

LA INVOCACION DEL SENADOCONSULTO VELEYANO EN AMERICA

ANGELA CATTAN ATALA
Universidad de Chile

1. EL SENADOCONSULTO VELEYANO

D. 191, 2 libro XXIX, ad Edictum.

Et primo quidem temporibus Divi Augusti, mox deinde Claudii, Edictis Corum erat interdictum, ne feminae pro viris suis intercederent. 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 e Ea Re Fieri Oportet, De Ea Re Ita Consuluerunt: Quod Ad Fideiussiones Et Mutui Dationes Pro Aliis, Quibus Intercesserint Feminae, Pertinet, Tameisi Ante Videtur Ita Ius Dictum Esse, Ne Eo Nomine Ab His Petitio Neve In Eas Actio Detur, Cum Eas Virilibus Officiis Fungis Et Eius Generis Obligationibus Obstringi Non Sita Equum, Arbitrari Sena Senatum, Recte Atque Ordine Facturos, Ad Quos De Ea Re Un Iure Aditum Erit, Si Dederint Operam, Ut In Ea Re Senatus Voluntas Servetur.

Como se desprende del texto transcrito, el Senado, el año 46 d.C., dictó esta disposición para socorrer a las mujeres que por la debilidad de su sexo eran engañadas. El fin fue entonces proteger a las mujeres no experimentadas en derecho contra los negocios que les imponían obligaciones para beneficiar a terceros y que ponían en peligro su patrimonio.

La disposición del Senado prohibía a las mujeres tomar dinero en préstamo para un tercero o constituirse en fiadoras.

La interpretación jurisprudencial extendió por analogía esta disposición a todo acto que pudiera considerarse como *intercessio*.

Por *intercessio* se entendía para estos efectos cualquier clase de asunción de una obligación ajena y que podía adoptar la forma de: a) *intercessio cumulativa*, como cuando la mujer se constituía en deudor al lado del principal (fianza o empeño); b) cuando la mujer entraba en la relación jurídica en lugar del tercero, por ejemplo, mediante novación o cargando desde un principio con deuda en lugar del tercero.¹

Si la mujer había intercedido en alguna de las formas indicadas podía oponerse a la demanda del acreedor la excepción del Sc. Veleyano. Pero el pretor restituía al acreedor la acción perdida para que la ejercitara contra el tercero, y si la que había actuado era la mujer le concedía la *actio institutoria*, creada especialmente por el pretor para evitar los efectos de la prohibición de la intercesión de las mujeres en virtud del Sc. Veleyano.

El fin del Senadoconsulto, como ya se dijo, fue proteger a las mujeres no experimentadas en derecho contra los negocios que les imponían obligaciones en beneficio de terceros y que gravaban su patrimonio en forma peligrosa.

¹JORS, Kunkel, *Derecho Privado Romano*, Editorial Labor.

Mucho se discutió, entre los romanistas, si la disposición senatorial tuvo una finalidad protectora o si fue una norma destinada a limitar más aún la capacidad de la mujer.

Autores como Gide² dicen que la exclusión de todo oficio civil de la mujer fue establecida contra ellas y en interés de la moral pública. Schulz³ sostiene que la prohibición marca el comienzo de una reacción por parte del Senado contra el proceso de emancipación de la mujer y que por ende tuvo un carácter limitativo.

García Garrido y Kreller, en cambio, no tienen duda respecto del carácter protector de la disposición senatorial, pues si bien establece una prohibición que limita la libertad de actuación patrimonial de la mujer, la impone precisamente para protegerla de los perjuicios que su ignorancia podía acarrearle. Agrega que los términos empleados por los juristas de la época denotan claramente la intención del legislador de protegerla, por último, porque en todo caso una prohibición no se opone a una medida de protección y citan por ejemplo el caso de la tutela de las mujeres, que si bien es un límite a la capacidad de obrar, sin lugar a dudas tiene una finalidad eminentemente protectora.⁴

El supuesto especial de *intercessio* de la mujer en favor del marido fue objeto de disposiciones imperiales anteriores al Senadoconsulto y son sus antecedentes legislativos, como es el caso de los Edictos de Augusto y Claudio.⁵

Los Edictos imperiales fueron comprendidos en la norma senatorial y al respecto no se puede decir que el Sc. haya introducido una regla nueva, sino sólo una más extensa.

La disposición senatorial no se aplicaba cuando la mujer llevaba a cabo negocios por su cuenta o en su beneficio, aunque existieran convenciones secretas entre los cónyuges, desconocidas para el que contrataba con la mujer, o si intercedía en favor del marido para defraudar al acreedor.

