

ciendo en juicio cuando le sea necesario sin su autoridad paterna. El hijo debe aceptar expresamente esta dimision; mas el juez no puede declarar hecha la emancipacion sin dar primero cuenta al superior con el expediente instruido sobre justificacion de las causas, y de otra suerte no valdrá (1). Al menor de siete años se puede emancipar con decreto del soberano (2), y tambien al ausente; pero si este es mayor de siete años deberá prestar su otorgamiento ante el juez.

9. Aunque regularmente hablando ni el padre puede ser obligado á emancipar á su hijo, ni este á ser emancipado, pues que ambos deben convenir en ello (3); sin embargo hay cuatro casos en los que puede obligarse al padre á que haga la emancipacion (4). I. Cuando el padre castiga con crueldad al hijo. II. Cuando prostituye á sus hijas. III. Cuando admite una herencia ó legado en testamento con la condicion de que ha de emancipar á su hijo. IV. Cuando habiendo adoptado á su entenado ó hijastro menor de catorce años, salido este de esa edad ocurre al juez para que se le emancipe.

10. Ademas de las cinco causas enumeradas por el autor, hay otras dos que extinguen la patria potestad, y son de parte del hijo el matrimonio contraido con todas las solemnidades y bendiciones nupciales, de que ya se ha hecho mencion, y de parte del padre el hecho de exponer á sus hijos, por el que pierden todos los derechos que tenian en ellos sin que se les conceda accion para reclamarlos, ni pedir en tiempo alguno que se les entreguen, ni se les han de entregar aunque ofrezcan pagar los gastos que se hayan hecho en su crianza, si no es que prueben que el motivo de la exposicion del hijo fue una necesidad extrema (5).

(1) Aut. acord. 20, tit. 9, lib. 3 de la R. ó l. 4, tit. 5, lib. 10 de la N. — (2) L. 16, tit. 18, P. 4. — (3) L. 17, tit. 18, P. 4. — (4) L. 18 del mismo tit. y P. — (5) Art. 23 y 26 de la Cédula de 11 de diciembre de 1796.

## TITULO IV.

## DE LOS DESPOSORIOS Y MATRIMONIO.

Partida 4 títulos 1 y 2 y título 1 lib. 5 de la Recop. ó 2 del libro 10 de la Novísima « y título 3º libro 7º de la Recop. de Indias. »

- |  |  |
|--|--|
| 1. Qué cosa son los esponsales.  | que provienen de la santidad de la religion.                               |
| 2. 3. 4. Necesidad del consentimiento paterno para el valor de los esponsales y varias disposiciones sobre esto. | 14. De otro impedimento, que es la condicion.                              |
| 5. Qué es matrimonio, y de los impedimentos impeditivos.   | 15. De la disolucion del matrimonio, y del divorcio.                       |
| 6. De los dirimentes, y 1º de los que proceden de falta de consentimiento.                                       | 16. De los efectos civiles del matrimonio: de la compañía legal.           |
| 7. 2º De los que provienen por defecto de la naturaleza.   | 17. Cuándo se disuelve esta.   |
| 8. 3º De los que provienen del derecho de la sangre. Del parentesco de consanguinidad. Qué sea linea.            | 18. Si puede durar despues de la muerte de uno de los cónyuges.            |
| 9. Qué es grado, y cómo se computan civil y canónicamente.   | 19. Qué bienes entran en la compañía.                                      |
| 10. De la afinidad.  | 20. Cómo es comun el dominio de los gananciales.                           |
| 11. Del parentesco civil, espiritual y de pública honestidad.  | 21. La facultad de enagenarlos el marido, es solo entre vivos.             |
| 12. Hasta qué grado está prohibido el matrimonio en estos parentescos.   | 22. La muger puede renunciar á la compañía y cuándo.                       |
| 13. 4º De los impedimentos   | 23. Deduciones que se han de hacer de los gananciales.                     |
|  | 24. Otros cinco efectos del matrimonio.                                    |
|  | 25. Si el casado de diez y ocho años pierde los privilegios de menor.      |
|  | 26. Privilegios de los recién casados, y del que tiene seis hijos varones. |

1. El matrimonio es la primera causa de la patria potestad, y á él preceden los desposorios, ó esponsales, como los llama el derecho canónico, que son *prometidos*.

