

ni tratan de ellos, antes bien la del Fuero inserta habla de presente en las palabras: *E de quanto han*: que es de lo que los adúlteros poseen quando adultéran, y la sentencia se ha de retrotraer à este tiempo, que es en el que la muger incurre por el adulterio en la pena de su perdimiento, y no estenderse à los que adquiere despues por causa superveniente à la comision del delito. Y lo otro, porque lo penal se debe restringir, è interpretar benignamente, y lo propicio ampliar, como dice el derecho. (1)

55 Sin embargo de lo expuesto en el numero inmediato, digo que todos se constituyen propios del marido, y que no debe sufragar à la adúltera para eximirse de incurrir en la pena de perderlos, la superveniente sucesion de ellos, pendiente el pleyto de divorcio. Lo primero, porque la ley 78. de Toro dice que puede perder por delito todos sus bienes de qualquier calidad que sean; y como los tenia en esperanza, y aun quando no los esperase, como hasta que se profiere la sentencia, no adquiere su marido derecho, ni hipoteca, ni antes de su proclacion se puede titular acreedor à ellos, à causa de ignorar los que son, y si se la impondrá, ò no la pena de perdimiento, por no ser este delito de los por que *ipso jure* se incurre en ella: (2) desde la sentencia es quando se dexa en su voluntad el hacer de los adúlteros, y de sus bienes lo que quiera, como exponen los Autores citados: y entonces se advierte pertenecer à la adúltera; por eso debe perderlos, y hacerlos suyos su marido. Lo segundo, porque ni la ley 78. de Toro, ni la del Fuero inserta distinguen de bienes habidos antes, ò despues de cometer el delito, y de darse la sentencia: antes bien es visto comprehenderlos todos en quanto dice ésta: *que amos sean en poder del marido, è faga dellos, è de quanto han, lo que quisiere*: y asi no debemos distinguir; y como no pueden entrar en poder del marido, ni éste hacer de ellos lo que quiera, hasta que el Juez se los entregue, ni éste entregárselos, hasta que con pleno, y maduro exámen,

(1) Ley 32. al fin, ff. de Pænis, y regla 155. ff. de Regul. jur.

(2) Leyes Si qua pæna: y Aliud,

§. Item multa, ff. de Verbor. obligation.

men, y conocimiento decláre el adulterio, y à los bienes por perdidos: y à esta sazón ya recayeron en ella; por eso debe comprehenderlos todos la sentencia, y entenderse que en este tiempo, y de todos hablan las leyes. Lo tercero, porque al modo que se reputan gananciales todos quantos lucran los conyuges, hasta que en juicio se declaran por perdidos por el delito que alguno de ellos comete, y los que entonces le corresponden, se confiscan: (1) y quando el padre está obligado por estatuto à consignar à su hijo delinqüente la legitima que por su delito se ha de aplicar al Fisco, se mira, y atiende à la que le toca al tiempo de la condenacion: (2) del mismo modo, y por identica razon se ha de mirar quáles, y cuántos pertenecen à la adúltera al propio tiempo, para declararlos por perdidos, y por propios de su marido, y en este concepto aplicárselos. Lo quarto, porque el matrimonio subsiste aunque sin los efectos *quo ad thorum, & mutam cohabitationem*: Y respecto no disolverse por el adulterio, una vez consumado: ser adquiridos constante él los bienes libres y los frutos de los vinculados: pertenecer al marido la administracion de todos: y permanecer en su vigor la ofensa, por la que se impone la pena de su perdimiento: por eso debe executarse en todos; pues aun disuelto, manda la ley 4. tit. 4. lib. 5. del Ordenamiento Real, que la muger viuda que vive luxuriosamente, pierda los gananciales, como en el número siguiente diré; con que viviendo su marido, deberá perder estos, y aquellos. Y lo quinto, porque de no practicarse lo referido, ni entenderse con esta amplitud las leyes, serian ilusorias, si la adúltera no tenia bienes al tiempo de perpetrar el adulterio: no quedaria castigada como preceptúan: experimentaria lucro por su infidelidad, y su marido despues de ser gravemente ofendido, no quedaria satisfecho, ni vindicado de la injuria que le habia irrogado; pues bastante favor la hace en

(1) Leyes 10. y 11. tit. 9. lib. 5. Recop.

