

à qualquiera otra obra pia; porque contra estos, aunque sean actores, no favorece la posesion al que posee. Vease nuestro tomo de las Proposiciones condenadas, pag. 15. num. 117. y 121.

173 Respondo lo 2. Que si ninguno fuere poseedor, estará obligado el Juez en tal caso à dividir la cosa, porque en dicho caso es igual el derecho de ambos. Así lo tiene con otros Diana, *ubi supra*, resol. 40. *Vide illum*. Pero aunque lo dicho es comun, y lo que se debe tener, no obstante esto es probable, que en dicho caso podrá el Juez aplicar la cosa à quien quisiere. A cerca de lo qual se vea lo que diximos en el tomo de las Proposiciones condenadas, tract. 1. conf. 3. num. 115. y 121. Vease tambien en el num. 117. pag. 14. y 15.

Preguntará lo 17. Si el Abogado podrá en caso de duda patrocinarse contra el reo al actor?

174 Respondo afirmativamente con Merolla, Lorca, Maldero, y otros, que cita, y sigue Diana, part. 2. tract. 13. resol. 6. y part. 4. tract. 3. resol. 47. y esto, no solo en las causas civiles, sino tambien en las criminales, por los fundamentos que dexamos alegados en nuestro tomo de las Proposiciones condenadas, tract. 1. consult. 2. Propos. 2. conclus. 8. à num. 161. pag. 21. *Vide ibi*.

§. VIII.

Dudas à cerca del Matrimonio.

Preguntará lo 1. Si podrá contraherse matrimonio sin dispensacion en caso de duda de impedimento?

175 Resp. Que hecha primero suficiente diligencia, y subsistiendo dicha duda, podrá contraherse licitamente; como lo tienen ambos Sanchez, y Diana, citados en mi tomo de Obispos, tract. 8. conf. 2. num. 18. pag. 568. Y lo mismo tiene el Verde en sus Posiciones Selectas, quest. 12. part. 5. §. 13. pag. 159. Y se prueba: lo vno, porque el impedimento es cosa de hecho, y así no se presume.

176 Y lo otro, porque en tal caso está la posesion por la libertad de contraher, y la duda por el impedimento; *sed sic est*, que sin derecho cierto à ninguno se ha de despojar de su posesion; *ex l. si debitor, ff. de pignor. Ergo, &c.* Vease en dicho mi tomo el num. 19.

Preguntará lo 2. Si el casado, que duda del valor del matrimonio, contrahido con buena fe, podrá pedir, y pagar el debito?

177 Resp. Que antes de hazer la debida diligencia podrá pagar, pero no pedir; y hecha la debida diligencia, podrá pagar, y pedir, como poseedor de buena fe. Bardo, *disceptat. 6. de conscientia dubia, cap. 1. in fin. num. 6.* y el Verde, *quest. 12. part. 5. §. 12. Inò*, estará obligado à pagar en los sobredichos casos; como lo tienen con mas de otros 18. DD. que citan, y siguen, Sanchez de matrim. tom. 1. lib. 2. disp. 41. à num. 46. Diana, part. 4. tract. 3. resol. 15. y Villalobos, tom. 1. tract. 1. disp. 23. num. 1. y 2. *Vide illos*.

Preguntará lo 3. Si el que contraxo con mala fe (v. g. dudando de la muerte de su primer conforite) podrá pedir, y pagar el debito?

178 Resp. Que no podrá pedir, y estará obligado à pagar; como lo tiene con veinte y tres DD. que cita, y sigue Sanchez, *dict. lib. 2. disp. 42. num. 2.* y consta *ex cap. Dominus, de secund. nupt.* Pero si el tal, que contraxo con mala fe, pidiere; el que contraxo con buena, podrá pedir, y pagar, aunque no estará obligado à ello; como bien dicho Sanchez, contra otros, num. 3.

179 Pero de qué manera aya de constar de la muerte de vno de los casados, para que el otro pueda casarse segunda vez? Vease en nuestro tomo de Consultas Morales, tract. 1. consult. 1. por toda ella.

Preguntará lo 4. Si en caso de duda aya de ser tenido vno por ilegítimo?

