

LA RECEPCION ESPAÑOLA DEL SENADO CONSULTO VELLEIANO

INTRODUCCION

1. *La transcendencia histórica del s. c. Velleiano y la ausencia de atención en la historiografía española*

Bajo el régimen republicano, Roma ha reservado a la familia como institución ordenadora y a la costumbre como vía reguladora lo relativo a la normación de la vida de los matrimonios, en tanto a partir de Augusto el poder público no deja de inmiscuirse hasta absorber la función. Según el testimonio de Ulpiano, en épocas de Augusto y de Claudio se promulgan edictos que prohíben a la mujer interceder en favor del marido¹. En fecha incierta², se promulga uno de los primeros senadoconsultos con fuerza de ley, que es conocido como "senado consulto Velleiano", a causa de ser Velleyo Tutor uno de los dos cónsules, el cual, planteándose el problema de la mujer en el derecho de obligaciones establece que no se conceda acción contra ellas cuando interceden por otros como fiadoras o dando dinero a título de préstamo, fundamentando esta posición en que la mujer no puede

1. Ulpiano, "Comentarios al Edicto", lib. XXIX, en D. XVI, 1, 2. "Et primo quidem temporibus Divi Augusti, mox deinde Claudii, Edictis eorum erat interdictum, ne feminae pro viris suis intercederent".

2. Según Sancho LLAMAS y MOLINA, "Comentario a las leyes de Toro", II, 5.^a ed. Madrid, 1875, pág. 318, Heineccio lo data en el año 763 de la fundación de Roma. En "Nuovo Digesto italiano". A cura di Mariano d'Amelio, con la collaborazione di Antonio Azara tomo XII, Turín 1940, voz "Senatusconsulta", págs. 35-36, se indica la fecha 799-46.

ejercer funciones varoniles y, por tanto, no es equitativo que pueda ser constreñida a responder de obligaciones de aquel género³.

Al parecer, con sentido estricto, la jurisprudencia entiende que la obligación de la mujer en los casos citados no es nula sino anulable, siempre y cuando aquélla, sus herederos o sus fiadores opongan a la acción noxal una excepción, que es la que recibe el nombre del senadoconsulto o "exceptio senatus consulti Velleiani". Con sentido menos estricto, esa misma jurisprudencia extiende los dos supuestos, fianza y préstamo mutuo, a todo género de obligaciones, en tanto frente a esa extensión se desarrollan restricciones, como las impuestas por rescriptos de Antonio Pío y de Severo, que limitan la excepción a las mujeres "engañadas" y excluyen a las "engañadoras", o las que deben proceder de la jurisprudencia al excluir la excepción frente a menores, por actos favorables a la mujer, por actos de constitución de dote o cuando la mujer deviene heredera del intercesor⁴.

Probablemente, la continuidad legislativa no aparezca demasiado clara. Augusto ha debido complementar la prohibición de la donación entre cónyuges, debida a la costumbre expresamente

3. "Postea factum est Senatusconsultum, quo plenissime feminis omnibus subventum est. Cuius Senatusconsulti verba haec sunt: Quod Marcus Silanus et Velleus Tutor, Consules, verba fecerunt de obligationibus feminarum, quae pro aliis reae fierent, quid de ea re fieri oportet, de re ita consuluerunt; quod ad fideiussiones et mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint feminae, pertinet, tametsi ante videtur ita ius dictum esse, ne eo nomine ab his petito, neve in eas actio detur cum eas virilibus officiis fungi et eius generis obligationibus obstringi non sit aequum, arbitrari Senatum, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in iure aditum crit, si dederint operam, ut in ea re Senatus voluntas servetur."

4. En todo lo dicho, y meramente a título de introducción, se sigue el artículo citado en nota 2. que, según me informa mi querido amigo el profesor CALONGE, pertenece a Eduardo VOLTERRA, y también a Charles LEFEBVRE, "Cours de Doctorat sur l'histoire du droit matrimonial français", París, 1906 págs. 99-123, sin pretender invadir el campo de los romanistas al que soy, desgraciadamente, ajeno. Incluso no me ha sido posible ver P. PIERRET, "Le s. c. Velleien", 1947 y VOGT, "Studien zum s. V.", Bonn, 1952, que son citados por Adolf BERGER, "Encyclopedic Dictionary of roman law", Filadelfia, 1953.

reconocida al final de las guerras púnicas⁵, pues la intercesión se prestaba a ser el medio de defraudar aquella prohibición. Sin embargo, es dudoso que el senado consulto haya querido estar dentro de la línea, pues aparte de referirse a sujeto distinto, como es el de la mujer en general frente a la mujer casada en particular, ha respondido a otra fundamentación, cual es la de la referida exclusión de la mujer en las funciones viriles⁶. Es posible, pues, que lo que nos impresione es la conexión realizada por Ulpiano, jurista muy posterior a los hechos, cuando, por otra parte, si bien se observa la conexión es meramente la de una sucesión cronológica en las disposiciones.

La fundamentación de la prohibición parece que cambia radicalmente, sobre todo, en el período cristiano, dejando de descansar en la ausencia de capacidad femenina para las funciones viriles y pasando a hacerlo en la debilidad general de la mujer ante el Derecho o "infirmetas sexus"⁷. Como consecuencia de ello la fundamentación pasa de tener un carácter objetivo, lo que implica que la prohibición tenga caracteres de generalidad y las excepciones no residan en el sujeto, sino en las cosas, a tener un carácter subjetivo, de forma que la aplicación de la prohibición sólo descansa en una presunción, y, por tanto, desaparecerá tantas veces como lo haga la presunción, lo que significa la entronización de la renuncia, es decir, la posibilidad de que a la mujer no le corresponde el ejercicio de la excepción, si previamente ha renun-

5. La idea del complemento se encuentra en Lefebvre. Sobre la prohibición de donaciones entre cónyuges, vid. Jesús LALINDE, "Capitulaciones y donaciones matrimoniales en el derecho catalán", Barcelona, 1965, pág. 140.

6. Así se destaca por GIDE, op. cit. más adelante, págs. 173-185.

7. La idea es expuesta por Biondo BIONDI, "Il Diritto romano cristiano", II, Milán, 1952, págs. 219-220, que dice que algunos principios clásicos que tenían razón de ser pasaron a fundamentarse en la "infirmetas sexus", como hizo Justiniano para la "intercessio", siendo extraño al pensamiento de los clásicos. Según el autor italiano si la jurisprudencia se hubiera orientado por ello, como en el caso de los menores de edad, hubiera conducido a una incapacidad general, mientras en el caso de la mujer se interpreta restrictivamente. El fundamento en la jurisprudencia clásica estaba en la incapacidad para los "officia civilia", de donde por razones de equidad se excluía a la mujer del "periculum rei familiaris".

ciado a la concesión hecha por el senado consulto⁸. En definitiva, puede decirse que lo que era derecho objetivo se ha convertido en derecho subjetivo o beneficio y, por tanto, a la irrenunciabilidad ha sucedido la renunciabilidad.

Justiniano, siempre respetuoso con el Derecho antiguo en el sentido de no preterirle, ha prestado atención al s. c. Velleyano, como a los demás senados consultos⁹. Ha principiado por reforzar sus efectos, haciendo más difícil la renuncia, al exigir que la intercesión de la mujer para que sea válida haya de hacerse en acto público y ante tres testigos. Sin embargo, el emperador bizantino no ha podido desconocer la evolución del senado consulto, y considerándolo un beneficio ha admitido que éste no tiene lugar cuando la mujer ha sido retribuida por la intercesión, y ello aun cuando este último acto no se haya celebrado con la solemnidad antes mencionada, como asimismo ha admitido que el beneficio no tiene lugar cuando la mujer en edad mayor renueva después de dos años la intercesión, cuando ha actuado por la liberación de un esclavo o cuando ha renunciado para asumir la tutela del propio hijo¹⁰.

Lo incompleto del reforzamiento de los efectos del senado consulto ha debido inducir a Justiniano a separar del mismo el supuesto de la mujer casada cuando ésta intercede en favor de su marido, por otra parte, sin violentar el Derecho clásico, en cuanto ha podido entender que con ello no hacía sino restablecer el orden que se había fijado en tiempos de Augusto y Claudio, con

8. Así lo ve GIDE, loc. cit., que dice que en principio no tiene excepción, sino los límites que impone la naturaleza de las cosas y la intención del legislador. Siendo contrario al orden público y a las buenas costumbres, no se prohíbe la intercesión en favor del marido, sino en favor del extraño, y no puede renunciarse, correspondiendo el cambio a la jurisprudencia posterior para eludir el senado consulto so pretexto de explicarle.

9. En el artículo citado en nota 2 se destaca cómo todo un título del D., el 16, 1, recoge 32 fragmentos de jurisconsultos sobre el senado consulto; como el texto se conserva a través del fragmento de Ulpiano, y cómo se recoge también en un título (II, 11) de las Sentencias de Paulo, y en el C. (4, 19 y 5, 46).

10. C. 4. 19, 22-23; C. 5. 35, 5; Nov. 118, c. 4. cit. en el artículo de referencia.

anterioridad al senado consulto, y, además, ha debido seguir la línea de Diocleciano y Maximiano, que prohibieron aplicar el senado consulto en el caso aludido de fianza de la mujer a favor del marido¹¹. Esto es lo que ha dado lugar al nacimiento de la Auténtica "Si qua mulier", que declara la nulidad de toda intercesión de la mujer a favor del marido, a menos que aquélla extraiga ventaja¹². Con ello, pues, la legalidad aparece como la concesión de un beneficio general a la mujer cuando interceda a favor de un tercero, que como tal beneficio tiene muchas excepciones y es renunciabile, dentro del cual no se considera incluido el supuesto de la mujer que intercede por su marido, donde se observa un criterio muy restrictivo, que se acerca a la nulidad absoluta.

Debe observarse que ésta es la legalidad justiniana, que significa un retorno a la legalidad clásica, apartándose de la evolución que esta misma ha experimentado hasta desembocar en la legislación teodosiana, reflejada en el Breviario de Alarico a través de las Sentencias de Paulo, donde lo que se conserva es el senado consulto como prohibición general de la intercesión de la mujer en favor de tercero¹³, con la excepción del caso en que la mujer interceda como tutora de sus hijos, en cuyo caso queda obligada¹⁴, y en donde el supuesto de la intercesión de la mujer casada por su marido no se previene específicamente, con lo que hay que considerarse como incluido sin especialidad alguna dentro de la prohibición general. El resultado, aunque pueda parecer el mismo, es totalmente distinto, pues la evolución que experimenta el senado consulto arrastra en la legislación teodosiana el caso de la mujer

11. Vid. este dato en LLAMAS, op. cit., pág. 319, que debe seguir a Heineccio.

12. Nov. 134, c. 8, cit., en el artículo de VOLTERRA.

13. "Pauli Sententiarum, II, 11. Brev. Alarico. Ad senatusconsultum Velleianum. I. Sententia. In omni genere negotiorum et obligationum tam pro viris quam pro feminis intercedere mulieres prohibentur. Interpretatio. In omni genere causarum pro quibuscunque personis mulieres fidem suam interponere prohibentur."

