

sus ultimas disposiciones, la mitad de los que aparecieren, pues la otra mitad toca à su padre, en la qual todos son interesados igual, è indistintamente, si à ninguno mejoró. Si nada resultare, es menester tener presente, examinar, y considerar qué tiempo estuvo casado con cada muger: qué negocios manejó, y utilidades, ò pérdidas tuvo: qué conducta era la de sus mugeres, pues si alguna era de las que nacen al mundo para ser el catástrofe de caudales, y vidas, como muchisimas de estos tiempos, antes le ayudaria à caer, que à levantar: qué enfermedades, y contratiempos le sobrevinieron respectivamente, ò à sus mugeres, hijos, ò hacienda, (pues mucho de esto se podrá probar) y hecho un cómputo imparcial, y prudencial, llamará à los interesados, y se lo manifestará, instruyendoles de todo lo que tuvo presente para hacerlo. Y si sin embargo no se avinieren lo propondrá al Juez como duda, à fin de que oyendolos en forma, resuelva, y le prescriba regla fixa, que le sirva de norte, y pauta para girar la cuenta; y con arreglo à lo que se declare, procederá, sin mezclarse en hacer oficio de Juez, pues siempre que le ocurra duda, que no pueda disolver, ya sea acerca de los gananciales, ò de algun otro particular, y las partes no se convengan, debe proponersela al efecto expresado, ya haya, ò no menores. Lo que queda explicado en orden à los hijos de dos matrimonios, milita con los de tres, ò mas, ya sea por muerte del padre, ò madre comun, segun los casos ocurran.

## §. II.

**QUÁNDO NO SE COMUNICARÁN  
à los conyuges los gananciales, ò los  
perderán.**

44 **N**O es tan amplia, y absoluta la conclusion sentada en el num. 1. de este capitulo, de que los bienes superlucrados constante matrimonio se comunican igualmente à los casados: que no padezca sus limitaciones,

CO-

como toda regla general, pues hay varios casos, que recopilé en el cap. 1. §. 22. de mi primera parte, en los quales no solo no se les comunicarán, sino que los perderán. Y para que el contador lego, y principiante, que no la tenga, y à quien pretendo tinturar, (pues de los Maestros tuviera à mucha dicha ser discipulo, para aprender) no incida tal vez por ignorarlos, en el error de estimarlos por tales, ni por consiguiente perjudique à uno de los conyuges, procedo à su exposicion. Digo pues que si alguno de ellos comete crimen de lesa Magestad, ò otro, por el qual segun derecho deba perderlos, nada percibirá de la mitad, que á no haberlo cometido, le tocara. Y se reputan por gananciales todos los que lucran hasta que en juicio se declaran por perdidos, aunque el delito sea de tal calidad, que el perpetrador incurra *ipso jure* en la pena; pero por el del uno no pierde el otro su mitad, ni los demás bienes suyos. (1)

45 De lo qual infiero, que aunque por el delito no se declaren por perdidos, si se le condena en alguna pena pecuniaria, deberá descontarsele de su mitad, y aplicarse otro tanto como importe, al otro conyuge, porque el daño que se irroga à la sociedad por dolo, ò culpa de uno de los socios, no debe dañar à los consocios segun derecho; (2) y el que por su culpa lo experimenta, debe imputarsele à sí mismo, y no à los otros. (3) A mas de que ya sea el marido, ò la muger el administrador de los bienes, en la general administracion nada se permite hacer dolosamente, y si se hace, no daña al dueño; (4) pues de lo contrario resultaria que siendo éste inocente, pagaba igualmente que el culpado, quando por ninguna ley se le condena, y antes bien por todas se le exime.

Que-

(1) Leyes 10. y 11. tit. 9. lib. 5. Recop. Antunez de Donacion. Reg. lib. 3. cap. 26. n. 1. al 10.

(2) Ley Cum duobus 52 §. Damna, ff. Pro socio, y ley Ex parte, §. Si filius, ff. Familæ erciscundæ, y leyes 7. y 13. tit. 10. Partid. 5.

