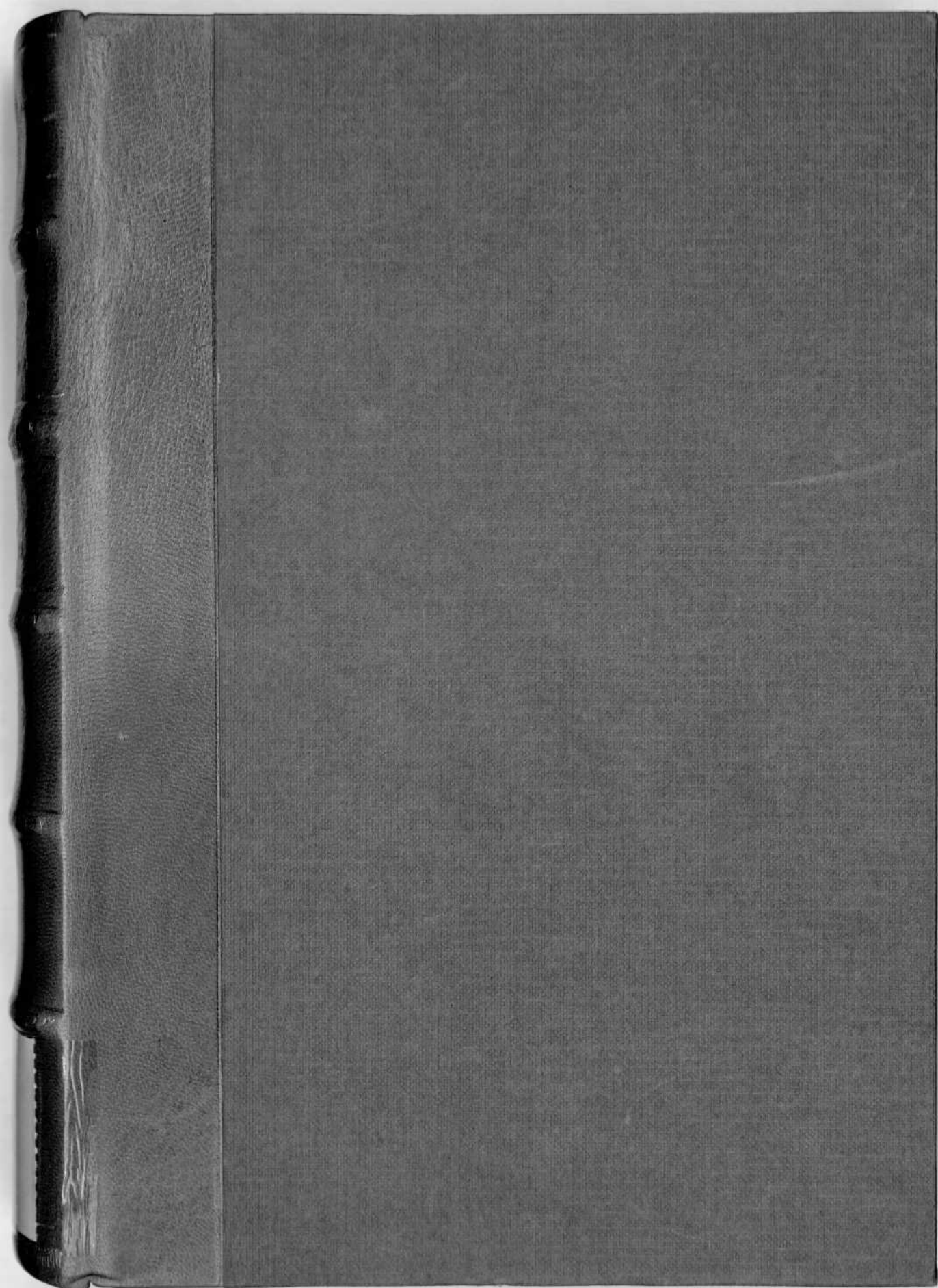








DGCL

A

(V-3)

C.B. 1724495

t. 10/254

CONTROVERSIARVM ILLVSTRIVM

ALIARVMQVE VSV FREQVENTIVM

LIBRI TRES

OBRA DEL JURISCONSULTO VALLISOLETANO

D. FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA

REIMPRESA POR ACUERDO DE LA
UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

TRANSCRIPCIÓN, NOTAS Y TRADUCCIÓN

DE

D. FIDEL RODRÍGUEZ ALCALDE

CATEDRÁTICO DE LENGUA Y LITERATURA LATINA

VOLUMEN TERCERO

Julio Masip

VALLADOLID

TALLERES TIPOGRÁFICOS «CUESTA» MACÍAS PICAVEA, 38 Y 40

1955

R.78770



CONTROVERSIARVM ILLVSTRIVM

ALIARVMQVE VSV FREQVENTIVM

LIBRI TRES

AUTOR

D. FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA



VASQVII MENCHACENSIS

PINCIANI HISPANI IVRE CONSVLTI

IN SVMMO DOMINICAE REI PHILIPPI,

HISPANIARVM REGIS CATH.

PRAETORIO SENATORIS.

CONTROVERSIARVM ILLUSTRIVM

ALIARVM QVE VSV FREQVENTIVM

LIBRI TRES.



VENETIIS,

Apud Franciscum Rampazetum

M D L X I I I I .

CONTROVERSIAS FUNDAMENTALES

Y OTRAS DE MÁS FRECUENTE USO

EXPUESTAS EN TRES LIBROS

POR EL JURISCONSULTO

VALLISOLETANO

DON FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA

MIEMBRO DEL SUPREMO CONSEJO DE HACIENDA

DEL CATÓLICO REY DE LAS ESPAÑAS

D. FELIPE



VENECIA

IMPRENTA DE FRANCISCO RAMPACETO

AÑO 1564

CAPVT QUADRAGESIMVM SECVNDVM

SUMMAE

1. *Officia publica an vendi possint? ardua q.*
2. *Principatus ad civium utilitatem.*
3. *Princeps quantam suorum curam habere debeat.*
4. *Regis & tyranni differentia.*
5. *Officia publica populus vendere potest.*
6. *Renuntiare possumus nostris utilitatibus.*
7. *Amor sui.*
8. *Honor cunctis rebus praeferendus.*
9. *Officia publica honores sunt.*
10. *Legis vis.*
11. *Officia publica vendente populo praesumam id utile esse,
contra Doct. & quid si a principe venderentur.*
12. *Officiorum venditio a populo libero facta decens videtur.*
13. *Officia publica vendi licet etiam practice.*



1.

