

consumado por la profesion religiosa de cualquiera de los dos (1) ó tambien por dispensa del papa (2). Mas en su sentido riguroso el divorcio es la separacion temporal ó perpctua de los casados en cuanto al lecho y cohabitacion, permaneciendo el vínculo del matrimonio. Las causas para esta segunda especie de divorcio son varias, á saber: el adulterio, bajo cuyo nombre se comprende para este efecto la sodomia y bestialidad: la crueldad ó sevicia de un cónyuge para con el otro: la heregia ó apostasia de la fe: la enfermedad contagiosa é incurable: la vida criminal del marido, si incita ó compele al vicio á su muger, y algunas otras que refiere el señor Elizondo (3) explicando detenidamente la extension y latitud de cada una de ellas. El conocimiento en las causas de divorcio es pri-

Recopilacion de Indias, por el que deben concluirse las causas eclesiásticas en todas sus instancias dentro del territorio de estos dominios que hoy forman la república.

(1) L. 5. tit. 10 P. 4.

(2) Murillo, cursus juris canonici tom. 2 lib. 4 n. 178.

(3) Elizondo Pract. univ. for. tom. 7 cap. 13.

vativo del juez eclesiástico, pero éste debe abstenerse de mezclarse en los incidentes sobre temporalidades, como alimentos, litis, expensas, ó restitucion de dotes de que debe conocer el juez secular (1); por lo que conviene saber que cuando la causa es el adulterio, si solo se intenta el divorcio, como que se propone civilmente, toca á la jurisdiccion eclesiástica; mas si se solicita el castigo de los adúlteros, la accion es criminal y deberá intentarse ante la justicia ordinaria, como explica el mismo autor, en el que podrá verse esta materia con toda la extension que los límites de esta obra no permiten.

16. El matrimonio produce algunos efectos civiles que vamos á explicar. El primero es el poder que tienen los padres sobre sus hijos, de que hemos hablado en el título anterior. El segundo de que se ocupa todo el título 9 del libro 5 de la Recopilacion, ó sea el 4 del libro 10 de la Novísima, y que no conoció el derecho romano, es la adquisicion para ambos cónyuges por mitad de lo que cada

(1) El mismo tom. 7 cap. 13 núm. 31.

uno ganare durante el matrimonio; de modo que todos los bienes que tuvieren el marido y la muger, son de ambos por mitad, menos aquellos que alguno de los dos probare que le pertenecen separadamente (1). Asi es que se presumen comunes, si no se prueba lo contrario, y en esto se funda la necesidad ó conveniencia de otorgar una escritura pública al tiempo de contraer el matrimonio en la que consten los bienes que cada uno trae (2).

17. Esta es la sociedad ó compañía legal que nace del matrimonio, y dura mientras dura él por beneficio de la ley, que le da algunas diferencias respecto de las compañías comunes, como veremos. Las palabras *estando de consuno* que usa la ley (3) han servido de fundamento para asentar que no existe la compañía sino por la cohabitacion de los cónyuges, y en apoyo se cita la ley 205 del Estilo que hablando del marido dice: *estan-*

(1) L. 1 tít. 9 lib. 5 de la R. ó 4 tít. 4 lib. 10 de la N.

(2) Gomez en la ley 53 de Toro n. 70.

(3) L. 2 tít. 9 lib. 5 de la R. ó 1 tít. 4 lib. 10 de la N.

do en uno con su muger; de modo que cesaria la compañía si los cónyuges se separasen uno del otro por largo tiempo. Mas Acevedo, Matienzo, Garcia y otros opinan lo contrario, fundados en la frase *durante el matrimonio* de que usa otra ley (1) explicando las del Fuero y Estilo, pues de ella infieren que las palabras *estando de consuno* no deben entenderse rigurosamente. Mas en el caso de que la separacion fuese por divorcio, juzgan los mismos autores, que el que dió el motivo liberta al otro de la compañía, quedando él sin embargo obligado, como sucede en la renuncia maliciosa de la compañía comun. A mas de este caso hay otros dos en que se disuelve la compañía legal sin que se disuelva el matrimonio, y son cuando la muger renuncia la compañía (2), y cuando se confiscan los bienes de alguno de los dos (3); pues entonces dura solo hasta la sentencia de confiscacion, quedando al inocente libre la mitad de los bienes ganados hasta aquel

(1) L. 5 tít. y lib. cit. de la R. y de la N.

(2) L. 9 tít. 9 lib. 5 de la R. ó 9 tít. 4 lib. 10 de la N.

(3) L. 10 tít. y ll. cit. de la R. ó de la N. (1)

dia. La ley (1) condena tambien á perder su mitad á beneficio de los herederos del marido á la viuda que viviere deshonestamente.

