

nuestro Caspense) sino tambien en la imposicion de penas en las Esponales validas; porque en dicho cap. Gemma, aunque el caso en que se puso la dicha pena, fue de Esponales invalidas por defecto de edad: pero la decision, y la razon de la decision, fue absoluta, y general, y no se da en ella por motivo el aver sido invalidas, sino el ser la tal imposicion de penas contra la libertad que prerequiere el Matrimonio: Ergo, &c.

37 *Imò*, la sobredicha disposicion tiene lugar, no solo en las penas graves, sino tambien, aunque la pena que se impone sea modica: como con Cavarrubias, Matienço, y la comun, contra algunos, lo tienen Sanchez, disp. 30. num. 11. y Gaspar Hurtado, diff. 28. num. 76. Y la razon es, porque en los dichos Derechos indistincta, y absolutamente se reprueba el poner pena en las Esponales; *Sed sic est*, que qualquiera pena, por modica que sea, es verdadera pena, y *aliqua* daña à la libertad, y es contra las buenas costumbres, en contrato que tanta libertad pide: Ergo, &c.

38 Respondo lo 2. Que no solo es irrita la pena que se ponen entre si los esposos, sino tambien la que se ponen entre si los padres, y consanguineos de los tales esposos, porque en ellos milita vna mesma razon; porque asi como es inhonesta, y contra la libertad del Matrimonio, que los esposos se obliguen à contraher Matrimonio por miedo de la pena que ellos han de pagar, asi tambien lo es el que lo hagan por miedo de la pena que han de pagar sus parientes. Y asi en el dicho cap. Gemma se irrita la pena constituida por los padres de los esposos. Vease tambien lo que dize dicha ley Titia, in principio, y alli Bartolo, n. 1. y lo que dize la dicha ley 39. tit. 1. part. 5. pues hablando generalmente, dize *Aquel que hizo la promission por el que no lo quiere fazer, ni cumplir, que no es tenuto de pechar la pena.*

39 Y lo mesmo se ha de dezir, quando la pena se pone entre los amigos, que estan tan estrechamente conjuntos con los esposos, que sea probable, que los tales esposos, por el temor de que los tales amigos no paguen la pena, han de contuher el Matrimonio. Y lo mesmo es, si la tal pena la huviesen impuesto los superiores, cuyos subditos son los tales esposos; v. g. los Tutores. Y la razon es, porque en todos los dichos casos ay siempre peligro de que se contrayga el Matrimonio por temor de alguna pena, y detrimento. Todo lo dicho es comun, como se puede ver en Sanchez, lib. 1. disp. 30. num. 2. y 3. Veanse tambien en el mesmo otras questiones tocantes à la mesma materia por toda la dicha disputa.

40 Y si opusieses, con Diana, Caspense, y otros, contra dichas dos conclusiones, que no es contra la libertad del Matrimonio, el que se le impida que retroceda injustamente del cumplimiento de las Esponales; asi como no es contra la libertad del, quando vno justamente es compelido à contraher por censuras, por que este miedo se impone justamente: Ergo, &c.

41 Respondo, que segun muchos de los Autores citados en el quæsito 3. la dicha compulsion por censuras, es contraria à la libertad del Matrimonio: porque el miedo de la descomuniõ, es miedo que cae en varon constante, y por consiguiente haze nula la contraccion: pero dado que por esto no sea invalido, porque no quite la absolutamente la libertad, no puede negarse, que con semejante coaccion se disminuya mucho; y asi se debe evitar la tal coaccion en contrato que tanta libertad pide, y que de ser coacto, se siguen frequentemente peccamos efectos; como consta del cap. *Requisiuit*, de *Sponsalibus*.

42 Respondo lo 2. Que ay gran diferencia de las tales penas à la descomuniõ: porque la descomuniõ contra el que no quiere contraher, aviendolo prometido, es solo *ad tempus*, y por modo de medicina: y si estuviere pertinaz, se le *ah* fuelve *ne liber consensus desideretur*; pero la dicha pena, caso que se admita, es pura pena, y no *ad tempus*, sino para que se quede sin ella *in perpetuum*, por mas que estè pertinaz en pagarla.

