

46 En España reconociendo y respetando como á sacramento el matrimonio, seguimos las reglas de la Iglesia en lo que pertenece á su valor; y segun ellas decimos, que es impedimento para que sea válido, el parentesco natural ó consanguinidad siempre sin limitacion de grados, si es en la línea recta; y por eso suele decirse, que si Adán viviese viudo, no se podria casar con ninguna mujer, por ser todas descendientes suyas. En la transversal se estiende hasta el cuarto grado inclusive, como suele decirse: lo que tambien sucede en la afinidad, si nace de ayuntamiento lícito; pero si de ilícito, solo llega al segundo. El matrimonio rato y no consumado, y los esponsales válidos, producen el impedimento llamado de pública honestidad, que en aquel llega al cuarto grado, y en estos solo al primero. Y últimamente por la cognacion espiritual hay impedimento entre el bautizante y padrino por una parte, y el bautizado y sus padres por otra; y lo mismo sucede en la Confirmacion. Véase el Concilio Tridentino, *ses. 24. de reform. matr. cap. 2. y siguientes.*

47 Es tambien impedimento de esta clase, ó dirimente, la condicion que se ponga contra la naturaleza ó fin del matrimonio, *l. 5. tit. 4. P. 4.* que pone los ejemplos. Las otras condiciones torpes que no son de esta naturaleza, y las imposibles de hecho, se tienen por no puestas, y no vician el matrimonio, *l. 6. d. tit. 4.* Lo es asimismo el voto solemne de castidad, esto es, el que hacen los religiosos profesando, y los clérigos ordenándose de epístola, *l. 44. l. 46. tit. 2. P. 4.* Y el delito de homicidio del cónyuge, ó adulterio, en los términos que lo esplican los teólogos, y se espresan en la *ley 49. d. tit. 2.* Y tambien lo es la disparidad del culto, esto es, si el uno fuese católico y el otro infiel, *l. 15. d. tit. 2. P. 4.* Y lo son tambien el rapto y la impotencia de procrear, *ll. 44. y 46. d. tit. 2.* y la clandestinidad en el modo de celebrar los matrimonios, por establecimiento del Concilio de Trento en la *ses. 24. de reform. matr. cap. 4.* en donde declaró nulos los que llamamos clandestinos, esto es, los que se contraen sin la asistencia del propio párroco, ú otro sacerdote con su licencia, ó del ordinario, y dos ó tres testigos. Y ademas en nuestra España, todos los bienes de los que faltando á esta regla contraen matrimonio clandestino, y los que intervie-

nen en él, se confiscan, y á todos se impone la pena de destierro de estos reinos; y es causa de desheredacion, como todo lo establece la *ley 5. tit. 2. lib. 40. de la Nov. Rec.* [Por decreto de las Cortes de 25 de febrero de 1825, restablecido en 7 de enero de 1837, se mandaron observar los capítulos 4º y 7º de la sesion 24 del Concilio Tridentino, debiendo en su consecuencia los párrocos proceder á la celebracion de los matrimonios sin licencia del ordinario, cuando sean entre feligreses propios ó domiciliados en sus mismas diócesis, comprendidos los soldados licenciados, que presenten la competente certificacion de libertad, espedida por su respectivo párroco castrense, y autorizada por los jefes de su cuerpo; y exigiendo precisamente dicha licencia, cuando los contrayentes sean extranjeros, vagos, de ajena diócesis, ó intervenga circunstancia especial, en la que, con arreglo á Derecho, se necesite la intervencion del ordinario. Y por orden de la Regencia provisional de 40 de marzo de 1844 se resolvió, que no es necesaria la intervencion de los notarios en las diligencias para la celebracion del matrimonio, cuando no se trate de algunas que deban practicarse ante un juez en el ejercicio de la jurisdiccion contenciosa ó voluntaria. La confiscacion de bienes, con que se castigaba el matrimonio clandestino, no puede hoy imponerse segun el art. 40 de la *Constitucion de 1857.*]

