

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 Poficiones 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 que 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. *Novae 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. Que 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, Anchariano, 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. gloss. 7. num. 52.* y lo decidió 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. Safo, *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

duda debe prevalecer la posesion actual: Ergo, &c.

Preguntarás lo 7. Si quando se sabe de cierto, que uno de dos es padre del ilegítimo, y se ignora qual de los dos lo sea determinadamente, porque ambos (v.g. Pedro, y Juan) trataban igualmente con su madre, deberá alguno, y qual de ellos, alimentar al tal ilegítimo?

198 Supongo antes de responder: Que si del vno de dichos padres fuesse natural, y del otro espurio, es mas probable la sentencia que dize toca esta obligacion à aquel por el qual se constituye natural el tal hijo; porque en duda, debe presumirse el hijo antes natural que espurio, porque esto es mas honesto, y mas favorable al hijo: Ergo, &c. Y así la dificultad solo está, quando entrambos padres dudosos le constituyessen igualmente, ò espurio, ò natural. Esto supuesto,

199 Podria dezir alguno, que en tal caso ninguno dellos estaria obligado à alimentarle: lo primero, porque no es justo precilar à satisfacer vna deuda incierta, con solucion cierta, y determinada: y lo segundo, porque en caso de duda, ninguno debe ser despojado de la posesion de su propia hacienda para alimentar à otro: Ergo, &c.

200 Respondo tambien: Que en dicho caso deben ambos alimentarle pro medietate, siendo iguales en las riquezas. Así lo tiene Villalobos con Azor, à quien cita, y con Vazquez, Salas, y los dichos, Palao, vbi supra, num. 15. Y lo mismo tiene con Turriano, Martinez, y los dichos, Diana, part. 4. tract. 3. resol. 3. 1. Y se prueba, porque qualquiera hijo tiene accion contra su padre para que le dé alimentos: luego no pudiendo saberse de cierto quien de los dos sea su padre, porque no se haga inútil la tal accion, y la tal deuda, deberá dividirse esta obligacion entre los dos, dicho Pedro, y Juan.

201 Confírmase esto: Quando vno ignora cuya sea la cosa que posee, pero sabe de cierto que es de Pedro, ò de Juan, debe dividirla entre entrambos, porque qualquiera de los dos tiene derecho à ella: luego para permitir en nuestro caso: Ergo, &c.

202 Añade Villalobos, con Azor, part. 1. tract. 1. disp. 20. in fine, que si el vno de los dos no puede, ò no quiere alimentar el tal hijo, que estará el otro obligado in integrum à hazerlo. Lo contrario empero tiene con Salas, y Palao, dicho Diana; y con razon, porque dicho hijo no tiene entero derecho contra qualquiera de los dichos, Pedro, y Juan: Ergo, &c.

203 Advierten empero, y bien, Salas, y Palao, contra Vazquez, que si dichos Padres fueren desiguales en la riqueza, y nobleza, que podrá la madre pedir mas al que fuere mas rico, y mas noble; porque el mas rico, y mas noble debe dar mejores alimentos à su hijo.

De la ley, precepto, costumbre, y privilegio en caso de duda.

Preguntarás lo 1. Si en caso de duda de la existencia de la ley, ò precepto, obligará su observancia?

204 Supongo antes de responder, que el derecho, ò hecho, que induce alguna obligacion, ò trae alguna carga contra la libertad, no se debe presumir. La razon es, porque la libertad, y el derecho à ella es natural al hombre, y así no ha de ser este privado della, ò del derecho della por derecho no cierto: Ergo, &c. Esto supuesto,

205 Respondo negativamente con Sanchez, Suarez, Enriquez, Fagundez Arriaga, Villalobos, y otros, que citan, y figuran Castro Palao, part. 1. tr. 1. disp. 3. punt. 7. num. 1. y el Verde en sus Policionnes Seledtas, quest. 12. part. 5. §. 2. num. 592. contra Azor, Navarro, Salas, Vazquez, Ponce, Armilla, y otros.

206 Y se prueba: lo primero, porque la existencia de la ley supone hecho; conviene à saber, su efecion, y promulgacion; sed sic est, que el hecho no se presume: Ergo, &c. Y lo segundo, porque en caso de duda, se ha de favorecer à la libertad, que fué cierta, y no es cierto se aya perdido: Ergo, &c.

