensancha y se funde poco a poco con el Derecho de gentes. De este modo, en Roma, las instituciones que estaban desde luego

reservadas a los ciudadanos fueron por consecuencia aplicadas a los extranjeros y pasaron del *jus civile* al *jus gentium*"¹⁰

La clasificación románica del Derecho privado no disiente fundamentalmente del concepto que hemos atribuido al judaísmo. En efecto: lejos de haber bebido su doctrina del *jus naturale* en los estoicos, Cicerón debe haberla encontrado en fuentes judías o cristianas. Y así es que Tertuliano habla de la Ley natural entre los patriarcas; Eusebio cita opiniones midráshicas sobre las leyes observadas por Abraham; Jerónimo la radica en *Isaías* e insiste en el hecho de que Adán, Eva, Caín y Faraón tenían conciencia de contravenir esta Ley natural; y Ambrosio discurre sobre la Ley natural premosaica que refleja Romanos y hace una clasificación de la Ley natural que sugiere la discriminación judía entre hombre y Dios, hombre y hombre.

10 E. PETIT: *Tratado Elemental de Derecho Romano*, pág. 21 y sigtes.

CAPÍTULO X

LEYES RELATIVAS A LAS PERSONAS

SUMARIO: 1. Clasificación que formula PASTORET. — 2. El padre absoluto y omnipotente. — 3. El comercio de los hijos. — 4. Mayoría de edad en el hombre y la mujer. — 5. La autoridad del padre, según la Ley talmúdica. — 6. A quién pertenecía la dote. — 7. La educación. — 8. El amor a la ciencia entre los hebreos. — 9. La enseñanza gratuita y obligatoria. — 10. Obligaciones para con los padres.

1. — CLASIFICACIÓN QUE FORMULA PASTORET. — En su difundido *Tratada* sobre la legislación mosaica, Pastoret clasifica el estudio de las leyes civiles en dos grandes ramas: *a) Leyes civiles personales*: derechos y obligaciones de los padres y de los hijos, de los señores y de los esclavos, de los extranjeros, de los libertos, etcétera; *b) Leyes civiles reales*: actos comunes y ordinarios de la vida: matrimonio, sucesiones, préstamos, compraventa, etcétera. Seguiremos el mismo orden por conceptuarlo didácticamente recomendable, y comenzaremos por las leyes relativas a las personas.

2. — EL PADRE ABSOLUTO Y OMNIPOTENTE. — El padre israelita, antes de la aparición de la Ley mosaica, era al mismo tiempo magistrado, sacerdote y señor de vida y hacienda de sus hijos. Su poder era absoluto y omnipotente. Se consideraba como un delegado de Dios mismo que le había conferido sus poderes excepcionales sobre el hijo engendrado.

Moisés respetó la autoridad paterna, pero le puso coto, mediante la institución de leyes y de jueces. Si bien los padres conservaron el derecho de traficar con sus hijos —como una imposición de aquellas costumbres primitivas— el derecho de vida y muerte fué compartido con la magistratura (el Senado) y con la propia cónyuge. En otra parte de éste trabajo nos hemos referido a la progresista ley dictada por Moisés para el caso del *hijo rebelde* y

perverso: al comienzo, el padre podía condenarle a muerte, sin miramientos y sin consultas. El gran legislador, haciendo una concesión a normas invulnerables de humanidad, dispuso, primero, que para ajusticiar a un hijo el padre debía obtener el consentimiento de la madre; posteriormente, ni aun estando ambos de acuerdo podían eliminar al infante, sino llevarle ante los tribunales de la ciudad.

La Biblia autoriza, como decimos, la venta de los hijos, particularmente de las mujeres, aunque con restricciones. Primera: la hija no podía ser vendida dos veces; segunda: la hija no podía ser vendida a los parientes en grado prohibido¹.

En el Derecho antiguo la autoridad paterna era incuestionable y absoluta; Israel no se diferenció, en efecto, de otros pueblos, si bien merced a la obra del legislador y de los comentaristas, paulatinamente fuese limitando las omnímodas facultades del jefe de la familia.

Refiriéndose a la familia grecorromana, expresa Fustel de Coulange: "La familia no ha recibido sus leyes de la ciudad. Si fuera ésta la que hubiese establecido el Derecho privado, probable es que lo hubiera hecho muy diferente de cómo lo hemos visto. Hubiese regulado, según otros principios, el derecho de propiedad y el derecho de sucesión, pues no tenía interés en que la tierra fuera inalienable y el patrimonio indivisible. La ley que permite al padre vender y aun matar al hijo, ley que encontramos en Grecia como en Roma, no la ha concebido la ciudad... El Derecho privado es anterior a la ciudad. Cuando ella empezó a escribir sus leyes encontró ya establecido este Derecho, vivo, arraigado en las costumbres, fuerte con la adhesión universal. Lo aceptó, no pudiendo hacer otra cosa, y sólo a la larga se atrevió a modificarlo. El Derecho antiguo —concluye— no es obra de un legislador: al contrario, se ha impuesto al legislador. Es en la familia donde ha nacido. Surgió espontáneamente y ya formado de los antiguos principios que la constituían. Se ha derivado de las creencias religiosas que estaban universalmente admitidas en la primitiva edad de estos pueblos y que ejercían su imperio sobre las inteligencias y sobre las voluntades."

Esta es la situación que encontró Moisés cuando se propuso legislar sobre la autoridad del padre en el seno de la familia. Normas antiquísimas autorizaban un régimen despótico y brutal que si no se cumplía en la práctica, gracias a los frenos e inhibiciones morales, no por eso constituía menos un peligro de disresionalis-

¹ ABARBANEL: *Comentario sobre el Pentateuco*; SELDENO: *De Jure Naturale et ele gentium*, libro VI, capítulo VII.

mo y barbarie. Su misión fué la de amoldar, dentro de los canones ancestrales, un sistema de frenos y de contrapesos, para hacer respetar las normas sin vulnerar el derecho de la personalidad humana. Idéntica misión le cupo, y fué ampliada generosamente por los doctores talmúdicos, respecto de la condición de la mujer judía, relegada por tradiciones de oscuro origen a un mero entretenimiento y juguete de las pasiones violentas del hombre.

3. — EL COMERCIO DE LOS HIJOS. — ¿En qué casos un padre podía efectuar la venta de sus hijos? No siempre, ya que la ley establecía restricciones. Solamente en el caso de una suprema pobreza, cuando se carecía de bienes muebles o inmuebles, y aun de vestidos y de alimentos. Pero los comentadores aseguran que ésta dolorosa empresa obligaba al desventurado padre a rescatar a sus hijos con los primeros bienes que recibiese. ¿Podían ambos padres disponer de la libertad de sus hijos? Según la *Mishná*, este derecho sólo era conferido al padre y nunca a la madre². Pero la venta de la hija solamente se hallaba autorizada hasta que ésta contara con la edad de doce años, es decir, antes que ésta tuviera noción de su propio yo. Según la *Mishná*³, la venta era absolutamente nula si la niña tenía doce años y un día.

4. — MAYORÍA DE EDAD EN EL HOMBRE Y LA MUJER. — Seis meses después que la hija cumplía doce años, la autoridad paterna desaparecía totalmente, pasando a la tutela del marido, quien, además, se hacía cargo de los bienes que adquiría su esposa, por cualquier concepto. Antes de esa época el padre no tenía sino el usufructo, no pudiendo hacerse propietario de los bienes y haberes de la hija, sino por muerte de ésta⁴.

“En cuanto a los varones —dice León de Módena⁵—, su

² *Uxor, adult. suspect*, tomo III, capítulo III.

³ *Mishná*, tomo III, capítulo III.

⁴ La Joven que tenía doce años y un día, era considerada mayor de edad y se la reconocía con el nombre de *puella*. Una mujer era llamada *párvula*, según los rabinos hasta los doce años y un día, Si a esta edad manifestaba señas naturales, se le comenzaba a llamar puella o *virguncula*; pero si no evidenciaba continuaba siendo párvula hasta los veinte años cumplidos. Si a esta última edad no evidenciaba las señas naturales, sino más bien de esterilidad, se le llamaba *sterilis*; pero si tampoco daba pruebas de esterilidad, seguía siendo párvula hasta los treinta y cinco años; a esta edad, si no exteriorizaba signos naturales, se la condenaba irremisiblemente, a la esterilidad declarada.

Estas distinciones asumen importancia en lo que respecta al régimen del matrimonio y del divorcio, así como por su influencia sobre el régimen económico de a mujer hebrea.

⁵ LEÓN DE MÓDENNA, parte IV, capítulo X.

mayoría de edad comenzaba a los trece años, en cuyo tiempo podían ya contraer por sí y adquirirían cierto carácter de libertad a los ojos de la religión y de la ley, cuyos preceptos debían respetar y obedecer exactamente."

Al cumplir los trece años de edad, el niño israelita es sometido a la ceremonia del *Bar Mitzvá*, o de la iniciación, conceptuándose que desde entonces es dueño y señor de sus actos y de ellos debe responder ante Dios, "...adherido a la obligación moral, es decir, desde este momento, el niño que inicia su vida de hombre ingresa moralmente en la comunidad de Israel y debe observar todas las obligaciones, al igual que todo hebreo"⁶. De esta ceremonia estaban eximidas las mujeres.

5. — LA AUTORIDAD DEL PADRE, SEGÚN LA LEY TALMÚDICA. —

El Talmud es minucioso y detallado acerca de la autoridad del padre, jefe y sacerdote de la familia, sobre sus hijos.

El *Tratado Kidushin* (fol. 29) establece como una recapitulación de los deberes de los padres para con sus hijos y para consigo mismos. Y dice: Todos los deberes que son necesarios cumplir para con un hijo (según la interpretación de la *Guemará*) incumben al padre ^y no a la madre. Todos los deberes que es necesario cumplir para con los padres incumben a los hijos y a las hijas. La *Guemará* aclara: Se lee en una *beraitá*⁷ lo siguiente: Los deberes que un padre debe cumplir con respecto a un hijo, son: la circuncisión, el rescate (si es un primogénito el padre debe cumplir una ceremonia simbólica *rescatándole* de manos de un *cohen*, mediante la entrega de cinco siclos de plata); debe instruirle en la *Torá*; darle un oficio y casarlo. Si el padre no puede suministrarle la instrucción, debe hacerlo por otro. Si el padre no ha cumplido con éstas obligaciones, el hijo está obligado a instruirse, cuando adquiere conciencia de sí mismo.

El Talmud es harto minucioso y detallista en materia de instrucción, tanto para los niños, como para los jóvenes y los adultos. Oportunamente, volveremos sobre el punto.

Ahora bien, prosiguiendo nuestro estudio, cabe decir que las obligaciones y derechos del jefe de la familia, para con las hijas mujeres, eran muy amplios. Una *Mishná* dispone que la hija está siempre bajo la potestad del padre (si no ha alcanzado la segunda

6 I. S. ALCAZI: *El Judaísmo, Religión de Amor*, página 232.

7 *Beraitá*: Esta palabra indica una colección de sentencias de doctores predecesores o contemporáneos del redactor de a *Mishná*, que, en lugar de ser insertadas en ésta *Mishná*, han sido excluidas por su redactor, pero recopiladas por otros redactores que han hecho compilaciones diversas bajo el nombre de *beraitot*.

mayoría, llamada *bagrut*⁸) hasta que entra en la *juvá* —dosel nupcial; esta variante fué introducida por los Tosefots—. Si el padre ha entregado su hija (comprometida) al que el marido ha enviado para recibirla (a fin de conducirla a la *juvá*), ella queda desde ese momento bajo la potestad del marido. Pero si el padre ha ido él mismo con su hija (los padres de la novia o sus parientes o amigos) o ha enviado a otras personas para que acompañen a su hija hasta encontrarse con las que el novio ha enviado para recibirla, la hija permanece todavía bajo la potestad del padre; lo que no ocurre cuando la hija ha pasado de manos de las personas a quienes el padre ha enviado como delegados, a las de los que el marido envió para recibirla. En este caso, la mujer ha pasado a la potestad del marido.

6. — A QUIÉN LE PARTENCIA LA DOTE. — Otra *Mishná* (fol. 46)

establece que el padre tiene el derecho de casar a su hija (antes de la segunda mayoría). Si la desposa mediante dinero, este dinero le pertenece; si la desposa mediante una acta escrita, esta acta va a parar a manos del padre. Es también éste quien recibe la carta de divorcio, si ella es repudiada. Lo que la hija (menor de edad) obtiene en concepto de ganancias personales, corresponde al padre; sin embargo, si la hija ha heredado bienes de su madre, el usufructo de esos bienes no corresponde al padre, mientras viva la hija. Si ella se casa, su marido tiene derecho preferente al padre al usufructo de esos bienes, pero el progenitor le debe manutención y está obligado a rescatarla si es raptada por el enemigo y darle sepultura, si muere.

Una *Mishná* (fol. 49) dispone, a su vez, que el padre no puede ser obligado a alimentar a su hija (siendo este pobre). Igual criterio regía para los hijos varones. Un célebre comentario de rabí Asher dice que, si los niños son todavía muy pequeños, para ayudarse a sí mismos, todos los doctores estaban de acuerdo en que se puede forzar al padre a alimentarlos, aunque él mismo sea pobre.

¿Cuáles eran los alcances de la autoridad paterna, en el derecho familiar de la India, Grecia y Roma?

Conforme al *Código de Maná*, “la mujer, durante la infancia, depende de su padre; durante la juventud, de su marido; muerto el marido, de sus hijos; si no tiene hijos, de los próximos parien-

⁸ Bagrut: Madurez; indica la segunda mayoría de la joven que a vuelve totalmente emancipada de la tutela de su padre. Se reconocía esta madurez en algunos signos físicos y cambios sobrevenidos en el organismo. La *bagrut* era la mayoría de edad *tradicional*, anterior a la época talmúdica; pero a Ley rabínica ha establecido para las niñas y las jóvenes una *mayoría civil*, a mayoría de edad de las transacciones en la vida civil, que se fijaba en los veinte años cumplidos.

tes de su marido, pues una mujer nunca debe gobernarse a su voluntad" (V, 147 y 148).

Según el griego Demóstenes, la mujer soltera pertenece al padre; muerto éste, a sus hermanos y agnados; casada, está bajo la tutela de su marido; muerto éste, continúa bajo la tutela de los agnados del cónyuge premuerto, es decir, de sus hijos; si los tiene, o de los parientes más próximos. El marido, en Grecia, tenía tal autoridad sobre la mujer que incluso podía designarle un tutor y aun escogerle un marido segundo para el caso de su fallecimiento.

En Roma, la mujer se hallaba sometido a la servidumbre de la *manus*, que material y espiritualmente la convertía en un mero objeto bajo la indiscutible autoridad del marido. La soltera está supeditada al padre, quién era un verdadero amo y propietario a título absoluto.

La condición del hijo, en los tres países a que aludimos, no variaba gran cosa.

"Según los principios antiguos —anota Fustel de Coulange—, el hogar es indivisible y la propiedad igual que él; los hermanos no se separan a la muerte del padre; menos aún pueden separarse de él en vida. En el rigor del Derecho primitivo, los hijos permanecen ligados al hogar del padre y, por consecuencia, sometidos a su autoridad; mientras él vive, ellos son menores." En Roma estas normas fueron tan severas que, en vida del padre, el hijo casado no podía alimentar su propio hogar. A estar al testimonio de Plutarco (Solón, 13 y 23), cuando Gayo dice de la autoridad paterna: *Jus proprium est civium Romanorum*, es preciso entender que en tiempo de Gayo el *Derecho romano* sólo reconocía ésta autoridad en el *ciudadano romano*; esto no quiere decir que anteriormente no hubiese existido en otra parte ni que no se hubiese reconocido por el derecho de otras ciudades... En el Derecho ateniense anterior a Solón, el padre podía vender a sus hijos.

Los códigos griegos y romanos fijaban los siguientes derechos constitutivos del poder paternal: 1) *El padre es el jefe supremo de la religión doméstica*. En esta función estaba investido de una serie de derechos y privilegios que no reconocían ninguna autoridad mayor que la suya: ni la de la ley, ni la de los pontífices: a) Derecho de reconocer al hijo cuando nace; b) Derecho de repudiar a la mujer, sea por esterilidad o por adulterio; c) Derecho de casar a la hija y al hijo; d) Derecho de emanciparlos y de adoptarlos; e) Derecho de designar al morir tutor a la mujer y a los hijos. 2) *Derecho absoluto de dominio y de usufructo sobre el patrimonio familiar, con exclusión de la mujer y de los hijos*. Estos últimos nada poseían, no podían adquirir nada, ni era suyo el goce

de su propio trabajo. 3) *Inhabilidad absoluta de la mujer y de los hijos para actuar en justicia, por sí o por intereses a ellos confiados.*

He aquí el cuadro de los derechos que en Grecia y Roma representaban el poder paternal, absoluto, indeclinable e insustituible.

¡Con toda la rigidez de la Ley bíblica, jamás entre los israelitas, el jefe de la familia llegó a asumir mayor suma de potestades!

7. — LA EDUCACIÓN. — Si podía haber divergencias acerca de las obligaciones de los padres con los hijos en cuanto a su manutención y cuidados en general, no se admitían respecto a la educación que el padre, o la madre, o la colectividad, debían proporcionar al joven y al adolescente judíos.

La Biblia y el Talmud exaltan el valor de la ciencia y de la cultura, imponiéndola a todos los israelitas por igual, sin distinción de su posición social ni económica. Pero son especialmente los doctores de la Sinagoga quienes, en innumerables reglas procuran eliminar todo brote de ignorancia, aun a costa de los mayores sacrificios. Así se explica que entre los israelitas de entonces se hayan difundido los principios de la ciencia y de la civilización en general, anticipándose en muchos siglos al aprendizaje de los tiempos de oro de la cultura humana.

8. — EL AMOR A LA CIENCIA ENTRE LOS HEBREOS. — "En el Talmud, el amor a la ciencia ocupa un lugar preponderante. El respeto por los sabios fué elevado a un grado que nos es desconocido. Estos *doctores de la ley* eran de una modestia tal que rehusaban el título de *sabio*, para no aceptar más que el de *discípulo de sabio*. Se lee en el *Evangelio de San Mateo*⁹ que los Fariseos gustaban de hacerse llamar *rabí* (maestro); lo que leemos en el Talmud contraría este hecho. Es necesario recordar que (casi todas las sentencias morales de los *doctores* recorrían las calles de Jerusalén», como lo ha dicho el historiador Graetz, con respecto al célebre Sermón de la Montaña 10. Este amor por la ciencia ha persistido entre los israelitas de todos los tiempos y de todos los países. Tampoco ha habido jamás, como en la Iglesia Católica, antinomia entre la *ciencia* y la *religión*"¹¹

A fin de evidenciar la trascendencia que Israel asignaba a la enseñanza del niño y del joven, transcribiremos algunas reglas

9 *San Mateo*, capítulo XXIII versículo 7.

10 *San Mateo*, capítulo V, versículos 5-7.

11 G. MoysE: *Le Talmud de Babylone*, página 47.

extraídas de los textos talmúdicos, cuyas citas podrían resultar interminables.

En el *Tratado Horayót* hallamos las siguientes: "Se tiene el deber de rescatar de la cautividad (corno consecuencia de la guerra o de la piratería) al maestro de filosofía antes que al padre, a no ser que el padre pueda instruir a sus hijos." "El sabio es superior al rey, porque el sabio no puede ser reemplazado, mientras que el rey puede serlo." "Si el bastardo es un sabio y si el gran sacerdote es un ignorante, el sabio bastardo es superior al gran sacerdote ignorante."

En el *Tratado Avót* hallamos: "Es bueno poseer la ciencia y tener al mismo tiempo un oficio; así se olvida de pensar en el mal." "Has los preparativos para adquirir la ciencia, porque ella no te vendrá por herencia." "¿Quién es sabio? El que aprende de toda persona." "No hagas de la ciencia una corona para glorificarte, ni una herramienta para ganarte la vida" ¹².

Conforme al testimonio de los doctores rabínicos, los niños ingresaban a la escuela elemental a los seis o siete años, según disponía el *Tratado Babá Batrá*.

Si la comuna era muy pobre para construir una escuela, la sinagoga era destinada a tal objeto¹³; perezca el santuario, pero que los niños concurran a la escuela, se ordena en el *Tratado Shabat* (fol. 119).

Una sentencia talmúdica, establece que el espíritu de los niños que frecuentan las escuelas, es el más firme sostén de la sociedad.

En otra encontramos reflejada una muy añeja modalidad israelita: los adultos se reúnen a la tarde, los sábados y los días festivos, en las casas comunales, y en las academias, para estudiar la *Torá*. ¿Cómo no había de extremarse el celo con respecto a los niños?

9 — LA ENSEÑANZA GRATUITA Y OBLIGATORIA — Existía la costumbre de proporcionar la enseñanza a título gratuito; el pago

¹² Esto fué llevado a la práctica por los doctores: Miel, que fué jefe del Sanedrín de Palestina, hendía árboles para vivir; rabí Janina comía una medida de Algarrobas por semana; Karna juez de Palestina, acarrea agua para vivir y se hacía reemplazar cuando debía ocupar un asiento en el tribunal; rabí Eliezer el Grande, renombrado por su vasta sabiduría, empuñaba el arado a los 22 años; rabí Eleazar Hisna, el Perfecto, astrónomo y matemático, vestía con una extrema pobreza, igual que Oshua, el sabio jefe del Sanedrín; rabí Josué, levita, metafísico, naturalista, astrónomo, era herrero; rabí José, de Sefores, era curtidor; rabí Meir, legislador célebre, poeta, era copista; rabí Akiba, jefe de escuela y mártir, comenzó por cuidar el ganado y hender árboles; rabí Joseph era guardabosque.

¹³ *Tratado Meguilá*, 27 a.

era prohibido: "La ley nos ha sido dada gratuitamente; el que la enseña no debe aceptar ningún estipendio"¹⁴. Los maestros pobres, que carecían de otro oficio, podían ser resarcidos por la vigilancia que ejercían, no por la enseñanza impartida. Los profesores de la enseñanza superior no eran nunca retribuidos.

Los doctores de la Ley ordenaban que se debía entrar en la escuela con el mismo recogimiento que debía guardarse en el templo¹⁵. Desde los 10 a los 15 años, los niños israelitas debían aprender e interpretar las leyes civiles, comerciales y penales.

Una característica digna de encomio: la Ley autorizaba expresamente el libre arbitrio en la interpretación de la Ley y la libre discusión entre el maestro y el alumno. El alumno —se dice en una sentencia— tiene el derecho de discutir con el profesor; éste debe promover la discusión de la Ley.

No existían diferencias, en cuanto a educación y enseñanza, entre los niños y las niñas. Ambos debían saber todo cuanto atañe a las ciencias y artes; la mujer estaba eximida de conocer sólo algunas formalidades religiosas. Y la obligación de impartir instrucción a los hijos, era pareja: del padre y de la madre¹⁵.

De acuerdo a una ordenanza talmúdica¹⁷, toda ciudad o villa estaba en la obligación de mantener dos escuelas públicas, al menos, so pena de excomulgación.

10. — OBLIGACIONES PARA CON LOS PADRES. — En cuanto a las obligaciones y deberes de los hijos para con sus padres, la norma está dada por el quinto Mandamiento: *Honra a tu padre y a tu madre, para que se prolonguen tus días sobre la tierra que el Eterno, tu Dios te da*. La Ley bíblica es aleccionadora: primero sugiere, luego ordena y más tarde castiga severa e inexorablemente a los infractores. Ya hemos visto, en la parte dedicada a la Ley penal, de qué modo se castiga el crimen de la ofensa y de la injuria al padre o a la madre. El mal hijo, el hijo desobediente, el que levanta su mano sobre el padre o la madre, estaban condenados a la peor de las muertes: la de la lapidación.

Analizando el quinto Mandamiento, dice Algazi: "...honrar al padre y a la madre significa reconocer el derecho inalienable que ellos tienen sobre nosotros por ser ellos los que nos han dado la vida". He aquí la primera de las normas de perfección moral, legadas por el *Pentateuco*, que ha pasado a todas las legislaciones de los pueblos civilizados.

14 *Nedarín*, 37 a.

15 *Tratado Bavli Meguilá*, 26 b.

16 *Tratado Berajót*, 17 a.

17 *Tratado Shabót*, 119 b; *Tratado Babá Batrá*, 21 a.

CAPÍTULO XI

LEYES ACERCA DE LA ESCLAVITUD

SUMARIO: 1. Extensión de la esclavitud. — 2. La esclavitud en Egipto. — 3. Babilonia y los esclavos. — 4. Justificación de la esclavitud. — 5. La esclavitud en Roma. — 6. La esclavitud romana y el régimen patrimonial. — 7. La esclavitud entre los hebreos. — 8. Moisés suaviza la condición de los siervos. — 9. La venta de personas libres. — 10. Liberación de los esclavos. — 11. El esclavo que se resistía a la liberación. — 12. Otros modos de emancipación. — 13. Preceptos de la Biblia sobre el trato a los esclavos. — 14. La Ley talmúdica referente a la esclavitud. — 15. Adquisición de los esclavos paganos.

1. — EXTENSIÓN DE LA ESCLAVITUD — Es indudable que el pueblo hebreo no pudo sustraerse a las costumbres y hábitos de la época. La esclavitud era una institución legal, permitida y prohijada por las leyes de todas las naciones, alcanzando límites de inaudita crueldad en algunas comarcas del Oriente, excepción de la India, de la que dice Arriano: "Lo más notable es que en la India no hay un solo esclavo, *todos son libres*, en lo cual se parecen a los espartanos, salvo que los espartanos tienen a los ilotas para las ocupaciones serviles y por ésta razón no emplean a otros esclavos, *mientras que los indos no los tienen de ningún especie*¹⁻², a

1 ARRIANO: *La Historia de la India*.

2 El historiador CESAR CANTÓ ratifica este concepto, al decir: "A las tres primeras castas —brahmanes, chatrias y vaxias, todas libres— sigue la de los zudras que no están regenerados como los miembros de las otras castas; que no se casan fuera de la suya y que no conocen los Vedas, cuya sola lectura les haría pasible de a muerte." Y agrega: "El mayor grado a que pueden aspirar es el de los servidores de un brahman, de un guerrero o de un comerciante, lo cual les da a esperanza de pasar a una casta superior después de su muerte (metempsicosis). Están, pues, sometidos a una esclavitud que se diferencia de la establecida entre los griegos en que no pueden ser empleados en servicios impuros, en que gozan del derecho de herencia y en que no son propiedad ni mercancía, como lo fueron los esclavos de antigüedad, y los negros, recientemente."

excepción de este pueblo, todos los demás de la antigüedad conocían y practicaban la esclavitud en vasta escala."

2. — LA ESCLAVITUD EN EGIPTO. — El antiguo Egipto reconoce un miembro más de su familia: al esclavo. La esclavitud es mansa, suave, mitigada por algo parecido a la caridad. El alma debe acreditar ante el tribunal de Osiris la bondad con el esclavo. Por su lado, Herodoto nos refiere que en las bocas del Nilo había un templo, el cual servía de asilo a todo siervo prófugo que en él se refugiara. Dándose por siervo del dios, podía estar seguro de no ser rescatado. Por lo demás, era un refugio internacional. Los criados del raptor de Elena se asilaron precisamente allí.

Cierto es que la mansedumbre de la esclavitud en el país del Nilo fué una cuestión circunstancial. El cambio de las dinastías traía también una modificación en el trato con los humildes. De no haber ocurrido así, de continuar a través de los siglos el amable trato de algunos faraones para con los descendientes de Abraham —a quienes José había elevado con milagrosas fórmulas en el Egipto— la presencia de Moisés y de todo el Pueblo Hebreo en la historia, habría pasado desapercibida...

Razón tiene entonces el doctor Capdevila para aseverar: "Los últimos tiempos de la estada del pueblo de Israel en Egipto entristecen. En efecto, esos egipcios nativos, que sufrían exilio en la propia patria, eran empleados en toda suerte de trabajos rudos. Ellos cocían el ladrillo, ellos amasaban el barro, ellos acarrearaban los grandes bloques pétreos, ellos eran los albañiles que edificaban templos al enemigo, ellos eran los chandales del pueblo de Anión"³.

3 A. CAPDEVILA: *El Oriente Jurídico*, páginas 171-172.

Refiriéndose a la obra de los esclavos judíos en el Egipto faraónico, dice BAILEY: "Los esclavos hacían toda clase de tarea (*Éxodo*, capítulo I, versículos 13 y 14), pero se menciona particularmente a fabricación de ladrillos (*Éxodo*, capítulo V, versículos 6-19); y se afirma específicamente que construyeron las dos ciudades del delta Phitom y Ramsés (*Éxodo*, capítulo I, versículo 11) . Afortunadamente poseemos imágenes y registros contemporáneos que nos permiten imaginar los procesos de a construcción. Si los templos mismos estaban contruidos con piedras, los edificios adyacentes que servían para el almacenamiento de las rentas del templo y de los productos de a tierra eran de ladrillo, así como también as casas de los sacerdotes construidas dentro del recinto limitado por el muro exterior y como el muro mismo. De modo que haba trabajo suficiente como para ocupar a miles de esclavos." "La fabricación de ladrillos era la menos penosa entre las tareas de los esclavos. Cuando Moisés fué a inspeccionar as canteras de piedra caliza de Turra o as canteras de piedra arenisca de Gebel, Silsileh o las de granito de Asuán, encontró allí a sus hebreos (JOSEFO: *Contra Apion*, I, 26, citando a *Manethon*). Entonces empezó a comprender lo que significaba la esclavitud. Allí el brazo humano realizaba

3. — BABILONIA Y LOS ESCLAVOS. — En Babilonia nos encontramos con una vasta institución esclavista, en la que el primer usufructuario es el Estado. Los esclavos no son solamente los vencidos en la guerra; también los hay en la paz. Toda la legislación babilónica respira un terrible individualismo. El padre ejerce una potestad atroz sobre sus hijos; el propietario de la tierra, sobre el inmueble y sobre el labrador; el sacerdote sobre el feligrés; la mujer era una esclava del esposo.

¿Qué sufrimientos no estarían reservados para los esclavos? Persia apenas si constituye un oasis en aquel ardiente desierto del Oriente, donde la esclavitud sumía en la miseria y el oprobio a buena parte de la población. La Biblia y los comentaristas hacen gran elogio del espíritu de tolerancia que asistió al pueblo del *Zend Avesta*. Ciro se convierte algunas veces en verdadero y auténtico protector del pueblo de Israel, y Darío completa el ciclo de los mecenas para la dolorida grey hebrea. Herodoto llega a afirmar, con extrema justicia, que las leyes persas se aplican a la utilidad y provecho del bien común, sin consentir en que éste sea pervertido por los particulares.

4. — JUSTIFICACIÓN DE LA ESCLAVITUD. — Grecia y Roma admitieron y estimularon la existencia de clases sociales: las capas inferiores eran esclavas, cuya finalidad varió, pero en esencia se trataba de una sola y misma institución. Mientras en Atenas el esclavo era el preceptor del hijo del ciudadano, en Roma era un

todo el trabajo que hace hoy la máquina; y los bloques de piedra cortados por los esclavos sudorosos y gemebundos excedían en peso todo lo que se manipula hoy día. Moisés los vio, bajo el sol abrasador, en una cavidad ele a roca, cuyos contornos aparecían indecisos en la luz reverberante, bajo el temible látigo de piel de hipopótamo que amenazaba a los que estaban a punto de desmayarse o morir; los vio cortar un bloque de mil toneladas, colocar rodillos por debajo y, con largas sogas, de las cuales tiraban miles de hombres y palancas para facilitar el avance de a mole, arrastrara por un camino de piedra hasta el muelle y colocarla en una enorme barcaza capaz de transportara. Luego vio otro grupo de esclavos que iniciaban el viaje de 750 millas hasta Tanis, a pesada barcaza remolcada por las tripulaciones de unos doce botes y timoneada por otros botes amarrados a la popa.. En el lugar de destino, el desembarco, y, lo más milagroso de todo, a colocación vertical del enorme bloque sobre su base, lo cual requería grandes dotes intelectuales y un dominio absoluto de los principios de ingeniería. Nunca se podrá saber cuántos miles de esclavos perecieron por insolación, fatiga, malos tratos, o murieron aplastados bajo bloques de piedra imposibles de manejar. Cuando contemplarnos el coloso de mil toneladas tendido de espaldas en el Mamesseum de Tebas, pensamos en la maravilla de una incomparable mano de obra; Moisés lo vio como símbolo de tortura y de muerte." — BAILEY: *La vida cotidiana en los tiempos bíblicos*, pág. 85.

engranaje poderoso en la máquina del Imperio. Filósofos griegos se afanan en demostrar que la esclavitud es la forma natural del esclavo y que se nace esclavo, como se nace ciego o cojo.

Según Aristóteles, la esclavitud es natural y legítima⁴. Platón admite la necesidad de la esclavitud dentro de la sociedad existente, si bien no la propugna en su república ideal. Los filósofos y juristas romanos incurrían en el mismo pecado: Séneca, en admirable epístola, recomendaba a los amos tener consideraciones con los esclavos, pero no repudiaba la institución; Cicerón, en cambio, la acepta como un hecho inseparable de las necesidades de la vida.

Cabe reconocer, en honor de la verdad, que en todos los tiempos y en todos los países hubo *abolicionistas*, pero es lo real que la esclavitud subsistió y fué admitida legalmente hasta bien pronunciado el siglo XIX.

5. — LA ESCLAVITUD EN ROMA. — En Roma los jurisconsultos distinguen dos clases o divisiones de las personas; la primera, que es la más vasta, comprende *los esclavos y las personas*⁵. La segunda se aplica a las personas consideradas en la familia: las unas son: *alieni juris*, o sometidas a la autoridad de un jefe; las otras son: *sui juris*, que carecen de dependencia con otra persona.

De acuerdo con la Ley romana, se podía *nacer* esclavo o llegar a *serlo* por alguna causa posterior al nacimiento. Los hijos de mujer esclava *nacían esclavos*; si la madre concibe libre y alumbró esclava, el hijo nace libre. La teoría era la de que el hijo toma la condición de la madre en el momento de nacer. Posteriormente se admitió que el hijo era libre, si en cualquier momento la madre ha sido libre, durante la vida intrauterina.

La esclavitud se enfocaba desde dos ángulos distintos: 1ª, Con-

4 ARISTÓTELES: *Política*, libro I, capítulos I, III, IV y V.

Pero no hace falta remontarnos hasta los filósofos griegos y romanos para halar apologistas del régimen de la esclavitud. Exaltando las bellezas de este sistema entre los pueblos del Oriente, GUSTAVO LE BON apunta que "la situación de los esclavos en Oriente es muy preferible a la de los criados en Europa. Allí -dice- el esclavo forma parte de la familia, llega a veces a casarse con una hija de su amo, y hasta puede desempeñar los más altos empleos. En Oriente la esclavitud no tiene ningún sentido degradante, justificándose lo que se ha dicho, de que un esclavo está más cerca de la posición de su amo, que los criados en nuestros países."

No es nuestro propósito justificar la actitud que los europeos asumen frente a los domésticos o criados, pero es de todo punto de vista horripilante que un sociólogo moderno, hijo de una civilización grecolatina y que se pretende civilizado, en pleno siglo XX aun se atreva a entonar loas hacia una institución felizmente aventada para siempre, por muy "suave, natural, útil y fecunda", que le resulta a G. LE BON.

5 GAYO, I, 9.

forme al *jus gentium* (Derecho de gentes): son los esclavos por cautividad; o los que no habiendo sido tomados como botín de guerra, pertenecían a algún país extranjero. 2°, Conforme al *jus civile* (Derecho civil); como penalidad para ciertos transgresores de las leyes civiles. Bajo el Imperio, eran causas de esclavitud: *a*) La condenación a las minas o a las bestias feroces, o bien el internamiento en una escuela de gladiadores (*servi poenoe*); *b*) Por un senado consulto, suprimido por Justiniano, Claudio condenó a la esclavitud a la mujer libre que ejercitaba un comercio con el esclavo de otro; *c*) Cuando un hombre libre se hacía vender como esclavo por un cómplice, repartía el precio con él, y después reclamaba su libertad inalienable; para castigar esta maniobra, se denegó el derecho del rescate de la libertad; *d*) Para reprimir la ingratitud del esclavo manumitido para con su amo, Cómodo estableció que sobre la demanda del patrono, el liberado ingrato podía ser retornado a la esclavitud.

Con el auxilio de los jurisconsultos romanos, estableceremos, en términos generales y con miras de un análisis comparativo, cuál era la condición del esclavo en la sociedad latina.

Desde luego, la institución reconocía un amo, *dominus*, cuya potestad sobre el esclavo es absoluta, con poder de vida y muerte, extensivo a los bienes del esclavo. El dueño podía castigar, matar, vender y abandonar al esclavo. Si bien es cierto que con la evolución de los tiempos y el mejoramiento paulatino de las costumbres, la ley y el magistrado lograron introducir normas de humanidad en el trato del *dominus* con el siervo. Esta atenuación del rigor se acentúa especialmente bajo Justiniano.

6. — LA ESCLAVITUD ROMANA Y EL RÉGIMEN PATRIMONIAL. —

En cuanto al régimen de los bienes, todo lo que el esclavo adquiría, pertenecía, en derecho, a su amo. El esclavo carecía de todo título para adquirir la propiedad. Un paso importante fué dado al autorizar al esclavo a tener su peculio propio, con el que incluso podía dedicarse al comercio y mejorar su situación económica; pero el amo que le había constituido dicho peculio, podía quitárselo a capricho, dejándole en la más absoluta miseria.

En el orden social, el esclavo romano no se elevaba sobre la categoría de las *cosas*, clasificado entre las *res Mancipi*; dentro del *jus naturale* no se distinguía de los demás romanos, con la gran diferencia de que carecía de todo derecho político; no podía casarse civilmente: ni realizar actos jurídicos de ninguna naturaleza; ni obligarse por contrato; ni obrar en juicio, por sí ni por otro. Con cuánta razón puede exclamar un autor, al referirse a la condición inferior del esclavo romano: “¡Qué diferencia entre el bár-

baro habituado a los más rudos trabajos y el esclavo griego, con la inteligencia cultivada, cuyo señor era el preceptor de sus hijos!"⁶

7. — LA ESCLAVITUD ENTRE LOS HEBREOS. — “La esclavitud, maldición y germen de degeneración moral en los pueblos más civilizados, es en el grado inferior de cultura en que se encuentran los antiguos israelitas, no sólo un mal necesario, sino una institución benéfica y humana, que ni perjudica al desarrollo moral del señor, ni degrada al esclavo, ni es una condición desgraciada para éste, cuya vida y bienestar, como germen de riqueza, obliga al dueño a proceder con prudencia y energía varoniles”⁷.

Toda la legislación hebrea, ya sea la bíblica, ya sea la talmúdica, está inspirada en lo que dijera Moisés: *Y por encima de todo recordad, que habéis sido extranjeros en Egipto...*⁸ Y quien dice *extranjero* en aquella antigüedad, dice *esclavo*, y quien dice *esclavo* sabe del amargo pan de los siervos, de las pirámides, de los monumentos elevados a los dioses ajenos y de las masacres impunes contra las masas inermes y desamparadas. ¿Cómo había de ser Israel, bárbaro y cruel con esa clase humilde de la gleba, carne de cañón, que estaba constituida por los esclavos? ¿Cómo no había de exigir la Biblia que se fuere tolerante y manso con la mansa grey de los servidores, seres de carne y huesos, seres anímicos y sufrientes, que

⁶ "a *dominica potestas*, a *patria potestas* y a *manus* son tres nombres de una misma iniquidad prolongada por larguísimo siglos en Roma. Sumándolo todo, odio a la libre manifestación de a personalidad en el hombre, en el niño, en a mujer. Basta la verificación institucional de este hecho para descubrir por qué Roma no tuvo artistas ni oradores en ningún orden de ideas... El esclavo era una cosa. *Servile caput nullum jus habet. Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur*. Así hablaban Paulo y Ulpiano en pleno esplendor imperial. El esclavo no tiene familia. El contubernio en que se une no alcanza a formar un vínculo propiamente humano. De esclavos nacen esclavos, no hombres. Carece de patrimonio aunque puede acrecentar el de su amo. Si fuga se considera que se ha robado a sí propio. No deja sucesión, salvo la herencia de su esclavitud, la justicia no le oye; las vías de los procedimientos se cierran a su paso. Herido, violado, a ley lo desampara: el esclavo no es nadie. El amo, en todo caso reclamará justicia, si le conviene, como cuando le hurtan una cosa o le mutilan un animal. Aun como *servo sine domine*, el primero que pasa lo hará suyo. El esclavo carece de la más elemental existencia jurídica, si bien, como ya insinuamos, a ley se a acuerda momentáneamente (*ex persona domini*), capacitándolo para adquirir ya un derecho de propiedad, ya uno crédito en beneficio de su señor, cuya voluntad dicese que representa: argucia perfectamente romana." — A. CAPDEVILA, *El César contra el hombre*, páginas 57 y 58.

⁷ G. ONCKEN, *Historia Universal*. Tomo VII, página 248.