48 A esto se reduce lo que hemos tenido por oportuno notar aquí en cuanto á la constitucion del matrimonio y su valor. Hablemos ahora de paso de su disolucion ó divorcio, llamado por las leyes de las Partidas *departimiento*, y no es otra cosa que separacion entre el marido y la mujer. Esta puede ser en cuanto al vínculo matrimonial, ó solamente en cuanto á la cohabitacion, que en latin dicen *quoad thorum*. El matrimonio consumado se disuelve por la muerte de uno de los dos cónyuges, *l. 2. l. 5. tit. 10. P. 4.*; pero si solo es rato y no consumado, se disuelve tambien por la profesion religiosa de cualquiera de los dos, *l. 5. tit. 10. P. 4.* El divorcio ó separacion, en cuanto á la cohabitacion de los casados, tiene lugar por la sevicia ó trato cruel de uno contra el otro, y otras causas.

49 Pasemos ahora á los efectos civiles del matrimonio, cuyo conocimiento es peculiar y privativo de los jueces seculares; y habiendo dicho ántes ser uno de ellos el poder



que tienen los padres sobre sus hijos, decimos ahora ser el mas famoso en España la adquisicion para ambos cónyuges por mitad de lo que ganare cada uno de ellos durante el matrimonio: la que no conocieron las leyes romanas. Este asunto ocupa todo *el título 4. del lib. 40. de la Nov. Rec.* que tiene once leyes, cuyas doctrinas, y lo que contemplemos deberse decir sobre ellas, vamos á notar. Ante todas las cosas debe tenerse presente, que los bienes que han marido y mujer, son de ambos por medio, salvo los que probare cada uno que son suyos apartadamente, como expresamente lo dice la *ley 4. de d. tit. 4.*, aprobando la costumbre que ántes habia de hacerse así. Se presumen pues comunes, si no se probare lo contrario. Y por ello, para obviar dificultades y perjuicios aconsejan Gómez en la *ley 53. de Toro, n. 70.* y otros autores, que al tiempo de contraerse el matrimonio se otorgue pública escritura, por la que conste, qué bienes tenia entónces cada uno de los contrayentes.

20 Como la comunion de bienes entre los cónyuges nace del matrimonio, y dura miéntras este por beneficio de la ley, debe decirse, que el matrimonio incluye una sociedad legal entre ellos, algo diferente de las demas sociedades regulares, como veremos. La *l. 4. de d. tit. 4.* parece exigir para que exista esta sociedad la cohabitacion de los cónyuges, por aquellas palabras *estando de consuno*, ó como dice la *ley 205. del Estilo*, hablando del marido, *estando en uno con su mujer.* Y si esto fuese así, deberia decirse que cesaba esta sociedad y comunion de bienes, por la larga separacion de los cónyuges, como por ejemplo, si el marido partia á la América, y se detenia allí algun tiempo para comerciar. Pero lo contrario sientan nuestros autores Azevedo, Matienzo y García, fundados en que la *ley 5. del mismo tit. 4.* declarando las *leyes del Fuero y del Estilo*, dice, *durante el matrimonio*: cuyas palabras puestas en declaracion de las arriba citadas, hacen ver, que estas no deben tomarse con estrechez, sí que solo significan, que debe permanecer entre los cónyuges la union que abrazaron por el matrimonio. Y en el caso de que por divorcio viviesen separados los cónyuges, juzgan los mismos autores, que aquel que dió causa al divorcio libra al otro de sí; pero no se libra él del otro, como sucede en la calidad

ó maliciosa renunciacion de la sociedad establecida por contrato. Y hay tambien dos casos en que durante el matrimonio cesa esta sociedad, cuales son, si la mujer hubiere renunciado á ella, *l. 9. d. tit. 4.*, y si los bienes de uno de los cónyuges hubiesen sido confiscados, *l. 10. del mismo tit. 4.*, en el cual dura la sociedad hasta la sentencia declaratoria de la confiscacion, quedando al cónyuge inocente entera la mitad de los bienes ganados hasta entónces. Y pierde tambien su mitad á beneficio de los herederos de su marido, la mujer que siendo viuda viviere lujuriosamente, *l. 5. d. tit. 4.*