18. Los intérpretes del derecho opinan comunmente que si muerto uno de los cónyuges, el que le sobrevive continúa viviendo en comunion de bienes con los herederos del otro, se entiende continuada la compañía legal; pero Matienzo es de opinion contraria fundado en varias razones. 1.^a Que disuelto el matrimonio cesó la razon que introdujo la compañía. 2.^a Que siendo esta especial y distinta de las comunes, es de rigorosa interpretacion y no debe ampliarse. 3.^a Que no proviniendo de la convencion ó voluntad de las partes, sino de sola la ley es arriesgado extenderla, presumiéndola renovada á pretesto de un tácito consentimiento. Por lo que parece mas acertado decir que en el caso no se continúa la compañía legal, sino que se contrae otra de nuevo entre el cónyuge viudo, y los herederos del otro.

19. No se reputan bienes de la com-

(1) L. 5 tt. y ll. cit. de la R. ó de la N.

pañía, que comunmente se llaman gananciales, los que tenian los cónyuges antes del matrimonio, los cuales quedan propios de aquel de quien eran (1), ni las herencias y donaciones que se hicieren á alguno de ellos (2), aunque las remuneratorias, si lo son de servicio hecho por los dos, en opinion de Gutierrez (3) pertenecen á la compañía; segun Garcia (4) en todo caso, y segun Matienzo (5) en ninguno. Tampoco pertenecen los bienes castrenses ó cuasi castrenses, si no es que sean ganados á costa de ambos (6); mas todos los demas que cualquiera de los cónyuges adquiere por otro título con su trabajo é industria son de la compañía y se reputan gananciales (7), lo mismo que los frutos y rentas de los bienes y oficios de cada uno de ellos, aunque provengan de los de uno solo; de modo que si á

(1) L. 4 t. 9 lib. 5 de la R. ó 3 t. 4 lib. 10 de la N.

(2) L. 5 tt. y libros cit. de la R. ó N.

(3) Gutierrez Pract. quaest. 119.

(4) Garcia de conjug. ac. quaest. n. 125.

(5) Matienzo sobre la ley 3 glos. 6.

(6) LL. 3 y 5 tít. 9 lib. 5 de la R. ó 2 y 5 tít. 4 lib. 10 de la N.

(7) L. 2. tít. 9 lib. 5 de la R. ó 1 tít. 4 lib. 10 de la N.

éste le dejan una herencia, será de él solo; pero los frutos de ella serán comunes (1); de donde infieren Gutierrez, Acevedo y otros, que lo que gana el marido como juez, abogado ó médico, es comun y se reputa por gananciales, como frutos civiles de estos oficios, que la ley no distinguió cuando establece que lo sean los de cualquier oficio. Lo son tambien los frutos pendientes al tiempo de disolverse; pero con la distincion de que en los árboles y viñas es menester que hayan aparecido, mas no en los sembrados, en los cuales entran los gastos hechos en su beneficio, conforme á una ley (2) del Fuero real, que está recibida en la práctica, segun Matienzo (3) y Gomez (4). Las mejoras ó aumentos de los bienes de cualquiera de ellos, si han provenido de la industria ó del trabajo, pertenecen á la compañía; mas no si son obra del tiempo, como si al campo del marido se le hubiese añadido algo por aluvion. Esta

(1) LL. 4 y 5 tít. 9 lib. 5 de la R. y 3 y 5 t. 4 lib. 10 de la N.

(2) L. 10 tít. 4 lib. 3 del Fuero Real.

(3) Matienzo sobre la ley 4 glos. 1.

(4) Gomez, sobre la ley 53 de Toro n. 71.

doctrina de las mejoras en opinion de Febrero (1) se entiende solo en quanto á lo gastado en hacerlas, y no en quanto al mayor valor de la finca; y no tiene lugar en los bienes mayorazgados, pues todas ceden al mayorazgo como veremos (2). Si uno de los cónyuges adquiere algo por derecho de retracto, la cosa será solo de él; pero el otro tendrá derecho á la mitad del precio que costó (3). Lo mismo debe decirse de la cosa permutada, respecto de la cual solo tendrá el otro derecho á la mitad de los guantes, vueltas ó ribete si lo hubo. Si se comprare alguna cosa con dinero de uno solo, la cosa será comun, y el comprador podrá sacar su precio del cúmulo de gananciales (4).

20. El dominio de los gananciales es comun por mitad al marido y la muger (5), sin consideracion á si alguno llevó mas

(1) Febrero de Tapia tom. 6 tít. 2 cap. 9 núm. 2 y 3.

(2) Lib. 2 tít. 6. n. 15.

(3) Molina de just. et. jur. disp. 433, y Gomez, sobre la ley 70 de Toro n. 28.

(4) L. 11 tít. 4 lib. 3 del Fuero Real. Molin. en d. l. disp. 433. Gutier. lib. 2 quæst. práct. 117. Martinez en la ley 2 tít. 9 lib. 5 de la R.