ENTESIMO trigesimo octavo colligitur ex principali conclusione nostra, quid respondendum sit in illo articulo, dum controversitur, an † officia publica seu militiae possint a principibus, populisve, aut a ducibus, comitibus & marchionibus alienari, aut forte a defensoribus civitatum, seu decurionibus? Movet quaestionem quod ut ex

CAPÍTULO CUADRAGÉSIMOSEGUNDO

SUMARIO

- | | |
|--|-----|
| ¿Pueden venderse los cargos públicos? Cuestión importante. | 1. |
| La supremacía tiene por fin el bien de los ciudadanos. | 2. |
| Cuán esmerado ha de ser el cuidado del príncipe sobre sus súbditos. | 3. |
| Diferencia entre el rey y el tirano. | 4. |
| El pueblo puede vender los cargos públicos. | 5. |
| Podemos renunciar a nuestras propias utilidades. | 6. |
| El amor de sí mismo. | 7. |
| El honor se ha de anteponer a todas las cosas. | 8. |
| Los cargos públicos son honores. | 9. |
| Poder de la ley. | 10. |
| Cuando un pueblo vende los cargos públicos, hemos de presuponer ser ésto útil; contra los doctores; y ¿qué diríamos si fuera el príncipe quien los vendiera? | 11. |
| La venta de cargos públicos hecha por un pueblo libre parece honesta. | 12. |
| Aun prácticamente es lícito vender los cargos públicos. | 13. |

Conclusión 138. De nuestra proposición fundamental dedúcese la solución que se ha de dar a aquel artículo en el que se discute, si los cargos públicos, o del ejército, pueden ser vendidos por los príncipes o por los pueblos, o bien por los duques, condes o marqueses, o tal vez por los defensores de las ciudades (1) o decuriones. Suscita esta disputa el

(1) Defensor de la ciudad, era un magistrado municipal romano instituido por Valentiniano I para defender a los habitantes de las exacciones injustas; decaído de su esplendor fué reorganizado por Justiniano eligiendo sólo personas nobles para tal cargo. (T.).

2. nostra principali sententia millies admonuimus, † omnis potestas & iurisdictio, sive illa popularis sit, sive principalis, sive etiam legalis ad meram civium, non etiam ad regentium utilitatem est, ut post Platonem, & Ciceronem, & Sanctum Ireneum, & Sanctum Thomam, & denique post universam fere turbam tam Iure consultorum quam Theologorum & etiam Philosophorum disseruimus supra c. i. quibus adde idem tenentem fratrem Dominicum Sotum Theologorum nostrae tempestatis disertissimum lib. iii. de iust. & iure q. vi. art. ii. conclusionem. iii. idem vult Divus Paulus epist. i. ad Corinth. c. xii. dum ait, unicuique autem datur manifestatio spiritus ad utilitatem: quem locum ad id citat ipse Sotus ubi supra. Idem Divus Paulus epist. i. ad Timoth. c. v. dum sic scripsit. † Si quis autem suorum & maxime domesticorum curam non habet, fidem negavit & est infideli deterior. Idem vult idem Dominicus Sotus. d. lib. iii. q. vi. arti. iii. vers. aliam vero, dum de rege loquens ait, licet non respublica propter ipsum, sed ipse propter rempublicam sit institutus: & ideo omnia (inquit) debet ad publicum commodum referre. Nec dubium est quin ut ipse divus Paulus, ait, dignus sit mercenarius mercede sua, nec quisquam propriis expensis militare tenetur, ergo qui publica munera exercet ut bono publico libenter consulat ab aerario publico stipendium referre & capere debet, tantum abest ut emere ea onera aut munera debeat: adde Domi. Sotum ubi supra lib. x. q. iii. art. i. nec dicendum † regnum enim non est factum propter regem, sed rex propter regnum, & rex differt a tyranno quod ille omnibus ob publicum bonum utitur, hic vero regno propter se abutitur.

Quid dicendum? & sane primum videndum est, an talia

5. † officia populus liber vendere possit, deinde an id liceat

que, según hemos hecho ya constar innumerables veces basados en nuestra conclusión fundamental, toda potestad y jurisdicción ya sea del pueblo, o de príncipes o de leyes se encamina a la exclusiva utilidad de los ciudadanos, no a la de los gobernantes, según dejamos expuesto arriba en el capítulo 1.º siguiendo la doctrina de Platón y de Cicerón, de San Ireneo y Santo Tomás, y, finalmente, de una multitud casi unánime tanto de jurisconsultos como de teólogos y aun filósofos, a los que puedes añadir, como defensor de la misma doctrina, a Fray Domingo Soto el más consumado de los teólogos de nuestros tiempos (1); del mismo sentir es San Pablo, cuando dice en su 1.ª Carta a los de Corinto (2): «a cada uno le es dada la manifestación del espíritu para utilidad», lugar que a tal propósito cita el mismo Soto (3). Como también el propio San Pablo cuando en su Carta 1.ª a Timoteo (4) escribió lo siguiente: «mas si alguno no tiene cuidado de los suyos, y principalmente de sus domésticos, ha negado la fe y es peor que un infiel». La misma doctrina defiende el mismo Domingo Soto en otro lugar (5), cuando al tratar acerca del rey dice: «si bien no se ha instituido la república en atención al rey, sino éste en atención a la república; por cuya razón (dice) debe encaminar todas las cosas al bien público. Ni hay la menor duda de que, como dice el mismo San Pablo, el jornalero es merecedor de su jornal, y nadie está obligado a guerrear a expensas propias; luego quien ejerce cargos públicos, para que de buena gana mire por el bien común, debe tener asignado y percibir estipendio del público erario; tanto dista, pues, el que él mismo deba dar dinero, por aquellos cargos o empleos. Añade también al propio Domingo Soto que dice así (6): «Porque el reino no se ha creado por razón del rey, sino el rey por causa del reino; y el rey se diferencia del tirano en que el primero usa de todas las cosas para el bien público, y el segundo abusa del reino para su propio provecho.

¿Qué hemos de decir a ésto? Ciertamente hemos de con-

(1) En su obra *de iustitia et iure*, lib. 4.º, cuest. 6.ª, art. 2.º, concl. 4.ª

(2) En el cap. 12.

(3) En el lugar antes citado.

(4) Cap. 5.º

(5) En el lib. 3.º, cuest. 6.ª, art. 4.º, versic. *aliam vero, de iust. et iure*.

(6) En el lib. 10, cuest. 3.ª, art. 1.º

principibus, tertio an liceat ducibus, comitibus, marchionibus, aut similibus dominis, qui superiorem recognoscunt in temporalibus, postremo an liceat reliquis. Quoad primum receptior sententia theologorum esse videtur, id permissum esse. Ita tenet sanctus Thomas opusculo xxi. ad Ducissam Brabantiae. & tenent Caietanus in summa verbo venalitas. & frater Domi. de Soto in. d. artic. iiii. sed pro hoc est tex. apertus, quem ipsorum nullus allegat in. l. omnimodo. §. imputari verb. militia. C. de inoffi. testa. & dixi plene lib. iii. de succ. crea. §. xxx. in rep. d. §. imputari nu. 202. unde multa quae hic desunt petenda sunt. Istorum autem ratio quam S. Tho. Caietanus, & doctiss. Sotus ubi supra reddere videntur, est, quia istud prohibitum non est, aut reperitur sicut reperitur in ecclesiasticis beneficiis, quae gratis danda sunt. Rursus ista non sunt omnia civibus quasi praemia virtutum proposita, sed tantum munera sunt ad meram reipublicae utilitatem subeunda: ergo (inquiunt) cum nullus ad talia officia habeat ullum considerabile ius aut regressum, superest ut alienabilia esse intelligantur. Praeterea, inquit ipse Sotus, populus liber habet liberum arbitrium ad sui gubernationem, ad quam suos ministros constituit, quorum officia habent suos redditus & emolumenta assignata, vel ex praediis hanc forte ad rem deputatis, vel ex collationibus omnium civium, vel eorum, qui sub talibus ministris negocia gerunt, vel aliunde: ergo populus ut talia emolumenta potuit initio eis signare, ita & ea poterit alterare postea ac commutare, addendo vel detrahendo, vel minuendo, aut commutando. Quae ratio non satis perstringere videtur, ut sine ullo omnino emolumento haec possint administrari aut debeant; sicque ut vendi possint. Nam qui emit nihil accipere videtur, cum tantundem pretii nomine refundat.