*timientos que hacen los hombres por palabras cuando quieren casarse* (1). Esta manifestacion por palabras no es tan esencial á los esponsales, que no pueda hacerse por otras señales claras, que quitan toda duda, como debe suceder en los mudos (2). Como la obligacion que producen es mutua entre el varon y la muger, debe serlo igualmente la promesa en que consisten, y reciproca la aceptacion, de modo que puede ser obligado el que resista cumplirla á pedimento del otro, y siempre que conste del modo que previenen las leyes por el tribunal eclesiástico (3); á no ser que tenga alguna de las nueve causas para no querer, que refieren las mismas leyes (4); debiendo advertirse que la séptima no tiene ya lugar, pues los esponsales de presente no constituyen ahora el matrimonio, como lo constituian en el tiempo en que se formaron las Partidas. La edad bastante para contraer esponsales es la de siete años (5).

2. Asi para el matrimonio como para el valor legal de los esponsales, es requisito necesario el consentimiento de los padres, y sobre esto se han expedido diversas pragmáticas y cédulas que expondremos brevemente. La pragmática de 23 de marzo de 1776 (6) previene, que todos los menores de 25 años que se casaren sin pedir y obtener el consentimiento de su padre, en su defecto de la madre, y á falta de ambos de los abuelos, parientes mas cercanos, tutores ó curadores, queden excluidos y privados de todos los efectos civiles, y desheredados, asi de los bienes libres, como de los vinculados que puedan tocarles, y que en la misma pena incurran los mayores de 25 años que no pidan el consejo paterno para contraer matrimonio; y por la de 31 de mayo de 1783 se previno que aun los

(1) L. 1, tit. 1, P. 4. — (2) L. 3, tit. 4, P. 4. — (3) L. 7, tit. 1, P. 4. — (4) L. 3 del mismo tit. y P. — (5) L. 6 del mismo. — (6) L. 9, tit. 2, lib. 10 de la N.

mayores de 25 años tuviesen la obligacion de obtener el consentimiento paterno, que solo son parte legitima para pedir los mismos hijos conforme á la cédula de 18 de mayo de 1788 (1).

3. La pragmática de 23 de marzo se comunicó á las Américas por cédula de 7 de abril de 1778 con algunas adiciones reducidas, á que los españoles europeos establecidos en ellas pidan el consentimiento á la justicia ó juez del lugar de su residencia: que la pragmática no se entienda con las castas: que los indios tributarios pidan la licencia para sus matrimonios á los respectivos curas en el caso de que no puedan obtenerla pronta y fácilmente de sus padres: que los caciques se consideren como españoles, y que las audiencias formasen una instruccion sobre esto que observarian desde luego remitiéndola para su aprobacion, como lo hizo la de México en 24 de julio de 1779 y le fue aprobada por cédula de 13 de noviembre de 1781, en la que se inserta la instruccion compuesta de nueve artículos, resultando comprendidos en lo dispuesto por la pragmática, los mestizos hijos de español é india, y expresándose el modo de solicitar el consentimiento cuando los padres ó tutores están ausentes dentro del distrito de la audiencia: que deberá hacerse cuando no contesten, y el modo con que las justicias han de suplir en estos casos el consentimiento; y á consulta del gobernador de Yucatán sobre la cédula de 7 de abril en que se insertó para América la pragmática de 23 de marzo, se declaró en 10 de julio de 1783 que los juicios de disenso se pongan ante la justicia ordinaria aun cuando los contrayentes sean militares, y que las apelaciones fuesen á las audiencias. Despues se expidió la cédula de 1.º de febrero de 1785 (2) mandando que se hiciese general la práctica del Arciprestazgo de Ager en Cataluña de expresar en las moniciones, que el ma-

(1) L. 17, tit. 2, lib. 10 de la N. — (2) L. 14, tit. 2, lib. 10 de la N.

trimonio que se intentaba, estaba tratado y convenido con consentimiento de los padres, lo que se anotaba igualmente en la partida, siendo cargo de la visita de los libros la omision de esta circunstancia, y que cuando el padre disintiese, se remitiera el conocimiento del disenso al juez secular, y mientras estaba pendiente se suspendia todo procedimiento ulterior, y encargando en su consecuencia no se consintiesen las extracciones y depósitos voluntarios que solian ejecutar los jueces eclesiásticos de las hijas de familia sin noticia y contra la voluntad de los padres y tutores, ni tampoco ningun otro procedimiento hasta que en sus curias se presenten las licencias ó asensos paternos, ó la declaracion del disenso irracional (1). En orden á depósitos se expidió en 23 de octubre de 1785 una cédula (2) en que se manda, que los depósitos por opresion y para explorar la libertad se expidan por el juez que respectivamente deba conocer segun el recurso; pues si este fuere sobre ser ó no racional el disenso, se conocerá por la justicia secular; pero si se trata de verificar los esponsales, concluido el juicio de racionalidad del disenso, conocerá el eclesiástico impartiendo para la ejecucion el auxilio del brazo secular.