14. "2. Sententia. Mulier, quae pro tutoribus filiorum suorum indemnitate[m] promisit, ad beneficium Senatusconsulti non pertinet. Interpretatio. In hac tantum mulier fideiussione tenetur, ut, si tutores filiis suis petat et pro eis fideiussor existat, filiis teneatur obnoxia."

casada que interceda en favor de su marido, en tanto no sucede así en la legislación justiniana, donde los efectos de este último supuesto son mucho más radicales.

Como es obvio, la trascendencia histórica de estas disposiciones es grande en el Derecho europeo continental, y, por ende, en el español. Comprendiéndolo así, la Academia de Ciencias Morales y Políticas de Francia convocó en 1866 un concurso para historiar el senado consulto, afirmando que durante muchos siglos la ley del mundo civilizado había dependido de él y que todavía gobernaba varios países de Europa¹⁵, lo que dio por fruto la obra de Pablo Gide, todavía clásica en la materia¹⁶. Uno de los más notables historiadores de Derecho, Pedro de Tourtoulon, profundizó más, al tratar en un trabajo breve, pero intenso, sobre el senado consulto entre los glosadores¹⁷. Después, los correspondientes historiadores europeos que se han ocupado del tema de la condición de la mujer han tenido naturalmente que referirse a las citadas disposiciones.

En España, pese a la trascendencia del senado consulto y de la Auténtica, hasta el punto de estar vigente en parte del país, los historiadores no han prestado atención al tema, habiéndolo hecho yo por excepción en mi obra de conjunto¹⁸. Recientemente algunos juristas se han ocupado de él con motivo de la posible reforma de la legislación catalana, que es la que ha recogido las disposiciones romanas de referencia.

15. El concurso pretendía "tracer l'histoire de cet acte célèbre qui a été pendant tant de siècles la loi du monde civilisé, et qui gouverne encore plusieurs pays de l'Europe".

16. Paul GIDE, "Étude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne et en particulier sur le sénatusconsulte Velleien", París, 1867.

17. Pierre de TOURTOULON, "Le Velleien chez les glosateurs", en "Études d'histoire juridique offertes à Paul Frédéric Girard par ses élèves", tomo I, París, 1912, págs. 417-434.

18. Jesús LALINDE ABADÍA, "Iniciación histórica al Derecho español", Ed. Ariel, Barcelona, 1970, núms. 858 981 y 982.

2. *La dedicación del presente artículo
a don Claudio Sánchez-Albornoz*

Confiando en que la escasa valía del artículo no se utilice para medir la intensidad del homenaje, aquél ha sido redactado expresamente para su ofrecimiento a don Claudio Sánchez-Albornoz. Debido entonces a mi juventud, no llegué a conocerle cuando antes de la guerra civil española, y bajo la orientación de mi gran maestro de siempre, don Francisco González Santiago, comenzaba a visitar el Centro de Estudios Históricos. Después me ha impedido hacerlo su prolongado exilio, y, finalmente, un año en que creí alcanzar la ilusión de verle en una de las famosas "Semanas" de Spoleto, una inoportuna enfermedad le privó de asistir, y sólo me cupo el honor de que, a falta de otro español, los organizadores me encomendaran la lectura de la comunicación que había enviado. Sin perder la esperanza de poderle expresar personalmente mi devoción profesional, me complace rendir aquí tributo públicamente a uno de los historiadores europeos de talla más relevante de nuestro siglo.

En el presente artículo que, para evitar molestias, no ha sido subtulado "notas", "introducción" o algo similar, no se pretende, como se comprenderá por la extensión breve a que el homenaje obliga, sino solamente registrar el fenómeno de la recepción de una norma concreta romana en los territorios hispanos, estimulando a los historiadores españoles a que sigan uno de los caminos que pueden ser más fecundos para la Historia del Derecho español, como es el rastreo histórico de los dogmas jurídicos.

I. LA RECEPCION IMPERFECTA Y PRECOZ
EN EL DERECHO LOCAL

3. *La precocidad e imperfección de la recepción en el Derecho local*

Hasta que se produce el triunfo del ordenamiento territorial sobre el local, lo que no suele tener lugar en los distintos territorios hispánicos hasta bien entrado el siglo XIV o el XV, la creación o la recepción de instituciones debe ser considerada en ambos planos,

pues de otra manera la visión es deformada. Ha habido instituciones que sólo han vivido en el marco local y que, por tanto, sólo han tenido validez en un determinado círculo urbano o rural, sin que se haya extendido a los demás, habiendo tenido incluso, dificultades para encontrar el apoyo de los tribunales reales. Otras ha habido que sólo se han desarrollado en el marco territorial y que, por tanto, sólo se han aplicado allí donde ha ejercido su actividad directa la jurisdicción real, quedando excluidas de todos aquellos lugares, reales o señoriales, donde el ordenamiento ha podido alcanzar cotas altas de autonomía por poseer una jurisdicción también altamente autónoma.

Lo que ha sido también generalmente posible es que las instituciones hayan nacido y, sobre todo, se hayan "recibido" en ambos ordenamientos. Frente a lo que se sienta inclinado a creer una mente moderna, fuertemente territorializada, hasta el triunfo del ordenamiento territorial, que, lógicamente, se produce por una decadencia de los ordenamientos locales, han sido éstos los que se han adelantado, dando lugar a una recepción precoz de instituciones. Esta recepción se ha caracterizado, sin embargo, por su imperfección. Se produce por la vía consuetudinaria y, en principio, aspira a una recepción perfecta y total, pero por la misma vía consuetudinaria va eliminando aquellos elementos que no puede asimilar, de forma que cuando finalmente lleva la institución a una plasmación escrita no hace sino dar aquellos rasgos que más fuertemente la han impresionado o, mejor aún, aquellos que han cambiado y reelaborado, lo que hace que, a veces, casi nos la haga irrecognoscible.

En todo caso, y a medida que se estudie la evolución de los institutos jurídicos particularizados, creo que se llegará a la conclusión de que los ordenamientos locales han sido altamente sensibles, como no podía menos que suceder, a las necesidades vitales, adelantándose al ordenamiento territorial, más lento y tardío, aunque eso sí, más concluyente y definitivo. Consecuentemente, creo que se llegará a la conclusión de que las instituciones romanas han sido acogidas en los ordenamientos locales antes de las fechas que solemos atribuir a la "recepción", si bien, como se ha dicho antes, esa recepción se produzca en forma que pudiéramos calificar de imperfecta.

4. *La mayor pureza de la recepción en los ordenamientos locales catalanes*

Como es una constante histórica, la mayor pureza de recepción se produce en Cataluña, también aunque sea en el campo de los ordenamientos locales. Principia por ser nominada o expresa, es decir, que el propio senado consulto aparece citado, tanto en Tortosa, como en Barcelona. La mayor pureza se consigue en el primer lugar citado, cuyas "costumbres", como es conocido, han alcanzado un alto grado de romanismo. En ellas, aunque entonces sin citar el senado consulto, se procede prácticamente a una definición de su contenido, en cuanto que se establece que es nula la fianza que realice una mujer, no pudiendo ser constreñida a pagar, salvo en aquellos casos en los cuales el "Derecho", que se entiende es el romano, permite que se pueda obligar por otro¹⁹.

La nominación del senado consulto aparece en las Costumbres de Tortosa cuando lo que se regula es la responsabilidad de la mujer en las deudas del marido, y entonces aparece considerado como "beneficio". La regla general que se establece es que los cónyuges y los hijos, todos entre sí, son independientes en orden a las deudas, es decir, que ni la mujer puede ser demandada por las deudas del marido, como no puede serlo el marido por las de la mujer, ni la madre por las del hijo. Se exceptúa entonces el supuesto de la obligación conjunta de marido y mujer, en cuyo caso los acreedores tienen que repetir primeramente contra el marido y sus bienes, pero pueden hacerlo después contra los de la mujer, aún en el caso de que ésta hubiera renunciado al beneficio²⁰.

Este último supuesto es el que da lugar a la nominación del

19. "Costums de Tortosa, IV, 7, 1. Fermança que femna faça, nuylla valor no ha, n'en pot n'en deu esser forçada ne destreta de re a pagar ni n'es tenguda en re, si doncs alguns d'aqueles cases, en los quals Dret vol qu'es puxen obligar per altre, no y auia."

20. Id., id. "Que la muller per lo marit, ni'l marit per la muller, ne la mare per lo fill no sien demanats... Pero si el marit fa algun contrait en lo cual s'oblig la muller ensems ab lo marit ab carta, e cascú per lo tot et abduy que sien principals, lo creador com sera passat primerament per lo marit e per tots los seus bens, pot tornar sobre la muller, et sobre tots los seus bens, venuts et alienats tots los bens del marit, jas sia ço que ella no faça sacrament en la obligacio; ne aja renunciat a benifeyt de Velleya..."

senado consulto en Barcelona, donde aparece en el capítulo 11 del "Recognoverunt proceres", como se sabe, de 1283. La problemática es la misma, es decir, la de la responsabilidad de la mujer en las deudas conjuntas con el primer marido, si bien la solución sólo coincide en un primer paso, como es el de que la mujer no responde mientras basten los bienes del marido, pero difiere en un segundo grado, pues mientras en Tortosa se daba paso ampliamente a la responsabilidad de la mujer, en el privilegio barcelonés se reduce a la mitad de la deuda, y ello aunque hubiera renunciado al que aquí en lugar de "beneficio" se le aplica el término, por otra parte, equivalente, de "derecho"²¹. Sin embargo, la mayor restricción en la cuantía de la responsabilidad de la mujer aparece en cierta manera compensada por una mayor restricción también en los supuestos, en cuanto que en el privilegio barcelonés se limita a las obligaciones nacidas de préstamo o depósito, en tanto en la ordenación tortosina la limitación no existe y se extiende a cualquier contrato.

La extensión de estos principios en los restantes ordenamientos locales catalanes no es conocida y deberá ser objeto de confrontaciones documentales. Puesto que en Lérida se admite la aplicación de leyes romanas, y los usos y las leyes godas no parecen decir nada que impida la aplicación del senado consulto²², no es muy aventurado suponer que se ha podido desarrollar de manera similar a la de Tortosa, con cuyo ordenamiento está muy ligado. Por su parte, en Gerona se ha "recibido" el "Recognoverunt proceres"²³, y si es dudoso que el capítulo 11 sea uno de los aplicados o de los más aplicados, puesto que no aparece entre los expresamente aludidos en la recopilación gerundense, no hay nada que contradiga

21. "Recognoverunt proceres, cap. 11. Qual part paga la muller obligada ab lo marit. Encara que la muller qui sobliga ab lo marit en prestech o en deposit, no es tenguda de pagar mentre quels bens del marit basten, e en deffalliment del marit es tenguda a la maytat. E aço si be ho a jurat e renunçiat asson dret de Veylea e al dret dessa obligacio."