siderar, en primer término, si un pueblo libre puede vender tales cargos; en segundo lugar, si les está permitido lo mismo a los príncipes; tercero, si les es lícito a los duques, condes, marqueses o a otros señores semejantes que tienen superior en las cosas temporales, y, finalmente, si les está permitido a los demás. En cuanto al primer punto, la opinión más admitida entre los teólogos parece ser que efectivamente, es ésto lícito. Así lo admite Santo Tomás en el opúsculo 21 dirigido a la Duquesa de Brabante, y lo defiende Cayetano (1) y Domingo Soto (2). Además, en apoyo de esta opinión, existe un texto manifiesto (3), que ninguno de ellos alega; de esto mismo he tratado extensamente en la obra *de successionum creatione*, donde han de buscarse muchas cosas que aquí faltan (4). El argumento de todos éstos que parecen aducir Santo Tomás, Cayetano y el doctísimo Soto (5), es el que tal venta no está prohibida, ni consta que lo esté, como consta tratándose de beneficios eclesiásticos, que se han de otorgar gratuitamente. Además, estas cosas no son comunes a los ciudadanos como si se tratara de recompensas señaladas por las virtudes, sino solamente cargos que se han de desempeñar para exclusiva utilidad de la república; así, pues, (dicen) no teniendo ninguno señalado derecho a tales cargos, ni a ocuparlos de nuevo, síguese el que se consideren como objeto de venta.

Además, dice el propio Soto, un pueblo libre tiene absoluta libertad de elección en cuanto a su gobierno, para el que instituyó sus ministros, cuyos cargos tienen sus rentas, o emolumentos señalados, ya de fincas destinadas tal vez a este fin, o de las aportaciones de todos los ciudadanos o de aquellos que realizan negocios bajo tales ministros o de otras fuentes. Luego el pueblo, así como pudo al principio fijar tales emolumentos, así también podrá después alterarlos y cambiarlos añadiendo o quitando, disminuyéndolos o alterándolos por completo. Pero esta razón no parece ser lo bastante convincente que pruebe, que sin retribución alguna

(1) En su *Summa* en la palabra *venalitas*.

(2) En el citado art. 4.º

(3) En la ley *omnimodo*, §. *imputari* en la palabra *militia*, Código, de *inoffic. testam.*

(4) En el lib. 3.º, §. 30, y en el citado §. *imputari*, núm. 202.

(5) *Ubi supra*

l. si voluntate. C. de rescin. vend. adhuc tamen conclusio vera est, quae probatur ratione alius derivata.

- Omnis reipublicae munus aut administratio respicit meram populi non etiam administratoris utilitatem, sicque conferuntur in invitos ut per totum titulum. ff. de muner. & hon.
6. praesertim in. l. gradatim, ibi, † at in re cuiuspiam gratia instituta ipse potest liberrime disponere eique si velit renunciare ac praetermittere: quinimo etiam prodigere. l. penult. C. de pact. ubi multa per las. post alios. l. si quis in conscribendo. C. de episcop. & cleri. l. stipulatio ista. §. inter certam, ibi textus egregius ff. de verb. obligatio. l. Titio centum, in principio. ff. de condi. & demonstr. l. filiis matrem ubi diximus. C. de inof. testam. egregius textus in. l. sed & si lex. §. consuluit. ff. de pet. haere. ibi dum ait dum re sua se abuti putant. l. in re mandata. C. mand. l. i. §. & magis verb. prodegit. ff. si quid in fraudem patroni. l. i. ff. mandati. l. cum pater. §. rogo & §. mando. ff. de lega. ii. l. filius fam. §. divi ff. de lega. primo. l. invito. ff. de regu. iuris, sicque nihil impedimento est quin populus libere possit de iis muneribus seu officiis utpote meram sui utilitatem intuentibus disponere non solum per venditionem, quae ex parte talium officiorum pecuniarium emolumentum inquirat, sed etiam per talem venditionem quae ex toto omne pecuniarium emolumentum removeat & absumat. id quod nostra ratio non etiam ea quam Sotus & alii reddunt suadet.

- Cum enim ille sponte sua non coactus ad talem emptiorem accesserit id sibi utilius esse intelligendum est, quod
7. ipse maluit & elegit. Unusquisque enim † suo commodo studet & plerunque etiam plus aequo. Unde Terentius, Natura ita comparatum est, ut omnes sibi melius esse malint quam

en absoluto puedan y deban desempeñarse tales cargos y por tanto que puedan ser vendidos. Porque quien compra una cosa no se considera recibir nada, ya que a título de precio devuelve otro tanto (1).

Con todo aun se mantiene en pie la verdad de la conclusión, que se prueba por una razón tomada de más elevado principio.

Todo cargo o gobierno de la república tiende exclusivamente al bien del pueblo y no del gobernante, por lo que se otorgan aun a quienes lo rehusan (2). Mas tratándose de una cosa instituida en favor de alguno, puede este mismo disponer de ella con absoluta libertad, renunciar a ella, o despreciarla si tal es su voluntad; más aún, hasta el derrocharla, según consta por numerosas disposiciones legales (3). Por lo tanto, ningún impedimento existe para que el pueblo libremente pueda disponer de aquellos cargos o servicios como encaminados a su exclusiva utilidad, no sólo por una venta que en parte proporcione alguna utilidad pecuniaria de tales cargos, sino también por tal venta que por completo rechace y destruya todo provecho pecuniario; lo que prueba bien la razón por nosotros aducida, pero no así la que propone Soto y otros autores.

Porque como el comprador haya realizado tal compra espontáneamente y sin coacción alguna, hemos de pensar que lo que él mismo prefirió y eligió le reporta mayor utilidad. Porque cada uno busca con empeño su provecho, y muchas veces aun más de lo justo. Por lo que Terencio dice: de tal

(1) Según la ley *si voluntate* del Código, tít. *de rescind. vendit.*

(2) Según consta por todo el título *de muner. et honor.* del Digesto y especialmente por la ley *gradatim* del mismo título.

