

que el próximo tiene derecho cierto à que se le lo corra , al qual derecho cierto corresponde cierto remedio: Ergo, &c.

40 Lo 2. porque para evitar el pecado , basta qualquiera opinion probable ; pero el daño del próximo no se evita por la opinion probable : luego quando ay obligacion cierta de evitarle , se deberá usar de remedios ciertos : y lo 3. porque la ley de la caridad , y la natural nos obligan à socorrer al próximo por el medio que mejor se pueda : Ergo, &c.

41 Respondo lo 2. que si no ay medicamento cierto , ni seguro , en tal caso podrá usar de opinion probable , aunque sea la menos probable ; como con ambos Sanchez , Salas , Aragon , y Montefinos , lo tiene Diana , *part. 2. tract. 13. resol. 7.* Lo vno , porque puede ser que la medicina probable sea la verdadera , y que no lo sea la mas probable : y lo otro , porque el que segun su conciencia aplica aquello que probablemente juzga le ha de ser saludable , obra racionalmente , y por consiguiente no peca: Ergo, &c.

Preguntarás lo 10. *Què opinion deba seguir el Rey para hazer licitamente guerra ? Id est , si podrá vn Principe , con opinion probable , mover guerra contra otro , especialmente estando este en possession?*

42 Respondo lo 1. que si la tal opinion probable es acerca del derecho (la qual llaman *opinio iuris* , y estriba en vn juicio probable , de que por ser Tyrano , perseguidor de la Religion Catolica , ò por semejante titulo , mereçe ser despojado del Reyno) en tal caso podrá seguir la dicha opinion , y moverle guerra para recuperar la dicha cosa à que tiene probable derecho. Así lo tienen Juan Sanchez *in Selectis* , *disp. 44. à num. 58.* Palao *de conscientia* , *disp. 2. punct. 7. numer. 1.* Diana *part. 2. tract. 13. resol. 8.* Enriquez Agustiniانو *sect. 1. quest. 10.* y la deben tener todos los que dicen ser licito seguir opinion probable , pues milita aquí la misma razon : Ergo, &c.

43 Ni obsta dezir , que el otro Principe está en justa possession : Ergo, &c. Porque se responde , que no está en justa possession *absolutè* , sino solo probablemente , y que así se le podrá echar de la possession ; pues el despojador juzga probablemente , que el tal no tiene derecho de poseer.

44 Resp. lo 2. que quando solo ay opinion , que llaman *ficti* (la qual estriba en instrumentos publicos : v.g. en escrituras , testigos , y otras probanças) en tal caso no puede ninguno de los Principes mover las armas contra otro , sino que están obligados à comprometerse los Juezes arbitros , que diriman la lite. Y la razon es , porque esto se puede componer por razon : luego no es licito para su decision derramar sangre , que es mas propio de barbaros , que de racionales: Ergo, &c.

45 Pero si la vna de las partes no quisiere componerse , ni que los Juezes arbitros lo decidan ,

en tal caso podrá la otra mover las armas licitamente , y aun despojar al otro , caso que esté en possession de la Ciudad , ò Reyno que se pretende ; porque en no querer se examine su derecho , se le haze manifesto agravio , el qual no puede evitar con razones: Ergo, &c.

Y si preguntares lo 11. *Si podrá vn Principe Catolico , que tiene guerra justa con otro Principe , tambien Christiano , pedir socorro à los Infieles ? Y hazer liga con los Infieles , ofensiva , y defensiva , contra vn Principe que inquieta à todos , y es enemigo comun ? Y si pueda vn Principe Christiano hazer guerra à los Infieles , no subditos , por solo titulo de infidelidad ?* Vease nuestro tomo de las Propos. conden. à pag. 420. ad 424.

Y si preguntares lo 12. *Si sea licita la guerra privada , ò el duelo en algun caso ? Y con qué condiciones ?* Vease dicho nuestro tomo , à pag. 415. ad 420. y las condenaciones de Alexandro VII. à la Proposicion del num. 2. y de Innocencio XI. à la Proposicion del num. 30. allí , y pag. 424.

