

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 precisión se quita la malicia de adulterio; y así bastará decir, 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 precisum.* Luego, &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 gravísima, 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 satisfaccion 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 decir 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 satisfaccion, sino que quiera satisfaccion 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 satisfaccion 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 y in-

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 satisfaccion 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. Iuliam, de adulterijs*. Lo qual prohibió justificadíssimamente el Derecho, porque no pareció que el marido era alcahuete, ò ruñar 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 dárselo à su marido?

46 Respondo negativamente, con Soro, 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 decir 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 juzgaría el aborto causa del tal homicidio, sino es que le huviere aconsejado, ò ayudado à él: luego del mesmo modo debe decirse, 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 mercaderías 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

de los herederos. Machado, tom. 2. lib. 6. part. 7. tract. 6. doc. 14. num. 1. Lelsio, lib. 2. cap. 10. dub. 7. num. 47. y Becano, que dicen ser comun.

67 Respondo lo 2. que si con alguno de dichos modos pudiere compensar ad aequalitatem el daño, en tal caso podrá lícitamente permitir, que el tal ilegítimo suceda en la herencia, porque en tal caso ningun daño se seguirá a los legítimos herederos.

58 Opondrás: El ilegítimo es incapaz de herencia, segun las leyes civiles; sed sic est, que estas leyes obligan en conciencia. Ergo, &c.

59 Respondo lo 1. que no es incapaz, quando en su nombre se compensa à los otros la porcion que él lleva, si es oculto el adulterio; ni las dichas leyes hablan, ni se deben entender en este caso.

60 Respondo lo 2. que aunque sea incapaz, con todo esto se puede permitir que suceda, por evitar la muerte, ó la infamia de la madre: principalmente no siguiendose de allí daño à los otros, por la compensacion que se le haze, ó procurando quanto se pueda, que sea menor el daño, y agravio que se le cause.

61 Respondo lo 3. al Quesito: que aunque de ningun modo pueda compensar el daño, no está obligada la madre à manifestar su crimen al hijo, sino que juzgue que ha de aprovechar. Es de todos los DD. que se citarán en la respuesta quarta. Y se prueba.

62 Lo vno, porque esto fuera infamarse, à lo qual no está obligada: y lo otro, porque el hijo no está obligado à creerla en tal caso; como lo enseña la Glossa, in cap. Officijs 9. de penitent. & remissionibus, y todos los Canonistas, in cap. Per tuas 10. de probationibus, y los Juristas, in leg. Si Postumus 14. ff. de liber. & posthum. Y la razon es, porque à quien alega su torpeza no se la debe creer, ex leg. Mercenalem, C. de condit. obtrup. caus. l. Transact. C. de transact. l. Pignoriibus, donde la Glossa, C. de seruo comun. manumiss. l. Cum prostearis, C. de renouand. donat. cap. Inter dilectos, de donat. y de otros.

63 Imò, no debe el hijo creer à la madre, que dize que es adulterio, aunque lo diga con juramento, ó en el articulo de la muerte, sino es que le conste al hijo por otra parte; como lo tienen Juan Ponce, Hurtado, y Azor, apud Dianam, part. 11. tract. 6. ref. 53. §. Dico igitur. Y con Medina, Bañez, Suarez, y los dichos, el D. Verde, quest. 4. §. 46. num. 179. Y la razon que dà es; porque los Derechos no quieren que se la crea à la madre en esta materia, leg. Miles 11. ff. ad leg. Cornelianam, & leg. Filiam 6. ff. de bis, qui sunt sui, vel alieni iuris. Nease en nuestro tomo de las Proposiciones. condenadas, tract. 3. conf. 15. à num. 13. à pag. 205. de la segunda, y tercera impresion, donde se prueba mas copiosamente lo dicho: Ergo, &c.

64 Respondo lo 4. que aunque sepa de cierto que se han de evitar los daños de los hijos legítimos, no estará obligada à descubrir su crimen con peligro de la vida; como lo tiene la comun senten-

cia de los DD. porque la vida no es estimable, con precio alguno: Ergo, &c.