22. Vid. Costumbres de Lérida (ed. Pilar Loscertales), núm. 169.

23. Consuetudines de Gerona (ed. Rovira Armengol), Madrid. 1929, par. 74. "Iste generales consuetudines servantur in tota Cathalonia, quas confirmavit et approbavit dominus rex Petrus secundus universis civibus atque habitatoribus Barchinone et sunt XX.^a. Recognoverunt proceres Barchinone...".

la aplicación de los presupuestos obligados en el privilegio barcelonés.

Insistiendo en lo manifestado en el epígrafe anterior, hay que destacar la precocidad de la "recepción local" en un momento, como es el de las dos últimas décadas del siglo XIII, en el que la "recepción territorial" aparece prohibida en Cataluña, como consecuencia de la primera reacción nacionalista catalana, a cargo de Jaime I²⁴.

No supone, sin embargo, precocidad respecto a Europa, sino contemporaneidad, siempre, como se ha dicho, en cuanto al ordenamiento local. Hacia la mitad del siglo XIII se difunde en Salerno la renuncia al senado consulto, no sólo entre la población acogida a las leyes romanas, sino también entre la que se rige por las leyes lombardas²⁵. En Francia, la del derecho escrito, donde se desarrolla un sistema de administración conjunta del patrimonio conyugal, con "laudationes" de la mujer en las ventas consentidas por el marido, el notario procede con motivo de aquellas a rechazar las excepciones que el derecho romano confería a la mujer, y entre ellas, como la primera la del senado consulto Velleiano, fenómeno que se aprecia especialmente entre los arlesianos y los aviñoneses, entre los cuales aparece, ya en 1192 y, sobre todo, desde 1198, aunque todavía hay notarios que utilizando en 1201 la renuncia de todos los derechos matrimoniales no practican todavía como específica la del senado consulto²⁶. En la costumbre de Montpellier de 1204, el senado consulto aparece claramente aludido,

24. Vid. LALINDE, *op. cit.*, núm. 233.

25. Vid. CALASSO, *Introduzione al Diritto comune*, Milán, 1951, página 275. Cita el caso de un marido que en 1255 da a su mujer como fiadora, la cual renuncia a "omni legum auxilio et specialiter velleiani, certiorata se posse eodem velleiani auxilio adiuvari".

26. Vid. Marie-Louise CARLIN, "La pénétration du Droit romain dans les actes de la pratique provençale (XIe-XIIIe siècle)", París, 1967, páginas 128-131. Según la autora, la renuncia del Velleyano se encuentra en un acto de venta de 1192, en el momento mismo en que la renuncia general ha tomado su formulación definitiva, y es la primera que aparece de un número de cuatro. Sin embargo, cita notarios que sólo la utilizan desde 1198, y quien utilizando en 1201 la renuncia a todos los privilegios no practican todavía la del senado consulto, en tanto que en la región de Niza en 1212 se utiliza la del Velleyano y se ignora las restantes hasta 1219.

aunque no se le nomine²⁷. En el derecho belga de los siglos XII y XIII la regla no existe, y la mujer, incluida la casada, puede obligarse por otro, prestando caución de hecho en muchos documentos en provecho de terceros, pero en la última centuria citada el derecho romano se infiltra y se encuentra también la renuncia al senado consulto, entre otras, pudiendo afirmarse su infiltración durante los siglos XIII al XVI en la mayor parte de las costumbres, junto con la auténtica "Si qua mulier"²⁸.

En todo caso, la recepción se desarrolla preferentemente a través de la práctica notarial, que a su vez debe utilizar ampliamente los textos romanos, y no solamente aquellos compendios a los que se suele atribuir una especial difusión, como es el caso de las "Excepciones Petri", donde sólo se contiene una formulación sumaria, que no hubiera servido para el desarrollo de las renunciaciones²⁹.

Entre las Costumbres de Montpellier y de Tortosa parece haber alguna analogía, aunque no sea muy completa³⁰, y no es muy aventurado suponer que la primera ha sido tenida en cuenta al redactar la segunda. Pese a la mayor pureza de recepción en relación a otros territorios, en todos éstos puede hablarse también de

27. Costumbre de Montpellier, artículo 38. "Si mulier fidejusserit pro aliquo vel pro aliqua, tenetur in illis casibus in quibus legibus permittunt; nam secundum leges viget intercessio femine creditoris ignorantia et obligantis se scientia largitione rei propriae ratione renuntiatione pignoris et hypothecae remissione secundo post biennium cautione coram tribus testibus instrumento post emissa confessone libertate dote; et si exercent officium et gratia illius intercedat, vel voluntate mariti, efficaciter obligantur".

28. Se sigue a John GILISSEN, "Le statut de la femme dans l'ancien droit belge", en "Recueils de la Société Jean Bodin, XII, La femme, 2 parte, Bruselas 1962 (págs. 255-321), págs. 274-276. Según el autor, págs. 276-7, en Lieja el senado consulto parece haber sido admitido al menos en los siglos XVII y XVIII, al contrario que en las grandes villas de Bravante, donde no fue admitido. En la costumbre de Bruselas de 1606 se prevé expresamente que la mujer casada pueda, con autorización de su marido, obligarse y dejarse condenar por su marido, sin necesidad de renuncia.

29. "Petri Exceptiones" (vid. Federico Carlo SAVIGNY, "Storia del Diritto Romano", volume terzo, Florencia, 1845), IV, 53: "Quod diximus de uxore, idem intelligendum de marito; in hoc differunt, quia maritus fidejubendo pro uxore obligari potest; uxor autem nec pro marito, nec pro alio fidejubendo obligatur, mulieribus omnibus in intercessionibus subvenitur".

30. Vid. notas 19 y 27.

su nota de imperfección, en cuanto no se encuentra una regulación positiva completa del senado consulto, sino una alusión a él como conocido y vigente, de forma que, precisamente, lo que se regula es la desviación específica que se establece con respecto a la disposición romana. Con ello se confirma la visión que todo medievalista adquiere con la lectura de los textos en el sentido de que sólo contienen el Derecho excepcional, es decir, una mínima parte del Derecho aplicado, como no podía menos de suceder si se tiene en cuenta la habitual no excesiva amplitud de los citados textos.

5. *La especial impureza receptiva del Ordenamiento local bajo-aragonés y castellano con la limitación de los efectos a la mujer casada*

El problema de la capacidad de la mujer como fiadora parece inquietar en el Derecho local bajo-aragonés y en el castellano, ambos de extremadura, pero en ambos circunscrito a la mujer casada, y no a la mujer, en general, apartándose con ello del senado consulto Valleyano. No puede, sin embargo, pensarse en la recepción de la Auténtica "Si qua mulier" en sustitución del senado consulto, pues, las soluciones no se limitan a la fianza por el marido, o antes bien, lo que prohíben en la fianza por terceros, lo que, en todo caso, lo que puede demostrar es un confusionismo entre el senado consulto y la Auténtica.

La conciencia del senado consulto es discutible o parece lejana en los ordenamientos locales castellanos más occidentales, es decir, en los de la Extremadura actual, incluida Portugal. En el fuero de Usagre parece declararse en principio que la mujer no responde, en general, por causa de fianza, lo que estaría de acuerdo con el senado consulto, pero de la última parte del epígrafe y del contenido se desprende que lo que sucede es que ni la mujer casada ni los hijos y herederos, en general, responden sino por las deudas del marido, padre o "de cuius", en sus respectivos casos, sin que se extienda en ningún caso a las deudas ajenas en que este último hubiera podido implicarse como fiador³¹, y esto mismo se encuentra

31. Fuero de Usagre (ed. Rafael de Ureña y Adolfo Bonilla San Martín, Madrid 1907), 99: "Mulier non responder per fiadura nin filios. Homo

en la Costumbre de Castello-Bom³². El alejamiento del senado-consulto y, es más, una verdadera negación de la Auténtica parece encontrarse en Zorita de los Canes donde se sanciona, incluso, el que no se quiera admitir a la mujer o a los hijos como deudora en sustitución del marido o del padre, respectivamente³³, donde parece que se ha querido amparar a los deudores frente a acreedores excesivamente empeñados en una responsabilidad personal, que supondría el ejercicio de una venganza³⁴.

Donde la conciencia del senado consulto ya no es discutible es en el Derecho bajo-aragonés y castellano oriental, si bien con la impureza aludida al principio. En el fuero de Cuenca se declara la incapacidad de la mujer casada para ser fiadora por encontrarse bajo la potestad del marido³⁵, lo que asimismo declara el fuero de

qui morierit non responde su mulier nin suos filios, ni qui sua bona heredar nisi pro suo debito; et non respondan per otra fiadura, et los parientes que touieren los orphanos con sua bona respondan por el depdo, et non se paren tras anno neque tras respuja”.

32. *Costum de Castello-Bom* (ed. “*Portugaliae Monumenta Historia. Leges et consuetudines II*, fasc. I, Lisboa, 1856, pág. 754); “Qui morierit non responsa su mulier uel suos filios aut qui sua bona hereditare nisi pro suo debito. Et qui tenerit parentes orphanos cum sua bona respondat; et non se pare tras anno, neque trans respusa”.

33. *Fuero de Zorita de los Canes* (ed. Rafael de Ureña, Madrid, 1911), 496: “Dela muger que quisiere entrar debdor por el marido. Si la muger, oel fijo del preso por debdo manifiesto, faziendose debdor, en lugar del entrar quisiere, ante alcaldes sea reçebido, et tod aquel que reçebir non le quisiere, peche CCC sueldos: empero, aquel que en lugar de preso entrar quisiere, una vez entre, et non salga ende, fasta que todo el debdo pague”. Sobre posible origen romanista de este precepto vid. más adelante la doctrina de Gregorio López en relación al texto de Partidas que se cita en nota 88.

34. Eduardo de HINOJOSA, “El elemento germánico en el Derecho español”, Madrid, 1915, págs. 88-89, destacaba que la responsabilidad de la mujer por el marido, no prescrita ya en los fueros de los siglos XII y XIII en León, Castilla y Portugal, se había conservado en Teruel hasta mucho después, fuero que, como se sabe, corresponde a la misma familia que el de Zorita.

35. *Fuero de Cuenca* (ed. Ureña), XIX, 3: “...Quare mulier coniugata neminem superleuare potest, quia in potestate mariti est...”. El código valentino dice: “... et esto por que la muger non puede leuar a ninguno, por que es en poder del marido...”.

Teruel³⁶ y del de Albarracín³⁷. Este principio ha sido adoptado por el Derecho comarcal castellano representado, como se sabe, por el Libro de los Fueros de Castilla y el Fuero Viejo, pero extrayendo la conclusión de que si la mujer no puede salir fiadora de un tercero por encontrarse bajo la potestad del marido se entiende que la incapacidad cesa cuando éste último da su consentimiento³⁸, que es lo mismo que ha recogido el Fuero Real³⁹ y aplicado las Leyes del Estilo⁴⁰. Sumamente interesante es la postura que adopta el fuero de Soria, el cual, a diferencia del fuero de Usagre, responsabiliza a la mujer por las fianzas del marido en la mitad de ellas, tanto en vida de aquél como a su muerte⁴¹, lo que está recordando

36. Fuero de Teruel (ed. Max Gorosch, Estocolmo, 1950), 168: "...ho muger casado como seya en poder de su marido... non pueden estos tales entrar cableadores a ninguno segunt fuero...".