180 A cerca desta dificultad ay dos opiniones *ex diametro* opuestas: la primera dize, que en caso de duda de la ilegitimidad, debe reputarse el hijo por ilegítimo. Deste sentir son Matienço, Mascardo, Alciato, Menchaca, y otros: la segunda dize absolutamente, que en dicho caso ha de ser tenido por legitimo: y si la duda fuere sobre si es natural, ó espurio, debe ser reputado por natural. Así lo tienen Mantica, Gregorio Lopez, Menochio, y Diana, con muchos que cita, y sigue, part. 4. tract. 3. resol. 6. Esto supuesto,

181 Respondo lo 1. Que hablando en materia de justicia, debe distinguirse; porque si el hijo fuere reo, y poseedor, y no poseyere contra la presumpcion del Derecho, en tal caso debe ser tenido por legitimo (ó por natural, si la duda fuere de si es natural, ó espurio) porque en tal caso le incumba al actor la obligacion de probar; y mientras no probare lo contrario, se ha de presumir à favor del que posee; pero si el hijo fuere actor, y pretendiere la herencia, en tal caso debe probar la legitimidad, porque esta es el fundamento de su intencion; *alias* fuera injusto despojar à otros de su posesion, ó de su derecho cierto; pues vn derecho incierto, no puede superar el derecho cierto de los otros.

182 Y lo mismo debe decirse, aunque este en posesion, si el derecho resistiere à la dicha, porque en tal caso, no sufraga la posesion, como se infiere *ex cap. ad dezimas, de restitut. expoliat. in 6.* Y lo tiene Azebedo, lib. 5. *Nove Recopilat. tit. 8. lib. 9. à num. 14.* y deste Castro Palao, part. 1. tract. 1. disp. 3. punct. 5. num. 3.

183 Respondo lo 2. Que para otras materias, v. g. para Ordenes, Beneficios, entrada en Religion, Prelacias, y semejantes honores, en dicho caso de duda debe ser reputado por legitimo, como latamente tengo probado en vn Alegato, que hize de la materia *in facti contingentia*; que se pondrá al fin desta Suma, donde se puede ver.

Preguntará lo 5. Qué señales, ó conjeturas aya para probar la legitimidad en caso de duda?

184 Respondo, que las siguientes: la primera, y mas eficaz, es el aver nacido de muger casada, que cohabitava con su marido; en el qual caso debe tenerse por legitimo dicho hijo en sentir de todos, y consta de ambos Derechos, *ex cap. Per tuas, de probationibus, cap. Transmisit, qui filii sint legitimi, leg. filium, ff. de his qui sunt sui, vel alieni iuris*, y de otras.

185 Lo qual tiene lugar, y debe entenderse, aunque dicha muger en dicho tiempo adulterasse con otro, como lo tiene la comun de DD. y consta *ex l. miles, §. Defuncto, ff. ad legem Iuliam, de adult. r. j.* Y la razon es: lo vno, porque en duda se debe presumir lo que es mas favorable, y honorifico al hijo; luego pudiendo ser dicho hijo del marido, y del adultero, fuera iniqua la presumpcion, si no fuesse à favor del hijo: lo otro, porque esta presumpcion es à favor del matrimonio, y así debe ser preferida; y lo otro, porque el hijo, en caso de duda, no ha de pagar la culpa de la madre, ni debe ser castigado por ella; *ergo, &c.*

186 La segunda señal, es el tratamiento de los padres; porque quando estos le tratan como à legitimo hijo suyo, debe tenerse por tal, como lo tienen comunmente los DD. *in cap. Per tuas, de probat.*

187 La tercera, es la apelacion de los padres; porque quando estos le llaman hijo suyo seriamente, y de proposito, especialmente si fuere ante Notario, en juyzio, ó testamento, se constituye en quasi posesion de la filiacion, de tal suerte, que à quien pretendiere lo contrario, le incumbirá la obligacion de probarlo: y mientras no lo probare, se avrá de reputar el tal por legitimo en la comun sententia.

188 La quarta, es la fama, y comun opinion del pueblo; pero esta para que pruebe perfectamente, necessita de otros adminiculos, y conjeturas, porque la fama solo haze semiplena probanza, *ex cap. 1. de appellat. & ex cap. veniens, el 2. de testib.*

189 La quinta, es la institucion de los padres como à hijo; porque aunque es verdad que la institucion de suyo es comun al hijo, y al extraño; pero quando esta se haze à alguno como à hijo, en tal caso le constituye al tal en posesion de la filiacion, mientras no se probare lo contrario. Veanse otras señales, y conjeturas en Mascardo *de probat. conclus. 793. & sequentibus*.

