

dor nombrado á su marido, al que comunicará su pretension; y si hay algunos hijos casados, debe preceder convenio de estos; pero si todos los bienes son de la muger, entónces no es necesario, porque á nadie perjudica sino á sí propia, y los hijos no pueden impedirle el uso de ellos miéntras viva, ántes bien deben contentarse con los que les deje: y por quanto corresponde al marido la administracion y usufruto de los bienes dotales de su muger, para no ser perjudicado en este, es cautela prudente que en la concesion diga: *que la da licencia para celebrar el contrato sin perjuicio suyo en quanto á los bienes dotales y sus frutos.* Con esta cláusula, aunque el contrato sea válido, solo podrán ser ejecutados los bienes parafernales de la muger, y en quanto á los dotales y sus frutos asignados para soportar las cargas matrimoniales no perjudicará al marido la licencia<sup>1</sup>.

10. Sin embargo, no la necesita cuando litiga ó contrata con él en los casos permitidos por derecho, que refiere Gomez lib. 2. *Var.* cap. 2. núm. 3, á saber: en todos los contratos onerosos; cuando la da poder para tratar y contratar, porque darla poder y concederla licencia todo es uno; cuando ella confiere poder á su marido (ya esté presente ó ausente) para enagenar, gravar ú obligar sus bienes, ó para que en su nombre efectúe otros contratos, pues por la aceptacion y uso del poder le concede la licencia y los aprueba; para usar contra él de sus acciones civiles y criminales; cuando hace contrato que la es útil, ó protestas y reclamaciones para no ser perjudicada, ó ambos juntos de mancomun otorgan alguno con tercero, pues por el mismo hecho es visto dársela aunque no se exprese; cuando ejerce públicamente con su consentimiento algun oficio, v. gr. de comadre, de mercadera &c. para celebrar los contratos á él concernientes, porque de la permission de su ejercicio, que es lo principal, se infiere por consiguiente preciso la de hacer contratos anejos y dependientes á él, como accesorio; cuando celebra alguno con tercero en presencia de su marido, y este sabedor de él no lo contradice, (bien que sobre este particular hay variedad de opiniones)<sup>2</sup>; para formalizar el contrato á que está obligada, v. gr. por mandato del testador que la instituyó su heredera, ó por otra cláusula necesaria del precedente, ó para hacer y otorgar el capital de su marido, en cuyo caso tampoco necesita hacer juramento si precedieron capitulaciones ó pactos, porque está obligada por estas á otorgarlo, á mas de ser justo; ni tampoco para otorgar juramento ú otra última voluntad, excepto la donacion por *causa de muerte*, con entrega de bienes al donatario, porque entónces se repu-

<sup>1</sup> Carlev. *De jud.* tit. 3. disp. 19. n. 14. Larrea *Allegat.* 35.

<sup>2</sup> Lo mas probable parece que el silencio del marido en tal caso no puede suplir la licencia, pues cuando por la disposicion de

la ley se requiere esta para algun acto, debe ser expresa; y ademas, del silencio solo no se infiere el consentimiento. L. 33. tit. 34. part. 7. y *Qui tacet. ff. De reg. jur.*

ta por *donacion en sanidad*<sup>1</sup>. En estos casos no necesita la muger licencia de su marido, ni el escribano tendrá que ponerla en la escritura, porque es superflua; y fuera de ellos no incurrirá este en pena por omitirla, porque ninguna ley se la impone ni prohíbe que la autorice sin ella; pero para que el contrato no se anule, y evitar este perjuicio á los contrayentes, procurará que no se le olvide.

11. Si la muger casada es menor de veinte y cinco años, debe concurrir su curador á la celebracion del contrato para su validacion, y el juez dárselo á pedimento del marido, el cual no puede serlo ni hacer veces de tal por los motivos que da la ley 3. tit. 17. Part. 6. Esto no procede en quanto á pleitos, porque la ley no le prohíbe comparecer en juicio por ella; bien que hoy como el marido administra los bienes dotales y demas de su muger, 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<sup>2</sup>.