43 Respondo lo 3. al quæsito: Que la tal pena impuesta en el contrato de las Esponales, no se confirma, ò haze firme por el juramento, como lo tiene con la comun de DD. contra otros, Sanchez, disp. 32. num. 21. Y la razon es, porque la tal promesa es mala, y pecaminosa, por ser contra la prohibicion expresa de los Derechos Canonico, Civil, y Regio, hecha à favor del bien comun; *id est*, à favor de la libertad del Matrimonio, de la qual pende grandemente la tranquilidad de la Republica: por que de los Matrimonios coactos, se siguen frequentemente riñas, disensiones, mala educacion de los hijos, y otros peccados efectos: luego el tal juramento no obliga, por que el juramento sigue la naturaleza del acto: *aliqua* seria vinculo de iniquidad contra el cap. *Cum contingat*, de *iure iurando*, pues daria fuerza de obligar à la promesa iniqua: Ergo, &c.

44 Y si opusieses: que el que jurò de pagar el precio à la meretriz por el uso ilícito de su cuerpo, está obligado à guardar el juramento; y el que jurò de pagar lo que perdiere al juego, está obligado à pagar lo que perdiere, no obstante que esto está prohibido por derecho del Reyno, y que la promesa de pagar es irrita; y el que jurò de pagar vlturas por la pecunia que debe, está obligado à guardar el tal juramento, aunque la tal solucion es contra el Derecho natural: luego lo mesmo se avrá de dezir de la pena impuesta en las Esponales, y confirmada con juramento, contra el que injustamente quebrantare la fe, y palabra dada.

45 Respondo: que quando el acto principal se prohibe en favor del publico, ò bien comun, no se confirma, ni haze valido el juramento, *ex cap. Si diligenti*, de *foro competentis*, *et cap. 2. De pactis*, y de otros derechos; *Sed sic est*, que la promesa de la pena impuesta en la Esponales, está prohibida por la publica utilidad, *nempe* por la libertad del

Matrimonio; como consta del dicho cap. Gemma, ibi: *Cum itaque libera Matrimonia esse debeant*; y de la dicha ley final, ibi: *Cum in continentibus nuptiis libertas potestas esse debeat*; luego como el juramento sigue la naturaleza del acto sobre que cae, y la tal promesa, ò el tal acto en las Esponales sea invalido, y no obligatorio, asi tambien el tal juramento, ni será valido, ni obligatorio.

46 Ni valen los similes alegados; porque al primero responde Sanchez: Que aquella promesa de pagar el precio a la meretriz, es buena, y acto de justicia, porque es promesa de pagar el precio por el uso de su cuerpo venal; y si tiene alguna malicia adjunta por razon de la induccion al mal, es del todo extrinseca, y de la qual por ninguna manera se viste la solucion: pero la promesa de pagar la pena en las Esponales, es totalmente prohibida, è ilícita contra la libertad del Matrimonio. Hasta aqui Sanchez; pero yo no niego la paridad, sino el antecedente, por lo dicho en el primero tomo desta Suma, tr. 3. disp. 2. cap. 3. sec. 2. à num. 73. ad 83. à pag. 529. y donde me referiré mas abaxo.

47 Al 2. similitud responde Sanchez: Que el juego está prohibido por la utilidad privada; porque al bien comun poco importa, ora el Ciudadano que pierde, ora el que gana retenga la dicha pecunia, pues cada vno puede licitamente ceder su derecho particular, y por consiguiente pagar sin culpa dicha pecunia: por lo qual el juramento de la tal solucion no es de cosa ilícita, y asi la tal promesa puede ser confirmada, y valida por el juramento; pero la pena impuesta en las Esponales, y la promesa de pagarla, está prohibida por el bien comun; esto es, por la libertad del Matrimonio, el qual bien ningún particular puede renunciar, ni confirmar con juramento la promesa. Pero acerca desto vease lo que diximos en el primer tomo desta Suma, tr. 3. disp. 1. cap. 2. sec. 1. §. 3. à num. 163. ad 189. à pag. 266. donde se tratò difusamente de la obligacion de los juramentos.

