

de la copula con muger casada, debaxo de esta condicion, si fuese suya?

33 Respondo negativamente. Así lo tiene, con el Cardenal de Lugo, Tancredo, tom. 4. tract. 1. disp. 6. quest. 28. §. Quod autem. Y la razon es; porque por aquella precission se quita la malicia de adulterio; y así bastará dezir, que se ha deleytado vnicamente. Lo mismo tiene D. Francisco el Verde, quest. 4. §. 42. num. 174. el qual dize: *Non est peccatum, quod non est volitum, nec volitum quod non est cognitum; nec cognitum, quod est precissum.* Lugo, &c.

§. II.

De la restitucion por razon del adulterio.

Preguntarás lo 1. Si el adultero estará obligado à hazer alguna restitucion?

34 Supongo, que aquí ay dos cosas que considerat: lo 1. la injuria, que el adultero haze al marido de la adultera: lo 2. el daño que de à se le sigue, quando del adulterio nace alguna criatura. De lo primero tocarémos en este, y los tres Questitos siguientes, y de lo segundo en los demás. Esto supuesto.

35 Respondo: que por sola la injuria, aunque sea gravissima, si no se sigue algun daño, no estará el adultero obligado à restituir. Así lo tiene, con Molina, Sylvio, Fillucio, nuestro Balleo, tom. 1. verb. *Adulterium*, num. 6. Y lo mismo tienen Lefio, Becano, Caspenfe, y otros. Y la razon es; porque à la injuria sola no se debe de justicia, sino la satisfacion por señales de dolor, y arrepentimiento, pidiendo perdon, &c. Lo qual se debe entender, quando el marido llegue à saberlo; porque esto se ordena à apaciguar el animo del marido: *sed sic est*, que quando el ofendido ignora que lo está, no ay necesidad de aplacarle: Ergo, &c.

36 De aquí es: que los Confesores nunca obligan à los penitentes à restituir en semejante caso. De donde se sigue, que este discurso no es legitimo, ni formal: aquel pecó contra justicia: luego está obligado à restituir.

37 Confírmase esto: porque el Confessor, que injustamente niega la absolucion al penitente, peca contra justicia; y con todo esto no está obligado à restituir cosa alguna: Ergo, &c. Lo mismo se ha de dezir del que comete juyzio temerario, y del que mata à otro, que estava proximo à la muerte.

Preguntarás lo 2. Si en caso que el marido sepa la ofensa, y no quiera contentarse con la dicha satisfacion, sino que quiera satisfacion pecuniaria, estará el adultero obligado à ella?

38 Respondo negativamente. Así lo tienen los sobredichos DD. Y se prueba: lo 1. porque no le hizo daño pecuniario, y así no puede pedir satisfacion pecuniaria con autoridad privada.

39 Lo 2. porque lo tal está prohibido por el Derecho, como dirémos en el Questito 3. Y lo 3. porque aquella injuria es objeto de la justicia yin-

dicativa, la qual se ha de exercer por publica autoridad: Ergo, &c.

40 Dirás: La muger es posesion del marido; luego el adultero estará obligado à restituirle alguna cosa por el abuso del cuerpo de ella; así como está obligado à restituir el que vfa de vn cavallo de otro *inuito domino*.

41 Respondo lo 1. que el argumento no prueba cosa de la injuria hecha al marido, sino à lo sumo del valor del abuso del cuerpo, de quo postea. Respondo lo 2. negando la consecuencia: porque el marido no puede concederle à otro el vfo de su muger, porque el derecho que tiene al tal vfo, no es delegable.

42 Advierto empero: que si el marido, despues de cometido el adulterio, sin voluntad suya pidiese la tal satisfacion pecuniaria, ocultamente, y sin escandalo, no pecaría en ello, ni estaría obligado à restituir lo que el tal adultero le diese; segun Lefio, Maldero, Azor, Bonacina, y Balleo, que los cita, y sigue, *ubi supra*. Y la razon que dan es; porque las leyes, que se citarán en el Questito siguiente, mas pertenecen à los Juezes para que no concedan accion, *Nimirum in penam, ob presumptionem lenocinij*, que à los particulares, ò à las costumbres, ò fuero de la conciencia.