⁸ *Deuteronomio*, capítulo XXIV, versículos 18 y 22.

no tenían sobre sí otro pecado que el de ser víctimas de un estado social atrasado? En medio de aquellos días primitivos y oscuros, Israel ofrece el primer ejemplo de dignidad humana, en su trato con los esclavos. *Habrá una misma ley, una misma justicia —dijo Moisés— un mismo derecho para vosotros y para el extranjero que vive entre vosotros; él será igual a vosotros ante Dios... Lo amaréis como vosotros mismos, porque sabéis los temores que experimenta el corazón del extranjero, ya que vosotros los habéis sido en Egipto... Recuerda que has sido esclavo en Egipto, que has sido oprimido, que tus desgracias te hicieron derramar lágrima...*⁹

8. — MOISÉS SUAVIZA LA CONDICIÓN DE LOS SIERVOS. — Moisés encontró, a su llegada a Israel, el régimen que existía por doquier de la esclavitud, y haciendo una concesión a los tiempos, procuró reglamentar la servidumbre, hasta convertirla en una institución de pupilaje y se preocupó de aumentar hasta el infinito los casos de manumisión de los esclavos.

"Con dificultad —afirma Pastoret— podrá encontrarse otro pueblo donde las leyes manifestasen más vigilancia sobre los esclavos."

Desde luego se suprimió de raíz la esclavitud por deudas, una de las causales más comunes en el Derecho romano, y que subsistió durante centurias después de la caída del Imperio.

Por tres modos distintos se constituyó la esclavitud entre los hebreos: 1^a, Por venta que el individuo hacía de su propia persona¹⁰, en caso de suprema indigencia, *un año será el término para redimirse*; 2^o, Por venta que el padre hacía de sus hijos; 3^a, Por condena de los magistrados: el ladrón que no tuviere bienes ni recursos para resarcir al damnificado, *será vendido por su hurto*¹¹; el que fuere vendido como siervo, siendo israelita, permanecía en la esclavitud durante seis años y al séptimo recuperaba su libertad¹², precepto que es repetido en el *Deuteronomio*¹³

Cabe destacar que al condenarse a un ladrón a la esclavitud,

9. La condición del esclavo entre los hebreos de a época clásica era tan suave, en relación con a servidumbre de otros pueblos, anteriores, contemporáneos y posteriores, que un historiador al efectuar un análisis de los cuidados que a ley y as costumbres prodigaban para con los siervos, intitula elocuentemente el capítulo respectivo con estas palabras: "*Los servidores, impropriamente llamados esclavos.*" — J. SALVADOR: Obra citada, página 411 y siguientes.

10 *Levítico*, capítulo XXV, versículo 39.

11 *Éxodo*, capítulo XXII, versículo 3.

12 *Éxodo*, capítulo XXI, versículo 2.

13 *Deuteronomio*, capítulo XV, versículo 12.

los magistrados lo hacían siervo de otro israelita, a fin de que estuviese amparado por la ley que le daba la libertad al séptimo año.

9. — LA VENTA DE PERSONAS LIBRES - Según hemos dicho, la legislación hebrea no ha reconocido, en ningún momento, la esclavitud por deudas. La Ley asiria y el Código de Babilonia, por el contrario, legalizaban la servidumbre por estos conceptos, y encontramos en el *Código de Hammurabí* disposiciones como éstas: "Si un hombre libre por una obligación vencida vendiere a su mujer o a su hija o los diere en prenda, durante tres años permanecerán en la casa de su comprador o acreedor prendario; en el cuarto año obtendrán su libertad (117)". Y en otro precepto se dice: "Si por alguna obligación vencida alguno vendiere por plata a su sierva que le ha dado hijos, el propietario de la esclava devolverá el dinero que el comerciante ha pagado y redimirá a su esclava."

Pero si está fuera de todo debate el hecho de que Israel no admitió la esclavitud, con carácter perpetuo, por obligaciones contraídas, continúa siendo objeto de investigaciones históricas la circunstancia de si reconocía la venta de personas libres. La Ley asiria admitía ésta transacción para los individuos que no pertenecían a determinada clase social y el adquirente no sólo recibía todos los derechos inherentes a la compraventa común, sino que aun podía proceder a la venta del ser libre esclavizado, hacia el extranjero.

En Grecia encontramos una liberalidad análoga. A estar al testimonio de Plutarco, las leyes de Solón autorizaban la venta, por parte del progenitor, de la hija que había sido seducida, y asimismo, la de los recién nacidos. Existen innumerables casos registrados por los anales de la historia helénica, de la venta de metecos y libertos que habían incurrido en alguna infracción a las leyes de la ciudadanía.

Roma, por su parte, autorizaba ampliamente a los padres para vender a sus hijos, adquiriendo dicho acto jurídico los caracteres de permanencia y de perpetuidad. Conforme lo refiere Wenger, en Galia, Tracia y Frigia, el tráfico de los niños era un buen negocio. Los expósitos eran criados para la esclavitud. En los grandes mercados de varias provincias, junto a los esclavos, personas libres se ofrecían en venta o solicitaban comprador para sus hijos.

10. - LIBERACIÓN DE LOS ESCLAVOS - La liberación de los esclavos se hacía conforme a la Ley bíblica, de varias maneras: 1°, Por la manumisión y por la muerte del amo, si éste fuera gentil o prosélito; si el señor era hebreo, no se adquiría la libertad por

fallecimiento del amo, sino en el caso en que éste no dejara sucesión; 2°, Si el esclavo era hebreo adquiría automáticamente la libertad al séptimo año, en virtud de lo prescrito en el *Éxodo* y en el *Deuteronomio*; la libertad se adquiría sin mediar rescate alguno. Si el esclavo israelita estuviese sometido a un amo extranjero o prosélito, podrá ser rescatado por un hermano suyo, o un pariente, mediante compensación en dinero¹⁴; la compensación se hacía de acuerdo con el salario que había merecido su trabajo, en relación con el tiempo que le quedaba hasta el año en que debía recobrar la libertad¹⁵.

El *Deuteronomio* regla la forma en que debía producirse la liberación de un esclavo hebreo, cualquiera haya sido el motivo de esta liberación, y dice: *Y cuanto lo despidieres libre de ti, no lo enviarás vacío; le abastecerás liberalmente de tus ovejas, de tu era y de tu lagar; le darás de aquello en que Jehová te hubiere bendecido*¹⁶. Si el siervo había entrado en la esclavitud siendo célibe, salía de ella en la misma condición; si había entrado casado, debía salir con su mujer e hijos¹⁷. Pero si el siervo hubiere desposado mujer que el señor le había proporcionado y ella tuviese hijos, ésta y los hijos quedarán con el amo y el esclavo saldrá solo¹⁸.

11. — EL ESCLAVO QUE SE RESISTÍA A LA LIBERACIÓN. — El *Exodo*¹⁹ contiene preceptos que han dado lugar a innumerables interpretaciones. Ellas se refieren al siervo que habiendo llegado al término para gozar del año sabático (el séptimo de la esclavitud), dijere: *Yo amo a mi señor, a mi mujer, y a mis hijos, no saldré libre. En tal caso, su amo le hará llegar a los jueces, y hará llegar a la puerta o al poste; y su amo le horadará la oreja con lesna, y será su siervo para siempre.* ¿Qué significado tiene esta ceremonia? Unos no ven en ello sino un castigo, y la justa infamia de un hombre tan cobarde que renuncia al beneficio de su libertad; otros creen que se practicaba para manifestar la obediencia absoluta a que se sujetaba, y la obligación de no pasar el umbral de la puerta de su señor sin permiso y sin consentimiento de éste; y otros, finalmente, miran aquella ceremonia como un símbolo de lo mucho que tendrá que sufrir bajo la dominación de un poseedor tiránico. Sea lo que fuere, los hijos no adquirirían por aquella ceremonia el

14 *Levítico*, capítulo XXV, versículo 48.

15 *Levítico*, capítulo XXV, versículos 50 y 53.

16 *Deuteronomio*, capítulo XV, versículos 13 y 14.

17 *Éxodo*, capítulo XXI, versículo 3.

18 *Éxodo*, capítulo XXI, versículo 4.

19 *Éxodo*, capítulo XXI, versículos 5 y 6.

derecho de servidumbre sino en el caso en que el esclavo fuese extranjero, porque entonces tenían los hijos el derecho de sucesión, sobre ellos y toda la familia ²⁰.

Rabí Salomón Isaki, más conocido como Raschi —cuya fama como comentador y glosador de la Biblia ha vencido los siglos— glosa así el versículo 6°, del capítulo XXI, del *Éxodo*: "Porque corresponde horadar la oreja y no otro miembro cualquiera del cuerpo? Porque esta oreja que oyó decir desde el Sinaí: *Siervos míos son los hijos de Israel, y su dueño fue y se agenció un amo, merece que sea horadada.*"

Ahí creemos hallar el verdadero sentido del versículo bíblico : se trata de exhibir ante los demás hombres —de ahí la horadación de la oreja del esclavo en la puerta del amo— el atentado a la dignidad humana que está implicado en renunciar a una libertad ofrecida y brindada, habituado como se está a la cadena de la esclavitud...

El sentido filosófico de la ceremonia es harto elocuente para demostrarnos hasta dónde el pueblo hebreo ha repudiado la esclavitud y cuáles fueron sus esfuerzos para libertarse y liberar de ella a su prójimo.

12. — OTROS MODOS DE EMANCIPACIÓN. — A más de los indicados, la Biblia prescribía otros modos de acabar la esclavitud; verbigracia: mediante rescate por dinero, directamente de manos del esclavo o de un tercero; cuando el esclavo hubiese sido castigado cruelmente por el amo ²¹; si una esclava se prostituía y el amo no la castigaba de una manera suficiente ²², los magistrados podían disponer su manumisión, en la esperanza de que retornase al buen sendero.

La esclavitud hacía perder, en Israel, la condición de la ciudadanía, la que se podía recobrar, aun dentro de la servidumbre, por una acción gloriosa en favor de la ciudad o de la nación.

13. — PRECEPTOS DE LA BIBLIA SOBRE EL TRATO A LOS ESCLAVOS. — La Biblia se encuentra pletórica de alusiones al buen trato que el señor hebreo debía brindar a sus esclavos, fueran o no de su credo. El *Levítico*²³ recomienda no tratar como siervo al hermano empobrecido que se viere precisado a restringir su libertad; que se le tratase en tal caso solamente como criado o como

20 PASTORET: *Moisés como legislador y moralista*, página 149.

21 *Éxodo*, capítulo XXI, versículos 26 y 27.

22 MAIMÓNIDES, capítulo IX.

23 *Levítico*, capítulo XXV, versículos 39-41.

extranjero, hasta el día en que recuperase la libertad; y que una vez cumplido el jubileo, retornase al seno de los suyos y a la posesión de sus padres se restituirá.

El *Deuteronomio*²⁴ recomienda no ser duro con aquél que habiendo sido esclavo volvió a la libertad, y en el capítulo 23 asegura amparo al esclavo que huyese de su amo y se refugiase... *More contigo, en medio de ti, en el lugar que escogiere en alguna de tus ciudades, donde bien le estuviere: no le harás fuerza* (v. 16.).

El *Código de Hammurabí* (115) contiene algunas disposiciones referentes a los daños causados a los esclavos. ¡Pero cuán distintas son a las del *Éxodo*!²⁵ En efecto, el libro bíblico expresa: *Si alguno hiriere a su siervo con palo, y muriere bajo su mano, será castigado; más si durare por un día o dos, no será castigado, porque su dinero es*. En mismo capítulo (v. 26) del mismo libro, leemos: *Y cuando alguno hiriere el ojo de su siervo, o el ojo de su sierva, y lo entuertare, darále libertad por razón de su ojo*. Y el versículo 27 dispone: *Y si sacare el diente de su siervo, o el diente de su sierva, por su diente le dejará ir libre*.

La Lev babilónica no llega nunca a tales conclusiones, puesto que en ninguna oportunidad olvida la *diferencia* que existe entre el señor y el esclavo, entre el hombre libre y el siervo. En efecto, leemos en el *Código de Hammurabí* que si un hombre libre tuviere a su favor un crédito por grano o moneda contra otro hombre y tomare una persona en prenda y la persona prendada muriese de muerte natural en casa del acreedor, el caso no será punible. En otra disposición (116) se afirma que si la persona dada en prenda muriere en casa del acreedor prendario por golpes o malos tratos, el dueño de la prenda llamará al comprador (acreedor prendario) a cuentas: si se tratare de un hombre libre se dará muerte al hijo del acreedor; y si se tratare de un esclavo, el acreedor pagará un tercio de mina de plata y perderá el préstamo.

En todos los demás casos la muerte de un esclavo daba solo lugar a una acción por indemnización a favor del dueño del siervo. "Las disposiciones del Código de la Alianza sobre el trato a los esclavos —apunta A. Rosenvasser— no encuentran su paralelo en los artículos 115 y 116 del *Código de Hammurabí*, porque éstos se refieren sólo a los esclavos por deudas y la Ley hebrea dispone para el que cayó en la servidumbre por otros títulos. Que el Código hebreo, al ordenar la libertad del siervo maltratado, no legisla para el esclavo por deudas, resulta de su omisión de toda referencia a la calidad de hebreo o hebrea del esclavizado y también del

²⁴ *Deuteronomio*, capítulo XV, versículo 18.

²⁵ *Éxodo*, capítulo XXI, versículos 20 y 21.

hecho que las reglas sobre el particular están incluidas entre los casos por lesiones en generales, así como de la equiparación de la mujer con la del hombre esclavizado.

"Obsérvese además —agrega— que la Ley hebrea, consecuente con su espíritu casuístico, contempla solamente el caso particular del exceso en el castigo cuando se ha empleado vara o bastón.

"El *Código de Hammurabí*, como el *Código Hittita*, sólo legisla sobre lesiones o muerte infligidas a los esclavos comunes, en cuanto esos actos importan un daño para el propietario causado por un tercero (artículos 199, 213, 214, 217, 223, 231 del *Código de Hammurabí* que incluyen los casos determinados por fallas en las operaciones quirúrgicas y en la construcción de casas: artículos 2°, 4°, 5°, 8°, 12, 14, 16 y 18 del *Código Hittita*). Nada prevé sobre las relaciones de trato entre el dueño y su esclavo" ²⁶.

14. — LA LEY TALMÚDICA REFERENTE A LA ESCLAVITUD. — En el Talmud se mitigó aun más la condición de los esclavos, llevándola a la situación de una verdadera *tutela* ejercida sobre personas débiles y desamparadas.

La esclavitud de un hebreo fue totalmente suprimida, afirmando los rabinos que había desaparecido después del exilio de las diez tribus. En cuanto al esclavo pagano, dijo el Talmud: *a*) El que compra un esclavo, se compra un amo; porque él no debe comer un pan delicado y dar al esclavo un pan rústico; él no debe beber vino viejo y dar a su esclavo vino nuevo; él no debe acostarse sobre almohadones de plumas y dejar a su esclavo acostarse sobre paja; *b*) El esclavo pagano de un amo judío puede casarse con una esclava y divorciarse de ella como un pagano libre; *c*) El esclavo pagano puede *poseer* (lo que obtiene por su trabajo, por donaciones, etcétera); *d*) El esclavo pagano de un amo judío debe adaptarse a las costumbres de su amo, pero no se debe forzarle a sufrir la circuncisión; *e*) Los doctores del Talmud se opusieron a que los esclavos se vendan en los mercados públicos, como las bestias, como hacían los romanos y todos los pueblos paganos; *f*) El Talmud dispuso que el amo judío que daba muerte a un esclavo debía sufrir la misma pena; *g*) Los doctores del Talmud tenían, por lo demás, una repugnancia tal a la esclavitud, que decretaron la liberación de los esclavos en las circunstancias siguientes: *A*) Si el amo ha hecho perder al esclavo un órgano o miembro, cualquiera, o si le ha hecho una llaga incurable o una lesión de la misma naturaleza, como la pérdida de la vista; *B*) Si un judío había vendido su esclavo a un pagano, la Ley rabínica le obli-

26 A. ROSENVASSER: Obra citada, páginas 141-146.

gaba a rescatarlo y darle la libertad, aun cuando hubiere sido obligado a pagar diez veces o cien veces su valor para obtener el rescate; C) Si un judío vende su esclavo pagano al extranjero, la Ley rabínica le obliga a rescatarlo y darle la libertad; D) Si un individuo es mitad esclavo y mitad libre, se le tiene por libre, según la Ley rabínica; E) Si un individuo renuncia a sus derechos sobre un objeto cualquiera de su patrimonio, de modo que el objeto no tiene dueño (*hefker*), el primer llegado puede tomarlo para restituirlo a su legítimo propietario. Pero si declara a su esclavo pagano como sin dueño (*hefker*), éste se torna libre y nadie puede tomarlo; F) La *Guemará* dispone que si un esclavo extranjero hace la inmersión (bautismo) para ingresar al judaísmo, se torna libre; G) Si un judío empeña a su esclavo para dar garantía sobre su persona, no puede venderlo, ni entregarlo al acreedor, pero puede manumitirlo para hacerlo libre, pese al perjuicio que ocasione al acreedor; H) Si un enfermo ha legado en su testamento todos sus bienes a favor de un esclavo y se sana posteriormente, puede reclamar se los restituya, pero el esclavo obtiene su libertad; I) Si un esclavo pagano de un israelita fuese hecho prisionero por los paganos, si es rescatado de su prisión, se torna libre; J) Si el amo muere sin herederos, sus esclavos se tornan libres; K) Si un esclavo desposó una mujer libre con el consentimiento del amo, se torna libre; L) Si una persona ofrenda sus esclavos al tesoro sagrado, los administradores del Templo los venden y los compradores deben darles la libertad; LL) En fin, la nación entera está penetrada de la idea que era una excelente acción darle la libertad a los esclavos.

El *Tratado Moéd Catán* disponía (fol. 9): *Es prohibido vender un esclavo pagano a un pagano; si una persona lo ha hecho a pesar de la prohibición, ha perdido todo derecho sobre el esclavo, el cuál se torna libre.*

La *Guemará* (fol. 62) establece: *Samuel dice: Si un individuo renuncia a sus derechos sobre un esclavo, éste se torna libre.* Esta es una de las leyes rabínicas que favorece la emancipación de los esclavos paganos.

En el *Tratado Guitín*, comentado por la *Guemará*, encontramos (fol. 8): *Se pregunta a rabí Jiya, hijo de Aba: —Si un judío (habitante de Palestina) vende un esclavo pagano a un hombre que habita en Siria, debe ser condenado o no a restituirle su libertad, como si lo hubiese vendido al extranjero (jutz laaretz)? Rabí Jiya responde: —Si lo vende a un habitante de Aco, debe hacerlo libre; con más razón si lo vende a Siria, que es más lejos de Jerusalén que Aco.*

Según la Ley rabínica, se castigaba al habitante de Palestina

que vendía su esclavo al extranjero, como Samuel dice que se castiga al habitante de Babilonia que vende a su esclavo a un residente fuera de Babilonia, porque no se le debe alejar de su país natal. Raschi alecciona de que no se debe hacerlo salir de Palestina, de la *Tierra Santa*.

El ya mencionado *Tratado Guitín* dice en una *Mishná* (folio 43): Si un individuo vende su esclavo a un pagano, o a un hombre que lo va a conducir al extranjero (*jutz laaretz*) el esclavo llega a ser libre. (Se ha prohibido vender los esclavos a los paganos que los tratan muy mal; también se ha prohibido venderlos a un habitante de un país extranjero que los obligará a salir de Palestina, su tierra natal.)

15. — ADQUISICIÓN DE LOS ESCLAVOS PAGANOS — Una *Mishná* del mismo *Tratado* (fol. 22) establece que se hace la adquisición de un esclavo pagano por una de las tres maneras (por las que se adquiere un campo), a saber: por dinero, por un acto escrito o por la *hazacá*, la toma de posesión. El esclavo puede adquirir la libertad por dinero o por una acta de manumisión; puede adquirir la libertad por dinero que él mismo paga, o cuando lo hicieran otras personas por él; puede también adquirirla por una acta de manumisión que el amo pone en sus manos. Esta es la opinión de rabí Meyer; los otros doctores disienten, afirmando que puede adquirir su libertad por el dinero que él entrega de sus propias manos a su amo o por un acto que otras personas realizan por él. Si se rescata por el dinero, es necesario que el dinero pertenezca a otras personas, ya que de ordinario el esclavo carece de dinero, puesto que trabaja para su amo.

CAPÍTULO XII

LOS PAGANOS SEGÚN EL TALMUD

SUMARIO: 1. Concepto general. — 2. Los paganos del punto de vista de su salud eterna y de su dignidad moral. — 3. Los paganos ante la Ley talmúdica. — 4. Los paganos con relación al culto. — 5. El comercio con los paganos. — 6. La condición de los extranjeros. — 7. Situación del extranjero en los pueblos antiguos. — 8. El Derecho privado humano en los pueblos del Oriente. — 9. La Ley de Moisés y los extranjeros. — 10. El mensaje de Jeremías. — 11. Cómo trataban Esparta y Roma al extranjero. — 12. Quiénes eran extranjeros en Eretz Israel.

1. — CONCEPTO GENERAL. — "Se sabe que hay en el Talmud —dice el doctor I. Rabinowicz en su Introducción a *La Legislation Civile du Talmud*— pasajes admirables concernientes a los paganos, pasajes que no dejan nada que desear para los principios de tolerancia perfecta, de la estima y aun de la caridad en los que un judío debe compenetrarse hacia las honestas gentes de otros cultos que el suyo¹. Pero se encuentran pasajes que los enemigos de los judíos incriminan frecuentemente y que publican y comentan de mil maneras, para calumniar al judaísmo."

¹ "Las palabras más dulces de la Ley mosaica son para los pobres; los cuidados más afectuosos son para el que nada posee de los bienes de este mundo, contra aquellos que mucho tienen; para el extranjero, cuya alma se hace presente al pueblo redimido de su esclavitud, pues bien puede conocerla, por haber sufrido as mismas nostalgias y las mismas penas..."

"El extranjero, el huérfano, a viuda, los seres más queridos para el espíritu hebreo, los desheredados, los solitarios, se colocan al lado de los que son los *proletarios de la fe*, los levitas, que nada debían poseer, porque a idea tenía que ser su tormento. Ante esta constante preocupación en favor del que nada tiene, no se puede hablar de las inversiones de valores producidas por otras corrientes más tardías del pensamiento, religiosas o sociales. La propiedad de las cosas no es de los hombres, sino de Dios: los hombres no son, sobre la tierra, más que inquilinos o advenedizos; son forasteros en su patria, en el campo que compraron, igual que cualquier otro que viniese de lejos." — DANTE LATTES: Obra citada.

A fin de probar la sinrazón de los ataques y el elevado sentido de moral y dignidad que las leyes talmúdicas aplican para la conducta que debe observarse con los paganos, el citado autor enfoca el tema desde cuatro puntos de vista diferentes.

2. — LOS PAGANOS DEL PUNTO DE VISTA DE SU SALUD ETERNA Y SU DIGNIDAD MORAL. — Según una *Mishná*, los paganos tendrán, como los judíos, su parte en el mundo futuro. En efecto, se lee en una *beraitá* (fol. 105) del *Tratado Sanedrín* lo siguiente: El profeta pagano Balaam, dice la *Mishná*, es uno de esos que por sus crímenes han perdido su parte en la vida futura. Resulta de esta *Mishná* que los no judíos tienen, como los judíos, su parte en el paraíso, puesto que Balaam habría entrado, si no hubiera perdido su parte por sus grandes crímenes. Esta es la opinión de rabí Josué que dice en una *beraitá*: "Está escrito: *Los malvados retornarán al sepulcro, todas las naciones que olvidaron a Dios*². *De ahí resulta* ^{que} *los no judíos que no olvidan a Dios, entrarán en el paraíso.*"

Es sabido que la Ley bíblica, así como la talmúdica, es rigurosa para con los célibes, porque no procrean. Si un pagano tiene dos hijos antes de entrar a convertirse al judaísmo, aunque estos hijos continúen paganos, los doctores opinan que no está obligado a volver a casarse, porque ya ha cumplido con el precepto de la procreación; puesto que tiene dos hijos. *No está obligado a casarse* —dice *Isaías*³— *porque Dios no ha creado el mundo para que esté desierto, sino para que se pueble.*

3. — LOS PAGANOS ANTE LA LEY TALMÚDICA. — La mejor prueba de que los tribunales rabínicos juzgaban a los paganos de la antigüedad con profunda misericordia y equidad, es que ellos se presentaban espontánea y voluntariamente ante los magistrados judíos en los procesos o causas que tenían con los hebreos. La Ley talmúdica eliminó muchas restricciones de Biblia, llegando a admitir que los paganos podían prestar declaración, como testigos, ante los tribunales judíos. Se llegó aún más lejos: los tribunales judíos admitieron con plena fuerza legal, el juramento de los paganos en nombre de su Dios o de su religión. Los Tosafistas fueron más lejos aún al admitir el juramento de los cristianos en nombre de la Trinidad ante la magistratura de Israel.

Numerosos son los pasajes del Talmud que nos traen la evidencia sobre el trato amplio y tolerante que se brindó a los paganos en tierra de los hebreos.

² *Salmos*, capítulo IX, versículo 17.

³ *Isaías*, capítulo XLV, versículo 18.

En el *Tratado Nedarím* una *Mishná* establece: Rabí Meyer y rabí Judá dicen que si un pagano hace un voto (*heder*) de donar alguna cosa al tesoro sagrado o para las necesidades del Templo, se le acepta (para emplearlo según el deseo del pagano).

Otra *Mishná* del mismo *Tratado* (fol. 78) establece que si un individuo tenía la intención de matar un pagano (en tiempo de guerra) y da muerte a un judío, es absuelto.

La interpretación de la *Guemará* es la siguiente: Que solamente en tiempo de guerra se podía matar, impunemente, a un pagano, dada su calidad de enemigo. En el *Tratado Macót* se refiere que un judío fué condenado a muerte por haber matado a un *guer toshab*⁴.

En el *Tratado Macót* (fol. 7) hallamos: Está escrito, que si un individuo ha matado a otro sin saber, él está destinado a las villas de refugio. Esto no se aplica —dice Rabá— al que se excusa, diciendo que ha querido matar a un pagano (en tiempo de guerra) y ha matado a un judío (sin quererlo). Otra *beraitá*, del mismo *Tratado*, contiene una *Mishná* (fol. 8) que dice: Un pagano o el esclavo pagano va a las villas de refugio, si ha muerto a un judío por descuido; un judío va a las villas de refugio, si ha matado por descuido a un pagano o a un esclavo pagano (como si hubiese matado a un judío).

4. — LOS PAGANOS CON RELACIÓN AL CULTO. — Hemos visto que los paganos que ofrecían un obsequio al tesoro sagrado, o una donación al Templo, no podía ser despreciado y se les aceptaba la expresión de su deseo. Del mismo modo si un pagano ofrecía un candelabro al Templo, debía serle aceptado. Durante mucho tiempo los sacerdotes aceptaron las ofrendas y sacrificios que los paganos hicieron en honor de Jehová. Aun después de la destrucción del Templo, podían los paganos levantar un altar en un país de la diáspora y rendir ofrendas al Dios de los hebreos. Por fin, los paganos podían verificar la ceremonia de la circuncisión de los niños judíos y erigir la *sucá*⁵, según los mandamientos de Dios.

4 *Guer toshab*: Prosélito no naturalizado, o *prosélito de la puerta*, como se los llamaba en Palestina.

5 Durante las fiestas de *sucót*, o de las Cabañas, que comienzan el 15 de Tishri (a fines de setiembre), todo israelita debía erigirse una *sucá* (cabaña), en a que debía morar siete días, a fin de que —según lo establece el *Levítico* (capítulo XXIII, versículos 42 y 43) — *sepan vuestros descendientes que en cabañas hice morar a los hijos de Israel al sacarlos de la de la tierra de Egipto*. Esta festividad y el uso de la *sucá* no ha sido interrumpida a través de a dispersión del pueblo judío y aun en a actualidad es dable observar este pintoresco y evocador rito.

5. — EL COMERCIO DE LOS PAGANOS. — Conforme a las reglas bíblicas, estaba prohibido prestar a un pagano con usura o infligirle daño alguno. La Ley talmúdica es más severa al prohibir que se haga víctima de cualquier engaño al individuo que pertenece a otro credo, aunque merced al engaño no experimente ningún daño material.

Numerosos preceptos talmúdicos amparan y defienden a los paganos, evidenciando una moral y una ética desconocida para aquellos tiempos primitivos, en que imperaba la barbarie y la intolerancia.

Una *Mishná* del *Tratado Avodá Zará* (fol. 2) establece que tres días antes de las grandes fiestas de los paganos, se debe evitar el hacer comercio de ninguna índole con ellos. La *Guemará* interpreta este pasaje alegando que se debe evitar toda transacción con los paganos durante las grandes festividades, puesto que ellos deben estar absorbidos en la preparación de las fiestas; en consecuencia, Serían fácilmente víctimas de algún engaño.

Otra *Mishná* establece (fol. 19) que no se debe hacer adornos para los ídolos y que no se debe ceder inmuebles para los templos de esos ídolos. La razón es bien simple: la prohibición bíblica de adorar a los ídolos, sean propios o extraños, se complementa con las disposiciones de la *Mishná*. Deliberadamente, algunos enemigos de Israel pretenden explotar estas afirmaciones talmúdicas, afirmando que la ley prohibía vender o tratar con ningún pagano.

Una *Mishná* del mismo *Tratado Avodá Zará* prohíbe alquilar a los paganos casas en Palestina y menos aún, en los campos. Pero otra (fol. 21) restringe tal prohibición solamente a Palestina, autorizando la locación y compraventa de casas y campos fuera del país. La *Guemará* explica estas limitaciones del comercio con los paganos fundándose en razones de seguridad para la población hebrea: "Se trata de paganos de la peor especie, los que son capaces de cometer todos los crímenes, asesinatos, robos, asaltos y también los vicios denigrantes que repugnan a la conciencia moral." La idolatría, para el juicio de los israelitas, traía condicionada una profunda degradación de los sentimientos, y la *Mishná* se refiere en este caso no a los paganos en general, sino a los idólatras.

Una confirmación de esto la hallamos en otra *Mishná* (fol. 22), donde se advierte que no se debe dejar con los paganos un animal, porque podrían cometer un vicio afrentoso; una mujer no debe quedar sola con ellos; ni aun un hombre debe quedarse solo con ellos, porque podrían asesinarlo.

6. — LA CONDICIÓN DE LOS EXTRANJEROS. — Hemos sostenido que entre los hebreos se formularon las bases del Derecho natural

y del Derecho de gentes, que los romanos heredaron y fueron desarrolladas en todo su esplendor durante la Edad Media. Y está fuera de toda duda que como esencia de ese Derecho natural entre los hebreos, basado en la Biblia y comentarios del Talmud, el pueblo de Israel elaboró toda su doctrina acerca del trato que debía otorgarse al extranjero.

Y un estudio detenido acerca de las reglas de conducta para con el hombre que provenía de otras naciones y se asentaba en Judea, echará por tierra las teorías injustamente difundidas sobre una supuesta e innata hostilidad del hebreo para con el *guer*, el extraño.

7. — SITUACIÓN DEL EXTRANJERO EN LOS PUEBLOS ANTIGUOS.

— Digamos previo a todo, que la situación del extranjero en el mundo antiguo distaba mucho de ser envidiable. "Las relaciones entre los pueblos antiguos eran muy precarias, sobre todo las relaciones pacíficas. En general, el concepto que se tenía de la coexistencia de los pueblos no era humanitario sino estrictamente nacionalista, de aislamiento, de hostilidad recíproca. Esa hostilidad se ha atemperado hasta dar lugar a la posibilidad de contactos, cuando los individuos de distintos pueblos han tenido, en ciertos aspectos de la vida, una comunidad o convivencia, sea por actos de guerra o por relaciones de otro orden"⁶.

Si se trata de pueblos de naturaleza bélica, la aludida convivencia se ha radicado en el régimen de la esclavitud, que fué una sustitución de la pena de muerte para el vencido. Pero el esclavo apenas si asumía la calidad de un ente; no se le consideraba propiamente una persona. Entre las naciones no afectas a la guerra y que desarrollaron una actividad pacífica, dentro del comercio y las migraciones, surgió el problema del extranjero, ya sea por razón de la presencia de los extraños que venían a comerciar o de las comunidades que emigraban. Los países donde se hallaban unos y otros vieron surgir la necesidad de hacer leyes especiales para estos elementos foráneos. "Nació así la necesidad — afirma Vico— de considerar que la legislación, aun consistiendo en la voluntad absoluta de un déspota o de un monarca, no debía hacerse simplemente para el pueblo que detentaba el gobierno sino también para aquellos que les estaban subordinados por anexiones o migraciones consentidas... Esa legislación, por más severa que fuese con respecto al extranjero, aunque le concediese un *mínimum* insignificante de derechos, implicaba el reconocimiento de su personalidad, el reconocimiento de que el hombre tiene derechos como tal, de que hay

6 C. Vico: *Derecho Internacional Privado*, tomo I, página 11 y sigts.

un Derecho natural. Implicaba reconocer también que el Derecho no es solamente para el pueblo que domina sino para todos los individuos que en cualquier forma pueden llegar a entrar en relaciones con ese pueblo" ⁷.

8. —EL DERECHO PRIVADO HUMANO EN LOS PUEBLOS DE ORIENTE. — Veamos cuál era ese *Derecho privado humano*, ese *Derecho natural* de los pueblos antiguos, aplicable a los extranjeros; de allí surgirá el paralelo con el trato dado por los israelitas.

Las leyes de Manú son claras y precisas: "El rey —dice una de ellas— ha de considerar como enemigo a todo príncipe vecino y a los aliados de éste..."

El Egipto⁸ da buena muestra de su cruel actitud hacia el extranjero a través del ignominioso trato dado a los israelitas. ¡Cuán distinto ha sido el trato y la condición del extranjero, en el seno del pueblo de Israel!

Al estudiar la influencia del judaísmo en el Derecho de Occidente, un erudito catedrático de la Universidad de Harvard, afirma: "El profundo interés que la Ley judía manifiesta acerca del extranjero, del infortunado, de la viuda y del huérfano, sus medidas humanitarias que se extienden hasta el buey que prensa el grano y al ave madre, su solicitud para con el trabajador en los viñedos, para con el asalariado que espera lo que se le debe, con el deudor pobre, todo esto ha inspirado, ayudado y estimulado a los reformadores, aun en los casos en que las leyes que proponían —se refiere a los legisladores británicos y americanos— no copiaban ninguna de las frases de la Biblia."

7 C. VICO: Obra citada, página Di.

8 "Hombres tan talentosos como lo eran los hebreos —afirma BAILY— no podían conformarse con trabajos manuales. Sabemos por el *Éxodo* (capítulo V, versículo 14), que los capataces de los hebreos eran a su vez hijos de Israel; y ante la demanda creciente de trabajadores especializados, los esclavos debían de haber llegado a la condición de profesionales.

"Moisés vio a sus conciudadanos entregados a decorar obeliscos con maravillosos jeroglíficos; a esculpir los relieves con que se adornaban los frisos de las paredes, los pilares y arquivadas de los templos; a incrustar las puertas de cobre con una aleación de plata y oro (electro); a fabricar los mil y un objetos indispensables para el ritual del culto y el servicio material de los dioses... Esta vida de sufrimientos en Egipto dejó una marca indeleble en los hebreos. Aunque es probable que tan sólo una de las tribus fué sometida a la esclavitud, el recuerdo de las penurias, unido a la religión de Jehová que esta tribu adoptó en el desierto, fué transmitido por el celo de los misioneros a todas las tribus de Palestina, y los profetas los transformaron en un lema de justicia social: *Y te acordarás que fuiste siervo en la tierra de Egipto* (*Deuteronomio*, capítulo V, versículo 15; capítulo XV, versículo 16; capítulo XVI, versículo 18; capítulo XVIII, versículo 22)." — *La Vida Cotidiana en los Tiempos Bíblicos*, página 89.

"El extranjero que viva entre nosotros será como un indigente y lo amarás como a ti mismo; la Ley antigua está llena de la moral más pura cuando se refiere a la conducta del hombre en sus relaciones con su prójimo." Así sintetiza Abbe Migné, en su *Dictionnaire des Religions*, la legislación bíblica sobre el trato de Israel para con el extranjero, y finaliza: "Así, pues, nada más noble, más humano, más caritativo que los preceptos de la Ley mosaica que hemos citado abreviadamente." Y Celedonio Nin y Silva, en su *Historia de la Religión de Israel*, apunta: "Con respecto a los extranjeros de paso en Israel, los hebreos les profesaban sentimientos de benevolencia, considerando con todos los antiguos pueblos orientales en aquellas épocas en que no estaba organizado el hospedaje de los extranjeros, que la hospitalidad era la gran virtud, el más elemental deber del hombre piadoso."

9. — LA LEYES DE MOISÉS Y LOS EXTRANJEROS. — En efecto, Moisés dijo: *Habrá una misma ley, una misma justicia, un mismo derecho para vosotros y para el extranjero que viva entre vosotros; él será igual a vosotros ante Dios.*

Por el camino de la tolerancia, aun con quienes profesaban ideas antagónicas y para con los idólatras o paganos, el pueblo de Israel llegó a elaborar una verdadera doctrina de amor y de convivencia amistosa para con el *guer*, el extranjero. *Los justos de todos los pueblos participan de las felicidades eternas*, proclamó el Talmud⁹; *El no judío que sigue la Ley de Dios vale tanto como el Gran Sacerdote*, se lee en el *Tratado Babá Camá*; *Si un hombre piadoso ve un ídolo, debe decir: Alabado sea el Eterno, nuestro Señor, que trata con suavidad a los que violan su voluntad*, se dice en otros tratados talmúdicos; el Isaías, el grande y noble profeta, proclamó: *Porque mi casa será llamada la Casa de la Oración para todos los pueblos*¹⁰; y el Éxodo declara: *Dios no desprecia a ningún hombre; a todos los recibe con benevolencia; todos son considerados como hijos. Qué otra Ley civil o religiosa de la época se muestra más tolerante y brilla con más fulgor en aquella noche de los tiempos en que el *hostes*, extranjero, era sinónimo de enemigo!*

En el *Deuteronomio* hallamos preceptos como estos: *Los diezmos del tercer año serán repartidos entre el levita, el extranjero pobre, la viuda y el huérfano. Cuando recojáis las cosechas, dejad un ángulo del campo sin Pasar la hoz y no espiguéis; ella será para el pobre y el extranjero*¹¹.

9 *Tratado Sanedrín*, 105 a.

10 *Isaías*, capítulo LXVI, versículo 20.

11 *Deuteronomio*, capítulo XXIV, versículos 19 y siguientes.

Rabí Salomón Isaki (Raschi), glosador de la Biblia y del Talmud, comentando un precepto bíblico acerca del trato que debe darse al extranjero, dice: "*Y no angustiarás al extranjero...*"¹² No angustiarás ni irritarás con palabras al extranjero, porque extranjero fuisteis también. Si lo angustiaras de palabras, él podrá angustiarte a su vez, replicándote: "Tu también descendes de extranjeros. El defecto que tienes tú, no se lo enrostras a otro."

El *Tratado de Jaguigá* expresa: "Rish Lakesh dice: Si un individuo hace un daño a un extranjero, es como si hiciera un daño a Dios." A su vez, el *Tratado Shecalím* (Perek I) formula esta discriminación: "Las monedas destinadas a solventar los sacrificios obligatorias del Templo de Jerusalén, deben ser dadas por los judíos y no por los paganos, así como todos los sacrificios obligatorios en los casos determinados por la ley (porque los paganos no son sometidos a estas leyes), pero todos los sacrificios que los judíos ofrecen voluntariamente, pueden ser ofrecidos por los paganos igual que por los judíos"¹³.

10. — EL MENSAJE DE JEREMÍAS. — En las célebres cartas enviarlas por el profeta Jeremías, a los israelitas exilados en Babilonia, aquél les decía: "Construid casas y habitadlas; plantad viñas y recoged sus frutos. Casaos, casad vuestros hijos y vuestras hijas. Sobre todo haced votos por la paz de la ciudad en la cual habéis sido transportados; porque vuestro reposo está unido al suyo"¹⁴.

Quien sabe hablar así a sus desdichados hermanos en el destierro, ¿Cómo no había de recomendar mansedumbre y amor para con el exilado de otros pueblos en el seno de Israel?

11. — CÓMO TRATABAN ESPARTA Y ROMA AL EXTRANJERO. —
Recuérdese que en Esparta los extranjeros recibían, después de un corto plazo, la orden de abandonar el país. Atenas ordenaba que los extranjeros eligiesen de entre los ciudadanos un patrono que respondiese de su conducta, y además mandaba pagar un tributo

¹² *Exodo*, capítulo XXIII, versículo 9.

¹³ En el *Tratado Yadayim* (Perek IV) encontramos una *Mishná* que dice: Jehudá, un Ammonita, pregunta a los doctores si se le va aplicar el versículo: *No entrará Ammonita ni Moabita en la congregación de Jehová* (*Deuteronomio*, capítulo XXIII, versículo 3). Rabí Joseph respondió que este versículo no tiene razón de después de tantas revoluciones políticas que se han realizado después de la época mosaica; y los doctores han aprobado esta idea de rabí Joseph.

¹⁴ En el *Tratado Uctzin* (Perek III) leemos: "Rabí Simón, hijo de Adapta, dice: *La más grande bendición que Dios ha prometido a los Israelitas, es la paz con todo el mundo.*"

al tesoro público por cada extranjero y por sus hijos. Además, los extranjeros eran víctimas cotidianas de tratos ignominiosos e insultos de la plebe.

En verdad, entre los hebreos el extranjero sólo por excepción llegaba a gozar de los derechos de la ciudadanía. Pero, según veremos, esa *excepción* era frecuente y muy numerosos los *exceptuados*. ¿Qué sucedió en Roma, en cambio?