21 Piensan por lo comun nuestros intérpretes que en el caso de que muerto un cónyuge, continúen sus herederos en vivir en comunion de bienes con el supérstite, se entiende tácitamente continuada esta sociedad. Pero siempre nos ha parecido mejor la contraria opinion de Matienzo, por ser muy sólidas las razones en que se funda. I. Que disuelto el matrimonio, cesa la razon que la introdujo. II. Que siendo esta sociedad especial, que se desvía algo de las demas sociedades regulares, es de estrecha interpretacion, y no debe ampliarse. III. Que no viniendo esta sociedad de la convencion ó voluntad de las partes, como las otras, sino de la sola ley, es arriesgado estenderla presumiéndola renovada á pretesto de un tácito consentimiento. Creemos pues, que en el caso de la cuestion no debe entenderse renovada ó continuada esta sociedad, sino contraida otra nueva de los bienes que ganaren los contrayentes, bastante diferente de esta, como veremos tratando del contrato de sociedad: la cual puede contraerse tácitamente, como allí diremos.

22 No son objetos de esta sociedad los bienes que tenían los cónyuges ántes de contraer el matrimonio; pues quedan privativamente propios de aquel de quien eran ántes, *l. 3. d. tit. 4.* Ni tampoco las herencias ni donaciones que se hicieren al marido ó á la mujer, que solo las gana para sí aquel á quien se dejaren ó dieren, *l. 5. d. tit. 4.* Ni los bienes castrenses y oficios reales, si no es que fueren ganados á costa comunal de ambos, *d. l. 5. lib. 2. d. tit. 4.* Y lo mismo decimos de las donaciones remuneratorias, esto es, que las adquiere solo el donatario, si se le hicieron en contemplacion de servicios propios suyos; y que entra en



la compañía, si fueron hechas por servicios de los dos, como lo prueba Gutiérrez. *pract. quæst.* 449. García de *conjug. ac quæst.* n. 425. quiere que indistintamente pertenezcan á la sociedad; y al contrario que nunca, Matienzo en *d. l. 2. glos. 6.*, cuya opinion se podrá seguir en caso de duda, porque sobre ser bastante conforme á la ley, es espedita.

25 Pertenecen pues solamente á esta sociedad aquellos bienes que cualquiera de los cónyuges ha comprado, ó ganado por otro título con su trabajo ó industria, *l. 4. d. tit. 4.*, y los frutos y rentas de los bienes y oficios de cada uno de ellos, aunque provengan de bienes de uno solo; y de consiguiente si al marido le dejan una herencia, será esta de él solo; pero los frutos que ella produjere, de los dos, *d. l. 3. y 5. d. tit. 4.*; de cuyas leyes infiere Gutiérrez, Azevedo y otros, que los estipendios y salarios, que gana el marido, juez, abogado ó médico, son comunes entre marido y mujer, por ser frutos civiles de estos oficios, y segun *d. l. 5.* pertenecen á esta sociedad los frutos y rentas de cualesquiera oficios. Y adviértase, que no solo entran en esta sociedad los frutos percibidos, sino tambien los pendientes. En los árboles y viñas es menester que aparezcan; pero en cuanto á sembrados entran hasta las impensas hechas en barbechar para sembrar, como lo dispone la *ley 10. tit. 4. lib. 3. del Fuero real*, recibida en la práctica, segun Matienzo en la *d. l. 3. glos. 4.* y Gómez en la *53. de Toro n. 71.* Y asimismo pertenecerán á esta sociedad y serán de ambos los aumentos ó mejoras de los bienes de cualquiera de ellos, que provengan de su industria ó trabajo; pero no aquellos que hayan venido sin trabajo, por solo el beneficio del tiempo, porque estos siguen en un todo la naturaleza de los mismos bienes de que son aumentos; y lo mismo sucederá en cualquier aumento natural, como si al campo del marido se le hubiese añadido algo por aluvion. Y segun esta doctrina, que admiten como cierta nuestro autores Covarrúbias, Gómez, Matienzo, el aumento que tuvo en el año 1779, que es la *ley 18. tit. 17. lib. 9. de la Nov. Rec.* la moneda de oro fué del dueño de ella tan solamente. Si el marido hubiese mejorado una casa ó campo suyo, plantado viñas ó árboles, no tendrá la mujer derecho á porcion alguna del campo, ni á la mitad de lo que mas vale