(5) LL. 1 y 2 tít. 9 lib. 5 de la R. ó 1 y 4 tít. 4 lib. 10 de la N.

bienes que el otro al matrimonio (1). Matienzo opina que esta comunión de bienes es en cuanto al dominio y la posesión; mas Covarrubias y Acevedo dicen que respecto de la muger debe entenderse de un dominio y posesión habitual, y no actual, la cual no la adquiere sino por la disolución del matrimonio, durante el cual es solo del marido; y por eso puede enagenar los bienes de la compañía sin necesidad del consentimiento de la muger, y es válida la enagenación, á menos que sea hecha con ánimo de defraudarla ó perjudicarla (2). Esta circunstancia que exige la ley para que sea inválida la enagenación, ha servido de fundamento á Gomez, Gutierrez, Garcia (3), y casi todos los intérpretes para asentar que son válidas las enagenaciones que el marido hiciere sin ese ánimo, aunque sea jugando, ó viviendo viciosamente, contra el sentir de Ayora, que opina lo contrario. Tambien se disputa entre los autores si en la facultad de enagenar se incluye

(1) L. 4 tít. 9 lib. 5 de la R. ó 5 tít. 4 lib. 10 de la N.

(2) L. 5 tt. y libs. cit. de la R. ó de la N.

(3) Garcia de conjug. ac quaest. n. 66.

la de dar ó donar, afirmándolo Gomez con unos, y negándolo Matienzo con otros. Molina (1) y Gutierrez (2) llevan una sentencia media, que parece la mas acertada, y es que el marido puede hacer donaciones moderadas, no excesivas y sin causa.

21 Mas esta facultad de hacer enagenaciones debe entenderse limitada á las que se hagan entre vivos, como advierte Acevedo fundado en las mismas palabras de la ley que dice: *que los pueda enagenar el marido durante el matrimonio*, y mas abajo, *y que el contrato de enagenamiento vala*. De modo que no puede el marido disponer en su testamento de los gananciales que pertenecen á su muger, la que antes bien entra por la muerte del marido, en la libre administracion de la mitad que le corresponde, sin obligacion de reservar cosa alguna en la propiedad, ni en el usufructo para los hijos que tuviere de otro matrimonio que hubiese contraido antes (3); y en consecuencia si el marido le hiciere al-

(1) Molin. de Hispan. primog. lib. 2 cap. 10.

(2) Gutier. lib. 2 pract. quaest. 121.

(3) L. 6 tít. 9 lib. 5 de la R. ó 6 tít. 4 lib. 10 de la N.

gun legado, lo tendrá sin deducción de su mitad. (1)

22. Hemos dicho que la muger puede renunciar el derecho que tiene en la compañía, y haciéndolo no queda obligada á pagar parte alguna de las deudas que el marido hubiere contraído durante el matrimonio (2). Esta renuncia puede verificarse antes de contraer el matrimonio ó despues de disuelto por la muerte; mas si durante él pueda hacerse, son varias las opiniones. La mas comun, que defienden Covarrubias (3), Gomez (4) Gutierrez (5), Matienzo y otros, es que tambien puede hacerse entonces, porque ademas de que la ley habla generalmente, usa de las palabras *marido*, y *muger*, que solo se dicen con propiedad durante el matrimonio, como advierte Acevedo (6). Gregorio Lopez (7) y Molina (8) opinan por lo con-

(1) L. 7 tit. 9 lib. 5 de la R. ó 8 tit. 4 lib. 10. de la N.

(2) L. 9 tt. y libs. cit. de la R. y de la N.

(3) Covarrub. de Matrim. part. 2 cap. 7 n. 14.

(4) Gomez en la ley 60 de Toro.

(5) Gutierrez lib. 2 pract. quaest. 126.

(6) Acevedo en la l. 9 tit. 9 lib. 5 de la R.

(7) Gregorio Lopez glos. 3 de la l. 5 tit. 11 P. 4.

(8) Molina de just. et jur. disp. 435.

trario, fundados en que están prohibidas las donaciones entre marido y muger; mas los que defienden la afirmativa dicen, que esta prohibicion no se entiende de aquellas donaciones por las que el donante no se hace mas pobre, aunque el donatario se haga mas rico, como lo expresa la ley (1), y que esto sucede en el caso, porque no siendo inamisible el dominio que adquiere la muger, sino revocable, como que depende de la enagenacion que puede hacer el marido, renunciarlo es mas bien no adquirir que dar. No obstante esta respuesta, las razones en que se apoya la negativa son tan fuertes, que puede decirse que ambas opiniones son igualmente probables; por lo que ofrecido el caso, lo mas prudente será resolverlo por la negativa, si por el exámen del hecho resultare que para otorgar la renuncia hubo seducción, amenaza ó algun otro engaño de parte del marido; y por la afirmativa si no hubo nada de esto.