Si el ciudadano gozaba de los derechos públicos, del *jus suffragii* (electoral), del *jus honorarum* (de ser elegido para la función pública o religiosa) y en el orden privado de los derechos del *connubium* (contraer matrimonio) y del *commercium* (ejercer el comercio), el extranjero estaba totalmente desprovisto de ellos. Su único amparo legal consistía en los preceptos del *Jus gentium* y se le reconocía con el mote despectivo de *hostes*, enemigo. Una profunda transformación debió operarse en la conciencia del pueblo más imperialista de la antigüedad, para que poco a poco y en base de concesiones que respondían a exigencias económicas y políticas, el no ciudadano o extranjero fuera asimilado, paulatinamente, a la condición del ciudadano de Roma.

12. — QUIÉNES ERAN EXTRANJEROS EN ERETZ ISRAEL. — Veamos en síntesis, a quién se denominaba extranjero en Eretz Israel, y cuáles fueron sus derechos y deberes.

La palabra *guer* indica igualmente en el *Pentateuco* al extranjero asociado al pueblo hebreo, y el que no es más que habitante, *toshab*, o regnícola. A los primeros se les conocía como *extranjeros de justicia*, y a los segundos, *extranjeros de domicilio* o *de residencia*. El simple transeúnte o forastero era llamado *nocri*.

Al *extranjero de justicia* puede asimilársele perfectamente a la condición actual de extranjero naturalizado. El adoptaba, sin restricciones, toda la legislación estatal, debiendo someterse a algunas restricciones, por ejemplo: 1°, Como vivía entre los hebreos que le abonaban su trabajo, no debía comer pan (*jametz*) durante la fiesta de Pascua¹⁵; 2°, No debía blasfemar el Dios de Israel¹⁶; 3°, No debía ofrecer a Moloch sacrificios humanos.

El *extranjero de justicia* o *prosélito* debía declarar sus intenciones de *asociarse* al pueblo de Israel, delante de tres jueces, al menos, quienes le preguntaban si no está impulsado por ningún temor, si se encuentra en plena lucidez y tranquilidad de conciencia; luego se le explicaba, por los mismos magistrados, las privaciones, los deberes numerosos y pesados que la condición de Israel

15 *Éxodo*, capítulo XII, versículo 18.

16 *Levitico*, capítulo XXIV, versículo 16.

lita imponía a sus correligionarios, y si persistía, se recibía en la comunidad con las palabras siguientes: *El prosélito (guer) será semejante a nosotros delante de Jehová*, prescribió Moisés. Los doctores rabínicos repetían esta misma ceremonia¹⁷.

La circuncisión era indispensable para todos aquellos que no eran naturales de un pueblo en donde se practicaba, como sucedía entre los egipcios, los etíopes y los ismaelitas; observándose aún con éstos la ceremonia de derramar algunas gotas de sangre para afianzar más y más la alianza que se hacía con Dios¹⁸.

El *bautismo* del prosélito constituía una ceremonia religiosa que consistía en una inmersión en una corriente de agua, y por último, el extranjero asociado a Israel, debía ofrecer un sacrificio¹⁹ de un cuadrúpedo en holocausto, tórtolas o pichones.

En el mundo antiguo, la condición de la ciudadanía se hallaba ligada, de un modo indisoluble, a la práctica del culto. La religión imponía, de una manera u otra, la extensión de los derechos civiles y políticos de las personas. En consecuencia, quién no practicaba el culto oficial se hallaba excluido, *de facto y de jure*, de la ciudadanía e asumía la calidad poco deseable de extranjero. De este modo. Esparta y Roma eran irreductibles con respecto al habitante que no asistía a los banquetes públicos, cuya celebración era capital en el ejercicio del culto oficial. "Cada ciudad —afirma Fustel de Coulange— exigía que todos sus miembros tomaran parte en las fiestas de su culto." En consecuencia, aquél que no era ciudadano, y por ende asumía la calificación de extranjero, se hallaba fuera de la esfera de acción y del amparo de los dioses. Estos lo rechazaban de tal modo que la presencia de un extranjero en un templo —o en una ceremonia cualquiera del culto— constituía un sacrilegio. ¿Cuál era la dimensión de la orfandad en que vivían los extranjeros? Desde luego, carecían de los derechos electorales; no podían ser propietarios; ni casarse; ni tener hijos legítimos; ni ejercer el comercio; ni celebrar contratos; ni heredar o transmitir sus bienes por herencia. Carecían de toda garantía de seguridad sobre su vida, la de los suyos, y el patrimonio. En cierto sentido, "El esclavo era mejor tratado que él: pues el esclavo, miembro de una familia cuyo culto compartía, estaba unido a la ciudad por mediación de su amo y los dioses lo protegían. Por eso la religión

17 Levítico, capítulo XIX, versículo 34; Talmud Bavli, capítulo VIII, De Levirorum Offictis.

18 Guemará de Babil., capítulo IV; Seldeno, de Jur. Natur. e Gent., llino II, capítulo II.

19 Génesis, capítulo XVII, versículo 10; Éxodo, capítulo XII, versículo 48.

romana decía que la tumba del esclavo era sagrada y que no le era la de extranjero", concluye Fustel de Coulange.

No sucedió, como se ha visto, igual cosa en Israel. El extranjero no participaba del culto oficial, y ello le privaba de los atributos políticos y electorales de la ciudadanía. Pero los derechos privados eran absolutamente suyos, y tanto la Biblia como el Talmud extreman el celo para que el peregrino y el extranjero no experimenten ningún detrimento en sus derechos naturales. La reiterada consigna de *Porque extranjeros fuisteis, en Egipto...*, no dejaba de repetirse en numerosos pasajes de la ley, y los comentaristas se afanaron por inculcarla y encarnarla en el espíritu del pueblo.

CAPÍTULO XIII

EL DERECHO DEL TRABAJO

SUMARIO: 1. Fuentes y orígenes de la legislación del trabajo. — 2. El maquinismo industrial y la cuestión social. — 3. Jornada máxima para los niños. — 4. El nuevo Derecho. — 5. Primeros ensayos de Legislación obrera. — 6. Dignificación del trabajo en Eretz Israel. — 7. Los sabios y el trabajo honrado. — 8. Naturaleza del contrato de trabajo. — 9. El Derecho obrero en la Biblia. — 10. La jornada de trabajo. Descanso hebdomadario. — 11. Reposo en las festividades religiosas. — 12. Los esclavos paganos (**Ebed Kenaani**). — 13. Los esclavos israelitas (*Ebed-ivri*). — 14. Los artesanos (*umanim*). — 15. Los jornaleros (*poalim*). — 16. Accidentes del trabajo. — 17. Situaciones especiales. — 18. Privilegios en beneficio del trabajador.

1. — FUENTES Y ORÍGENES DE LA LEGISLACIÓN DEL TRABAJO.—

Es indudable que en las civilizaciones antiguas no puede hablarse ciertamente de *Derecho obrero del trabajo* en un sentido que recién alcanza forma y contenido a raíz de la aparición del capitalismo y del industrialismo en la historia económica del mundo. Ni siquiera es factible referirse a una rama diferenciada del Derecho, con normas propias, códigos, leyes y tratados. Esta moderna disciplina científica no data de más de una centuria y tiende a afianzarse cada día más, porque también cada día más surge el factor *trabajo* como imprescindible para el progreso humano, y los pueblos, así como los gobiernos se ven forzados a reconocer la existencia de una vasta clase proletaria con derechos específicos y una organización totalmente nueva. La legislación del trabajo, en forma científica, es un fenómeno absolutamente nuevo en la historia y ni por asomo han podido imaginar, hace tres mil años, que el trabajo tiene sus privilegios legales, como el capital gozó de primacía por propia gravitación e influencia.

Es verdad que desde tiempos muy lejanos se fueron adoptando normas y disposiciones tendientes a salvaguardar la vida y la integridad del factor obrero, y que en cierto modo constituyen

verdaderos anticipos de la novísima rama jurídica denominada Derecho del trabajo, pero es un *hecho* históricamente comprobado, el de que este Derecho surge con vigor auténtico recién hacia fines del siglo XVIII, en que aparece la gran industria y simultánea y consecutivamente la agrupación de los trabajadores. Desde entonces, el fenómeno de la corporación medieval, con sus beneficios y sus lacras, cede lugar a nuevas formas de organización y de trabajo que pronuncian los grandes movimientos proletarios que caracterizan al siglo del maquinismo.

2. — EL MAQUINISMO INDUSTRIAL Y LA CUESTIÓN SOCIAL. —

La creación de la máquina, como instrumento y como sustituto del obrero, provocó, entre otros síntomas, la aparición de una gran población trabajadora en las ciudades, una inmediata evasión de los trabajos de los campos, la concurrencia natural entre los productores, la utilización por primera vez en la historia de la mujer y el niño en las fábricas, el aumento de las jornadas y la reducción de los salarios, así como el acrecentamiento de diversos factores que se conocen bajo el nombre genérico de la *cuestión social*.

Como consecuencia de todo ello, surgieron, en los países más industrializados, leyes de protección y de asistencia, destinadas a contrarrestar la amenaza candente de las multitudes trabajadoras que, en un momento cualquiera, podían desencadenar conflictos capaces de hacer tambalear las bases mismas del Estado y de la sociedad.

3. — JORNADA MAXIMA PARA LOS NIÑOS. —

Pero es sólo en las postrimerías del siglo XVIII, y merced a la presión de irrefrenables impulsos y de sangrientos episodios, que el Derecho del trabajo se va afirmando para concretarse en leyes y reglamentos. La reducción de las jornadas agotadoras y el mejoramiento de los salarios no se logró sino después de esfuerzos fantásticos entre el Estado, representante de la clase capitalista y el exponente de la clase proletaria. Júzguese que la ley reglamentaria del trabajo de los niños, en Inglaterra —a los que se fijaba una jornada máxima de doce horas (!)— recién fue sancionada en 1802; y la ley reglamentaria del trabajo de los niños, en Francia --por la cual se prohibía el de los menores de 8 años (!)— data de 1841.

4. — EL NUEVO DERECHO. -

La verdad es que después de la primera guerra mundial (1914-1919), recién aparece lo que se ha llamado con justicia *el nuevo derecho*, y es a partir de entonces que puede hablarse con justicia de la existencial real de un Código del trabajo, que sigue aun sometido a las contingencias de los go-

biernos y es desconocido por ciertos regímenes de acuerdo con las conveniencias políticas circunstanciales.

Y si esto ha ocurrido y aun ocurre en medio de la civilización siglo XX, ¿Qué decir de los tiempos remotos del Oriente, donde el trabajo era cumplido casi exclusivamente por la servidumbre y era tenido en desmedro y como un deshonor por los ciudadanos de los diversos países?

En efecto: trabajador y esclavo fueron sinónimos, por muchos siglos, entre los pueblos de la antigüedad clásica; Oriente, Grecia y Roma no conocieron otra clase de proletariado que el que surge de la desigualdad social y civil. "La recíproca necesidad que el pobre tiene del rico y el rico del pobre creó a los servidores —afirma juiciosamente un autor—. Pero en esta especie del régimen patriarcal, servidores o esclavos, son lo mismo. Concíbese, en efecto, que el principio de un servicio libre y voluntario, pudiendo cesar a capricho del servidor, no puede acordarse con un estado social en que la familia vive aislada. Es necesario, pues, que el servidor venga a ser, por cualquier medio, miembro y parte integrante de esta familia."

De ahí surgió, pues, el nuevo miembro de la familia, griega y romana: el esclavo, quién debía ingresar en ella como un elemento más, semejándose esta incorporación como una verdadera adopción. El esclavo entraba a formar parte de la familia, y se convertía en un engranaje más de aquella sociedad fuertemente impregnada de idolatría. Por cierto que el esclavo no entraba a compartir los honores ni los derechos de los miembros agnados o cognados. El *pater* no tenía el más mínimo interés de hacer partícipe de sus condiciones de ciudadanía a esa pobre humanidad que se acogía a los *manes* familiares para gozar de un lecho... El miembro adoptivo se habría de convertir en una bestia de carga, en un factor económico, que tan pronto se traducía en preceptor y ejemplo para el hijo del espartano, o en humilde siervo de los caprichos de la familia romana. Es este el origen del proletariado, mitad esclavo, mitad servidor; aunque más esclavo que servidor. No podía tener bienes, ni mujer, ni hijos, ni sepultura propia... Y era una sombra más en aquella organización social prototípica de la explotación del hombre por el señor.

Si establecemos líneas paralelas, entre las legislaciones del Oriente, Grecia y Roma, con la del pueblo de Israel, y analizamos las normas que se dictaron allá hace treinta siglos, en defensa del trabajador, surge evidente que éste último pueblo se lleva la palma del respeto a la dignidad y de la elevada moral que debe presidir la vida de relación entre las criaturas de Dios, sean correligionarios y connacionales, o extranjeros idólatras.

Ningún código de la época consigna la más insignificante referencia a la clase trabajadora, a pesar de que en aquellas sociedades primitivas, estos factores de la economía y del progreso, llegaron a abundar. Tareas agrarias, colosales obras públicas y el comercio de la navegación, ya vasto y múltiple, comprometían la acción de grandes masas laboriosas, pero ningún legislador y ningún filósofo se preocuparon de sentar reglas no sólo para aliviar la suerte de los trabajadores dada su calidad de seres humanos, sino con el criterio de alargar sus años de labor merced a un trato medianamente altruista.

5. — PRIMEROS ENSAYOS DE LA LEGISLACIÓN OBRERA. - Sin embargo, la Biblia contiene atisbos de la moderna legislación del trabajo. En la forma fragmentaria, inorgánica, que los tiempos justifican, y basado tal vez en sentimientos de piedad y equidad más que en las razones dignificantes de los días presentes, encontramos en el *Pentateuco*, como en la Ley rabínica, innumerables reglas destinadas a la custodia del trabajo y del trabajador.

"El proletariado, como clase —afirma Guinzburg— es un producto de los tiempos modernos, del capitalismo. Y como el capitalismo no estaba desarrollado a la sazón en Palestina, casi no existían allí proletarios. La industria se encontraba en embrión; de la gran industria ni cabe hablar. En el estado económico de la sociedad de entonces ella no hacía falta; cada patrón producía por lo general lo que necesitaba para sí, para su familia y sus allegados. La única excepción la constituían los productos rurales, pues ya entonces existían terratenientes en mayor y menor escala. En lo que concierne a otras industrias, cada cual producía para su uso particular y no para la venta. Ni siquiera el artesano producía para el mercado. Trabajaba por encargo. El zapatero fabricaba un par de zapatos cuando se lo encargaban; lo mismo hacía el sastre con el saco, pero no elaboraban zapatos o sacos para la venta. Los artesanos mismos eran los dueños y contaban con muy pocos obreros (*poalim*); sólo utilizaban aprendices."

Pero ello no significa que el obrero, en el sentido técnico de la palabra, no haya gozado de protección legal y jurídica. Al igual que todos los demás elementos débiles y desamparados de la sociedad, que requerían especiales cuidados de amparo y protección, el obrero estaba rodeado de una serie de garantías y seguridades que resultan francamente inverosímiles en aquellos tiempos.

6. — DIGNIFICACIÓN DEL TRABAJO EN ERETZ ISRAEL. - Desde luego cabe destacar que el trabajo en general estaba rodeado de toda clase de consideración, por parte del pueblo. Entre otras vir-

tudes cardinales, el trabajo fue objeto de exaltación, del mismo modo que la inercia y la ociosidad merecían el repudio más enconado. La máxima de Maimónides no constituye sino una síntesis del juicio que las masas tenían del trabajo productivo, creador. "En primer lugar —decía el sabio comentarista bíblico— el joven plantará una viña o hará cualquier comercio para asegurar con el trabajo sus medios de existencia; en segundo lugar, edificará su casa, y después podrá casarse."

Vale la pena dar a conocer algunas de las más famosas máximas de la Biblia, para destacar el alto concepto que se tenía en aquellos días primigenios de la función creadora del trabajo. *El Eterno tomó al hombre y lo puso en el jardín del Edén para que lo cultivara y guardase*¹; *El que cultiva su tierra estará harto de pan; el que persigue cosas vanas está desprovisto de entendimiento*²; *El que descuida su trabajo es hermano del que destruye*. Y el Talmud está lleno de referencias al hombre laborioso y satisfecho consigo mismo, en contraposición al ocioso. *Sólo siente satisfacción el que goza del fruto de su propio trabajo; no así el que se agarra como parásito a sus hijos, y con más razón aún, a extraños*³; *Ama el trabajo y huye de los honores*⁴; *No hay hombre más despreciable que el perezoso*⁵; *Quien quiere comer, debe trabajar*⁶; *Sólo goza del descanso del sábado el que ha trabajado la víspera del sábado*⁷; *Antes que mendigar, haz del sábado un día de trabajo*⁸.

7. — LOS SABIOS Y EL TRABAJO HONRADO. — Y para tener una idea central de la trascendencia que la función del trabajo asumía para el pueblo de Israel, baste recordar que la más alta dignidad civil, la del magistrado judicial, se entregaba a hombres humildes y trabajadores, quienes no percibían retribución alguna por su elevado ministerio, y muchas veces vivían en la más absoluta estrechez, por dedicarse en cuerpo y alma a la distribución de la justicia. Entonces no resulta extraño que la ley se dedicase a asegurarle condiciones de equidad y de humanidad a los trabajadores de la época, para evitar que nadie se aproveche del esfuerzo ajeno y

1 Génesis, capítulo II, versículo 15.

2 Proverbios, capítulo XII, versículo 11.

3 Avót R. Natán, capítulo XXXI.

4 Avót, capítulo I, versículo 10.

5 Yalcút, 127.

6 Génesis Rabá, capítulo II.

7 Avodá Zará, 3 a.

8 Pesajim, 118 a.

lograr que toda la comunidad social sea una inmensa colmena poliforme, donde no hubieren zánganos...

8. — NATURALEZA DEL CONTRATO DE TRABAJO. — Ahora bien, siendo que el Derecho obrero no constituía una rama especializada y diferenciada, entre los hebreos, ya sea durante la edad bíblica como en la posbíblica, justo es que participase del carácter de un contrato de Derecho civil, siendo asimilable a la locación de servicios de nuestros tiempos, con las características propias de la época.

Por ello, situaremos este contrato en nuestro estudio de las leyes civiles, procurando destacar los caracteres peculiares que le asignara la legislación mosaica y con miras a poner de manifiesto que más de treinta siglos atrás ya existían en un pequeño país de la tierra, leyes dedicadas a proteger el trabajo y al trabajador; leyes que la humanidad contemporánea no ha logrado sin derramar mares de sangre y no sin cruentas revoluciones sociales.

La historia de las revoluciones en Roma se conoce como una antigua reyerta entre patricios y plebeyos. Los plebeyos no llegaron a ser sino el verdadero proletariado romano; exentos de todo atributo de ciudadanía, sin derecho de matrimonio sacro, sin derecho a poseer bienes, sin amparo ni refugio en la magistratura judicial, ni en el Senado, los plebeyos se vieron obligados a levantamientos que caracterizan las primeras luchas sociales de la historia. Se lee en Dionisio de Halicarnaso: "La plebe salió de Roma retirándose al monte Sacro; los patricios se quedaron solos con sus clientes en la ciudad... La plebe descontenta se negó a alistarse; los patricios tomaron las armas con sus clientes e hicieron la guerra."

Debieron acudir a movimientos sangrientos para que con el correr de los años, la soberbia clase aristocrática les reconociera con derecho a la integridad y al honor. Jamás se llegó a asignarle leyes especiales de protección, dada su condición de instrumentos del trabajo fecundo.

9. — EL DERECHO OBRERO EN LA BIBLIA. — Por regla general, las relaciones entre el patrón y el obrero eran análogas, sino iguales a las que existían entre dos personas social y legalmente iguales. El artesano —único obrero conocido de entonces— era un hombre libre e independiente, que con el tiempo podía llegar a ser patrón. Existían convenios escritos y verbales que reglaban admirablemente todos los conflictos entre obreros y patronos.

Se ha dicho que los poalim, jornaleros, eran los obreros económicamente más débiles de aquella sociedad y por ello la ley les rodeó del máximo de garantías.

10. — LA JORNADA DE TRABAJO. DESCANSO HEBDOMADARIO. — La jornada de trabajo se contaba de sol a sol, exceptuándose los sábados y días de fiesta marcados por el ritual. El salario no podía pagarse en especie, sino en metálico y nunca más tarde del momento en que el jornalero abandonaba la tarea diaria.

Desde luego, la Ley bíblica es inexorable en el cuidado del reposo del *sábado*. No sólo para el señor, sino para el siervo y la bestia. La institución del *sábado*, del punto de vista religioso y ético, pasó a las legislaciones que tuvieron un contacto con la de Israel. "Ya el mundo pagano experimentó nuestro sólido influjo. Tomemos, por ejemplo, el caso del sábado. Una costumbre, bastante rara para aquella época, de un reposo hebdomadario. Según la tradición es el sábado un regalo que Dios ha conferido a su pueblo elegido. Pero, ^{al} propio tiempo, es también un signo que caracteriza a la nación judaica, ya que durante muchísimo tiempo fueron los judíos el único pueblo que practicó esta extraña costumbre de un día de descanso por semana. Esto no fue del agrado del mundo pagano. Ya en el siglo II, el satírico Juvenal se mofa de los romanos que remedan la costumbre judía de dar cumplimiento al sábado. Otro escritor romano se queja de los raros orientales que pierden casi dos meses por año en reposar los sábados. Y el empedrador Adriano optó por prohibir a los judíos el cumplimiento del sábado.

"Era va en pleno exilio, setenta años después de la destrucción de Jerusalén y poco después del frustrado levantamiento de Bar Cojba. Nos sentíamos absolutamente impotentes para imponer nuestro punto de vista; mas, por la influencia pacífica y el ejemplo, el principio judío de un día de asueto se impuso. Hay quienes lo celebran un día *antes* del sábado, otros lo hacen un día *después*, pero es un día de descanso para todos.

" También el *sábado inglés*, que va penetrando cada vez más en la vida moderna, no es, originariamente, otra cosa que una modificación de la costumbre judaica de extender la santidad a los días vulgares, al paralizar los trabajos a partir del viernes por la tarde" ⁹.

El filósofo Hermann Cohen dedica todo un libro para exaltar la significación del descanso sabático, no como índice de religiosidad, sino por conceptuar que este día se hallaba consagrado para la clase trabajadora de Israel. "Que el sábado haya sido destinado exclusivamente al bienestar de la clase trabajadora, es un concepto que se refiere solamente a sus comienzos; pero el beneficio de esta

⁹ M. SENDEREY: *Raschi y el Mundo no Judío*, editado por el Comité de Homenaje a Raschi, Buenos Aires.

institución no tardó en repercutir en la clase acomodada. Es un principio válido para cualquier época; una opresión económica, ejercida sobre una o más clases, produce inestabilidad material y mediocridad moral en todo el pueblo.

"Así sucedió que el sábado, originariamente nombre genérico de todas aquellas instituciones sociales que favorecían a los pobres, pudo ser convertido en ideal ético para todo el pueblo. Los profetas, que en su vida y en sus vicisitudes políticas, en sus pensamientos íntimos y en sus manifestaciones públicas, denotan una admirable inseparabilidad entre su conciencia política y su conciencia moral; estos profetas que no retroceden ante ninguna estrecha limitación nacional en su lucha por la idea de la igualdad de los hombres, son ellos quienes al mismo tiempo que pregonan la reconciliación de los pueblos y anuncian la época del Mesías, claman por la santificación del sábado. Aquel profeta que con osada energía —índice de la lucidez de su pensamiento moral— rechaza las más veneradas formas del culto nacional, suprime la distinción entre paganos e israelitas y hace un llamado a los hermanos de todos los pueblos, el segundo Isaías, ¿Habría exteriorizado su entusiasmo por la fiesta sabática tan solo porque en el sábado había descansado Jehová? Y si esto fuera posible, a pesar de su impugnación del dogmatismo, ¿En ninguna de sus expresiones encontraríamos la confirmación de que fuera ése el contenido de la idea del sábado? Dichoso aquel que haga esto, dichoso el hombre que recuerde el sábado y lo celebre y no lo profane, preservando su mano de toda maldad.

"Esta comparación nos hace evidente que para el profeta, enviado en auxilio de los pobres y desdichados, toda la doctrina ética se encierra en el sábado, instituido en beneficio de los pobres y desdichados" ¹⁰.

*El Exodo*¹¹, el *Levítico*¹² y el *Deuteronomio*¹³ contienen severas órdenes para el cuidado y santificación del sábado, así como graves admoniciones que culminan con la última pena para los transgresores. Pero no debemos entender que estas citas bíblicas solamente tienen un contenido religioso y de subordinación a la Divinidad de Israel; algunos textos son harto precisos y categóricos para llegar a la conclusión de que se está verdaderamente en presencia de la institución del *descanso hebdomadario*, creado por

10 HERMAN COHEN: *El Sábado, su significado histórico y cultural*.

11 *Éxodo*, capítulo XXXI, versículos 13-17; capítulo XXXIV, versículos 21 y 22; capítulo XXXV, versículos 1 y 2.

12 *Levítico*, capítulo XIX, versículos 3 y 30; capítulo XXIII, versículo 3; capítulo XXV, versículo 2.

13 *Deuteronomio*, capítulo V, versículos 12-15.

primera vez en la historia para beneficio de las masas trabajadoras.

En efecto, el *Deuteronomio*, en sus preceptos citados, dice: *Seis días trabajarás y harás toda tu obra* ¹⁴; *Mas el séptimo es reposo a Jehová tu Dios; ninguna obra harás tú, ni tu hijo, ni tu hija, ni tu siervo, ni tu sierva, ni tu buey, ni tu asno, ni ningún animal tuyo, ni tu peregrino que está dentro de tus puertas: porque descanse tu siervo y tu sierva como tú* ¹⁵.

Y para una más cabal comprensión del verdadero anticipo de la legislación hebraica, con relación a los tiempos, en materia del descanso y protección del obrero, es interesante recordar que recién en el Tratado de Versalles (1919) se insertó una cláusula de alcances internacionales, que recomienda a los países contratantes como norma para guiar la política de la Sociedad de las Naciones, la adopción de un descanso hebdomadario de veinticuatro horas como mínimo que, siempre que ello sea posible, deberá comprender el domingo. Otro de los principios "aconsejados" es el de la supresión del trabajo de los niños y la adopción de la jornada de ocho horas... ¡Tres mil años antes, en esa enciclopedia de la cultura que significa el *Pentateuco*, se imponían leyes protectoras del trabajo, cuya trasgresión podía ser punida hasta con la última pena!

11. — REPOSO EN LAS FESTIVIDADES RELIGIOSAS. — Pero no solamente se imponía un descanso semanal a todo el mundo; también en las fiestas principales de Israel, el descanso era forzoso y obligatorio. Así el *Levítico* ¹⁶ dispone que el primer día de la fiesta de Pascua *ninguna obra servil haréis*, y en el séptimo día *ninguna obra servil haréis* ¹⁷.

14 *Deuteronomio*, capítulo V, versículo 13.

15 *Deuteronomio*, capítulo V, versículo 14.

16 *Levítico*, capítulo XXIII, versículo 7.

17 Es interesante destacar que en su famoso folleto *El Estado Judío*, editado en el año 1896, el creador del movimiento de restauración del Estado hebreo en Palestina, doctor TEODORO HERZL proyectó como una de las bases fundamentales de a nueva organización estadual, a jornada obrera de siete horas. En efecto, se lee en el mencionado folleto —que ha adquirido categoría de una nueva promulgación de los Diez Mandamientos— lo siguiente: "¡La jornada normal de siete horas!... Esto no quiere decir que diariamente tan sólo durante siete horas se haya de talar árboles, cavar a tierra, acarrear piedras, en suma, realizar los diferentes trabajos. No. Se trabajará catorce horas. Pero as cuadrillas serán relevadas cada tres horas y media, la organización será, completamente militar, con cargos, ascensos y pensiones. Explicaremos dónde se han de sacar las pensiones.

"Un hombre sano puede producir muchísimo en trabajo intensivo por espacio de tres horas y media. Después de otras tres horas y media dedicadas al descanso, a su familia y a la ampliación de sus conocimientos,

Otras reglas existen en la Biblia que anuncian el trato brindado a los trabajadores de la época. El *Levítico*¹⁸ ordena no oprimir al prójimo, ni robarle. El *Deuteronomio*¹⁹ dispone: *No hagas agravio al jornalero pobre y menesteroso, así de tus hermanos como de tus extranjeros que están en tu tierra, en tus ciudades.* El versículo siguiente es más concreto: *En su día le darás su jornal y no se pondrá el sol sin dárselo; pues es pobre y con él sustenta su vida; porque no clame contra ti a Jehová y sea en ti pecado.* El *Libro de los Proverbios* se halla pletórico de invocaciones a la bondad y a la honradez para con el hombre de trabajo y el pobre; asimismo, el texto es rico en bellas enseñanzas sobre la dignificación de la vida a través del trabajo. *El que recoge en el estío es hombre entendido; el que duerme en el tiempo de la siega es hombre afrentoso* (Cáp. X, v. 5); *No ames el sueño, porque no te empobrezcas; abre tus ojos y te hartarás de pan* (Cáp. XX, v. 13); *El que cierra su oído al clamor del pobre, también él clamará y no será oído* (Cáp. XXI, v. 13); *El deseo del perezoso le mata, porque sus manos no quieren trabajar* (Cáp. XXI, v. 25); *Dice el perezoso: El león está fuera; En mitad de la calle seré muerto* (Cáp. XXII, v. 13); *El que oprime al pobre para aumentarse él, y que da al rico, ciertamente será pobre* (Cáp. II, v. 16); *No robes al pobre, porque es pobre, ni quebrantes en la puerta al afligido: Porque Jehová juzgará la causa de ellos, y despojará el alma de aquellos que los despojaren* (Cáp. XXI, vs. 22-23); *No acuses al siervo ante su señor, porque no te maldiga, y peques* (Cáp. XXX, v. 10).

El *Eclesiastés* está, asimismo, impregnado de un espíritu de justicia y de moral, para el siervo y el pobre: *Si violencias de po-*

está de nuevo perfectamente dispuesto para el trabajo. Tales trabajadores pueden hacer lo imposible.

"¡La jornada de siete horas! Es ella a que hace posible la jornada de catorce horas; más no cabe en el día...

"Ahora bien: el que trabaja más de siete horas recibe una sobrepaga en dinero por las horas extraordinarias. Puesto que todas sus necesidades son satisfechas, y los miembros de su familia incapaces de trabajar, atendidos por las instituciones de beneficencia centralizadas, que han sido trasplantadas al nuevo país, puede el obrero ahorrar algo. Queremos estimular el instinto del ahorro ya existente en nuestras gentes, porque facilita la ascensión del individuo a posiciones superiores y porque de esta manera creamos un enorme fondo de reserva para empréstitos futuros.

"El exceso sobre a jornada de siete horas no debe ser mayor de tres horas y solamente será permitido previo examen médico. Porque nuestras gentes estarán deseosas de conseguir trabajo en as nuevas condiciones de vida, y entonces el mundo verá lo productivo, lo laborioso que es nuestro pueblo."

18 *Levítico*, capítulo XIX, versículo 13.

19 *Deuteronomio*, capítulo XXIV, versículo 14.

bres, y extorsión de derecho y de justicia viéres en la provincia, no te maravilles de ésta licencia; porque alto está mirando sobre alto, y uno más alto está sobre ellos (Cáp. V, v. 8); Además el provecho de la tierra es para todos: el rey mismo está sujeto a los campos (Cáp. v, v. 9); Dulce es el sueño del trabajador, ora coma mucho o poco, mas al rico no lo deja dormir la hartura (Cáp. V, v. 12); He aquí pues el bien que yo he visto: Que lo bueno es comer y beber, y gozar uno del bien de todo su trabajo con que se fatiga debajo del sol, todos los días de su vida que Dios le ha dado; porque esta es su parte (Cáp. V, v. 18); El que al viento mira, no sembrará; y el que mira a las nubes, no segará (Cáp. XI, v. 4); Por la mañana siembra tu simiente, y a la tarde no dejes reposar tu mano; porque tu no sabes cuál es lo mejor, si esto o lo otro, o si ambas a dos cosas son- buenas (Cáp. XI, v. 6).

Un cuerpo de doctrina y leyes que contiene, en esencia, las expresiones de la más alta dignidad humana, el espíritu de misericordia y el conocimiento de la raíz psicológica del ser, no podía admitir que la esclavitud, en cualquiera de sus formas, y por ende, la más amplia masa de trabajadores, estuviera en la condición inferior en que el Egipto, Grecia o Roma los trataba. La Lev israelita, en cuanto al Derecho del trabajo y de los trabajadores se refiere, puede ubicarse legítimamente entre los más elevados exponentes de equidad y justicia, con relación a las demás naciones contemporáneas. Tanto la Ley bíblica como la posbíblica o talmúdica reconocían dos formas distintas de esclavitud; y nos referimos a la esclavitud para hablar del Derecho obrero entre los israelitas, puesto que fueron los esclavos quienes constituían la masa mayoritaria entre los proletarios de la época. Las dos formas de la esclavitud a que nos referimos, son las siguientes: *a)* el esclavo no judío (*ebed-canaani*) y el esclavo judío (*ebed-ivri*).

12. — LOS ESCLAVOS PAGANOS (EBED-CANAANI). - Según hemos dicho, Moisés no suprimió la esclavitud, institución útil que estaba universalizada en el mundo antiguo, si bien trató de aliviar la situación del siervo en toda forma. Los comentaristas y exégetas de la Biblia primero, y los talmudistas después, dieron pasos audaces en el sentido de aliviar aun más a los esclavos, siendo notorios sus esfuerzos de dotarles de toda clase de garantías y de seguridades. "Los talmudistas —afirma Guinzburg— no pudieron suprimir del todo la esclavitud. Pero eso sí, hicieron todo lo que estaba a su alcance para imposibilitarla, para convertirla en algo que rindiese cada vez menos. Sin combatir la esclavitud teóricamente, la obstaculizaron grandemente en la práctica... El gran principio del Talmud es que al comprar un esclavo sólo se adquiría su trabajo,

mas no su cuerpo. No había que hacerlo trabajar rudamente, había que darle de comer y de beber de todo lo que comiese o bebiese el amo; no había que injuriarle ni pegarle; había que escuchar sus quejas y hablar con él afablemente... El esclavo anciano debía ser respetado y quién lo golpease hasta causarle la muerte, era pasible de la pena de homicidio. Ya se ha dicho que existía una verdadera pena del Talión para los amos crueles y duros, que ocasionaban un daño en la integridad física de su esclavo."

13. — LOS ESCLAVOS ISRAELITAS (EBED-IVRI). — Su condición era mucho más aliviada que la del esclavo pagano. Desde luego, la servidumbre era temporaria y cualquier familiar tenía el deber legal de rescatarlo, antes de los seis años de esclavitud, en cuya época se liberaba automáticamente. El amo estaba obligado a procurarle los trabajos menos penosos y a considerarle, en todo momento, como a un igual. La Biblia era estricta en preservar de la servidumbre a los israelitas, puesto que *Jehová ha dicho: Ellos (los israelitas) son mis siervos y no siervos de siervos*. Frente a la religión tenían las mismas obligaciones y privilegios que cualquier hombre libre. Maimónides, en su *Tratado sobre la esclavitud*, establece que los trabajos sucios e indecentes que un hombre libre puede desarrollar, deben ser eliminados para los esclavos. El que se había vendido como siervo —argüía— se sentía humillado y caído, por lo que no se podía dejarle hacer trabajos que le recordasen su condición. Si el esclavo judío tenía mujer e hijos, el amo debía proporcionarles los medios para una subsistencia decorosa.

"Todo esto, al parecer, no les bastó todavía a los talmudistas y con un solo rasgo suprimieron del todo la esclavitud judía. El modo como lo hicieron, sin contradecir la *Torá*, es muy característico e instructivo. La *Torá* dispone que el siervo judío debe recuperar la libertad en el año del *Jubileo*. De esto infirieron los talmudistas que sólo podía haber siervos judíos mientras hubiese años de jubileo, pero ahora (es decir, en la época talmúdica, después de la ruina del Templo) que el jubileo había sido suprimido, la esclavitud judía debía quedar abolida también de hecho. Si la esclavitud judía persistiese también cuando el jubileo va no existía, eso significaría que el siervo judío habría perdido un privilegio, lo cual no era admisible" ²⁰.

20 I. GUINZBURG: *El Talmud*, páginas 134 y 135.

Un escritor revolucionario moderno. HENRY THOMAS, en una vívida descripción de algunas formas de esclavitud obrera, expresa: "Cuando Colón por primera vez vino a América, se interesaba por tres cosas: conseguir oro, bautizar almas y vender cuerpos para esclavitud. Los españoles que vinieron después de él trataron de esclavizar a todos los indige-

14. — LOS ARTESANOS (UMANIM). — El artesano en nada se diferenciaba del trabajador libre de hoy, ya que contrataba su trabajo sin imposición de nadie y lo abandonaba cuando no le convenía o estaba mal retribuido. Era un semejante del patrón, y él mismo un probable futuro patrón. Hombre hábil en los oficios manuales, gozaba de jerarquía en la escala de los trabajadores hebreos, sobre todo cuando frecuentemente se trataba de persona versada en las ciencias judías: el artesano, por la naturaleza de sus tareas y el tiempo de que solía disponer, era lector asiduo y gozaba de conocimientos generales que le colocaban en un lugar de privilegio dentro de la comunidad. Se recuerdan afamados sabios y magistrados cuya ocupación habitual no pasaba de ser simples zapateros, sastres o ebanistas. Las relaciones entre el artesano y el patrono se regían por un contrato verbal o escrito, cuyo incumplimiento, por cualquiera de las partes, era motivo de demanda ante la justicia que resolvía los conflictos planteados. El artesano podía llegar a su vez a ser patrono, cuando para él mismo contrataba a otros artesanos, destinados a complementar las tareas que a él se le habían encomendado.

nas. Pero los indígenas no fueron bastante fuertes y productivos. Por eso, como dice VAN LOON: «Un sacerdote, de nobles sentimientos (el padre as Casas) sugirió que se trajeran negros de África *para reemplazar a los indígenas*. De esta manera vinieron los negros en calidad de esclavos desde los primeros tiempos de la conquista. Después, en el año 1620, los Padres Peregrinos de los blancos desembarcaron en Plymouth (*Massachussets*), y los Padres Peregrinos de los negros desembarcaron en Jamestown (Virginia)». Lo cierto es que la abolición de la esclavitud de los negros, en América, obedeció a factores económicos: la esclavitud no constituía un buen negocio... Así, al menos nos enteramos, de un discurso de Benjamín Franklin, quien dijo al respecto: «a mano de obra del esclavo no puede ser aquí nunca tan barata como la mano de obra del trabajador de Inglaterra. Cualquiera puede comprobarlo. Contemos en primer lugar el capital invertido en a compra del esclavo, la inseguridad o el riesgo de su vida, su vestido y su alimento, los gastos en caso de enfermedad y la pérdida de tiempo, las pérdidas por negligencia del trabajo (a negligencia es natural en un hombre que no trabaja por su propia cuenta y cuidado), los gastos de un capataz que cuide el trabajo y los latrocinios de tiempo en tiempo (casi todo esclavo, por naturaleza de su esclavitud, es un ladrón), y comparemos el total con el salario de un obrero de las fábricas de hierro o de as minas de carbón de Inglaterra. De esta manera se verá, que a mano de obra es mucho más barata de lo que resulta aquí el trabajo del negro».—(*Hombres y dioses en la Historia de la raza humana*, página 347.)

Gran Bretaña abolió a esclavitud en 1833; Méjico, en 1827; Francia, en 1848; Portugal, en 1858. En 1863, el zar Alejandro II de Rusia decretó a libertad de los siervos. Y en los Estados Unidos de América, a abolición se logró después de sacrificios cruentos y derramamiento de sangre fraterna.

¡Tres mil quinientos años antes, a Biblia de los hebreos ordenaba la liberación de los siervos en la época del Jubileo!

Si quisiéramos encuadrar las relaciones jurídicas entre patrono y artesano, en la legislación mosaica, en alguna institución moderna, cabría decir que sus funciones comparten los caracteres de la locación de servicios y la locación de obra, siendo más parecida a ésta última, tan difundida en el mundo moderno.

Un historiador describe las condiciones de la vida de Israel, bajo la monarquía y nos da la pauta, a través del cuadro sencillo y pastoril que dibuja, de las circunstancias en que se deslizaba la existencia de los trabajadores. "La tierra estaba intensamente cultivada. En las llanuras y valles, el labrador, con trabajo y sudor incesantes, araba y cuidaba la tierra y sembraba y cosechaba su trigo y su cebada; conducía las gavillas en un carro a un ara libremente expuesta al viento, donde trillaba y aventaba; guardaba el grano por moler antes de convertirlo en harina y en pan, mientras la paja cortada servía de forraje a su ganado. Una yunta de bueyes —o si era rico el hombre, tantas yuntas como podía—, a veces un par de borricos, tiraban del arado y pisoteaban con sus cascos las espigas amontonadas. Estas bestias eran también empleadas como animales de tiro. Donde se disponía de pastos y agua abundantes, se criaban rebaños y ovejas y cabras. En las colinas, con sus terrazas bien dispuestas, la viña, el olivo y la higuera eran cultivados. Era feliz el hombre que pudiera "sentarse bajo su viña y bajo su higuera". Los terrenos rodeados de acequias para la irrigación estaban cubiertos de huertos de frutas y verduras.