el campo, sino solo á la mitad de lo que se gastó en mejorarle, como lo prueba bien Febrero en sus *Cinco juicios*, *lib. 4. c. 4. §. 3. n. 74.* Y por lo mismo será tambien todo el campo de la mujer, si fuere suyo. Ni tampoco tiene derecho á las mejoras hechas en las cosas de mayorazgo, porque todas ceden al mismo mayorazgo, como veremos en el *lib. 2. tit. 6. n. 33.* Si uno de los cónyuges adquiriere alguna cosa por derecho de retracto, será de él solo, porque solo en él concurren los requisitos de retracto; pero tendrá el otro derecho á la mitad del precio que costó. Molin. *de just. et jur. disp.* 433. Góm. en la *ley 70. de Toro, n. 28.* Será asimismo de solo el cónyuge permutante la cosa que adquirió dando en permuta otra suya, porque aquella subrogada en lugar de esta, se juzgará una misma con ella. Solo tendrá el otro derecho á la mitad de las vueltas, si las dió el permutante; porque en cuanto á ellas hubo adquisicion. Si se comprare alguna cosa con dinero que era de uno solo de los cónyuges, será comun, con derecho en el comprador de sacar del cúmulo de gananciales para sí, el precio que dió por ella, *l. 11. tit. 4. lib. 3. del Fuero real.* Molin. en *d. l. disp.* 433. Gutiérrez. *lib. 2. pract. quæst.* 447. Matienzo en la *ley 4. tit. 4. lib. 4. de la Nov. Rec. glos. 2.*

24 El dominio de los bienes adquiridos durante el matrimonio, á los que solemos llamar *gananciales*, es comun por mitad del marido y la mujer, *l. 4. y 4. d. tit. 4.*, sin atenderse á que uno haya llevado al matrimonio mas caudal que el otro, *l. 3. d. tit. 4.* Y prueba latamente Matienzo que esta comunion de bienes se entiende en cuanto al dominio y á la posesion. Pero advierten Covarrúbias y Azevedo, que el dominio y posesion en cuanto á la mujer son *in habitu*, y no *in actu*, como suele decirse, pasando al acto por la disolucion del matrimonio, y que solo el marido le tiene durante este *in actu*; y de ahí viene que solo él puede enajenar estos bienes mientras durare el matrimonio, sin el consentimiento de la mujer, valiendo la enajenacion, si no es que se probare haberla hecho con ánimo de defraudar ó perjudicar á la mujer, *d. l. 5. tit. 4.* Y por cuanto *esta ley*, para que no valga la enajenacion, exige espresamente este mal ánimo, allí: *Por defraudar ó dañar á la mujer*, convienen casi todos nuestros intér-



pretas, ser válidas las enajenaciones que sin este ánimo hiciese el marido, jugando ó viviendo viciosamente, Gómez, Gutiérrez, García *de conjug. aeq. n.* 66. en donde responde á los argumentos de Ayora, que pensó de otra manera; y se sueltan bien con lo que acabamos de decir. Y si bajo la potestad de enajenar que compete al marido, se comprende la de dar, lo disputan nuestros autores, afirmando Antonio Gómez con otros, y negándolo otros con Matienzo. En cuya cuestion nos parece bien la sentencia media, que defienden Molina *de Hispan. primog. lib. 2. cap. 40.* y Gutiérrez *lib. 2. pract. quest. 421.*, de que puede el marido hacer donaciones moderadas; mas no copiosas, y sin causa, que disipan el patrimonio.

25 Esta potestad de enajenar que concede la ley al marido está limitada á las enajenaciones entre vivos, como rectamente advierte Azevedo, fundado en las palabras de la misma ley 5. allí: *Que los pueda enajenar el marido durante el matrimonio*; y mas abajo: *y que el contrato de enajenamiento vala.* No puede mas el marido disponer en su testamento de la mitad de los bienes gananciales que pertenecen á la mujer; sí que por lo contrario disuelto el matrimonio por la muerte del marido, conseguirá esta la libre administracion de dicha mitad, pudiendo disponer de ella de la misma suerte que de sus demas bienes libres, sin obligacion de reservar en su razon cosa alguna, ni en la propiedad, ni en el usufructo, para los hijos que tuviere de otro matrimonio que hubiese contraído ántes, como espresamente lo establece la ley 6. *de d. tit. 4.*; y en su consecuencia, si el marido legare algo á su mujer, esta tendrá el legado, sin disminucion de la mitad, *l. 8. d. tit. 4.*