37. Fuero de Albarracín (ed. Carlos Riba y García, Zaragoza, 1915, página 58): "...Porque el iuceç, e los alcaldes, o el escriuano o iurados de conceyo... o clerigo si non por mandamiento del bispe o de arcidiagno, o encara de arcipreste o de uicario o sieruo o mulier casada que sea en poder de marido o fillo emparentado demiente que sera en poder de los parientes non puede sobreleuar a ninguno segunt fuero...".

38. Libro de los Fueros de Castilla 239: "Titulo de deuda o de fiaduria que faga la muger sin otorgamiento del marido. Esto es por fuero: que muger que ha marido e fase deuda o echa fiador a otro omne por qual quier deuda que sea, et el marido non lo ouyere otorgado, non pagara la deuda nin quitara la fiadura que oueysse fecha, amenos de lo mandar e otorgar su marido...".

Fuero Viejo de Castilla, V, 1, 9: "Esto es fuero de Castiella: Que ninguna Dueña que marido aya non puede comprar eredamiento, nin puede facer fiadura contra otro, sin otorgamiento de suo marido...".

Id. V, 1, 12. "Si la muger, que a marido, face debda, o mete fiadores a otro ome por qualquier debda que sea el marido non lo otorgando non pagara la debda nin quitará la debda, nin fiaduria, que oviese la muger fecho, a menos de lo otorgar suo marido...".

39. Fuero Real, III, 20, 13: "Como la muger no se puede obligar sin licencia de su marido. Maguer, que muger de su marido no pueda fiar, ni acer deuda sin otorgamiento de su marido...".

40. Leyes del Estilo, CCLXIV. "Quando vale en contrato que face la muger casada. Otrosí, en el título de las Deudas, y de las pagas, en la Ley que comienza: Maguer asi que muger de su marido no puede fiar, ni facer deudo sin otorgamiento de su marido".

41. Fuero de Soria, 400 (ed. Galo Sánchez): "Si el marido ffiziere

algo la solución del "Recognoverunt proceres", si bien "legalizando" o generalizando lo que en el último no era sino el supuesto particular de obligación mancomunada y, por tanto, voluntariamente específica, de marido y mujer⁴². Parecida postura a la del fuero de Soria o la del Fuero Viejo donde se exceptúa la fianza del marido a título gratuito⁴³.

De todos los preceptos se obtiene la conclusión de que se ha tenido que operar un proceso complejo, sobre el que no es posible sino hipotetizar en espera de estudios sobre documentos de aplicación del Derecho, por otra parte, desgraciadamente no muy numerosos ni expresivos para estas épocas. Dentro de la hipótesis cabe destacar la influencia que ha debido ejercer la población de origen europeo, procedente por origen o de tránsito del sur de Francia, donde como se ha dicho, la vigencia del senado consulto se ha desarrollado desde fines del siglo XII, y también el conocimiento del Derecho romano, que se ha poseído en las incipientes universidades italianas y francesas. Introduciéndose el Derecho romano más por la vía consuetudinaria que por la textual, el fundamento de la incapacidad de la mujer ha cambiado, sustituyéndose la de la imposibilidad del ejercicio de función viril o de la debilidad femenina por la de la sumisión de la mujer al marido, lo que se ha unido a un confusionismo entre el contenido del senado consulto

debda o ffiadura despues que el e su mugier ffueren ayuntados por casamiento e ouieren tomado bendiciones, do quier que la faga paguenla de consouno. Et si el uno dellos muriere ante que la debda ssea pagada, el que ffincare biuo pague la meytad. Et si la mugier ffiziere debda o ffiadura sin otorgamiento de su marido, ella nin sus bienes non ssean tenidos por tal fiadura, saluo en aquella guisa que manda el ffuero de los emplazamientos. Et si ante que fuessen ayuntados por casamiento alguno dellos ffizo debda o ffiadura, paguela aquel que la ffizo; et ellotro ni sus bienes non ssean tenidos de paguarla". El "fuero de los emplazamientos", capítulo 135 establece que la mujer casada no puede ser emplazada a no ser que el marido esté fuera de la villa y del término.

42. El estudio institucional es necesario para establecer las relaciones entre los textos, en especial, entre el Fuero Real y Fuero de Soria sobre el que recientemente Gonzalo Martínez Díez ha rectificado la postura tradicional que representaba Galo Sánchez.

43. Fuero Viejo, V, 1, 10. Esto es fuero de Castiella. "Que si el marido face alguna debda, o fiadura por cosas que le pertenescen a él... la

Valleyano y el de la Auténtica "Si qua mulier"⁴⁴, que ha desembocado en la incapacidad de la mujer casada para fiar por terceros en los territorios castellano-aragoneses de privilegios radicales, pero más próximos a Europa, alejándose cada vez más de la solución del senado consulto cuanto más se ha alejado de la geografía de Europa, como ha sucedido en el caso de la actual Extremadura y de Portugal. Queda como enigmática la solución soriana en un triple aspecto: a) el de su alejamiento de la solución del Fuero Real; b) el de un posible acercamiento a la solución barcelonesa del "Recognoverunt proceres", difícil de explicar, y c) el de una posible aplicación radical del principio de comunidad de gananciales, con olvido absoluto del senado consulto y de la Auténtica.

6. *El carácter beneficioso del senado consulto para la mujer a través de su aplicación restrictiva*

Atacándose hoy con razón la vigencia del senado consulto en algunos territorios como más adelante se dirá, es preciso una defensa, aunque moderada, sobre su valor en los ordenamientos locales citados.

La situación jurídica de la mujer ha debido empeorar en España y en Europa, en general, conforme los poderes políticos se han consolidado y la vida se ha estabilizado. Necesitándose menos a aquélla en la lucha por la existencia, el hombre ha podido proceder a extremar su dominación y ha concluido por hacer de la mujer su objeto, aunque el máspreciado, "idealizándola" poéticamente y, en consecuencia, "desmaterializándola", y no sólo en el aspecto político.

Imputar la culpa de esta evolución al Derecho romano, redescubierto en Europa por estas fechas, puede ser equivocado. Se reconoce que en la Francia consuetudinaria o nórdica, antes de la in-

muger a sua parte en ellas, maguer quella non sea en la fiadura a otorgar quando la fizo el marido. Mas si el marido enfió algund otro ome por facerle placer, ella nin suos bienes non an que ver en tal fiaduria...".

44. Sobre confusionismo entre el s. c. y la Auténtica vid. Jean HILAIRE, "Le régime des biens entre époux dans la région de Montpellier du début du XIIIe siècle à la fin du XVIe siècle", París, 1957, pág. 128.

vasión de las ideas romanas del siglo XIII, muchas costumbres antiguas han prohibido a la mujer obligarse por el esposo, y la han permitido esto y prohibido interceder por un extraño⁴⁵, y que en las costumbres de Poitou, Auxerre, Tours, Bretaña, Melun, París, Bourlonnais, Anjou, Nivernais, Angoumois, Auvergne y otras se ha adoptado el principio de la sumisión marital⁴⁶. En Inglaterra, país poco romanizado, la mujer casada no ha podido realizar ningún contrato por su cuenta⁴⁷, y en España, en región tan poco romanizada, como Navarra, la situación de la mujer casada no ha sido poco precaria, al serla permitido exclusivamente una contratación de valor ínfimo⁴⁸, lo que han tenido que reconocer aún los escritores que han tratado de aquel ordenamiento con más simpatía⁴⁹. Parece, pues, que la situación jurídica de la mujer ha em-

45. Vid. Henri BEAUNE, "La condition des personnes", Lyon-París, 1882 págs. 523-526. Se entiende por "invasión" de las ideas romanas el momento de su consolidación, pero las reglas de esas costumbres han podido ya ser romanas, sobre cuya aclimatación se asombraba el autor. Compruébese una cierta correspondencia con la regulación en el fuero de Usagre.

46. Op. cit., págs. 515-516. El principio adoptado es el de que "femme, soit qu'elle ait ou père ou aieul paternel ou non, après la consummation du mariage, demeure en la puissance de son mary".

47. Vid. F. JOÛON DES LONGRAIS, "Le statut de la femme en Angleterre dans le droit commun medieval", en Recueils de la Société Jean Bodin, XII, "La femme", segunda parte, Bruselas, 1962 (págs. 135-241), página 178.

48. Vid. Ramón GARCÍA DE HARO DE GOYTISOLO, "La situación jurídica de la mujer en el derecho privado español", col. cit. (págs. 605-688), página 628, que destaca el que según el fuero de Navarra la mujer casada sólo puede disponer de dos rovos de harina o de trigo sin hacer otros contratos por valor mayor que un rovo de salvado.

49. Vid. el poco conocido trabajo del gran hispanista francés G. DES-DEVICES DU DEZERT, "De conditione Mulierum juxta Forum Navarrensiun", Caen, 1888, pág. 37, según el cual el fuero navarro favorece poco a la mujer casada en su capacidad no pudiendo sin voluntad del marido tomar en mutuo sino dos modios de harina o de pan, o su precio, para sustentar la casa. Según el autor francés, la condición de la mujer no discrepa de la servidumbre, si bien movido de su simpatía hacia el fuero navarro dice que se muestra más propicio a la mujer de lo que parece y que ninguna mujer carece de lo necesario para ordenar la casa, así como el que la mujer no pueda vender el fundo ni distraer bienes, etc., no es sino el precio de la concordia de la casa, y que por haberse omitido esto en las leyes de Aragón y de Castilla les vinieron muchos males.

peorado independientemente del Renacimiento del derecho romano, aunque este haya servido de instrumento, y eso sí, sea posiblemente el causante de que posteriormente no haya evolucionado de otra forma.

Causante o no de esa situación, el derecho romano no ha sido aplicado en el orden local de forma estricta, y así el senado consulto Valleyano lo ha sido en forma muy restrictiva, con lo que, aparte de que, en general, ha sido considerado como un "beneficio", no ha imposibilitado férreamente a la mujer para interceder por terceros o para contratar, en general. Respecto de la Costumbre de Montpellier ya ha hecho notar la literatura francesa que la admisión del senado consulto sólo ha sido una "reverencia teórica", puesto que ha admitido que la mujer se obligaba en los casos en que la "ley" lo permitía, lo que supone todas las excepciones contenida en el Código de Justiniano, y, sobre todo la validez de la renuncia de la mujer al beneficio, contenida en el Digesto⁵⁰, de biéndose recordar que fórmula similar a la Costumbre de Montpellier es la que ha adoptado las Costumbres de Tortosa⁵¹. También debe recordarse que tanto este texto como el del "Recognoverunt proceres" han alterado el senado consulto, y ello representando la recepción más pura, pues, como también se ha dicho, en Castilla y en Aragón aún se ha alejado más.