4. Ultimamente se expidió la pragmática de 10 de abril de 1803 (3) por la que derogándose en parte la de 23 de marzo de 1776 y en todo la de 31 de mayo de 1783, se previene que los hijos varones antes de cumplir 25 años, y las mugeres 23, necesitan para contraer matrimonio, licencia de su padre : á falta de este necesitan la de la madre, pero solo hasta los 24 los varones, y 22 las mugeres : en defecto de la madre la del abuelo paterno, y á falta de este del materno, pero solo hasta los 23 los hombres y 21 las mugeres : á falta de todos estos entrará el tutor, y no habiéndolo el

(1) L. 13, tit. 2, lib. 10 de la N.—(2) L. 16, tit. 2, lib. 10 de la N.—(3) L. 18, tit. 2, lib. 10 de la N.

juez, y solo se necesita hasta los 22 en los hombres y 20 en las mugeres, sin que ninguno de los mencionados tenga que dar á su menor razon de su disenso en caso de que niegue la licencia, aunque los interesados podrán ocurrir á las autoridades para que tomando los informes convenientes, se conceda ó niegue por ellas el permiso necesario que supla el consentimiento denegado para efectuar el matrimonio (1). Que el eclesiástico que autorice los matrimonios sin estos requisitos sea expatriado y pierda las temporalidades, incurriendo en la misma pena los contrayentes, y por último, que en los tribunales eclesiásticos no se admitan demandas de esponsales, si no es que sean celebrados por personas habilitadas para contraer por si mismas segun los expresados requisitos, y prometidos por escritura pública (2), debiendo arreglarse en lo sucesivo á esta pragmática y no á otra la celebracion de los matrimonios. Por las leyes que actualmente nos rigen, la facultad de suplir el consentimiento de las padres en caso de disenso pertenece, no á los jueces, sino á las autoridades políticas, y se ejerce en el distrito y territorios, por el gobernador y gefes políticos conforme al art. 18 cap. 3 de la ley de 23 de junio de 1813, y en los estados por las autoridades que designan sus respectivas leyes.

5. Explicadas ya las disposiciones legales necesarias para el valor de los esponsales que preceden al matrimonio, es tiempo de hablar de él. La ley (3) lo define :

(1) Antiguamente los militares y algunos empleados necesitaban licencia del Gobierno para casarse, hoy no la necesitan por el decreto de 19 de febrero de 1849.

(2) De las demandas sobre valor de esponsales conoce el juez eclesiástico, aunque sea militar el demandado, y hallándolos obligados pasará su sentencia al comandante general para que verificado el despojo del empleo, proceda el eclesiástico segun la orden de 13 de agosto de 1775.

(3) L. 1, tit. 2, P. 4.

*Ayuntamiento de marido é de muger fecho con tal intencion de vivir siempre en uno é de non se departir, guardando lealtad cada uno de ellos al otro, é no se ayuntando el varon á otra muger, nin ella á otro varon viviendo ambos á dos.* El matrimonio que entre nosotros tiene el doble carácter de contrato y de sacramento, se contrae lícita y válidamente siempre que no interviene ninguno de los impedimentos que llaman impedientes, que se oponen á lo lícito del acto, ó dirimientes, que son los que destruyen su valor y subsistencia. Los impedimentos que impiden contraer lícitamente el matrimonio, pero que contraído no lo anulan, son cuatro comprendidos en el siguiente:

*Sacratum tempus, vetitum, sponsalia, votum  
Impediunt fieri, permittunt facta teneri.*

Es decir, el tiempo feriado en que no se hacen las velaciones, la prohibición de la Iglesia como el casamiento entre católico y herege, aunque este no parecen sostenerlo las leyes civiles (1): los esponsales celebrados con otra persona distinta de aquella con quien se va á contraer el matrimonio, y el voto simple de castidad.

