

ger, debiendo volverlos ó su importe y deterioro si se han estimado con estimacion que causa venta, es de su cuenta el incremento ó decremento que padezcan; no se practica la prevencion de esta ley, ni es del caso tampoco para su administracion y pleitos, y solo lo será en el que se ofrezca celebrar algun contrato de enagenacion, obligacion ú otro semejante, en que concorra la muger obligando, cediendo ó enagenando sus bienes (1).

12. La Ley 4<sup>a</sup> de Toro tiene por emancipada á la muger en todas las cosas para siempre estando casada y velada; lo que solo sirve para que su padre no tenga dominio sobre ella (como por derecho comun y de las Partidas lo tenian los padres en sus hijos casados y en sus nietos), y para que no vuelva á tenerlo despues que ella enviude; pero no sirve para que sea tenida por mayor de dicha edad, y capaz de gobernarse, y pueda contraer sin intervencion de curador, porque el matrimonio no suple ni puede suplir lo que la naturaleza no da. No obsta alegar que la licencia del marido es suficiente y suple todo lo necesario para la validacion del contrato, pues que esta es precisa aun siendo de edad proveya la muger.

13. La casada tiene además á su favor las leyes 7, 8 y 9. tit. 3. lib. 5. Rec. (ó 2 y 3. de la Nov), de las cuales la primera manda que ella ni sus bienes no sean obligados por la fianza que su marido constituya: la segunda que no sea presa por las deudas de su marido, aunque toquen al Rey, ni por fianza que él haga; y la tercera (que es la 61 de Toro) «que no pueda obligarse como fiadora de su marido, aunque pertenezcan aquellas al Rey, ni por fianza que él mismo haga, aunque diga y alegue que la deuda se convirtió en su utilidad; que cuando marido y muger se obligan de mancomun en un contrato ó en diversos, á nada queda obligada, á menos que se pruebe haberse convertido la deuda en su provecho: y que entonces pague á prorata del que se la siguió; pero que en las cosas que el marido tiene obligacion de darla, v. gr. comer, vestir y otras necesarias, tampoco lo quede, excepto que la tal fianza y obligacion de mancomun sea por pechos ó derechos Reales.» Con esta ley concuerda en parte la auténtica: *Si qua mulier*, Cod. *Ad senatus consultum Vellejanum*.

14. El escribano, bien instruido de las referidas leyes, debe enterar á la muger casada de las 61 de Toro, y 2. tit. 12. Part. 5, para que si se obliga como fiadora de su marido ó de otro, ó

1 Gatierr. de tutel. part. 1. cap. 20. num. 30 y sig. y otros que cita.

concorre con él como principal á la celebracion del contrato, sepa lo que renuncia y á que se obliga, y de ello dar fe en el caso de que no exprese en la escritura el contenido de ellas, pues si lo expresa, que es lo mas seguro, para que no alegue ignorancia, es superfluo darla. Advierto tambien que si la diere sin cerciorarla de él, á mas de que se le podrá cortar la mano por falsario, quedará infamado para siempre (1)(\*), y verificada su ignorancia por declaracion que se la tome de lo que mandan ó prohiben las leyes cuya renunciacion hace, como lo he visto practicar, se declarará nulo el contrato, estará obligado á resarcirla, y á los interesados con quienes contraiga, el daño que se les irrogue, y ella podrá disculparse con no haberla instruido, y que por esta causa no supo lo que renunció (2); pero si enterada por él las renuncia, quedará obligada, y no la auxiliará el beneficio del Veleyano ni otro alguno. De las demas leyes expresadas en los párrafos precedentes no necesita instruir-la, porque nada dicen en cuanto á quedar obligada por contrato, y por lo mismo basta que renuncie la 61 de Toro si se obliga con su marido ó por él, y la 2. tit. 12. Part. 5. si es fiadora de otro. Siendo soltera, y obligándose por su hecho propio como principal por serlo realmente, ninguna tiene que renunciar mas que el hombre, porque no la favorece; pero siendo fiadora debe renunciar solamente la 2. tit. 12. Part. 5. que prohibe á las mugeres el serlo, y las del derecho comun son superfluas, y no vienen al caso por lo que diré en el párrafo siguiente.