(3) Por la ley penúltima del Código, tít. *de pactis* sobre la que trata extensamente Jassón siguiendo a otros autores; por la ley *si quis in conscribendo*, Código, tít. *de episc. et clericis*; por la ley *stipulatio ista*, §. *inter certam*, excelente texto, Digesto, tít. *de verborum obligatione*; por la ley *Titio centum*, al principio, Digesto, *de condi. et demonstrationibus*; por la ley *filius matrem ubi diximus*, Código, *de inof. testamento*; por la ley *sed etsi lex*, texto muy bueno, §. *consuluit*, Digesto *de pet. haereditatis* en las palabras *dum re sua se habuti putant*; por la ley *in re mandata*, Código, *mandati*; por la ley 1.^a, §. *et magis* en la palabra *prodegit*, Digesto, *si quid in fraudem patroni*; por la ley 1.^a, Digesto, *mandati*; por la ley *cum pater*, §. *rogo* y §. *mando*, Digesto, tít. *de legatis*, lib. 2.^o; por la ley *filius fam.*, §. *divi*, Digesto, *de legatis*, lib. 1.^o; por la ley *invito*, Digesto, tít. *de regulis iuris*.

- alteri. Unde Cicero orat. in Vat. Nemo (inquit) est tam demens tamque parum de se cogitans, qui alienam vitam aut commoda magis quam sua diligit. & idem Phil. duodecima. Qui multorum (inquit) custodem se proficitur, eum sapientes sui primum capitis aiunt custodem esse oportere. & rursum iii. offic. Nostrae (inquit) utilitates omittendae non sunt, & aliis tradendae; ergo is qui tale officium emit non huius animi erit ut suam velit utilitatem omittere, & aliis (hoc est cunctis
8. popularibus) tradere. Quid enim, nonne † honor cunctis rebus praeferendus est? l. Iulianus. ff. si quis omi. cau. test. adeo ut Virginius vitae filiae suae eius honorem anteposuerit. l. ii. §. pe. ff. de origine iur. Unde Ovidius de Lucretia Romana, quae propriae necis testimonio pudorem minime se violasse ostendit, sic cecinit:

Cum foderet ferro castum Lucretia pectus

Sanguinis & torrens egrederetur ait,

Testetur cunctis me non violasse pudorem

Ante virum sanguis, spiritus ante deos.

- Multa in simili per Gerardum singul. i. nume. 10. & sing. ii. nu. 7. & sing. xxxiii. nu. 4. & multa per Boërium in tract. de autor. mag. cons. add. i. nu. 39. cum pl. seq. Quid item
9. nonne huiusmodi † officia publica honores & sunt & appellantur? ut in rubr. ff. de mun. & honoribus. & in l. ut gradatim, & fere per totum illum titulum. quid ergo mirum aut novum, si populus mihi vendiderit tale officium, quod habet onus annexum, sed similiter honorem, tantumq; pretii nomine dare velim, quantum pecuniarum & emolumenti exinde

modo ha dispuesto las cosas la Naturaleza, que todos prefieren ser provechosos a sí mismos, antes que a los demás. Y Cicerón en su discurso contra Vatinió, nadie hay (dice) tan falto de razón y tan despreocupado de sí mismo que sienta mayor amor por la vida y bienes ajenos, que por los suyos propios. Y en la Filípica 12.^a dice el mismo autor: quien se vanagloria de haber salvado la vida a muchos, convendría, a juicio de los hombres sabios, que ante todo guardara su propia vida. Y de nuevo dice en el libro 3.^o de los Deberes: no hemos de despreciar nuestros propios intereses, y entregárselos a otros. Luego aquel que compró tal cargo público no lo habrá hecho con la intención de renunciar a su propia utilidad y proporcionársela a los demás (esto es a todos los ciudadanos). Pues qué, el honor ¿no se ha de anteponer a todas las restantes cosas (1), hasta tal punto que Virginio juzgó más digno de aprecio el honor de su hija que la misma vida de ésta? Por eso Ovidio celebró así en sus versos a la romana Lucrecia quien con el testimonio de su propia muerte, dió una prueba manifiesta de no haber violado su pudor:

8.

«Al traspasar Lucrecia con un puñal su casto pecho, y cuando de él corría un torrente de sangre exclama: séanme testigos para con todos de que no he violado mi pudor, ante mi esposo esta sangre, y mi espíritu ante los dioses».

Extensamente tratan de este punto en parecidos términos Gerardo (2) y Boerio (3). Pues bien, semejantes cargos públicos ¿no son acaso y se llaman honores? (4). ¿Qué tiene, pues, de extraño o de novedad si el pueblo me vendiera tal cargo público, que tiene sí una carga aneja, pero asimismo un honor, y que yo quisiera dar por él a título de precio una cantidad que iguale a la cantidad de dinero o utilidad que puedo percibir de tal cargo? Y de este modo parecerá que en realidad tomo sobre mí el peso, el trabajo y cuidado de tal cargo en razón únicamente de dicho honor, sin tener para nada en cuenta utilidad alguna pecuniaria, juzgando como una recompensa bastante señalada el haber alcanzado un

9.

(1) Según la ley *Julianus*, Digesto, tít. *si quis omis. caus. test.*

(2) *Singular.* 1.^a, núm. 10, *singular.* 2.^a, núm. 7 y *singular.* 52, núm. 4.

(3) En el tratado *de auctor. magni consilii*, adic. 1.^a, 59 con otros muchos posteriores.

(4) Según la ley *ut gradatim* y por casi todo aquel título.

percipere possit: ut sic in effectu solius honoris non etiam alicuius pecuniarii emolumenti habita ratione videar illius officii onus operam & curam subire, & pro satis ampla mercede reputem talem honorem, quo antea carebam nactum fuisse me. Quae ratio cogit nos fateri idem fore etiam si pretium quod pro illo officio dedi longe excederet emolumentum pecuniarium quod exinde percipi potest, quasi cum illa honoris accessione & lucro isthaec omnia compensentur, id quod apud nos hispanos frequens est in illis honoribus omnium civitatum & reliquorum populorum, qui vulgo (regimientos) appellantur seu decurionatus, nam & si ad eorum ministerium non levis cura & diligentia desideretur, tamen magna vi pecuniarum emi solent, cum emolumenti pecuniarii secum adferant nihil, aut fere nihil.