Preguntarás lo 3. Si antes del adulterio pactassen el marido, y el adultero, que por el adulterio le ha de dar este al marido, v. g. veinte reales, si estará en tal caso el adultero obligado à pagarlos?

43 Supongo, como cierto, que en el fuero externo no lo está, porque el tal pacto está prohibido por Derecho, como consta de la *ley Transgessura* 18. C. de *transactionibus*, donde se dize: *Transgessura, vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non est.* Y lo mismo se prohibe en la *ley Males* 11. ff. ad *leg. Juliam, de adulterijs*. Lo qual prohibió justificadissimamente el Derecho, porque no pareció que el marido era alcahuete, ò ruñan de su muger, y que la ponía à ganar con su cuerpo; y así solo está la dificultad en orden al fuero de la conciencia. Esto supuesto.

44 Nuestro Caspenfe, tom. 2. tract. 18. sect. 2. num. 10. in *fine*, dize: que aunque entrambos pecan en el dicho contrato, por ser iniquo, y aunque en el fuero exterior repruebe el Derecho tales contratos; pero que en el fuero interno de la conciencia vno, y otro es probable, y él tiene por mas probable la parte afirmativa, de que el adultero está obligado à pagarlos.

45 Respondo tamen negativamente. Esta conclusion consta abundantemente de lo que diximos à cerca de semejantes pactos con las meretrices, *sect. 1. §. 2. Questito 1.* por todo él, donde se puede ver.

Preguntarás lo 4. Si el lucro, que adquiere la muger adultera por el adulterio, deba dársele à su marido?

46 Respondo negativamente, con Soto, Bonacina, Graffis, Megala, Lefio, y otros, que citan, y siguen,

figuen, Diana, part. 2. tract. 17. §. Et licet. El Verde, quest. 4. §. 44. num. 176. y Machado, tom. 2. lib. 6. part. 7. tract. 4. doc. 7. num. 2. pag. mibi 606. porque en las cosas, que illicitamente adquiere la muger, no tiene derecho alguno el marido; como ni el padre, ni el señor en las que adquieren illicitamente el hijo, ò el esclavo: Ergo, &c.

Preguntarás lo 5. A qué estará obligado el adultero, quando del adulterio se sigue la criatura, y parto de ella?

47 Respondo lo 1. que no estará obligado à compensacion alguna, sino es que esté moralmente cierto de que es suya, y no estará moralmente cierto aviendo razon probable en contrario. Así lo tiene, con Lefio, Sylvio, Fillucio, Salon, Enriquez, Bonacina, y Layman, nuestro Balleo, tom. 1. verb. *Adulterium*, num. 3. Y la razon es; porque en duda debe tenerse por legitimo el hijo, y se debe favorecer à este en orden à la legitimidad: y lo otro, porque en duda es mejor la condicion del que posee, *sed sic est*, que el adultero está en posesion de su dinero: Ergo, &c.

48 Añade dicho Balleo, con Enriquez, que rara vez se deberá creer à la adultera, que al tiempo del adulterio comunicava simul con su marido; porque no siempre le consta à la muger si concibió deste, ò de aquel, ò de ambos.

49 Imò, se debe dezir lo mismo, aunque no comunicasse entonces con su marido, si ignorare que la tal adultera no aya admitido otro: porque segun Soto, y con él el Verde, quest. 4. §. 45. num. 178. de la que admitió vno, puede creerse sin injuria, que avrà admitido otro; *ex leg. Huius, ff. de condit. & demonstrat.* Y añade con Bonacina, de *Matrimon. quest. 4. p. 11. num. 8.* que el adultero no está obligado à creer à la adultera, que jura ser la dicha prole hijo del adultero, si no constare ciertamente por otra parte.