(2) Alberic. in 3. part. Statutor. quæst. 36. Bald. in leg. 2. Cod. de

Adoptionib. Roman. in leg. Filio, ff. Solut. matrim. Bæz. de Non meliorand. filiab. cap. 31. n. 4.

no quitarla la vida, hallandola *in fraganti*, como puede, sin incurrir en pena civil, la que importa, y prepondera mas que sus bienes. Por cuyas razones me parece que todo debe ser del marido en posesion, y propiedad: que éste cumple con darla los competentes alimentos de sus frutos, y debe declararse así en la sentencia consignandoselos; y que ésta no se debe retrotraer al tiempo de la perpetracion, porque à éste, y al de ella está inhabil la muger para adquirirlos, y retener los adquiridos, y en ambos tiene aptitud, y capacidad su marido como injuriado, para que se le apliquen todos, por no obstarselo el delito, como à ella; pues la retraccion requiere que en los dos la tenga el interesado, à efecto de que haya lugar, segun expondré en el lib. y cap. 2. de esta segunda parte n. 123. Y aunque lo penal se debe restringir, y lo propicio ampliar: esto se entiende en caso de duda, y quando lo permite el negocio, y no se presume delito; mas no, quando lo hay probado, como en el presente. (1) Este es mi sentir, salvo el de los Doctos imparciales, à que me sujeto, pues en ningun Autor hallé tocado *in terminis* este punto bastante delicado, que muy rara vez sucede: y por curiosidad trabajé, y quise adicionar aquí, à fin de que acerca de él discurren mejor, y con mas nervio, y solidez como facultativos.

56 Y si despues de viuda vive luxuriosa, y escandalosamente, pierde los gananciales, y debe restituirselos à los herederos de su marido, aunque sean extraños. (2) Pero esta pena de restitucion no comprehende al marido, porque en él no se contempla deshonestidad, por no ser lecho de su muger, como ésta lo es de él: por cuya razon, y por otras que dá el Derecho, (3) no puede acusarlo de adúltero, como él à ella.

57 Renunciando la muger mayor de veinte y cinco años los gananciales, nada percibirá de ellos, pero tampoco pagará las deudas del matrimonio, como lo dice la ley

(1) Glos. in regul. 155. §. 2. ff. de Reg. jur. Alciat. lib. 3. præs. 1.

(2) Leyes 5. al fin. y 11. tit. 9. lib. 5. Recop.

(3) Ley 1. tit. 17. Partid. 7. Gom. en la 14. de Toro n. 14. y en la 50. n. 73. al fin, y 80. Tello Fernandez en la 6. n. 22.

ley 9. titul. 9. lib. 5. Recopil. ibi: *Quando la muger renunciare las ganancias, no sea obligada à pagar parte alguna de las deudas que el marido hubiere hecho durante el matrimonio.* Y puede hacer la renuncia antes de casarse, estando casada, y despues de viuda. Si antes, ò al tiempo de contraer matrimonio se pacta que todos los gananciales que durante éste se adquirieran, han de ser para el marido, valdrá el pacto: y así se le adjudicarán todos, ò à sus herederos, (1) porque este pacto no es contra ley, ni buenas costumbres: el contrato la hace (2) conteniendo pactos justos: y cada uno puede renunciar lo que privativamente le utiliza, (3) no estandole prohibido por derecho.