- Deniq; omnia censentur permissa, quae non reperiuntur expressim prohibita l. nec non. §. quod eis. ff. ex quib. cau. maiores. l. super statuas. C. de religio. tradunt Franciscus de Ripa & alii in l. in quartam. ff. ad legem Falci. & diximus de successionum crea. lib. i. Sed huiuscemodi venditio munerum & officiorum inspectis iuris communis principiis (hoc est iuris naturae & gentium primaevi) nullibi, vel non reperitur prohibita talis venditio, ergo par est eam per-
10. missam intelligi. In summa † quod a populo non recognoscante in temporalibus superiorem (de quo loquimur & locuti sumus) statutum, aut lege sancitum, vel moribus praescriptum, aut frequentatum est; id valere & vim legis tenere, non aliter desinit, quam si aperte sit contra naturalem iustitiam & rectam rationem, & bonos mores laedat ut probat. l. prospexit. ff. qui & a quibus. ibi quod per quam durum est. sed ita lex scripta est, l. non omnium ubi eleganter notat Bal. ff. de legibus. l. i. §. initium. ibi quia moderatam hanc aetatem

honor del que antes carecía. Este argumento nos obliga a admitir que lo mismo sucedería aun cuando el precio que satisface por aquel cargo excediera en mucho a la utilidad pecuniaria que de él puede obtenerse; como si este exceso quedara compensado con aquel aumento y lucro en el honor; cosa que entre nosotros, los españoles, sucede con frecuencia con aquellos cargos distinguidos existentes en todas las ciudades y restantes pueblos, que vulgarmente se llaman regimientos o *decurionatos*. Porque a pesar de exigirse no mediano cuidado y diligencia para el desempeño de tales cargos, suelen con todo comprarse por grandes sumas de dinero, siendo así que no proporcionan provecho pecuniario alguno o muy escaso.

Finalmente, deben considerarse permitidas todas aquellas cosas que no aparecen prohibidas expresamente, según consta por varias leyes (1), lo enseñan Francisco de Ripa y otros autores (2), y conforme lo hemos expuesto en el tratado *de successionum creatione*, libro 1.^o. Pero semejante venta de cargos y empleos públicos, considerados los principios del derecho común (esto es del derecho natural y de gentes primitivo), o no consta en parte alguna, o al menos no aparece prohibida, luego es justo que se considere permitida. En resumen, todo aquello que está dispuesto, sancionado por una ley, o prescrito y frecuentado por las costumbres en un pueblo que en el orden temporal no reconoce superior alguno (a quien sólo nos referimos en este lugar y en los anteriores), no deja de ser válido y de tener fuerza de ley, sino en el caso en que manifiestamente sea contrario a la natural justicia y a la recta razón, o que menoscabe las buenas costumbres, conforme lo prueba la ley *prospexit* (3), en las palabras, «lo cual es duro en demasía, pero la ley así lo dispone», y la ley 1.^a, §. *omnium* del Digesto, en el título *de postulando*, en las palabras «ya que el pretor juzgó

10.

(1) Según la ley *necnon*, §. *quod eis*, Digesto, *ex quibus caus. maiores* y la ley *super statuas* del Código, *de religio*.

(2) Comentando la ley *in quartam*, Digesto, tít. *ad legem Falcidiam*.

(3) Del Digesto, tít. *qui et a quibus*; lo mismo prueba la ley *non omnium* del Digesto, tít. *de legibus*, donde elegantemente lo nota Baldo.

praetor ratus est, ubi notat Glo. clamans esse illam mirabilem rationem. ff. de postulando. idem Bal. in l. de quibus. ff. de legibus, Andre. Tiraq. qui multa hanc ad rem spectantia congerit in tract. de retract. in praefati. nume. 75.

Nec dubium est, quin talium officiorum munerumve venditio non sit huiusmodi ut turpitudinem manifestam continere aut contra bonos mores aut contra ius divinum esse videatur, vel etiam naturale: ergo par est talem venditionem fieri posse esseq; inculpatam. Id quod vel ex eo intueri licet, quod hic inesse videtur quidam contractus respectivus puta do meam pecuniam ut populus aliquid faciat (hoc est ut efficiat quod mihi, quod attinet ad tale munus vel officium, cives pareant & honore ei officio debito me afficiant) huius cemodi autem contractus ex ipsa conventionem legem accipiunt & legitimi sunt fueruntq; semper l. contractus. ff. de reg. iur. c. contractus eod. tit. lib. vi. iuncta l. naturalis & per totum tit. ff. de praescript. verbis, ergo nihil vetat tales contractus valere, & lex dicitur esse contractus quidam l. i. ibi communis reipublicae sponsio. ff. de legibus. & contractus, dicitur esse lex, ut l. legem quam C. de pact. d. l. contractus d. c. contractus. l. i. §. si convenerit. ff. depositi. dixi in praefa. de succ. progressu in prin. Et nullus (iudice me) negabit legem valere a populo factam, quae disponderet ab ipsomet populo posse talia munera vendi, praesertim cum aerarium publicum exinde & aliunde ditari magnopere expediat omnibus concivibus, non secus quam ipsimet reipublicae; auth. res quae cum ibi plene not. C. com. de lega. ergo consequens fit ut quemadmodum per legem id fieri non solum licitum, sed etiam utile est; ita quoque per modum contractus vel consuetudinis & fieri liceat, & forte expediat. Quinimo cum omnis lex praesumatur esse iusta. c. erit

apropiada tal edad» donde la glosa lo hace constar diciendo «ser esta una razón de gran peso»; lo mismo defienden Baldo (1) y Andrés Tiraqueau, quien acumula copiosa doctrina relacionada con este asunto (2).

Ni hay la menor duda de que la venta de tales empleos o cargos no sea de tal naturaleza que aparezca encerrar manifiesta maldad, o ir contra las buenas costumbres, o contra el derecho divino o aun contra el derecho natural; luego es justo que dicha venta pueda realizarse, ya que está exenta de culpa. Lo mismo que se puede conocer por esta otra razón, porque parece existir aquí cierto contrato bilateral, a saber, otorgo mi dinero para que el pueblo por su parte haga alguna cosa (esto es para que haga que los ciudadanos me obedezcan en lo que se refiere a tal cargo o empleo y me otorguen el honor debido a dicho cargo), y semejantes contratos reciben legalidad de la misma convención y son y siempre han sido legítimos (3). Luego nada impide el que tales contratos sean válidos, ya que la ley se dice ser una especie de contrato (4), y a su vez el contrato se dice ser ley (5). Y nadie negará (a mi juicio) el que sea válida una ley hecha por el pueblo, que dispusiera que dichos cargos pudieran ser vendidos por el mismo pueblo, principalmente importando en gran manera a todos los ciudadanos, no menos que a la misma República, el que el erario público se enriquezca por este y por otros medios (6).

Es, pues, natural, que así como el hacer ésto por medio de una ley no sólo es lícito sino también provechoso, así también el hacerlo por modo de contrato o costumbre por una parte sea lícito y por otra hasta conveniente. Más aún,

(1) En la ley *de quibus*, Digesto, *de legibus*.

(2) En el tratado *de retractation*. en la introducción, núm. 75.

(3) Consta por la ley *contractus*, Digesto, *de regulis iuris*; por el cap. *contractus* del mismo título, lib. 6.º, junto con la ley *naturalis*, Digesto, tít. *de praescriptis verbis* y por todo el título.

(4) Consta por la ley 1.ª, Digesto, tít. *de legibus*, en las palabras *communis reipublicae sponsio*.

(5) Conforme a la ley *legem quam*, Código, tít. *de pactis* y a la citada ley *contractus* y al cap. también citado *contractus* y a la ley 1.ª, §. *si convenerit*, Digesto, tít. *depositi*. Sobre esto he tratado también en la introducción de la obra *de succes. progressu*.