15. En todos los contratos de mugeres acostumbran los escribanos poner indistintamente renunciacion de las leyes del Emperador Justiniano, senadoconsulto Veleyano, Toro, Madrid y Partida, ya sean solteras ó viudas, monjas ó seglares, y se obliguen como principales ó como fiadoras: y para su inteligencia les prevengo que de las primeras en ningun caso deben hacer mencion porque hay leyes Reales nuestras establecidas á su favor, que dejo citadas; y cuando la Real trata del asunto, no deben expresar las del derecho romano, por no tener en España fuerza de leyes, ni deber llamarse así, sino autoridades y dichos ó sentencias de sábios fundadas en razon, que solo pueden seguirse en defecto de ley, y en cuanto son conformes á nuestro derecho Real y al natural, como dice el auto 1. tit.

1 Ley 16. tit. 19. Part. 3.

\* No vemos que ni aun por mucho mayores delitos se impongan tales penas á ningun escribano. La suavidad de costum-

bres y la ilustracion han mitigado mucho el rigor de las leyes criminales antiguas. Febrero reformado.

2 Ley 31. al fin. tit. 14. Part. 5.



1. lib. 2. Rec. De las de Toro y Partida solo debe hacerse la renunciacion en los casos explicados en los párrafos anteriores, atendiendo á si es casada ó no la muger, y principal obligada ó fiadora; pues hacer igual renuncia en todos los casos es error clásico, ya por no haber leyes que traten de ellos y ya por no venir al intento, ni por consiguiente protegerlas. Mucho menos deben renunciarse las leyes de Madrid, porque no hablan de contratos de mugeres, sino de que no anden con la cara tapada, como consta en la penúltima y última del tit. 3. lib. 5. Rec., que examiné con todo cuidado á este fin; y me admira que á vista de esta decision Real, y de que tenemos leyes patrias, no se hayan extirpado este y otros errores de los escribanos. Para que la muger no pueda alegar que no supo lo que renunció, ni el escribano tenga precision de dar fe en la escritura de que la enteró de los efectos de las leyes que la favorecen, expresará en esta lo que prohiben ó permiten, como lo verá en la cláusula que extenderé en el párrafo siguiente.

16. Las mugeres casadas suelen muchas veces celebrar contratos amenazadas y violentadas por sus maridos, y no de su espontánea voluntad; y algunas veces que no lo son, alegan que lo han sido á fin de eximirse de la obligacion contrahida: para que no les sirva esta excepcion, y no para otro efecto, ni por necesidad para la esencia, solidez y validacion de los contratos, se ligarán estos con juramento, y la cláusula se extenderá en la forma siguiente: *Yo la expresada N. (ó como se llame) renuncio la ley 61 de Toro, que dice: que la muger no puede ser fiadora de su marido; y que cuando marido y muger se obligan de mancomun en un contrato ó en diversos, ó esta como fiadora de aquel no quede obligada á cosa alguna, á menos que se pruebe haberse convertido la deuda en su provecho, y que entonces pague á prorata del que experimentó, no siendo de las cosas que el marido está obligado á darla, pues por ellas á nada lo queda. Y jura por Dios nuestro señor y una señal de cruz, que para formalizar este contrato no fue persuadida con eficacia, intimidada ni violentada directa ni indirectamente por el citado su marido ni por otra persona en su nombre, y que antes bien lo otorga de su libre y espontánea voluntad, y ha sido la causa impulsiva de que se celebre, porque sus efectos se convierten en su utilidad. Que no tiene hecho juramento de no enagenar ni gravar sus bienes; ni contra este instrumento protesta ni reclamacion por violencia, persuasion marital, lesion ni otro motivo, mediante no concurrir ni haber precedido para efectuar-*