48 Al tercero responde: Que la promesa de pagar las vlturas, es lícita, y acto de la virtud de la caridad para consigo mismo, para redimir la vexacion; y por consiguiente, que el juramento confirma la tal promesa. Acerca de lo qual se vea lo que diximos en nuestro tomo de las Propos. conden. tr. 6. conf. 16. num. 9. 11. y à num. 43. ad 53. pag. 391. y à pag. 395. de la 2. 3. y 4. impresion.

49 Respondo lo 4. que aunque la pena impuesta en las Esponales sea irrita, como lo es, y no se deba en manera alguna, con todo esto si la pagare el que injustamente retrocede, en tal caso el que la recibe no estará obligado à restituirla antes de la sentencia del Juez, sino que podrá retenerla. Atsi lo tienen con otros muchos, Sanchez, disp. 31. num. 2. Coninch, Lelio, y Bonacina. Y la razon es, porque aunque los Derechos prohiben el que se imponga la dicha pena, no empero impiden la translacion de dominio, ò la retencion de la pena vna vez pagada. A lo qual haze lo que *in simili* diximos, acerca de

la retencion del precio que recibió la meretriz por el uso de su cuerpo, en el tomo 1. desta Suma, tr. 3. disp. 2. cap. 3. sec. 2. à num. 83. pag. 530. y lo que diximos acerca de retener el Juez lo que recibió por vender el arbitrio; y de retener las Guardas el cohecho que recibieron por dexar passar las mercaderias, en el tomo de las Propos. condenad. sobre la Propos. 26. condenada por Alexandro VII. à num. 144. ad 161. à pag. 17. de la 2. 3. y 4. impresion, donde se puede ver.

50 Respondo lo 5. que será valida la pena que se pusiese en las Esponales por via de intereses, ò de daño; como v. g. que el que injustamente retrocediere, deba pagar los gastos, que se huvieren hecho por razon de las Esponales. Atsi lo tiene, con Dyno, Baldo, Saliceto, Alexandro de Nevo, Antonio y Preposito, Sanchez, disp. 30. num. 14. 15. y 16. y lo mismo Gaspar Hurtado, disp. 18. in fine, Villalobos, Mendez de San Juan, y comunmente los DD. contra otros. Y la razon es, porque esta no es propria pena; pues aunque no le huviese puesto, estaría obligado à pagar, ò resarcir estos daños, el que injustamente retrocediese de las Esponales; como passa en el que injustamente retrocede en otro qualquier contrato, que por derecho natural está obligado à resarcir el daño causado del tal contrato.

51 Ni basta si opongamos: que el esposo, por la solucion del tal interes, se hará mas tímido para no receder de las Esponales; y por consiguiente, se le impedirá la libertad del Matrimonio, lo qual pretenden obviar los Derechos: Ergo, &c.

52 Porque se responde, que no obsta à la libertad del Matrimonio aquel temor, que nace de la pena que está anexa *ex natura rei* à las Esponales, sino solo aquel temor, que nace de la pena que es extrinseca à las Esponales. Consta esto à *simili* porque el esposo no solo se haze mas tímido por la pena del interes, que es conatural, sino tambien por el pecado mortal que incurriria, si retrocediese sin legitima causa: luego asi como el temor, que nace del pecado mortal, no obsta à la libertad del Matrimonio, asi tampoco el temor que nace de la pena de los intereses; porque asi el pecado mortal, como la pena del interes, *ex natura rei* se siguen de la violacion de las Esponales.

53 Pero qué pecado será poner en las Esponales las sobredichas penas, que irritan, y anulan los Derechos?

54 Bonacina, con otros, dize, que será pecado mortal: Hurtado empero, con Lelio, y Coninch, *vbi supra*, dizen, que no será pecado alguno, ni el imponerla, ni el pagarla; porque aunque los Derechos irritan, y anulan las dichas penas, pero no las prohiben, ni son ilícitas.