Independientemente de que en la propia regulación general la aplicación del senado consulto ha quedado alterada, los textos han desarrollado excepciones especiales, que todavía han hecho más rara su aplicación. Estas excepciones han descansado: *a*) en el consentimiento del marido; *b*) en la profesión de la mujer; *c*) en la cuantía ínfima de la contratación; *d*) la renuncia de la mujer, y *e*) el fortalecimiento de la obligación por el juramento.

A la primera excepción ya se ha hecho referencia al tratar de

50. Vid. HILAIRE, *op. cit.*, págs. 126-127. La expresión "reverencia teórica" es de P. Tisset. Según Hilaire, la última línea del artículo hace superflua la invocación de la ley romana, pues legitima toda responsabilidad de la mujer casada con consentimiento del marido, sin tener en cuenta el s. c. ni la prohibición de la intercesión por el marido. Las excepciones a las que se alude son las de C. IV, 29, 21-23 y la renuncia general es la de D. 16, 1, 32,4.

51. Vid. nota 30.

la recepción del senado consulto en el área castellana, y que ha culminado en el Fuero Real, siendo la consecuencia lógica de que la incapacidad de la mujer casada se ha fundamentado en su sumisión al poder marital, que también ha podido liberarla de dicha incapacidad, o anular sus actos ⁵².

De gran interés es la segunda de las excepciones, cuyo último fundamento es el mismo, y que consiste en el caso de aquellas mujeres que ejercen por sí una profesión mercantil, como es la de panadera, y ese ejercicio se entiende que lo es con el consentimiento marital. Esta excepción se encuentra dentro de Castilla en las dos colecciones comarcales, esto es, en el Libro de los Fueros ⁵³ y Fuero Viejo ⁵⁴, y también el Fuero Real ⁵⁵. Ha llegado a Portugal, debiendo producirse en Castello-Bom ⁵⁶ y desde luego en Beja ⁵⁷ y también se encuentra en Cataluña ⁵⁸.

52. Vid. Fuero Viejo de Castilla, V, 1, 9: "...e si lo fecier (si la mujer afianzara), e el marido mostrare quel pesa ante testigos, si le dier una pescosada, e dijier que non quier que vala esta compra, o fiadura quella fiço, es todo desfecho, e non vale por fuero".

53. Libro de los Fueros, 239: "...fueras ende sy es muger panadera o muger de buon odetales omnes que sus mugeres compran e venden e plase a los maridos; e de conmo les plase dela compra que fassen en que ganan, assy deue pagar lo que ellas malliuan...".

54. Fuero Viejo, V, 1, 12: "...fueras si fuer la muger panadera o muger de bohon: a estos omes tales, que las mugeres compran o venden e place a suos maridos de la compra que facen, e enque ganan. deven ellos pagar los que ellas mallievan...".

55. Fuero Real, III, 20, 13: "...pero si fuere muger que vende o compra por sí, o haya menester de mercadería vala todo deudo, e toda cosa que ficiere en quanto pertenesce a su menester".

56. En Castello-Bom la mujer aparece ejerciendo de panadera, zagatera (vendedora de pescado seco) y quesera.

57. Foro de Beja (loc. cit., pág. 69): "Costume he que se demandar alguma molher casada que a deuo pedir a seu marido. Saluo se for molher que compre ou uenda".

58. Vid. Costums de Tortosa (ed. Bienvenido Oliver, Madrid, 1881), IV, 7, 2. "Totes les dones que per si metexes tenen mercaderies, o usen de comprar ne de vendre, axi com teneres, flaqueres o reuenedors o altres, son tengudes d ecomplir e d'atendre ço que faran, axi com si eren homens". VIII, 6: "Fembra ne vil persona ne menor de XXV ans fermaça que facen no val ne es ferma: nels ne pot hom forçar ne destreyner quen paguen re, si doncs la fembra no era mercadera...". Vid. también Bienvenido OLIVER,

La tercera de las excepciones se encuentra en el Fuero Viejo, donde la mujer no precisa de la autorización marital para obligarse por cuantía inferior a cinco sueldos⁵⁹ y que recuerda el que también ha existido la excepción allí donde la incapacidad de la mujer casada ha sido general⁶⁰.

La obligación fortalecida por el juramento de la mujer y la renuncia de ésta a los efectos del senado consulto son excepciones de índole eminentemente romanista y que por ello se encuentra en el ordenamiento local catalán, como en Tortosa⁶¹ y en Barcelona⁶². Por su carácter romanista se tratarán más adelante, al hablar del ordenamiento territorial.

II. LA EVOLUCION PERFECTA Y DESIGUAL EN EL DERECHO TERRITORIAL

7. *La recepción de las soluciones justinianas como parte del fenómeno general de recepción y penetración*

En el derecho territorial la recepción ha sido perfecta, lo que quiere decir que el senado consulto Valleyano y la Auténtica "Si qua mulier" han sido tomados directamente y en toda su amplitud de los textos justinianos. El derecho canónico ha reforzado el derecho romano en cuanto por inspiración de la doctrina paulina ha considerado que la mujer debía permanecer sumisa y no tomar parte en la vida pública⁶³, y, en general, careciendo de la legisla-

"Libre de las Costums generals escritas de la ciutat de Tortosa, Madrid, 1881, tomo II, pág. 187. Recuérdese la Costumbre de Montpellier donde exceptuaba a la mujer que "exerceat officium et gratia illius intercedat".

59. Fuero Viejo, V. 1, 1: "...La debda, que ficieren otras mugeres... non las deven quitar suos maridos de más de cinco sueldos...". Libro de los Fueros, 239: "...e non pagaran nin ellos nin ellas nada de cinco sueldos arriba...".

60. Recuérdese la nota 48.

61. Costumbres de Tortosa, IV, 7, 1: "...ne aja renunciat a benifeyt de Velleya...".

62. "Recognoverunt proceres" (ed. Facultad de Derecho de Barcelona, 1927), cap. 11: "...E aço si be ho a... renunciat asson dret de Vcylea e al dret dessa obligacio".

63. Vid Guido Rossi, "Statut juridique de la femme dans l'histoire

ción propia, le ha sometido a parecidas incapacidades que las asignadas por el derecho civil en las funciones de procurador y fiador ⁶⁴.

En Castilla, la penetración viene dada a través de las Partidas que considera que las mujeres no pueden ser fiadoras por ser contrario a la castidad y las buenas costumbres el que, comprometidas en pleitos, hayan de desenvolverse en lugares de reunión de hombres ⁶⁵.

En Cataluña, la recepción, que ha tropezado con gran resistencia nacionalista en los siglos XIII y XIV, ha triunfado a principios del XV ⁶⁶ y con ello las disposiciones de referencia. En Valencia, según la glosa de los fueros, uno de éstos pertenecientes a Jaime I ha enmendado otro que contiene las disposiciones de referencia, en especial, la prohibición de la mujer de obligarse por el marido, si bien para corregirlo ⁶⁷. En Mallorca, las "ordinacions" de Mossén

du droit italien", en "Recueils de la Société Jean Bodin", XII, segunda parte, Bruselas, 1962 (págs. 115-134), pág. 116.

64. Vid. René METZ, "La femme en droit canonique médiéval", en col cit. (págs. 59-113), pág. 106. Vid. también pág. 63 y ss. donde el autor dice que Cristo se pronunció por la igualdad de la mujer, pero que el medio, principalmente, determinó la concepción posterior de la desigualdad, abriendo la vía San Pablo que, aunque marcado por la civilización griega, permaneció judío y a quienes siguen el jurista Tertuliano, San Agustín, Santo Tomás, etcétera. Para el D. canónico vid. la glosa a las palabras "Nec fidem dare", canon 17 de la C. 33, g. 5 del Decreto y el comentario de las Decretales de Gregorio IX, lib. I, tit. 38, núm. 52 y lib. 3 tit. 22, núm. 18 y ss.

65. Partidas V, 12. 2: "...Otrosí dezimos, que muger ninguna non puede entrar fiador por otri. Ca non seria cosa guisada, que las mugeres andouiesen en pleyto, por fiaduras que fiziessen, auiendo a llegar a logares do se ayuntan muchos omes, a usar cosas que fuessen contra castidad. o contra buenas costumbres, que las mugeres deuen guardar..." GIDE, op. cit., página número 361 dice que en esta materia las Partidas son una copia de la glosa de Acursio.

66. Vid. LALINDE, op. cit., núm. 234.

67. Fori Antiqui Valentiae (ed. crítica por Manuel Dualde Serrano, Madrid-Valencia, 1950-67): LVIII... (Glosa) Emendat dominus rex in hoc foro ibi, scilicet, ubi dicit quod uxor non possit se obligare pro marito: nisi nomine suo principaliter se obligat". "Fori Regni Valentiae" (ed. 1547), IV, 5, 66, glosa marginal: "Sumitur C. ne uxor pro marito. 1.1. et C. ad velleay. aute. si qua mulier. et de materia istints. ti. vide oino. in dicta aute. si qua mulier".

Erill en 1344 ya testimonian la vigencia del senado consulto⁶⁸.

Es de suponer, aunque debe ser objeto de comprobación documental, que ni el senado consulto ni la Auténtica han tenido vigencia durante la edad media en los territorios antirromanistas, como Aragón y Navarra, y que en este último país la recepción no se habrá producido hasta el siglo XVI al amparo de la reacción anticastellana⁶⁹.

8. *El desviacionismo radicalizado respecto a las soluciones justiniuneas en el período recopilador*

En el período recopilador se observa un proceso de radicalización de las fórmulas justinianeas, que toma cuerpo en las legislaciones castellana y aragonesa.

Por lo que se refiere a Castilla, el Ordenamiento de Montalvo recoge una disposición de dudoso origen y que atribuye a "don Alonso de León", en virtud de la cual se declara a la mujer excluida de responsabilidad por la fianza que hubiera podido realizar el marido⁷⁰. La solución es, como se recordará, la que ha adoptado el fuero de Usagre⁷¹ y, en general, la zona extremeño-portuguesa, y que puede ser interpretada como una desfiguración total del senado consulto por desconocimiento del mismo o el consciente apartamiento de la fórmula castellana que, presentada por Soria, ha imputado a la mujer la responsabilidad de la mitad de las fianzas verificadas por el marido.

68. "Styl 11: "Es consuetut en Mallorca que si las Donas fan fianzas a llurs marits y juntament ab ells se obligan sols que hagen renunciat ab valleja encare que no hagen renunciat a la authentica Si qua mulier y encare que no hagen jurat sols sian mayors de 25 anys la obligació val y té y així ses obtengut en contradictori judici". Vid. Luis PASCUAL y GONZÁLEZ, "Derecho civil de Mallorca", Mallorca, 1951, pág. 113.

69. Vid. LALINDE, op. cit., núm. 343 y "El sistema normativo navarro", Anuario, XL, Madrid 1970, págs. 85-108.

70. Ordenamiento de Montalvo, V, 11, 1: "Que la muger no sea obligada a fiaduria del varón. El Rey Don Alonso en León. Mandamos, que a fiaduria, que el marido por qualquier manera, ó por qualquier razon hiciere, la muger, ni sus hijos no sean obligados a ella".