*lo; ni las hará: y si parecieren, las revoca y anula enteramente desde ahora. Que de este juramento á ningun prelado eclesiástico pidió ni pedirá absolucion ni relajacion. Y que aunque de motu proprio se las conceda, no usará de ellas, pena de perjurio. Y para la mayor subsistencia de este contrato hace un juramento mas de observarlo integramente, á pesar de las relajaciones que puedan serle concedidas. En cuyo testimonio asi lo otorga etc. (\*). Si son fiadoras de otro renunciarán la ley 2. tit. 12. Part. 5., puesto que la 61 de Toro habla solo cuando lo son de sus maridos, ó se obligan con ellos en uno ó mas contratos; con cuya cláusula y la licencia marital en los casos en que la necesitan, no podrán alegar que han sido violentadas, ni por consiguiente reclamar el contrato, aunque antes tengan hecho juramento de no enagenar ni gravar sus bienes, pues si no lo hacen y lo tienen jurado, no valdrá, y si lo hacen incurrirán á lo menos en perjurio, y por el dolo que cometen serán castigadas. Bien que aunque la muger casada jure que la deuda se convirtió en su provecho, si el acreedor no prueba este con arreglo á ley de Toro citada, será amparada en su dote, ó en su mitad á lo menos, excepto que lo sea el fisco, como lo he visto*

\* Entre la excepcion que por el *senadoconsulto Veleyano* y la ley 2. tit. 12 de la Part. 5. se concede á las mugeres que afianzan deudas de otros, y la auténtica *Si qua mulier*, y ley 61 de Toro que prohíbe que las mugeres casadas sean fiadoras de sus maridos, hay esta diferencia: que la excepcion del Veleyano y ley de Partida se funda en la facilidad, imprudencia y poca reflexion con que las mugeres pueden ser inducidas á sujetarse á una fianza, en que no ven de presente daño alguno. Asi cesa esta excepcion cuando parece que con la deliberacion debida enteradas del privilegio que tienen y del peligro á que se exponen, insisten en la fianza, y renuncian el favor que las leyes les dispensan. Pero las disposiciones de la auténtica y de la ley 61 de Toro tienen otro fundamento de mas importancia y de mas gravedad, cual es la preponderancia del marido; el amor, los respetos, miramientos y consideraciones forzosas á él; y como estos son permanentes y asiduos, ni cesan mientras dura el matrimonio; de aqui es que, aunque se renuncie dicha ley 61 de Toro, todavia podrá la muger hacer valer la nulidad de la fianza ó mancomunidad que otorgó con su marido: lo uno porque los respetos que

la obligaron á ser fiadora subsistieron tambien para la renuncia, aunque mediare mucho tiempo en que deliberar sobre los peligros y resultados de su obligacion; lo otro porque siendo por la dicha ley incapaz la muger de ser fiadora de su marido, y nula la fianza, no puede la renuncia hacer válido y capaz lo que la ley declara incapaz y nulo. Lo mismo digo del juramento con que se corrobore dicha renuncia: los juramentos no pueden producir accion ni obligacion donde la ley la niega, ni constituir válido lo que el legislador declara nulo, á menos que el mismo legislador consienta que el juramento produzca en algun caso obligacion civil; su fuerza se extiende únicamente en el ámbito del fuero de la conciencia. El rigor y la energia con que está concebida la ley 61 de Toro, que declara á las mugeres incapaces de obligarse por sus maridos, no es conciliable con un juramento que elude todos sus fines, puede dejarlas indotadas, y autorizan por este medio donaciones forzosas á sus maridos, prohibidas tambien por las leyes. Es tambien regla de derecho que lo que se prohíbe por un camino no se debe permitir por otro. *Febrero adicionado.*



declarado, por lo que á ninguno aconsejo que contrate con mugeres casadas.