55 Pero mejor Sanchez, con Cayetano, y Armila, disp. 30. num. 2. dize, que será solo pecado venial el imponer dichas penas; porque como estas no sean validas, y por consiguiente no compelan al Matrimonio, no parece ser la materia grave: pero que contenga alguna culpa, no parece que se pueda



de negar; porque los Detechos, no solo irritan la tal pena, sino que la prohiben, y reprueban, como improba, è inhonesta; pues en dicho cap. *Gemma* se dice, ibi: *Et ideo talis stipulatio propter pena interpositionem, sit merito improbanda; esto es, tamquam improba hãmmandã*; y por esto la resiste, como à contraria de las buenas costumbres, y libertad del Matrimonio. Y en la dicha ley *Titia* se dice tambien, ibi: *In honestam usum est vinculo penae Matrimonia stringi*; luego si carece de honestidad, y por esto se prohibe, alguna culpa contiene, contra Hurtado, Lesio, y Coninch, pero no culpa grave, como Bonacina, y otros pretenden.

Preguntaras lo 5. Si se pueden dar Arras en el contrato de las Esponsales, y que las aya de perder el que injustamente retrocediere?

56 Supongo lo 1. Que las Arras suelen tomarse en tres maneras: Lo 1. por cierta donacion que haze el marido à la muger por via de dote; lo 2. por donacion *propter nuptias*; y lo 3. por prenda que se dà entre los esposos, en señal de que se cumpliràn las Esponsales, y efectuarà el Matrimonio: lo qual vulgarmente se dice *dàr señal*, como se suele hazer en el contrato de compra, y venta. De las Arras, segun la primera, y segunda accepçion, y de las que se llaman *Donas*, è *Sponsalitia largitas*, se tratò en el primer tomo desta Suma, à pag. 423. num. 124. y 25. y à num. 130. ad 135. y así aqui solo tratamos de las Arras en la tercera accepçion.

57 Supongo lo 2. Que para que las Arras se obligan tales, y lo sean en esta accepçion tercera, se requiere que expresamente se diga, que se dan en señal del Matrimonio futuro; porque si se dan absolutamente, no seràn Arras, sino *Donas*, è *Sponsalitia largitas*; como bien Antonio Gomez, in leg. 50. *Tana vi*, num. 12 Villalobos, *diffic.* 10. num. 9. Mendez, in *terrogat.* 17. num. 39. Sanchez, *disp.* 35. num. 1. y comunmente. Esto supuesto.

58 Respondo lo 1. Que se pueden dàr dichas Arras licita, y validamente en las Esponsales, y con la calidad mencionada de que las pierda el que injustamente retrocediere. Es de todos los Doctores. Y se prueba, porque no ay Derecho que lo prohiba; Imò, lo aprueban el Derecho Civil, y Regio expresamente, l. *Arras*, è l. *fin. C. de Sponsalibus*, l. 1. tit. 11. part. 4. è l. 84. tit. 18. part. 3. de los quales Derechos no debemos apartarnos, sino se alegare en contrario el Derecho Canonico, como no se puede alegar, y sino veamos adonde? Ergo, &c.

59 Y la razon de congruencia porque los Derechos prohiben, è irritan la imposicion de pura pena, y no la tradicion de las Arras, es, porque la tradicion de las Arras, *ex se*, y regularmente, impide mucho menos la libertad, que la imposicion de la pena; porque *ceteris paribus*, el temor de perder las Arras, que ya estàn entregadas, y no se han de desembollar, porque ya està esto hecho, es menor que el de pagar la pena impuesta, y que no està entregada. A que se añade, que regularmente hablando, la tradicion de las Arras, como se dà de presente, es

menor que la imposicion de la pena, que no se dà luego, sino que se promete en lo futuro, y así se promete mas largo, que lo que se dà de contado; y aunque es verdad, que estas razones no convencen, son empero congruencias, que pudieran mover los legisladores, para que permitidas las Arras, prohibiesen las penas.

60 Respondo lo 2. Que las Arras se pueden constituir en qualquiera cantidad *absque limite*; y no solo en cosa mueble, sino tambien en algun fundo, como con la comun de DD. lo tiene Sanchez en dicha *disp.* 35. contra otros; porque en ningun Derecho se limita esto, ni ay ley que prohiba el que se constituya en cosa inmueble: Ergo, &c.

61 Respondo lo 3. Que quando el Matrimonio se ha contrahido, buelven las Arras al que las diò, *ex leg. fin. C. de Sponsalibus*. Y la razon es, porque las tales Arras son como prenda, y por consiguiente contrahido el Matrimonio, no ay causa para retener la prenda el que la recibió. Es comun.