Preguntarás lo 2. Si en caso de duda de si la ley está aceptada, ò recibida en vfo, aya obligacion de observarla?

207 Respondo negativamente, con Salas, Azor, Sa, Moura, Rebello, Caramuel, Diana, part. 4. tract. 3. resol. 14. Palao, vbi supra, num. 4. y el Verde, num. 598. §. 10. contra otros muchos. Y se prueba: lo primero, porque la aceptacion es cosa de hecho, el qual no se presume en duda, especialmente en lo oneroso, pues de ninguno se presume quiera imponerse nuevas cargas, sino que confiere de ello: lo segundo, porque se debe estar por la libertad, mientras que no se prueba la obligacion: Ergo, &c.

208 Y lo tercero, y es confirmacion del antecedente, porque en dicho caso no consta de la ley impuesta, y así no posee; pues eo ipso, que se duda si está, ò no recibida en vfo, se duda por consiguiente si obliga, ò no; porque para que obligue, es necesario que aya sido recibida, como lo tiene la comun de DD. que citamos en nuestro tomo de las Proposiciones condenadas, tract. 4. conf. 1. à num. 97. ad 104. pag. 231. y 232. donde se probó difusamente. Vide ibi: luego si ay duda de si obligò en algun tiempo, eo ipso, ay duda de si en algun tiempo fué verdadera ley, y por consiguiente no posee: Ergo, &c.

209 Lo mismo debe dezirse à fortiori, quando se dudare de la promulgacion de la ley; id est, si se promulgò, ò no; pues no puede ser ley sin promulgacion, §. 1. in Authent. Ut facte nove constituciones, et in §. Ius autem, Institut. de contrahendis. Y con Decio lo tiene Palao, vbi supra, n. 4.

210 Ni lo dicho se opondrá à la condenacion de Alexandro VII. Proposic. 28. como se puede ver en dicho nuestro tomo, sobre dicha Proposicion, pag. 473. conclusion 2. y 4.

Preguntarás lo 3. Si quando ay duda si tal, ò tal caso está comprendido debaxo de las palabras de la ley, precepto, ò juramento, deberá presumirse, ò conserse por comprendido debaxo de ellas?

211 Respondo negativamente, con Covarrubias, Cayetano, Alciato, y Enriquez, a los quales citan, y figuran, Suarez de Religione, tom. 2. tract. 4. lib. 2. cap. 3. num. 3. y el Verde, quest. 12. part. 5. §. 3. num. 593. contra otros. Y se prueba: lo 1. porque quando ay dicha duda, es lo mesmo que dudar, si para tal, ò tal caso aya ley, precepto, ò juramento, lo qual es cosa de hecho; sed sic est, que el hecho no se presume contra la libertad: Ergo, &c.

212 Lo 2. porque en caso de duda, se debe hazer la interpretacion mas benigna; y lo 3. porque así se infiere ex cap. penultim. de iur. iurando. Acerca de lo qual se vea dicho Suarez: Ergo, &c.

Preguntarás lo 4. Si quando consta de la ley, y se duda si obligue en tal, ò tal caso (v.g. porque se duda si está derogada por la costumbre, ò si se ha dispensado en ella, ò si por razon de alguna necesidad, ò circunstancia ocurriente, está tal, ò tal sugeto exempto de ella) aya obligacion à guardarla?

213 Resp. Que Salas in 1. 2. tom. 2. tract. 8. disp. vnde. sect. 2. §. num. 259. dize, que en dicho caso (siendo incommoda, y molesta la dicha ley) no ay obligacion à guardarla, sino que antes bien debe presumirse exempto de ella, porque en caso de duda se ha de favorecer, y quanto se pueda, la libertad. Lo mismo parece sentir Diana, part. 4. tract. 3. resol. 22. pues refiere dicha sentencia en ultimo lugar, y no la repueba; solo dize ser la contraria comun.

214 Dico tambien: Que en dicho caso ay obligacion à guardar la ley, es comun, y se prueba; porque en dicho caso consta que posee la ley, y su obligacion; luego para que vno se presume escusado, debe probar la excepcion, pues de vna obligacion cierta, no se debe eximir alguno por escusacion dudosa.