Preguntarás lo 13. *Què opinion pueda seguir el Abogado en abogar por las partes ?*

46 Respondo , que podrá seguir opinion probable , aunque sea dexada la mas probable ; y esto , aunque sea *in causa sanguinis* , ò de la amission de todos los bienes , ò de vn gran estado. Así lo tienen con la comun de DD. Diana , *part. 2. tract. 13. resol. 4.* Palao *tom. 1. tract. 1. disp. 2. punct. 11.* Calpente *de conscient. disp. 3. sect. 8. à num. 60.* Y se prueba.

47 Lo vno , porque el officio del Abogado , no es definir , ò determinar la causa , sino solo proponer los fundamentos de hecho , ò de derecho , que favorecen à su parte : y lo otro , porque si à la parte , aunque sea actor , le es licito litigar en dicho caso , porque se mueve à ello con fundamento probable : luego tambien le será licito al Abogado abogar por ella , y patrocinarla en dicha causa menos probable: Ergo, &c.

48 Añado : *Que lo dicho no solo tiene lugar en la causa probable , sino tambien en la causa dubia ; como con Maldero , Lorca , San Antonino , Angelo , Gaspar Hurtado , Sylvestre , Navarro , y Armilla , lo tiene dicho Diana , resol. 6.* Y la razon es la mesma ; porque el Abogado no dà sententia , ni fuerza al Juez para que la de , sino solo propone lo que favorece à su parte ; lo qual no es injusto en causa dubia , antes ayuda para que el Juez , consideradas , y pesadas bien todas las razones , y fundamentos , juzgue mejor dicha causa : Ergo, &c.

49 Advierto empero , que el Abogado está obligado à declarar à su parte la verdad del estado de su causa ; esto es , de que su derecho es menos probable que el de la parte contraria , ò que es dudoso , ò para que no mueva su parte el pleyto , ò para que no se halle empujada en vnos gastos , que si supiera que era menos probable su derecho , ò que era dudoso , no se empeñara : y si

ca-

engañare , ò no defengañare , como dicho es , à su parte , juzgo con Sylvestre , Tomás Sanchez , Palao , Enriquez Agustiniانو , y otros , que estará obligado à restituir los daños , que à su parte se siguessen , en caso que la dicha parte no huviesse de litigar , si conociera el estado , y duda de la causa.

Preguntarás lo 14. *Si podrá el Abogado licitamente defender , ya à la vna , y ya à la otra parte ?*

50 Resp. lo 1. que podrá lo dicho , atento el Derecho Natural , y el Canonico ; y esto , no solo en diversos articulos , y en diversa instancia , como v.g. abogando por la vna parte en la causa principal , y por la otra en causa de apelacion : lo qual es cierto , segun Juan Andreas , y Preposito , *in cap. Disciplina* , *dist. 46.* Sylvestre , *verb. Advocatus* , *quest. 13.* y el Especulador , *tit. de Advocatis* , sino tambien en vna mesma causa , como no aya escandalo ; como bien Castro Palao , *ubi supra*. Y la razon es , porque aviendo probabilidad por ambas partes , y no siendo clara la justicia por alguna de ellas , qualquiera de ellas puede *prohibito* defenderse , sin que aya razon porque no pueda defenderse , así la vna , como la otra , ni para no variar en defender ya la vna , y ya la otra , secluso escandalo : Ergo, &c.

51 Ni basta si digas , que *eo ipso* , que admitió la vna , y la empezó à defender , se halla precisado à no variar , y à no defender la contraria ; porque el que alega cosas contrarias , no debe ser oido ; *ex leg. 1. C. de ferijs* , *leg. cum precum* , *C. de liberali causa* , *leg. transactio* , *C. de transact. cap. Imputari* , *extra de fide instrument. cap. Solicitudinem* , *de appellat.* y de otros : Ergo, &c. Porque à esto se responde , que el que alega diversos hechos no se ha de oír ; pero si el que alega diversos Derechos : y en este sentido deben entenderse los dichos textos.