190 Añado, que si vna, ó otra conjetura no fuere suficiente para quitar la duda, y para constituir probanza suficiente, concurriendo muchas, la podrán constituir, y se coadjuvarán mutuamente para ello; como con muchos lo tiene dicho Mascardo, *conclus. 796.* Y lo mismo Burfaio, Acurfio, Gozadino, Ancharrano, y otros.

Preguntará lo 6. Si en caso de duda deba ser el hijo tenido por postumo del primer marido, ó por hijo del segundo: v. g. casase vna viuda inmediatamente que enviudó, y pare dentro de los nueve meses, despues de contrahido el segundo matrimonio: pre-

guntase, pues, en tal caso, por cuyo deba reputarse el tal hijo, por del primero, ó por del segundo marido?

191 Supongo lo 1. que esto no puede constar, ni probarse evidentemente, porque la filiacion *est difficillime probationis*, como consta *ex leg. filium, ff. qui sunt sui, vel alieni iuris, leg. quia semper, ff. de in ius vocando*, y de otras; *ergo, &c.*

192 Supongo lo 2. que aunque esto no puede probarse evidentemente, puede empero probarse por conjeturas, quales son: la primera, alguna similitud; y que de la semejança se pruebe la filiacion, lo tienen Baldo, lib. 2. conf. 390. Deciano, lib. 3. conf. 1. num. 117. Strobeo *serm. 41.* Tiraquello *ad leg. comub. glof. 7. num. 52.* y lo decidio la Rota *in vna Romana dotis, 10. Decembris 1634.* Coram Merlino, apud Zacch. lib. 10. dec. 69. num. 12. Y la razon es, porque nunca los hijos nacen en todo disímiles à los padres, como diximos en nuestro Tomo de *Generat. tract. 1. quest. 1. ars. 5. Questio 9. per totum, pag. 22.* *Questio 10. Resp. 3. pag. 25.*

193 La 2. el dicho de la madre, porque à su dicho se debe estar en alguna manera, segun Alciato *de pres. reg. 3. pres. 37. num. 15.* Signorollo, *conf. 55. siqueratur*.

La 3. Si la madre amasse à vno de los maridos, y abortiessse à otro, porque en tal caso se presume que concibió del amado, segun Aecio, lib. *ulcim. cap. 26.* Rodrigo de Castro, lib. 3. *de morbis mulierum, cap. 20.* Celapin. *art. med. lib. 8. cap. 5.* y otros: y la razon es: *Nam amor genituram conciliat, odium vero illam retardat; ergo, &c.*

194 La 4. Si vno de dichos maridos huviesse vivido enfermo por mucho tiempo; y la razon es: *Nam longa infirmitas virilitatem extinguit, & filius presuntur natus ex non infirmo, leg. filius 7. ff. de his, qui sunt sui, §. Infirmis, de interveniente, vel alia causa, veluti, si ex valetudine; ergo, &c.* La enfermedad de piedra no impide la fuerza generativa, segun Zacchio, *ubi supra, quest. 5. num. 4.* contra Parisio, lib. 2. conf. 29. num. 8.

195 La 5. Si vno de los maridos fuere sexagenario. Saudo, *decis. 83. num. 18.* y la razon es, porque en dicha edad *ut plurimum*, no puede engendrar el hombre, segun Menochio, *de arbitr. lib. 2. centuria 1. casu 89. num. 58.* Esto supuesto.

196 Sienten algunos, que en caso de duda se debe tener, y abraçar lo que fuere mas vil, y favorable al hijo, y así dizen se presume engendrado del padre que fuere mas rico; *argum. textus in ap. Estote, de regul. iuris.* Alciato, tom. 4. *de presump. o. nibus, presump. 37. num. 15. reg. 3.* Mascardo *de probationib. conclus. 788. num. 24.* y otros.

197 Respondo *tamen*: Que si dichas conjeturas no quitaren la duda, ni manifestaren la verdad, deberá el tal reputarse por hijo de aquel en cuya casa nace; esto es, de aquel que está en posesion actual del matrimonio. Así lo tiene con Baldo, Vazquez, y Salas, Castro Palao, tom. 1. tract. 1. disp. 3. punct. 5. num. 7. Y la razon es, porque en caso de