58 Si constante matrimonio renuncia los adquiridos, y que se adquiriesen en lo sucesivo, tambien valdrá, pues puede hacerlo sin necesitar licencia de su marido, porque esta renuncia cede à favor de él, y no la está prohibida; pero debe jurar la escritura, para no poder reclamarla; (4) y así ya los renuncie en el matrimonio, ò despues de disuelto, se acrecen al marido; y por el contrario renunciandolos éste, se acrecen à la muger, por ser ambos conjuntos à este efecto con conjuncion legal. (5)

59 Y aunque se objete que la donacion entre marido, y muger está prohibida, para que no se despojen del mutuo amor que se deben tener: que solo con la muerte del donante se confirma: y que por lo mismo es nula la renuncia, no obsta, porque esto se entiende quando por ella se constituye mas pobre el donante en quanto disminuye su patrimonio, y el donatario mas rico, porque aumenta el suyo; pero cesando este motivo, queda firme, porque no es propriamente donacion, ni disminucion de su caudal, sino desistimien-

(1) Rodrig. Suar. en la ley 1. t. de las ganancias, lib. 3. del Fuero Real.

(2) Ley 1. §. 6. ff. Depositum, vel contra, y ley Contractus 23. ff. de Regul. jur. Avendañ. respons. 20. n. 8. Boer. decis. 22. n. 28.

(3) Ley Si quis in conscribendo 29. Cod. de pact.

(4) Palac. Rub. in Rub. de Dona-

tion. inter vir. & uxor. §. 47. n. 13. 19. y 20. y §. 63. n. 2. fol. 40. Avendañ. ibi glos. in cap. 2. de Don. inter vir. & uxor. Burg. de Paz quæst. 9. n. 11. Gom. y Castill. en la ley 60. de Toro.

(5) Gom. lib. 1. Var. cap. 10. n. 28. vers. Ex quo singulariter infero.

miento de adquisicion, ò renunciacion del lucro que podría, y tenia esperanza de adquirir, lo qual es muy diverso. (1)

60 Tampoco obsta el alegar que esta adquisicion no es hecha por ultima voluntad, sino por contrato, en el qual no ha lugar el derecho de acrecer: porque quando la conjuncion proviene de la concesion del Principe, vale tambien, y ha lugar este derecho en los contratos, como sucede en éste, en el que la adquisicion, y sociedad en quanto à los gananciales provienen de la ley, y de la liberalidad, disposicion, y concesion del Legislador que la estableció. (2) Y ultimamente no obsta alegar que el dominio, y posesion de los gananciales se transfieren en la muger sin necesidad de tradicion, luego que se adquieren: porque esta translacion constante matrimonio no es mas que una ficcion. Lo qual no sucede en quanto al marido, porque es real, verdadera, y absoluta como dueño; y asi à la muger, ni à otro, aunque sea deudor, no está prohibido renunciar en perjuicio de sus acreedores, y dexar de adquirir lo que no tiene, y le puede venir, porque por esta renuncia no se constituye de peor condicion que estaba. (3) Lo propio milita en quanto al miedo reverencial, porque éste solo no es suficiente para invalidarla, pues debe ser grave que intimide al varon constante, qual se requiere por derecho para la rescision de los actos, y contratos; (4) por lo que para extirpar todo escrupulo, conviene que la jure en la forma explicada en el cap. 4. de mi primera parte §. 4. n. 117. con cuya solemnidad quedará estable.

61 Y si siendo viuda, y mayor de 25. años, los renuncia,

(1) Leyes 4. 5. y 6. tit. 11. Partid. 4. y ley Si sponsus, §. Si maritus, ff. de Donation. inter vir. & uxor.

(2) Ley unica, Cod. Si liberalitatis imperialis socios sine herede decesserit, & ibi DD. Gom. lib. y cap. dichos n. 1. al 5.

(3) Ley Qui autem, ff. de His quæ in fraudem creditor. y ley Cum oportet, §. Sin autem, Cod. de Bonis

quæ liberis.