52 Respondo lo 2. que aunque lo dicho es verdadero , atento el Derecho Natural , y Canonico ; pero atento el Derecho Regio , ningun Abogado puede en estos Reynos , aviendo tomado à su cargo la defensa de la vna parte en vna causa , patrocinarla en la mesma causa à la contraria parte ; *ex leg. 13. tit. 16. lib. 2. Novæ Compilat.* y esto , no solo en la misma instancia , pero ni en diversas ; como bien prueban Azebedo , *cum alijs* , *ibi*. Burgos de Paz *in Proemio* , *leg. Tauri* , *num. 5. & 6.* y Salas *1. 2. quest. 21. tract. 8. disp. vnic. sect. 12. num. 119.*

53 Advierte , y bien Azebedo , *l. 17. num. 5. & 6.* que mientras no se ha comenzado la lite , y el Abogado no ha hecho acto alguno por la parte , que en rigor podrá abogar por la parte contraria , sino se le paga salario ; pero vna vez empezado el pleyto , sería indecente cosa , por defecto de pagarle el salario , dexar la parte que avia tomado à su cargo , y patrocinarla contraria , sino es que se haga con licencia , y beneplacito del Juez , lo qual le agrada à dicho Palao , *quibus subscribo.*

Tom. I,

Preguntarás lo 15. *Si podrá el Abogado seguir las opiniones de Antonio Fabro , Cuyazo , Donello , Durano , y semejantes Jurisconsultos ?*

54 La sententia negativa tienen muchos Jurisperitos , que llaman à las dichas opiniones solo theoricas , y no practicas ; y así dicen , que solo son buenas , y provechosas para el exercicio de las Escuelas , pero no para seguir las *in praxi*. Pero esto no obstante ,

55 Respondo , que la parte afirmativa la tiene el erudito Juan Sanchez en sus *Selectas* , *disp. 44. num. 63.* donde se dice , que las opiniones de los dichos , se pueden con seguridad de conciencia abraçar , y seguir *in praxi* , y quizás mejor que las de otros Doctores , que no son tan sabios en la Theorica. Y la razon que dà es : *Nam illi , qui Theorice rem plenius examinant , & fundamenta discutunt , melius quoque regulam ad operandum demonstrant , alijs nihil profdesset alicui rem sanius percipere , nisi in ordine ad operandum certiore regulam constitueret.*

56 Esta misma sententia parece tiene Diana con dicho Sanchez , *part. 2. tract. 13. resol. 5.* con los quales me conformo. Y la razon es , porque toda opinion , que es probable *speculativè* , lo es tambien *practicè* , como queda probado arriba , en esta *disp. 4. cap. 1. Questio 7.* desde el numer. 28. hasta el 36. *Sed sic est* , que los Jurisperitos de la primera sententia dicen , que las dichas opiniones son especulativamente probables : Ergo, &c.

Preguntarás lo 16. *Què opinion deba seguir el Juez en juzgar ; id est , en dar sententia ?*

57 Respondo lo 1. que quando vno de los litigantes muestra mejores probanças , ò instrumentos , que el contrario , debe el Juez dar sententia en su favor : lo vno , porque así lo tienen todos los Theologos , segun Villalobos , *part. 1. tract. 1. dif. 154. num. 3.* y lo otro , porque el dicho haze mas probable su derecho , y el Juez debe juzgar segun los meritos de la causa , y de lo contrario se seguiria escandalo : Ergo, &c.

58 Pero si las probanças de los litigantes fueren iguales , quiero dezir , que ambas partes tengan igual numero de testigos , y equivalentes escrituras , en tal caso puede el Juez dar sententia en favor del que quisiere : así como entre dos igualmente dignos , puede darse el Beneficio à qualquiera ; como lo tiene con Tomás Sanchez , y Ledesma , Juan Sanchez , *in Selectis* , *disp. 44. numer. 21. §. In secundo.* Y lo mismo tiene Enriquez Agustiniانو en sus *Questiones Practicas* , *sect. 1. quest. 12. num. 41.* Será empero saludable consejo el dividir la cosa (si es capaz de division) entre los dos , ò componerles lo mejor que se pueda , como lo pide la caridad , y lo aconseja el Derecho *in leg. & hoc Tiberius* , *ff. de heredib. instit. l. sed* , *& si lege* , *§. Adeo* , *in fin. ff. de petit. hered. l. Titius* , *ff. ad Trebel.*

59 Y mucho mejor si no constare que las proban-

H.