65 Ni tampoco con dispendio de la fama; como lo tienen Navarro, Gutierrez, Covarrubias, Fagundez, Trullench, y otros, que cita Machado, tom. 2. lib. 6. p. 7. tract. 6. doc. 14. num. 3. Y lo mismo tienen, con Escoto, Gabriel, Cayetano, Inocencio, Panormitano, y otros Canonistas, y con Castro, Medina, y Sierra, Lelsio, lib. 2. cap. 10. dub. 7. num. 53. y 55. y el Verde, ubi supra, que lo prueban, ex cap. Officijs 9. de penitent. & remissionibus, del qual se colige claramente. Y la razon es: porque la fama es de orden superior à los bienes de la hazienda; y así nunca es necesario exponerla por dichos bienes; que son de inferior condicion. Veanse otros fundamentos en dicho Lelsio.

§. III.

De las penas del adulterio, su probança, y Juez.

Preguntarás lo 1. Quantas, y quales sean las penas del adulterio?

66 Respondo, que las siguientes: La primera pena del adulterio, es, que la muger adultera pierda por el adulterio la dote: la qual se debe aplicar por sentencia del Juez al marido, que la acusa del adulterio: y asimismo pierda las arras, y los dones, propter nuptias; pero no los bienes parafernales, cap. Plerumque, de donat. inter virum, & uxorem.

67 La segunda pena, es, de divorcio; la qual puede lícitamente pedir el inocente contra el adultero, ex cap. Cum litteris, de divorcijs.

68 La tercera, es, pena de muerte natural, illegal, Quamuis la 2. C. ad leg. Iuliam, de adulter. donde lo tienen Angelo, in princip. y Saliceto, colum. pen. y Franco, decis. 240. num. 5. donde dize, que por causas se minoran algunas vezes la tal pena.

69 La quarta, es, que por Derecho Canonico queda descomulgado el adultero, si el varon, ó la muger, y se recluye en vn Monasterio: y si el marido no quisiere retener la muger adultera, se la precisa à que por toda la vida haga allí penitencia; cap. Gaudemus, de divorcijs.

70 Y la quinta, que el Clerigo, que fuere notoriamente adultero, se le depone del officio, se le recluye en vn Monasterio por todo el tiempo de su vida, y queda infame; cap. Si quis Clericus, dist. 81. Imò, es irregular: porque todo crimen, que es digno de deposicion, siendo notorio, induce irregularidad, cap. fin. de temporibus ordinand.

Preguntarás lo 2. Como se prueba el adulterio en el fuero contencioso?

71 Respondo: que se prueba de muchas, y claras conjeturas. Ancharrano, in cap. Ex litteris, num. 2. de presumpt. Farinacio, in tom. 4. in Practica Crim. quest. 16. Vna de las presunciones, es la vista sucesiva de los testigos, que los vean en vna misma cama, por algun lugar secreto, d. cap. Ex litteris. Pero en la realidad esto no prueba que se aya seguido la copula. Matifs. singular. 118. Pruebase tam-

tambien por confesion de las partes, y es la mejor probanga de todas, leg. Cum te, C. de probat. leg. Cum à mater, C. de rei vendic. cap. Per tuas, de probat. cap. Si cautio, de fide instrum. y de otros, y la comun de DD.

Preguntarás lo 3. Quien sea el Juez competente respecto del adulterio?

72 Respondo lo 1. que quando se trata del adulterio, en orden à castigarle con pena de sangre, solo el Juez Secular es competente Juez; porque al Eclesiastico le está prohibido el castigar con la dicha pena, in cap. Sententiam sanguinis, ne Clerici, vel Monachi.

73 Respondo lo 2. que en quanto à las otras penas, el tal crimen es mixti fori, y así ay lugar de prevencion, y le puede castigar el Juez Eclesiastico; como con la comun, lo tiene Diana, part. 4. tract. 1. ref. 16. Y la razon es, porque por el adulterio se peca contra el matrimonio, que es vno de los Sacramentos de la Iglesia, y así se peca en alguna manera contra la Iglesia: que es la razon, por la qual tambien los sacriegios se castigan en el fuero Eclesiastico. Ergo, &c.

74 Respondo lo 3. que en causa de divorcio, solo el Eclesiastico es Juez competente para conocer del adulterio: así tambien quando se trata de sola la separacion ad tempus, por causa de lepra, ó de otro impedimento; como con la comun de Teologos, y Canonistas, lo tienen Diana, part. 1. tract. 2. ref. 86. y nuestro Balleo, tom. 1. verb. Adulterium, num. 11. Vide illum. Y veale tambien, en orden à las penas del adulterio, dicho Balleo, num. 2. Y en el tom. 2. eod. verb. à num. 4. ad 24.