6. Los dirimientes proceden de cuatro causas que son: I. La falta de consentimiento. II. El defecto de la naturaleza. III. El derecho de la sangre. IV. La santidad de la religion, y de ellas se deducen los catorce que se conocen y se comprenden en los siguientes versos:

*I. Personæ ac status error, mens simulata, furensque.  
Vis, raptusque. II. Impubertas et debile corpus.  
III. Stirps cognata vel affinis, sponsalis honestas.  
IV. Dispar cultus, et ordo sacer, professio claustris.  
Stans fœdus, vel clandestinum, et crimina bina,  
Impediunt semper, dirimunt que jugalia vincla.*

(1) L. 13, tit. 2, P. 4. Aunque Gregorio Lopez en su glosa sostiene lo contrario.

Como el matrimonio es un contrato, el consentimiento mútuo de los contrayentes es lo que lo constituye esencialmente; de modo que siempre que falte ó no sea enteramente libre y espontáneo, el matrimonio es nulo (1); á diferencia de los demas contratos que se rescinden por la falta de consentimiento (2), pero no se anulan, como explica Gregorio Lopez (3). El consentimiento debe ser manifiesto, pero no solo por palabras, sino tambien por señales inequívocas como sucede en los mudos (4). Por la falta de él dirimen el matrimonio el error, ya sea sobre la persona, ya sobre su estado, pues no puede consentir el que no conoce la cosa, ó la conoce con error sobre su sustancia, y por eso no basta á dirimirlo si el error es solo sobre la calidad ó fortuna del otro (5): la demencia ó locura, porque los que adolecen de esta enfermedad no pueden prestar un verdadero consentimiento, si no es que tengan algunos intervalos de buena razon, y lo presten en alguno de ellos (6): la fuerza ó miedo que cae en varon constante (7); y el rapto violento de la muger (8), mientras no sea restituida á parte segura donde pueda explicar su voluntad libremente.

7. Del defecto de la naturaleza resultan dos impedimentos: Uno la falta de edad, pues no se puede contraer matrimonio antes de los 14 años en el varon, y de los 12 en la muger, si no es en uno que otro caso en que la naturaleza se anticipa (9): El otro impedimento es la impotencia de concurrir carnalmente (10).

8. Del derecho de la sangre, ó sea respeto debido al parentesco, resultan los impedimentos del parentesco ó consanguinidad, de afinidad, y de pública honestidad,

(1) L. 13, tit. 2, P. 4. — (2) L. 36, tit. 3, P. 3. — (3) Gregor. Lop. glos. 1 de la l. 8, tit. 3, P. 5. — (4) L. 3, tit. 2, P. 4. — (5) L. 10 del mismo tit. y P. — (6) L. 6 del mismo. — (7) L. 13 del mismo. — (8) L. 14 del mismo. — (9) L. 6, tit. 1, P. 4. — (10) L. 16, tit. 2, P. 4.

que merecen una explicacion mas detenida. El parentesco ó consanguinidad es: *Atenencia ó aligamiento de personas departidas, que descienden de una raiz* (1). Es de cuatro maneras, á saber: meramente natural, que es el que resulta de un comercio ilícito, y este es el que tienen todos los nacidos fuera de matrimonio. Meramente civil, que es el que resulta de la adopción. Mixto de natural y civil, que es el que proviene de legítimo matrimonio, pues á él concurren la naturaleza y la ley, y espiritual, que es el que se contrae por el bautismo y la confirmación. En el parentesco hay líneas y grados. La línea es: *el ayuntamiento ordenado de personas que se tienen unas de otras como cadena, descendiendo de una raiz*. Esta ó es recta ú oblicua, á que llaman también lateral ó transversal. La recta es entre personas que una viene de la otra, y si se cuenta subiendo, como en hijo, padre, abuelo, bisabuelo, se dice *de ascendientes*, y si bajando como en bisabuelo, abuelo, padre, hijo, se llama *de descendientes*. La transversal es en la que entran personas que no descienden unas de otras y empieza en los hermanos, siguiendo entre los descendientes de uno de estos respecto de los del otro; por lo cual se llama transversal, aunque todas las personas comprendidas en ella descienden de un mismo tronco (2). Esta es igual cuando por ambos lados se cuenta igual número de personas, y desigual cuando por un lado hay mayor número que por el otro.