"En las aldeas la vida era sencilla. La labor doméstica bastaba para las necesidades ordinarias. Las mujeres ayudaban a los hombres en la época de la cosecha, y a menudo atendían los rebaños. La esposa del labrador, y también las mujeres de las aldeas pequeñas, tenía mucho que hacer. Preparar la comida, buscar agua, llevar manojos de astillas para el fuego, y en el tiempo libre hilar, tejer y coser; la mujer hacía la ropa para la casa y aumentaba la renta familiar trabajando en hermosas telas que tenían fácil venta. Los hombres construían sus sencillas viviendas de ladrillos cocidos al sol, sobre cimientos de arcilla, y modelaban los muebles de madera, como mesas, sillas y camas; cortaban también las correas para sus sandalias y preparaban las pellejas para contener agua o vino.

"En las aldeas mayores y las ciudades había gran demanda de artesanos especializados. Los oficios eran hereditarios en ciertas familias. Los artífices se formaban en gremios y ocupaban barrios determinados; había una calle de panaderos en Jerusalén, y un camino conducía al campo de los bataneros en las afueras. El alfarero producía jarras, vasijas, platos, lámparas de arcilla; tal vez su mercancía careciese de la terminación artística (le los objetos

importados, como podían adquirirlos solamente los muy ricos, pero aprendía e imitaba con rapidez. Los herreros y artífices del metal producían los artefactos para la labranza, espadas y lanzas y puntas de flechas para el soldado, y las herramientas de la vida cotidiana. Plateros y orfebres trabajaban las imágenes para los altares idólatras, públicos y privados, y los anillos y sellos con piedras preciosas en que se grababan figuras o caracteres escritos. Las pretensiosas mansiones de los ricos, para no hablar de templos y palacios reales, construidas en piedra esculpida a mano, daban empleo a arquitectos que hacían los planos, albañiles, picapedreros; las maderas y paneles eran ejecutados por carpinteros y tallistas. El tejido y bordado de telas, colgaduras y alfombras habían llegado a un alto nivel de desarrollo, aunque los modelos eran de origen extranjero; también lo era el arte de teñir.

"En suma, la vida en las grandes ciudades, particularmente en las capitales, era plena y rica. Los magnates tenían sus casas invernales y sus villas veraniegas, en las cuales se les servían los mejores manjares y los vinos más fuertes, que consumían reclinados en camas de damasco. Los jóvenes de la aristocracia eran entretenidos por cantores y cantoras, y ellos mismo tañían instrumentos musicales... Había riqueza en el país, pero estaba desigualmente distribuida. Según se ampliaba el comercio y se acumulaba el capital, se extinguían gradualmente las pequeñas fortunas, y la tierra se concentraba en manos de unos pocos. El labrador empobrecido se veía cada vez más enredado en las manos del rico acreedor. Si no podía atender sus obligaciones, perdía sus bienes de garantía, o se veía obligado a ir, o a enviar sus hijos, a la esclavitud. La esclavitud no era por cierto la institución fundamental que privaba por doquier: el esclavo israelita era en general tratado con bondad. Pero había un creciente número de trabajadores que se entregaban por períodos breves o extensos; y había también los menos afortunados, que vivían precariamente"²¹.

Como se advierte, la existencia del trabajador sólo se denuncia en los campos o en las grandes ciudades, donde la vida industrial hace sus primeros intentos. Y es en las grandes ciudades donde surge lo que hoy conocemos bajo el nombre de *cuestión social*. En general, el obrero en cierto modo es el patrono de mañana, que, circunstancialmente, se ve constreñido a alquilar su trabajo.

15. — LOS JORNALEROS (POALIM). — Por último, hallamos en Israel una cuarta y última categoría de obreros, comprendidos entre

²¹ MAX I. MARGOLIS y A. MARX: *Historia del Pueblo Judío*, página 83 y siguientes.

los obreros libres, es decir, los que comprometían su aptitud física sin coacción de ninguna naturaleza²². Principal característica de su actividad fue la de que trabajaban por día, por semana, o por período; es decir, eran obreros temporarios, no permanentes. Se utilizaban particularmente en las tareas de la agricultura, en especial durante las épocas de la siembra y la siega.

Siendo un factor económico sumamente débil —ya que su actividad se realizaba durante etapas muy breves— la Ley se ocupó de brindarle el máximo de seguridades, en cuanto a la tarea como a los salarios. La facultad legal de demandar indemnizaciones por daños al culpable del incumplimiento de un contrato de trabajo —que regía en el sistema del artesanato— desaparecía en el de los *poalim*; éstos podían abandonar el trabajo cuando quisieran, sin estar obligados a indemnizar al patrono por los daños que pudieron ocasionarle. Si el obrero dejaba su labor, a poco de comenzarla, tenía derecho al cobro proporcional del jornal convenido; el patrono de ninguna manera podía obligarle a proseguir las actividades, ni a reducir su salario.

La Biblia prohibía expresamente la retención de los jornales, por una sola noche, prescribiendo que el salario debía ser abonado en ocasión de darse fin a la tarea.

16. — ACCIDENTES DEL TRABAJO. — El Talmud, si bien no incluía leyes especiales de protección del obrero a jornal, está lleno de sentencias que lo amparan, incluso para el caso de accidentes del trabajo. Estos se regían por los principios generales sobre la indemnización por daños: *todo aquello de que uno es responsable, debe pagarlo en caso de accidente*. Esta era la regla común aplicable al jornalero que con motivo del trabajo experimentaba un daño en el cuerpo o en la salud. La indemnización se extendía al caso de haberse producido el accidente en circunstancias en que el obrero se dirigía al trabajo, o para percibir su salario. A este respecto, la Ley rabínica, que constituye un extraordinario anticipo de las modernas legislaciones y códigos sobre accidentes del trabajo, establecía: *Si el patrono estaba hachando leña en su propio patio y el jornalero acudió para exigirle su salario, y una astilla ha saltado dañándolo, el patrono es responsable. Este no puede alegar que el jornalero había penetrado en una jurisdicción ajena, sin permiso, ya que el obrero tiene derecho de exigir su salario*.

Ahora bien, en caso de ser indemnizaban un accidente del tra-

²² Los obreros, en general, gozaban, según las reglas talmúdicas, del *derecho de huelga*. En efecto, a Ley lo legitimaba, previa consulta con asesores especializados.

bajo, el patrono estaba obligado a pagar cinco indemnizaciones a la vez : 1) *Nezek*: por el daño permanente que le ha ocasionado, si es que le ha roto una pierna, una mano, u otro órgano. En tal caso debe pagarse el importe del miembro dañado. 2) *Tzaar*: debe pagarle los dolores y sufrimientos ocasionados por el accidente.

3) *Ripui*: debe pagarle la asistencia médica y los medicamentos.

4) *Shevet*: debe abonarle, asimismo, la incapacidad temporaria para el trabajo. 5) *Boshet*: debe abonarle por el daño moral ocasionado. En caso de fallecimiento del obrero a causa de un accidente del trabajo, a más de las indemnizaciones pecuniarias que eran debidas a sus herederos, el patrono era pasible de la pena por homicidio involuntario.

17. — SITUACIONES ESPECIALES — El *Tratado Babá Metziá* (VII Perek) establece que si una persona contrata obreros y les ordena venir muy temprano o irse muy tarde del trabajo, él no puede obligarlos a venir más temprano o a abandonar el trabajo más tarde (después de la puesta del sol), si los usos del país no lo autorizan. Si los usos del país ordenan que al jornalero se le proporcione de comer y se le debe dar una buena alimentación, el patrono debe proporcionársela. En todos estos casos, afirma la *Mishná*, es necesario seguir los usos del país. Se trata aquí de trabajo *extra* que en caso de ser admitido por los usos del lugar, gozaba de un sobreprecio.

Otra *Mishná* establece: He aquí los obreros que pueden comer según la Ley mosaica²³ los frutos de la tierra que trabajan: el que trabaja en los frutos adheridos al suelo, cuando se está al fin de la cosecha; el que trabaja en los frutos separados del suelo, cuando aun no se ha llegado al fin de la cosecha. Pero es necesario —aclara la Ley talmúdica— que estos jornaleros trabajen en las cosas que provienen de la tierra. Y agrega: He aquí los obreros que no tienen derecho de comer los frutos: el que trabaja en los frutos adheridos a la tierra, cuando la cosecha no se ha terminado, es decir, cuando los frutos aun no están en sazón; el que trabaja en los frutos separados de la tierra, después de la cosecha, es decir, después que los trabajos del campo han terminado, y en fin, el que trabaja en las cosas que no provienen de la tierra. Por ejemplo, dice Raschí, el obrero ocupado en ordeñar las vacas o en hacer queso.

El mismo *Tratado* talmúdico (VI Perek) prescribe: Si un individuo contrata dos obreros, y si uno engaña al otro, el obrero que ha sido engañado no puede reclamar nada, como, por ejemplo,

23 *Deuteronomio*, capitulo XXIII, versículos 24 y 25.

si el obrero ha sido comisionado por el patrono para contratar otro u otros obreros y el patrono le facultó para pagar a cuatro *zuzes* por día y él lo ha hecho solo a tres *zuzes*; en este caso los obreros enganchados no podían quejarse, pues ellos fueron libremente contratados por tres *zuzes* al día. Si un individuo contrata un burrero o un carrero para que le transporten instrumentos de música para un casamiento o para un entierro, o bien si contrata un obrero para trabajar en el lino o en otro trabajo, en que la no realización del transporte puede ocasionar pérdidas y si los transportadores no quieren realizar el trabajo contratado, puede el patrono tomar a otros sustitutos a cargo de los remisos. Si una persona contrata obreros y éstos se niegan a trabajar (después de haber comenzado el trabajo, de suerte que el patrono está obligado a buscar un reemplazante para que termine la labor), el obrero deberá sufrir el *inconveniente* y no tendrá la *ventaja* (es decir, si el reemplazante es mejor retribuido que él, él soportará la diferencia; si el reemplazante es peor retribuido, es el patrono y no él quien gozará de la diferencia).

Dispone, asimismo, la *Mishná* (fol. 76): Si el patrono es quien despide al obrero durante su trabajo, es el patrono quien sufrirá el *inconveniente* y no tendrá la *ventaja* (es decir, si el reemplazante es mejor retribuido, la diferencia será por cuenta del patrono; si es más económico, es el obrero y no el patrono quien se beneficiará de la diferencia), porque el obrero puede reclamar el salario íntegro, con exclusión de la parte que le corresponde a su reemplazante. Todos cuantos modifican las condiciones pactadas (sin estar asistidos de derecho alguno), sufren los *inconvenientes* pero no los beneficios que surgieran. Raschi da un ejemplo: Si un tintorero ha teñido de negro la lana que debió teñir en rojo, él sufre el *inconveniente*, porque si los gastos son mayores que la compensación del trabajo, será el obrero el que soportará el excedente; él no se beneficiará, porque si los beneficios exceden los gastos, él no podrá hacerse rembolsar.

Todos los que no son fieles a su palabra, sufren el *inconveniente* y no gozan de las *ventajas*. Esta es la regla general dictada por la equidad.

Otras sentencias talmúdicas nos dan la pauta del respeto y consideración que dentro de la legislación hebrea se asignaba al trabajador. *El patrono está obligado* —se lee en el *Tratado Babá: Camá* (33 a) — *a tomar todas las medidas para evitar los accidentes. El patrono está obligado* —dice a su vez el *Babá Metziá* (118 a) — *a pagar el trabajo en efectivo.*

En el *Tratado Metziá* encontramos preceptos como el siguiente: El obrero puede abandonar el trabajo aun en mitad de la jor-

nada, salvo indemnización que deberá al patrono por los daños que su actitud haya podido ocasionarle.

Otra *Mishná*, del mismo *Tratado*, establece que la mujer y los hijos del obrero pobre pueden tomar en el campo, donde trabaja el jefe de la familia, lo que se ha dejado —según la prescripción bíblica— para que lo recogieran los pobres.

Si el trabajo que el patrono ha encomendado a los asalariados, no ha podido llevarse a cabo por un accidente imprevisto, el patrono está obligado a indemnizar a los obreros (*Tratado Babá Metziá*).

Otra regla rabínica dispone que cuando se recarga a un mozo de cordel con un peso excesivo, el patrono está obligado a indemnizarle cualquier daño en la salud que le causare. Pero, agrega la Ley, si el mozo de cordel ha aceptado el trabajo para realizar él solo una tarea que debe ser cumplida por dos personas, él es el único responsable de su temeridad.

Los trabajadores a domicilio —expresa el Talmud— son responsables de la mercadería que se les ha confiado hasta el momento en que previenen al locador de que el trabajo ha sido finalizando y se encuentra a su disposición (*Babá Metziá*).

Otra prescripción talmúdica autoriza a despedir a los obreros sin indemnización si causan un mal irreparable al patrono (*Babá Metziá*).

18. — PRIVILEGIOS EN BENEFICIO DEL TRABAJADOR. — La legislación hebraica estableció una verdadera jerarquía a favor del trabajador, rodeándole de privilegios que no se otorgaban a ninguno otro elemento social. Algunos pocos ejemplos pondrán de manifiesto lo que acabamos de aseverar.

Según el *Deuteronomio*, el acreedor que tenía alguna prenda para asegurarse el cumplimiento de la obligación por parte del deudor, no podía penetrar en la casa de éste, para apoderarse de la prenda. *Fuera estarás* —dice el precepto— *y el hombre a quien prestaste, te sacará afuera la prenda*²⁴. La *Mishná* agregó otra garantía para los acreedores pobres, estableciendo que el acreedor no podrá apoderarse de la prenda del deudor sin la venia del tribunal. En el caso de tratarse de un obrero que reclama su salario, establece el *Tratado Babá Metziá*, que sí puede entrar el acreedor a la casa del deudor para tomar una prenda.

Sábese que todas las obligaciones civiles estaban sometidas, según la Ley hebrea a la prescripción —es decir, a su extinción, por el mero transcurso del tiempo— en el año de la *shmitá*, es de-

²⁴ *Deuteronomio*, capítulo XXIV, versículo 11.

cir, al cabo de siete años. La única excepción a la regla era el salario de los obreros, según lo establece el *Talmtud*²⁵.

Y antes de cerrar este capítulo sobre la condición del obrero en el Derecho hebreo histórico, y la santificación del trabajo, es conveniente mencionar la importancia que a ambos factores de cultura y progreso se les asigna en la tarea reconstructiva de *Eretz Israel*. Sobre una población de setecientas mil almas, la Federación General de Obreros Judíos en Palestina cuenta actualmente con 180.000 adherentes. La *Histadrut*, que así se denomina la nombrada Federación, fue fundada en el año 1920, en Haifa, con algunos millares de obreros, y en poco más de veinte años llegó a constituir algo así como la columna vertebral de toda la actividad de la colectividad hebrea, pudiendo afirmarse que constituye una federación de uniones de trabajadores modelo para todos los países de la tierra. Además de abarcar numerosas *trade unions*, entre las cuales se destacan por su capacidad y volumen la de los trabajadores de agro y de la construcción, la *Histadrut* posee numerosas cooperativas, bancos, colonias, fondos para obreros enfermos y desocupados, un teatro ambulante, una organización juvenil y una importante asociación deportiva. Y su mayor preocupación, en el terreno espiritual y cultural se concentra en la tarea de acercamiento entre el proletariado judío y las escasas masas trabajadoras de la población árabe.

La magnitud que adquiere el movimiento obrerista en Palestina, en un cuarto de siglo apenas, demuestra hasta la evidencia que el trabajo y el trabajador constituyeron y siguen constituyendo para el pueblo de Israel el nervio más noble y poderoso, y el factor inapreciable de su asombrosa vitalidad.

25 *Tratado Shevuót*, fol. 48.

CAPÍTULO XIV

LA CONDICIÓN DE LA MUJER

SUMARIO: 1. Situación legal y moral de la mujer hebrea. — 2. La menor de edad. — La mujer casada. — 4. Régimen de los bienes. — 5. Derecho hereditario de la mujer. — 6. Disposiciones diversas. — 7. La mujer libre: viuda. — 8. El "levirato". — 9. La mujer libre: divorciada.

1. — SITUACIÓN LEGAL Y MORAL DE LA MUJER HEBREA. — Es interesante considerar la situación legal y moral de la mujer hebrea, en aquellos tiempos remotos de la historia, en que la mujer fuera un simple instrumento del apetito sexual o de la procreación entre los pueblos del Oriente. El grado de cultura y el nivel de la ética de una comunidad, es fácil apreciarlos en relación al trato que confieren a la mujer, madre, hija o esposa, y es entre los descendientes de Israel, en la antigüedad clásica, donde mayormente puede estudiarse este importante capítulo de toda civilización.

A través de las disposiciones y preceptos que analizaremos, podremos comprobar que aun a falta de leyes precisas, la mujer fué —y lo sigue siendo— en el pueblo hebreo, motivo de cuidados, atenciones y honores que en la práctica la colocaban en nivel igual al que ocupa el hombre¹.

1 "La mujer hebrea era una criatura benéfica y nobilísima. Poseedores los hebreos de la tradición bíblica y sabedores del fin para que la mujer fue, creada, la levantaron hasta sí, amándola como a una compañera suya, y aun la pusieron a una mayor altura que al hombre, por ser a mujer el templo en donde había de habitar el Redentor de todo el género humano. No fué, a la verdad, el matrimonio entre la gente hebrea un sacramento, como lo había sido antes en el paraíso, y como había de serlo más adelante, cuando el anunciado mundo viniese en la plenitud de los tiempos; fué, sin embargo, una institución grandemente religiosa y sagrada, al revés de lo que era en las naciones gentílicas. Las bodas se celebraban al compás de las oraciones que preanunciaban los deudos de los esposos para atraer

"La mayoría de los pueblos de la antigüedad —dice Louis-Germain Lévy— consideraban a la mujer como inferior al hombre. Tres razones explicaban, aparentemente, esta inferioridad: 1° La mujer es más débil que el hombre; es entonces menos apta para sostener la lucha del clan y de la tribu que se hallan siempre en pie de guerra. De allí viene, por ejemplo, que se mata los machos y se deja subsistir a la mujeres². 2° La naturaleza; de las relaciones sexuales entraña un debilitamiento del hombre, porque la pérdida del semen viril importa depresión y le arrebatada una parte de sus energías en la concurrencia vital. 3° Las relaciones con la mujer comunican una impureza que las hace impropias para las funciones del culto. En el momento de la proclamación del *Decálogo*, Moisés dijo al pueblo: *Estad apercebidos para el tercer día; no lleguéis a mujer*³. Se entiende que bajo el imperio de semejantes concepciones la mujer israelita no haya sido colocada sobre un pie de igualdad con el hombre, aunque ella haya gozado de la dicha de una gran libertad"⁴.

Desde luego, según el *Génesis*, la mujer primitiva formaba parte de la herencia del esposo. El marido podía repudiarla con facilidad. "En términos generales —dice Emmanuel Weill—, los vínculos del matrimonio eran muy flojos. El nacimiento de un hijo era saludado con una alegría que no se exteriorizaba para una

sobre la nueva familia las bendiciones del cielo; con estas solemnidades y con estos ritos se celebraron las bodas de Rebeca con Isaac, de Ruth con BOOZ y de Sara con Tobias. — DONOSO CORTÉS: *Discurso académico sobre la Biblia*, páginas 63 y 64.

2 *Números*, capítulo XXXI, versículo 7; *Deuteronomio*, capítulo XX, versículo 13.

3 *Exodo*, capítulo XIX, versículo 15; *Levítico*, capítulo XV, versículos 16 y 18.

4 Lours G. LÉVY: *Etudes sur l'Histoire des Institutions Primitives*.

Al referirse a las diversas etapas que ha debido librar a civilización para otorgar a la mujer un lugar igualitario y decoroso al lado del hombre, HERBERT SPENCER, en su conocida obra *La Justicia*, dice: "El conjunto de as tribus no civilizadas no respeta los derechos de a mujer mucho más que los de los animales... Los fidjianos negaban a la mujer el primero de los derechos, pues podían matarla y comérsela cuando tenían por conveniente; lo mismo sucedía entre los fueguinos y los australianos más salvajes, que sacrificaban las mujeres viejas para atender a su alimentación, y entre los numerosos pueblos que enviaban a la viuda a unirse con su marido en el otro mundo... Concretándonos a los arios que han poblado a Europa, vemos a las mujeres ocupar una posición absolutamente subordinada, excepto en los casos en que, como refiere Tácito, adquirían una posición mejor, tomando parte en los peligros de a guerra... Los germanos primitivos compraban sus mujeres, y el marido tenía derecho de vender y aún de matar la suya. La sociedad teutónica primitiva, lo mismo que la romana, mantenía a la mujer en un estado de perpetua tutela, conceptuándola así incapaz de un derecho de propiedad distinto. Igual estado

hija⁵; sólo el primogénito varón era consagrado a Dios⁶; la mujer no era admitida a desempeñar las funciones sacerdotales; la impureza del parto es más larga para un hijo de sexo femenino, que del masculino⁷; mientras que el hombre de veinte a sesenta años era estimado en un valor de cincuenta ciclos de plata, la mujer no valía más que treinta⁸; el marido es el poseedor⁹; el señor y el amo, *adon*¹⁰; la mujer se dirige a su esposo llamándole *nevi amo*¹¹; la mujer sigue la condición del marido¹²; el marido puede anular los votos de su mujer¹³; el padre, el de su hija; en el matrimonio, en la repudiación, es el marido la parte activa, mientras la mujer es sujeto" ¹⁴.

Aparentemente la razón se halla en parte de Josefo, quien sentenció¹⁵ que *las mujeres no pueden testimoniar, a causa de la ligereza y de la temeridad de su sexo...*

Si bien la Biblia no prohibió el testimonio de la mujer, en forma expresa, el Talmud si lo hizo¹⁶. Ello no obstante, el propio *Deuteronomio* admite en algunos casos el testimonio de la mujer ¹⁷.

Si juzgaremos la condición de la mujer hebrea solamente a través de las restricciones y prohibiciones que acabamos de mencionar, es obvio que las conclusiones serían desoladoras. Pero no sólo la costumbre y la moral imperante, sino los mismos textos, en algunos pasajes de la Biblia, se encargan de desvanecer este cuadro pesimista.

de cosas existía en la Inglaterra primitiva: los hombres compraban sus esposas sin consultarlas a propósito del caso."

Frente a este cuadro, donde las sombras se manifiestan en atroz hegemonía, ¡Cuán grande surge el derecho y la costumbre de los hebreos que, hace veinticinco o treinta siglos, instituyera reglas de respeto y dignidad para la mujer, y la exaltara a una altura que no tiene precedentes en el mundo de entonces, ni en el que le siguiera muchas generaciones después!

5 *Génesis*, capítulo XXXV, versículo 17; *Samuel I*, capítulo I, versículo 11.

6 *Exodo*, capítulo XIII, versículos 12 y 15.

7 *Levítico*, capítulo XII, versículos 2 y 6.

8 *Levítico*, capítulo XXVII, versículo 3 y siguientes.9

Exodo, capítulo III, versículos 21 y 22; *Samuel II*, capítulo XI, versículo 26.

10 *Génesis*, capítulo XVIII, versículo 12.

11 *Génesis*, capítulo III, versículo 16; capítulo XVIII, versículo 12.

12 *Levítico*, capítulo XXI, versículos 1-3; *Ezequiel*, capítulo XLIV, versículo 25.

13 *Números*, capítulo XXX, versículo 4 y siguientes.

14 EMMANUEL WELL: *La Femme Juive — Sa Condition Legale d'apres la Bible et le Talmud*.

15 JOSEFO: *Antiq.*, IV, VII, 15.

16 *Shevuót*, 30 a.

17 *Deuteronomio*, capítulo XXI, versículo 20; capítulo 22, versículo 15.

El *Génesis*¹⁸ establece, desde luego, que el hombre y la mujer son iguales y fueron criados a imagen de Dios. Antes de concluir el matrimonio concertado, el padre está obligado a recabar el consentimiento de su hija¹⁹. La mujer casada disponía de su tienda y de sus aposentos privados²⁰. Las niñas y las mujeres se mezclan en la sociedad de los hombres²¹, pueden hacer valer sus derechos²², son objeto del cuidado de padres, hermanos y esposo²³; tienen un vivo sentimiento de su dignidad²⁴.

"Ella tiene —dice Lévy— profundamente impreso en el corazón el sentimiento de sus deberes. Viuda, ella es devota de la memoria de su marido, se ocupa de conservar el nombre del difunto en su patrimonio²⁵. Si el difunto no ha dejado posteridad, ella espera que el *leviro* o el *goel* la despose, a fin de salvar el nombre de su primer marido."

Con mucha frecuencia, era la mujer quien daba el nombre al hijo²⁶; puede adoptar hijos, debe ser respetada en sus creencias religiosas²⁷; para la condena del *hijo rebelde* y *perverso* debe dar su consentimiento²⁸ v a la desaparición del jefe de la familia, ella toma la dirección de la familia²⁹.

Si la mujer se vende como sierva³⁰, tendrá mejor suerte que la de una esclava cualquiera³¹.

La violación de una mujer prometida en matrimonio —cualquiera sea su edad y jerarquía— se castiga con la última pena³². Por fin, la mujer es llamada a entrar solemnemente en la alianza de Jehová³³.

18 *Génesis*, capítulo I, versículo 27.

19 *Génesis*, capítulo XXIV, versículos 57 y 58.

20 *Génesis*, capítulo XXIV, versículo 67.

21 *Exacto*, capítulo XXI, versículo 22; *Deuteronomio*, capítulo XXV, versículo 11.

22 *Números*, capítulo XXVII, versículos 1 y 7.

23 *Génesis*, capítulo XVI, versículos 4, 6 y 10.

24 *Génesis*, capítulo XXXI, versículo 15.

25 *II Samuel*, capítulo XIV, versículo 7.

26 *Génesis*, capítulo IV, versículo 25.

27 *I Reyes*, capítulo XI, versículo 8.

28 *Deuteronomio*, capítulo XXI, versículo 20.

29 *Jueces*, capítulo XVII, versículo 1 y siguientes; *Ruth*, capítulo I, versículo 6 y siguientes; *II Reyes*, capítulo VIII, versículos 2 y 6.

30 *Levítico*, capítulo XXV, versículo 39.

31 *Exodo*, capítulo XXI, versículos 7 y 11; *Génesis*, capítulo XXX. Versículos 10 y 16; *Exodo*. Capítulo XXXI, versículos 3 y 4; *Salmos*, capítulo XLV. Versículo 9 y siguientes.

32 *Deuteronomio*, capítulo XXII, versículos 25, 27-29; *Exodo*, capítulo XXII, versículos 16 y 17; *Números*, capítulo XXX, versículos 4 y 10.

33 *Deuteronomio*, capítulo XXIX, versículo 11.

Todas estas garantías en defensa de la dignidad y de los bienes morales y patrimoniales de la mujer no habrían sido suficientes para elevarla en el seno del conglomerado social, de no mediar el derecho de la costumbre y la obra altamente civilizadora de los doctores del Talmud; estos modificaron el texto frío de la Ley mosaica y enaltecieron las funciones de la mujer, colocándola sobre un verdadero pedestal.

En efecto, paulatinamente se le fué reconociendo una jerarquía en los negocios públicos, en el orden social y en la familia que *prima facie* no gozaba dentro de los cánones de la Ley mosaica. En las asambleas públicas, por ejemplo, la mujer llegó a tomar una participación análoga a la de los hombres. Y según aseveran los historiadores, en el momento de la adopción general de las leyes, la mujer tenía su rango. El legislador la incluyó expresamente en la alianza pública y después del retorno de Babilonia, ellas prestaban, al igual que los representantes del sexo viril, el *juramento de adhesión al pacto*.

Conforme a los principios mosaicos, aquella de entre las mujeres que se caracterizaba por su ilustración e inteligencia superior, no estaba excluida ni aun de la función pública. Cabe recordar que el Antiguo Testamento designa a cuatro mujeres que llegaron a la categoría de profetisas: *Miriam* (hermana de Moisés), *Débora*, *Ulda* y *Uohadías*³⁴.

34 Entre las denominadas *mujeres fuertes* de a Biblia, Débora es considerada la más representativa y famosa. "Había una profetisa llamada Débora, que en aquel tiempo juzgaba a Israel. La condición de las mujeres en las tribus patriarcales no era la que fué más adelante cuando la vida del harén, a partir de Salomón, hubo relajado las costumbres. Una supuesta hermana de Moisés, llamada Miriam, tuvo una importancia, cuando a salida de Egipto, cuyo alcance no podemos apreciar por el estado actual de los textos. Había mujeres que disponían de sí mismas, mandaban en sus bienes, elegían marido y verificaban todos los actos de la existencia viril, sin excluir el profetismo y la poesía. Los relatos sobre La vida de las tribus antes del islamismo mencionan la varias Déboras, que juntaban las funciones de jefe y de poeta. Los rasgos relativos a éstas heroínas formaban parte esencial del ciclo épico de a nación..."

"La inspirada de Israel estaba a veces debajo de una palmera que se llamaba la palmera de Débora —entre Rama y Betel en la tribu de Benjamín—, y los israelitas la iban a buscar para que les diese a conocer los juicios de Dios. La profetisa, como todos los patriotas, era devota fanática del culto de Jehová y trataba de crímenes todas las innovaciones religiosas, todas las debilidades del pueblo por el culto de Canaán. Débora se propuso libertar a su pueblo, y en nombre de Jehová envió a un tal Baraq la orden de juntar a los nefalistas y zabolonistas en Kades, para dirigirse luego al Tabor. Ella llevó consigo a los hombres de Efraim y Benjamín, y a los manaseítas cisjordánicos..." — E. RENÁN: *Historia del Pueblo de Israel*, páginas 157-159.

Si bien, según se ha dicho, el acceso a las funciones del culto le estaba poco menos que vedado —pero por razones que no atañen a ningún prejuicio acerca de su pretendida inferioridad— no es menos cierto que en los tiempos del Segundo Templo, se revela la presencia de la mujer en muchas de las formas de adoración previstas por la Ley religiosa.

Es indudable que la tendencia de eliminarlas de la práctica oficial del culto —observada a través de la acción del sacerdocio— tuvo por principal objetivo, sobre todo al regreso del cautiverio babilónico, el de purificar el culto de las prácticas adoptadas o introducidas por el paganismo, pero con el correr de los años esta tendencia fué reemplazada por el acceso de las mujeres a las costumbres y normas de la adoración. No solamente se les permitió hacerse partícipes, de manera muy encubrada, en la mesa de Pascua, sino que se llegó a exigirles ofrenda de pecado y **transgresión**³⁵.

La honda revolución en las costumbres, que introdujo Esdras, impuso que en las asambleas en que se diera lectura a la Ley, las mujeres estuvieran presentes y adorasen de igual modo que los hombres³⁶.

Según la *Mishná*³⁷, la mujer está eximida en principio de toda práctica religiosa que debe cumplirse en día u hora fijo; de poner las filacterias, de usar el *talit*, de escuchar el *shofar* en la fiesta de *Rosh Hashaná* y de beber en una tienda durante la fiesta de *Sucot*³⁸. Le está absolutamente prohibido integrar un *minian* o asamblea religiosa³⁹. Pero ello no fué óbice para que la mujer, en el orden civil y penal, se hállese en igualdad de condiciones le-

³⁵ *Números*, capítulo V, versículo 6.

Según la *Mishná* (fol. 59), he aquí los trabajos que la mujer debe hacer por el marido: Ella debe moler, cocinar el pan, blanquear la ropa, hacer la comida, dar el pecho a los infantes, hacer el lecho del marido y cardar y tejer la lana. Si ella tiene una sierva a su disposición, no está obligada a moler la harina ni a cocinar el pan, ni blanquear la ropa. Si ella tiene dos siervas (domésticas), no está obligada a hacer la comida, ni dar el pecho a su hijo. Si tiene tres, no tiene necesidad de hacer el lecho para el marido ni de trabajar la lana. Si tiene cuatro, no tiene necesidad de hacer nada. Pero rabi Eliezer dijo: Cuando ella tuviere cuatro siervas a su disposición, el marido puede exigir que ella trabaje la lana, porque la ociosidad ocasiona malos pensamientos. Rabi Simón, hijo de Gamaliel, dijo: Si el marido ha hecho un voto de que su mujer no hará ningún trabajo, él está obligado a repudiarla y de darle una ketubá, porque la ociosidad puede tener por efecto la alienación mental.

³⁶ *Nehemías*, capítulo XII, versículo 43; *Esdras*, capítulo X, versículo 1.

³⁷ *Tratado Kidushin*, I, 7.

³⁸ *Tratado Beraját*, 20 a y b.

³⁹ *Tratado Berajót*, 21 b.

gales respecto del hombre. Esta igualdad está reconocida y amparada, según el criterio de los doctores rabínicos, por diversas disposiciones de la Biblia y el Talmud⁴⁰.

Ahora bien, el respeto y la consideración guardados hacia el sexo débil, están firmemente asentados en preceptos bíblicos y talmúdicos⁴¹.

Son numerosas y muy elocuentes las Pruebas que existen, en la Biblia y el Talmud, sobre la jerarquía que se asignaba a la mujer. Las máximas rabínicas siguen inspirando aun hoy a los descendientes de Israel. *Que el hombre no se guíe en la elección de una compañera por consideraciones de interés material, sino por consideraciones de orden moral; la verdadera fortuna de un esposo está en la posesión de una mujer virtuosa*⁴².

*El hombre muere por su mujer, la mujer por su marido; la desaparición de uno de ellos es sentida por el que queda, como no lo es Por ningún otro*⁴³.

*Si tu apartas a una mujer con uno mano, aproxímalas con la otra*⁴⁴. *Fueron las mujeres las que sostuvieron a los hombres durante la esclavitud en Egipto y durante las grandes calamidades que azotaron a Israel*⁴⁵.

*Sube un escalón para elegir un amigo y baja un escalón para elegir mujer*⁴⁶.

*Al que ama a su mujer como a sí mismo, y al que la respeta más que a sí mismo, al que conduce a sus hijos por el camino de la rectitud y al que los casa cuando están en edad ser casados, a éste la Escritura le aplica las palabras siguientes: conocerás la felicidad en tu hogar*⁴⁷.

40 *Exodo*, capítulo XXI, versículo 1; *Tratado Babá Camá*, 15 a; *Números*, capítulo V, versículos 6 y 7.

41 *Génesis*, capítulo II, versículo 24; *Exodo*, capítulo XX, versículo 12; *Levítico*, capítulo XIX, versículo 3; *Mishná Sanedrín*, VII, 7; *Salmos*, capítulo CXXVIII, versículo 3.

42 *Tratado Kidushin*, 70 a.

Velando por la moral y las buenas costumbres y conforme a lo preceptuado por el *Deuteronomio* (capítulo XXIII, versículo 17) que prohibía la prostitución de la mujer hebrea, si una esposa se entregaba públicamente a una vida escandalosa, sin oposición del marido —que podía ejercer contra ella una acción de repudio— los magistrados debían intervenir. También las viudas podían ser citadas ante el tribunal por el agnado más próximo del marido, o de oficio, por los magistrados, quienes las hacían pasibles de severas condenaciones.

43 *Babé Metziá*, 59 a.

44 *Tratado Sanedrín*, 107 b.

45 *Sotá*, 11 b.

46 *Yebamót*. 63.

47 *Yebamót*, 62 b.

*El progreso y el futuro de un pueblo dependen de la mujer*⁴⁸. *Si tu mujer es de poca estatura, inclínate hacia ella para consultarla*⁴⁹.

El *Tratado Horayót* (fol. 10 y 13) expresa: Cuando un hombre y una mujer son llevados al cautiverio, existe el deber de rescatar primeramente a la mujer. La madre —dice una *beraitá*— debe ser rescatada antes que uno mismo, antes que el profesor de filosofía, antes que el padre.

Para que los hijos vivan —afirma el *Tratado Calá*— y sean felices, es necesario hacer limosna y vivir en buena armonía con la mujer.

Hay que amar a la mujer como a sí mismo y honrarla más que a sí mismo⁵⁰.

En el *Derej Eretz Sotá* (fol. 10) encontramos: Hay quienes toman una esposa por su belleza o por su dote, o por alcanzar honores; otros, en fin, buscan una mujer virtuosa para el amor a Dios. Los primeros tendrán malos hijos. Los que buscan la grandeza terminarán por ser abatidos. Los que se casan por amor a Dios tendrán hijos que salvarán a Israel.

En el de *Zebajim* se dice: Cada hombre debe vestirse según sus medios; debe honrar a su mujer y a sus hijos excediendo para ellos sus propios medios.

El que tiene la desgracia de perder su mujer —se lee en el *Sanedrín* (fol. 22) — es como los que han visto la destrucción del Templo (de Jerusalén), porque la Escritura representa la muerte de la mujer de Ezequiel como símbolo de la destrucción del Templo⁵¹.

En el *Tratado Sanedrín* (fol. 22) se dice que todas las cosas pueden ser reemplazadas, menos la mujer de la juventud (la primera mujer, la que se ha desposado siendo joven). Rabí Judá decía a su hijo: no se está completamente satisfecho sino con la primera mujer. Y rabí Eliezer decía: El altar mismo vierte lágrimas sobre el que repudia a su mujer⁵².

El que mira a una mujer con intención impura, ha ya, por así decirlo, cometido adulterio (*Tratado Calá*).

La palabra hebrea que significa matrimonio, está formada de la palabra santificar; esto es —interpreta una *Mishná*— para hacer comprender al marido que debe defender a su mujer, hacerla res-

48 Midrash *Rabá*, 17.

49 *Babá Metziá*, 14 b

50 *Tratado Sanedrín*, fol. 76.

51 *Ezequiel*, capítulo XXIV, versículo 18.

52 *Tratado Guitín*, fol. 90.

petar, para que ella se torne sagrada para todos los demás hombres (*Zebajim*).

Según un precepto del *Tratado Shevuot*, la mujer se hallaba legalmente autorizada para dirigir un comercio y realizar toda clase de transacciones, por cuenta propia y sin ingerencia del marido.

A la edad de doce años —dispuso el *Tratado Berajót*— el voto de una niña es válido; el de niño sólo lo era a partir de los trece años cumplidos.

En la segunda mayoría de la mujer (20 años), el padre perdía toda autoridad sobre la hija. El afán de casar a los hijos llegaba a tal extremo que, según una lección del *Tratado Pesajim* (fol. 13, recto), en Jerusalén se ha dicho: *Si tu hija cumple su segunda mayoría (20 años), liberta a tu esclavo (si es preciso) y dáselo como marido*.

Conforme a lo prescrito en el *Tratado Babá Metziá*, no era preciso acta alguna escrita para asegurar a la mujer y a los hijos huérfanos el derecho a los alimentos sobre los bienes de la sucesión del cónyuge; tampoco era necesario exhibir un acta escrita para pagar la *viudedad* sobre los bienes de la sucesión.

Dando culminación a la serie de normas que se relacionan con el trato brindado a la mujer, según el Talmud, existía una disposición según la cual cuando el parto no podía consumarse, era preciso elegir entre el por nacer y la madre, siendo ésta la preferida. Pero en el caso en que la mayor parte del cuerpo o bien la cabeza del niño han aparecido ya, no existía derecho para intervenir, ya que la ley prohibía matar a una persona para salvar a otra.

En las ejecuciones capitales se ahorra a la mujer la vergüenza de la horca, infligida a continuación de la pena de lapidación; el hombre iba desnudo al suplicio; la mujer permanecía vestida: la ignominia de su muerte debía dejar intacto el pudor inseparable de su sexo.

Para marcar el contraste con las demás legislaciones y costumbres del Oriente, acerca del trato dispensado a la mujer, baste decir que según la Ley romana, después de haber formado parte integrante del patrimonio del padre, la mujer pasaba al del marido, quien sobre ésta tenía derecho de vida y muerte. En Esparta eran ciudadanas que todo lo ofrendaban, incluso al hijo de su sangre, en sacrificio por la patria. Atenas las pretendía frívolas y huecas, objeto del placer y de la carne. Mahoma las declara inferiores a los hombres, a quienes autoriza a castigarlas y golpearlas. Pero si la ley no era generosa en el sentido de favorecer legalmente al ser más débil, en la colmena social, la costumbre y la doctrina fueron las más grandes salvaguardias de la mujer hebrea.

"La relación entre el marido y la mujer en el antiguo Israel — sostiene Oncken— queda definida por el hecho de que la mujer es un bien o una propiedad del hombre, como se desprende de los Diez Mandamientos, donde se cita a la mujer del prójimo después de la casa y después del esclavo⁵³, y no por cierto un bien que de su propia y libre voluntad se ha entregado a su dueño, sino que ha sido comprado por dinero o valor equivalente. La compra de la mujer aparece justificada, porque el precio pagado por ella (*Mohar*) representaba la consiguiente indemnización a la familia de la novia por la pérdida que sufre en su caudal de fuerza para el trabajo con el traspaso de la joven a la familia de la novia." Y agrega, luego, el afamado historiador: "Sería una suposición errónea la de que la antigua mujer israelita, siendo propiedad del marido, se encontrara privada de todo derecho y protección. No sólo la protegen las costumbres de su pueblo, sino, ante todo, la propia familia, y muy especialmente sus hermanos."

En efecto, a pesar de la exigüidad de las leyes, en aquella época, el derecho consuetudinario extendió un amplio manto de protección sobre la mujer célibe, casada, divorciada o viuda. Y con la evolución de las ideas y de las costumbres, en ciertos casos, la mujer quedaba legal y prácticamente equiparada al hombre.