D. 16.1.17:

Africanus libro IV Quaestionum.-Vir uxori donationis causa rem viliori pretio addixerat, et in id pretium creditori suo delegaverat: respondit, ventionem nullius momenti esse, et si creditor pecuniam a muliere peteret, exceptionem utilem fore, quamvis a creditor existimaverit, mulierem debitoricem mariti fuisse. Nec id contrarium videri debere ei, quod placeat, si quando in hoc mulier mutuata est, ut marito crederet, non obstituram exceptionem, si creditor ignoraverit in quam causam mulier mutuaretur quoniam quidem plurimum intersit, utrum cum muliere quis ab initio contrahat, an alienam obligationem in eam transferat, tunc enim diligentiorum esse debere.

En el Bajo Imperio el Senadoconsulto Veleyano sufre alteraciones o modificaciones, que en parte se deben a los nuevos usos y concepciones que cristalizan en preceptos legales, como por ejemplo, se introduce el uso a la renuncia al Senadoconsulto; y por otro lado los nuevos conceptos sobre la comunidad dan origen a sucesivas normas que establecen que si la mujer recibió dinero en préstamo para destinarlo en todo o parte al uso del marido, no será auxiliada por el Sc., aunque el acreedor hubiere ignorado la causa del contrato.

² GIDE, Andrés, *Etude sur la condition privée de la femme*, París 1885, pág. 154.

³ SCHULZ, Fritz, *Principios de Derecho Romano*, Editorial Civitas, Madrid, España 1990, pp. 229 y ss.

⁴ GARCIA GARRIDO, Manuel, *Ius Uxorium*,

Consejo Superior de Investigaciones Científicas Roma – Madrid, 1958, pp. 154 y ss.

⁵ D.1612 pr. "*Et primo quidem temporibus Divi augusti, mox deinde Claudis, Edictis eorum erat interdictum, ne feminae pro iuris suis intercederent*".

C.4.29.13 imp. *Diocletianus et Maximianus AA. Condianae. Si foenebri pecunia iuxta fidem veri a creditore tibi data est, sive tota quantitas foenoris, sive pars eius in usum mariti processisse proponatur decreto patrum nom adiuvaris, licet creditor causam contractus non ignoraverit. Dat III Kal Sept. ipsis IV et III AA Conss 290.*

Justiniano modificó radicalmente el sistema del Sc. Veleyano. Estableció en primer lugar que las intercesiones de la mujer en favor del marido eran nulas; en segundo lugar estatuyó que las intercesiones de la mujer en favor de terceros tenían validez sólo si constaban en documento público suscrito por tres testigos. Por último, dispuso una excepción a la primera regla, en virtud de la cual la intercesión en favor del marido tendría validez en el caso que se probara en forma fehaciente que el dinero se gastó en utilidad de la misma mujer.

C.4.29.23.2. imp. *Iustinianus A. Iuliano P.P. Ne autem muliere perperam sese pro aliis interponant, sancimus, non aliter eas in tali contractu posse pro aliis se obligare nisi instrumento publice confecto et a tribus testibus subsignato accipiant homines a muliere pro aliis confessionem; tunc etenim tantummodo eas obligari, et sic omnia tractari, quae de intercessionibus feminarum vel veteribus legibus cauta vel ab imperiali auctoritate introducta sunt. Si autem extra eadem observationem mulieres susceperint intercedente, pro nihilo habeatur huiusmodi scriptura vel sine scriptis obligatio tanquam nec confecta nec penitus scripta, ut nec senatusconsulti auxilium imploretur, sed sit libera et absoluta, quasi penitus nullo in eadem causa subsecuto.*

2. EL SENADOCONSULTO VELEYANO Y LA LEGISLACION CASTELLANA

2.1. Las Partidas

P.5.12.2: *otrosi dezimos, que muger ninguno non pueden entrar fiador por otri. Ca non sería cosa guisada, que las mugeres anduviesen en pleito, por fiaduras que fiziesen, acudiendo a llegar a logares do se ayuntan muchos omes, a usar cosas que fuesen contra castidad, o contra buenas costumbres, que las mugeres deben guardar.*