9. Grado es la distancia que hay de un pariente á otro proveniente del número de generaciones que median. En la línea recta de ascendientes, ó descendientes, se cuentan los grados del mismo modo por el derecho civil que por el canónico, y se dice que hay tantos grados cuantas son las generaciones, ó cuantas son las personas que intervienen, menos una, y así el

(1) L. 1, tit. 6, P. 4. — (2) L. 2, tit. 6, P. 4.

hijo dista de su abuelo dos grados, porque hay dos generaciones, ó tres personas. En la línea transversal se cuentan de diverso modo en ambos derechos; porque según el civil se computan subiendo desde una de las personas al tronco, y bajando después hasta la otra, de modo, que resultan tantos grados cuantas personas, menos una; y según el canónico solo se sube de la una al tronco, resultando que están entre sí las dos personas, como la mas distante del tronco lo está con él. De esta diversidad se sigue que en la computación civil es una misma la regla, sea igual ó desigual la línea, y no así en la canónica, en la cual, siendo igual, distan las dos personas entre sí, lo que cada una del tronco, y siendo desigual lo que la mas remota dista del tronco, y de la misma diversidad resulta que en el derecho civil no hay primer grado en la línea transversal, pues por ejemplo entre dos hermanos, que son las personas mas cercanas, subiendo del uno al padre y bajando de este al otro hermano, resultan tres personas, que son dos grados. Debe tenerse presente que la computación civil se sigue en las sucesiones, y la canónica en los matrimonios (1).

10. La afinidad es: *Alleganza de personas que viene del ayuntamiento del varón y de la muger* (2). Nace pues de la unión carnal del varón y la muger, sea ó no lícita, y por ella los parientes del varón se hacen cuñados ó afines de la muger, y los de esta del marido en el mismo grado en que son parientes (3).

11. Hemos dicho ya que el parentesco civil es el que resulta de la adopción en los términos que explica la ley (4), y el espiritual el que nace del bautismo y la confirmación, y también puede llamarse así el vínculo que llaman de *pública honestidad* que resulta por el

(1) LL. 3 y 4, tit. 6, P. 4. — (2) L. 3 del mismo tit. y P. — (3) La misma l. 3. — (4) L. 7, tit. 7, P. 4.

matrimonio rato, ó los esponsales válidos entre el marido ó esposo y los parientes de su muger ó esposa, y entre los de esta y los de aquel.

12. Explicadas las especies de parentesco, y los modos de computar sus grados, resta solo fijar los términos á que se extiende la prohibicion de contraer matrimonio. En la linea recta del parentesco natural ó consanguinidad la prohibicion se extiende á todos los grados sin limitacion (1); y por eso se dice que si Adán viviera viudo no podria volverse á casar. En la transversal desigual si hay atingencia al primero, tampoco tiene limites la prohibicion, y asi un tío no puede casarse con sus sobrinas de ningun grado (2); pero en la igual solo se extiende al cuarto grado inclusive (3). En la afinidad, si nace de cópula licita sigue las mismas reglas que la consanguinidad, y asi es que con la muger que fue de un descendiente ó ascendiente no podrá casar ninguno de la linea recta, y en la colateral hasta el cuarto, y si es de cópula ilícita solo llega al segundo. El impedimento de pública honestidad, si proviene de matrimonio rato, se extiende al cuarto grado, y si es de esponsales válidos no pasa del primero. El del parentesco espiritual es entre el bautizante y padrino por una parte, y el bautizado y sus padres por la otra, y lo mismo en la confirmacion (4). El que

(1) L. 4, tit. 6, P. 4. — (2) La misma l. 4.

(3) Esta prohibicion no comprende á los que se llamaban indios que por privilegio del papa Paulo III pueden contraer matrimonio dentro del tercero y cuarto grado de consanguinidad, estándoles solo prohibido hasta el segundo. En los impedimentos que resultan del segundo grado de consanguinidad y afinidad por cópula licita: en el primero y segundo con atingencia al primero en la linea transversal, y en el primero por cópula ilícita pueden dispensar los diocesanos de la república, ó cabildos sede-vacantes, segun las facultades que les han sido concedidas en los dos últimos pontificados, y á que ha dado pase el supremo gobierno.

(4) Conc. Trid. ses. 24 de reform. matrim., cap. 2.

resulta de la adopcion imita al de la consanguinidad, y asi el padre por adopcion no puede casar con su hija adoptiva, aun cuando se acabe la adopcion; pero bien podrá casarse la hija por naturaleza con el hijo adoptivo de su padre emancipado (1).