71. Vid. nota 31.

En todo caso, la disposición importante en Castilla sobre la materia, la constituye la ley 61 de Toro, que será recopilada, y en virtud de la cual se prohíbe que la mujer quede obligada como fiadora de su marido aunque se alegue que la deuda sea en su provecho o aunque se obliguen en mancomún, exceptuando el que la deuda se haya convertido en provecho de la mujer, en cuyo caso queda obligada por la parte que la corresponda, y siempre que no fuera en lo que el marido está obligado a subvenirle, o que se tratara de fianza y obligación de mancomún por motivos fiscales⁷². En conjunto puede decirse que la ley de Toro constituye una radicalización de la Auténtica "Si qua mulier", si bien la radicalización es menor de lo que parece a primera vista si se lee a los comentaristas, a los cuales se aludirá más adelante.

La tendencia del movimiento recopilador incide también en Aragón, un territorio que, precisamente, a causa de su carácter antirromanista no ha procedido en ningún momento a la recepción del senado consulto. En cortes de Monzón de 1585 se declara que la mujer no pueda ser fiadora y sea nula cualquier fianza que preste. Deseando entroncar de alguna manera el contenido del senado consulto con la legislación aragonesa, se alega el fuero del reino que prohíbe la prisión de la mujer por deudas⁷³, argumento to-

72. Novísima Recopilación, X, 11, 3. Ley 61 de Toro: "De aqui adelante la muger no se pueda obligar por fiadora de su marido, aunque se diga y alegue que se convirtió la tal deuda en provecho de la muger: y asimismo mandamos, que quando se obligaren a mancomun marido y muger en un contrato, ó en diversos, que la muger no sea obligada a cosa alguna; salvo si se probarc que se convirtió la tal deuda en provecho de ella, ca entonces mandamos, que por rata del dicho provecho sea obligada: pero si lo que se convirtió en provecho de ella fue en las cosas que el marido le era obligado a dar, así como en vestirla. y darla de comer y las otras cosas necesarias; mandamos, que por esto ella no sea obligada a cosa alguna: lo qual todo que dicho es, se entienda, si no fuere la dicha fianza y obligacion de mancomún por maravedis de nuestras Rentas o pechos o derechos de ellas".

73. Fueros de Monzón de 1585: "Que muger no pueda ser caplevadora. Por Fuero del Reyno esta dispuesto que muger alguna por deuda civil no pueda ser presa. Y por quitar toda dificultad, su Magestad, de voluntad de la Corte, estatuece y ordena, que ningun Iuez, ni mero executor puedan tomar muger alguna por caplevadora, de qualquier calidad, o condicion que sea.

talmente inconsistente, pues por la misma razón podría haberse declarado la nulidad de toda obligación por la mujer.

No obstante la doctrina aragonesa, a través de Pedro del Molino, establece que la mujer, incluso la que no es viuda, puede interceder por terceros en base a las observancias⁷⁴ y que a la mujer en Aragón no le está prohibido el interceder como fiadora, limitando el caso contrario establecido por el fuero de Monzón a la fianza judicial⁷⁵.

9. *La concordancia del ordenamiento territorial con el local en la condición restrictiva de la recepción*

Con una extensión general⁷⁶, la vigencia del senado consulto se considera un beneficio de la mujer, como puede observarse tanto en la doctrina castellana⁷⁷ como en la catalana⁷⁸. En concordancia con el ordenamiento local, la concesión del beneficio sufre

Y que si la tomare por caplevadora, no quede obligada a dicha capleta: antes bien la obligación sea nulla, y de ninguna eficacia y valor”.

74. Miguel del MOLINO, “Repertorium fororum et Observantiarum. Concilii Iustitiae Aragonum”, Zaragoza, 1554, fol. 229 v.º: “Mulier etiam non vidua potest fideiubere de foro vide in observantia item mulier si de iure dotium. fo. XXI et vide in observ. si de fideius. fo. XVII”.

75. Diego FRANCO DE VILLALBA, “Fororum ac observantiarum Regni Aragonum Codex si enodata methodica compilatio jure civile, et canonico fulcita, legibus Castellae conciliata, atque omnigena eruditione contexta”, Zaragoza, año 1727, págs. 592-593: “Nota, quod Mulier in Contractu fideiubere non prohibetur in Aragonia. Molin. verb. Fideiussor, vers. Fideiubere, etc. Secus in iudicio”.

76. Vid. nota 28. Sobre el derecho común del Imperio en base al cual tampoco fueron válidas las intercesiones con arreglo al s. c. Valleyano, vid. Hans THIEME, “Die Rechtsstellung der Frau in Deutschland”, en “Recueils de la Societe Bodin”, cit. (págs. 351-376). pág. 368.

77. Vid. Antonio GÓMEZ, “Ad leges Tauri commentarium”, Madrid, 1780, página 636, que afirma que la excepción del s. c. es perpetua y favorable.

78. Vid. Juan Pedro FONTANELLA, “Tractatus de pactis nuptialibus sive de capitulis matrimonialibus”, Ginebra, 1752, cl. IV, gl. XVIII, pars IV, números 54-55 que destaca que mientras muchos Doctores califican de odioso al S. c. Macedoniano, porque emana principalmente en odio de los acreedores, se califica de favorable el Valleyano porque principalmente se ha introducido en favor de la mujer.

muchas excepciones, hasta el punto de que él mismo llega a ser algo excepcional. Las excepciones están basadas en no considerar necesaria la protección del senado consulto, y pueden residir en la forma de contraerse la obligación, la materia sobre la que recae y sus efectos.

A la forma de contraerse la obligación corresponde la renuncia, el juramento, la prescripción y renovación y, finalmente, la utilización de vestidos de varón.

La renuncia por la mujer al beneficio procede del derecho romano y ha sido plenamente admitida por el derecho canónico⁷⁹. En Francia la renuncia deviene una cláusula de estilo y llega a demandarse la abrogación del senado consulto por estimarse una ley no respetada y una trampa de los notarios hacia los simples o ignorantes, culminando el proceso con el edicto de agosto de 1606 en que Enrique IV, dando satisfacción a la opinión pública, ordena que en adelante los contratos suscritos por la mujeres con renunciaciones defectuosas tengan el mismo efecto que si las renunciaciones hubieran sido bien hechas⁸⁰. Las Partidas admiten como excepción a la vigencia del senado consulto el que la mujer sea consciente de su derecho y renuncie a él⁸¹. Según lo que parece desprenderse de los

79. Vid. METZ, loc. cit., en nota 64.

80. Vid. BEAUNE, op. cit., págs. 523-526 Según el autor cuando Dumoulin en el siglo XVI fija la jurisprudencia que no se había puesto de acuerdo sobre el valor de los compromisos de la mujer por el marido cuando éste le concede el beneficio del s. c. pero con la carga de demostrar que los dineros por el marido no la han aprovechado ni a la comunidad ni a la esposa, y que en el momento del préstamo el acreedor había conocido el destino, el s. c. no era ya nada más que el estatuto particular de raras provincias. Según el mismo autor fue un escribano el que demandó la derogación de una ley que no era respetada y que era una trampa de los notarios. Vid. también Enrico Besta, "Le obbligazioni nella storia del Diritto italiano", Padua, 1937, página 385, según el cual la práctica no vio con buenos ojos el s. c., especialmente donde el mayor desarrollo de las relaciones comerciales, se obviaba por medio de renunciaciones, las cuales devinieron tan frecuentes que, más tarde, por no dejar ilusoria la protección acordada a las mujeres, fueron prohibidas las renunciaciones por la leyes.

81. Partidas V, 12, 3: "...La tercera es, quando la muger fuesse sabidora, e cierta, que non podia, nin deuia entrar fiador, si despues lo fiziesse, renunciando de su grado, e desamparando el derecho que la ley les otorgo a las mugeres en esta razon...".

comentaristas de las Partidas y de las leyes de Toro, no ha habido en la doctrina opinión común, pudiendo citarse como partidarios de la renuncia a Azo, Jaso, Antonio Gómez, Donelo, Vinio, Aberaño y Noods, y entre los contrarios a Covarrubias y Antonio Pérez. Bartolo y Baldo se han mostrado contrarios en el caso de la fianza de la mujer por el marido, esto es, el de la Auténtica "Si qua mulier". En Castilla la renunciabilidad del senado consulto no ha despertado dudas por admitirla las Partidas, en tanto sí las ha despertado la Auténtica, sobre todo, como consecuencia de la citada ley 61 de Toro, pareciendo que la opinión general, manifestada en Gregorio López, Matienzo, Acevedo, Heineccio y Llamas, ha sido la de que la simple renuncia no ha sido suficiente en este supuesto para validar la fianza de la mujer por el marido ⁸².

El juramento ha imprimido una notable fuerza a las obligaciones durante toda la edad media y la moderna. Las Partidas no le ha recogido específicamente, pero la doctrina ha entendido que ha conferido validez total a la renuncia, e incluso, algún autor como Llamas y Molina, aunque frente a la opinión general, ha entendido que pese a la ley de Toro, la mujer ha podido renunciar también a la "Si qua mulier" si no lo ha hecho con juramento ⁸³.

Otra de las formas que da lugar a la excepción es una especie de prescripción seguida de renovación, ya recogida en los ordenamientos locales europeos y que recogen también las Partidas, según las cuales la mujer se obligará si intercediendo por tercero permanece en ello dos años y pasados los cuales facilita prendas al intercedido o renueva la fianza, razonando el indicado texto legal que la mujer parece pretender que es entonces la deuda principal más de ella que de aquél por quién se constituyó en fiadora ⁸⁴. La doctrina destaca la importancia que tiene la reiteración del acto, y así Gre-

82. Vid. por todos Gregorio López en la glosa a la indicada Partida y LLAMAS, op. cit., pág. 327-331.

83. Op. cit., págs. 331-333.

84. Partidas. loc. cit.: "La quarta razon es, si alguna muger entra fiador por otri, e durasse en la fiadura fasta dos años, e dende adelante diesse peños aquel a quien entro fiador, o le fiziesse carta de nueuo, en que renouasse otra vez la fiadura. Ca entonces deue ome asmar, que el principal debdo sobre que fue la fiadura fecha, mas pertenesce a ella, que aquel por quien entra fiadora...".

gorio López acumula testimonios de Palacios Rubios, Jaso, Decio, Baldo y Felino, en tanto que Antonio Gómez destaca que entonces se considera que la mujer se obliga "ex magno proposito et non fragilitate". Alguien como Felino apoyan la argumentación en el hecho de que se puede penar por confesión extrajudicial, aunque también conviene en que no es posible equiparar la confesión civil a la criminal. En virtud, sobre todo, de la ley de Toro no se extiende la excepción a la fianza de la mujer por el marido, y además, tratándose según las Partidas de una "presunción" se declara que puede no estarse a ella si se prueba lo contrario, como puede ser el que la renovación se haga pasado el bienio, en cuyo caso, incluso, según Baldo lo que se presume es colusión o fraude⁸⁵. La doctrina catalana, a través de Socarrats, también se ocupa de lo que denomina "duplicación" del consentimiento, que también convalida la alienación de la cosa dotal por el marido, o equipara la confesión extrajudicial a la judicial⁸⁶.

