

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 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 serla concedidas. En cuyo testimonio asi lo otorga, &c (a). Si son fiadoras de

(a) Entre la excepcion que por el *Senadoconsulto Veleyano*, y la ley 3. t. 13. de la Part. 5. se concede á las mugeres que afianzan deudas de otro, 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 quando 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 las dispensan. Pero las disposiciones de la auténtica, y de la ley 61. de Toro, tienen otro fundamento de mas importancia, y de mas gravedad, qual 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 aquí 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 mediase 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 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 las mugeres incapaces de obligarse por sus maridos, no es conciliable con un juramento que elude todos sus fines, puede dexarlas 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 prohíbe por un camino no se debe permitir por otro.

otro renunciarán la Ley 3. tit. 12. Part. 5, puesto que la 61. de Toro habla solo quando 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 perjury, y por el dolo que cometen, serán castigadas (a). 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 menos, excepto que lo sea el Fisco, como lo he visto declarado, por lo que á ninguno aconsejo que contraiga con mugeres casadas.

118 A fin de que el principiante sepa radical, y fundamentalmente su oficio, voy á proponer, y resolver el siguiente caso. Supongo que cierta muger casada, por la sevicia ó 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 qual 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 raiz para sus urgencias, á cuyo efecto se conviene con el comprador en el precio, ocurre al Escribano, le encarga la extension de la Escritura, y le dice que está casada, y divorciada. Se pregunta, qué debe 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

(a) Mientras el marido viva aunque no merezcan nombre de violencias, las pretensiones de sumision, ó condescendencias, que por amor, ó por otra causa exija de su muger, tienen eficacia bastante en el concepto de la ley para haber ordenado en consideracion á ellas la nulidad de las fianzas y mancomunidades de que trata la ley 61. de Toro. El juramento léjos de ser remedio contra las insinuaciones maritales, es efecto del ascendiente de ellas. Es tambien curiosa la hipótesi de una muger ligada con dos juramentos contrarios. ¿Qué hará esta infeliz amagada de perjury luchando con su religion, su interes, su marido y su opinion?

matrimonio. Este no hay duda que subsiste, porque el divorcio fue solo en quanto 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 darsela, y que la es útil el contrato, ó que tiene necesidad de celebrarlo. Es caso que en ningun Autor ví tocado, sino en *Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 1. n. 54. y sig.* que lo controvierte con mucha solidez, y extension; y conformándome con su dictamen expuesto en el n. 78. aconsejo al Escribano que no autorice dicho contrato sin que preceda licencia 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, y opiniones el dinero del comprador.

119 Quando la muger casada celebra por su hecho propio algun contrato, por el qual 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 respectos, ni preguntar al marido si quiere, ó no obligarse y en que 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 omnimodamente con su muger, porque le dicen que es preciso que se obligue así. Y porque me ha causado novedad este irregular modo de escriturar, no puedo menos de preguntarles para salir de duda, qual es el oficio del marido, ó que papel representa en semejantes contratos? No encuentro que exerza, 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, vuelvo á preguntarles por qué razon ponen, ni á que viene la renunciacion de dichas Leyes, y el obligar al marido sin su expreso mandato? No puedo disolver esta duda ni apurar los fundamentos en que se afianzan, pues algunos, á quienes por tener fama de hábiles en el vulgo lo he preguntado, no me dieron otra solucion que la de concurrir dos personas en la Escritura, sin discernir los respectos, y fines á que se dirige su concurrencia; y otros, que lo hacian por haberlo visto practicar así á sus Maestros; cuyas razones como fútiles, y producidas por su ignorancia tan lejos estubieron de convencerme, que antes bien tuve por peor la disculpa que el yerro; por lo que debo advertir al Escribano que si en el caso propuesto ordena el instrumento en la forma predicha 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 Pastor, el Soldado y el Aldeano deben saber las Leyes concernientes á contratos, y últimas voluntades (1), pues las penales comprehenden á todos indistintamente, porque á todos está prohibido ser malos y hacer mal (2): ni el que debe aconsejarse de Letrado, porque los mas de los contrayentes ignoran la naturaleza de los contratos, están 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 que cláusulas ó renunciaciones son aquellas, y que 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. Y así digo: que el modo de ordenar la Escritura es que la muger, como única contrayente y otorgante, lleve sola la voz en ella, y despues de puesta