§. IV.

Del concubito conjugal.

Preguntarás lo 1. Si en la negacion del debito conjugal se dà parvidad de materia?

75 Supongo: que la negacion del debito conjugal es pecado mortal ex genere suo, y contra la justicia commutativa; como lo tiene la comun de DD. y queda dicho sobre el quarto Precepto del Decalogo, sect. 4. §. 1. à num. 19. y §. 2. num. 103. Esto supuesto.

76 Respondo: que así como en los demás preceptos de justicia se dà parvidad de materia, que esculpe de pecado mortal, así tambien se dà en este; y así sería materia leve el negarse vna, ó otra vez: Imò, sería materia leve el diferirlo por algun breve tiempo, cessando el peligro de incontinencia, como si lo negasse por la mañana disfrutando para la noche. Así lo tienen, con Victoria, Ledesma, y Cornejo, y otros, Sanchez, de Matrimon. lib. 9. disp. 2. num. 11. y Diana, part. 5. tract. 5. ref. 14.

77 Añado: que tampoco sería pecado mortal negar el debito à quien le pide remissamente; y que rogado desiste de la peticion facilmente; como consta à paridad de las demás deudas civiles, que quando se piden remissamente, ó quando el acre-

dor concede facilmente la dilacion, no es mortal la denegacion; ni tampoco será mortal negar el debito à quien lo pide con demasiada frecuencia; porque el tal debito solo se debe pagar moderadamente, atenta la condicion de las personas. Todo lo dicho tienen, con otros muchos, dicho Sanchez, num. 12. y 13. y Diana, part. 5. tract. 14. ref. sol. 36.

Preguntarás lo 2. Si los casados esten obligados à remitirse la obligacion de pagar el debito, para poder ayunar?

78 Respondo negativamente, con Aversa, de Matrim. quest. 21. sect. 1. v. Inferri tandem solet, y otros. Y la razon es, porque como el precepto de la Iglesia no pueda quitar aquella ley de justicia, que nace del matrimonio, de allí es consiguientemente, que tampoco pueda quitar de los casados el derecho que tienen à exercer el acto conjugal: Ergo, &c.

79 Añado obiter: que si del ayuno Eclesiastico se la siguiere à la muger el ponerse palida, ó flaca, de allí el agrandar menos al marido, que en tal caso no estaría obligada à ayunar; como con muchos, lo tiene Sanchez, lib. 9. disp. 3. num. 11. Y la razon es, porque el tal daño es notable, y muy necesario el amor mutuo de los casados para passar en paz, y quietud la vida conjugal.

80 Imò, el dicho Sanchez, num. 12. con Luis Lopez, à quien cita, estiene dicha doctrina à la que se quiere casar, si por el ayuno se huviese de hazer tan disforme, que con grave dificultad hallase quien la quisiese; y lo mismo tienen otros. Y la razon es, porque las leyes deben obligar con modo humano, y no con tyránico, y por consiguiente no obligan con grande incommodo, qual sería el presente: Ergo, &c.

Preguntarás lo 3. Si quando vno celebrò matrimonio sin aver precedido las denunciations, será pecado mortal el consumar antes que las tales se hagan?

81 Respondo: que si constare de cierto, que no ay en la realidad impedimento alguno, que en tal caso no será pecado el consumar antes que se hagan. Así lo tienen Bartolomé de Ledesma, Manuel Rodriguez, Pedro de Ledesma, y Luis Lopez, citados por Sanchez, de Matrim. lib. 3. disp. 11. num. 2. y el mismo parece la tiene por verdadera; pues solo dize, num. 3. que la contraria lo es mas. Y la razon es, porque aquí cessa la presumpcion del Tridentino, sess. 24. de Matrim. cap. 1. en que manda precedan dichas denunciations, la qual es, Ne forte copula sit fornicaria; como lo tiene dicho Sanchez, num. 3. en la segunda prueba, y se colige del dicho cap. 1. del Tridentino; ibi: Vt facilius detegantur impedimenta: Ergo, &c. No obstante, lo contrario tengo por mas verdadero con dicho Sanchez, vide illum.

Preguntarás lo 4. Si será à lo menos pecado venial consumar el matrimonio antes de las bendiciones de la Iglesia?

82 Respondo negativamente. Así lo tienen con