(4) Ley Metum 2. ff. Si per vim, ley Si donationis, Cod. Quod metus causa, ley 2. §. fin. ff. Ex quibus causis major. ley Si quis ab alio, y ley Vani timoris, ff. de Re judicat. ley Interpositas, Cod. de Transaction. cap. Cum dilectus, quod metus causa. Bart. Angel, y DD. en la ley 1. §. Quæ onerandæ, ff. Quarum rerum actio non detur.

cia, con superior razon valdrá, y no estará obligada à pagar deudas, como dexo sentado en el n. 55. Pero si es menor, necesitará licencia judicial, precedido maduro examen de si la es util, ò nociva la renuncia, para que sea válida, pues no basta la de su tutor, ò curador, porque al menor está prohibido no solo enagenar, y perder lo que tiene, sino tambien dexar de adquirir. (1) Y lo propio milita antes de casarse, ò constante matrimonio, en caso de ser menor.

62 Quando ningun pacto intervino acerca de los gananciales, se debe tener presente para su division la costumbre del Pueblo en que se contraxo el matrimonio. (2) Lo qual se entiende, con tal que estén en el término del mismo Pueblo los bienes que se han de partir, pues no existiendo en él, se ha de estar à la de el en que se domiciliaren; y asi para participar la muger de la mitad de los que están en el de su domicilio, no es menester pactarlo quando se casa, si allí se comunican los que se lucran, aunque nada se hable de ellos, y se haya casado en donde no son comunicables los del Pueblo del casamiento; de modo que en donde se acostumbrare dividir las ganancias allí existentes, se dividirán sin necesidad de pacto: y en donde no hubiere costumbre, como en la Ciudad de Cordova, y en los Lugares que comprehende su Obispado, no: excepto que se pacte otra cosa al tiempo de casarse, como se puede, (3) porque la costumbre no estiende sus efectos fuera del territorio en que está introducida, (4) ni la causa finita, ò limitada puede producirlos infinitos; por cuya razon, asi como se limita la potencia de la causa, se deben limitar sus efectos: (5) y quando la costumbre, ò

es-

(1) Ley Magis puto, §. Si fundum, ff. de Rebus eorum, y leyes 60. tit. 18. Partid. 3. y 18. tit. 16. Partid. 5. Gom. en la 60. de Toro vers. Nec etiam obstat, y lib. 2. Var. cap. 14. n. 13. 14. 15. y 27.

(2) Ley Exigere dotem, ff. de Judic. y ley 24. tit. 11. part. 4.

(3) Señor Greg. Lop. en dicha ley 24. glos. 2. Vers. Ego tamen hoc

Tom. I.

intelligerem: Matienz. en la 2. tit. 9. glos. 1. n. 67. al 87. lib. 5. Recop. Morquech. de Divis. lib. 2. cap. 16. num. 3.

(4) Cap. fin. de Constit. in 6. y ley fin. ff. de Jurisdiction. omnium Judic.

(5) Ley Si arrogator, ff. de Adoptio. ley Juris peritas, §. Cum oriundus, ff. de Excusation. tutor.

S 3

estatuto tiene su tendencia à los bienes, y no à la persona, se ha de juzgar acerca de ellos con arreglo à la del territorio en que están sitos. (1) Sobre lo qual veanse los Autores que se citan. (2)

63 Al marido está permitido enagenar constante matrimonio los gananciales que no son castrenses, ni quasi castrenses, sin licencia, ni consentimiento de su muger, y valdrá su enagenacion, no probando ésta, ò sus herederos que la hizo con dolo, por damnificarla, segun con legal apoyo dexo sentado en el num. 29. y este es otro caso en que no participará de ellos. Pero probando haberlos enagenado con animo de defraudarla, si la enagenacion fuere de cosas consistentes en número, peso, ò medida, ò de otros muebles que no existen, deberá el marido, ò su heredero satisfacerla su parte de su propio patrimonio, ò imputarsela en la suya de gananciales. Si hecha excusion en sus bienes, no quedáre la muger reintegrada por su insolvencia, podrá usar de la accion *revocatoria* contra el poseedor de ellos, como hecha en fraude suyo. Y si la enagenacion fue de especie que existe, podrá usar tambien de la misma accion contra su poseedor, sin hacer la excusion referida. (3)