(3) Regul. Quod quis, de Regul. jur. in 6. y leyes 18. y 22. tit. 34.

Partid. 7. y los tit. Ne uxor pro marito, y Ne filius pro patre, Cod. Martienz. en la ley 4. glos. 7. n. 11. y en la 10. glos. 2. tit. 9. lib. 5. Recop.

(4) Ley Creator 60. §. Lucius Titius 4. ff. Mandati, & ibi Bald. Morquech. de Divis. lib. 2. cap. 13. ex n. 16. hasta el fin.

46 Quedandose la muger despues de casada en su casa, sin haber ido à cohabitar con su marido, ninguna parte la toca de los gananciales, que en su intermedio lucró éste con su mera industria, trabajo, y caudal: y la razon es, porque ningun trabajo puso en su conservacion, custodia, ni incremento, (que es una de las causas porque el derecho se los concede) ni tampoco fondo, con el qual pudiese comerciar, y lucrar, y asi faltando el motivo impulsivo, y final de la ley, cesa su disposicion, por lo que no debe participar de ellos. (1)

47 Si el esposo antes de conducir la esposa à su casa, recibe su dote en dinero, y comerciando con él, adquiere muchos gananciales, se pregunta ¿si no habiendola alimentado, tendrá parte la esposa en ellos? Y parece que no, por lo expuesto en el numero anterior, y porque falta la union, y habitacion de *consumo*, que prescribe la ley para ganarlos. Y à mas de esto, porque si perece la dote en la negociacion, es de cuenta, y riesgo del esposo, y no de la esposa, por habersele transferido su dominio, especialmente consistiendo en dinero. (2)

48 Pero lo contrario me parece mas verídico: Lo primero, porque por la celebracion del matrimonio se constituyen marido, y muger socios de divina, y humana casa; (3) y para contraer esta sociedad no es precisa la cohabitacion simultanea, como he sentado en el num. 2. basta la contraccion del matrimonio. Lo segundo, porque la sociedad se presume contraida entre los que negocian juntos, aunque vivan separados. (4) Lo tercero, porque en las obligaciones que se constituyen con el consentimiento, no hay necesidad de palabras. (5) Lo quarto, porque el derecho manda que los gananciales que de la hacienda comun

se

(1) Montalv. en la ley 1. tit. 3. lib. 3. del Fuero Real, gl. 1. Castill. en la 16. de Toro verb. Durante el matrimonio. Palac. Rub. en ella n. 12. y repet. col. 2. vers. Unde la-cra habita: Matienz. en la 2. tit. 9. lib. 5. Recop. gl. 1. n. 41. Sr. Covar. de Sponsal. part. 2. cap. 7. §. 1. n. 6.

(2) Palac. Rub. in Repet. cap. Per vestr. col. 297.

(3) Ley Adversus 4. Cod. de Crimin. expilatæ hæreditat.

(4) Petr. de Perus. tract. de Societ. part. 2.

(5) Joann. Faber. in §. 1. Institut. de Societat.

se adquieren, se dividan entre los socios. (1) Lo quinto, porque interviniendo dinero solamente, se contrae la sociedad con la intencion, y tácito consentimiento: (2) y en el caso propuesto es visto estar contraida entre los esposos de presente antes de la simultanea cohabitacion, y asi el lucro que despues de recibida la dote, se adquiere, se debe comunicar à entrambos, aunque la esposa no vaya à la casa del esposo. Y lo sexto, porque es inegable que la dote dada al esposo se le dió como à marido: (3) es asi que éste tiene obligacion de dividir con su muger las utilidades que adquiere: luego debe dividir las tambien en el caso presente. Por cuyas razones, y por otras que aduce *Castillo* en la ley 16. de Toro n. 50. y 51. no me queda duda en que las ganancias adquiridas por el esposo con la dote de la esposa, se deben comunicar à ésta, y entenderse que él pone la industria, y ella el fondo, ò parte de él.