13. De la santidad de la religion nacen los impedimentos de desigualdad de cultos, que se verifica entre el cristiano y el infiel, ó bautizado y no bautizado (2), el orden sagrado (3), la profesion religiosa (4), el matrimonio anterior, el crimen que se incurre por el adulterio con promesa de casarse, ó maquinando la muerte del cónyuge, ó por el homicidio de este perpetrado con el fin de casarse (5); y por último la clandestinidad, que consiste en celebrar el matrimonio sin la asistencia del párroco de uno de los contrayentes, y de dos testigos. Este impedimento fue establecido por el concilio de Trento (6), y en su apoyo está prevenido por las leyes (7) que á los contraventores se confiscan los bienes (8), y se les destierre, siendo ademas una de las causas para la desheredacion.

14. Estos son los impedimentos canónicos apoyados por nuestro derecho civil, en el que se encuentra aun otro que conviene explicar. Este es la condicion puesta al contrato, que no es ciertamente el indicado con la palabra *conditio* en los antiguos versos, por la que se daba á entender el error sobre la condicion de la persona explicado mas legalmente en los versos que hemos referido por las palabras: *status error*. La condicion pues que sea contraria á la naturaleza ó fin del matrimonio hace nulo el contrato (9), como por ejem-

(1) L. 7, tit. 7, P. 4. — (2) L. 15, tit. 2, P. 4. — (3) L. 16 del mismo t. y P. — (4) L. 11 del mismo. — (5) L. 19 del mismo. — (6) Concil. Trid. ses. 24 de reform. matrim., cap. 1. — (7) L. 1, tit. 1, lib. 5 de la R. ó 3, tit. 2, lib. 10 de la N. — (8) Esta pena no tiene lugar por el art. 147 de la Constitucion federal. — (9) L. 6, tit. 4, P. 4.

plio si se pacta que no han de tener hijos, ó que el matrimonio solo haya de durar cierto tiempo; mas las otras que no son de esta naturaleza, y las imposibles de hecho se tienen por no puestas, y no vician el contrato (1).

15. Hemos dicho hasta aqui lo necesario para la constitucion y valor de los matrimonios; es conveniente hablar ahora de su disolucion. A esta se da regularmente el nombre de divorcio, que *tanto quiere decir como departamiento, é cosa que departe la muger del marido, é el marido de la muger por embargo que ha entre ellos cuando es probado en juicio derechamente* (2). En este sentido el divorcio es la disolucion del matrimonio aun en quanto al vínculo, y esta solo se verifica en el consumado por la muerte de alguno de los conyuges (3), ó por la declaracion de su nulidad, si fue contraido con impedimento (4), y en el rato y no consumado por la profesion religiosa de cual-

(1) La misma.

No ocurriendo ninguno de estos impedimentos, pueden proceder á la celebracion del matrimonio sin necesidad de ocurrir al Ordinario en esta diócesis de México, los curas párrocos seculares ó regulares, sus vicarios ú otros sacerdotes con licencia de aquellos, siempre que los contrayentes no sean vagantes, esto es, que no tengan domicilio fijo, extrangeros, bajo cuya denominacion se comprenden los de otros obispados, ó de partes distantes (pues todos estos deberán ocurrir al ordinario), y prévia la informacion de libertad y demas diligencias prevenidas por el concilio de Trento, conforme á la instruccion diocesana de 10 de junio de 1736 publicada con arreglo á la cédula de 26 de julio de 1774.

(2) L. 1, tit. 10, P. 4. — (3) LL. 2 y 3 del mismo tit. y P.

(4) El juez en causas de nulidad de matrimonio es el eclesiástico, quien debe proceder conforme á lo dispuesto en la bula de Benedicto XIV mandada observar por acuerdo del consejo de Indias de 3 de octubre de 1764, en la que se dispone haya siempre un defensor en favor del valor del matrimonio, quien tendrá la obligacion de apelar de la sentencia siempre que le sea contraria. Mas en quanto á las apelaciones, debe tenerse presente lo dispuesto en el breve de 28 de febrero de 1378, expedido por el papa Gregorio XIII y mandado guardar por la ley 10 del título 9 del libro 1 de

quiera de los dos (1) ó tambien por dispensa del papa (2). Mas en su sentido rigoroso el divorcio es la separacion temporal ó perpetua de los casados en quanto 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 privativo del juez eclesiástico, pero este debe abstenerse de mezclarse en los incidentes sobre temporalidades, como alimentos, litis, expensas, ó restitution de dotes de que debe conocer el juez secular (4); 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 limites 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

la 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. 3, tit. 10, P. 4. — (2) Murillo, *Cursus juris canonici*, tom. 2, lib. 4, n. 178. — (3) Elizondo, *Pract. univ. for.*, tom. 7, cap. 13. — (4) El mismo, tom. 7, cap. 13, num. 31.