La utilización de vestidos varoniles o engaños semejante que haga creer al otro contratante que contrataba con hombre es motivo que recoge también las Partidas⁸⁷. Gregorio López considera este ardid como abominable, con base en el Deuteronomio y en B. Ambros, no obstante reconocer su licitud cuando se trata de proteger el pudor, como en la peregrina.

A la materia sobre la que recae la obligación corresponde como motivos de excepción en la vigencia del senado consulto el que aquélla tenga por objeto la liberación de un esclavo, la constitución de dote o la satisfacción de deuda fiscal.

El primer motivo aparece explicado en las Partidas como el supuesto de que alguien quisiera manumitir a su esclavo por precio

85. Todo en Gregorio LÓPEZ y también en A. GÓMEZ, op. cit., página 636.

86. "Ioannis de Socarratis iurisconsulti Cathalani in tractatum Petri Alberti... commentaria...". Lyon, 1551, fol 328, núm. 13.

87. Partidas, loc. cit.: "La sesta es, quando la muger se vistiesse vestiduras de varon engañosamente, o fiziesse otro engaño qualquier porque la rescibiesse alguno por fiador, cuydando que era varon. Ca el derecho que an las mugeres en razon de las fiaduras, non les fue otorgado para ayudarse del en el engaño; mas por la simplicidad e por la flaqueza que han naturalmente...".

y la mujer apareciera como fiadora del dinero de la manumisión⁸⁸. Gregorio López apoya esta causa en la penúltima ley del Código justiniano correspondiente al Valleyano, donde se incluye el que la mujer interceda por otra causa pía. Sobre cuando debe entenderse la manumisión como causa pía, el glosador castellano se remite a Bartolo, Jaso y Baldo. Si bien en el Digesto y por Juan de Platea la manumisión no se entiende obra pía cuando no persigue propiamente la del alma, Gregorio López se vale de que la causa de dote está equiparada en Bartolo y Baldo a la causa pía para incluir también la manumisión, si bien cita como testimonio negativo una auténtica y su glosa donde la liberación como causa pía se entiende es la redención de las cárceles, fundamentalmente, la del padre detenido por deuda o por delito.

La fianza por razón de dote, como excepción a la aplicación del senado consulto, se entiende por las Partidas como el supuesto de que una mujer interceda como fiadora de la dote que se promete a un hombre al casarse⁸⁹. Según Gregorio López, este motivo, que se funda en la ley última del Código justiniano del título relativo al senado consulto, se refería según Pablo de Castro al supuesto de que la mujer se obligara principalmente, pero la glosa y doctores entendieron que procedía también en el supuesto de prometer accesoriamente, que es el criterio que siguió las Partidas. El glosador castellano entiende que no procede sólo por constitución de dote, sino también por restitución, para lo que se basa en Baldo, considerando que es privilegio de grandes efectos, como si la madre u otro "conjunctus" de la mujer prometiera restituir la dote a la mujer. En la doctrina catalana, Ripoll, con base en Baldo, Rubeus y Barbosa, destaca muy acusadamente la fianza de la mujer por constitución de dote como excluyente absoluto de la aplicación del senado consulto⁹⁰ y José Ramón por su parte

88. Loc. cit.: "La primera es, quando fiasse alguno por razon de libertad. E esto seria, como si alguno quisiessse afforar su sieruo por dineros, e le entrasse alguna muger fiador por los dineros del afforramiento...".

89. Loc. cit.: "La segunda es, si fiasse a otri por razon de dote. Esto seria, como si alguna muger entrasse fiador a algun ome, por darle la dote que deuia auer de la muger con quien casasse...".

90. Acacio Antonio de RIPOLL, "Variae iuris Resolutiones multis diversorum Senatum decisionibus illustratae", Lyon, 1630, cap. IX, núm. 91.

declara de aplicación consuetudinaria la validez de la obligación de la mujer, fideiussoria o principal, cuando sus efectos son la alienación de la cosa dotal por parte del marido en caso de peligro de encarcelamiento inminente del marido y destierro. El autor catalán parece sentar la doctrina de que la obligación de la mujer para eximir al marido de la cárcel inminente es válida, si bien cuando la mujer no devenga indotada en su mayor parte y sin garantizador, pareciendo que en estos casos se entiende que es por causa, no solo honesta, sino necesaria, y que concuerdan en ello muchos autores, entre los que se encuentran Surdus, Fontanella y Salgado ⁹¹.

En relación con el motivo indicado debe observarse que está muy generalizada la opinión tendente a considerar el senado consulto en estrecha conexión con el régimen dotal, lo que es natural dado el origen romano de este ⁹². Para Gide el senado consulto es el complemento indispensable del régimen dotal, a cubierto de todos los ataques en este terreno, y presentado no como un beneficio personal para la inexperiencia femenina, sino como una especie de garantía real que refuerza la inalienabilidad de la dote ⁹³.

El supuesto de que la deuda sea de naturaleza fiscal como motivo de excepción es introducido por la citada ley 61 de Toro, entendiendo la doctrina a través de Antonio Gómez que la ley es correctora del derecho común ⁹⁴.

Los motivos de excepción que se basan en los efectos de la obligación son fundamentalmente los que proporcionen un beneficio a la misma mujer, encontrándose como específicos dentro de ellos el que interceda por precio ⁹⁵, realizase la fianza por hecho

91. José RAMÓN. "Consiliorum", con observaciones de Jacobo Balducci, Parma, 1695, lib. III, págs. 515-518.

92. Vid. Jesús LALINDE, "La dote y sus privilegios en el Derecho catalán", Ed. Anabasis, Barcelona, 1962. TOURTOULÓN, op. cit., pág. 419, destaca que aunque pareciera monstruoso GIDE había asociado la inalienabilidad de la dote y el Velleiano en cuanto ambos son muestra de la incapacidad de la mujer.

93. GIDE, op. cit., págs. 547-548.

94. A. GÓMEZ, op. cit., pág. 635 y 638-639.

95. Partidas, loc. cit.: "La quinta razon es, si la muger recibiesse precio por la fiadura que fiziesse".

propio⁹⁶ o hubiese de heredar precisamente a aquél por quién saliera fiadora⁹⁷, motivos todos ellos recogidos en las Partidas. Antonio Gómez entiende hecha la obligación en utilidad o beneficio de la mujer cuando implica aumento de patrimonio de la mujer y no cuando el marido está obligado por necesidad jurídica de alimentos⁹⁸; Ripoll entiende en la doctrina catalana que la mujer no puede impedir la ejecución al amparo del senado consulto si recibe de hecho dinero prestado juntamente con su marido, correspondiendo al juez determinar cual debe ser la cuantía del dinero recibido para que se produzca la indicada consecuencia⁹⁹ y Llamas y Molina considera que la deuda es en utilidad de la mujer en el caso de que una heredad suya gravada con censo se redima con el dinero tomado a préstamo o se se invierta en una obra que la aumenta de valor¹⁰⁰. La citada ley 61 de Toro, como ya se ha indicado, radicalizó la fórmula en el supuesto de la fianza de la mujer por el marido, no siendo válida su intercesión aunque alegara que el precio o deuda había revertido en su utilidad, pero la doctrina a través de Antonio Gómez entendió que la ley no excluía el que probara manifiestamente que había sido así, a través de una "actio in rem verso" y "ex equitate"¹⁰¹.

10. *La decadencia del senado consulto Valleyano con el movimiento codificador y antirromanista y su supervivencia al amparo de las corrientes historicistas catalanas y navarras.*

Como se recordará, la decadencia del senado consulto se ha producido en Francia ya a principios del siglo xvii con el edicto de

96. Id., id.: "La setena razon seria quando la muger fiziesse fiadura por su fecho misino. E esto seria, como si entrasse fiador por aquel que lo ouiesse fiado a ella, o en otra manera semejante desta...".

97. Id., id.: "La octaua razon es, quando la muger entra fiador por alguno, e acaesciere despues desso, que ha de heredar los biens de aquel que fio...".

98. A. GÓMEZ, op. cit., pág. 635.

99. RIPOLL, op. cit., cap. XIV, núms. 534-5. Para más conocimientos, el autor catalán remite a Menocchio.

100. LLAMAS, op. cit., pág. 325.

101. A. GÓMEZ, op. cit., págs. 636-637.

Enrique IV, que algunos parlamentos se resisten a adoptar, pero al que se someten otros de los países de derecho escrito, extendiendo su aplicación dos ordenanzas de Luis XIV, por lo que el Código napoleónico encuentra poca resistencia para derogarlo definitivamente¹⁰². En España la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1859 y otras le declaran renunciable, y después de la publicación del Código civil la mujer puede salir fiadora de su marido y obligarse con él mancomunadamente, en cuanto la mujer tiene capacidad para prestar consentimiento en todos los casos que no se le prohíbe por la ley, considerando el Tribunal Supremo derogada la ley 61 de Toro¹⁰³.

La ley de Bases de 22 de octubre de 1881 presentada por Alonso Martínez al manifestar que se garantizaría el que la mujer conservara su dote, sin establecer en su favor privilegios incompatibles con la sociedad legal¹⁰⁴, no se refería probablemente al senado consulto en primer lugar, pero éste podía considerarse también afectado. El artículo 61 del Código, aunque subordinando la mujer casada a la licencia o poder de su marido, le concedía en general el obligarse siempre que no se estableciera otra cosa o se limitara¹⁰⁵, sin que luego en ningún artículo vertiera el contenido del senado consulto o de la Auténtica.

En Aragón, el apéndice foral, haciendo abstracción de la fianza judicial afectada, como se sabe, por el fuero de 1585, pero que corresponde regular a las leyes procesales, afirmó claramente la capacidad de la mujer para obligarse juntamente con su marido y ser su fiadora¹⁰⁶, lo que significaba rechazar las tendencias de

102. Vid. BEAUNE. loc. cit., en nota 80.

103. Vid. Matías MASCARÓ y ALBERTY, "Derecho foral de Mallorca", tercera edición. Palma, 1904, pág. 132.

104. Base 15.^a: "En el contrato para el matrimonio sobre arreglo de intereses y clasificación y distribución de bienes, se introducirán las reformas oportunas para que la mujer conserve su dote, mas sin establecer en su favor privilegios incompatibles con la sociedad legal...".

105. C. c. artículo 61: "Tampoco puede la mujer, sin licencia o poder de su marido, adquirir por título oneroso ni lucrativo enajenar sus bienes ni obligarse sino en los casos y con las limitaciones establecidas por la Ley".