ban,

banças *ex parte facti* sean iguales, sino que esto es de ambiguo, o *sub opinione*; pues en tal caso es común sentencia de los DD. que puede el Juez aplicar la heredad, o la cosa sobre que se litiga, a quien quisiere. Así lo tiene la Glosa *in cap. Per venerabilem, verb. Favere, de elect. & electi potestate*. Allí: *Cum causa fuerit ambigua, iudicem cui parti favere voluerit iuste posse*. Lo mismo consta *ex cap. Iudicij, de regul. iuris in 6. in fine*, donde se dice: *Vtile est in arbitrarijs iudicem gratiosum habere*, de donde Jafson *in leg. 1. post dotem, num. 105. ff. soluto matrimonio*. dice, que semejantes causas puede el Juez decidir las a favor del amigo: y que en las tales sea bueno tener propicio al Juez, lo dice Decio, *cap. 1. de constitut. in fine*; y consta *ex leg. si quis servum, §. si inter duos, ff. delegat. 2.* Y de los Theologos lo tienen, además de los citados *num. 61.* Salon, Medina, Aragon, Sayro, Rodriguez, Salas, Valencia, y Castro Palao, que los cita, y sigue, *part. 1. tract. 1. disp. 3. punct. 10. num. 5.*

60 Y la razón es, porque el Juez en dicho caso está obligado a pronunciar sentencia en la dicha causa: y como por otra parte no aya mayor razón para favorecer a la vna que a la otra parte, podrá licitamente sentenciar a favor de la que quisiere; y mas no aconsejando el Derecho la división, o composición en caso de ambigüedad, como la aconseja en caso que conste ser las probanças iguales, como diximos arriba: Ergo, &c.

61 Mas si en los dichos casos fuese vno reo (o possessor) y otro actor, debe ser aquel preferido, porque en duda se ha de favorecer al que posee; como consta *ex cap. Ex litteris, de probation.* donde se dice: *Quod si ambarum partium, testes sint aequi idonei, possessoris testes preferuntur*. Et *ex Regula iuris in 6.* donde se dice: *Cum sunt partium iura obscura reo (qual lo es el poseedor) favendum est, potius quam actori*. En que convienen todos los DD. que he visto; y que por nombre de reo se entienda, no solo el criminoso, sino tambien qualquiera contra quien el actor litiga, ora sea en las causas civiles, ora en las criminales, lo tienen, y bien, Juan Sanchez, y Enriquez, citados arriba, *num. 61.*

62 De esta regla se deben sacar las causas, que se mueven contra el matrimonio, contra la dote, contra la libertad, contra el Pupilo, contra el Peregrino, contra la Viuda, y contra qualquiera obra pia; porque contra estos, aunque sean actores, no favorece la posesion al que posee, como bien dicho Enriquez, *num. 43.*

63 Resp. lo 2. que si la variedad de opiniones fuere acerca del derecho, y no del hecho: v.g. quando acerca de la ley, por la qual se ha de decidir la causa, ay varias exposiciones de los DD. en tal caso, si las opiniones que se hallan por ambas partes fuesen igualmente probables, podrá el Juez, *pro suo libito*, sentenciar a favor de la que quisiere. Es común de los DD.

64 Y se prueba; porque aviendo, como supo-

nemos, iguales opiniones, no está obligado el Juez a arrimarse a la vna mas que a la otra, por fuerza de su oficio, y de la justicia distributiva: así como el Prelado, quando dos, que son igualmente dignos, procuran el Beneficio, puede darle al que mas gustare: *Vt communiter tenent DD. Ergo similiter, &c.*

65 Añade Portel con otros, *dub. Regular. verba Opinio eligenda, num. 12.* que en caso de dicha igualdad, podrá sentenciar el Juez vna vez con vna opinion probable vna cosa, y otra vez con la opinion contraria, igualmente probable, lo contrario, como no se de nota de levidad, o escandalo en lo dicho; lo qual dice, que podrá suplirse, si se dixere en la sentencia: *Viendo que ay diversidad de opiniones, &c.* Y la razón puede ser, porque dichos puntos son de puro arbitrio del Juez: Ergo, &c. Pero acerca de esto vease nuestro tomo de las Propos. condenad. *pag. 17. num. 141.* Y vease tambien el *num. 142.*