P.5.12.3: *Muger, diximos en la ley ante desta, que non pueden entrar fiador por otri, pero razones y a, por que lo podría fazer. La primera es, quando fiasse alguno por razón de libertad. E esto sería, como si alguno quisiesse afforzar su siervo por dineros, e le entrasse alguna muger fiador por los dineros del afforramiento. La segunda es, si fiasse a otri por razón de dote. Esto sería como si alguna muger entrasse fiador a alguna ome, por darle la dote que devía ayer de la muger con quien casesse. La tercera es, quando la muger fuesse sabidora e cierta, que non podía, si devía entrar fiador, si despues lo fiziese renunciado de su grado, e desamparando el derecho que la ley les otorgó a las mugeres en esta razón. La quarta 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 nuevo, en que he novasse otra vez la fiadura. Ca entonces deve ome asmar que el principal debo sobre que fue la fiadura fecha, mas pertenece a ella, que aquel por quien entra fiadora. La quinta razón es, si la muger reicibiese precio por la fiadura que fiziese. La sexta es, quando la muger se vistiese vestiduras de varon engañosamente o fiziese otro engaño qualquier porque la rescibiese alguno por fiador; cuydando que era varon. Ca el derecho que han las mugeres en razón de las fiaduras non les fue otorgado para ayudarse del en el engaño; mas por la simplicidad, e por la flaqueza que han naturalmente. La setena razón sería, quedando muger fiziese fiadura por su fecho mismo. E sería, como si entrasse fiador por aquel que la oviese fiador una ella, o en otra manera semejante desta, que fuesse a su pro, o*

por razón de sus cosas propias, la octava razón es, quando la muger entre fiador por alguuno, e acaciere despues desgo, que ha de heredar los bienes de aquel que fio.

Las Partidas, como se desprende del texto transcrito, siguen en términos generales la reglamentación que al respecto hace Justiniano. En efecto, enuncian la regla general: "La mujer no puede constituirse fiadora en beneficio de un tercero". Luego hacen una enumeración de las excepciones a esta norma, que se pueden resumir en lo siguiente: a) razones piadosas, b) interés de la propia mujer, c) renuncia y d) engaño.

Las Partidas, al igual que el Código, establecen la prohibición de las mujeres de constituirse fiadoras en favor de terceros.

2.2. *La Ley de Toro*

En la Ley 61 de Toro, en cambio, existe una norma específica que dice relación exclusivamente con la mujer fiadora del marido:

"Da aquí adelante la mujer no se puede obligar por fiadora de su marido aunque se diga y alegue que se convirtió la tal deuda en provecho de las mujeres asimismo mandamos, que cuando se obligare de mancomun marido e mujer en un contrato o en diversos, que la mujer no sea obligada a cosa alguna, salvo si se probare que se convirtió la tal deuda en provecho de ella, entonces mandamos que prorrata 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 vestirle e darle de comer e las otras cosas necesarias, mandamos que por estos ella no sea obligada a cosa alguna, lo cual todo que dicho es de estima si no fuere la dicha fianza obligación a mancomún por maravedies de nuestra rentas, o pechos o derechos de ellas".

Llamas y Molina, al hacer los comentarios a la Ley 61 de Toro, dice que Heinecio establece profundas diferencias entre la disposición senatorial y la Constitución de Justiniano, en relación a la sanción. En primer lugar, los actos realizados en contravención al Sc. Veleyano sólo otorgan excepción, en cambio los ejecutados contra la Constitución están sancionados con la nulidad.

Por otro lado, Llamas y Molina dice que el fundamento de la Constitución de Justiniano y de Las Partidas fue el mismo, proteger a las mujeres e impedir que por su imprudencia y poca reflexión puedan ser inducidas a prestar fianza. En cambio, el fundamento de la Novela 134 y de la Ley de Toro es mucho más profundo y grave, pues es la preponderancia del marido, el amor, los respetos y miramientos y consideraciones forzosos y permanentes que existen mientras dure el matrimonio. Por estas razones, aunque se renuncie dicha Ley 61 de Toro, todavía la mujer podrá hacer valer la nulidad de la fianza o mancomunidad que otorgó a su marido. Lo uno, porque los respetos y razones que la obligan a ser fiadora subsisten también con la renuncia, y lo otro, porque siendo por dicha ley incapaz la mujer de ser fiadora del marido y nula su fianza, no puede por una renuncia ser válido lo que la ley sanciona con la nulidad.

En cuanto a la disposición contenida en esta materia, en la Ley de Toro hay dos opiniones contrastantes, representadas por un lado por Antonio Gómez y Llamas y Molina, y por el otro, por el jurista Matienzo. Para los primeros la ley distingue claramente entre la hipótesis de la mujer que se constituye fiadora de su marido de aquella en que actúa de mancomún con su marido. En la primera hipótesis, para estos autores, la sanción es la nulidad, aunque se diga y alegue que se utilizó en beneficio de la mujer. En la segunda, será válida si se prueba que la deuda se invirtió en beneficio de la mujer, la que deberá entonces responder a prorrata del provecho y utilidad.