libro 10 de la Novísima, y que no conoció el derecho romano, es la adquisición para ambos cónyuges por mitad de lo que cada 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: *estando 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 (4) 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 divoreio, 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

(1) L. 1, tit. 9, lib. 3 de la R. ó 4, tit. 4, lib. 10 de la N. — (2) Gomez en la ley 33 de Toro, n. 70. — (3) L. 2, tit. 9, lib. 3 de la R. ó 1, tit. 4, lib. 10 de la N. — (4) L. 3, tit. y lib. cit. de la R. y de la N.

se disuelva el matrimonio, y son cuando la muger renuncia la compañía (1), y cuando se confiscan los bienes de alguno de los dos (2); pues entonces dura solo hasta la sentencia de confiscacion, quedando al inocente libre la mitad de los bienes ganados hasta aquel día. La ley (3) 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. 1ª. Que disuelto el matrimonio cesó la razon que introdujo la compañía. 2ª. Que siendo esta especial y distinta de las comunes, es de rigorosa interpretacion y no debe ampliarse. 3ª. Que no proviniendo de la convencion ó voluntad de las partes, sino de sola la ley es arriesgado extenderla, presumiéndola renovada á pretexto 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 compañía, que comunmente se llaman gananciales, los que tenian los cónyuges antes del matrimonio, los cuales quedan propios de aquel de quien eran (4), ni las herencias y donaciones que se hicieren á alguno de ellos (5), aunque las remuneratorias, si lo son de servicio hecho por los dos, en opinion de Gutierrez (6) pertenecen á la compañía; segun Garcia (7) en todo caso, y segun Ma-

(1) L. 9, tit. 9, lib. 3 de la R. ó 9, tit. 4, lib. 10 de la N. — (2) L. 10, tit. y ll. cit. de la R. ó de la N. (3) L. 3, tt. y ll. cit. de la R. ó de la N. — (4) L. 4, tit. 9, lib. 3 de la R. ó 3, tit. 4, lib. 10 de la N. — (5) L. 3, tt. y libros cit. de la R. ó N. — (6) Gutierrez Pract. quæst. 119. — (7) Garcia De conjug. ac. quæst. n. 123.

tienzo (1) en ninguno. Tampoco pertenecen los bienes castrenses ó cuasi castrenses, si no es que sean ganados á costa de ambos (2); mas todos los demas que cualquiera de los cónyuges adquiere por otro título con su trabajo ó industria son de la compañía y se reputan gananciales (3), 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 este le dejan una herencia, será de él solo; pero los frutos de ella serán comunes (4); de donde inferen 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 (5) del Fuero real, que está recibida en la práctica, segun Matienzo (6) y Gomez (7). 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 doctrina de las mejoras en opinion de Febrero (8) 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 (9). Si uno de los cónyuges ad-

(1) Matienzo sobre la ley 3, glos. 6. — (2) LL. 3 y 5, tit. 9, lib. 5 de la R. ó 2 y 3, tit. 4, lib. 10 de la N. — (3) L. 2, tit. 9, lib. 5 de la R. ó 1, tit. 4, lib. 10 de la N. — (4) LL. 4 y 5, tit. 9, lib. 5 de la R., y 3 y 5, tit. 4, lib. 10 de la N. — (5) L. 10, tit. 4, lib. 3 del Fuero Real. — (6) Matienzo, sobre la ley 4, glos. 1. — (7) Gomez, sobre la ley 33 de Toro, n. 71. — (8) Febrero de Tapia, tom. 6, tit. 2, cap. 9, num. 2 y 3. — (9) Lib. 2, tit. 6, n. 13.

quiere algo por derecho de retracto, la cosa será solo de él; pero el otro tendrá derecho á la mitad del precio que costó (1). 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 (2).