12. La ley 47 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 tenían 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 ademas á su favor las leyes 7; 8 y 9. tit. 3. lib. 5. Rec. (ó 2 y 3. tit. 11. lib. 10. de la Nov.), de las cuales la primera manda que ella ni sus bienes 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 ménos que se pruebe

<sup>1</sup> Gom. en la ley 55. de Toro, n. 2. al 7. Matienzo en la 2. tit. 3. lib. 5. R. gl. 1. 2, 3, 4 y últ. y en la 3. gl. 1.

<sup>2</sup> Gutier. *De tutel.* part. 1. cap. 20. n. 30. y sig. y otros que cita.

haberse convertido la deuda en su provecho, y que entónces pague á prorata del que se la siguió; pero que 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 senatusconsultum Vellejanum*.

14. El escribano, bien instruido de las referidas leyes, debe enterar á la muger casada de la 61 de Toro y 2. tit. 12. Part. 5., para que si se obliga como fiadora de su marido ó de otro, ó concurre con él como principal á la celebracion del contrato, sepa lo que renuncia y á qué 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<sup>1</sup> (\*); 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 irroque, y á ella podrá disculparse con no haberla instruido, y que por esta causa no supo lo que renunció<sup>2</sup>; pero si enterada por él las renuncia, quedará obligada, y no la auxiliará el beneficio del Velejano ni otro alguno. De las demas leyes expresadas en los párrafos precedentes no necesita instruirla, 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 acostumbra los escribanos poner indistintamente renunciacion de las leyes del emperador Justiniano, Senadoconsulto Velejano, 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 nuestras establecidas á su favor, que dejo citadas; y cuando la espa-

<sup>1</sup> L. 16. tit. 19. part. 3.

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

y la ilustracion han mitigado mucho el rigor de las leyes criminales antiguas. *Ferreo reformado*.

<sup>2</sup> L. 31. al fin. tit. 14. part. 5.

ñola trata del asunto, no deben expresar las del derecho romano, por no tener entre nosotros fuerza de leyes, ni deber llamarse así, sino autoridades y dichos ó sentencias de sabios fundadas en razon, que solo pueden seguirse en defecto de ley, y en cuanto son conformes con nuestro derecho civil y al natural, como dice el auto 1. tit. 1. lib. 2. Rec<sup>1</sup>. 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 ménos 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 la referida decision, 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 contraida: 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 ménos que se pruebe haberse convertido la deuda en su provecho, y que entónces 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 jurá por Dios nuestro Señor y una señal de cruz, que para formalizar este contrato no fué persuadida con eficacia, intimidada ni violentada directa ni indirectamente por el citado su marido ni por otra persona en su nombre, y que ántes 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 recla-*

<sup>1</sup> Véase lo dicho en el tit. preliminar. cap. 3. ns. 44 y 45. y la ley 56. tit. 39. lib. 9. R. I.

macion por violencia, persuasion marital, lesion ni otro motivo, mediante ni concurrir ni haber precedido para efectuarlo; 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 perjury. Y para la mayor subsistencia de este contrato hace un juramento mas de observarlo íntegramente, á pesar de las relajaciones que puedan serle concedidas. En cuyo testimonio así lo otorga &c. [\*]. 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 las necesitan, no podrán alegar que han sido violentadas, ni por consiguiente reclamar el contrato, aunque ántes 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 ménos en perjury, 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 la ley de Toro citada, será amparada en su dote, ó en su mitad á lo ménos, excepto que lo sea el fisco, como lo he visto declarado, por lo que á ninguno aconsejo trate con mugeres casadas.

17. A fin de que el escribano sépa cuánto conviene en este asunto voy á proponer y resolver el siguiente caso. Supongo que cierta

(\*) Entre la excepcion que por el *Senadoconsulto Velezano* 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 prohibe que las mugeres casadas sean fiadoras de sus maridos, hay esta diferencia; que la excepcion de Velezano y ley de Partida, se fundan en la facilidad, imprudencia ó poca reflexion con que las mugeres pueden ser inducidas á sujetarse á una fianza, en que no ven de presente daño alguno. Así 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 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 me-

diare mucho tiempo en que deliberar sobre los peligros y resultas 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 ménos 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 energía 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 autorizar por este medio donaciones forzosas á sus maridos, prohibidas tambien por las leyes. Es tambien regla de derecho que lo que se prohibe por un camino no se debe permitir por otro. *Febrero adicionado.*

(†) El juramento produce tambien obligacion civil; véase á Burlamaqui *Derecho natural*, part. 3. eap. 6. y á Murillo *Jus can.* lib. 2. n. 215.—E.