2.— LA MENOR DE EDAD. — "En ausencia del padre —dice

Emmanuel Weill— la madre y los hermanos asumen el derecho de casar a la menor. En este caso, el matrimonio sólo tiene una validez relativa⁵⁴. Cuando le parezca bien, al llegar a la edad núbil, ella podrá anular el matrimonio, declarando delante de testigos que rehusa el marido que se le ha dado. A este acto se llamó *miun*⁵⁵.

"El Talmud reconoció a la menor de edad la ventaja de que, al fallecer el esposo, no volverá a la tutela del padre, teniendo todos los derechos, todas las ventajas de la mayor de edad. El Talmud condenaba el matrimonio de la menor, pero los doctores decían: Autorizamos el matrimonio de menores porque cada día aumentan nuestras tribulaciones y nuestra situación se vuelve más precaria. Un padre debe tener con qué dotar a su hija hoy día; el riesgo de no tenerlo mañana y si el no se apresura en conseguirlo, crea el peligro de que la hija podrá ser para siempre abandonada."

Conforme a la organización de la familia, la hija está siempre bajo la potestad del padre⁵⁶, si no ha alcanzado la *segunda mayo-*

⁵³ *Exodo*, capítulo XX, versículo 17.

⁵⁴ *Kidushín*, 41 a; *Ebén Haézer*, 34, 14.

⁵⁵ *Tratado Yebamót*, 107 b y 108 a.

⁵⁶ Conforme a la Ley mosaica, el padre gozaba de la extraordinaria facultad de vender a su hija, en caso de extrema miseria. Los talmudistas

ría⁵⁷ llamada *bagrut*, hasta que ésta penetra bajo el dosel nupcial (*jupá*). Si el padre ha entregado a la hija (comprometida en matrimonio), a aquel a quien el marido ha enviado para recibirla a fin de conducirla a la *jupá*, desde éste momento la hija pasa a la potestad del esposo. Pero si el padre (dice la *Mishná*) ha ido él mismo con su hija, o si ha enviado los más allegados de la novia (parientes o amigos) para que acompañen a su hija menor, para encontrarse con aquellas personas a quienes el novio ha enviado para recibirla —y el encuentro aun no se ha producido— la hija continúa bajo la potestad del padre.

Durante la minoridad de la hija, si el padre la desposa por dinero, el dinero pertenece al progenitor; si la desposa mediante un acta, el acta le pertenece. Es también el padre quien recibe la carta de divorcio, si la hija es repudiada en el matrimonio. Las utilidades que la menor obtenga con su trabajo, pertenecen al padre; sin embargo, si la hija ha heredado bienes de su madre, el usufructo de esos bienes corresponde a la heredera, durante su vida. Si la hija se casa, su cónyuge tiene mayor derecho al usufructo de esos bienes, quien está obligado a mantenerla y a rescatarla en caso de caer en cautividad.

Conforme a un comentario talmúdico, el padre no puede ser obligado a alimentar a su hija menor, si es pobre de solemnidad⁵⁸.

Conforme a los comentaristas y sentenciadores del Talmud, la facultad mosaica de que estaba investida la autoridad paterna, respecto a la hija menor —de entregarla a un señor—, en caso de suma necesidad, le fué quitada por la Ley talmúdica: los doctores declararon que el pasaje bíblico en cuestión no era aplicable más que antes del exilio de las diez tribus. De acuerdo a la Lev bíblica, la potestad del padre se extendía hasta el derecho de casarla, sin su consentimiento, en caso de haber sido seducida, agregando que “si el padre de la hija no quiere dársela por mujer” (al seductor),

le arrebataron ese derecho que hoy aparece como sencillamente monstruoso. Asimismo el Talmud autorizó a la hija seducida para resistirse al casamiento con su seductor (*Ketubót*, 39).

57 La Biblia nada establece acerca de la edad de las personas. El Talmud y los comentaristas lo han establecido de una manera permanente, en base, casi siempre, de las características físicas del individuo. Así la primera mayoría *de una mujer*, se estableció en los 12 años; la *segunda*, en los 20; la primera *mayoría de los varones* se fijó en 13 años y la *segunda* en los 20.

58 Un célebre comentario del rabino ASCHER dice que, si los niños son todavía muy pequeños —para ayudarse a si mismos— todos los doctores están de acuerdo en que se puede obligar al padre a alimentarlos, aunque sea pobre de solemnidad.

éste deberá darle una *ketubá*, y no la desposará. El Talmud agrega que la menor seducida puede rehusarse al casamiento, aunque el padre lo desee. El Talmud, asimismo, declara válido el casamiento de una hija menor hecho por su padre, sin el consentimiento de la hija, pero simultáneamente le prohíbe concluir un matrimonio antes que los futuros esposos se hayan visto y se hayan conocido.

Ahora bien, cuando la hija alcanza la primera mayoría (*naarut*) puede casarse sin intervención del padre, y el fruto de su trabajo le pertenece. Con la llegada de la segunda mayoría (*bagrut*) cesa sobre ella, soltera, divorciada o viuda, toda potestad paterna⁵⁹.

Conforme a la Ley rabínica, si una hija menor hereda a su madre, su padre no sólo no obtiene el usufructo de los bienes heredados, sino que debe conservar intactos los bienes que quedan bajo su custodia. La Ley bíblica que inhibe a la hija de reclamar la herencia dejada por su progenitor, cuando existen hijos varones, ha sido enmendada por la talmúdica, que acuerda a las hijas el derecho de recibir alimentos provenientes de dichos bienes hasta el momento de contraer nupcias, reservándoles también una décima parte de dichos bienes para lograr una *dote*.

La obligación de asegurar una dote a la hija era irrecusable, y ésta debía hallarse en relación con la posición social y la dignidad de la hija y de su padre. "La costumbre de dotar a las hijas — dice Weill— ha existido probablemente siempre entre los judíos. La *Mishná* y el Talmud, que llegaron a ser una ley ineluctable para el padre de familia, no han dado más motivo que la consideración de que, siendo la mujer judía incapaz de heredar, llegaría difícilmente a contraer matrimonio, si no aportaba una dote a su esposo⁶⁰. Podemos inferir justamente que la costumbre de dotar a las hijas era una necesidad y ha debido ser practicada antes como después de la promulgación de la Ley mosaica"⁶¹

59 Por una sentencia del célebre juez Rab (*Aba Aera*), en el siglo II después de Jesucristo, se prohibió al padre casar a la hija menor de edad sin su consentimiento.

60 *Ketubót*, 52 b.

61 "Después de la muerte del jefe, los hijos varones heredan; las hijas, en su reemplazo. Entre otros motivos que determinaron al legislador a hacer dar la *dote* para el marido, existía el de evitar una confusión inextricable en la época jubilarla, si los bienes inmobiliarios hubieran sido otorgados a las mujeres. Es por esto que sobre la disposición de los ancianos de la tribu de José, se decretó que toda hija heredera de una propiedad —y no los hijos en general, como dice la Vulgata—, sería obligada a casarse con un hombre de su tribu, y no con su pariente más próximo, como ha dicho Montesquieu, a fin de que las herencias no fuesen transportadas de una tribu a la otra." — J. SALVADOR: *Obra citada*, tomo II.

Y era tan rígido el concepto, que, según el Talmud, la dote era un deber legal, una obligación sagrada⁶². El mínimo de dote eran cinco *zuzes*; si el padre es pobre, debía acudirse a la caridad pública. Si el padre ha muerto, deben proveer la dote los herederos⁶³. El derecho de la menor a ser dotada privaba sobre todos los derechos hereditarios, aun de los hijos varones.

3. — LA MUJER CASADA. — La legislación mosaica contiene solamente cuatro leyes que amparan a la mujer casada. En primer término, el *Exodo* dispone que el marido debe a su mujer manutención y deber conyugal. Esta ley ha sido precedida por costumbres muy antiguas, evidentemente anteriores a Moisés, que mandaban asegurar la manutención de la esclava y de la concubina, queriendo asignarles los mismos derechos que a una verdadera esposa. Una segunda ley castiga al marido que calumnia a su mujer⁶⁴. Otra prohíbe al cónyuge masculino tomar una segunda mujer sin el consentimiento de la primera. Por último, una ley prohíbe al padre infligir castigos a sus hijos, sin el consentimiento de la madre⁶⁵.

Fuera de estas menciones expresas sólo encontramos en la Biblia referencias incidentales acerca de la mujer. Pero el Talmud ha sido más amplio y explícito, procurando en todos los casos asegurarle una posición honorable dentro del núcleo social. Según la Ley bíblica, el matrimonio hebreo requiere tres cosas del esposo, a favor de la mujer: alimentos, vestidos convenientes a la posición social de la mujer y la amistad conyugal. La jurisprudencia talmúdica fué más amplia y extiende a diez las obligaciones que se le imponen: el sustento, los vestidos, la amistad conyugal, un aporte matrimonial, los recursos de la medicina para el caso de enfermedades, los honores de la sepultura, el rescate desde que la mujer ha caído en cautividad, la manutención a expensas de los bienes de la sucesión, hasta que la viuda haya recuperado su dote, e iguales ventajas para los hijos del extinto hasta su respectivo casamiento; en fin, los derechos generales sobre los hijos⁶⁶.

Conforme a la opinión de los doctores, las ocupaciones puramente domésticas de las mujeres hebreas se limitaban a siete: amansar y cocer el pan, lavar, cocinar, preparar la cama, trabajar la lana y alimentar los hijos.

La legislación talmúdica estableció la regla general, que se

62 *Ketubót*, VI, 6.

63 *Ketubót*, 68 a y b.

64 *Deuteronomio*, capítulo XXII, versículo 14 y siguientes.

65 *Deuteronomio*, capítulo XXI, versículos 18 y 20.

66 *Mishná*, *De Dotted Litterisque Matrimonialibus*.

se aplicaba para regir todas las situaciones probables de la mujer casada, de que *la mujer asciende con el marido, pero que ella desciende con él*. Esto significa que la sociedad debe acudir en auxilio de aquella mujer que ha contraído nupcias con un elemento disoluto, displicente o pródigo, cuya conducta jamás habría de empañar la virtud de su cónyuge⁶⁷.

Entre otras normas de amparo, el Talmud estableció que si un individuo ofrenda todos sus bienes al tesoro sagrado, deberá excluir de la ofrenda las vestimentas y efectos personales de la mujer y los hijos. Asimismo se estableció que el marido no puede obligar a su mujer a abandonar una vivienda confortable para sustituirla con una de ambiente insalubre.

Si una mujer tenía quejas de su cónyuge —establece una *Mishná*— podía obtener el divorcio, en contra de la voluntad del esposo, aunque en determinadas circunstancias.

Si el marido no ha cumplido sus obligaciones matrimoniales, se le castiga imponiéndole una pena pecuniaria. Si aquel pretende, sin motivo, suspender la manutención y vestimenta de su cónyuge, la damnificada puede obtener una carta de divorcio; igual derecho conserva cuando el esposo, sin motivo alguno, quiere privarla de la frecuentación del hogar de sus padres o de sus relaciones.

Después del casamiento, si el marido exterioriza alguna enfermedad repugnante o un vicio indigno para la condición humana; si la maltrata de hecho o de palabra, si es haragán o dilapidador, la desdichada podía reclamar se le concede una carta de divorcio.

Pero cabe aclarar que además del divorcio, en Israel existió un proceso análogo al actual de la separación de cuerpos y bienes: en caso de que el marido dispase inútilmente los bienes de la mujer, sin necesidad de apartarse de éste, la mujer estaba legalmente autorizada para guardarse el usufructo de sus bienes o el producto de su trabajo. Era la separación de bienes, y en cuanto a la de cuerpos, los doctores del Talmud jamás la aceptaron sin mediar el divorcio formal.

67 Las mujeres israelitas estaban autorizadas a salir a la calle con

cabeza y el rostro descubierto; esto constituía un grave pecado en los países paganos (*Tratado Sanedrín*). Ninguna mujer judía estaba obligada a seguir manteniendo vínculos conyugales con un bigamo, pudiendo obtener el divorcio, en tal caso, según la Ley talmúdica (*Ketubót*, fol. 64 a). Si en una *ketubá* se dice: *Tu serás mi esposa sagrada*, agregando a condición de que la mujer no reclamará ni el cumplimiento de las obligaciones conyugales, ni manutención, el casamiento es válido, pero las condiciones son nulas, por contrarias a la Ley mosaica (*Exodo*, capítulo XXI, versículo 10). *Tratado Babá Metziá*: Rabi Jehudá comentando la ley, dice que la supresión de la manutención es válida, pero no la otra condición.

4. — RÉGIMEN DE LOS BIENES. — De acuerdo a una regla de la *Mishná*, los bienes heredados por la mujer casada antes del matrimonio y que consiguiera después, le pertenecían y podía disponer de ellos, en donación, venta, permuta, etcétera. Ahora bien, si ha heredado después de casarse, existían divergencias entre las escuelas clásicas de interpretación: la célebre escuela *Shamai* la autorizaba a disponer libremente de los bienes heredados; la escuela no menos célebre de *Hilel*, le negaba este derecho. No obstante, llegaba a sostener que la venta ya operada, era válida ⁶⁸.

Siempre de acuerdo con el Talmud, si la mujer ha heredado una suma de dinero, adquirirá con ella una heredad y el esposo gozará del usufructo. Si ha heredado frutos ya cosechados, adquirirá igualmente una heredad y el marido tendrá el usufructo. Si la herencia consiste de frutos aun no cosechados, rabí Meyer, famoso talmudista, opinaba que debía hacerse la estimación de la tierra cultivada sin los frutos y otra estimación con los productos; la mujer adquirirá una propiedad raíz con el remanente, o saldo diferencial y el cónyuge tendrá el usufructo.

Si la herencia se compone de esclavos o viñas —y estas últimas son viejas —se las hará vender para comprar tierras y el marido tendrá el usufructo de éstas.

La *Mishná* dispone que si alguien da a su mujer una escritura conteniendo estas palabras: *Yo no tendré derecho sobre tus bienes*, el marido puede reclamar, no obstante, las rentas mientras la cónyuge vive y los heredará cuando aquella fallezca. Pero si la mujer ha vendido o donado los bienes, la venta o donación es válida solamente cuando existe una renuncia expresa del marido de todo derecho acerca del patrimonio de la esposa. Pero si el marido ha escrito: *Yo no tendré derecho sobre tus bienes, ni sobre tus rentas*, él no puede reclamar las rentas en vida de la esposa; si ella muere, él es el heredero.

La legislación talmúdica distingue dos categorías de bienes de la mujer: 1° Los bienes *melog*⁶⁹, similares a los modernos *bienes propios* de la cónyuge, que ingresan a la comunidad: el marido tiene sobre éstos el usufructo y la propiedad pertenece a la mujer; 2° Los bienes *tzon barzel* tienen analogía con los *bienes dotales*, y subsisten bajo el régimen dotal: el marido debe restituirlos a la mujer a todo evento.

Las deudas contraídas por la mujer, antes del matrimonio y

68 La explicación que da a Guemará, a esta opinión de la escuela Hilel, es: Si a mujer le pertenece al marido, ¿Cómo no le han de pertenecer sus bienes?

69 *Melog*: Proviene del verbo *moleg*, escaldar. Se lama así a los bienes en que el capital pertenece a la mujer y el usufructo al marido.

que continúan impagas antes del casamiento, permanecen momentáneamente pendientes para los acreedores, si la obligación no consta en un documento escrito; si esta prueba escrita existe, los acreedores deberán ser satisfechos inmediatamente de los bienes propios de la mujer y no con los de su marido⁷⁰.

Si no media contrato escrito, recién podrán ser reclamadas el día en que la mujer, por muerte del esposo o por divorcio, recobre su libertad patrimonial. Si la mujer muere antes, las deudas quedan irremisiblemente perdidas.

En términos generales, según el régimen instituido por las leyes rabínicas, la mujer casada no puede pretender otros bienes que aquellos sobre los que conserva y mantiene la posesión y que hubiese adquirido por cualquier título gratuito u oneroso. De otro modo, solamente se consideraba como suyos y como formando parte de la sociedad conyugal, a los aportados al matrimonio.

Respecto a estos últimos, ni la mujer ni el marido podían disponer de ellos, según lo prescribía el Talmud⁷¹. La mujer no podía, tampoco, enajenar ningún bien de pertenencia del esposo.

5. — DERECHO HEREDITARIO DE LA MUJER. — Veamos, a grandes rasgos, el Derecho hereditario hebreo, en relación con ambos cónyuges.

Desde luego, el esposo es el único heredero de los bienes de su mujer⁷². Esta regla no se encuentra sino de un modo implícito en el texto mosaico⁷³. "El Talmud extrae dicha regla⁷⁴, entre otros, de un pasaje relativo a las hijas de Salphaad⁷⁵. La respuesta de Moisés fué que todas las hijas de Salphaad y en general todas las de Israel, munidas de un patrimonio, evitarán contraer enlace fuera de sus tribus respectivas, de manera que los bienes de una tribu no pudieran ser alienadas para el provecho de otra. Este pasaje sirvió al Talmud para concluir que el marido hereda a su mujer."

"Esta conclusión fué adoptada durante mucho tiempo por los tribunales judíos. Es hacia el siglo II que los rabinos cambiaron de criterio pensando que un derecho parecido no podía ser acordado siempre, de acuerdo con el sentimiento de una rigurosa moral. Los abusos eran inevitables. Cuando un hombre desposaba una mujer más vieja que éste, o enferma, pero rica, careciendo ésta

70 Babá Batrá, 139 a.

71 Yebamót. 65 b.

72 Mishná, Babá Batrá, VIII 1.

73 E. WEILL: Obra citada.

74 Tratado Babá Batrá, 112 a y b.

75 Números, capítulo XXXVI, versículo 1 y siguientes.

de familia, ¿es justo, es admisible que a la muerte de esta mujer su marido que probablemente ha buscado este título en previsión de este evento fatal o del bien que le vendrá?, ¿es justo que después de una unión que no ha perdurado, éste hombre goce de una herencia de la que los herederos naturales de la mujer hayan sido excluidos? Y suponiendo que ningún cálculo interesado haya presidido este matrimonio, sin faltar a la más simple equidad, ¿es justo que después de algunos meses de matrimonio, por ejemplo, este marido sea investido de todos los derechos que anteriormente habían pertenecido a la familia misma de la mujer difunta? Es sin duda a la zaga de estas consideraciones y para evitar una aplicación poco equitativa de la Ley primitiva sobre esta materia, que se ha decidido introducir esta nueva disposición, aplicable, por otra parte, a los bienes del marido, como a los de la mujer⁷⁶, que en el caso de que uno de los esposos muriese antes del primer año del matrimonio concluido y que no hubiesen hijos de esta unión, sus bienes fueran inmediatamente retornados a sus familias respectivas."

Ahora bien, la calidad de heredero forzoso que se asignaba al marido, respecto de la cónyuge premuerta, no era exacta con referencia a la mujer. En principio y conforme una orientación casi invariable de la jurisprudencia mosaico-rabínica, la mujer no hereda a su esposo.

Pero el principio no se mantuvo rígido, gracias a la interpretación cada vez más liberal de la regla contenida en el pasaje del *Números*⁷⁷ va mencionado. Los doctores del Talmud fueron creando las habituales sutilezas para no transgredir el texto bíblico y, sin embargo, para evitar los inconvenientes de una norma que les resultaba ciertamente injusta. De ahí que el Talmud llegó a autorizar a la mujer para heredar a su cónyuge, por testamento, pudiendo ésta recibir casi toda herencia en forma de legados⁷⁸; siempre que no se la instituyera como legataria universal, es decir, de la totalidad de los bienes del marido⁷⁹. Pero si en un testamento escrito, el marido la declaraba como legataria universal, como no era dable torcer la voluntad del causante, de hecho la mujer se convertía en heredera universal⁸⁰.

Ahora bien, siempre de acuerdo a la jurisprudencia rabínica, la mujer que aceptaba a título de donación la fortuna íntegra de su esposo, asumía al mismo tiempo la responsabilidad de todas las

⁷⁶ *Ebén Haézer*, LIII, 3.

⁷⁷ *Números*, capítulo XXXVI, versículo 1 y siguientes.

⁷⁸ *Tratado Babá Batrá*, 132 a.

⁷⁹ *Tratado Babá Batrá*, 131 b.

⁸⁰ *Ebén Haézer*, LVII, 8.

deudas que este hubiere contraído antes de efectuar la donación ⁸¹, renunciando la mujer a sus propios créditos sobre los bienes donados, incluso a sus aportes conyugales y a la dote. Si el marido tenía deudas tan importantes que hubieran insumido la totalidad de los bienes donados a su mujer, ésta debía afrontar las obligaciones sin reservas de ninguna naturaleza. La hipoteca que se constituía al contraer matrimonio sobre los bienes dotales de la mujer, pasaría a gravitar, en ese caso, sobre los bienes adquiridos por el esposo, con posterioridad a la donación.

6. — DISPOSICIONES DIVERSAS. — En los tiempos talmúdicos los nombres de familia eran poco conocidos; las hijas llevaban siempre el nombre de la madre y conforme a un precepto del *Tratado Julín*, cuando la madre es más conocida que el padre, los hijos, varones y mujeres, agregaban al prenombre el de su madre y no el de su padre.

A fin de evidenciar la severidad de la norma, el *Tratado Babá Camá* reitera la prohibición, al marido, contenida en el *Deuteronomio* ⁸², de calumniar a su esposa, bajo pena de grave sanción.

Cabe recordar que, en prenda de confianza, el *Tratado Babá Metziá* autorizó a los depositarios (guardianes) para confiar el depósito a una mujer.

Atento lo dispuesto por Ley bíblica, la mujer casada no podía hacer juramento de valor sin el consentimiento del esposo ⁸³. Todo juramento o voto que hiciera —obligándose, en este último caso, a afligir el alma— será válido, si el marido lo confirma, teniendo éste la facultad de darlo por inexistente.

7. — LA MUJER LIBRE: VIUDA. — La mujer hebrea, viuda o divorciada (que tenía una *ketubá*), era restituida a la plenitud de sus derechos. Particularmente era favorable, desde el punto de vista legal, la situación de la viuda, que si no gozaba del derecho hereditario con respecto al cónyuge premuerto, estaba amparada por disposiciones diversas que le aseguraban contra toda contingencia. Desde luego, estaba asistida del derecho de la manutención a expensas del haber sucesorio del marido, hasta el momento de contraer nuevas nupcias. Conforme a una *Mishná*, si la viuda que tiene derecho a reclamar alimentos a costa de la sucesión del cónyuge, dijere a los herederos: *Yo no quiero moverme de la casa de mi marido*, los herederos no pueden decirle: *Ve a la casa de tus*

⁸¹ *Tratado Babá Batrá*, 132 a.

⁸² *Deuteronomio*, capítulo XXII, versículos 18 y 19.

⁸³ *Números*, capítulo XXX, versículo 4 y siguientes.

padres con tu familia y nosotros te alimentaremos allá, pues la Ley obligaba a los herederos a cuidar, alimentar, mantener a la viuda, dándole un lugar honorable de residencia conforme a su rango; pero si ésta, voluntariamente, manifestaba su deseo de volver al lado de los suyos, alegando que no quiere permanecer en su antiguo domicilio pues es joven y anhela reiniciar otra vida, los herederos deben prestarle alimentos en la forma legal.

Respecto del nuevo casamiento de la viuda, el Talmud dispuso que no podía celebrarse antes de haberse cumplido un trimestre desde el fallecimiento del esposo; si ésta hubiere quedado con embarazo, del primer marido, la prohibición regía hasta pasada la época de la lactancia del por nacer concebido⁸⁴.

La Ley hebraica reconocía otro caso de viudedad, que no correspondía precisamente a la de la mujer cuyo esposo había muerto. En una viudedad que se producía en vida del cónyuge, por causa de un viaje largo de éste, o de una participación en una empresa bélica, en el extranjero. En tal caso, la *aguná* —que así se llamaba la mujer— se hallaba poco menos que dejada de la mano de Dios... y de los hombres. No podía volver a casarse, ni se hallaba formalmente casada, aunque a la larga, merced a alguna noticia de que el esposo había muerto en la cautividad o en la línea de batalla, se convertía en una verdadera viuda.

La Biblia se refiere a la *aguná* en un solo pasaje⁸⁵, y los doctores talmúdicos se afanaron por remediar la situación de ésta viuda singular que, al decir de Louis Germain Lévy, "tenía la posición real de una viuda, sin tener su posición jurídica".

8. — EL LEVIRATO. — La Ley israelita instituyó una especie de matrimonio forzoso para la viuda, denominado el *levirato*, el cual consistía en el deber moral que tenía un hermano de casarse con la viuda de otro hermano, fallecido sin dejar sucesión. El primogénito de este matrimonio llevaba el nombre del extinto y le sucedía en todos los bienes y títulos⁸⁶.

Trátase de una institución originaria del Oriente, que adoptaron los hebreos con anterioridad a la presencia de Moisés, y que arranca desde los tiempos de Jacob, uno de cuyos hijos falleció.

84 La ley rodeaba de garantías a la viuda, asegurándole una subsistencia honrada, conforme a sus posibilidades y a las circunstancias en que se ha desenvuelto su existencia, en vida del cónyuge premuerto. Así, el Talmud establece que no se atiende a la mayoría de edad de los huérfanos para restituir su dote a la viuda; si la dote no se restituye, la viuda tiene derecho a alimentarse de los bienes de los huérfanos.

85 Libro de *Ruth*, capítulo I, versículo 13.

86 *Deuteronomio*, capítulo XXV, versículos 5 y 6.

En tales circunstancias, su hermano fué obligado por Jacob a contraer nupcias con Thamar, la nuera viuda ⁸⁷.

Se hallaban obligados al *levirato* los hermanos consanguíneos solamente, a quienes, en virtud del casamiento, pasaban todos los bienes del causante, incluso la dote. Si el difunto había dejado varias esposas, era suficiente casarse con una de ellas o rehusarla públicamente, y si no había más que una viuda y los hermanos eran varios, quedaban estos libres de la obligación con el casamiento de uno solo o la repulsa de uno solo. Si la viuda era rechazada por el cuñado, quedaba ésta en absoluta libertad de casarse con quien ella quisiera. En caso de que el cuñado, o todos ellos, si fuesen varios, se negasen a casarse con la viuda, éstos quedaban condenados a una especie de infamia pública.

"El *levirato* o *leviración* se conoció en la India, en Grecia antigua, en Abisinia, entre los afganes, entre los mogoles, etcétera. Existen hondas divergencias acerca de la raíz de esta costumbre que ha desaparecido incluso entre los hebreos, después de la dispersión. Los sabios investigadores de los orígenes de la familia humana, no se ponen de acuerdo. Para Mac Lenan y Morgan, el *levirato* no es sino una supervivencia de la poliandria fraternal. Starcke opina "...si se puede atribuir así los hijos a un muerto... es porque la paternidad reposa no sobre el hecho material de la generación, sino sobre la relación de propiedad entre el presunto padre y el hijo. Así se explica la posibilidad del *levirato*". "Se trataba de saber —afirma Louis Germain Lévy— quién debía ser propietario del hijo, en virtud de la autoridad doméstica." Autores hay que lo explican en base de un pretendido *culto de los muertos* que atribuyen a Israel, en la antigüedad clásica. Pastoret afirma lo siguiente: "Por más que la obligación del hermano a casarse con la viuda parezca contener alguna dureza, no se puede negar que la idea de la leviración fué admirable, moral y política, pues por este medio se aumentaba la población, se conservaban las sucesiones en las familias, la viuda desgraciada no perdía para siempre la esperanza de gustar las dulzuras de la maternidad, la amistad fraterna enjugaba las lágrimas del amor conyugal, y el infeliz esposo no llevaba consigo al sepulcro el desconsuelo de que se enterraba con él, su posteridad y su nombre."

Louis German Lévy comparte el criterio de Sumner Maine acerca de los fundamentos de la leviración. El autor citado asevera que "el *levirato* es una ficción legal de paternidad, una adopción póstuma destinada a perpetuar el nombre del hermano fallecido y a asegurar la continuidad de la familia por medio de la conser-

⁸⁷ Génesis, capítulo XXXVIII, versículos 6, 8 y 9.

vacación de los patrimonios. Se impone el *levirato* al hermano del difunto: 1° Porque es el más próximo *agnado*; 2° Por su afinidad de sangre con el difunto; 3° Porque la viuda se considera propiedad del marido difunto, una prolongación de sí mismo".

Creemos que es lógica e histórica ésta explicación y aunque resulte a todas luces incompatible con los principios de la moral moderna, es obvio que ella encuadra en el marco de las instituciones antiguas del Oriente, y no se contradice con las elevadas normas de vida familiar que encontramos en la Ley mosaica.

Según se ha dicho precedentemente, el *levirato* era un deber, más que una obligación. En defecto del hermano extinto, otros parientes debían desposar a la viuda, quien, por su parte, tampoco estaba obligada al *levirato*. Cuando más estaba forzada a aguardar al *leviro* durante un tiempo preestablecido, y si se la repudiaba, o si ella no aceptaba el sustituto, quedaba en libertad plena de casarse con quien ella quisiera. Mientras tanto, la viuda en expectativa del *leviro* no podía mantener relaciones amorosas con otro hombre, so pena de ser castigada por adulterio⁸⁸.

Para J. Salvador, la función del *levirato* consistía en "obtener un vástago que suceda en todos los bienes del difunto, que lleve su nombre y que sea considerado como de pertenencia suya. Este deber sagrado de la fraternidad se remonta a los siglos más antiguos; el hermano del difunto podía negarse al *levirato*, pero este ultraje a su memoria lo sometía a una ceremonia humillante. La viuda quedaba enteramente libre, en este caso, de casarse con quien quisiera⁸⁹.

Refiriéndose a la ceremonia de la leviración, dice Pastoret: "En el acto de la leviración se ve que la viuda adquiría la libertad de casarse con cualquiera otro, siempre que hubiese sido repelida por el hermano del difunto, para lo cual se juntaban los triunviros, delante de los cuales se explicaba la viuda, diciendo: *Que había perdido a su, marido, sin que le quedase ningún fruto del matrimonio para que se propagase su nombre en Israel*. Dirigiendo después la palabra a su cuñado le exhortaba a que se casase con ella, y los jueces le hacían la misma súplica; pero si él lo resistía constantemente, entonces era cuando la viuda le quitaba el calzado y le escupía la cara de modo que todo el mundo viese la serial. Practicado esto así, se le concedía a la mujer la libertad de casarse con cualquiera otro israelita, a cuyo fin se le entregaba un acta o documento formal por donde constase, el cual se extendía en presencia de dos testigos, y podían ser las mujeres, las esclavas y los

⁸⁸ Génesis, capítulo XXXVIII, versículo 24.

⁸⁹ Deuteronomio, capítulo XXV, versículos 5 y 6; *Mishná*, tomo VIII,

de menor edad, aunque ordinariamente no podían serlo en otras circunstancias y se habilitaban en esta ocasión porque se decía que aquí no había otro objeto que el de divulgar lo que había pasado en el juicio de la leviración."

A fin de concluir estas consideraciones acerca del levirato, cabe decir que dentro de este sistema, el primer nacido del matrimonio de la viuda con el hermano del extinto marido, era señalado como hijo del fallecido y le sucedía en todos sus bienes. Si posteriormente nacían otros hijos, ellos pertenecían al segundo esposo y le correspondía su herencia propia⁹⁰. De ahí se concluye que el fin de ésta singular institución tenía por objeto esencial dar un sucesor al difunto; de modo que el hermano habría, hasta cierto punto, satisfecho el deber que se le había impuesto, en el caso de que un defecto de amor recíproco hubiera determinado su separación con su cuñada después de haberla hecho madre.

9. — LA MUJER LIBRE: DIVORCIADA. — Conforme hemos dicho, la situación de la mujer divorciada y la de la viuda, eran análogas, cuando ésta última había obtenido una carta de divorcio⁹¹. Entonces volvía a la plenitud de sus derechos civiles. En los tiempos de la aparición de la legislación mosaica y siendo que el divorcio no se basaba únicamente en la causal de adulterio, la mujer divorciada dejó de ser objeto del menosprecio a que antes se hallaba sometida. El Talmud mejoró aun más su situación, imponiendo al marido la obligación de contribuir al sostén de su ex consorte, cuando ella carecía de bienes y de rentas.

Por lo pronto, la divorciada como la viuda, no podían contraer nuevas nupcias antes de transcurrir tres meses de la muerte del cónyuge o de su separación⁹². Conforme a un texto de la misma *Mishná*, si una mujer dice: *Yo he sido casada, pero estoy divorciada*, ella debe ser creída según el principio: *La boca que ata puede desatar*. Pero si hay testigos de que aun está casada y ella sostiene que es divorciada, no debe ser creída. Si los testigos han venido solamente después que ella contrajo matrimonio, ella puede permanecer al lado de su marido.

Una característica sencillamente trascendental de la legislación mosaica prohibía al hombre divorciado tomar nuevamente a su mujer, si ella se había casado con otro, y se volvió libre por viudez o divorcio. "La explicación de ésta prohibición debe hallarse —dice

⁹⁰ *Deuteronomio*, capítulo XXV, versículo 6; *Mishná*, tomo III.

⁹¹ La carta de divorcio es obligatoria entre los israelitas. Los paganos, por el contrario, no requerían otra formalidad, que el abandono.

⁹² *Sheviyit*, Perek X, fol. 41.

Rabinowicz— en que el contacto intermedio de la divorciada con otro hombre, la ha vuelto impura para el primer marido (*toshab*), lo cual constituye una abominación ante Dios, y *no debes llenar de pecados el país que Dios te ha dado*⁹³. ¿Por qué impura? Porque en esa época, la única causal de divorcio era el adulterio."

La Biblia no conoce el divorcio propiamente dicho, institución que ha de aparecer muy posteriormente. Pero legisla acerca de otra institución que en esencia tiene por finalidad la separación de cuerpos y de bienes; es la *repudiación*. Oportunamente analizaremos esta forma de divorcio, limitándonos por ahora a señalar los efectos legales de la repudiación sobre la mujer.

La mujer repudiada vuelve al seno de los suyos, si bien puede volver a casarse, sin consentimiento de los padres, tres meses después de la separación⁹⁴. Si vuelve a la casa de su padre, éste tiene la obligación de alimentarla.

El Talmud instituye un divorcio formal, escrito y ceremonioso. Se regla minuciosamente las situaciones de ambos cónyuges, y los hijos menores son preferentemente confiados a la madre, viéndose el padre obligado a subvenir sus necesidades⁹⁵. Hasta que el niño llega a la edad de seis años, si es varón, permanece bajo la tutela del padre; si es mujer, su educación y guarda queda confiada a la madre, debiendo el padre pagar las expensas⁹⁶.

Según el Código de Caro, después del divorcio el padre conserva el derecho de tener a sus hijos mayores de seis años; pero si es la madre quién los tiene a su lado, el padre puede rehusarse a suministrarles alimentos. Si bien los menores de seis años quedan al cuidado de la madre, este derecho no era absoluto, pues el Tribunal podía confiarlos a su progenitor, teniendo en cuenta la condición de aptitud que uno u otro de los cónyuges demostrase con su conducta, para hacerse cargo o conservar la tenencia de los hijos.

Los esposos divorciados pueden volver a reunirse, salvo: 1° Que el divorcio haya sido pronunciado por inconducta notoria de la madre; 2° Que haya sido provocado por esterilidad de la mujer; 3° Que la mujer haya contraído segundas nupcias.

La mujer repudiada o divorciada tenía facultad para llevarse consigo todos los bienes que aportó al matrimonio, incluso la dote, y los acrecidos durante el matrimonio.

Según Pastoret, los "bienes particulares que la esposa llevaba

93 *Deuteronomio*, capítulo XXIV, versículos 1 y 4.

94 *Levítico*, capítulo XXII, versículo 13; *Jueces*, capítulo XIX, versículo 2; *Números*. Capítulo XXX, versículos 10 y 17.

95 *Tratado Ketubót*, 65 b: *Ebén Haézer*, LXXXII, 7.

96 *Tratado Ketubót*, 102 b.

al matrimonio, ya fuesen esclavos, piedras preciosas, muebles o inmuebles, se referían todos en el contrato matrimonial y se consideraban como un peculio suyo propio; pero los bienes conocidos con el nombre de *nedunia*, no eran mirados como bienes dotales de la mujer, sino como parafernales. Si habían sido estimados al tiempo de celebrarse el contrato y obligándose el marido a responder de ellos en todo acontecimiento, entonces su aumento o disminución eran en pro o en contra del marido, siendo éste únicamente responsable de aquella cantidad en que se consideraron al principio, de donde vino a los bienes de esta naturaleza la denominación de *bona pecoris f ferrei*, que traía su origen de una costumbre antigua de los hebreos, cual era la de que solían entregarse por tiempo señalado cierto número de cabezas de ganado lanar o de otra especie, cuyo usufructo pertenecía a los pastores, que debían siempre responder del principal que se los había confiado. Los demás bienes que llevaba la esposa o que adquiría durante el matrimonio, ya fuese por donación o por herencia, como ni entraban en poder del marido ni gozaba de ellos, ni le imponían ninguna obligación y por lo mismo se les llamaba *bona depilationis*⁹⁷. La dote que el marido debía llevar al matrimonio, denominada *cetubá*, entraba a formar parte de la comunidad, celebrado que fuera el matrimonio. ¿Cuáles de todos estos bienes podía llevarse la mujer, en caso de repudiación o divorcio? Es indudable que le correspondían los suyos propio y los parafernales y asimismo los de la *cetubá*. Ahora bien, si el repudio se producía en el espacio de tiempo que mediaba entre la promesa de esponsales y la celebración del matrimonio, los bienes recuperados por la mujer pertenecían a su padre; pero si ello ocurría después de la celebración del acto, los bienes le correspondían, en forma exclusiva, a la repudiada o divorciada."

97 Pastoret: Obra citada, páginas 209 y 210.

CAPÍTULO XV

EL MATRIMONIO

SUMARIO: 1. Consideraciones generales. — 2. Diversos tipos de matrimonio.—
3. a) Promesa de matrimonio (*shidujim*). — 4. b) El noviazgo (*kidushin*). — 5. c) El matrimonio propiamente dicho (*nisuim*). 6. Condiciones de validez del matrimonio. — 7. Casamientos mixtos. — 8. Impedimentos matrimoniales. — 9. Impedimentos aplicables a todos los israelitas. — 10. Impedimentos temporarios.

1. — CONSIDERACIONES GENERALES. — La fórmula del *Creced* y *Multiplícados* fue el eje de toda la legislación civil de Israel. El *Génesis* consagra, en diversos capítulos, la necesidad de poblar el país que Jehová eligiera para su pueblo. Moisés no hizo más que interpretar los deseos del Altísimo, y la costumbre hizo el resto.

M. Mielziner, escritor sagrado, autor de *The Jewish Law of Marriage and Divorce*, estima: "1° El matrimonio hebreo es una institución divina que tiene por objeto la felicidad; 2° que el hombre y la mujer forman el complemento necesario el uno del otro; 3° que ellos no son más que un solo todo; 4° que la mujer no es esclava del hombre, sino su igual en dignidad; 5° que el matrimonio no puede romperse."

Esta es la moral de la Biblia y se afirma en disposiciones como ésta: *Cuando tomare alguna mujer nueva, no saldrá a la guerra, ni en ninguna cosa se le ocupará; libre estará en su casa por un año, para alegrar a la mujer que tomó*¹. *Mujer fuerte, ¿quién la hallará? Porque su estima sobrepuja largamente a la de las piedras preciosas. El corazón de su marido está en ella confiado, y no tendrá necesidad de despojo. Darale ella bien y no mal, todos los días de su vida. Engañosa es la gracia, y vana la hermosura; la mujer que teme a Jehová, esa será alabada. Dadle el fruto de sus manos y alábenle en las puertas sus hechos*².

¹ Deuteronomio, capítulo XXIV, versículo 5.

² Proverbios, capítulo XXXI, versículos 10, 11, 12, 30 y 31.

Los talmudistas miran como a un homicida a todo aquel que no se ocupa o desea eficazmente su posteridad y aun añaden que éste, al tiempo que aparta al espíritu santo del pueblo de Israel, ultraja la perfección del hombre y la majestad divina. Los rabinos señalaron la edad de dieciocho años para la celebración del matrimonio y el que pasaba los veinte sin haberlo contraído, *era culpable a los ojos de la ley*. La falta de descendencia era conceptuada como un crimen y autorizaba hasta la disolución del matrimonio, por esterilidad.

"El objeto del matrimonio (hebreo) —afirma Albert E. Bailey— era procrear hijos. La bendición con que sus parientes despidieron a Rebeca fue: *Oh, crezcas en mil y mil generaciones*³. *Dame hijos, de otra manera yo me muero*, decía Raquel a su esposo⁴. Para combatir la esterilidad se recurría a la magia y a los afrodisiacos⁵. Como último recurso, una esposa podía tener hijos por procuración; es decir, dar a su esposo una esclava como hizo Raquel y luego, en el momento del parto sostener a la madre sobre sus rodillas y hasta donde pudiera, sufrir con ella⁶. En éste caso el niño se consideró como hijo de Raquel.

"Esta confusión de esposas y concubinas hubiera dado por resultado una serie de desórdenes y disputas acerca de los derechos de los hijos, si las leyes y las costumbres no hubiesen resuelto el problema con toda claridad. Abraham y sus descendientes inmediatos procedieron de acuerdo a las leyes sumerio-babilónicas, y quizás también al código hórreo. Estas establecen que todos los hijos, cualesquiera sea su madre, son legítimos y tienen igual derecho a la propiedad. Decía el *Código de Hammurabí* (170): "Si la esposa de un hombre le ha dado hijos, y su sierva también le ha dado hijos, y si durante su vida el padre ha llamado a los hijos de la sierva *mis hijos* y los ha contado entre los hijos de su esposa, después de la muerte del padre los hijos de la esposa y los hijos de la sierva tendrán igual derecho a participar de los bienes de la casa paterna"⁷.