(6) Conforme a la *authent. res quae* inserta en el Código, tít. *communis de legatis* con lo expuesto sobre ella extensamente.

- autem lex. iiii. distin. consequens sit, ut si quo in populo id fieri reperiatur, id utile esse intelligatur & praesumatur ad publicum aerarium locupletandum huiuscemodi pecuniis quo magis publicis necessitatibus subvenire possit, ut supra
11. probavimus. Unde duo inferuntur, primum † non solum fieri tales venditiones posse, sed etiam posse & expedire. Et ita praesumi, quamvis hoc ultimum Divus Thomas & Dominicus Sotus & Caietanus videantur ubi supra abnegasse. Quorum sententiam forte tueri licet, quando non ab ipso populo libero, sed a principe, qui a populo sufficienter altus erat venderentur talia munera.
12. Deinde † procedit etiam ut tales venditiones a populo libero factae etiam decentes & honestae videantur, quamvis hoc ultimum negare videantur Sanctus Thomas, Caietanus & Dominicus Sotus ubi supra, quorum sententia in casu proxime notato forte defendi posset. Ergo quinque tenenda sunt. Primum tales venditiones mero iure valere. Deinde etiam posse expedire. Tertio praesumi quod populo ipsi expediant. Quarto tales venditiones esse honestas. Postremo etiam in re debia honestas praesumi. Et tales visae & reputatae sunt apud nos Hispanos, cum & quotidie & omnibus in civitatibus & oppidis frequenter fiant in iis militiis, quae vulgo scriptoriae appellantur. & in aliis quae dicuntur decurionatus, seu regimientos.
13. Sexto intellige, ut † procedat etiam si haec res nos solum speculative sed etiam practice consideretur, puta per applicationem ad usum, quamvis & in hoc nominatim teneat contrarium Theologorum nostrae tempestatis doctissimus Dominicus Sotus, ubi supra, versi. secunda conclusio, movetur

presuponiéndose ser justa toda ley (1), síguese que si halláramos practicarse ésto en algún pueblo, debe reputarse y presuponerse ser útil para enriquecer el público erario con tales sumas de dinero, para poder remediar mejor las públicas necesidades, según arriba dejamos probado. De donde se infieren dos cosas: la primera que no sólo pueden practicarse tales ventas, sino que pueden y además son convenientes, y así se presupone; si bien esto último parece haberlo negado Santo Tomás, Domingo Soto y Cayetano (2). Cuyo parecer tal vez pueda defenderse, cuando dichos cargos fueran vendidos no por el mismo pueblo libre, sino por el príncipe a quien el pueblo suministraba suficientes recursos.

11.

En segundo lugar síguese también que tales ventas realizadas por un pueblo libre, se reputan ser también razonables y honestas, si bien Santo Tomás, Cayetano y Domingo Soto (3) parecen negar esto último, cuyo parecer tal vez pueda sostenerse en el caso últimamente propuesto. Así, pues, hemos de retener estas cinco conclusiones: primera, que tales ventas son válidas en puro derecho; segunda, que hasta pueden ser convenientes; tercera, que se presupone ser provechosas al mismo pueblo; cuarta, que tales ventas son honestas; y, finalmente, que en caso dudoso se presupone ser honestas. Y tales se han tenido y reputado entre nosotros los españoles practicándose frecuentemente y aun a diario en todas las ciudades y pueblos con aquellas milicias que vulgarmente se llaman *scriptorias* y con otros cargos que se llaman *decurionatos* o regimientos.

12.

En sexto lugar entendemos que ha de sostenerse lo mismo aun cuando este caso se considere no sólo en teoría sino también en la práctica, por ejemplo, en su aplicación al uso corriente, aunque también en ésto defienda expresamente lo contrario Domingo Soto (4) el más docto de los teólogos de nuestros tiempos y la razón que le mueve es, porque (dice), como para estos cargos se requiera aptitud y honradez en quien los desempeña, ciertamente si se venden al mejor postor, no puede fácilmente darse cumplimiento a

13.

(1) Según consta por el cap. *erit autem lex*, dist. 4.^a

(2) *Ubi supra*.

(3) *Ubi supra*.

(4) *Ubi supra*, versic. *secunda conclusio*.

ipse quia (inquit) hasce ad res cum industria personae & probitas desideretur, certe si plus offerenti vendatur id observari non ita potest: sed responde dupliciter fieri posse, & apud nos Hispanos etiam hodie solere in usuq; esse, ut illi ad quorum curam & providentiam spectabat, ad tale officium personam idoneam eligere: nominent tres vel quatuor, & ex illis, ei qui plus obtulerit detur. sicq; illi sunt omnes si non aequae, saltem sufficienter idonei. Paeterea populus ad cuius utilitatem id spectat mavult mediocrem sic dotatum pecuniis, quam eminentiorem vacuum, id quod & in uxoribus eligendis plerunque fit, nec dubium est quin populi iudicio electioni & optioni in hac re sua standum sit, ut supra dixi. Unde apparet idem fore etiam si cuivis de populo plus offerenti venderetur cum hac ratione, tum etiam quia ad retinendos homines in officio penae inventae sunt. l. i. ff. de iust. & iure.

ésto. Pero respondemos que de dos modos puede ejecutarse: así aun en el día de hoy entre nosotros, los españoles, se acostumbra y está en práctica que aquellos, a cuyo cuidado y prudencia corresponde el elegir persona idónea para tal cargo, nombren a tres o a cuatro personas y de entre ellas se conceda al que mayor cantidad ofreciere; de este modo todos ellos son, sino en el mismo grado, al menos suficientemente idóneos. En segundo lugar, el pueblo a cuya utilidad se encamina ésto, prefiere a uno de mediana capacidad pero bien provisto de riquezas, a otro de más sobresaliente disposición sin recursos, lo mismo que acontece también casi siempre en la elección de esposa, y no hay duda alguna de que debemos atenernos al juicio, elección y preferencia del pueblo en un asunto propio, como éste, según antes he expuesto. De donde se colige que lo mismo sucedería aun cuando se vendiera a cualquiera del pueblo que ofreciera más, ya por esta razón, ya también porque para mantener a los hombres en el cumplimiento de su deber se han instituído las penas (1).

(1) Según la ley 1.^a, Digesto, tít. *de iust. et iure*.