106. Apéndice foral de Aragón, art. 52: "La mujer puede obligarse juntamente con su marido y ser fiadora de éste...".

la Auténtica y de las leyes de Toro, y, con más razón, del senado consulto, criterio que no ha desautorizado la Compilación. En Mallorca, donde dentro del período codificador se ha entendido vigente tanto el senado consulto como la Auténtica¹⁰⁷, fueron ampliamente renunciables, siendo exigido por las instituciones bancarias y declarando el Tribunal Supremo válidas las renunciaciones de los dos preceptos e insinuando en 1872 que la ley 61 de Toro no formaba parte de la legislación de Mallorca¹⁰⁸. Los proyectos de apéndice llegan a propugnar que se declare innecesaria la renuncia, y en 1938 a través de una interpretación forzada del artículo 13 del Código se afirma que no es necesario renunciar¹⁰⁹. La Compilación balear, coincidiendo con el apéndice foral aragonés, ha establecido la capacidad de la mujer casada para salir fiadora de su marido y obligarse mancomunadamente con él¹¹⁰, lo que ha significado la derogación de la Auténtica, la ley de Toro y el senado consulto Valleyano.

La vigencia del senado consulto se ha mantenido hasta ahora en Navarra y en Cataluña, al amparo de las corrientes historicistas de estos territorios, en este último frente a la corriente renovadora de la Generalidad, que en 1934 estableció los mismos derechos en la mujer que en el hombre y derogó expresamente el senado consulto, la Auténtica, el capítulo 8 de la novela 134, el capítulo 11 del *Recognoverunt proceres* y la costumbre I, par. 1 y 2, rub. 7, lib. 4 de las Costumbres de Tortosa¹¹¹.

En Navarra, la vigencia del senado consulto y de la Auténtica

107. Vid. PASCUAL, *op. cit.*, págs. 112-113.

108. *Id.*, *id.*, pág. 114. La Sentencia del Tribunal Supremo, es de 12 de noviembre de 1872.

109. *Id.*, *id.*, págs. 115-116, que se muestra disconforme con la Sentencia de 30 de mayo de 1938.

110. Compilación de Baleares, artículo 4.º: "...Tanto el marido con relación a sus bienes privativos, como la esposa con respecto a los parafernales, tienen la plena facultad para ejecutar cualesquiera actos o negocios de adquisición, enajenación, gravamen o disposición... La mujer casada puede salir fiadora de su marido y obligarse mancomunadamente con él".

111. José GASSIOT MAGRET, "Comentarios a la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña", Barcelona (1962), págs. 365. La disposición de la Generalidad fue de 19 de junio.

ha sido reconocida durante el período codificador¹¹², desconociéndose si se mantendrá en la futura compilación. En Cataluña, frente al criterio de la Generalidad, como se ha dicho, la Compilación ha recogido el senado consulto¹¹³ y la Auténtica¹¹⁴, de acuerdo con la tradición de los proyectos de apéndice¹¹⁵, y aplicando mayor rigurosidad en el caso de la última¹¹⁶. La doctrina, en general, ha excluido la fianza mercantil, por estar sujeta al Código de Comercio

112. Así lo declaró la Resolución de 26 de abril de 1894. Vid. Juan SANTAMARÍA ANSA, "Derecho de familia", en "Concurso de Derecho foral navarro", I, Derecho privado, Pamplona, 1958 (págs. 107-124), págs. 116 y 119.

113. Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, artículo 321: "La mujer no quedará obligada en virtud de fianza o intercesión por otro, pudiendo repetir como indebido lo que hubiere pagado o cumplido por ello.

No gozarán de este beneficio: las mujeres que afianzaren o intercedieren mediante remuneración o compensación proporcionada u obrando con dolo, las que ejercieren el comercio y las que, después del afianzamiento, llegaren a ser deudoras principales de la obligación.

Este beneficio será renunciabile de modo expreso en todo momento".

114. Id., artículo 322: "Será nula de pleno derecho toda fianza o intercesión de mujer casada a favor de su marido, salvo el caso de que el importe del crédito se hubiere invertido en utilidad de ella misma y sin que su confesión o reconocimiento constituya prueba de tal inversión...".

Sobre las excepciones en derecho catalán, puestas e nverso, vid. Juan MALUQUER VILADOT, "Derecho civil especial de Barcelona y su término", Barcelona, 189, págs. 46-47, que dicen así:

"Senis in casibus mulier spondendo tenetur
Pro libertate, pro dote, renunciatur, et si
Decipiat, proetium capiat, cave adque secunda
Istis adde duos: propios si gesserat actus,
et, successit ei pro quo fidejusserat ipsa."

115. Vid. Manuel DURÁN Y BAS "Apéndice de derecho catalán al Código civil, Proyecto, 1930, artículos 186-190, que, especialmente, en los artículos 187 y 188 recoge el contenido del s. c. Vid. también el artículo 1.005 del Ante-proyecto del Apéndice al Código civil para el Principado de Cataluña. Barcelona, 1903. de Francisco Romaní y Puigdemolas y Juan de Dios Trías de Bes y Giró.

116. Vid. GASSIOT, op. cit., págs. 366-367, según el cual los tratadistas lo creyeron renunciabile pero DURÁN Y BAS opinó que cuando intercedía en favor del marido el acto era nulo, aun renunciando al beneficio o corroborándolo por juramento.

y actual como supletorio del mismo el Código civil, según reconoció ya el Tribunal Supremo de 1898¹¹⁷.

La vigencia del senado consulto y de la Auténtica no se ve con simpatía por la doctrina moderna, como puede observarse en Gide¹¹⁸, Dekkers¹¹⁹ y Schulz¹²⁰. En Cataluña se ha despertado recientemente una corriente contraria de las fuerzas antihistoricistas, que pugnan razonablemente por su desaparición en la futura reforma de la Compilación¹²¹.

117. Vid. op. y loc. cit., y también PASCUAL, op. cit., págs. 112-113, respecto a Mallorca.

118. Según GIDE, op. cit., por TOURTOULÓN, op. cit., pág. 418, "sa disparition complète établirait l'égalité parfaite des sexes". GIDE mostró además que por vicios de técnica, su aplicación era arbitraria y que una incapacidad que podía descartarse por una cláusula de estilo no lo es tal. El autor francés atribuía la teoría de la renuncia, que había implicado el repudio de la institución, a los glosadores, y a Placentino como el primer representante en Francia.

119. René DEKKERS, "El Derecho privado de los pueblos", trad. de Francisco Javier Osset, Madrid (1957), pág. 494 lo registra como dentro de la multitud de incapacidades de la mujer que todavía existen cuando se camina hacia la emancipación de ésta".

120. Según Francisco FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, "Fianza e intercesión de la mujer casada en favor de su marido", CÁTEDRA, DURÁN y BAS, "Estudios jurídicos sobre la mujer catalana, Barcelona, 1971 (páginas 303-319), pág. 304, SCHULZ califica el s. c. de "francamente retrógado" y al Senado de "órgano de la reacción".

121. Como figura representativa por su origen romanista puede destacarse a Angel LATORRE, "Algunas observaciones sobre los artículos 321 y 322 de la Compilación", en op. cit., en nota anterior (págs. 331-351). Las principales conclusiones de este artículo son: a) no se respeta la tradición jurídica en el artículo 322 de la Compilación, porque si las prohibiciones, que entran con el Derecho romano, pueden considerarse vigentes en el siglo XIII, en la época de los grandes juristas clásicos ha cambiado; b) la flexibilidad del derecho común ha permitido esterilizar en su mayoría los casos del s. c. y de la Auténtica a través del juramento, la corroboración tras los dos años y la renuncia; c) la tendencia restrictiva a su aplicación puede observarse en FONTANELLA y en los Manuales del Arte Notarial del siglo XVIII, y d) la revitalización de la Auténtica no se ha producido sino con DURÁN y BAS, y también con la doctrina del Tribunal Supremo por aplicación de la Ley 61 de Toro. El indicado romanista propugna la total desaparición de las disposiciones actuales de la Compilación en la materia.

C O N C L U S I O N E S

a) El Derecho justiniano acoge el senado consulto Velleiano, en virtud del cual se prohíbe a la mujer interceder como fiadora por un tercero, y a través de la Auténtica "Si qua mulier" declara nula la intercesión de la mujer como fiadora por el marido. Si por una parte implica un renacimiento de la legalidad clásica, frente a la evolución del Derecho teodosiano, por otra parte se aleja también de aquélla al sustituir una fundamentación objetiva, como la de que la mujer no podía ejercer funciones viriles, por una función subjetiva, como la de haberla de proteger en virtud de la incapacidad general de su sexo.

b) Las aludidas soluciones se han "recibido" en diversos ordenamientos hispánicos, de forma precoz e imperfecta a través del siglo XIII en el plano local, y con menos imperfección por lo que se refiere a las zonas levantinas que a las del interior, y de forma más tardía y perfecta a través del siglo XIV y siguiente en el plano territorial. La recepción es coetánea a la que se produce en gran parte de Europa, aunque ligeramente posterior a la que se efectúa en Francia, donde se inicia ya a finales del siglo XII.

c) La vía de recepción en el ordenamiento local catalán debe ser preferentemente textual y notarial, con base en los propios textos justinianos y en las Costumbres del sur de Francia, como la de Montpellier, lo que origina una recepción más pura, aunque da lugar a la aparición de alguna desviación en Barcelona.

d) La vía de recepción en Castilla y Bajo Aragón es eminentemente consuetudinaria, a través de la inmigración europea, lo que da lugar a que sea muy impura, se reduzca a la mujer casada, se confunda con el problema de la responsabilidad mutua de los cónyuges por sus actos correspondientes y quede influida por el principio de la sumisión de la mujer al marido. El alejamiento de las fórmulas de la Auténtica y, sobre todo, del senado consulto, es mayor cuanto mayor es la distancia de los focos de inmigración.

e) En un principio, las fórmulas han representado un beneficio para la mujer, cuya condición ha empeorado por circunstancias sociológicas, obedeciendo el beneficio a que se han aplicado desde sus principios con carácter restrictivo, al permitirse importantes

excepciones basadas en el consentimiento del marido, la profesión independiente de la mujer, la cuantía ínfima de la contratación, el fortalecimiento de la obligación por el juramento, y, sobre todo, la renuncia de la mujer al beneficio.

f) En el plano territorial, la recepción, mucho más pura, ha concordado con el plano local, en el carácter restrictivo de la introducción, al desarrollarse gran número de excepciones, con base en la forma de contraerse la obligación, en la materia de ésta o en sus efectos, como son el de que la mujer haya renunciado, prestado juramento, renovado, engañado, liberado a un siervo, garantizado la constitución o devolución de dote, percibido precio o un beneficio, heredado a quien ha garantizado, fiado por hecho propio.

g) En la edad moderna, el contenido de la Auténtica se ha radicalizado en Castilla con las leyes de Toro, y se ha introducido la prohibición de interceder por la mujer en general en Aragón, aunque limitándolo a la fianza judicial, decayendo, por lo demás, el senado consulto en especial, como consecuencia de su carácter renunciabile.

h) La codificación española, siguiendo a la codificación francesa, que a su vez se ha hecho eco de la impopularidad de estas soluciones, ha prescindido de ellas, las cuales sólo se han mantenido en Navarra y en Cataluña al amparo de algunas corrientes historicistas, frente a las cuales se observa hoy una notable reacción, al menos en el último de los territorios citados, a cargo de las fuerzas antihistoricistas.

JESÚS LALINDE ABADÍA