49 Estando la muger en compania de su marido, si éste la echa de su casa sin causa legitima, y mientras existe fuera, adquiere muchos gananciales, debe comunicarlos con ella, porque subsiste el matrimonio, y no tiene culpa, ni delito por el que deba perderlos, por lo que es lo mismo que si hubieran existido juntos, pues esta expulsion se entiende hecha con animo de defraudarla, lo qual le está prohibido; (4) (al modo que si el amo despide sin culpa al criado, ò hace cosa, por la que éste se vea en precision de despedirse, pues debe pagarle el salario estipulado, como si le hubiera servido todo el tiempo de la convencion) (5) y de lo contrario conseguiria el marido comodidad de su dolo, y delito, lo qual es contra lo dispuesto por derecho. (6) A mas de que si el marido expele à su muger sin

jus-

(1) Leyes 3. 6. 7. 12. y 13. tit. 10. Partid. 5.

(2) Ley 1. dicho tit. y Partid.

(3) Ley 2. al princip. y ley 10. tit. 11. Partid. 4. arg. leg. fin. Cod. de Donation. ante nuptias. Bald. in leg. Pactum, quæst. 20. Cod. de Collation.

(4) Segur. in Repet. §. Sed, & si fundum leg. Unum ex familia, ff.

de Legat. 2. col. 10. al fin. Castill. en la 16. de Toro n. 52. Matienz. en la 2. tit. 9. lib. 5. Recop. glos. 1. n. 45. al 51.

(5) Ley 8. tit. de las fuerzas, y daños del Fuero Real.

(6) Ley 3. §. 1. ff. de Donat. inter vir. & uxor. y ley Non fraudantur, §. 1. ff. de Reg. jur.

justa causa, incurre por derecho comun (1) en la pena de darla la quarta parte de sus bienes. Luego si en esto es castigado, con superior razon debe serlo en los gananciales que no son suyos, porque los concede la ley à su muger. Lo propio milita para con ésta, quando sin causa no quiere vivir con su marido, y adquiere algunos gananciales durante la separacion, pues debe comunicarlos con él; (2) y en caso de divorcio legitimo, el que diere causa para él, debe alimentar de sus bienes al hijo de ambos, y éste estar al cuidado del otro. (3)

50 No procede lo expuesto quando marido, y muger se separan reciprocamente por alguna causa con legitima dispensacion, pues entonces cada uno hace suyo privativamente lo que adquiere despues de la separacion: y la razones, porque por el hecho de estar separados por juicio de la Iglesia, ya no son marido, ni muger: por lo que no tiene lugar, ni versa motivo alguno de los impulsivos de la ley para conceder à la muger la mitad de ganancias; y como habitan separados, tienen sus bienes en la misma forma, y faltan la voluntad, union, cohabitacion, sociedad, y trabajo de ambos para ambos, no deben comunicarse las. (4) Lo propio milita quando voluntariamente se separan votando castidad; (5) y quando por impotencia, ò otro motivo se declara nulo el matrimonio; pero en todos estos casos deben partir los gananciales adquiridos hasta que se declaró la separacion, ò nulidad, porque hasta entonces hubo matrimonio, buena fé, y legitima sociedad entre ellos, y los adquirieron como marido, y muger, por cuyas razones se les hicieron comunicables con igualdad.

51 Si la muger por la sevicia, ò excesiva rigidez de su marido, ò por otro motivo grave se separa de él *quoad thorum, & mutuam cohabitationem*, de tal suerte que no hacen vida marital, no solo se la debe restituir su dote, sino tambien la mitad de los gananciales antes de su separacion

(1) Ley fin. Cod. de Repud.

(2) Segur. ubi supr. col. 13. vers. Quarto. Castell. ibi n. 53.

(3) Ley 3. tit. 19. Partid. 4.

(4) Castell. ibi vers. Quæro insuper. Segur. ibi.

(5) Matienz. en dicha ley 2. tit. 9. y glos. 1. n. 57. Segur. ibi col. 14.

adquiridos, (1) y asi todo lo debe pedir.