17. A fin de que el escribano sepa cuanto conviene en este asunto, voy á proponer y resolver el siguiente caso. Supongo que cierta muger casada, por la excesiva rigidez de su marido, ó por otro motivo de los prescritos por derecho, le puso demanda de divorcio ante el juez eclesiástico como competente, el cual con pleno conocimiento de causa declaró haber lugar á él, y compelió al marido á la restitucion de la dote, y despues de estar apoderada la muger de sus fincas dotales quiere vender una de ellas para sus urgencias, á cuyo efecto se conviene con el comprador en el precio, acude al escribano, le encarga extienda la escritura diciéndole que está casada y divorciada. Se pregunta ¿que deberá hacer en este caso el escribano? Si la muger otorga la escritura sin licencia de su marido, parece que queda arriesgado el comprador y nulo el contrato, por estarla prohibido celebrarlo sin ella durante el matrimonio. Este no hay duda que subsiste, porque el divorcio fue solo en cuanto á la habitacion, no al vínculo, por ser indisoluble hasta que uno de los dos fallece. El juez que declaró el divorcio no es competente para darla facultad de gravar ni enagenar sus bienes. El marido no es regular que se la conceda, ni que ella ú otro en su nombre se la pida, porque se expone á ser mal recibido y no conseguirla. El juez Real, aunque competente, no se la concederá sin que conste que su marido no quiere dársela, y que la es util el contrato ó que tiene necesidad de celebrarlo. Es caso que en ningun autor vi tocado, sino en *Gutierrez de juram. confirm.* part. 1. cap. 1. num. 54. y sig. que lo controvierte con mucha solidez y extension; y conformándome con su dictamen aconsejo al escribano que no autorice dicho contrato sin que preceda licencia del marido ó del juez Real, el que con vista de la resistencia del marido y conocimiento de causa deferirá á su pretension, y todos los autos se insertarán en la escritura para su estabilidad; pues aunque no incurrirá en pena por autorizarla sin este requisito, ni en mi concepto debe estimarse nulo el contrato por los fundamentos que manifiesta dicho autor, no es razon exponer á contingencia ni opiniones el dinero del comprador.

18. Cuando la muger casada celebra por su hecho propio algun contrato por el cual obliga ó enagena sus bienes, suelen poner en él los escribanos renunciacion de las leyes de la mancomunidad, sin mas motivo que el de concurrir dos personas á su

celebracion con diversos fines y respetos, ni preguntar al marido si quiere ó no obligarse y en qué forma; de suerte que lo ligan y sujetan á su cumplimiento y responsabilidad sin que preste su consentimiento, ni les dé orden para ello, y queda obligado absolutamente con su muger, porque le dicen que es preciso que se obligue asi. Me ha causado novedad este modo irregular de hacer escrituras, y no puedo menos de preguntarles para salir de dudas, ¿cual es el oficio del marido, ó que papel representa en semejantes contratos? No encuentro que ejerza ni represente otro que el de dar á su muger la licencia que por disposicion de la ley 55 de Toro es necesaria para su validacion, y en dándosela cumple con lo que está de su parte. Pues si nada mas hace ni tiene que hacer en el caso de que no quiera obligarse como principal ó fiador de su muger, ¿por que razon ponen ni á que viene la renunciacion de dichas leyes, y el obligar al marido sin su expreso mandato? No puedo atinar con las razones en que se afianzan, pues algunos á quienes por tener fama de *hábiles* en el vulgo lo he preguntado, no me dieron otra respuesta que la de concurrir dos personas en la escritura, sin discernir los respetos y fines á que se dirige su concurrencia; y otros, que lo hacian por haberlo visto practicar asi á sus maestros. Para evitar errores prevengo al escribano que si en el caso propuesto ordena el instrumento en la forma indicada sin expreso mandato del marido, está obligado en conciencia á reintegrarle de los daños que por ello se le irroguen, sin que de esta responsabilidad pueda eximirle ni servir de disculpa el alegar que se le leyó la escritura, y la otorgó y firmó, ni que todos (excepto el pupilo, la muger, el soldado y el aldeano) deben saber las leyes concernientes á contratos y últimas voluntades (1); ni el que debe aconsejarse de letrado, porque los mas de los contrayentes ignoran la naturaleza de los contratos, estan persuadidos que deben ordenarse asi por precision, y por lo mismo los otorgan sin saber lo que hacen, y muchas veces sin haber entendido radicalmente su contexto, aunque tengan medianos talentos; y si preguntan qué cláusula ó renunciaciones son aquellas, y qué efectos causan, como les responden unos escribanos con malicia, y los mas con ignorancia, que son de estilo, quedan satisfechos, sin que se les ofrezca réplica ni duda. Asi que el modo de ordenar la escritura es que la muger, como única contrayente y aceptante, lleve sola la voz en ella, y despues de