62 Respondo lo 4. Que el que sin culpa recea de de las Esponsales, como por entrarle en Religion, è por aver sabido despues della, que ay algun Canonico impedimento entre los esposos, que antes no se sabia, è por otra justa causa, no pierde las Arras que avia entregado, sino que se le deben restituir, como lo tiene la comun sentencia, y consta de la dicha ley final. Y la razon es, porque donde no ay culpa, tampoco debe aver pena, *ex leg. Sancimus. C. de penis*.

63 Respondo lo 5. Que quando vno solo de los esposos entregò las Arras, y por culpa del recipiente no se sigue el Matrimonio, este està obligado à restituir doblado; conviene à saber, las Arras que recibió del otro, y otro tanto de su patrimonio, y si se huvieren cometido en que restituya triplicada, è quadruplicada la cantidad, deberia restituir la, como consta de la dicha ley *fin. C. de Sponsalibus*. Y la razon es, porque si solo estuviera obligado à restituir las Arras que recibió, ninguna pena padeceria, ni se guardaria igualdad; pero es de advertir, que en la tal triplicacion, è quadruplicacion, entran, y se han de computar las Arras recibidas.

64 De lo dicho se debe exceptuar el menor de veinte y cinco años, el qual solo està obligado à restituir las Arras recibidas, pero no el duplo, è quadruplo, aunque el tal retroceda; y ora se le ayen entregado à el, ora à su tutor, è curador, porque así consta de la ley citada, lo tiene nuestro Caspente, y comunmente.

65 Respondo lo 6. Que quando ambos esposos han dado, y recibido Arras, en tal caso el que recede injustamente, pierde las suyas, y està obligado à restituir las que recibió, porque así se viene à la pena del duplo, precripta por la Ley Civil; y si fueren desiguales las Arras, el que las ha dado menores que el otro, està obligado à suplir el defecto para ajustar la pena del duplo.

¶ Pero *utrum*, esta pena del duplo, è quadruplo,

*duplo*, que permite el Derecho Civil, valga tambien atento el Derecho Canonico?

66 Nieganlo algunos, que tacitamente refiere Gregorio Lopez, *leg.* 84. tit. 18. part. 3. verb. *Et dadas*; porque el contrato del Matrimonio, segun el Derecho Canonico, se exime de toda pena por atender à su libertad, in *dist. cap. Gemma, de Sponsalibus*.

67 Afirmanlo empero comunmente los DD. y es lo mas verdadero; porque el Derecho Canonico, solo se juzga prohibir aquellas penas, que son distintas de la restitucion de las Arras, y de la restitucion del Duplo, è quadruplo, que con la restitucion de las Arras està conexas, porque se reputa por cautela justa para la seguridad del Matrimonio, dar de presente grandes Arras, y estigular el quadruplo, como con Hostiense, Tabiena, y otros, lo tiene Sanchez, *disp.* 35. num. 10. y *disp.* 36. num. 11. lo suponen, Hurtado, Becano, y otros.

¶ Y *utrum*: la tal pena del Duplo, è quadruplo se deba restituir en conciencia antes de la sentencia del Juez?

68 Supongo, que la pena del Duplo, es pena legal, impuesta por la ley final, *Cod. de Sponsalibus*; y la pena del quadruplo, es solo convencional: porque la dicha ley no la impone, sino solo permite, que los contrayentes puedan hazer esse convenio entre si. Esto supuesto.

69 Respondo lo 1. como cierto, que la pena legal del Duplo no se debe antes de la sentencia del Juez, porque esto es comun à toda pena legal; y así, el que retrocede injustamente, està obligado à restituir luego las Arras recibidas; porque esta no es pena, sino condicion naturalmente al contrato; pero no està obligado à pagar el Duplo, sino fuere condenado à ello por el Juez, como comunisimamente dicen los DD. porque esta es pena, y pena legal; y así la mayor dificultad està en orden à la pena convencional del Triplo, è quadruplo.