Gustavo Le Bon, que en páginas apasionadas intenta destacar la belleza de la moral y de la ética contenidas en el Corán y en los comentadores de la ley musulmana, explica así la institución del matrimonio entre los árabes: "El Corán autoriza a los musulmanes para tomar cuatro esposas legítimas, sin contar un número inde-

3 *Génesis*, capítulo XXIV, versículo 60.

4 *Génesis*, capítulo XXX, versículo 1.

5 *Génesis*, capítulo XXX, versículos 14-18.

6 *Génesis*, capítulo XXX, versículo 3.

7 ALBERT E. BAILEY: *La vida cotidiana en los tiempos bíblicos*, página 44.

terminado de esclavas; pero los hijos de éstas son tan legítimos como los de aquellas.

"El marido puede —prosigue— anular a su antojo los casamientos; pero tiene la obligación de pensionar debidamente a la mujer repudiada.

"Con semejantes facilidades para el matrimonio, y la costumbre que hombres y mujeres siguen de casarse muy jóvenes, se comprende que las costumbres sean mucho más severas que en Europa, y que no sólo ocurra únicamente de vez en cuando que uno galantee a la mujer de otro, sino que esto, que tan natural parece en Europa, parezca allí monstruoso. Como lo manifiesta atinadamente (!) el Doctor Isamert No puede decirse que en sus familias haya tan frecuentemente disensiones como en las nuestras a causa de mala conducta o de la infidelidad, las cuales quizá son más desmoralizadoras que la misma poligamia..

"El celibato, que es tan frecuente en Occidente, y que según las estadísticas, tiende todavía a serlo más, es muy mal visto entre los árabes: pues ellos a la edad de veinte años, y ellas a la de dieciocho, se casan por regla general" ⁸.

Por otra parte, a diferencia de la costumbre occidental, entre los árabes es el hombre quién lleva una dote a la mujer. Para constituir dicha dote el novio y el padre de su futura esposa suelen realizar prolongadas negociaciones. Terminadas éstas, el futuro esposo se presenta a la casa del futuro suegro, a quien encuentra rodeado de amigos, de testigos y de un escribiente. Entonces se pronuncia una fórmula sacramental y el escribiente levanta un acta. Dentro del criterio leal, el matrimonio queda consumado. En consecuencia, de acuerdo con las leves del Islam, el casamiento es un pacto de índole privada sin sanción religiosa ni formalidad civil alguna.

"El celibato —afirma Algazi— es absolutamente prohibido para los dos sexos en el judaísmo, porque es considerado como contrario a la naturaleza. No se permite nombrar un jefe religioso en una comunidad si no es casado, porque allí donde hay inquietud sexual no puede haber tranquilidad espiritual. Por otra parte, el celibato que en sí representa la negación a perpetuar la especie, contraviene la indicado por Dios cuando expresa: *Creced y multiplicaos*" ⁹.

Numerosos preceptos y máximas del Talmud afirman y con-

⁸ GUSTAVO LE BOU: La *civilización de los árabes*, página 212. — Evidentemente, el autor ha olvidado que la esposa musulmana es siempre un bien adquirido por compra, bajo ciertas formalidades y su única misión, según a religión y la norma jurídica, es a de procrear y entretener al cónyuge masculino.

⁹ ALCAZI: Obra citada, página 250.

solidan las normas bíblicas acerca de la necesidad de lograr el estado de casado. *El que ama a su mujer como a sí mismo, y el que la respeta más que a sí mismo, el que conduce a sus hijos por el camino de la rectitud y el que los casa cuando están en edad de ser casados, a éste la Escritura le aplica las palabras siguientes: conocerás la felicidad en tu hogar¹⁰; El hombre que no tiene mujer no es más que medio hombre¹¹; La majestad de Dios se cierne sobre el matrimonio unido¹²; Apresúrate cuando se trata de elegir mujer¹³; El hombre soltero no es hombre. Permanecer soltero es cometer un crimen¹⁴; El que se casa por la dote o por la herencia de su mujer no tendrá felicidad con su mujer ni con sus hijos¹⁵; Quien ama a su esposa como a su cuerpo, y la honra más que a su cuerpo, tendrá asegurada la felicidad del hogar¹⁶.*

Tanto la Biblia como el Talmud no admiten otro matrimonio, que el civil. Mientras los otros pueblos del Oriente reconocían exclusivamente la validez del matrimonio, previo el acto de la cohabitación, la Ley civil hebrea se la reconoce antes de la convivencia, mediante un acto legal.

2. — DIVERSOS TIPOS DE MATRIMONIO. — En la historia y evolución del pueblo de Israel, encontramos varios tipos de matrimonio, que la Biblia reconoce y admite:

1º) *Matrimonio por captura*: Tratase de un matrimonio realmente excepcional, del cual se ocupa la Biblia en diversas disposiciones¹⁷. Tratabas en todos los casos de mujeres cautivas tomadas como botín de guerra.

2º) *Matrimonio "sábico"*: Este tipo también es excepcional. En el mismo, la mujer habita cerca de los suyos, y el hijo es criado en el clan de la madre¹⁸. Los otros dos tipos de matrimonio son los comunes y legales; nos referimos a ellos con la extensión que se merecen.

3º) *Matrimonio polígamo*: Cuando Moisés llegó al seno de su pueblo no pudo sino reconocer la pluralidad de mujeres, o po-

10 *Yebamót*, 62 b.

11 *Yebamót*, 63.

12 *Sotá*, 17 a.

13 *Yebamót*, 63 a.

14 *Yebamót*, 63 a.

15 *Tratado Babá Metziá*, 59 a.

16 *Yebamót*, 62 b.

17 *Deuteronomio*, capítulo XX, versículo 14; capítulo XXI, versículos 10 a 14; *Jueces*, capítulo V, versículo 30; capítulo XXI, versículo 17 y siguientes.

18 *Jueces*, capítulo VII, versículo 31; capítulo IX, versículo 16; capítulo XIV, versículos 5 a 9.

ligamia, limitándose a restringirla hasta donde se pudo, al propio tiempo que tendió a asegurar la tranquilidad espiritual y económica de las varias esposas y de los descendientes. La Biblia atestigua que el régimen de la poligamia existió desde muy antiguo y denuncia hechos como el de Lamech¹⁹, para remontarlos al *Génesis*.

Cuando una esposa resultaba estéril, no existía impedimento alguno para que el marido conviviese públicamente con una criada²⁰: Sara, esposa de Abraham, ante la evidencia de que no podía dejarle un hijo, no vaciló en ofrecerle a una de sus esclavas, Agar, de la que habría de nacer Ismael²¹. Raquel, esposa de Jacob, hizo otro tanto, entregándole dos siervas de las cuales habían de nacer dos hijos²². David tuvo ocho mujeres, según la Escritura. Y Salomón, según la misma tradición, dividió su tiempo y su reinado entre setecientas esposas y trescientas siervas concubinas²³.

19 Nieto de Irad, y nieto éste de Adán, que tuvo al mismo tiempo a Ada, madre de Jubel y de Jabal y a Zilla, madre de Tubalcaín (*Génesis*, capítulo IV, versículo 18 y siguientes).

20 El artículo 146 del *Código de Hammurabí* disponía que en caso de esterilidad de la esposa, el hombre puede divorciarse o tomar otra mujer, de condición inferior que no debe ser puesta en un pie de igualdad con la primera; o a esposa misma podía ofrecer a su esposo una concubina elegida entre sus propias esclavas. Según el *Génesis* (capítulo XXX, versículo 3), Sara se resolvió por esto último, y lo mismo hizo Raquel. Dispone asimismo el nombrado Código: "Si ella —la esposa— ha dado una sierva a su esposo y ésta ha parido un hijo, y luego ésta sierva ha querido igualarse a su ama, porque le ha dado un hijo, su ama no habrá de venderla por dinero, pero a mantendrá en servidumbre y la considerará como a una de sus esclavas."

21 *Génesis*, capítulo XVI, versículos 2, 3 y 15.

22 *Génesis*, capítulo XXX, versículo 1 y siguientes.

23 *I Reyes*, capítulo XI, versículo 3; *Cantaros*, capítulo VI, versículo 8.

"En todos los estados orientales —anota A. E. BAILEY— la importancia del harán de un rey era índice de su poderío y gloria. David comenzó su vida matrimonial con una esposa, Mical, hija de Saúl. En la época en que fue rey de Judá en Hebrón, había ya desposado seis mujeres, mientras que otras esposas y concubinas, cuyo número exacto no ha quedado registrado, fueron agregadas a las anteriores durante el reinado sobre Jerusalén (II *Samuel*, capítulo II, versículos 2 a 5; capítulo V, versículos 13 a 16). Pero Salomón relegó a su padre al nivel de simple aficionado. La esposa de su juventud fue una hija de Hiram de Tiro (*I Reyes*, capítulo XI, versículo 1). En el cuarto año de su reinado, hizo un tratado con Shishak, faraón de Egipto, y recibió por esposa a una hija de éste, para sellar el pacto (*I Reyes*, capítulo III, versículo 1), mientras que, por su parte, el faraón se apoderaba de la ciudad de Gezer y a ofrecía a Salomón como regalo de boda (*I Reyes*, capítulo IX, versículos 16 y 17). Salomón sintió tanto pacer por esta distinción de que lo hacía objeto uno de los monarcas más grandes de la tierra, que construyó un amplio palacio para su esposa y los sirvientes de ésta, junto al suyo, en los nuevos terrenos reales (*I Reyes*, capítulo VII, versículo 8). Cada vez que Salomón firmó

—¿Cuál era entonces la situación legal de las esposas y de las que fueron tenidas por concubinas? Según Pastoret, todas "eran legítimas, por más que algunos hayan pensado, bien que sin fundamento, que una sola gozaba de este privilegio, y que las demás, reducidas a la clase de meras concubinas, no tenían ningún vínculo conyugal. En muchas circunstancias no hay duda que sucedía así, como cuando entre las esclavas se elegía una segunda o una tercera esposa, la cual mantenía siempre una especie de subordinación y seguía desempeñando los negocios domésticos. También es cierto que a su unión no precedía ni acompañaba ninguna solemnidad, y que las esposas de esta naturaleza no recibían ninguna cosa por vía de dote de sus maridos; pero no por eso dejaban de ser legítimas".

Es cierto que los rabinos redujeron a cuatro el número de las esposas que podía, legalmente, tomar cada individuo, pero paulatinamente fue desapareciendo el hábito, hasta extinguirse. A estar a la opinión del autor últimamente citado, la época en que para los israelitas desapareció la poligamia debe situarse al fin de siglo IV de la era cristiana, cuya extinción se debe atribuir a una ley de Teodosio que prohibió a los israelitas casarse según sus ritos y de tener más de una esposa.

Lo auténtico parece ser que la pluralidad de esposas desapareció en forma definitiva a fines del siglo X, merced a un rescripto del rabino Gerson, de Metz, quien prohibió la poligamia a los judíos de Occidente.

Pero debe decirse, en honor de la verdad, que la poligamia era un régimen matrimonial escasamente difundido, en todos los tiempos, por la sencilla razón de que sólo la gente adinerada podía participar de él; a los pobres les resultaba suficiente una sola esposa... En efecto, conforme al texto bíblico²⁴, aquel que tomare otra esposa *no disminuirá su alimento, ni su vestido, ni el débito conyugal*. Por otra parte, la poligamia subsistió con la monogamia según se prueba con diversos textos bíblicos: Lamech²⁵; Caín²⁶; Lot²⁷.

tratado comercial con algún rey extranjero, parece haberlo sellado con un matrimonio, de tal modo que en su harén estuvieron representados todos los tipos de mujeres y todas las nacionalidades. El informe oficial arroja un total de 700 mujeres y 300 concubinas (*I Reyes*, capítulo XI, versículo 3). — ALBERT E. BAILEY: *La vida cotidiana en los tiempos bíblicos*, página 171.

²⁴ *Éxodo*, capítulo XXI, versículo 10.

²⁵ *Génesis*, capítulo IV, versículo 19.

²⁶ *Génesis*, capítulo VI, versículo 18.

²⁷ *Génesis*, capítulo XIX, versículo 16.

"Una *Mishná* del *Tratado Sanedrín* (fol. 21) autoriza al rey a casarse

Un Sanedrín de París declaró, que desde los primeros tiempos de su dispersión, los israelitas esparcidos por el Occidente, compenetrados de la necesidad de poner sus usos en armonía con las leyes civiles de los Estados en los que se han establecido, han renunciado generalmente a la poligamia, que consideran como una simple facultad dependiente de ellos mismos. El Sínodo convocado en Worms, y presidido por el rabino Gersón, pronunció anatema contra todo israelita que desposara más de una mujer²⁸.

4°) *Matrimonio monogámico*: "La monogamia —dice Starke— es el resultado de la exigencia de la mujer de ser la primera en la casa del marido, de suerte que las otras mujeres no llegan a ser amas y sean inferiores a ella en honor y autoridad. La esposa que en la familia es de la misma condición que el esposo, no admite hallarse subalterna en la casa"²⁹.

A más de las otras razones que se conjuraron para que la monogamia imperase en Israel, las razones dadas por Starke influyeron para que la gran masa ciudadana contrajera matrimonio con una sola mujer.

Para el matrimonio la Biblia no contiene un término especial ni disposición alguna acerca de las formalidades y solemnidades que debían cumplirse; estos se hallaban regidos por usos y costumbres muy antiguos.

En cambio, el Talmud contiene una rica fraseología para las diversas etapas del matrimonio y numerosos preceptos que rigen todas las fases de la ceremonia que, como se ha dicho, carecía de todo significado religioso, siendo eminentemente civil.

Vale la pena señalar que el Talmud tiene varios tratados especiales, cuyos nombres y contenidos, son como sigue: *Kidushin* (noviazgo y matrimonio); *Ketubót* (contrato matrimonial, dote, etcétera); *Guitín* (divorcio); *Yebamót* (viudedad, levirato y prohibiciones matrimoniales); *Sotá* (mujer sospechada de infidelidad).

En términos generales y a estar a las normas contenidas en la Ley bíblica, el matrimonio tenía por fin la procreación y la multi-

hasta con veinticuatro mujeres. Un comentarista afamado — rabi Jehudá— explica que el rey puede tener ésta ventaja siempre que no sean mujeres capaces de corromperle. Rabi Simón, por el contrario, dice que no debe desposar a muchas mujeres, aunque sean virtuosas; en cuanto a las mujeres malvadas, no debe tomar ni una sola.

Esta *Mishná* complementa el precepto bíblico (*Deuteronomio*, capítulo XVII, versículo 17), que ordena al soberano: *Ni aumentará para sí mujeres, porque su corazón no se desvíe...*

28 LEÓN DE MÓDENA: *Degli riti hebraici*, parte IV, capítulo H; SELDENO *Decisiones del Sanedrín de París*, libro I, parte XI, capítulo IX.

29 STARKE: *La famille dans les differents societes*.

plicacion de la especie³⁰. “ La Ley no conoce –afirma Josefo– mas de una sola unión, la unión natural con la mujer, solamente si ella debe tener por fin la procreación. Posteriormente se agreo a esta obligacion de procrearse la de la asistencia mutua entre ambos cónyuges³¹. El matrimonio asumía un carácter privado, siendo absolutmante verbal hasta el primer exilio, en que se regalmento la forma escrita.

El Talmud reconoce tres modos de enlace matrimoniales, *Kesef*: el marido envía, en presencia de dos testogos, una pieza monetaria (la dote) a la mujer; *Shtar*: una convención escrita; *Bia*: La cohabitación carnal. Los doctores reprimieron energicamente el primero y el último de los procedimientos, por ser contrarios a la moral.

Tenía el matrimonio hebreo –y sigue conservándolas aún- tres frases sucesivas que la ley rabinica prescribe en forma detallada y minuiciosa 32.

3. a) PROMESA DE MATRIMONIO (SHADUSHIM). – Acto puramente civil, sin ingerencia de la ley ni de la religión. Los futuros cónyuges se comprometían moralmente y de honor, siendo análogos a los noviazgos de hoy. Su sinónimo gramatical es del *esponsales*. Los prometidos son legamelmente casados. La novia es denominada esposa, el novio es llamado *yerno*³³. La mujer era reputada

30 Génesis, capitulo I, versiculo 28.

31 Génesis, capitulo II, versiculo 24; oseas, capitulo III, versiculo 3, Malaquias, capitulo II, versiculo 14 y 16.

32 El código de Manú adminte ocho clases de matrimonios: 1º El de Brahma, cuando un padre adereza y viste a su hija y la entrega a un hombre sabio y viruoso. (Debe entregarla – afirma Capdevila -, es decir desligarla e su hogar y de su culto para que entre en el hogar y el culto del marido.) 2º El de los dioses, cuando aquello ocurre en el acto de celebrarse un ceremonia religiosa y se enmarida la hija con el celebrante.

3º El de los rixis, cuando el padre entrega a su hija, confome a la ley, depues de haaber recibido el noviom un toro y una vaca. (No obstante, ni el toro ni la vaca importaran una recompensa, sino que ambos serán sacrificados en una fiesta religiosa.) 4º El de los pradjapatis, primero seres del mundo, padres delas criaturas, cuando el padre honra al yerno con la entrega de su hija, diciendo: “Cumplid ambos con vuestro deber”. 5º el de asuras, cuando previamente el novio ha hecho regalos a la doncella y sus padres. 6º El de los grandharvas, músicos de los paraisos de Indra, cuando las nupcias se celebran por puro amor, en virtud solamente del mutuo consentimiento. 7º El de los Raksasas, genios malévolos, demonios, en caso de que mediara estupro, raptó o violencia a mano armada. 8º El de los pizachas, vampiros, cuando el novio posee a la mujer.

A.Capdevila: El Oriente Jurídico, pág. 33

33 Génesis, capitulo XIX, versiculo 12.

como esposa auténtica y su infidelidad se calificaba de adulterio, siendo merecedora de la última pena³⁴. La *promesa de matrimonio* no puede ser violada ni deshecha, a no ser por la muerte de uno de los cónyuges, o por una repudiación. El lapso que mediaba entre los esponsales y el verdadero casamiento podía ser hasta de un año para una virgen y de solo un mes para una viuda³⁵. Durante este intervalo, la mujer (*arusá*) era la esposa legítima del otro esposo, desde todos los puntos de vista.

Después de los esponsales, se conocía una segunda fase del matrimonio.

4. — b) EL NOVIAZGO (KIDUSHIN). — Constituía el acto más importante del matrimonio y se llevaba a cabo delante de las familias de ambos contrayentes, reunidas, en presencia de testigos, amigos y extraños, con intervención de la religión y de la ley³⁶. Cumplida la ceremonia, el matrimonio quedaba perfecto desde el doble punto de vista, legal y religioso³⁷.

Pero aun falta una tercera etapa para que el matrimonio se considere concluido.

5. — C) EL MATRIMONIO PROPIAMENTE DICHO (NISUIM)

—.

Se basa en la convención escrita, a la que nos hemos referido como última fase de la evolución del Derecho matrimonial en Israel. Dicha convención era redactada antes de toda ceremonia y su fórmula era más o menos la siguiente: "El día... del mes... del año de..., según nuestro modo de contar, Salomón, hijo de David, dijo a Raquel, hija de Simeón, que es virgen: Ruégote que

³⁴ *Deuteronomio*, capítulo XXII, versículo 23 y siguientes.

³⁵ *Ketubót*, 57 a.

³⁶ *Kidushin*, 65, a.

³⁷ a palabra *kidushin* significa casamiento. Proviene de *kadosh*, santo, santificar. El matrimonio es considerado entre los judíos como un acto de santidad, la Guemará dice que se da este nombre al matrimonio para indicar que el marido defiende a su mujer ante todo el mundo como una cosa sagrada, es decir, que a mujer se vuelve sagrada para todos los hombres, que deben respetarla. Mientras que a Biblia no tiene más que una expresión profana para designar el matrimonio, como *el* verbo *laka*, tomar una mujer, como también as palabras atinas y griegas adoptadas por a Iglesia que designan el acto del casamiento y que no tienen nada la de sagrado; el Talmud solo llama al matrimonio *kidushi*, de ahí, *me Kayesh*, *el* que esposa una mujer; *me kodeshet*, *la* esposa; todas estas palabras vienen de *kadosh*, santificar la fórmula rabinica que el novio debe pronunciar dirigiéndose a la novia para cumplir el acto del matrimonio es: *Hare at me kudeshet li*, sin a cual el matrimonio es nulo, significa: *Te quiero santificada para mi*. Sin esta fórmula, aun en a actualidad, el matrimonio judío es nulo.

seas mi esposa según la Ley de Moisés y de Israel; y yo, con la voluntad de Dios, estaré lleno de atenciones y cuidados para contigo; yo te honraré, te mantendré, proveeré a tu alimento y a tu vestido, según costumbre de los maridos hebreos que honran, mantienen y visten a sus mujeres como conviene. Te doy, en precio de tu virginidad, 200 *zuzin*, que hacen los veinticinco dineros de plata que te están señalados por la ley. Además del alimento, del vestido y de lo demás necesario, te prometo el deber conyugal conforme al uso de todos los pueblos del universo...; y Raquel consiente en ser esposa de Salomón, quien de su libre voluntad añade a la dote la cantidad de... Los bienes que la mujer lleva al matrimonio se han estimado... y el marido confiesa y reconoce haberlos recibido y ofrece conservarlos en su poder, custodiándolos como fiel depositario de todos ellos; lo que declara en los términos siguientes: recibo bajo mi custodia, y me constituyo responsable de todos los bienes dotales o no dotales que mi esposa ha traído al matrimonio, como asimismo de los que pueda adquirir más adelante, ya sean aumento de la dote o de cualquier otra calidad. Obligo no sólo en mi nombre, sino también en el de mis herederos y sucesores, todo lo más precioso que yo tengo, lo que poseo y pueda adquirir, ya sean bienes muebles o inmuebles, a la seguridad. Así de la dote y demás bienes traídos al matrimonio, como de los que se adquieran después, de cualquier clase o calidad que sean. para que mi esposa pueda haberlos, así durante mi vida como después de mi muerte, a cuya seguridad hipoteco todos los míos, hasta la ropa que tengo sobre mis hombros; a todo lo cual me obligo y prometo cumplir, no tanto por la formalidad de este contrato, aunque de él me hubiesen de resultar muchas ventajas, a las cuales renuncio, cuanto por la fuerza y efecto ordinario de todos los contratos de matrimonio que están en uso entre los israelitas, conforme a la tradición y a los preceptos de nuestros rabinos de piadosa memoria. Por todo lo cual, y para que este acta sea firme y valedero entre nosotros, lo firmamos en el mismo mes y año que se ha citado arriba."

El contrato matrimonial, cuyo texto acabamos de dar y que aún se acostumbra suscribir entre los israelitas, es denominado *ketubá* y el término es dado por la *Mishná* y el Talmud para designar el acto que encierra el conjunto de las estipulaciones y de las promesas hechas por el marido a su mujer en ocasión del matrimonio³⁹.

³⁸ A estar a la interpretación del doctor J. M. RABINOWICZ, la palabra *ketubá* proviene de *katob*, escrito. Esta palabra indica las obligaciones del marido hacia su mujer para el caso de divorcio o viudedad, es

Según se desprende de su contexto, eran nueve las obligaciones estipuladas, y consisten en:

1) Promesa del marido de honrar a su mujer, de alimentarla y generalmente de subvenir a todas sus necesidades, según sus facultades y sus medios; además si caía en cautiverio, debía pagar su rescate;

2) Atribución por el marido a su mujer de una *viudedad* que es la dote que el marido constituye a favor de su cónyuge, sobre sus propios bienes, para el caso de fallecimiento, asignándole un valor determinado: según los rabinos, era condición indispensable para la validez del matrimonio 39;

3) Promesa del marido de cumplir el deber conyugal 40;

4) Evaluación de la dote y de los aportes de la mujer;

5) Atribución del marido a la mujer de un suplemento del bien de *viudedad* 41;

6) Hipoteca constituida por el marido sobre todos sus bienes, presentes y futuros, a favor de la mujer, para afianzar los que aquella haya aportado, incluso su dote; esta hipoteca era válida para antes como para después de la muerte del esposo;

7) Promesa del marido de dejar a los hijos varones la herencia exclusiva del *derecho de viudedad* de la madre, sin perjuicio de los derechos que ellos puedan tener concurrentemente con los hijos de otro tálamo, a la sucesión paterna;

8) Estipulación de que después de la muerte del marido, si dejaba hijas les será provista su alimentación y sostén sobre la sucesión del padre, mientras permanezcan célibes o hasta que lleguen a la mayor edad (doce años y seis meses cumplidos);

9) Derecho para la viuda de continuar habitando el domicilio conyugal, donde se le proveerá su sostén hasta la oportunidad en que ella reclama su *derecho de viudedad* 42.

decir, los derechos de a mujer, divorciada o viuda, de reclamar a suma legal de 200 o de 100 *denares*. La palabra *ketubá* se aplica por extensión l compromiso mismo, aun cuando el marido no hubiera escrito nada.

39 *Ketubót*, 107 b.

40 *Éxodo*, capítulo XXI, versículo 10.

41 *Ketubót*, 1/2.

42 Refiriéndose a la condición de la mujer en el Oriente, y especialmente entre los árabes, dentro de los preceptos del Corán, dice un autor moderno: "La situación legal de a mujer casada, tal como se hala establecida en el Corán y sus comentaristas, supera en ventajas a la de a mujer europea, pues no sólo recibe dote, sino que conserva la posesión de sus bienes personales, sin estar de ningún modo obligada a contribuir a los gastos de a casa; y si a repudian, ha de recibir lo necesario para subsistir; y si enviuda, vive a costa de la sucesión durante un año, y recibe en herencia una parte de los bienes del difunto."

Ahora bien, si comparamos ésta condición con los deberes que surgen

6. — CONDICIONES DE VALIDEZ DEL MATRIMONIO. — Conforme a los textos de la Ley bíblica y del Talmud, eran exigibles las siguientes condiciones para la validez del matrimonio:

1°) *La edad requerida.* La Biblia en este punto, como en todos cuantos se refieren a la edad de las personas, guarda un silencio absoluto. El Talmud no es categórico en cuanto a la edad para casarse y son interesantes las discrepancias de los rabinos, sobre este punto, ya que mientras algunos propiciaban la edad más tierna, otros combatían la tendencia de contraer nupcias a edad muy temprana. Según el Talmud ⁴³, la *edad conveniente* para casarse es la de dieciocho años. Pero el matrimonio se juzgó válido desde la pubertad: 13 años para los varones y 12 años y medio para las mujeres ⁴⁴.

2°) *Consentimiento de los tutores.* — Desde luego, era necesario el consentimiento de las personas que tenían el derecho de potestad; en primer lugar, del padre; en su ausencia, de la madre y de los hermanos.

3°) *Consentimiento de los contrayentes.* — Si bien el padre tenía facultad para entregar a la hija en matrimonio, el consentimiento de ésta era indispensable y aun el conocimiento personal entre los contrayentes. La hija podía incluso rebelarse contra la autoridad paterna, si el esposo que se le discernía no era de su agrado. Si la mujer alcanza la primera mayoría (llamada *naarut*) ella puede casarse y lo que ella gana con su trabajo, le pertenece, afirma el Talmud. Si ella alcanza la mayoría completa (*bagrut*) no necesita el consentimiento del padre, y es libre para contraer matrimonio.

Carentes de capacidad para discernir, los dementes y los idiotas no podían contraer matrimonio. A las tres condiciones de validez del matrimonio, Emmanuel Weill agrega una cuarta: La obligación de la hija heredera de casarse en su tribu paterna.

Conforme a una regla bíblica, el error sobre la persona no anula el matrimonio; no así, cuando el matrimonio se ha contraído entre personas que están legalmente impedidas para casarse".

para el marido judío, del contrato matrimonial que acabamos de transcribir, se llega fácilmente a la conclusión de que existen profundas diferencias entre a concepción jurídica y moral del legislador hebreo y las del Islam.

Para los creyentes en Mahoma, a mujer no dejará nunca de ser una cosa comprada, bajo alguna garantía legal; para los de a fe mosaica, la mujer es quien, a cambio de pocas y fundamentales obligaciones, goza de las más amplias seguridades morales y económicas.

43 *Avot*, 5-21.

44 *Nidá*, 44.

45 *Génesis*, capítulo XXIX, versículos 20 y siguientes.

Los allegados de los novios se ocupaban del pedido en matrimonio y de las negociaciones preliminares. Según testimonios de la Biblia, entre las familias israelitas, el aporte de una dote al matrimonio era indispensable. Si el padre era pobre, la comunidad debía proveerla. En caso de fallecimiento del padre, antes del matrimonio de la hija, los herederos estaban obligados a proporcionar la dote, que debía ser deducida del acervo hereditario antes de toda otra carga ⁴⁶.

7. — CASAMIENTOS MIXTOS. — En términos generales, los matrimonios con extranjeros estaban prohibidos por la legislación mosaica. Según Pastoret, la prohibición fue una "idea que inspiró la religión a la política". El *Génesis*⁴⁷ admite, sin embargo, una excepción a la regla, pero con la condición expresa de que el extranjero adopte la Ley de Moisés y se circuncide ⁴⁸. El *Exodo*

⁴⁶ *Ketubót*, 68 a.

He aquí cómo se efectúa el casamiento entre los musulmanes, de acuerdo con prácticas tradicionales que no han sido modificadas hasta hoy, pues que no es misterio el de que los pueblos orientales conservan, sin evolución, sus usos y costumbres, como si allí el progreso se hubiere detenido. GUSTAVO LE BON relata: "Cuando un joven quiere renunciar a la vida de soltero, encomienda a una mujer de edad que vaya a ver en las familias a muchachas casaderas; y en virtud de a descripción que ésta le hace de las cualidades físicas y morales de las que ha visto, elige y encomienda a la misma persona que haga a demanda. a futura tan solo es consultada por el bien parecer; pero como no ha de ver al solicitante hasta que esté casada carece de motivos para rechazarlo. Entonces el pretendiente entra en relaciones con el padre, a fin de estipular el dote que entregará... a nova no pasa al poder de su marido hasta al cabo de algunos días, después de varias fiestas, que se procura sean lo más brillantes posible; cubierta con un velo, a joven va primero al baño, conducida procesionalmente, entre gran concurso de amigos y de músicos; al salir del baño, regresa a la casa paterna, donde tiene lugar un festín; tan sólo al día siguiente, a envían a casa de su marido, bien velada, y con un numeroso acompañamiento, precedido de músicos, de bailarines, luchadores y bufones. a casa está adornada e iluminada para recibirla, y cuando todo el acompañamiento se ha marchado, entonces el marido puede quitar el velo a su esposa y vera por primera vez." — G. LE BON: *La civilización de los árabes*, página 189.

⁴⁷ *Génesis*, capítulo XXXIV, versículo 14 y siguientes.

⁴⁸ a circuncisión, impuesta como un deber religioso impostergable e ineludible para los judíos, lo fue y lo es en el mismo grado para los árabes. GUSTAVO LE BON, refiriéndose a ésta obligación entre los creyentes en Mahoma, dice: "El nacimiento de los hijos da lugar a algunos regocijos entre los árabes, bien que sin salir del hogar doméstico. Pero a circuncisión, que se practica en todos los niños varones, se celebra por el contrario con regocijos públicos. Verificase generalmente entre a edad de seis y siete años. El chico que debe sufrirla es paseado con gran pompa por a ciudad, cubierto de rico traje, el rostro tapado con un velo, montado en

nos dice que queriendo Dios renovar las condiciones del pacto con el pueblo de Israel⁴⁹, prohíbe a los hebreos el casamiento con extranjeras, por exponerse a inclinar insensiblemente a los hijos a ciertos excesos. La prohibición se renovó en el *Deuteronomio*⁵⁰ y en *Libro de Josué*⁵¹.

Esdras, conocedor de que muchos judíos habían tomado mujeres extranjeras e idólatras, reunió al pueblo en una asamblea general y obligó a los maridos a que las despidiesen. "¿Cuál era la causa de esta diatriba contra las mujeres extranjeras? Sin duda, las dos deportaciones a Babilonia y la dispersión general habían causado la ruptura de muchos hogares. La afluencia a Jerusalén, después de la restauración, trajo a las mujeres de las naciones vecinas que parecían haber *enajenado las afecciones* de judíos respetables, y abundaban las demandas de divorcio. El profeta Malaquías dice a este respecto que el favor de Dios había sido suplantado"⁵².

La prohibición de la ley de casarse con extranjeras parece no haber ido más lejos que con respecto a las mujeres provenientes de aquellos pueblos que descendían de Canaán. La razón de ello radica en que dicha tierra había sido prometida a los hijos de Isaac y Jacob, a quienes Jehová ordenó: *No te inclinará a sus dioses, ni*

un caballo magníficamente enjaezado y escoltado por niños opulentamente vestidos. El barbero, encargado de a circuncisión, se coloca al frente del cortejo, con los músicos; cerrando la marcha, varias mujeres que dan voces particulares en señal de alegría. Así se encaminan a la mezquita, la cual con motivo de aquel suceso está iluminada; y de aquí se regresa a la casa paterna, donde se sirve un festín, con frecuencia seguido de una representación teatral. Generalmente, el barbero procede a la circuncisión después de la comida; y mientras opera, la música toca los platillos para ahogar los lamentos del paciente..." — G. LE Bon: *Obra citada*, páginas 188 y 189.

Según a creencia mosaica, a circuncisión significa el *pacto* celebrado entre el Dios de Israel y su pueblo. "Ya desde los tiempos de Abraham — afirma ALGAZI— Dios basa su pacto con Israel en a circuncisión. Desde este momento el rito se convierte en símbolo, hasta que los profetas, en su moralización del espíritu humano, llegan a expresarse así: *Circuncidad vuestros corazones*. Con esta expresión, a circuncisión adquiere todo un sentido simbólico. Ocho días después de su nacimiento, todo niño bien constituido debe ser circuncidado." a razón de esta práctica, según los comentarios más autorizados, a más de un sentido religioso es de alta finalidad higiénica, ya que, conforme al juicio de eminentes celebridades médicas contemporáneas, la existencia del prepucio predispone a varias formas de hábitos viciosos y es nido de diversas exteriorizaciones patológicas.

49 *Éxodo*, capítulo XXXIV, versículo 16.

50 *Deuteronomio*, capítulo VII, versículos 3 y 4.

51 *Libro de Josué*, capítulo XXIII, versículos 12 y 13.

52 MARÍA WELLES CLAPP: *El Antiguo Testamento y la Mujer*. (*Malaquías*, capítulo II, versículos 11, 14 y 16).

los servirás, ni harás como ellos hacen; antes los destruirás del todo y quebrantarás enteramente sus estatuas ⁵³. La seguridad de que las mujeres introducirían desarmonía en la vida institucional y religiosa de Israel, impulsó a los profetas para ratificar la prohibición bíblica, en medio de imprecaciones y amenazas. El mayor temor lo constituía, la circunstancia de que los hijos de dichas mujeres hablaban la lengua de la madre y *ninguno de ellos podía hablar la lengua hebrea* ⁵⁴.

Una ratificación de que la prohibición de los casamientos mixtos se refería especialmente a las mujeres cananeas, la encontramos en la comprobación de que el famoso rey Salomón casó con una egipcia; la célebre Ruth era del país de Moab⁵⁵. Moisés mismo contrajo matrimonio con una extranjera, Séfora, hija de Jethro, del país de los madianitas. Sansón casó con una filisteo ⁵⁶.

Según Emmanuel Weill, y no obstante los episodios señalados, la prohibición de los casamientos mixtos no sólo alcanzaba a las mujeres provenientes de Canaán, sino a los siguientes pueblos: Heteos, Gergeseos, Amorreos, Persas, Heveos, jebuseos, "para impedir que los hebreos cayesen en sus supersticiones y costumbres inmundas"⁵⁷. La prohibición se extendió también respecto de los Moabitas⁵⁸, los Amonitas⁵⁹, los Idumeos y los Egipcios ⁶⁰.

Cabe destacar que la prohibición se refería a las mujeres y no regía para los hombres, siendo ello confirmado por las normas establecidas en la Biblia para el casamiento con cautivas ⁶¹. Pastoret, refiriéndose a éste pasaje de la Biblia, afirma: "Pero es necesario advertir que este matrimonio ni era irrevocable, ni le acompañaban otras muchas circunstancias que tenían los demás; y así, añade la *Vulgata*, que si en adelante dejase de amar a la esclava, deberá enviarla libre, sin que pueda venderla ni servirse de su poder para oprimirla, a causa de la humillación en que ha estado."

Los rabinos ofrecen una interpretación del texto bíblico, que contradice lo expresado por Pastoret. Según ellos, los judíos tenían el derecho de usar de las cautivas una sola vez; pero si pasaban de aquí, contraían en el hecho mismo la obligación de casarse

53 *Éxodo*, capítulo XXII, versículos 24 y siguientes.

54 *Libro de Nehemias*, capítulo XII, versículo 24.

55 *Libro de Ruth*, capítulo I, versículo 4.

56 *Jueces*, capítulo XIV, versículo 3.

57 *Éxodo*, capítulo XXIII, versículos 28 y 33; capítulo XXXIV, versículo 15 y siguientes; *Deuteronomio*, capítulo VII, versículo 1 y siguientes.

58 *Números*, capítulo XXV, versículo 1.

59 *Deuteronomio*, capítulo XXII, versículo 3.

60 *Deuteronomio*, capítulo XXII, versículos 7 y 8.

61 *Deuteronomio*, capítulo XXI, versículos 11-13.

con ellas, pero cumpliendo todos los preceptos de la Ley bíblica y rabínica.

Louis-Germain Lévy destaca cuánta delicadeza se desprende de los versículos de la Biblia, al referirse a la mujer cautiva. En efecto, el *Deuteronomio* expresa: *Cuando salieres a la guerra contra tus enemigos, y Jehová tu Dios los entregare en tu mano, y tomares de ellos cautivos; Y vieres entre los cautivos alguna mujer hermosa, y la codiciaras, y la tomares para ti por mujer; La meterás en tu casa; Y ella raerá su cabeza y cortará sus uñas; Y se quitará el vestido de su cautiverio, y quedaráse en tu casa; y llorará a su padre y a su madre el tiempo de un mes: y después entrarás a ella, y tú serás su marido, y ella tu mujer; Y será, si no te agradare, que la has de dejar en su libertad; y no la venderás por dinero, ni mercaderías con ella, por cuanto la afligiste*⁶².

En muchos pasajes de la Biblia se menciona la existencia, en Israel, de *casamientos mixtos*; también hace referencia a ésta clase de uniones conyugales que, por razones políticas, fueron desbaratadas por virtud de la prédica de los conductores del pueblo y especialmente de los profetas. Unos y otros tenían la influencia de mujeres de otros credos sobre la vida de relación y en la educación de los hijos. Y ya se sabe cuán grande ha sido la influencia de la mujer israelita en ésta materia.

Recuérdase que al regreso de Babilonia no faltaron dirigentes espirituales de Israel que anatematizaron los casamientos con mujeres extranjeras e incluso llegaron a la crueldad de exigir las separaciones.

En aras del Dios monoteísta, del Único, muchas veces en la historia se han consumado actos que a través de los siglos se nos presentan con todas las características de la crueldad; pero en los días de la formación nacional de un pueblo, éstos sacrificios se hacen necesarios y hasta justificables en prenda de un ideal superior. Cabe agregar que en todos los casos, las mujeres extranjeras, forzadas a abandonar el hogar formado, fueron atendidas de modo que no cayesen en la miseria o fueren pasto de la concupiscencia.

Pero la prohibición de los casamientos mixtos, en el seno del pueblo de Israel no se ha esfumado en los tiempos bíblicos. Aun hoy subsiste con incalculable vigor, en casi todas las comunidades israelitas que pueblan la tierra. ¿Cuál es su lógica? ¿Qué argumentos se hacen gravitar?

Isaac R. Algazi, autor moderno, al referirse al tema de los *casamientos mixtos*, dice: "Estos casamientos están prohibidas por la

⁶² *Deuteronomio*, capítulo XXI, versículos 10 a 14.

religión. Esta prohibición no es de ninguna manera motivada por razones de fanatismo y sectarismo religioso, sino, en primer lugar, por razones de convivencia social. El legislador tuvo primeramente en cuenta las divergencias debidas a la diferencia de cuna, de educación y de mentalidad; en segundo lugar, las graves consecuencias que la incompatibilidad en el matrimonio acarrearía para la educación de los hijos.

"Los *casamientos mixtos* —agrega— resultado de una asimilación mal digerida, han adquirido en estos países proporciones alarmantes y conviene estar precavido al respecto; no por medio de la coerción, porque no creemos en su eficiencia, sino mediante la lógica y la comprensión, a fin de que nuestras juventudes sean orientadas por sí mismas en la vida que tendrán que seguir por su bien y por la felicidad de su vida" ⁶³

La restricción sobrevivió a los siglos, y aun en los tiempos presentes se mira con reproche a quienes sortean la prescripción bíblica para buscar esposa o esposo fuera de la sociedad israelita. Entendemos que esta perduración obedece a factores políticos y nacionalistas con miras a conservar los lazos de unión entre los miembros de una comunidad que viven en extranjeras tierras y aspiran a restablecerse en su tierra ancestral, con las formas de un ente nacional. Ello no obstante, los *casamientos mixtos* se hacen de más en más frecuentes, con justa alarma de rabinos y dirigentes espirituales de Israel; ellos ven en estos casamientos la forma más factible para el mal de la *asimilación* y consiguiente desaparición de individuos y de comunidades que pertenecen a la vieja casa de David.

8. — IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES. — Louis-Germain Lévy, clasifica en tres grupos los impedimentos fijados por la Ley bíblica y el Talmud para la concertación del matrimonio entre los hebreos. El primero de los grupos se refiere a todos los israelitas; el segundo, abarca a ciertas categorías solamente y el tercero involucra a los impedimentos de carácter temporario.

Antes de entrar al estudio de estos tres grupos de impedimentos o prohibiciones, cabe dejar sentado que para la legislación hebrea no existían las restricciones de otras naciones contemporáneas suyas, fundadas en la desigualdad social o política, para que los hombres de Israel pudieran contraer matrimonio. El sentido democrático e igualitario que imperaba en el país y el espíritu de solidaridad social, que se sobreponía a las diferencias meramente circunstanciales entre los individuos, se tradujo también en cuanto

63 I. R. ALGAZI: Obra citada, páginas 252 y 253.

al inveterado propósito de borrar los separatismos internos eliminando toda jerarquización entre los elementos del conglomerado humano.

El *connubium*, que fue entre los romanos atributo inherente a la condición de ciudadano, no rigió en Israel. En efecto, es necesario mencionar, al referirnos a las leyes de Roma, que en el Derecho antiguo se hallaban privados del *connubium* (facultad legal para contraer *justoe nuptice*) los esclavos, los latinos y los peregrinos. Recién bajo Justiniano, y en el deseo de extender los goces de la ciudadanía, bajo el impulso del factor imperialista, la prohibición del matrimonio legal se restringió a los esclavos y a los bárbaros; y va se sabe que por *bárbaros* conocían los romanos a todos los pueblos que no pertenecían a la hegemonía de la metrópoli. Pero no era esto todo. Si el matrimonio entre personas que carecían del derecho de la ciudadanía fue imposible, también lo fue entre habitantes de la misma ciudad; desde los orígenes mismos de Roma el matrimonio entre patricios y plebeyos está expresamente vedado. La Ley de las XII Tablas estableció una prohibición absoluta, la que habría de desaparecer con la llamada *Ley Canuleia* en el año 308 de la era cristiana. Mucho tiempo después subsistió la Prohibición del matrimonio entre ingenuos y manumitidos; esta prohibición fue derogada por las leyes *Julia* y *Papia Popæ*.

Por lo demás en Roma existieron ciertos impedimentos, fundados en razón de parentesco consanguíneo y afín, que son semejantes a los de la Ley hebrea.

9. — IMPEDIMENTOS APLICABLES A TODOS LOS ISRAELITAS.-

a) *Incesto*: Como hemos dicho al tratar de éste delito, fue el incesto uno de los verdaderamente monstruosos que la Ley mosaica castigó con la última pena. El concommito con aquellos que llevan la propia sangre, constituyó para Israel un delito imperdonable e injustificable y se mostró particularmente severo —excediendo el rigor de las leyes en vigencia en los demás países— para los transgresores. "La idea del *tabú*, común a todos los pueblos primitivos, ha dejado muchas huellas en la Biblia", afirma Teodoro Reinach. Y recogiendo esta hipótesis, Louis-Germain Lévy, mencionando la prohibición del incesto, afirma que se está en presencia de un caso particular de *tabú*. "La gran preocupación del legislador hebreo —afirma— es la de evitar que Israel caiga en el libertinaje pagano. Las relaciones sexuales entre próximos serían destructivas del afecto respetuoso que debe existir entre los parientes y de la fuente misma de la pureza de las costumbres familiares."

La Biblia, interpretando el mensaje celestial de Jehová a Moisés, se torna iracunda contra el incestuoso. Y *le cortaré de entre*

su pueblo, afirma el Dios implacable, al que *se echare con la mujer de su padre o con su nuera, y cualquiera que tomare a su hermana, hija de su padre o hija de su madre*, etcétera, sobre ellos será su sangre⁶⁴.

En consecuencia, los impedimentos fundados en el incesto se extendían a los matrimonios entre padres e hijos, hermanos y hermanas, tíos y sobrinas, suegros y nueras, y entre los cuñados.

La Ley musulmana, copiada de la Biblia, establece diversos impedimentos para el matrimonio, fundados en los lazos de la sangre. Así, leemos en el Corán las prohibiciones siguientes: "Os está prohibido casaros con vuestras madres, con vuestras hijas, con vuestras hermanas, con vuestras hermanas de leche, con las madres de vuestras mujeres, con vuestras pupilas y con hijas de mujeres que han cohabitado con vosotros. Tampoco debéis casaros con las hijas de los hijos, que vosotros habéis engendrado, ni con las hermanas."

Los matrimonios por afinidad o por alianza, se encuentran asimismo reprimidos por la Ley mosaica: así es ilícito el del hijastro con la madrastra; de la hijastra con el padrastro; del yerno con su suegra; el de la tía con el marido de su sobrina; el del sobrino con la mujer de su tío; con la hermana, hija o nieta de su esposa; con la viuda de su hermano, a no ser en el caso del *levirato*⁶⁵.

64 *Levítico*, capítulo XX, versículos 11, 12, 13, 17, 19 y 20.

65 *Levítico*, capítulo XVII. Versículo 6 y siguientes.

MIELZINER —*The Jewish Law of Marriage and Divorce*—, citado por LOUIS-GERMAIN LEVY, ha elaborado una tabla de las prohibiciones matrimoniales por causa de incesto, que damos aquí:

Prohibiciones bíblicas:

Extensiones talmúdicas:

A. CONSANGUINIDAD

a) En línea ascendente

1. La madre a abuela paterna y materna.

b) En línea descendente

2. La hija a nieta del hijo o de a hija.

3. La nieta (hija del hijo o de la hija)

c) En línea colateral

4. La hermana o media hermana a hermana del abuelo.
5. Le hermana del padre a hermana de a abuela.
6. La hermana de a madre

B. A F I N I D A D

a) Por el hecho de su propio matrimonio

8. La hija de a mujer La abuela de a mujer.
7. La madre de la mujer La suegra, madre de a mujer, no es estrictamente interdicta.
9. La nieta de a mujer
10. La hermana de a mujer (mientras vive a mujer divorciada)

b) *Eunucos*. Conforme al *Deuteronomio*⁶⁶, no entraban en la congregación de Jehová el que fuere quebrado ni el castrado. Si bien el derecho de matrimonio no se hallaba condicionado al atributo de la ciudadanía, en Israel, es indudable que si la finalidad esencial del matrimonio era el de la procreación, el que carecía de los órganos naturales, estaba impedido de contraer matrimonio. Además de la inhabilidad física, cabe creer que el envilecimiento a que estaban condenados estos elementos estériles de la comunidad —ya sea por nacimiento o por crueldad de los hombres—no podían constituir pilares de una familia. En consecuencia, los afectados por vicios o defectos físicos que conspiran contra la reproducción de la especie, están comprendidos entre los impedidos para el matrimonio. El Talmud *Yebamot* (t. 75) repite la prohibición del *Deuteronomio*.

c) *Adulterio*. Una norma inspirada en los más elevados principios de la moral, prohibía al matrimonio de la mujer divorciada o repudiada con el individuo sospechado de haber cometido adulterio. La prohibición está contenida en los *Tratados Sotá* (25) y *Yebamot* (24 b), y obedece al propósito de reprimir con severo castigo a aquel que aparece ante los ojos de la opinión pública como raptor del honor y de la dignidad de un hogar. Análogo impedimento existe para el que ha servido como testigo de un adulterio, el cual bien ha podido testimoniar en falso para lograr la convivencia con la mujer cuyo presunto adulterio dice haber presenciado.

Respecto al adulterio de la mujer casada, el Código de Manú contiene la pintoresca norma siguiente: "Se reputará adúltera a toda mujer que haya estado sola con un hombre el tiempo que basta para cocer un huevo."

d) *Fallecimiento presunto*. Por análogas razones de moralidad, la Ley rabínica prohibía el matrimonio entre la presunta viuda y aquel que haya atestiguado haber visto o constarle de cualquier modo el fallecimiento del cónyuge ausente o desaparecido⁶⁷.

e) *Bastardos*. La condición legal y social de los bastardos era por demás desdichada. Conforme al texto bíblico⁶⁸, *no entrará bas-*

b) Por el hecho del matrimonio de un pariente

- | | | |
|-----|--|---|
| 11. | a mujer del padre (madrastra) | La madrastra del padre o de la |
| 12. | La mujer del hermano del padre | madre. |
| 13. | La mujer del hijo | La mujer del hermano de a madre; |
| 14. | La mujer del hermano (salvo en caso de levirato) | La mujer del hermano uterino del padre. |
| | | La mujer del nieto o biznieto. |

66 *Deuteronomio*, capítulo XXII, versículo 1 y siguientes.

67 *Yebamot*, 25 a.

68 *Deuteronomio*, capítulo XXIII, versículo 2.

tardo en la congregación de Jehová: ni aun en la décima generación. Esta situación de verdaderos expatriados en su propia tierra limitó al extremo los derechos civiles del hijo ilegítimo; y, por supuesto, el matrimonio con un bastardo o una bastarda estaba prohibido legalmente⁶⁹.

La infracción implicaba no sólo la nulidad de derecho del matrimonio, sino que imponía a los intervinientes la pena de azotes⁷⁰. Pastoret justifica esta prohibición, diciendo: "El rigor y la severidad con que se trataba a los miserables hijos de un comercio infame, pues se consideraban excluidos de la asamblea del Señor hasta la décima generación, puede justificarse muy bien, si es que una sanción divina tiene necesidad de defensa. Un celo santo por las costumbres, un grande horror al vicio. Los perjuicios políticos que trae consigo la prostitución, cuyos estragos son tan espantosos en las naciones modernas que han tenido la debilidad de mirar como necesario el abismo de corrupción en que están anegadas; todas estas consideraciones pudieron contribuir a inspirar la idea de extender el castigo de los delitos hasta a los mismos hijos de los delinquentes."

Ahora bien; si los bastardos no podían casarse con una o un israelita, la ley lo autorizaba para con una esclava o una prosélita. En el primer caso, incluso los hijos del matrimonio podían llegar a ser legítimos, al recobrar la libertad su madre, si se considera que el Derecho mosaico hace que el hijo siga la condición de la madre⁷¹.

Roma distinguió, además de la forma civil y religiosa del matrimonio, otras que sin dejar de ser lícitas, se constituían al margen de las formas regulares. Así tenemos el *concubinatus*, unión de orden inferior entre un ciudadano romano y una mujer poco honrada, indigna de formar una familia regular: los hijos provenientes de este matrimonio eran *cognados* de la madre y de los parientes maternos. Además del concubinato, los romanos conocieron el matrimonio *sine connubio*, que se podía concertar entre un ciudadano y una peregrina o una latina, o entre dos peregrinos. Esta unión era perfectamente lícita, si bien los efectos no tenían analogía con los de la *justæ nuptiæ*.

Por último, Roma legalizó el *contubernio*, o sea el matrimonio entre esclavos, o entre una esclava y un ciudadano. También en este caso, *el hijo seguía la condición de la madre*, sin parentesco civil con el padre.

⁶⁹ *Deuteronomio*, capítulo XXIII, versículo 2; *Yebamot*, 25a, 49 a.

⁷⁰ *Mishná*, de *Uxor adult.*, *suspect.*, Tomo II, capítulo IV.

⁷¹ a ley era extremadamente severa con el *mamzer*, bastardo. Este término sólo se encuentra dos veces en la Biblia: en el *Deuteronomio* (ca-

f) *Los "netinim"*. Eran consagrados al servicio del Templo, aquellos a quienes Jehová había elegido ⁷² para servir en el ministerio del tabernáculo ⁷³.

El Sumo Sacerdote no podía casarse con una viuda, por la razón —dice un comentador— de que la viuda no es pura enteramente, y por la frecuencia con que lleva su pensamiento al primer marido. Tampoco con una mujer repudiada, porque se presumía —dice Pastoret— que el hombre que repudiaba a su mujer no lo hacía temerariamente o por malicia, sino por haber descubierto en ella alguna cosa contraria a su honor; ni con aquella a quien había repudiado el *leviro*, ni con las mujeres impuras. Los sacerdotes estaban obligados a tomar por esposa una virgen entre las hijas de Israel, y, según el testimonio de Seldeno, impúber, si se trataba del Sumo Sacerdote ⁷⁴.

En consecuencia, varias son las clases de mujeres que son interdictas para la casta sacerdotal de Israel: a) La *zoná*, mujer de malas costumbres, o libertina; b) la mujer repudiada ⁷⁵; c) la esclava o la manumitida ⁷⁶.

10. — IMPEDIMENTOS TEMPORARIOS. — Algunos impedimentos para contraer matrimonio asumían el carácter de meramente temporarios; desaparecido el obstáculo que lo imposibilitaba, el matrimonio podía concertarse libremente.

Así, por ejemplo, una viuda no podía contraer matrimonio antes de los tres meses del fallecimiento del cónyuge masculino. El mismo inconveniente existía para la mujer divorciada, que no

pítulo XXIII, versículo 2) y en *Libro de Zacarías* (capítulo IX, versículo 6); en ambos casos se lo asimila al *hijo nacido de la prostitución; manchado de vergüenza*. El Talmud califica al mamzer como al niño nacido de una unión incestuosa o adulterina (*Tratado Yebamót*, 49 a). Pero debe aclararse que el bastardo solamente se hallaba castigado de exclusión en lo que concierne al matrimonio; en todos los derechos civiles y políticos estaba asimilado a los demás habitantes del país.

⁷² *Números*, capítulo III, versículo 9; capítulo VIII, versículo 19.

⁷³ "Las interdicciones reactivas al bastardo y al *netin* se extendían a todos los israelitas. Se consideraba como un mal casamiento (desigual, morganático) la unión de un israelita, *de la asamblea de Jehová*, con un individuo que debía su existencia al pecado. Con más razón debía mostrarse severo para este sector consagrado del pueblo santo que era a case sacerdotal y debía rodearse el matrimonio de los pastores de prohibiciones aun más estrechas." — L. G. LÉVY: *La Famille dans l'antiquité Israélite*, página 191.

⁷⁴ *Levítico*, capítulo XXI, versículos 13-15.

⁷⁵ *Levítico*, capítulo XXI, versículo 7.

⁷⁶ *Yebamót*, 61 a.

podía volver a casarse antes de haberse cumplido tres meses a partir de la época en que recibía la carta de repudiación.

Una viuda o una divorciada, en estado grávido, no podían contraer matrimonio antes del alumbramiento; si la mujer amamanta, el nuevo matrimonio no podía celebrarse antes de transcurridos doce meses después del nacimiento de la criatura, esto es, hasta operarse el destete⁷⁷.

En caso de fallecimiento de un pariente cercano, no podía celebrarse un casamiento antes del lapso de treinta días. Un viudo no puede volver a casarse, sino después de haber pasado tres fiestas solemnes desde la desaparición de su esposa. Los sábados y días festivos, está prohibido a los judíos contraer enlace⁷⁸.

⁷⁷ *Yebamót*, 41 y 42; *Código Rabínico Yorè Dea*, 392-1/2.

⁷⁸ *Talmud Betsá*, 36/7.

CAPÍTULO XVI

DISOLUCION DEL MATRIMONIO

SUMARIO: 1. *Causas de disolución del vínculo matrimonial.* — 2. *Disolución por muerte de uno de los cónyuges.* — 3. *Disolución forzosa o impuesta.* — 4. *Disolución voluntaria.* — 5. a) *La repudiación.* — 6. b) *Él divorcio.* — 7. *La Escuela de Hilel y la Escuela de Shamai.* — 8. *El divorcio en los diversos Tratados y Códigos.* — 9. *El Código rabínico de Caro.*

1. — CAUSAS DE LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL. —

Pueden fijarse en tres las causas principales para la disolución del matrimonio hebreo: 1) Disolución por muerte de uno de los cónyuges; 2) Disolución forzosa; 3) Disolución voluntaria: a) directamente, por repudiación de la mujer; b) indirectamente, por adulterio.

2. — DISOLUCIÓN POR PENA DE MUERTE DE UNO DE LOS CÓNYUGES. —

Al tratar la condición legal de la mujer, según los textos bíblico y talmúdico, hemos señalado la situación de la cónyuge supérstite, distinguiendo entre la que tenía descendencia del cónyuge fallecido, y la que no tenía hijos de aquél. En el primer caso la mujer no estaba sometida al levirato; era la sustituta del marido en la dirección y administración de la casa. Podía volver a contraer nuevas nupcias con quien quisiera, sin impedimento alguno, ni estaba sometida a la potestad de nadie. *Todo voto de viuda... con que ligare su alma, será firme*, establece el *Libro de Números*¹, dando a entender con ello que la viuda con descendencia recobraba la plenitud de su libertad. "La viuda que primitivamente era parte de los bienes sucesorios —apunta Levi— terminó por ser liberada de toda tutela, volviéndose *sui juris*."

La viuda no hereda a su marido, pero goza del usufructo de

¹ *Números*, capítulo XXX, versículo 10.

sus bienes hasta contraer nuevas nupcias. Conserva los bienes que ha aportado al matrimonio² y los que el marido le ha donado. Atendiendo a las prescripciones de la Ley mosaica, su situación es más bien holgada y confortable³. La Biblia no le impone limitación de tiempo para casarse nuevamente, pero el Talmud consagró un lapso de tres meses, desde el fallecimiento del marido, a fin de descartar el riesgo de la confusión de paternidad⁴. En cuanto a la viuda sin hijos, condenada al levirato, hemos descrito detalladamente su situación en el capítulo respectivo y no insistiremos.

Según la Ley romana, a la muerte de la esposa el marido podía casarse inmediatamente; en cambio, la viuda debía guardar luto durante diez meses, al menos, y no volver a casarse durante este lapso, a fin de evitar la confusión de sangre. La violación de esta regla traía aparejada la infamia para el segundo esposo, para los descendientes que teniendo autoridad no se habían opuesto al casamiento, y para la mujer.

3. — DISOLUCIÓN FORZOSA O IMPUESTA. — Se producía de pleno derecho en los casos de flagrante violación de una norma legal que prohibía el matrimonio. En primer término se trataba de alguno de los casos de incesto, a que ya nos referimos. También era extensivo a las ocasionadas por cohabitación imposible. Esta última causal no está determinada por la Biblia, pero los doctores la han incorporado al Talmud, siendo numerosas las posibilidades de disolución matrimonial a favor de la mujer. De este modo se rectificó la facultad casi ilimitada del marido, para la repudiación de la mujer.

En los comienzos, éste derecho otorgado a la mujer para distanciarse de su cónyuge estuvo expuesto a ciertos excesos. Según testimonios veraces de la época, podía la esposa solicitar la separación del marido cuando éste padecía la lepra, exhalaba de la boca o de la nariz un olor fétido, padecía de alguna anomalía en el rostro o tuviese un vicio repugnante. Pero el abuso llamó a la reflexión a los doctores, y estos limitaron el derecho de la mujer a los casos en que el marido se hallase afectado de males contagiosos, entre los cuales ocupaba el primer lugar la tremenda enfermedad de la lepra⁵.

² *Génesis*, capítulo XVI, versículo 3; capítulo XXX, versículo 4.

³ *Éxodo*, capítulo XXII, versículos 22 y 24; *Deuteronomio*, capítulo XIV, versículo 29; capítulo XVI, versículos 11 y 14; capítulo XXIV, versículos 17, 19 y 21; capítulo XXVI, versículo 12.

⁴ *Yebamot*, 42 a.

⁵ *Mishná*, de *Dote Lttteris que matrim.*, capítulo VII, 10.

Al respecto hallamos en el *Tratado de Ketubót*⁶ esta norma: Si el marido tiene enfermedades, se le obliga a repudiar a la mujer. Y los doctores deciden que un individuo atacado de lepra debe ser constreñido a repudiar a su mujer.

La cohabitación imposible, que imponía obligatoriamente el divorcio, se refiere a los casos siguientes:

1° Un descendiente de la clase sacerdotal (*cohanim*) ha contraído matrimonio con una mujer señalada por el rumor público como divorciada, siendo éste rumor comprobado y anterior al matrimonio. El descendiente del *cohen* estaba obligado a repudiar a la mujer;

2° La mujer divorciada por causa de adulterio, recibió la prohibición de su ex esposo de casarse con el cómplice de su infidelidad; si lo hace, el divorcio se impone con caracteres forzosos;

3° Todo matrimonio en el que se revelaba alguna prohibición de la Biblia, debía ser disuelto por el divorcio;

4° El compromiso matrimonial con una mujer determinada, con la que, según los impedimentos de la Biblia, no se podía contraer enlace, debe ser disuelto por divorcio;

5° Todo individuo de la clase sacerdotal debe repudiar a la mujer que no haya llegado en grado de pureza al tálamo nupcial;

6° Todo matrimonio con una mujer que espera el *leviro* debe ser deshecho.

La Ley romana reconocía una forma especial de disolución forzosa del matrimonio, que no se advirtió en la legislación mosaica: consistía en la pérdida del *connubium* a consecuencia de la reducción a la esclavitud de alguno de los cónyuges. Mas, si los esposos fueron cautivos simultáneamente y no se suspendió por ello la convivencia, el matrimonio proseguía sin interrupción, y los descendientes se consideraban legítimos.

4. — DISOLUCIÓN VOLUNTARIA. — La legislación hebrea conoció dos formas de disolución voluntaria del matrimonio: *a)* La repudiación, que se afirma en la Biblia; *b)* El divorcio, al que dio vida el Talmud.

5. — *a)* LA REPUTACIÓN. — Casi todo el Oriente conoció esta forma de destrucción del vínculo conyugal. Leemos en el *Código de Hammurabi*: "Si una mujer ha menospreciado a su marido y le ha dicho: No quiero ser tuya, será examinada en secreto acerca del prejuicio de que sea víctima, y si es buena ama de casa, sin tacha y si su marido sale y la descuida mucho, esta mujer no es

⁶ Tratado de *Ketubót* 77a y 77b.

culpable, puede tomar su ajuar e irse a casa de su padre." Pero en caso de que esto fuese solamente una argucia de la mujer, con el propósito de deshacerse del marido, la misma Ley babilónica preveía que ésta debía ser sumida en la esclavitud, y aun muerta, si el crimen iba unido al adulterio.

El cristianismo, a pesar de haber bebido en las fuentes del Viejo Testamento, y de repetir muchas de sus famosas normas de moral y de ética, jamás admitió ni la repudiación ni el divorcio. En éste aspecto se aparta en forma radical y definitiva de la Ley hebrea. El capítulo 19 de *San Mateo*, al expresar que *lo que Dios juntó que no aparte el hombre*, sienta la base de una inconciliable disidencia con la Ley de Moisés, si bien el Derecho canónico tuvo que ceder a las imposiciones de la vida y en ciertos países católicos se impuso el divorcio con el correr de los siglos.

Numerosos autores se han preguntado, de dónde logró el cristianismo este concepto de la indisolubilidad del matrimonio, ya que el Oriente todo y la propia Roma admitieron, aunque en diversas etapas. La repudiación y el divorcio. La explicación ha sido dada por un autor judío, el profesor Blau, quién sostiene, y no le faltan argumentos, de que Cristo y los Apóstoles aprendieron su doctrina de una secta de pastores judíos. Según dicho historiador y exégeta, una corriente contraria a la ruptura del matrimonio habría hecho cauce entre cierto sector de la población antes del advenimiento de Jesucristo; pero la tendencia sólo pudo extenderse entre los cristianos, ya que la doctrina, la ley y la enseñanza judías nunca fueron influenciadas por ésta.

Roma conoció la repudiación, antes que apareciera el divorcio legalmente afianzado. A pesar de la aseveración de Cicerón de que el divorcio estaba permitido por la Ley de las XII Tablas, es indudable que la institución no está en consonancia con la severidad de las costumbres primitivas. Los historiadores romanos sitúan hacia el siglo VI de la edad cristiana los primeros casos de divorcio legal. Con anterioridad, sólo existía la repudiación de la mujer por el esposo. Estando ésta sometida a la *manus* del marido, solamente éste podía repudiar en el matrimonio, por causas graves. "Fue solamente en los matrimonios sin *manus* (por cierto, muy raros) — afirma E. Petit— donde en ésta materia tenían los dos esposos los derechos iguales; así que, en efecto, en los primeros siglos apenas hubo divorcios. Pero, hacia el fin de la República, y sobre todo bajo el Imperio, habiéndose relajado extraordinariamente las costumbres, y siendo más rara la *manus*, podía la mujer con mayor frecuencia provocar el divorcio hasta el extremo que antiguamente

los historiadores y los poetas se pusieron de acuerdo para criticar la facilidad con que se rompían los matrimonios"⁷.

Es lo cierto que en Roma existía la repudiación por la voluntad de uno de los esposos, aunque fuera sin causa. La mujer tuvo este derecho lo mismo que el marido, excepto la mujer manumitada que se casaba con el amo⁸.

Pero debe establecerse que tanto en Roma como en Grecia, y entre los hebreos, la primera y más importante causa para la disolución del matrimonio, fue la esterilidad. Siendo que el fin primordial del matrimonio fue el de la procreación, para que la familia y sus *manes* no desaparecieran, las parejas que se hallaban inhabilitadas para procrear, debían disolverse; o por lo menos, existía un motivo legal para ello. Fustel de Coulanges, cita a este respecto el testimonio muy respetable de Herodoto, quién refiere el caso de dos reyes de Esparta que se vieron obligados a repudiar sus mujeres porque eran estériles; y en cuanto a Roma, recuerda la difundida historia que consigna Aulio Gelio acerca de Carviglio Ruga, hombre de ilustre prosapia, que se separó de su esposa porque no le daba hijos. Entre los indos, la religión de Manú disponía que se repudiase a la mujer al cabo de ocho años de esterilidad, y se la reemplazase por otra. La misma ley, análoga en este sentido al *Libro del Deuteronomio*⁹, ordenaba a la viuda el casamiento con el pariente más próximo del esposo muerto. Esta institución es la que se conoce bajo el nombre de *levirato* o *leviración*.

La Biblia aporta el más vivo testimonio de que Israel conoció el divorcio —o una institución muy semejante— aun antes de la aparición de Moisés. El versículo 14 del capítulo XXI del *Génesis* nos da noticia acerca del primer caso de divorcio en la historia hebrea: el patriarca Abraham, esposo de Agar, quien fue madre de Ismael, *se levantó muy de mañana* —según el texto bíblico— *y tomó pan, y un odre de agua, y diólo a Agar, poniéndolo sobre su hombro, y entrególe al muchacho (Ismael) y despidióla. Y ella partió y andaba errante por el desierto de Beer-Seba.*

En el *Deuteronomio*¹⁰ hallamos estos preceptos: *Cuando alguno tomare mujer y se casare con ella, si no le agradare por haber hallado en ella alguna cosa torpe, le escribirá carta de repudio y se la entregará en su mano y despedirála de su casa. Y salida de su casa, podrá ir y casarse con otro hombre. Y si la aborreciese aqieste último, y le escribiese carta de repudio, y se la entregare en su mano, y la despidiere de su casa, etcétera.*

7 E. Petit: Obra citada, páginas 119 y 120.

8 L. II, pr. D., de *divort.*, XXIV, 2.

9 *Deuteronomio*, capítulo XXIV.

10 *Deuteronomio*, capítulo XXIV, versículo 1 y siguientes.

"Pero, ¿Qué disgusto es el que la mujer debe inspirar al marido para que se autorice el divorcio?", se pregunta Pastoret; y responde: "¿Bastará pretextar cualquiera, sin estar obligado a declararlo ni justificarlo? El legislador no señala, ciertamente, ninguna causa de las que deben motivar el repudio ; pero la Escritura manifiesta que debe ser alguna cosa fea y vergonzosa: *propter aliquam feditatem*. Mas, ¿ cómo debemos entender esta acción fea y vergonzosa? Aquí es donde los comentaristas abren un campo dilatado a sus conjeturas, y los casuistas hebreos a sus interpretaciones. Hacia el fin de la República de los Judíos, se levantaron dos famosas Escuelas, cuyos jefes eran Shamai e Hilel, defendiendo en éste punto sentencias opuestas y contradictorias. El primero limitaba el repudio al solo caso en que la esposa hiciera alguna acción deshonesto, *turpitudó rei*, como si se presentase al público con la cabeza o con los brazos desnudos, o si llevase puesta la ropa de una manera indecente. El segundo establece como suficiente motivo para el divorcio todo lo que sea desagradable al marido en las acciones de su mujer, en su carácter o en su constitución física, extendiéndose aun al caso en que la mujer no condimentase los alimentos a gusto del marido" ¹¹

Según la Escuela de Hilel, el repudio podía estar originado no solamente por causa de adulterio, sino por otras causas, en cuyo caso el marido no estaba obligado a dar los motivos de su actitud. O puede dar un motivo que resulta fútil, como el de que no ha condimentado bien la comida, reservándose el auténtico. Rabi Akiba llevaba la tesis a sus últimos extremos, afirmando que incluso puede el marido afirmar el repudio en la circunstancia de haber encontrado una mujer más bella. Es evidente que la Escuela de Hilel no admitía, ni mucho menos, que la repudiación pudiera fundarse en una mala comida y que rabi Akiba no aceptaba tampoco que por haber encontrado una mujer más bella que la propia, el divorcio estaba justificado... Pero la Escuela nombrada y el ilustre talmudista estaban de acuerdo en que el marido tenía el derecho de divorciarse sin estar obligado a dar la razón de su conducta, ni exteriorizar una causa plausible. Pero conforme a la explicación de la *Mishná*¹², era bastante que el marido diera a su mujer una *carta de divorcio*, para que el divorcio quedara perfecto, aunque no se expresara el motivo: él no está forzado de volverla a tomar y ella podía casarse con quien quisiera. Del mismo modo, la mujer no debía dar motivos fundados ni plausibles para resistirse a proseguir la vida en común, alegando que le re-

11 PASTORET: Obra citada, página 202.

12 *Guitin*, fol. 90.

sulta insoportable, simplemente. Y si transcurrido un año, no hay posibilidad de reconciliación, el marido estaba obligado a entregarle una carta de divorcio.

En cambio, según la otra Escuela, la de Shamaï, el divorcio no era posible sino por causa de adulterio —lo cual significaba mantener con violencia un hogar desquiciado, cuando no se podía invocar —por el marido o la mujer— una infidelidad conyugal.

Por lo demás, contrariamente a la Escuela de Shamaï, si el marido ha dado una carta de divorcio a su mujer, sin mediar causa de infidelidad, él estaba obligado a retomarla.

Desde luego cabe aclarar que la Biblia no se refiere al divorcio, en el concepto talmúdico de la institución. La Biblia no habla de divorcio. Para la Biblia no existe más que repudiación, etapa previa a la separación en los términos que el Talmud determina y según se transfirió a la mayoría de las legislaciones modernas.

En general, el Oriente no conoció otro tipo de disolución matrimonial que la repudiación. El esposo era el amo, y algunas veces, el Dios mismo, y éste, por su santa e indiscutible autoridad, podía apartar de sí a la mujer y a los hijos.

La repudiación constituye un acto unilateral, en el cual no interviene otra voluntad que la del esposo. Los pasajes del *Génesis* y del *Deuteronomio*, que hemos citado, son típicas expresiones de esa voluntad marital. "Aquí el marido es el único juez, la justicia no interviene" —afirma un comentador.

Y para repudiar a una de sus mujeres, o a la única esposa, era bastante que hallase en ésta *alguna cosa torpe*, desagradable ante sus ojos —o sencillamente porque ha descubierto una mujer más agraciada que la suya— y la sentencia era dictada por el marido *per se*, sin necesidad de dar cuenta a nadie.

La serie de las repudiaciones se había hecho tan numerosa, que amenazaba la estabilidad de la familia y la propia supervivencia de la nación. Los abusos eran frecuentes e hicieron meditar a los conductores de la grey acerca del peligro imperante. Hubo necesidad de inventar la *carta de repudio*, a que se refiere el *Deuteronomio*, que ya de por sí constituía una dilación y un inconveniente, ocurriendo muchas veces que la reconciliación venía antes de cumplirse con la formalidad de la carta. "Por fortuna —dice León de Módena— está sujeto el divorcio a tantas formalidades y dilaciones, que antes que el libelo de repudio se haya escrito y presentado a la mujer, tiene el marido tiempo suficiente para arrepentirse y reconciliarse con ella..."

Pero, así como la Biblia en los preceptos más arriba citados establecía un trámite excesivamente sumario para la repudiación, no dejó de prever dos situaciones en que la repudiación se hacía

imposible para el marido. Y estas son las que están contenidas en el *Deuteronomio*¹³, que se refiere al cónyuge que haya esparcido mala fama acerca de su mujer, y el que está contenido en el mismo Libro¹⁴, que se relaciona con la obligación de contraer matrimonio con la víctima de la violación. En ambos casos, el derecho a repudiar a la mujer estaba suprimido radicalmente, y salvo la oposición de ésta a seguir viviendo con el marido —en el caso de las imputaciones calumniosas, o a casarse con el violador— la repudiación se hallaba prohibida.

Los paganos antiguos no conocían, ni exigían *acta de divorcio*. Era suficiente que el marido despidiese a su mujer, o la arrojase simplemente de su hogar, para que la separación estuviera consumada. Entre los chinos, el esposo se limitaba a devolver la mujer al hogar paterno, y cuando más escribía una atenta misiva a sus padres, para excusarse y explicar los motivos de la repudiación. Pero esa carta carecía de valor legal, pues el divorcio estaba concluido y perfeccionado con la sola actitud del cónyuge. Entre los romanos antiguos, tampoco se usaba ningún documento escrito; el padre tenía la facultad de arrebatar su hija de la potestad del yerno y casarla con otro; este solo acto constituía un divorcio legal.

En la antigüedad clásica, a ningún pueblo se le ocurrió que fuere preciso redactar un documento especial, para el matrimonio como para el divorcio o la repudiación. El arte de escribir aun era un misterio entre la gente del pueblo, y sólo algunos privilegiados representantes de las clases aristocráticas podían acudir a este instrumento. Y así como el matrimonio se hacía válido por el sólo acto de la cohabitación, así también el divorcio se hacía perfecto con el solo acto de arrojar de sí a la mujer repudiada.

La condición de la mujer repudiada no era del todo penosa. La Biblia autoriza al marido para que, en cualquier momento —y siempre que la esposa no se hubiese casado con otro— pudiera volver a ella; pero si la mujer ha contraído nuevas nupcias y luego se divorcia, o su segundo marido fallece, no podrá el primero volver a tomarla *para que sea su mujer, después que fue mancillada; porque es abominación delante de Jehová*¹⁵. Ahora bien, respondiendo al formalismo de la época, el repudio, como modo de disolución del matrimonio, sólo se consideraba perfecto una vez que la mujer había recibido, en propia mano, la carta de repudiación. Si ello no ocurría de éste modo, y la carta no pudo ser

¹³ *Deuteronomio*, capítulo XXII, versículo 13 y siguientes.

¹⁴ *Deuteronomio*, capítulo XXII, versículo 28 y siguientes.

¹⁵ *Deuteronomio*, capítulo XXIV, versículo 4.

entregada por ausencia de la mujer, o por hallarse entregada al sueño, la repudiación era ineficaz, salvo que el marido manifestase, en presencia de testigos, que era su propósito repudiarla y que acreditase de una manera fehaciente que la mujer había tenido conocimiento previo de ello.

Es indudable que el libelo de repudiación constituyó un avance en las costumbres del pueblo y una limitación a la precipitación de los maridos. Al respecto afirma E. Weill: "Conviene destacar que la obligación de poner el documento escrito en manos de la mujer le procuró la doble ventaja de hacerle obtener la prueba de su liberación, de la facultad conquistada por ella de volver a casarse y también de garantizarla contra una repudiación precipitada. En efecto, bajo el régimen primitivo del divorcio verbal, ¿qué hacía falta para que una mujer fuera arrojada de su hogar? Un arrebató de cólera, un acceso de mal humor de su marido. No es lo mismo con la obligación de escribir el divorcio, es decir, de cumplir las diversas formalidades exigidas para la redacción y envío del acta de repudiación : búsqueda de tul escriba competente, constitución de un tribunal, testigos, etcétera; tantas dificultades ante las cuales el marido retrocederá tal vez, o por lo menos, le darán el tiempo de la reflexión que le conducirá a menudo a volver sobre una determinación muy prematura."

Los rabinos trataron de complicar hasta lo inverosímil los requisitos: por lo pronto establecieron como condición indispensable para la repudiación la manifestación expresa de la voluntad del marido; esta se debía exteriorizar por medio de un documento escrito; el documento debía contener la mención de la fecha, lugar, nombre de las dos partes y de sus antecesores inmediatos; el marido debía decir que abandonaba a su mujer, que la repudiaba libremente y de su voluntad, y que le daba la libertad de poder casarse con cualquiera otro. El documento debía ir a parar a manos de la destinataria, en testimonio de la separación, conforme a la Ley de Moisés y de Israel.

Ahora bien, dentro del sistema de la repudiación bíblica, ¿cuáles eran los efectos pecuniarios de la separación? La Biblia nada dice al respecto, pero algunos autores sostienen que la mujer repudiada tenía derecho a una *viudedad* —que el marido asegura a su mujer para el caso de fallecimiento— y que ésta obligación se hallaba estipulada desde la concertación del matrimonio. "Lo que resulta de los términos de la Biblia es que, por la repudiación, el marido pierde definitivamente la suma que había donado al padre de la hija a título de precio de compra, o que debía remitirle si no lo había hecho aún. Si la repudiación tenía lugar por falta de vir-

ginidad, parece, a *contrario sensu* del texto del *Deuteronomio*¹⁶, que el marido tenía derecho de obtener la restitución del precio de compra o de no pagarlo sino había sido aun liberado de ésta deuda"¹⁷.

Pero si en principio la repudiación constituía una facultad privativa del hombre, esto es, del marido, no se puede afirmar que asuma características de absoluta. En efecto, también la mujer, en ciertos casos, puede usar de ella. Y estos casos se encuentran expresamente indicados por la ley¹⁸.

El Talmud es pródigo en la misión de aniquilar el absolutismo del hombre y enumera numerosos casos en que la mujer puede lograr que se obligue al otro cónyuge a enviarle carta de repudiación¹⁹.

En ciertos casos, también indicados por la ley, pierde el marido el derecho de repudiación. *Cuando alguno hallare moza virgen, que no fuere desposada y la tomare y se echare con ella, y fueren hallados; Entonces el hombre que se echó con ella dará al padre de la moza cincuenta piedras de plata, por cuanto la humilló: no la podrá despedir en todos sus días*²⁰. Igual cosa ocurre cuando alguien difamare a la propia mujer, alegando no haber llegado honesta al matrimonio y se descubriese la calumnia²¹.

La mujer repudiada vuelve a la casa paterna²², pero no está

16 *Deuteronomio*, capítulo XXII, versículos 13 a 19.

17 RENÉE LEVY: *Le divorce juif*, página 35.

18 *Jueces*, capítulo XIX, versículo 2; *Deuteronomio*. Capítulo XXI, versículo 14; capítulo XXII, versículos 13 y 19; *Éxodo*, capítulo XXI, versículos 7 y 11.

19 *Ketubót* 64a y *Código Ebén Haézer*, 154.

El profesor BLAU —a quien hemos citado precedentemente— trae un caso extraordinariamente interesante que fue revelado al ser descubierto un contrato matrimonial judío escrito en un papiro, llamado de Assouan, proveniente de una colonia rusa de Egipto, cuya data es de cuatrocientos cuarenta años antes de a edad cristiana. Dicho documento constituye, sin duda alguna, el más antiguo de los escritos no bíblicos que se poseen, y afirma el derecho de la mujer a repudiar al cónyuge masculino. Según la opinión del autor mencionado —citado por RENÉE LEVY— el papiro dice expresamente: 1° Que los esposos pueden exigir el divorcio si prueban el uno hacia el otro una aversión, que no era necesario precisar; 2° Que el precio de compra se perdía para el que repudiaba; el hombre que repudia a mujer, pierde definitivamente el precio pagado, y viceversa, la mujer que repudia al hombre debe restituirle el precio. — R. LEVY: Obra citada, página 37 y siguientes.

20 *Deuteronomio*, capítulo XXI, versículos 28 y 29.

21 *Deuteronomio*, capítulo XXI, versículos 13 a 19; *Ketubót*, 39 b.

22 *Levítico*, capítulo XXII, versículo 13; *Jueces*. Capítulo XIX, versículo 2.

obligada a ello²³ Puede contraer nuevas nupcias, sin requerir el consentimiento paterno²⁴, apenas han transcurrido tres meses de la separación²⁵.

Fue necesario todo un proceso de evolución de los hábitos, y la acción perseverante y civilizadora de los doctores rabinicos, para que el procedimiento cruel y primitivo de la repudiación condujera a la institución que traduce un alto grado de cultura y de civilización: el divorcio.