Matienzo en cambio manifiesta que la disposición de la ley es una sola, y que cuando dice “aunque se diga y alegue que la deuda se invirtió en provecho de la misma mujer”, debe entenderse en el sentido de dejar constancia en el instrumento de esta circunstancia. Por consiguiente, para este autor, en el caso de la fianza o cuando la mujer actúa de mancomún con su marido, el acto tendrá validez si se prueba que se realizó en utilidad de la propia mujer.

3. EL SENADOCONSULTO VELEYANO Y SU VIGENCIA EN AMERICA

En el siglo XVIII, a pesar de las corrientes adversas, el prestigio del Derecho Romano se mantiene: el factor decisivo que contribuye a ello es, sin lugar a dudas, que era el único derecho, junto al canónico, enseñado en las Universidades.

El Auto Acordado de 1713 establece: “que tanto para actuar como para determinar los pleitos y causas que se ofrecieran, se guarden íntegramente las leyes de la recopilación de estos reinos, los ordenamientos, pragmáticas, las leyes de Partidas y fueros y si no hay ley o el asunto es dudoso se debe recurrir al Rey y no deben ser usadas las leyes romanas, que son sentencias de sabios que solo pueden seguirse en defectos de ley y cuando se ayudan por el derecho natural y confirman el real”.

El intento de Felipe V de introducir la enseñanza de derecho real en las Universidades no tuvo éxito, y es así que por medio de un nuevo Auto Acordado de 1741, el Consejo, en nombre del rey, establece “que en las Universidades mayores y menores de España, el Derecho Romano se debe explicar y enseñar con las leyes reales, pues conforme al derecho patrio deben resolver los pleitos y los profesores junto al Derecho Romano deben leer las leyes del reino”.

Como se puede establecer de los Autos Acordados, en América Hispana se prohibió que en las causas y pleitos se hiciera referencia al Derecho Romano y además se dieron instrucciones precisas para que en las Universidades el Derecho Romano se enseñara junto a las leyes del reino.

No obstante lo anterior, en América, y más precisamente en Chile, el Derecho Romano se siguió invocando y enseñando. En la práctica jurídica chilena es usual encontrar escrituras y documentos que hacen referencias a disposiciones romanas. Las más usuales fueron las *non-numerata pecunia* y el *Senadoconsulto Velejano*.

4. LA PRACTICA JURIDICA CHILENA Y EL SENADOCONSULTO VELEYANO

De los antecedentes y de la casuística chilena, a través de las escrituras contenidas en los Archivos Notariales del Reino de Chile, del siglo XVIII y principios del XIX, es posible establecer lo siguiente: de un total de 199 escrituras revisadas, que van de 1747 a 1779, en sólo 26 de ellas comparecen mujeres, correspondiendo la mayor parte a testamentos.

4.1. *Contrato de Compraventa*

Es usual encontrar referencias al Senadoconsulto en las escrituras de ventas. Así por ejemplo tenemos: La escritura otorgada en Santiago, el día 13 de enero de 1769, que se refiere a la venta de una esclava; en ella, la compradora, doña Juana

Gálvez, renunció expresamente a las disposiciones de las leyes de Toro y al Senadoconsulto Veleyano y firmó la escritura: por su parte la vendedora, doña Tomasa de Acuña, juró por Dios y la señal de la Cruz, de no aprovecharse de ellas (disposiciones en favor de las mujeres), en tiempo alguno.

Situación semejante a la señalada se repite en diversas escrituras de archivos de diferentes localidades de Chile y toda vez que en una venta interviene una mujer.

Merece la atención que la renuncia al Senadoconsulto Veleyano en esta época se refiere a ventas, pues ni Las Partidas, ni la Ley de Toro hacen referencia expresa a ella. Creo que es importante en este punto recalcar la gran influencia que en esta época tenía el Derecho Romano, ya que las disposiciones de las normas senatoriales se aplicaron a las ventas por interpretación jurisprudencial.

D.16.1.32.2. *Pamponius, Libro I Senadoconsultorum Item si mulier creditori viri fundum vendidit et tradidit ea conditione, ut emptor acceptam pecuniam viro referret et hunc fundum vindicat, exceptio quidem opponitur ei de re empti et tradita, sed replicabitur a muliere "aut si ea venditio contra senatusconsultum facta sit". Et hoc procedit sive ipse creditor emerit, sive interposuerit alium, quo mulier ea ratione careat re sua. Idem est, et si non proviro, sed pro alio debitore rem suam tradidit.*

Este texto hace, pues, referencia a ventas o compras simuladas que la mujer realiza para responder en definitiva a deudas del marido o de un tercero; en consecuencia, se trata de la posibilidad de utilizar este tipo de contrato para violar la norma.