64 Donando el marido à pariente, ò à otro, ò consumiéndolos gananciales en juegos, ò en otros vicios, ¿ se duda si competirá à la muger repeticion contra los suyos por la mitad de la parte que donó, ò dispipó? Acerca de lo qual discordan los Autores. Unos afirman, y constantemente resuelven que cesante el dolo expuesto, puede enagenarlos, sin que la muger tenga regreso contra los suyos por su mitad: (4) Lo primero, porque esta palabra *enagenar* es tan amplia, y general, que comprende, è incluye todas las especies de enagenacion, contratos, distractos, y actos, por los cuales se transfieren el dominio util, y el di-

(1) Ley Rescripto al fin, ff. de Munerib. & honorib.

(2) Matienz. en dicha ley 2. tit. 9. y glos. 1. Sr. Greg. Lop. en la ley 24. cit. Palac. Rub. in Repetit. §. 62.

n. 31. Gom. en la ley 50. de Toro

n. 75. y otros.

(3) Gom. en la ley 50. de Toro num. 74.

(4) Gom. en dicha ley n. 73. Ayor. part. 2. quæst. 41. n. 46.

directo, (1) segun se prueba de la ley 1. tit. 14. Partid. 1. que dice: *Enagenamiento es toda postura, ò fecho que algunos omes facen entre sí, porque pasa el señorto de alguna cosa de los unos à los otros. Este enagenamiento se face en muchas maneras asi como por donadto, ò por cambio, ò por vendida, quier se faga llanamente, ò con alguna condicion, ò por otra manera à que llaman en Griego enfiteusis, que quiere tanto decir como enagenamiento que se face como en manera de vendida asi como adelante se muestra:: y tambien de la 10. tit. 33. Partid. 7. ibi: E decimos que aquel à quien es defendido de non enagenar la cosa, que la non puede vender, ni cambiar, ni empeñar, ni puede poner servidumbre en ella, ni dar acenso.* Lo segundo, porque la ley habla generalmente, sin distinguir si la enagenacion ha de ser por venta, donacion, ò otro titulo lucrativo, ò por el oneroso, y por hablar de qualquiera enagenacion, se comprehende en ella la donacion; (2) pues la ley se debe entender segun está escrita sin distincion alguna. (3) Lo tercero, porque es posterior à las del Fuero, que conceden à la muger la mitad, y correctoria de ellas; y asi con consideracion à que el marido es el que adquiere los gananciales (pues las mugeres apenas se pueden mantener decentemente con su honesto trabaxo, como lo experimentamos) le confiere potestad amplia para enagenarlos por qualquier titulo sin licencia de su muger como dueño: lo que al contrario no podrá hacer, siendo agenos, v. g. de un hijo, en los cuales solo tiene la libre, y general administracion, y usufructo, y no el dominio, pues por la concesion de éste no es visto concedersele la plena potestad de disponer de ellos, como si fueran suyos. Y lo quarto, porque si por sí solo dota, ò hace donacion *propter nuptias* à un hijo de ambos, se debe pagar de los gananciales en quanto

(1) Ley final, Cod. de Reb. alien. non alienand. cap. Nulli, de Rebus Ecclesiæ non alienand. Sr. Greg. Lop. en la ley 43. tit. 5. Partid. 5. glos. 3. Hermosill. en dicha ley, y glos. a. 1.

(2) Ley fin. Cod. de Rebus alienis non alienand. glos. in Authent. de

Non alienand. verb. Alienationes. collat. 2. n. 11.

(3) Ley De pretio, ff. de Publiciana in rem actione, ley Prospexit. ff. Qui, & à quibus manumissi liberi non sunt, y ley Prospexit, ff. de Postulando.