20. El dominio de los gananciales es comun por mitad al marido y la muger (3), sin consideracion á si alguno llevó mas bienes que el otro al matrimonio (4). Matienzo opina que esta comunion de bienes es en quanto al dominio y la posesion; mas Covarrubias y Acevedo dicen que respecto de la muger debe entenderse de un dominio y posesion habitual, y no actual, la cual no la adquiere sino por la disolucion 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 enagenacion, á menos que sea hecha con ánimo de defraudarla ó perjudicarla (5). Esta circunstancia que exige la ley para que sea inválida la enagenacion, ha servido de fundamento á Gomez, Gutierrez, Garcia (6), 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 la de dar ó donar, afirmándolo Gomez con

(1) Molina De just. et. jur. disp. 433, y Gomez, sobre la ley 70 de Toro, n. 28. — (2) L. 11, tit. 4, lib. 3 del Fuero Real. Molin. en d. l. disp. 433; Gutier., lib. 2, quest. pract. 117; Martinez, en la ley 2, tit. 9, lib. 5 de la R. — (3) LL. 1 y 2, tit. 9, lib. 5 de la R. ó 1 y 4, tit. 4, lib. 10 de la N. — (4) L. 4, tit. 9, lib. 5 de la R. ó 3, tit. 4, lib. 10 de la N. — (5) L. 5, tt. y libros cit. de la R. ó de la N. — (6) Garcia De conjug. ac. quest., n. 66.

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 murete 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 algun legado, lo tendrá sin deducion de su mitad (4).

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 contraido durante el matrimonio (5). 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 (6), Gomez (7) Gutierrez (8), Matienzo y otros, es que tambien puede hacerse entonces, porque ademas de que la ley habla generalmente, usa de las palabras *marido*,

(1) Molin. de Hispan. primog., lib. 2, cap. 10. — (2) Gutier., lib. 2, pract. quest. 121. — (3) L. 6, tit. 9, lib. 3 de la R. ó 6, tit. 4, lib. 10 de la N. — (4) L. 7, tit. 9, lib. 3 de la R. ó 8, tit. 4, lib. 10 de la N. — (5) L. 9, tit. y lib. cit. de la R. y de la N. — (6) Covarrub. de Matrim., part. 2, cap. 7, n. 14. — (7) Gomez en la ley 60 de Toro. — (8) Gutierrez, lib. 2, pract. quest. 126.

y *muger*, que solo se dicen con propiedad durante el matrimonio, como advierte Acevedo (1). Gregorio Lopez (2) y Molina (3) opinan por lo contrario, 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 (4), 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 seduccion, 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 compañía 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 (5). Esta doctrina la extienden Acevedo, Matienzo y Covarrubias al caso en que muerto uno de los cónyuges hiciere la promesa el otro,

(1) Acevedo en la l. 9, tit. 9, lib. 3 de la R. — (2) Gregorio Lopez glos. 3 de la l. 3, tit. 11, P. 4. — (3) Molina De just. et. jur. disp. 435. — (4) L. 3, tit. 11, P. 4. — (5) L. 8, tit. 9, lib. 3 de la R. ó 4, tit. 3, lib. 10 de la N.

estando los bienes pro indiviso, fundados en que estas son cargas de la compañía; mas Gomez (1) 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 (2). II. Que tampoco puede celebrar contrato alguno, ni 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 (3). III. Que el marido pueda dar licencia á su muger para contratar, y hacer todo lo que sin ella no podia, y dándosela vale todo lo que en virtud de ella hiciere (4). 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 (5), que podrá darla igualmente con conocimiento de causa, estando el marido ausente, no esperándose de pronto su venida, ó habiendo peligro en la demora, y valdrá todo lo hecho por la licencia del juez, como si la hubiera dado el marido (6). IV. Que el marido pueda ratificar todo lo que su muger hubiese hecho sin su licencia ya en general, ya en particular (7). 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 (8).

25. Con motivo de esta última declaracion mueven

(1) Gomez en la ley 53 de Toro. — (2) L. 1, t. 3, l. 3 de la R. 640, t. 20, l. 10 de la N. — (3) L. 2, t. 3, lib. 3 de la R. 641, tit. 1, lib. 10 de la N. — (4) L. 3, tit. 3, lib. 3 de la R. 642, tit. 1, lib. 10 de la N. — (5) L. 4, tit. y lib. cit. de la R. 643, tit. y lib. cit. de la N. — (6) L. 6 del mismo 643 en la N. — (7) L. 3, tit. 3, lib. 3 de la R. 644, tit. 1, lib. 10 de la N. — (8) L. 14, tit. 1, lib. 3 de la R. 647, tit. 2, lib. 10 de la N.

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 raíces sin decreto del juez. Vela (1) 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 18 años, queda libre del curador que tenia antes (2).

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 coneegiles, 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.

(1) Vela, disert. 5, n. 2 y disert. 6, num. 43.

(2) 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. Vease el num. 37 del tit. 2 del lib. 3.