Otro alcance que nos merece el estudio de las escrituras de la época es la forma como se hacía efectiva la renuncia al Senadoconsulto Veleyano y a las disposiciones contenidas en Las Partidas y Leyes de Toro, en los casos, por supuesto, en que era factible hacerla.

Autores como Paulo de Castro dicen que en algunos casos basta la simple renuncia y en otros es necesario el juramento, como cuando se trata de renunciar a las disposiciones de las Novelas y de las Leyes de Toro. López, en cambio, opina que basta la simple renuncia, pues la primera parte de la Ley 61 de Toro es irrenunciable y en lo que respecta al resto de las disposiciones la renuncia o juramento sería inoficioso.

En la práctica chilena hay una constante que se da en las escrituras: en primer lugar el escribano deja expresa constancia de que las firmantes saben lo que hacen y que tienen pleno conocimiento de los beneficios a que renuncian, disposiciones del Senadoconsulto Veleyano, Ley 61 de Toro y Las Partidas. El juramento lo utilizan y dan constancia de ello las escrituras, en todos aquellos casos en que la compareciente no firma, en los demás casos basta la simple renuncia.

4.2. Las Guardas

Las normas que deben aplicarse para el desempeño del cargo de tutora y curadora y que se encuentran en Las Partidas, siguen en líneas generales las disposiciones Justinianeas.

Así, por ejemplo, la mujer en el derecho Justiniano no puede desempeñar el cargo de tutora o curadora, salvo que se trate de la madre o abuela de los menores. En este caso deberá renunciar a otras nupcias y a las disposiciones del Senadoconsulto Veleyano.

C.5.35.2. Authenticæ heridibus ad intest. (nov. 118c.5) Matri et aviaæ secundum ordinem tutelam etiam ante agnatos subire permittimus, si inter gesta nuptiis aliis et Senadoconsulti Veleyani auxilio renuntiaverit, solis testamentariis tutoribus eas præcedentibus, legitimis et dativis postpositis. Defuncti namque voluntatem præponi volumus. Præter has autem aliis mulieribus interdicos officium tutelæ subire.

Las Partidas establecen una disposición semejante (p.6.T.16.L.14) y agregan que estas personas, esto es la madre y la abuela, podrán desempeñar dicho cargo "... si renunciare la defensión que el derecho otorga a las mujeres, que no se puede obligar por otro".

La renuncia en este caso es de vital importancia, pues de otra manera se perjudicarían en definitiva los intereses de los menores.

Obedece además aquí a un precepto legal, siendo en consecuencia obligatoria para poder desempeñar el cargo, de lo contrario se perjudicaría a los acreedores del pupilo, a quienes la madre les prometiera lo que se debe, y en definitiva a los menores.

La práctica jurídica chilena: En un expediente que se encuentra en el Archivo Notarial de Santiago, v. año 1702, nos encontramos con la petición de doña Mariana de Abaitua y Fuentes, viuda del sargento mayor don Santiago Larraguibel, donde solicita se le designe por juez competente, tutora y curadora de sus menores hijas, en conformidad a la ley.

Luego de las actuaciones de rigor, como por ejemplo la exhibición del testamento, se encuentra el acta de notificación, mediante la cual se comunica a doña Mariana de Abaitua, que se le ha nombrado tutora y curadora de sus menores hijas y ésta acepta el cargo, renunciando a las disposiciones de Las Partidas, Leyes de Toro y el Senadoconsulto Veleyano.

Como se puede apreciar se menciona expresamente en este expediente el Senadoconsulto Veleyano, no obstante que hubiera bastado la renuncia a Las Partidas y Ley de Toro.

CONCLUSION

En todas las escrituras y documentos revisados, donde intervienen mujeres, se menciona siempre el Senadoconsulto Veleyano, como por ejemplo, en trueques, imposición y división de censos, mutuos, etc. En todos estos negocios jurídicos la mujer renuncia a la disposición senatorial romana, junto a las disposiciones de Las Partidas y Leyes de Toro y a toda otra norma general o especial en favor de la mujer.

A principios del siglo XIX ya no hay mención al Senadoconsulto Veleyano, sólo a la legislación castellana, que en definitiva no es otra cosa en esta materia que una proyección del Senadoconsulto Veleyano, que a través de las diferentes épocas y vicisitudes de la historia, cumplió con el fin de proteger a la mujer y en definitiva su patrimonio, en interés de la familia.