1. Leyes ult. al fin, tit. 1. Part. 1. y 31. tit. 14. Part. 5.



puesta la cláusula de la licencia según el párrafo 9, prosiga con lo dispositivo del contrato, haga el juramento conforme está extendido en el párrafo 16, y después de todo lo referido, que el marido se obligue solamente á haber por firme la licencia y no revocarla; por cuya razón y no por otra, firmará, si sabe, el instrumento, y sino un testigo por él á su ruego, y nada más. Pero si instruido de los efectos del contrato, quiere obligarse de mancomun con su muger, ó como su fiador, se ordenará la escritura con las cláusulas correspondientes á la mancomunidad y fianza.

19. No es suficiente que el juramento se ponga en la escritura que otorga la muger ú otro á quien está permitido jurar los contratos, sino que debe el escribano recibírselo en solemne forma (para lo cual tiene autoridad, porque hace oficio de juez), y de ello dar fe, y de otra suerte no cumple con su obligación. También le advierto que no solo debe leer la escritura muy despacio á los otorgantes para que la entiendan, sino preguntarles después de leída: *si la otorgan así*, y aun decirles sustancialmente su contexto, si fuere necesario, para que queden bien enterados de la obligación que constituyen, lo cual se colige de las leyes 54. tit. 18. Part. 3, y 13. tit. 25. lib. 4. Rec., y en la renunciación de leyes particulares expresará lo que prohíben ó mandan, para que los interesados sepan lo que renuncian, y no aleguen ignorancia, pues en la general, como de estilo, no es menester especificación (1).

20. Si el marido vende ó grava sus bienes, es muy útil á comprador ó acreedor que la muger concorra á la venta, cediéndole el derecho y privilegio que tiene por su dote contra los de su marido, y jurando la escritura, pues de esta suerte no solo no tendrá repetición contra ellos, ni podrá quitárselos en el caso que su marido no tenga con que resarcírsela, sino que como subrogado en su derecho será preferido á todos los acreedores hipotecarios posteriores á la obligación dotal: bien que sobre esto estan discordes los autores; pero el escribano en cumplimiento de su oficio advertirá á la muger los efectos de esta concurrencia para que sepa lo que hace.

*Nota.* Las copias de las escrituras de promesas, empréstitos, cesiones, depósitos, indemnidad y fianzas de cantidad señalada que no llega á cien ducados, se deben sacar en pliego del sello cuarto, en el cual se han de escribir los protocolos de ella

1 Olea de cess. jur. tit. 5. quest. 3. n. 11. Gut. de jur. conf. part. 1. cap. 1. n. 17 y sig.

y de otras cualesquiera sin excepción. Si llegan á cien ducados, ó exceden de ellos hasta mil exclusive, en el del sello segundo: siendo de mil ducados, y de ahí arriba, en el del primero: y los empréstitos en que no hay cantidad ni precio fijo, por no ser de dinero sino de otras cosas, en el del sello primero. Las de depósitos de difuntos se han de sacar en el del segundo por la regla general que da la ley respecto no tratar específicamente de ellos. Los de fianzas que se dan en el Consejo de las Ordenes ó en otro tribunal superior ó inferior sobre los depósitos para pruebas de calidad, en el del sello primero. Las de la haz y cárcel segura ó estar á derecho, y las que dan los jueces ordinarios y de comision, receptores, tesoreros, tutores, administradores, ejecutores, comisarios y maestros de naos ó de plata, en el del sello tercero: y las que no contienen cantidad cierta, en el del contrato principal. Las obligaciones que hacen los escribanos de usar fielmente sus oficios, en el del sello segundo: las de cartas de pago y finiquito, si no llegan á cien ducados, en el del sello cuarto mayor; de ciento hasta mil exclusive, en el del tercero; pero si llegan á mil ó exceden de ellos, en el del segundo. La caución juratoria en el del sello cuarto: los contratos de obra en que no hay precio, en el del sello segundo; y habiéndolo, en el mismo que los empréstitos y cesiones.

FIN DEL TOMO SEGUNDO.