52 Y en quanto à los lucrados despues de la separacion parece no tendrá derecho, porque à su instancia se hizo, aunque el marido diese motivo para ella, y por el hecho de no haber querido vivir con él, y sufrirle, es visto que tampoco quiso participar de los gananciales que él adquiriese despues. (2) Pero no obstante, la comun, y mas segura opinion es, que deberá llevar la mitad de los posteriormente adquiridos, pues sería iniquo, è injusto que la muger que sin delito estaba separada de su marido por culpa de éste, fuese privada del beneficio que la ley la concede, y que su inocencia se convirtiese en su detrimento, y al marido su delito en su utilidad. (3) Lo mismo procede para con el marido quando la muger dió causa al divorcio, pues ambos son correlativos, y ácia ellos se debe hacer el propio juicio, si concurre identidad de razon. (4)

53 Si la muger es adúltera, ò contra la voluntad de su marido se va à casa de hombre sospechoso, en cuyo caso se presume adúltera, ò se pervierte de nuestra Santa Religion, volviéndose Mora, ò Judía, ò de otra secta, no solo perderá los gananciales, sino tambien su dote, y arras; excepto que su marido la perdone el adulterio, y la restituya à su compañía, pues entonces se vuelven las cosas al estado que tenían antes de cometerlo, y asi nada perderá por él. (5) Y para mayor inteligencia de lo explicado en este número, digo que quando los hombres se gobernaban solamente por el derecho natural, no estaba reprobado el acceso, ò cópula carnal entre ellos, y las mugeres, antes bien se permitia por la escasez del linage humano, à fin de

(1) Cap. 1 & ibi Ab. cap. Significavit, & ibi glos. de Donation. inter vir. & uxor. Bald. in cap. 1. Ut lite non contestata col. 13. nota.

(2) Castell. ibi vers. Item quid si uxor.

(3) Lup. in Repet. §. 64. n. 10. & in leg. 16. Tauri n. 35. Ferdinand. Gom. in leg. 12. Tauri n. 15. Sr. Covar. in Epitom. de Spons. part. 2. cap. 7. §. 1. num. 6. Matienz. ibi

num. 47. y 48.

(4) Ley Unic. Cod. de Indicta viduit. tollend. Segur. in dict. repetit. §. Sed si fundum, n. 26. Castell. en dicha ley 16. col. ult. Lop. en ella n. 30. Matienz. ibi n. 53. al 55.

(5) Ley fin. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real, y ley 23. tit. 11. Partid. 4. leyes 15 tit. 17. y 6. tit. 25. Partid. 7. y ley 11. tit. 9. lib. 5. Recop. Gom. en dicha ley 50. de Toro n. fin.

de que se propagase. (1) Que luego que se multiplicó éste, se pobló la tierra, y cesó por consiguiente la causa de la permission, estableció Dios leyes escritas, las que dió à Moysés en el monte Siná: instituyó el matrimonio para mitigar por su medio los estímulos de la concupiscencia, y conservar la prosapia, y descendencia de Adán: y prohibió todo coito entre el varón, y la hembra, excepto el de los casados; por lo que éste es permitido unicamente entre ellos. (2) Que antes de formarse el Código del Emperador Justiniano, no consta impuesta civilmente pena determinada contra los adúlteros; y solo al condenado por tal no se admitia en la milicia; (3) pero por el Código se impuso la de muerte à entrambos; (4) cuya pena, y que fuese à pedradas, ya estaba impuesta anteriormente à la adúltera por el mismo Dios. (5) Que esta pena de muerte quedó en su fuerza, y vigor para con el adúltero, y modigero, y suavizó para con la adúltera por las Autenticas, las quales se la conmutaron en reclusion perpetua en un Monasterio, à efecto de que en él hiciese penitencia, à menos que su marido quisiese recibirla despues de dos años; (6) y lo propio dispone una ley nuestra de Partida. (7) Que aunque segun el Derecho Romano, (8) y el Canónico (9) no se de-

(1) Authent. Quibus mod. Natural. efficiant legitim. §. Liceat igitur, Collat. 6. Authent. Quibus mod. Natural. efficiant. Sui, §. Natura, Collat. 7. ley 1. §. Jus natural. ff. de Just. & jur. §. 1. Instit. de Jure natural. gent. y cap. Jus naturale, distinct. 1.