Preguntará lo 17. *Si quando ay opiniones desiguales, podrá el Juez juzgar, segun la menos probable, dexando la mas probable?*

66 Respondo negativamente. Esta conclusion es sin controversia ya, pues está condenado ya por la Santidad de Inocencio XI. en su Decreto, *num. 2.* el dezir, sea probable lo contrario; y con justísima razón, como se probó en dicho mi tomo, *pag. 20. a num. 170. Vide ibi.*

67 Resp. lo 2. que en esta condenacion no queda comprehendida cosa alguna de las dichas arriba, *vt ex se patet*. Ni queda comprehendida la sentencia, que dice, puede el Juez seguir opinion menos probable en todo aquello que no es pronunciar sentencia, o que antecede a la sentencia definitiva: v.g. quando ay controversia de si puede el Juez hazer esto, o aquello, como preguntar en tal caso a los testigos, o al reo, encarcelar a este, sacarle de la Iglesia, y semejantes, por lo que queda dicho en dicho tomo, *pag. 15. desde el num. 126.* hasta el 136. donde se sacan muchos Corolarios, y se refieren innumerables opiniones, no comprendidas en dicha condenacion: *Vide ibi.* Y vease tambien en el *num. 137. pag. 16.* si se condene allí el juzgar, segun la menor probabilidad de parte del hecho?

68 Ni tampoco se condena allí el dezir, que quando las opiniones son igualmente probables, puede el Juez *pro libito* sentenciar a favor de la que quisiere: *Ibidem, a num. 140. pag. 17.* Ni el dezir, que quando el Juez inferior conoce, que su sentencia se ha de llevar a Tribunal superior; y que siendo conforme a la opinion, que él tiene por mas probable, le han de revocar allí la dicha sentencia, y tenerle por menos prudente, porque allí se practica la opinion que él tiene por menos probable, que en tal caso podrá licitamente seguir dicha opinion menos probable (en su juyzio, y mas probable en la de otros) y sentenciar segun ella: *Ibidem, pag. 20. a num. 174.*

69 Imo, la dicha condenacion ha de entenderse de solas las causas civiles, y no estenderse a las criminales; y no quedan comprehendidos en ella los Confesores, y Doctores, que consultados en el fuero interno, son solamente Juezes en el fuero de la conciencia; ni tampoco los Abogados, y Procuradores: *Ibidem*, desde el *num. 182.* hasta el 191. *Vide ibi.*

70 Añado: Que aunque vno de los litigantes tenga mejor derecho, y en su favor opinion mas probable, que si esto no consta por lo alegado, no está obligado el Juez a seguir dicha opinion mas probable, sino que podrá sentenciar segun lo alegado, y probado: lo vno, porque así lo tiene la común sentencia: lo otro, porque esto no se comprende en la dicha condenacion; como bien Hozes sobre la dicha Proposicion 2. *pag. 49. num. 3.* y consta de la mesma Proposicion condenada, que no hablava en este sentido, ni en esta suposicion, o con esta limitacion, sino generalmente.

71 Y lo otro, porque *aliás* se siguiera, que en dicho caso no hiziera el Juez oficio de Juez, sino de Abogado, pues no se gobernava por lo alegado, y probado, sino por lo que se pudiera alegar: y como bien dice con Vazquez, y Sanchez, Palao *part. 1. tract. 1. disp. 2. punct. 10. num. 9.* el Juez, en la eleccion de opiniones, solo debe atender a lo alegado, no a lo que se pudiera alegar. Ni puede descubrir a la otra parte lo que debe alegar, y probar, porque este no es oficio de Juez, sino de Abogado: Ergo, &c. Lo contrario empero tengo por mas probable.