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 restitution 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 ¿qué 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 lo pida, porque se expone á ser mal recibida y no conseguirla. El juez secular aunque competente, no se la concederá sin que conste que su marido no quiere dársela, y que la es útil el contrato ó que tiene necesidad de celebrarlo. Es caso que en ningun autor ví tocado, sino en Gutierrez *De juram. confirm.* part. 1. cap. 1. núm. 54. y sig., que lo controvierte con mucha solidez y extension; y conformándome con su dictámen aconsejo al escribano que no autorice dicho contrato sin que preceda licencia del marido ó del juez secular, 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 contingencias ni opiniones el dinero del comprador<sup>1</sup>.

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 así. Me ha causado novedad este modo irregular de hacer escrituras, y no puedo ménos de preguntarles para salir de dudas, ¿cuál es el oficio del marido, ó qué pa-

<sup>1</sup> Véase lo que decimos en el n. 9. cap. 1. del tit. sig. 10. y 1. deq. 1. en el to. de Ho. 1.

pel representa en semejantes contratos? No encuentro que ejerza ni presente 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 qué razon ponen ni á qué 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 haber visto practicar así 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 en 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<sup>1</sup>; ni el que debe aconsejarse de letrado, porque los mas de los contrayentes ignoran la naturaleza de los contratos, estan persuadidos que deben ordenarse así 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 cláusulas y 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. Así 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 puesta la cláusula de la licencia segun el párrafo 9, prosiga con lo dispositivo del contrato, haga el juramento conforme está extendido en el párrafo 16, y despues de todo lo referido, que el marido se obligue solamente á haber por firme la licencia y no revocarla: por cuya razon y no por otra, firmará, si sabe, el instrumento, y si no un testigo por él á su ruego, y nada mas; pero si instruido de los defectos 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

<sup>1</sup> LL. ult. al fin tit. 1. part. 1. y 31. tit. 14. part. 5.

de otra suerte no cumple con su obligacion. Tambien le advierto que no solo debe leer la escritura muy despacio á los otorgantes para que la entiendan, sino preguntarles despues de leida: *si la otorgan así*, y aun decirles sustancialmente su contexto, si fuere necesario, para que queden mas bien enterados de la obligacion que constituyen, lo cual se colige de las leyes 54 tit. 18 Part. 3, y 13 tit. 25 lib. 4 Rec., y en la renunciacion de leyes particulares expresará lo que prohiben ó mandan, para que los interesados sepan lo que renuncian, y no aleguen ignorancia, pues en la general, como de estilo, no es menester especificacion<sup>1</sup>.

20. Si el marido vende ó grava sus bienes, es muy útil al 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 repeticion 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 obligacion 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.

21. \*Ningun estado de la federacion puede entrar en transacion ó contrato con otros estados, sin el consentimiento previo del congreso general, ó su aprobacion posterior, si la transacion fuere sobre arreglo de límites<sup>2</sup>. La razon es obvia y sencilla, pues semejantes contratos y transaciones podrian alterar notablemente el orden interior de la federacion, ó producir discordias y proyectos que debilitasen la accion del poder supremo, á todo lo cual se ocurre con semejantes limitaciones.\*

<sup>1</sup> Olea *De cess. jur.* tit. 5. q. 3. n. 11. Gut. | <sup>2</sup> Art. 29. *Act. constit.* y 162. restric. 5. de *De juram. confirm.* part. 1. cap. 1. n. 17 | la *Const. feú.* y sig.

#### APENDICE A ESTE TITULO.

*Sobre el uso del papel sellado en las obligaciones, contratos y demas actos en que es necesario.*

En 1.º de enero de 1640, con objeto de impedir la falsificacion de los instrumentos públicos, comenzó á usarse en América el papel sellado, conforme á lo dispuesto en la Pragmática de 28 de diciembre de 1638, que es la ley 18 tit. 23 lib. 8 de la Rec. de Ind., confirmada en real orden de 3 de agosto de 1778, que copia Colon en el tomo 2