CAPVT QVADRAGESIMVM TERTIVM

SUMMAE

1. *Officia publica princeps an vendere possit?*
2. *Intel. l. i. ff. de const. pri. §. sed et quod principi, inst. de iust. & iure.*
3. *Mens praevalet verbis.*
4. *Verba non inspicienda, sed mens.*
5. *Mandatum generale restringitur ex mente concedentis.*
6. *Princeps sufficienter a populo dotatus nihil ultra exigere potest.*
7. *Populus imitatur principem.*
8. *Officia quando vendere non licet, tunc nec expedit nec decet, idem e contra, contra theologos.*
9. *Officia publica vendere et licet et decet principi, si a populo erat insufficienter dotatus, contra theologos.*
10. *Officia publica an vendere possint, Duces, Comites & Marchiones.*
11. *Magistratus cives tueri tenetur.*
12. *Officia publica vendita an transeant ad successores.*
13. *Dignus ad officia publica quis intelligatur.*
14. *Officia publica & dignitates non dignis sed dignioribus danda.*
15. *Electionis forma.*
16. *Eligens dignum omisso digniore bis peccat.*
17. *Officia publica vendi posse ita ut transeant ad successores, contra Sotum.*

CAPÍTULO CUADRAGÉSIMOTERCERO

SUMARIO

- ¿Puede el príncipe vender los cargos públicos? 1.
- Sentido de la ley 1.^a del Digesto, título *de constitutionibus principum* y del §. *sed et quod principi*, Instituta *de iust et iure*. 2.
- El espíritu prevalece sobre las palabras. 3.
- No se han de examinar las palabras, sino la intención. 4.
- El mandato general se restringe según la intención de quien lo otorga. 5.
- El príncipe suficientemente retribuido por el pueblo, no puede exigir además cosa alguna. 6.
- El pueblo es imitador del príncipe. 7.
- Cuando no es lícito vender los cargos públicos, tampoco es conveniente, ni decoroso; y lo mismo en caso contrario; contra algunos teólogos. 8.
- Si el príncipe está insuficientemente retribuido por el pueblo, le es lícito y decoroso el vender los cargos públicos; contra algunos teólogos. 9.
- ¿Pueden vender los cargos públicos los duques, condes y marqueses? 10.
- El magistrado está obligado a la defensa de los ciudadanos. 11.
- Los cargos públicos vendidos ¿pasan a los herederos? 12.
- ¿Quién se reputa digno para los cargos públicos? 13.
- Los cargos y dignidades públicas deben darse no a los dignos, sino a los más dignos. 14.
- Forma usada en la elección. 15.
- Quien elige a una persona digna, pero dando de lado a otra más digna, peca dos veces. 16.
- Los cargos públicos pueden venderse de tal forma que pasen a los herederos; contra Soto. 17.

18. *Populorum alienationes necessitatis causa an perpetuo fieri liceat?*
19. *Populorum a rege alienatorum duplex laesio.*
20. *Populum a principe habitum qui alienare potest, et vendere potest, contra Sotum.*
21. *Populo male alienato, adest peccatum et restituendi obligatio, contra Sotum.*
22. *Magistratus an populum vendere possit?*
23. *Episcopus an populum vendere possit?*

1.



ACTENUS quoad primum articulum de populo talia officia vendente. Quid autem quoad secundum articulum de principe? & sane in eo sunt tres conclusiones, prima, ut venditio ab eo facta mero iure valeat: Altera, ut non expediat fieri. Ultima ut non quoque deceat fieri. ita S. Thomas opusculo. xxi. & Caietanus, & Dominicus Sotus ubi supra exemplificantes in Ducissa Brabantiae ad quam ita rescripsit consultus idem divus Thomas, quod & in reliquis principibus superiorem in temporalibus non recognoscentibus procedere volunt: movetur Sotus quia (inquit) postquam populus principi & in principem omne suum imperium & iurisdictionem contulit, & sibi imperii reservavit nihil, consequens fit, ut quod ante talem concessionem populus ipse poterat, id post eam principi liberrimum sit l. i. ff. de const. prin. §. sed & quod principi, inst. de iure nat. Hinc est ut vulgo fertur, principem legibus solutum esse. §. fi. inst. quib. mod. test. infir. l. princeps legib. ff. de legib. l. ex imperfecto. ff. de lega. iii. l. ex imperfecto. C. de testam.

Quid dicendum? & sane ab hoc enigmatē & elemento

- ¿Es lícito el enajenar para siempre algún pueblo a causa de una necesidad? 18.
- Los pueblos enajenados por el rey reciben un doble perjuicio. 19.
- Quien puede enajenar un pueblo recibido del príncipe, puede también venderlo; contra Soto. 20.
- Si un pueblo se vende sin causa lícita, se peca y existe la obligación de restituir; contra Soto. 21.
- ¿Puede un magistrado vender un pueblo? 22.
- ¿Puede un obispo vender un pueblo? 23.

Hemos tratado hasta aquí del primer punto que se refiere a la venta de tales cargos por el pueblo. Mas ¿qué diremos del segundo artículo, acerca del príncipe? Ciertamente en este punto se dan tres conclusiones: primera, que en puro derecho es válida la venta hecha por el príncipe; segunda, que no es conveniente el que se realice, y la última, que no es tampoco decoroso el que se efectúe. Tal es el sentir de Santo Tomás (1), de Cayetano y de Domingo Soto (2), tratando el caso como en un ejemplo en la Duquesa de Brabante, a quien el mismo Santo Tomás, consultado por ella, respondió en este sentido, siendo además de parecer que la misma doctrina tenía cumplimiento en los restantes príncipes que en lo temporal no reconocen superior alguno. La razón que a Soto le mueve es ésta; porque (dice) después que el pueblo transfirió al príncipe y puso sobre él todo su poder y jurisdicción, sin reservar para sí poderío alguno, síguese que cuanto el pueblo mismo podía realizar antes de tal concesión, eso mismo después de ella podrá con absoluta libertad ejecutar el príncipe (3). De aquí procede el dicho vulgar, que el príncipe no está sometido a leyes (4).

(1) Opúsculo XXI a la Duquesa de Brabante.

(2) *Ubi supra*.

(3) Según la ley 1.^a del Digesto, en el tít. *de constit. princíps* y el §. *sed et quod principí*, Instituta, *de iure naturali*.

(4) Según el §. final de la Instituta *quibus modis test. infirmetur*; la ley *princeps legibus*, Digesto, *de legibus*; la ley *ex imperfecto*, Digesto, *de legatis*, lib. 3.^o y la ley *ex imperfecto*, Código, *de testamentis*.

pendet vera istius rei cognitio, quam isti gravissimi patres non potuerunt non ignorare, ab subinde cespitare, cum in legalem disciplinam sicq; in possessionem alienam pedem intulerint: (ipsi enim Theologiae professores erant). Etenim ea aequiparatio, quam ipsi inter populum liberum, & principem facere volunt, regulariter minime procedit, ut enim unicuique suis de rebus vel ad suam utilitatem spectantibus disponere liberrimum & est & expedit esse, ut plene supra iam ostendimus: ita populo quoque de rebus sive suis, sive ad suam utilitatem spectantibus (quale est in specie nostra) liberrime disponere & licet & expedit, ut supra edocti fuimus. idq; sibi utilius esse reputatur & consultius quod ipse mavult, ut ostendimus supra, quibus adde Glo. & doct. in. §. praeterea inst. de act. dum sic cecinit.