6. — *b) DIVORCIO.* — Según la Ley hebrea, para el divorcio, excepto en el caso de adulterio, era necesario el consentimiento de ambos cónyuges. He aquí la diferencia substancial que advertimos: el repudio era producto de un acto de deliberación del marido; el divorcio exige que ambos esposos se hallen de acuerdo. Uno de los casos más típicos de divorcio es el que se producía cuando ambos esposos eran estériles. Si después de diez años de matrimonio no habían tenido hijos, siendo imposible determinar quién, de los dos cónyuges era culpable, la ley los autorizaba para separarse. Si la mujer volvía a casarse y en el segundo matrimonio tampoco quedaba grávida, el segundo esposo podía repudiarla y ésta ya no estaría habilitada para casarse más.

Debe hacerse una distinción respecto a la esterilidad como causa de disolución del matrimonio y ella debe basarse en el caso de que la mujer fuere la culpable, o el esposo.

En el primer caso, el cónyuge masculino estaba autorizado por la ley para escribir una carta de divorcio; va se trate de una enfermedad que le imposibilite para la procreación, que haya tenido antes del casamiento, o adquirido con posterioridad. Pero si bien la ley autorizaba la repudiación, los doctores rabinicos se afanaron para restringir ésta facultad marital, por razones de humanidad con respecto a una mujer que quedaba abandonada y expuesta a todas las contingencias. Si no se atrevieron a prohibir la repudiación en éstos casos, al menos lograron limitarla. Los doctores siguieron la sabia directiva de Maimónides: "No está prohibido, al esposo, darle la repudiación y librarse de la obligación de cuidar a su mujer. Pero las buenas costumbres condenan a los que aprovechan de ésta disposición de la ley."

Ahora bien, en el caso de tratarse de impotencia del marido, la mujer estaba autorizada para hacerse repudiar. La cohabitación durante una decena de años, acreditándose que el causante de la

23 *Números*, capítulo XXX, versículo 10.

24 *Deuteronomio*, capítulo XXIV, versículo 3.

25 *Yebamót*, IV, 10.

esterilidad del matrimonio era el marido, autorizaba a la esposa a demandar su separación y si la esterilidad del primero era evidente, aun no hacía falta esperar diez años para obtener el divorcio.

En realidad la ley no establece de qué modo podía precisarse la incapacidad del cónyuge, pero los rabinos de Argelia, en una sentencia que data del año 1860, han ratificado la norma afirmando que la mujer debe ser creída en su declaración (acerca de la condición estéril del esposo), por las dos razones siguientes: Porque la mujer, en su condición humilde y sumisa, no posee la audacia suficiente para mentir impunemente en el propio rostro de su esposo; 2° Porque en el caso de denegación del divorcio, pierde su *ketubá*.

Debe aclararse que el divorcio en las condiciones que acabamos de explicar no era forzoso para la mujer, sino facultativo.

Existía otro motivo de divorcio, o por lo menos, de otorgamiento de una *carta de divorcio*, reconocido por los autores: cuando el marido marchaba a la guerra, acostumbraba a dejar a su mujer un documento escrito, del cual podía hacer uso si el marido moría en acción o era tomado prisionero por más de tres meses.

En los tiempos primitivos, el divorcio reconocía una sola causal verdadera: el adulterio y la desdichada que fue victima del mismo, caía en el desconcerto de los habitantes y era tildada como mala mujer. La introducción de nuevas causales debilitó el efecto deplorable, y el divorcio fue reconocido como un medio moral de evitar que las incompatibilidades entre los cónyuges convirtiesen a la institución básica de la familia en una fuente de inmoralidades y desgracias. "La moral y la religión —afirma Louis-Germain Lévy— predicán la indisolubilidad del matrimonio hebreo²⁶ Pero el legislador está obligado a tener en cuenta las contingencias, a plegarse a las posibilidades de la naturaleza humana, de tolerar lo menos bien para evitar lo peor. El no se opondrá entonces a la ruptura de los lazos matrimoniales."

El motivo más trascendental para el divorcio, en la legislación rabínica, es el adulterio. Siendo que la familia israelita se hallaba esencialmente basada sobre el pudor de la mujer, era su inconducta la que daba lugar, en primer término, a la separación de cuerpos y de bienes. El Éxodo²⁷ afirma sentenciosamente: *No cometerás adulterio*; el *Deuteronomio*²⁸ es aun más explícito en el precepto; el *Génesis*²⁹ da aun la pauta de la *exclusividad* de la mujer para

26 *Génesis*, capítulo I, versículo 24; *Guítin*, 90 b.

27 *Éxodo*, capítulo XX, versículo 14.

28 *Deuteronomio*, capítulo V, versículos 18 y 21.

29 *Génesis*, capítulo XXXIX, versículo 9.

su esposo. La Biblia es estricta e implacable con los que violan el sagrario del hogar. El hombre no es adúltero por infidelidad a la mujer, según el concepto bíblico; pero ésta se torna adúltera desde que convive con un hombre que no es su marido. Esta regla se origina en la circunstancia indiscutible de que la primera sociedad hebrea admitió la poligamia.

El hombre no comete adulterio más que si convive con una mujer casada³⁰; o con una prometida de otro, que para la lev se asimilaba totalmente a una verdadera casada³¹. Si la mujer es esclava israelita, existe igualmente adulterio³², pero el castigo no es de muerte, sino simplemente de azotes, para ambos culpables. La viuda que se halla en obligación de esperar el levirato, comete adulterio si tiene contacto con algún hombre³³.

Según se ha dicho, el adulterio era penado con el castigo de muerte³⁴. Razón tuvo Flavio Josefo para puntualizar: "Moisés prohibió absolutamente el adulterio pensando que sería dichoso que los hombres tengan ideas sanas tocante al matrimonio y que existiera el interés de las ciudades y de las familias, que los hijos fuesen legítimos"³⁵.

Para la Ley bíblica no había adulterio si se probaba que la mujer lo había consentido. Tampoco había adulterio si el hombre ignoraba que la mujer era casada³⁶.

Para probar el delito de adulterio se exigían dos requisitos: 1° Existencia de flagrante delito. 2° Declaración de dos testigos. Sin la prueba de ambos requisitos, la mujer era llamada *sofá*, sospechosa de infidelidad, pero no se la consideraba plenamente adúltera. Con la evolución de las costumbres el adulterio no importó otra pena que el divorcio³⁷.

Si para la Lev mosaica no existía más causal para la separación que la del adulterio, y el marido fue, en principio, el único que podía ampararse en la repudiación, *el* sistema se modificó profundamente durante la vigencia de la Ley talmúdica. Como surgieran numerosas causas de divorcio, y la mujer podía invocarlas para separarse de su marido, porque éste la maltrataba, o porque

³⁰ *Levítico*, capítulo XVIII, versículo 20; capítulo XX, versículo 10, *Deuteronomio*, capítulo XXII, versículo 22.

³¹ *Deuteronomio*, capítulo XXII, versículos 23 y 27.

³² *Levítico*, capítulo XIX, versículo 20.

³³ *Génesis*, capítulo XXXVII. Versículo 24.

³⁴ *Levítico*, capítulo XX, versículo 10; *Deuteronomio*, capítulo XXII, versículos 22 y 24.

³⁵ FLAVIO JOSEFO: *Antiq.* III, XII, I.

³⁶ *Génesis*, capítulo XX, versículos 14 y 15.

³⁷ *Libro de Jeremías*, capítulo III, versículo 8.

era pródigo y perezoso, o porque no daba cabal cumplimiento a las obligaciones conyugales, o, en fin, porque la vida le resultara insoportable a su lado, es comprensible que la mujer divorciada ya no estuviera expuesta al menosprecio común de la época bíblica.

Pero debemos establecer una diferenciación entre el adulterio como causal de divorcio en la Biblia, y en la Ley talmúdica. Mientras que en los tiempos bíblicos el marido podía perdonar a la infiel, el adulterio es, según el Talmud, una causa obligatoria de divorcio. La Ley talmúdica se torna rígida cuando hay una transgresión de las prohibiciones establecidas en la Escritura, e impone el divorcio forzoso en ciertos casos especificados.

En este sentido las dos Escuelas célebres, de Shamaï y de Hilel, que son antagónicas fundamentalmente en ciertos tópicos, se concilian cuando se trata de romper un matrimonio prohibido.

7. — LA ESCUELA DE HILEL Y LA ESCUELA DE SHAMAÏ. — Pero antes de referirnos a las normas evolucionadas que trae el Talmud acerca del divorcio, y a la evolución experimentada por el derecho de la mujer de reclamar la separación, cabe retornar otra vez brevemente a la existencia de las dos Escuelas judías que más o menos en el siglo primero de la era cristiana elucidaron brillantemente el tema, y señalaron dos corrientes, a veces diametralmente opuestas, en la materia. Nos referimos a las llamadas Escuela de Hilel y Escuela de Shamaï.

Esta controversia —anota un autor— constituye el acontecimiento jurídico más importante posterior a la legislación bíblica y valioso precedente en varios siglos de la constitución definitiva de la legislación judía de la *Mishná* y del *Talmud*.

La Escuela de Shamaï era de principios morales rígidos y por ende no admitía otra causal de divorcio que el adulterio³³ La Escuela de Hilel, por el contrario, sancionaba las costumbres muy antiguas de la época y autorizaba el divorcio en casos extremadamente numerosos, aun por motivos fútiles. Estas opiniones contradictorias se basaban en distintas interpretaciones de los textos bíblicos. Mientras la Escuela de Shamaï interpretaba la letra en forma ortodoxa, sin buscar ni pretender la búsqueda de la entraña de la ley, la Escuela de Hilel adoptaba un criterio amplio y generoso. Para dar un ejemplo de las posturas asumidas por cada una de esas Escuelas, citaremos algunos casos jurisprudenciales. La Escuela de Shamaï admitía una repudiación fundada en una carta de divorcio antigua, según la cual, dado el tiempo transcurrido entre la redacción y la entrega de la carta en manos de la cónyuge, pudo

³³ *Tratado Guitin*, IX, 10.

haber habido una reconciliación entre los cónyuges; la Escuela de Hilel, prohibía el divorcio por éste medio. Si la mujer divorciada ha pasado la noche bajo el mismo techo que el marido, éste no tiene necesidad de otorgarle una nueva carta de divorcio, según la Escuela de Shamaï; la Escuela de Hilel sostiene, en cambio, la necesidad de un nuevo libelo. La razón de ésta divergencia de opiniones, radica en esto: Shamaï que no autoriza otro motivo de divorcio que el del adulterio, no prevé una reconciliación entre los cónyuges; Hilel, por el contrario, estimula esta reconciliación y por ende requiere un nuevo libelo de divorcio, cuando acaecen las circunstancias preanotadas.

Elieser ben Hyrcanos, discípulo y continuador de la Escuela de Shamaï, enseñaba que el marido tenía la obligación de hacer sufrir a la mujer la prueba de *las aguas amargas*; Josué, representante de la tendencia de Hilel, decía que dicha prueba era una mera facultad del marido. El Talmud explica axial la controversia: "Elieser defiende el punto de vista de la Escuela de Shamaï, según la cual no se puede repudiar a la mujer más que por adulterio. Si el marido ha señalado que ella se ha vuelto culpable de acciones deshonestas, no puede despedirla, porque no está convencido de adulterio; pero no puede conservarla a su lado porque ha descubierto en ella acciones deshonestas; es por ello que la prueba de *las aguas amargas* es necesaria."

En otro caso, Elieser permitió al marido que quiere repudiar a su mujer, prohibirle que se case con un hombre determinado, lo que todos los demás sabios proscriben; es evidente que la prohibición tendía a impedir que la repudiada contrajese matrimonio con el cómplice de su adulterio. La Escuela de Hilel, que admite la disolución del matrimonio por otras causas, se oponía a ésta interdicción.

Como las precedentes, existen numerosas y muy notables controversias entre ambas Escuelas, que si tienen importancia del punto de vista teórico, no son menos trascendentales desde el eminentemente práctico y jurisprudencial.

8. — EL DIVORCIO EN LOS DIVERSOS TRATADOS Y CÓDIGOS. — En el *Tratado Ketubót* ³⁹ encontramos la siguiente norma : "Si la mujer ha enviudado o si ha sido repudiada (y ella reclama la *ketubá* —acta de matrimonio); dice que ha sido casada en primeras nupcias y el marido arguye que lo fue en décimas; si tiene testigos que la han visto salir del hogar de su padre y dirigirse al del marido, con la *himuná* (especie de velo que era el signo de las primeras nup-

³⁹ Tratado *Ketubót*, Perek II.

ciar) y los cabellos sobre las espaldas (otro signo de las primeras nupcias), tiene derecho a una *ketubá* de doscientas *zuzes*." De lo cual resulta que la prueba de testigos, acerca de la veracidad de la afirmación de la mujer sobre sus primeras nupcias, era suficiente; sin los testigos se habría creído al marido, no a la mujer. La conclusión de la *Mishná* es de que las primeras nupcias se presumen; los matrimonios por segunda o tercera vez, son muy raros, según un comentario. De suerte que la probabilidad se atribuye a la mujer.

Otra *Mishná*, del mismo Tratado, establece: "Si una mujer dice: *Yo he sido casada, pero estoy divorciada*, debe creérsele según el principio: *La boca que liga puede desligar*. Pero si existen testigos de que es casada y si ella dice que está divorciada, no se le cree. Si los testigos testimonian solamente después que ella ha contraído matrimonio, ella puede permanecer con su marido."

Para interpretar la máxima que el Talmud contiene: *La boca que liga puede desligar*, el profesor G. Boissonade, comparando los Derechos hebreo, romano y francés, dice: "La aplicación que se ha hecho por la *Mishná* podría ser admitida hoy. El poseedor de un campo reconoce que el campo perteneció en otro tiempo al padre de su oponente; él se liga: pero si afirma haberlo comprado del propietario, él se desliga. Por su confesión, da una prueba de su sinceridad, porque él podría no decir nada y su oponente, sin duda, no podría suministrar prueba contra él; entonces cuando él alega en seguida un hecho que le es favorable, debe ser creído. Pero si el adversario tenía pruebas de su derecho, como no tendría entonces ninguna necesidad de la confesión del poseedor, no temería la alegación de una compra no probada. Nosotros no decidiríamos de otro modo en la actualidad."

El mismo Tratado talmúdico establece⁴⁰ que si la hija se encuentra en la primera mayoría y es repudiada, será el padre quien debe recibir la *carta de repudiación*. La razón de este precepto es conocida: la hija se encuentra bajo la potestad del padre, mientras no ha llegado a la denominada *segunda mayoría* (*bagrut*).

Una *Mishná* contenida en el Perek VII, del mismo Tratado, dispone que si un marido ha hecho un voto (*neder*) de no dar a su mujer la manutención, si el voto no se extiende a más de treinta días, él puede hacerle dar la manutención por otra persona; pero si el voto alcanza a más de treinta días, tiene la obligación de darle carta de divorcio y la *ketubá*.

Rabi Judá, uno de los más acreditados comentadores, dice al

⁴⁰ *Mishná*, fol. 46.

respecto: "Si el marido no es un *cohen* (quien puede por consiguiente volver a tomar a su mujer, antes de haberse divorciado de ella), puede retener su mujer si el voto alcanza a un mes; pero está obligado a darle carta de divorcio con la *ketubá*, si el voto alcanza a dos meses. Sin embargo, si el marido es un *cohen* (que no puede volver a tomar su mujer después de haberse divorciado de ella), se le permite retener su mujer, aunque el voto alcance a dos meses; pero está obligado a divorciarse de ella, si el voto se extiende a tres meses."

La misma *Mishná* dispone que si se formula un voto de impedir a su mujer que consuma cualquier alimento, no está obligado a darle carta de divorcio y *ketubá*.

Un glosador del Talmud, Rabi Josef dice que si se trata de individuos pobres, el marido no está obligado a divorciarse de su mujer, más que si el voto alcanza a un tiempo indefinido; si se trata de personas ricas, el marido está obligado a darle carta de divorcio si el voto es por treinta días.

Los pasajes indicados ponen de relieve el desvelo de los doctores para que las mujeres casadas no experimentaran privaciones de ninguna naturaleza. La religión y la ley hacían sagrados los votos, pero no eran menos sagrados, ante ellas, los derechos que imponía el matrimonio y la consideración que el Talmud brindaba a la mujer. Esta conciliación entre la norma divina y la legal, entre la religiosa y la civil, surgió después de muchas polémicas entre los talmudistas y a fuerza de velar celosamente, con minucias de la casuística, por la igualdad y el equilibrio entre los integrantes del hogar.

La *Guemará*, interpretando los pasajes de la *Mishná* que acabamos de mencionar, se apresura en confirmar que es evidente de que un voto no puede liberar de ninguna obligación, ni de algún deber. Luego, el marido tiene la obligación de dar a su mujer el sustento; por consiguiente, si él dice: "Yo he hecho un voto de no dar a mi mujer", ese voto es nulo y no avenido. Igual cosa ocurre si la mujer hace un voto de no dar al marido el producto de su trabajo, el voto es nulo, porque ella está obligada a dárselo.

Una *Mishná* del mismo *Tratado de Ketubót*⁴¹ establece que si el marido ha hecho un voto (*neder*) que su mujer no irá a la casa de su padre, el marido ha hecho un voto de no permanecer con ella, de abandonarla, si va a la casa de su padre, habitando el padre en la misma ciudad, el marido retendrá a su mujer, si el voto no ha sido hecho por mayor duración que de un mes; pero estará obligado a repudiarla y darle la *ketubá*, si ha hecho el voto por dos

41 *Tratado Ketubót*, Perek VII, fol. 71.

meses. Si el padre de la esposa reside en otra ciudad, el marido la conservará, si el voto no alcanza más que el tiempo para una sola fiesta; pero será obligado a repudiarla y a darle su *ketubá*, si ha hecho el voto por el tiempo de tres fiestas (se trata de las tres fiestas máximas del calendario hebreo: Pascua, Pentecostés y la fiesta de los Tabernáculos). Si ha hecho un voto de impedir a su mujer la visita a las casas de duelo o a los casamientos, él está obligado a repudiarla y darle la *ketubá*; pero si existe un motivo para este impedimento, está en su derecho. Si él ha puesto (en su voto) la condición de que la mujer hiciera cosas inconvenientes, está obligado a repudiarla y a darle su *ketubá*.

La *Guemará* hace el siguiente comentario respecto del pasaje transcrito: "¿Por qué no puede impedir que su mujer concurra a las casas de duelo? Si ella no va a ninguna parte, nadie irá a su casa tampoco. Rabí Kanana dice: Si el marido ha hecho un voto de que su mujer no pida prestado ni preste nada a sus vecinos, él está obligado a repudiarla y darle su *ketubá*, porque le hará una mala reputación en el vecindario. Si es la mujer quien ha hecho voto de no pedir prestado, ni de prestar nada a sus vecinos, o de no ocuparse de los vestidos de sus hijos, el marido puede repudiarla sin darle la *ketubá*, porque ella ha hecho a su marido una mala reputación."

Según se advierte, el legislador demuestra un extraordinario empeño en asegurar la armonía de la vida conyugal, dentro de la mayor comunidad social. El espíritu de solidaridad entre los diversos elementos del conglomerado se opondría al egoísmo de una mujer o de un hombre, que pretendieran sustraerse a los compromisos cotidianos, pequeños o grandes, que la vida de relación impone. En consecuencia, no puede la soberanía de un *heder* (voto) ser tan absoluta como para restringir los deberes que el individuo tiene para con la sociedad, así se trate de pedir algo prestado a un vecino, o de prestarle algo que llegase a necesitar.

El Talmud se muestra extremadamente minucioso en las discriminaciones. Admite algunos casos de repudiación o divorcio. En los cuales no corresponde darle a la mujer una *ketubá*. En el mismo capítulo del Tratado que estamos siguiendo, se encuentra éste precepto: "He aquí las que se puede repudiar sin dar la *ketubá*: las que transgreden la Ley de Moisés o las costumbres judías. ¿De qué Leves mosaicas se trata? Si la mujer da a su marido alimentos prohibidos, si le engaña acerca de la época de la menstruación (en cuyo lapso estaba prohibido todo contacto sexual), si no cumple con el deber que se relaciona con las ofrendas⁴², si hace votos y

42 *Números*, capítulo XV, versículo 20.

no los cumple. ¿Cuáles son las costumbres judías de que se trata? Si la mujer camina con la cabeza descubierta por la calle, si ella adopta en la calle una manera inconveniente, si habla o se conduce mal con los jóvenes." Aba Saúl agrega: "Si maldice a los padres de su marido en su presencia"; Rabi Trifón sugiere: "Si pronuncia palabras obscenas." En todos estos casos el marido gozaba del derecho de divorciar a su mujer, sin indemnizaciones de ninguna especie. Pero los doctores rabínicos hicieron que estos casos se ajustaran a numerosos atenuantes, de modo que en la realidad los divorcios siempre estaban acompañados de la *ketubá*; de este modo se amparaba a la mujer y se obstaculizaba al marido para que en sus arrebatos de furor no repudiase a la esposa.

Otra regla interesante se encuentra contenida en la misma *Mishná*: "Si un hombre ha desposado a una mujer con la condición de que ella no tenga defectos (enfermedades) y el marido descubre que sí los tiene, el matrimonio es nulo. Pero si la ha desposado sin esa condición, y el marido descubre que tiene defectos, puede repudiarla sin darle la *ketubá*." Los defectos son los que están enumerados en la Biblia, a propósito de los *cohanim*.

En el *Levítico* hallamos la enumeración de los defectos a que se refiere el Talmud: Son: *varón ciego, o cojo, o falto, o sobrado, o varón en el cual hubiere quebradura de pie, o rotura de mano. O corcovado, o lagañoso, o que tuviere nube en el ojo, o que tenga sarna o empeine, o compasión relajado.*

La regla no es igual para la mujer: "Si el marido tiene defectos (enfermedades), no está obligado a repudiar a su mujer." Rabí Simón, hijo de Gamaliel, dice: "Si éstos defectos son graves, se debe obligarle a repudiar a su mujer." "Y a darle la *ketubá*", agrega Rabí Asher.

El comentario de la *Guemará* hace distinciones: Cuando los defectos (enfermedades) son anteriores al matrimonio, la mujer está obligada a soportarlos, pues se presume que ella los conocía; pero no puede admitirse igual lógica cuando los defectos son sobrevivientes. Por otra parte, al mencionar los *defectos graves*, que según algunos glosadores imponen la obligación del repudio, no se debe tomar en cuenta si son anteriores o sobrevivientes; ya que la mujer bien pudo creer con antelación que podría soportarlos. ¿Cuáles son, a juicio de Rabí Simón, estos defectos graves? La pérdida de ambos ojos, o de una mano o de una pierna.

En el Perek VII del *Tratado de Ketubót* se efectúa una enumeración de los casos en que se debe obligar a los maridos a repudiar sus mujeres, y a darle la *ketubá*, dicen los Tosafistas: si el

43 *Levítico*, capítulo XXI, versículos 18 y 20.

marido es leproso, si tiene un tumor (la *Guemará* dice que se debe tratar de un tumor pútrido de las fosas nasales), si trabaja en ocupaciones que despiden un hedor infecto; no importa que sean ocupaciones nuevas o de fecha anterior al matrimonio; porque la mujer puede decir que ella había creído que podría soportarlos, pero ella no lo puede. Esta es la opinión de Rabí Meyer. Pero los otros doctores dicen: "Si la mujer tenía conocimiento de estos defectos antes del matrimonio, está obligada a soportarlos, excepto la lepra, porque el coito es nocivo al marido leproso." Un caso se había presentado en el que la mujer tenía un marido que trabajaba en ocupaciones infectas, el marido ha muerto (sin hijo) y su hermano trabajaba en las mismas ocupaciones (quería desposar a la viuda a causa del levirato), pero los doctores sentenciaron que la mujer tiene el derecho de decir que ella ha podido soportar al marido, pero no podrá soportar al hermano de su marido difunto.

Pastoret, comentando estas reglas talmúdicas, expresa: "Aunque es verdad que no se concedió expresamente a las judías el derecho de repudiar a sus maridos, se las autorizó, no obstante, para que pudiesen pedir la separación en algunos casos." Y agrega que "los rabinos auspiciaban la separación en ciertos casos en los que el marido tenía el oficio de zurrador, fundidor minero y de cualquiera otra cuya profesión traía consigo un olor desagradable; y esto sin consideración a que el matrimonio hubiese sido celebrado en un tiempo en que ya el marido tenía aquel oficio, porque en este caso bastaba decir que había creído poder vencer aquel obstáculo, pero que la experiencia le había dado a conocer que todos sus esfuerzos habían sido inútiles; y por lo mismo, apenas hubo precepto que se eludiese con más facilidad que éste"⁴⁴.

Cabe aclarar que en todos los casos de defectos (enfermedades) mencionados por la *Mishná*, no se obligó al marido a efectuar el repudio de su mujer, sino cuando ella lo requería; si la mujer quería permanecer al lado de su cónyuge, por razones de cariño o de humanitaria consideración, podía quedarse con él. La única excepción a la regla que acabamos de enunciar era la lepra, por tratarse de enfermedad sumamente contagiosa, y porque el comercio sexual era dañino incluso para el enfermo.

En el Perek IX del mismo *Tratado de Ketubót* encontramos una norma que expresa: "Si la mujer divorciada confiesa que su marido le ha pagado una parte de su *ketubá* y el marido dice que le ha pagado íntegramente, la mujer deberá prestar juramento para hacerse pagar el resto. Si hay un testigo único que testimonia en el sentido de que la *ketubá* fue pagada íntegramente, la mujer

44 PASTORET: Obra citada, página 206.

prestará juramento de que no ha sido pagada. Si el marido ha vendido sus bienes, la mujer no puede hacerse pagar con el producido de los terrenos vendidos sin antes haber prestado juramento de que ella no ha sido pagada. Si el marido se encuentra en el extranjero y la mujer divorciada pretende hacerse pagar en su ausencia, también debe prestar juramento."

Otra *Mishná* complementa esta situación: "Si la mujer reclama la *ketubá* en caso de muerte del esposo, a los herederos, ellos pueden imponerle la obligación del juramento; si ella no reclama la *ketubá*, los herederos no pueden exigirle juramento."

Los pasajes precedentes demuestran el valor de prueba asignado al juramento en la legislación civil hebrea. Siendo que habitualmente se exigía la prueba de por lo menos dos testigos, para justificar un acto civil cualquiera, en los casos precisados era suficiente el testimonio de un sólo testigo; en otros casos, era suficiente la prueba moral y religiosa del juramento de la mujer.

En el mismo capítulo del *Tratado de Ketubót* hallamos: "Si la mujer presenta su carta de divorcio (*guet*) y no presenta el contrato de matrimonio (*ketubá*), ella puede hacerse pagar la *ketubá*." En el fol. 89 se lee: "Una mujer presenta la *ketubá* sin la carta de divorcio; el marido dice que ella había presentado anteriormente la carta de divorcio sin la *ketubá*, diciendo que la había perdido; y los jueces habían destruido la carta de divorcio, haciéndole pagar la *ketubá* y no dándole un recibo, para que ella no pueda reclamar de nuevo la *ketubá* después de su muerte, presentándose como viuda y volviendo a encontrar la *ketubá* que dijo haber perdido; pero él ha perdido el recibo. La mujer dice al contrario que ella no ha reclamado nunca, que jamás ha dado recibo, que nadie ha destrozado su carta de divorcio, pero que ella la ha perdido. En este caso la mujer no puede hacerse pagar la *ketubá*."

Las disposiciones talmúdicas transcritas no tienen otra finalidad que la de evitar el fraude que podía cometer la mujer al reclamar el pago de la *ketubá* sin exhibir la carta de divorcio, merced a la presentación de una simple constancia, o recibo, de ésta última. A todo evento, el marido se hallaba obligado a admitir la presunción de que, a su muerte, la mujer no reclamaría nuevamente, presentando la *ketubá* que dijo haber extraviado.

Otra *Mishná* dispone al respecto: "Un hombre que ha escrito una *ketubá* a su mujer, la ha repudiado, dándole una carta de divorcio, de suerte que la mujer tiene en su mano una carta de divorcio y una *ketubá*, después él se ha vuelto a casar con la misma mujer, escribiéndole una segunda *ketubá* después del segundo matrimonio, pero la ha repudiado nuevamente. La mujer presenta entonces dos cartas de divorcio y dos *ketubá*. En este caso ella

puede hacerse pagar a la vez dos *ketubá*. Si una mujer presenta dos *ketubá* y una sola carta de divorcio de fecha posterior a la de las dos *ketubá*, o bien presenta dos cartas de divorcio y una sola *ketubá*, no puede hacerse pagar más que una sola *ketubá*; puesto que el que volvió a casarse con su mujer repudiada, no se compromete a darle una segunda *ketubá*."

Según el comentario de la *Gucmará*, la mujer que presenta una sola carta de divorcio y dos *ketubá* de fechas diferentes, pero anteriores a la carta de divorcio, se hará pagar una sola *ketubá*; pero puede hacer valer la *ketubá* más antigua, en ciertos casos en que ocurría alguna transacción económica en el lapso que separaba ambas *ketubá*. Algunos doctores afirman, por el contrario, que cuando dos actas de fecha diferente son idénticas entre ellos, la segunda anula la primera. A no ser, agregan, que la segunda contenga alguna disposición diferente, por ejemplo, si se le ha agregado un dato: que en la segunda *ketubá* se hubiera fijado una suma mayor que en la primera. En este caso, quedaría librado al arbitrio de la mujer, cuál de las *ketubá* desea invocar.

El mismo Tratado, en el capítulo XI, dispone: "Un individuo ha desposado una mujer y se comprometió a sustentar durante cinco años la hija que ella tiene de su primer marido; si este hombre la repudia y ella se casa con otro que se compromete igualmente a sustentar la misma hija durante cinco años, el segundo marido debe sustentarla y el primero debe dar a la hija el valor de la manutención. Si la hija se casa, su esposo le dará el alimento y los dos maridos de su madre le darán cada uno el valor de la manutención. Si los maridos de la madre han muerto, sus propias hijas no podrán reclamar su alimento sino de los bienes que permanecen libres y no de los vendidos, porque ellas no son herederas; mientras que la hija en cuestión que reclama en virtud de un compromiso, es considerada como un acreedor y puede tomar también bienes vendidos con posterioridad al compromiso." Los hombres previsores escribían en el compromiso expresamente: "yo me comprometo a alimentar tu hija durante cinco años cuanto tu estés conmigo". Esta cláusula liberaba al marido de toda obligación hacia una hija extraña inmediatamente que él repudiaba a su mujer o que él moría.

El Talmud asimila, en varias oportunidades, la carta de divorcio, el acta de manumisión de los esclavos. Los doctores se encuentran en discrepancia al explicar el motivo de la analogía, aparentemente inexplicable. El doctor Israel-Michel Rabinowicz cree encontrar la lógica de esta comparación en la circunstancia de que todos los actos civiles que conciernen a dos personas, como la venta, etcétera, requieren el consentimiento de las dos personas inter-

vinientes. La carta de divorcio que concierne también a dos personas no requiere más que el consentimiento de una: el marido, igual que el acta de manumisión de esclavos, que solamente necesita la expresión de voluntad del amo.

En el *Tratado Guitín* se lee: "Si un individuo trae del extranjero una carta de divorcio para una mujer, o un acta de manumisión para un esclavo, él debe decir: Esta carta o esta acta ha sido escrita en mi presencia y los testigos la han firmado también en mi presencia; si no puede decirlo, se deben legalizar las firmas." Este es uno de los casos en que las actas de manumisión de los esclavos son asimiladas a las cartas de divorcio. Es evidente que la analogía entre ambos documentos puede hallarse, sin necesidad de grandes indagaciones ni exégesis, en que uno y otro tienen por objeto decretar la libertad *sui juris*: en el caso del esclavo, al ser-vo; en el de la mujer casada, su facultad de casarse con cualquiera otro.

La *Guemará* analiza el pasaje transcrito y expresa que hay tres casos en los cuales las actas de manumisión de los esclavos son asimiladas a las cartas de divorcio; un caso es el mencionado por la *Mishná*. El otro caso es el que establece de que las actas firmadas por testigos paganos (*cuti*), carecen de valor, excepto las cartas de divorcio y las actas de manumisión de esclavos. Agrega el mismo comentario: "Si una carta de divorcio tiene dos firmas, en que la primera es de un testigo pagano, y la segunda, de un israelita, se aceptan las dos firmas, porque se puede suponer que el pagano era un *haber* (alfabeto); de otro modo no habría puesto la firma antes de la del israelita." Conforme a la opinión de un glosador, según la Le^y mosaica, los paganos son capaces de testimoniar como los judíos. No se aceptaba el testimonio de los corrompidos; pero los que inspiraban confianza podían testimoniar y se aceptaba su testimonio como el de los judíos.

El último caso de similitud entre las cartas de divorcio y las actas de manumisión, era el siguiente: todas las actas que hubieran sido hechas en los tribunales paganos, aunque fueran firmadas por paganos, eran válidas, excepto las cartas de divorcio y las actas de manumisión de esclavos.

La explicación está dada por la *Mishná*, al afirmar que solamente los tribunales hebreos podían juzgar las instituciones regladas por la Ley mosaica y los usos de Israel.

La *Mishná* (fol. 10) del mismo *Tratado de Guitín*, proclama que las actas firmadas por testigos paganos no tienen valor, excepto las cartas de divorcio y las actas de manumisión. La *Guemará* interpreta el texto talmúdico aclarando que si uno de los testigos, al menos, es israelita, las actas son válidas. Posteriormente se acep-

tó que son válidas aunque los dos testigos sean paganos, siempre que no fuesen iletrados.

"Si un individuo dice a otro —se expresa en la *Mishná*—: entrega esta carta de divorcio a mi mujer, o si él le dice: entrega esta acta de manumisión a mi esclavo, él puede arrepentirse, mientras el escrito no ha sido recibido por la mujer o por el esclavo"; esta es la opinión de Rabi Meyer. Los otros doctores dicen que puede arrepentirse y retomar la carta de divorcio, pero no el acta de manumisión. Porque se puede hacer una adquisición (o un acto ventajoso) para cualquiera, en ausencia suya; se supone que el ausente lo consiente por anticipado. Luego, el acta de manumisión es evidentemente ventajosa para el esclavo; no se puede decir que el esclavo pierde el derecho de ser alimentado a expensas del amo, porque él puede rehusar el alimento; por consiguiente, la manumisión no puede ser sino ventajosa para el esclavo, y cuando éste ha tomado el acta para sí, se ha tornado inmediatamente libre. Pero la carta de divorcio —agrega el Talmud— por el contrario, es un acto desventajoso para la mujer, porque ella pierde (entre otras cosas) el derecho a la manutención. Luego, si se hace un acto desventajoso para un individuo, en ausencia suya (o sin su permiso), el acto es nulo, porque no se puede suponer que el individuo lo ha consentido de antemano, por consiguiente, la mujer no se considera divorciada porque un individuo ha tomado para ella la carta de divorcio, y el marido puede retomarla.

Como se desprende del pasaje citado, los doctores fueron sumamente cuidadosos en la discriminación de los casos : en el de los esclavos, se demuestran celos en favorecer, en toda oportunidad, la liberación de los siervos ; en el caso del divorcio, se detienen a meditar acerca de las consecuencias probables del acto y se deciden en el sentido de que el marido puede arrepentirse antes que la carta de divorcio llegue a manos de su esposa.

En el *Tratado de Guitín* (fol. 13) se lee sobre el mismo motivo : "Si un individuo dice a los circunstantes : dad esta carta de divorcio a mi mujer, o si dice: dad esta acta de manumisión a mi esclavo, y muere antes de que los circunstantes hayan tomado estos escritos, ellos no pueden tomarlos para dárselos a la mujer o al esclavo (porque la mujer no ha sido divorciada en vida del marido y el esclavo no ha sido manumitido en vida del amo y ni uno ni otro pueden serlo después de su muerte)."

Mediante las referencias anteriores, hemos historiado la evolución del divorcio judío a través de la Ley y del comentario talmúdico. Después del período bíblico, fuera de los innumerables casos de jurisprudencia y la tarea de los glosadores, no hallamos mayores innovaciones en materia de separación. La tendencia de

facilitar cada vez más la ruptura del vínculo matrimonial, cuando a la armónica convivencia se oponen razones fundamentales de salud y de moralidad, y el celo puesto de manifiesto por parte de los rabinos en el sentido de reprimir los divorcios por desavenencias momentáneas, caracterizan una larga etapa de siglos. Recién en el siglo mi de la era cristiana hallamos una novedad consistente en una resolución de vastos alcances, adoptada por el *Sínodo de Worms*, a iniciativa del Rabino Gersón, a quien se ha llamado con entera justicia *la luz del exilio*. La resolución de la asamblea de rabinos convocada en Worms, y que solamente es aplicable al judaísmo de Occidente, único que estuvo representado, *prohibió al marido divorciar a la mujer sin su consentimiento*. Esta norma es respetada fielmente por los israelitas de origen ruso, polaco, inglés, etcétera, y constituye el paso más avanzado de legislación, que muchos siglos después habría de ser injertada en los códigos de los países cristianos.

Después del *Sínodo de Worms*, la legislación judía sobre el divorcio no tiene otras fuentes que la Biblia, el Talmud y el *Código rabínico de Caro*.

9. — EL CÓDIGO RABÍNICO DE CARO. — Rabi José Caro (oMarán) figura entre los más altos exponentes judíos de la corriente del pensamiento del *Sefard*. "Hasta la Edad Media —dice Algazi— no parece haberse hecho en ninguna parte mención de *azhkenazím* y *sefardím*. En éste período de la historia el pensamiento judaico se vio dividido en dos campos: por una parte, el rabinato del sur de Francia y Alemania con Raschi, los *Tosafistas*, Rabenu Gersón, Meir de Rotenburg, etcétera, que se consagraron únicamente a la exégesis de la Biblia, la *Mishná* y el Talmud; y por otra parte, el rabinato de España, que junto con la exégesis se dedicó a cultivar la filosofía, la gramática, etcétera. Eran como dos cuerpos distintos, formados bajo condiciones de vida diametralmente opuestas: el primero vivía en la persecución y bajo el feudalismo que apenas le toleraba, vivía bajo el terror de expulsiones intermitentes que paulatinamente transplantaron ese sector del judaísmo hacia Prusia, Polonia, Rumania, Rusia, Galitzia, etcétera; fue bajo la influencia rígida de esos países que se forjó el pensamiento escolástico y dogmático de sus producciones y sus obras. El segundo grupo vivía en España, en ambientes y condiciones extremadamente favorables que le permitieron desempeñar un papel descollante en todas las actividades culturales."

Estas corrientes diferenciadas en la interpretación de la Biblia y del Talmud, hallaron grandes figuras que encabezaban cada tendencia y lentamente se fueron formando dos ritos judíos, si bien

basados en las Escrituras, distintos en la interpretación y aplicación de las normas: el *Minhag Ashkenaz* y el *Minhag Sefard*, siendo el primero establecido por los rabinos Simja de Vitri y Moisés Iserles, y el segundo por Rab Amram Gaón y Rabí José Caro.

Dentro de la segunda corriente José Caro dictó un verdadero Código sobre el matrimonio y el divorcio, que goza aún de amplia privanza y constituye una de las fuentes de la exégesis bíblica y talmúdica. La última reglamentación del divorcio judío se extendió por toda la *diáspora* y en los días actuales toda duda, toda ambigüedad acerca del ritual y de los efectos del divorcio entre los hebreos encuentra su más amplia satisfacción en el *Código rabínico de Caro*. El *Código de Caro*, que se conoce bajo la denominación de *Tratado Ebén Haézer*, contiene cinco partes, que a su vez constituyen verdaderos tratados: *Ijot* (las uniones) ; *Kidushin* (del matrimonio) ; *Ketubót* (de la dote, de los contratos matrimoniales) ; *Guitín* (del divorcio) y *Yibuim* (del levirato).

En el estudio que efectuamos acerca de la disolución del matrimonio judío, hemos citado las más trascendentales normas e interpretaciones contenidas en las cinco partes del *Tratado Ebén Haézer*. Cabe agregar que en la actualidad —o para ser más precisos, hasta el estallido de la última gran conflagración— en numerosos países de Europa, las leyes acerca del matrimonio y del divorcio entre los hebreos fueron toleradas por las legislaciones del lugar de radicación. Esto ocurrió en aquellos Estados donde imperaba el matrimonio religioso. Merced al paulatino laicismo del Derecho, también fue desapareciendo la verdadera extraterritorialidad de la Ley religiosa israelita. El matrimonio laico se aplicó a los nacionales de cada país, gentiles o judíos : en éste sentido las legislaciones latinas y anglosajonas no efectúan discriminaciones. Los países balcánicos conservaron sus leves religiosas y, por ende, autorizaron a los judíos para que efectúen sus casamientos y separaciones de acuerdo al llamado *more judaico*.

De acuerdo con el trato que brindan los países del Viejo Mundo, en la materia que tratamos, René Lévy hace una clasificación de los Estados europeos en tres grupos diferentes, que aun subsisten en cierto modo después de la guerra. *Primer grupo*: la mayoría no reconoce ninguna autoridad a la Ley judía y sus habitantes están sometidos a una Ley única, sin distinción de confesiones religiosas. *Segundo grupo*: los países que someten los litigios de los pobladores israelitas a una Ley especial, diferente de la que rige a los nacionales. *Tercer grupo*: los países donde aun siguen rigiéndose el matrimonio y el divorcio israelitas por la Ley judía.

En consecuencia, en aquellas naciones donde existe una Ley

única de carácter civil, el divorcio israelita —conforme a la doctrina de los rabinos— solamente es consumado si se practica de acuerdo con la Ley civil del país.

En los Estados que no admiten el divorcio, la norma es la de que el fallo disolutivo del tribunal judío solamente tiene alcances limitados al fuero religioso y moral o de conciencia.