(2) Genes. cap. 2. Auth. De nuptiis, per tot. Collat. 4. cap. Sicut, §. His ita, Causa 32. q. 2. cap. Quid quid, y cap. Quod Deus 33. quæst. cit. y cap. 1. & per tot. de Sponsalib. Paul. ad Corinth. cap. 7.

(3) Ley Qui cum uno, §. Adulterii, ff. de Re milit. ley 2. §. 1. vers. Miles, ff. de His qui notant. infam. ley Miles, §. fin. ff. Ad leg. Jul. de Adult. ley Claudius, ff. de His qui-  
bas ut indign. y ley Si quis viduam,

ff. de Quæstionibus.

(4) Ley Quamvis 30. vers. fin. Cod. Ad leg. Jul. de Adulter. §. Item lex Julia de Adulter. Institut. de Public. Judæis.

(5) Deuteronom. cap. 22. vers. 22. 23. y 24. Levit. cap. 20. vers. 10. cap. Hæc imago, y cap. Satis 33. quæst. 2. Daniel 12. y 42. Joan. 8. num. 5.

(6) Auth. Sed hodie, Cod. Ad leg. Jul. de Adult. Auth. Ut nulli judic. §. Si vero quando, collat. 9.

(7) Ley 25. tit. 17. Partid. 7.

(8) Ley Quinque legibus, ff. de Bonis damnator.

(9) Cap. Decrevit, de Hæretic. lib. 6. Gom. en la ley 78. de Toro, num. 1.

debe confiscar à la muger su dote, sino por los delitos de lesa Magestad, violencia, homicidio, parricidio, heregía, y dar veneno à alguno; pero por la 78. de Toro no solo debe perder por delito sus bienes dotales, y gananciales, sino tambien los demás de qualquier calidad que sean. Y que la 1. tit. 7. lib. 4. del Fuero Real, que es la 1. tit. 20. lib. 8. Recop. manda poner à los adúlteros en poder del marido, para que haga de ellos, y de sus bienes lo que quisiere, como se prueba de su contexto, que en su primera parte dice: *Si muger casada ficere adulterio, ella, y el adulterador amos sean en poder del marido, è faga dellos lo que quisiere, è de quanto han: asi que no puede matar al uno, è dexar al otro:* con la qual concuerda la 2. tit. 15. lib. 8. del Ordenamiento Real. Segun cuyas leyes el marido puede matarlos, si el Juez declara el adulterio, y se los entrega, y apropiarse los bienes de ambos, como afirman los Autores; (1) bien que la 82. de Toro, que es la 5. de dicho tit. 20. lib. 8. Recop. las corrige en quanto ordena, que si de propia autoridad los matáre, aunque sea *in fraganti*, no gane la dote, ni bienes del que matáre, excepto que los mate con autoridad de la Justicia. De que se sigue, que matandolos sin que intervenga ésta, ò sin hallarlos *in fraganti*, incurrirá en la pena de homicida. (2)

54 Supuesto como incontrovertible, y constante lo explicado, pregunto por curiosidad ¿si la pena de perdimiento de bienes impuesta à la muger por el adulterio probado, se circunscribe, y limita à su dote, arras, gananciales, y demás que al tiempo de su perpetracion posee: ò se amplía à los libres supervenientes, y à los frutos de los mayorazgos que despues de haberlo cometido, y pendiente la acusacion, y pleyto de divorcio, recaen en ella antes de proferirse la sentencia? Y parece que se debe limitar à los que la correspondian, y de que era dueña quando lo cometió: lo uno, porque las leyes no se estienden à otras,

(1) Sr. Matheu de Re crimin. Controv. 50. n. 21. Sanchez de Matrim. tom. 3. lib. 10. Disp. 8. n. 10. Gom. en las leyes 80. 81. y 82. de Toro, n. 47. vers. Hodie tamen: y

otros glosadores. Sr. Covar. de Matrim. part. 2. cap. 7. §. 6. n. 2.

(2) Gom. en dicha ley 82. de Toro, num. 58.