215 A la razon en contrario respondo: Que à la libertad se debe favorecer, quando no consta que está ligada; pero quando consta de la ley, consta del vinculo; y así en tal caso debemos favorecer à este como à poseedora.

Preguntarás lo 5. Si el que está cierto de la ley, y duda si ha sido efecio à ella, tendrá obligacion à satisfacerla: v.g. duda vno si ha dexado de rezar algun Psalmò, ò alguna Hora: preguntase, pues, si tendrá obligacion de repetirla?

216 Afirma Palao, con muchos, part. 1. tract. 1. disp. 3. punt. 7. num. 7. porque à vna obligacion cierta no se puede satisfacer con solucion dudosa. Niega empero con Homobono, el Verde, num. 605. §. 11. y dà la razon: Nam factum in dubio praesumitur quiescere, quod factum opus, ad quod tenetur.

Y en la margen: Quid ad faciendum per modum vniuersitatis.

217 Respondo tambien con mas claridad: Que el tal no está obligado à repetir, si tiene alguna conjetura probable, como si le acordasse de aver comenzado las horas, ò de aver tomado el libro con este fin, en el qual caso tienen lugar los fundamentos del Verde, y en el lo tiene Diana, part. 4. tract. 3. resol. 68. Item, añade este, que si el tal fuesse de mas temerosa conciencia, que hará mal en repetir, porque con la repeticion abre puerta à los escrúpulos; y que así el Confessor debe mandarle que no repita el tal Psalmò, ò la dicha hora, sino que profiga con el demás Oficio.

Preguntarás lo 6. Si quando se duda si la ley obligada è pecado mortal, ò è solo venial, aya obligacion de observarla sub mortali?

218 Respondo: Que no, sino solo sub veniali. Así lo tiene con Navarro, y otros, Diana, part. 1. tract. 10. resol. 25. y con Sanchez, y Bonacina, el Verde, num. 599. contra Layman, Salas, y otros. Y se prueba: lo vno, porque la voluntad de obligar sub mortali es mas eficaz, y mas estrecha; lo qual es cosa de hecho, y así en duda no debe presumirse: y lo otro, porque en las cosas obscuras se ha de seguir lo que es menos, y debèn restringirse los odios, ex cap. odia, et cap. in panis, de regulis iuris: Ergo, &c.

219 De aqui infiere Diana, que quando el subdito duda de la justicia de algun tributo, no está obligado à pagarle: Vide illum ibi; y en la part. 4. tract. 3. resol. 39. Pero desto trataremos abaxo, §. 12. Questio 6. à num. 318. Vide ibi.

Preguntarás lo 7. Si en caso de duda tenga lugar la Epiqueya: Supongo, que en caso de duda se debe consultar al superior pudiendo; y así solo está la dificultad, quando este no puede consultarse. Esto supuesto,

220 Resp. Que en caso urgente, en que no puede consultarse al superior, tiene lugar la Epiqueya, y se puede usar della, segun Sylvestre, Cordova, Salas, y otros. Y la razon es, porque parece demasiado duro obligar al hombre con leyes no ciertas, sino solo dudosas; sed sic est, que en caso de duda es la ley dudosa, pues se duda de su obligacion: luego tendrá lugar la Epiqueya en dicho caso: Ergo, &c. Pero lo contrario es comun, y mas verdadero. Acerca de lo qual se vea Palao, part. 1. tract. 1. disp. 3. punt. 8. num. 4.

Preguntarás lo 8. Si en caso de duda se presume costumbre?

221 Respondo negativamente, y se prueba, pora que la costumbre es cosa de hecho, y así no se presume, ex l. 1. C. questis longa consuetudo, Socino lumenior, conf. 65. n. 36. lib. 1. y el Verde, n. 607. §. 16.

Preguntarás lo 9. Si quando ay duda de si la cosa sujeta obliga, obligará en conciencia?

222 Respondo negativamente, con Rebello, Moura, Balleo, Meracio, Suarez, y el Verde, que los cita, y sigue, part. 5. quest. 12. num. 594. Y lo mismo tiene