70 Acerca de la qual Gaspar Hurtado, con Covarrabias, Coninch, y Basilio Ponce, afirma, que està obligado antes de la sentencia del Juez à pagar la dicha pena del Triplo, è quadruplo, por ser pena convencional; y lo mismo tienen nuestro Caspente, Mendez de San Juan, y otros. Y el fundamento, es, porque no ay cosa tan natural, como que se deban guardar los pactos, *ex leg. 1. ff. de pactis, è ex cap. 1. de probationibus*. y porque el que entrega las Arras, no menos pretende quede obligado el que las recibe, que el mesmo que las entrega se obliga, y queda obligado; *Sed sic est*, que los tales contrayentes de las Esponsales pactaron, como suponemos, que pague la pena del Triplo, è quadruplo, el que injustamente retrocediere: Ergo, &c.

71 Respondo *tamen*, que tengo por mas probable, que la tal pena convencional (sino es que lo contrario se pacte expresisimamente, y con palabras claras) no obliga antes de la sentencia del Juez. Así lo tiene, con Adriano, Ledesma, Victoria, Luis Lopez, Palacios, Beya, Navarro, y Gutierrez, Sanchez, *disp.* 37. num. 4. Y se prueba,

72 Lo vno; porque la intencion de los contrayentes (quando no declaran otra cosa) en la constitucion de la tal pena, no es otra, sino que por ella puedan ser compelidos à guardar la fe en el fuero externo, y por el Juez; luego no pretenden obligarse à la dicha pena, sino judicialmente, y en el fuero contencioso.

73 Y lo otro, y es confirmacion del antecedente: porque como los tales constituyan la dicha pena por permission del Derecho comun, la intencion de ellos se debe entender segun el precripto del Derecho comun; *Sed sic est*, que el Derecho comun no obliga à la pena, sino es despues de la sentencia del Juez: Ergo, &c.

74 De aqui queda respondido à los fundamentos contrarios, à los quales dezimos: Que los pactos se deben guardar en el modo en que se hazen, y por consiguiente, que el pacto de pagar dicha pena, se debe observar, supuesta la condenacion del Juez; y que esta fue la intencion de los contrayentes en la constitucion de dicha pena, y no otra, quando no lo declararon con palabras expresas.

75 Todo lo dicho en este quarto 5. es comun de los DD. contra algunos, como se puede ver en Sanchez, *lib. 1. disp.* 35. 36. y 37. por todas ellas, donde lo disputa disulamente, y con la etudicion que acostumbra.

76 Y es de advertir, que excepta la imposicion de pura pena, que se irrita, y prohibe, in *cap. Gemma, de Sponsalibus*; pueden añadirse a las Esponsales licita, y validamente otros contratos, que no se hallan reprobados en parte alguna; como son, el contrato de la fideiussion, para la mayor seguridad de que se contraherà el Matrimonio: el contrato de las prendas, por la seguridad de las Arras aun no entregadas; y el contrato de habitar en cierto lugar, el qual contrato debe guardar el marido (sino es que sobrevenga causa justa para mudar lugar); y si el marido, sin causa justa, mudare lugar, no estarà obligada la muger à seguirle, como se dixo en el primer tomo de esta Suma, *tr. 3. disp.* 2. *cap. 1. sec. 4. §. 2. à num. 97. ad 101. pag.* 420. y 421. Veale dicho Sanchez, *disp.* 38. 40. y 41.

Preguntaras lo 6. Si la promesa de matrimonio externa, y fingida sea válida, y tenga fuerza para obligar?

77 Supongo, que de tres maneras puede hazerse la promesa fingida: Lo primero, de tal suerte, que falte el animo de prometer; lo segundo, de modo, que aya animo de prometer, pero no de obligarse; y lo tercero, si el que promete tuviese animo de prometer, y de obligarse, pero no de cumplirla. Esto supuesto.

78 Respondo lo 1. Que la promesa hecha del primer modo, es totalmente nula, y de ella no resulta obligacion alguna; porque la tal solo se haze *oretenus*, y en realidad de verdad no es promesa, sino simulacion de promesa: luego de ella no resulta obligacion, como lo tiene la comun de DD. principalmente Sanchez, *lib. 1. disp.* 9. Meracio, *disp.* 12. *sec.*