50 Respondo lo 2. que si el adultero conoce de cierto ser la criatura suya, estará obligado à restituir lo que se huviere gastado en sus alimentos, à lo menos del tercer año arriba: porque à lo menos desde esse año está obligado à alimentarla hasta que ella lo pueda ganar. Pero desto se trató muy expofesso sobre el 4. del Decalogo, donde se puede ver.

Preguntarás lo 6. Si demás de lo dicho estará obligado à restituir el daño, que se sigue à los hijos legitimos por la sucesion del tal ilegítimo en la herencia?

51 Respondo lo 1. que si el tal no ha sido Autor de la suposicion, ò ficcion, no estará obligado à restituir. Así lo tiene, con Soto, Pitigiano, Peña, y Enriquez, el Verde, num. 177. Lo mismo tienen por probable, Bartolomé de San Fausto, Gaspar Hurtado, otros Modernos, y Diana, part. 2. tract. 17. ref. 55. Y tambien la tiene por probable Lefio, aun que la contraria es la que le agrada, *lib. 2. cap. 10. dub. 6. num. 43. 44. y 45.* Y se prueba.

52 Lo 1. porque el tal no es verdadera causa

de dicho daño; pues no es tutor; ni consultor de él; y lo 2. porque si la adultera procurasse el aborto, no se juzgaria el aborto causa del tal homicidio, sino es que le huviere aconsejado, ò ayudado à él: luego del mesmo modo debe dezirse, que no el adultero, sino la madre damnifica à los legitimos, que pudiendo no suponer, le supone por legitimo: Ergo, &c.

53 Y caso que aya sido forçada à suponerle, por razon del peligro de la fama, ò vida: *ad hoc*, ni en tal caso será el adultero causa de la tal suposicion, sino sola la madre, llevada del dicho miedo de no ponerse en dicho peligro: así como quando vno atroja las mercaderias en la mar, que los dichos bienes no son la causa de que las arroje, sino la voluntad del que las arroja, movida del temor del naufragio. Así, pues, en nuestro caso, que la dicha madre por fuerza del adulterio no está obligada à suponer por legitimo el parto adulterino, sino la voluntad es la verdadera causa; pues queriendo la madre, le supone por evitar la infamia, ò la muerte. Al fundamento de la sentencia contraria, que es la comun, satisface dicho Diana. *Vide illum.*

54 Respondo lo 2. que si el adultero persuadió à la adultera el que fingiese, que la criatura adulterina era del marido, estará obligado à todo el daño, que se siguiere de alimento, y herencia, juntamente con la madre: porque entrambos *æque primo*, son causa de todo el daño: el adultero, porque lo persuadió en nombre de los dos; y la adultera, porque lo executó en nombre de los dos, y así si ambos quedaran obligados *pro rata æque primo*.

55 Pero es de advertir: que quando el consejo es en utilidad del consultor, queda él obligado en primer lugar, y el executor solo en defecto de este; pero quando es en utilidad del executor, es al contrario: y si es en utilidad de ambos, quedan obligados ambos *æque primo pro rata*, y *in solidum* qualquiera, en defecto del otro; como bien Lefio, *lib. 2. cap. 10. dub. 6. num. 41. y cap. 13. dub. 5.* Y lo mismo Becano, y otros.

Preguntarás lo 7. A qué estará obligada la adultera, en caso de averse seguido el parto?

56 Respondo lo 1. que está obligada à procurar, quanto la fuere posible, sin peligro de la vida, ò dispendio de la fama, que los herederos legitimos no padezcan detrimento alguno, por razon del hijo ilegítimo. Es comun de los DD. Y así si tiene bienes parafernales, está obligada à dexarlos à los hijos legitimos en compensacion; y del mesmo modo está obligada à dexar à los demás la tercera parte de su hacienda, y qualesquiera otros bienes, que pudiere adquirir con su trabajo; y à moderar los gastos acostumbrados quanto commodamente pueda, considerada la condicion del estado, salud, y otras semejantes circunstancias; y si así no pudiere satisfacer, está obligada à aconsejarle que se entre en Religion, si fuere idoneo: porque de todos estos modos debe procurar evitar el daño