Preguntará lo 18. *Si quando ay opiniones igualmente probables, en que, como dicho es, puede el Juez sentenciar pro libito a favor de la parte que quisiere, podrá el Juez en dicho caso vender el arbitrio?*

72 Respondo negativamente. Esta conclusion es indubitable ya, porque lo contrario está condenado ya por la Santidad de Alexandro VII. en su Decreto, *num. 26.* y con justísima razón, como se probó en nuestro tomo de las Propos. condenad. sobre la dicha *pag. 17. num. 144. Vide ibi.* No empero está obligado a restituir lo que recibió por el arbitrio, como se probó abundantemente, *Ibidem, a num. 146. ad 162.* donde se puede ver. Y lo tiene por muy probable el Padre Fray Juan de la Asumpcion, citandome sobre la dicha Propos. 26. *num. 94. pag. 247.* y Hozes lo tiene por verdadero, aunque dice que lo contrario lo es mas, *num. 13.*

73 Lo contrario empero tiene el docto Padre Corella, con Lumbier, y lo prueba así, porque no ay titulo alguno para que el Juez pueda retener este dinero: luego está obligado a restituirlo. La consecuencia tiene; el antecedente se prueba: Si por algun titulo pudiera el Juez retener esse dinero, seria por la gratuita donacion del litigante, que transfiriere el dominio en el Juez que lo recibe; *sed sic est*, que esta recepcion la anula el Derecho, como prueba Sanchez en los consejos, *tom. 1. lib. 3. cap. vnico, dub. 1. num. 26.* Luego ningun titu-

lo ay para que el Juez pueda retener el dinero, que recibió del litigante, por dar sentencia a favor de su opinion, o derecho.

74 Respondo, que es falso que la tal recepcion la anule el Derecho, como lo tienen muchos que citó sobre la dicha Propos. *num. 157. y 158.* Y aun el mesmo Sanchez lo tiene por probable allí, *num. 29.* Y lo mismo tienen con otros muchos, que citan, y siguen nuestro Leandro de Murcia en sus Disquisiciones, *tom. 1. lib. 2. disp. 5. ref. 34.* Diana, *part. 6. tract. 6. ref. 59. in fine.* Y Moya en sus Selectas, *tom. 1. tract. 6. disp. 4. quest. 3. a num. 2. ad 12.* y en el *num. 12.* tiene por mas probable, contra el sobredicho Sanchez, que las dichas leyes no contienen inhabilidad; y por consiguiente, que los Juezes, y otros Ministros Regios, no están obligados a restituir antes de la sentencia del Juez.

75 Imo, añado, y bien con Verriceli, dicho doctísimo Moya, que aunque huviese alguna ley, que obligasse a la restitucion de la cosa donada, *etiam* antes de la sentencia, con todo esto se debería entender antes de la sentencia, por la qual se condenasse a la tal pena; pero no antes de la sentencia declaratoria del crimen, como de semejantes leyes penales lo enseña Sanchez *in Sum. lib. 2. cap. 22. num. 20.* y así niego la menor del Padre Corella, la qual, ni él prueba, ni dicho Sanchez convence, pues a los fundamentos deste se satisfizo bastante en nuestro tomo, sobre la dicha Propos. 26. *a num. 57.* donde se puede ver.

76 Resp. lo 2. al Quæsto, que allí no se prohibe cosa contra los dantes, sino solo contra los recipientes; y así no queda comprehendida en dicha condenacion la sentencia, que dice ser licito a qualquiera de los litigantes atraer con dones al Juez a que sentencie por él, quando el Juez podia, y queria sentenciar contra él, movido por alguna opinion probable: *Ibidem, pag. 19. num. 162.*

77 Ni tampoco queda condenada allí la sentencia, que afirma ser licito al litigante ofrecer algunos dones al Juez para redimir su vexacion. Ni el dezir, que puedan los Juezes recibir algunas cosas de comer, y beber en pequeña cantidad, quando se da esto por mera liberalidad. Vease lo dicho, y que se entienda por cantidad pequeña, y por mera liberalidad, y lo que se deba dezir a cerca de los Inquisidores en el punto: *Ibidem, a num. 164. ad 168.*

78 Y finalmente, tampoco queda condenada allí la sentencia que afirma, que atento el Derecho Natural, parece ser licito al Juez recibir dinero por anteponer, y terminar primero la causa de vno, que la de otros litigantes, quando dichos litigantes tienen igual derecho en orden al tiempo de la expedicion de sus causas: *Ibidem, num. 168. y 169.*

Preguntará finalmente: *Quæ leyes deba preferir el Juez para la decision de las causas? O que orden deba guardar en la preferencia de leyes para sentenciar los pleytos?*