26 Puede la mujer renunciar el derecho que tiene á la mitad de los gananciales; y si lo hiciere, no es obligada á pagar parte alguna de las deudas que el marido hubiere hecho durante el matrimonio, *l. 9. d. tit. 4.* Que pueda hacer esta renuncia ántes y despues del matrimonio, ninguno lo dificulta; pero con respecto al tiempo en que este consta, hay diversidad de opiniones. La mas comun, que defienden el Sr. Covar. *de matrim. par. 2. cap. 7. n. 14.* Ant. Góm. en la ley 60. *de Toro (d. l. 9.)* Gutiérrez. *lib. 2. pract. quest. 426.* Matienzo y otros muchos, es que tambien puede hacerla entónces, porque ademas de hablar la

ley generalmente, usa de las palabras: *marido, mujer*, que propiamente se dicen constando el matrimonio, como advirtió Azevedo en *d. l. 9.* y satisfacen lo que siguiendo la contraria, dicen Greg. Lóp. en la *glos. 3. de la l. 5. tit. 44. P. 4.* y Molin. *de just. et jur. disp. 435.* que las donaciones entre marido y mujer están prohibidas, diciendo no estario aquellas en que el donante no se hace mas pobre, aunque el donatario que aquí es el marido, se haga mas rico, como lo espresa *d. l. tit. 44.* Y porque el dominio que adquiere la mujer, no es irrevocable, sino revocable dependiente de la enajenacion que puede hacer el marido, y por ello el renunciarlo es mas no adquirir que dar, como prueba Góm. en *d. l. 60.*, inclinamos algo mas á esta opinion afirmativa; pero debemos confesar ser de tanto peso las otras razones de la contraria, que casi pueden considerarse las dos por igualmente probables, y juzgamos que cuando ocurra el caso, debe decidirlo el juez por la negativa, si hallare por el examen del hecho, que para otorgar la renuncia hubo seduccion, amenazas ó cualquiera otro engaño de parte del marido; y por la afirmativa, si nada de esto hallare, ó en caso de duda.

27 En toda sociedad, para liquidar las ganancias, se sacan primero las cargas; y de consiguiente siéndolo de esta conyugal la de dar dote á las hijas, y hacer donaciones *propter nuptias* á los hijos, como que nace del mismo matrimonio; de abí viene que las dotes y donaciones deben sacarse de los gananciales. Y esto tiene lugar no tan solamente cuando ambos cónyuges prometieren dotar ó hacer estas donaciones, sino tambien cuando el marido solo. Si los bienes gananciales no bastaren, pagará cada cónyuge por mitad de sus bienes propios lo que faltare, si prometieron los dos; pero solo el marido, si él solo hubiese hecho la promesa, *l. 4. tit. 3. lib. 40 de la Nov. Rec.* Cuya sentencia *de esta ley* la estienden nuestros intérpretes al caso, en que muerto el un cónyuge, lo prometiese el supérstite: y con razon, porque estas dotes y donaciones siempre son carga de esta sociedad, que disminuyen sus ganancias. Azevedo, Matienzo, Covarrúbias. Gómez en la ley 53. *de Toro* siente lo contrario con razones que se sueltan bien por lo que acabamos de decir.