(1) Leyes ultim. al fin. tit. 1. Part. 1. y 31. tit. 14. Part. 5. (2) Ley 2. tit. 2. l. 3. N. R.

la cláusula de la licencia, según lo del núm. 110. prosiga con lo dispositivo y decisivo del contrato, haga juramento conforme está estendido en el n. 117. y renuncie las Leyes que la protegen; (bien que en el caso propuesto ninguna la favorece, ni tiene que renunciar más que el hombre, porque la 61. de Toro habla de quando se obliga como fiadora de su marido, ó de mancomun con él en un contrato, ó en diversos, mas no quando los celebra sola por su hecho propio, sin que el marido quede obligado, y las demás tampoco la auxilian, y así no viene al intento su renunciación, y por lo mismo es superflua) 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 si no 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.

120 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 qual tiene autoridad, porque hace oficio de Juez) y de ello dar fé, y de otra suerte no cumple con su obligación. Y asimismo 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 substancialmente su contexto, si necesario fuese, para que queden más bien enterados de la obligación que constituyen, lo qual se colige de las Leyes 54. título 18. Partid. 3. y 1. t. 23. l. 10. N. R. y en la renunciación 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 especificación (a).

(a) Es muy oportuna esta doctrina del Autor; pero si la obligación ó contrato en persona de la muger es para disfrazar una fianza, le aprovecharán las leyes en su favor, si el otro contrayente, ú otorgante fue cómplice en la simulación. Otra cosa sería si no fuese sabedor; pues como en tal caso hay dolo en la muger, no debe á costa de la buena fé sacar partido de él.

121 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 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 están discordes los AA. (1); pero el Escribano en cumplimiento de su oficio advierta á la muger los efectos de esta concurrencia, para que sepa lo que hace.

§. V.

De las fianzas y mancomunidad.

122 La fianza es un contrato, por el qual una persona se obliga á pagar la deuda ó cumplir la obligación de otra. Fiador (palabra que viene del verbo *Jubeo* y del nombre *Fides*, de que se compone en latin) quiere decir hombre que dá su fé y seguridad, y promete á otro hacer alguna cosa por ruego ó mandato del que le mete en la fianza (2). Puede ser Fiador el que pueda prometer, y por la promesa quedar natural y civilmente obligado: recibir fiadores todos los que tienen facultad de hacer promesas, y constituirse la fianza por carta ó escritura, ó de palabra entre presentes y ausentes, no solo por la obligación presente, sino por la pasada y futura, ya provenga de contrato ó delito, y el deudor esté vivo y lo sepa ó lo ignore, ó esté muerto (3). Advirtiéndole que si fia al deudor ignorante, podrá recuperar lo que pague por él por la acción que tiene el *procurador voluntario* y no por la *Mandamiento* (4), pero si le fia contradiciéndole él, ni por una ni por otra (5), porque por la prohibición expresa del deu-

(1) Olea, de Ces. jur. t. 5. q. n. 11. Gutierr. de Juram. confirm. part. 1. cap. 1. n. 17. y sig. (2) Ferrar. Biblioth. en la pal. Fidejussio. n. 1. y 2. (3) Leyes 1. y 6. tit. 12. Part. 5. Gom. lib. 2. Var. cap. 13. n. 1. y 11. & ibi Ayllon, n. 2. Parl. different. 59. n. 1. Ferrar. ibi n. 3. al 7. (4) Leyes Fidejubit pro alio, ff. de Fidejussorib. ley Ex mandato, §. 1. ff. Mandati, y ley 3. §. fin. y ley sig. ff. de Negot. gest. (5) Ley