23. En toda compañía para liquidar las ganancias, se deducen primero las cargas, ó deudas, y se reputan tales en la compa-

(1) L. 5 tit. 11 P. 4.

ña legal la dote de las hijas, y las donaciones *propter nuptias* á los hijos, pues es carga del matrimonio, y así deben sacarse de los gananciales, ya sea que los dos la hubiesen dado ó prometido, ya sea solo el marido. Pero si los gananciales no alcanzaren, se pagará por mitad de los bienes propios de ambos, si ambos la prometieron, ó de los del marido solo, si solo él la prometió (1). Esta doctrina la extienden Acevedo, Matienzo y Covarrubias al caso en que muerto uno de los cónyuges hiciere la promesa el otro, estando los bienes pro indiviso, fundados en que estas son cargas de la compañía; mas Gomez (2) es de opinion contraria.

24. Los otros efectos civiles del matrimonio son: I. Que ninguna muger puede sin licencia de su marido renunciar ninguna herencia, ya le venga por testamento, ya por intestado, ni aceptarla, sino con beneficio de inventario (3) II. Que tampoco puede celebrar contrato alguno, ni

[1] L. 8 tít. 9 lib. 5 de la R. ó 4 tít. 3 lib. 10 de la N.

[2] Gomez en la ley 53 de Toro.

[3] L. 1 tít 3 lib. 5 de la R. ó 10 tít. 20 lib. 10 de la N.

apartarse de los celebrados, ni dar á nadie por libre de ellos, ni hacer cuasi contratos y entrar en juicio demandando ó defendiéndose, y si entrare por sí ó por procurador, nada valga de lo que hiciere (1). III. Que el marido pueda dar licencia á su muger para contratar, y hacer todo lo que sin ella no podia, y dándosele vale todo lo que en virtud de ella hiciere (2). Y si el marido no la diere, podrá compelerlo á ello el juez con conocimiento de causa legítima y necesaria; y si aun compelido no la diere, la dará el juez (3), que podrá darla igualmente con conocimiento de causa, estando el marido ausente, no esperándose de pronto su venida, ó habiendo peligro en la demostra, y valdrá todo lo hecho por la licencia del juez, como si la hubiera dado el marido (4) IV. Que el marido pueda ratificar todo lo que su muger hubiese he-

[1] L. 2 tít. 3 lib. 5 de la R. ó 11 tít. 1 lib. 10 de la N.

[2] L. 3 tít. 3 lib. 5 de la R. ó 12 tít. 1 lib. 10 de la N.

[3] L. 4 tít. y lib. cit. de la R. ó 13 tít. y lib. cit. de la N.

[4] L. 6 del mismo ó 15 en la N.

cho sin su licencia ya en general, ya en particular (1). V. Que el marido que tenga 18 años de edad pueda administrar sus bienes, y los de su muger, si fuere menor, sin necesidad de habilitacion ó venia (2).

25. Con motivo de esta última declaracion mueven los autores las cuestiones siguientes: I. Si los casados de 18 años conservarán hasta cumplir los 25 el beneficio de la restitucion por entero en el caso de haber padecido daño por su administracion. II. Si podrán intervenir en juicio por sí mismos sin que intervenga el curador para pleitos. III. Si podrán enagenar sus bienes raices sin decreto del juez. Vela (3) resuelve afirmativamente la primera, y negativamente las otras dos, fundado en una razon que las comprende á todas, y es, que habiéndose hecho la declaracion de que tratamos en favor de los casados, debe interpretarse en el sentido que les fuere mas útil; y por la misma prueba que el casado que entró en los

[1] L. 5 tít. 3 lib. 5 de la R. ó 14 tít. 1 lib. 10 de la N.

[2] L. 14 tít. 1 lib. 5 de la R. ó 7 tít. 2 lib. 10 de la N.

[3] Vela disert. 5 n. 2 y disert. 6 núm. 43.

18 años, queda libre del curador que tenia antes [*].

26. En la misma ley en que se concede esta habilitacion al casado de 18 años, se establecen otros privilegios en favor de los recién casados, con la mira de promover los matrimonios. Tales son la exencion por cuatro años contados desde el dia del casamiento del servicio de cargas congegiles, cobranzas, huéspedes, soldados y otros, y por dos años la de todas las contribuciones generales y municipales. Y en la misma se exime de las cargas públicas por toda su vida al que llegare á tener seis hijos varones vivos, conservando su privilegio aunque muera alguno de ellos despues.

[*] Hemos omitido una de las cuestiones, sobre si el casado de diez y ocho años goza del privilegio de caso de córte, de que gozaban los menores, porque en el dia ninguno lo goza. Véase el núm. 37 del tít. 2 del lib. 3.