28 Otros efectos civiles del matrimonio á beneficio de



los maridos, relativos á sus mujeres, se hallan establecidos en varias leyes del *tít. 1. lib. 40. de la Nov. Rec.* y en la *7. tít. 2. lib. 40. Nov. Rec.* cuales son: I. Que ninguna mujer pueda sin licencia de su marido, mientras durare el matrimonio, repudiar ninguna herencia que le viniese por testamento ó abintestato, ni aceptarla sino á beneficio de inventario, *l. 40. tít. 20. lib. 40. de la Nov. Rec. (54. de Toro)*. II. Que tampoco puede celebrar contrato alguno, ni apartarse de los contraidos, ni dar por libre á nadie de él: ni hacer cuasi contratos: ni estar en juicio haciendo ó defendiendo; y si estuviere por sí, ó por su procurador, que nada valga de lo que hiciere, *l. 44. tít. 1. lib. 40. Nov. Rec. (55. de Toro)*. III. Que el marido pueda dar licencia general á su mujer para contraer, y para hacer todo aquello que no podia hacer sin su licencia; y que si el marido se la diere, valga todo lo que su mujer hiciere por virtud de la dicha licencia, *l. 42. d. tít. 1. (56. de Toro)*. IV. Que el marido pueda ratificar lo que su mujer hubiere hecho sin su licencia, ahora sea la ratificacion general ó especial, *l. 14. d. tít. 1. (58. de Toro)*. Y adviértase en complemento de este asunto, que el juez con conocimiento de causa legítima ó necesaria, puede compeler al marido que dé licencia á su mujer para todo aquello que ella no podría hacer sin licencia de su marido; y si compelido no se la diere, el juez se la puede dar, *l. 43. d. tít. 1. (57. de Toro)*. Y que asimismo la puede dar con conocimiento de causa, en el caso de estar el marido ausente, y no esperarse de próximo su venida, ó correr peligro en la tardanza, valiéndose todo lo hecho de licencia del juez, como si el marido la hubiera dado, *l. 45. d. tít. 1. (59. de Toro)*. V. Que el marido en entrando en los 48 años pueda administrar su hacienda y la de su mujer si fuere menor de edad, *l. 7. tít. 2. lib. 40. de la Nov. Rec.*

29 En vista de esta *l. 44.* establecida en el año 1625, han suscitado los intérpretes las siguientes cuestiones. I. Si los casados de 48 años conservarán hasta cumplir los 25 el beneficio de la restitucion *in integrum*, en el caso de haber padecido daño por su administracion. II. Si hasta dicho tiempo gozarán del privilegio de tener caso de corte. III. Si podrán intervenir en juicio por sí mismos, sin que intervenga por ellos curador *ad litem*. IV. Si podrán ena-

jenar sus bienes raíces, sin decreto del juez. En las cuatro nos parece muy bien la sentencia de Vela, que en su *disert. 5.* resuelve afirmativamente las dos primeras, y negativamente las otras dos. Se funda principalmente en una razon sólida general, estensiva á las cuatro, á saber, que por haberse establecido *esta ley* para favorecer á los casados, debe interpretarse en utilidad suya en todos los casos de duda. Y quedará al mismo tiempo libre el casado que entró en los 48 años, de su curador que tuviese ántes, como lo prueba bien el mismo en *d. disert. 5. n. 2.* y en la *6. n. 43.* manifestando cuán útil le es. [La segunda de estas cuestiones es ociosa, porque hoy no puede tener lugar el caso de corte, segun el *art. 36 del Reglamento prov. para la admin. de just. de 26 de setiembre de 1835.*]

50 Esta misma *ley 7.* que concede la facultad de que acabamos de hablar, hace tambien otras concesiones espresando hacerlas todas para facilitar la frecuencia del matrimonio, del cual deben considerarse frutos, y por ello las anotaremos aquí. Son: I. Que los cuatro años siguientes al día en que uno se casare, sea libre de todas las cargas y oficios concejiles, cobranzas, huéspedes, soldados y otros. II. Que los dos primeros años de estos cuatro, sean libres de todos los pechos reales y concejiles, y de la moneda forera (si acertare á caer en ellos). Cornejo en su *Diccionario histórico y forense del Derecho real de España* explica lo que es moneda forera, y añade haberse estinguido este tributo en el año 1624, y Retes en el *lib. 7. cap. 4. de sus opúsculos*, esplana latamente *dicha ley 7.* Hay tambien en esta otros privilegios concedidos por razon de tener alguno muchos hijos; pero de estos nos parece mas oportuno tratar cuando hablemos de las excusas de la tutela y curaduría.

51 Y es tambien efecto civil del matrimonio, el que pueda ser desheredado el que lo contrae contra la prohibicion de la famosa pragmática del año 1776, de que hemos hablado arriba *nn. 3 y 4.*