Id portat leviter quod portat quisque libenter

Diversum longe est in eo, qui agit rem alienam ad utilitatem spectantem, qualis est princeps, qui populi non tam dominationem quam administrationem habet; nec enim respublica propter principem creatur, sed princeps propter rempublicam instituitur, ut supra diximus: & nominatim ipsimet S. Thomas & Caietanus & Sotus ubi supra fatentur. Nec est verum omne suum imperium a populo in principem translatum esse. Nam † licet lege regia relata in d. l. i. ff. de const. prin. generaliter ita, quod attinet ad verba ipsius, diceretur, tamen quum verba utcunque generalia sint intelligenda & restringenda vel amplianda iuxta subiectam materiam. l. si

¿Qué hemos de responder a ésto? Ciertamente de la solución de esta intrincada cuestión y principio, depende el verdadero conocimiento de esta materia que no pudieron menos de desconocer aquellos padres, de tanta autoridad por otra parte, y por consiguiente resbalar al penetrar en el terreno de la ciencia legal, y por tanto, en posesión ajena (pues ellos eran profesores de Teología). Porque aquella igualdad que dichos autores quieren establecer entre el pueblo libre y el príncipe, como norma general, de ningún modo es admisible. Porque así como cada uno es completamente libre y conviene que lo sea, para disponer de sus propios bienes, o de los que tienden a su exclusiva utilidad, conforme hemos ya demostrado arriba con toda extensión, así también le es lícito y conveniente al pueblo el disponer con absoluta libertad de las cosas o propias o que al menos miran a su exclusiva utilidad (como acontece en nuestro caso), según también queda demostrado arriba; y se reputa ser más útil y más conveniente para el pueblo, aquello que él mismo prefiere, como antes hemos probado; a lo dicho puedes añadir la glosa y el testimonio de los doctores sobre el §. *praeterea* de la Instituta *de actibus*, cuando dice en el siguiente verso:

«Es ligera la carga cuando se lleva con gusto».

Cosa muy diversa sucede tratándose de quien realiza un asunto ajeno, o que se encamina a la ajena utilidad, cual acontece con el príncipe, que no tanto tiene la propiedad del pueblo cuanto su administración; porque no se crea la república por razón del príncipe, sino que se instituye el príncipe por causa de la república, como antes hemos expuesto, y según expresamente lo declaran el mismo Santo Tomás, Cayetano y Soto en los lugares citados. Ni es tampoco verdadero el que el pueblo haya transferido al príncipe absolutamente todo su poder. Porque aunque en la ley regia citada en el título *de constitutionibus principum* del Dig., ley 1.^a se afirme con esa generalidad, atendidas las palabras que usa, sin embargo, por muy generales que sean éstas, habiéndose de entender y restringir o ampliar según la materia de que se trate (1), aun cuando con ésto

(1) Conforme a la ley *si uno in princ.*, Digesto, tít. *locati*.

uno in prin. ff. locati, etiam si per hoc recedatur a proprietate sermonis & verborum. l. stipulatio ista. §. hi qui & 3. §. hoc quoq; ff. de verb. obliga. l. quibus diebus. §. dominus. ff. de condi. & demons. ubi notant Socinus & alii. l. pater Severinam §. conditionum verba, ubi textus egregius ff. de condi. & dem. l. haeredes mei. §. cum ita, ubi plene per Socinum & Ripam. ff. ad Treb. quam regulam pluribus quam quinquaginta definitionibus iurium & rationum ornavimus in l. si quando in prin. C. de inoffic. test. & aliquid de succ. crea. §. ix. nume. 8. cum seq. evenit ut verba generalia d. l. i. ff. de const. prin. quatenus dictant, omne suum imperium a populo in principem translatum fuisse, sint secundum subiectam materiam restringenda; quatenus subiecta materia patitur & ei accommodantur, aut accommodari possunt illa verba. Sicq; qualis est natura principatus, talis esse debet illorum verborum utcunque generalium interpretatio. Principatus autem natura est meram subditorum non etiam regentium utilitatem respicere & curare, nec alium scopulum intuetur aut intueri potest ut supra attingimus, & plenissime supra cap. i. cum seq. ergo concessio imperii a populo principi facta utcunque verbis generalibus aut etiam generalissimis fiat, semper tamen sui natura & ex subiecta materia limitata & restricta ac alligata est ad meram civium, non etiam ipsius principis utilitatem: idque tacite actum & exceptum videtur. ut dd. ll. & dd. locis habetur. Etenim omnis concessio quamvis generaliter fiat, aptanda est ad mentem concedentis vel concedentium. l. si quando in princ. C. de inoffic. test. ubi multis iuribus & rationibus id ornavimus, & vani ac male sani capitis esset, non intelligere, quod populus qui ad meram suam, non etiam principis sui utilitatem, suam ei potestatem & imperium dedit, id nunquam ei concederet,

nos apartemos de la propiedad material del lenguaje y palabras, según consta por numerosas leyes (1) y comentaristas, regla que dejamos hermosamente probada por más de cincuenta declaraciones de leyes y razones (2), sucede que las palabras generales de la citada ley 1.^a del Digesto, *de constitutionibus principum*, en cuanto declaran haber el pueblo transferido todo su poder al príncipe, han de ser restringidas conforme a la materia de que se trata; en los límites que dicha materia admite, y a ella se acomodan o pueden acomodarse tales palabras. Por consiguiente la interpretación de aquellas palabras, por más generales que sean, debe ser tal cual es la naturaleza de la supremacía. Ahora bien, la naturaleza del poder del príncipe consiste en atender y procurar exclusivamente el bien de los súbditos y no de los gobernantes, ni fiende, ni puede tender a otro fin que a éste, conforme arriba hemos indicado y con toda extensión en el capítulo 1.^o y siguientes; luego la concesión del poder al príncipe hecha por el pueblo, aun cuando se exprese en términos generales y aun generalísimos, siempre sin embargo por su misma naturaleza y por la materia sobre que versa, está limitada, restringida y sujeta a la exclusiva utilidad de los ciudadanos y no a la del mismo príncipe, y ésto parece ser lo tratado y admitido tácitamente, según consta por las citadas leyes y lugares. Porque toda concesión, aunque se haga en términos generales, siempre se ha de adaptar a la intención de quien o de quienes la otorgan, conforme a la ley *si quando* (3), donde dejamos ésto ilustrado con numerosas leyes y razones; y sería propio de una cabeza ligera y falta de razón el no comprender que el pueblo, que traspasó al príncipe su potestad y poderío para su exclusiva utilidad y no para la de su príncipe, no le haría jamás aquella concesión, que fuera perjudicial al mismo pueblo, pues obró así para

3.

(1) Por la ley *stipulatio ista*, §. *hi qui* y §. *hoc quoque*, Digesto, tít. *de verb. obligatione*; por la ley *quibus diebus*, §. *Dominus*, Digesto, *de condit. et demonstrat.* según en ella lo hacen constar Socino y otros; por la ley *pater Severinam*, §. *conditionum verba*, donde hay un notable texto, Digesto, *de condi. et demonstrat.*; por la ley *haeredes mei*, §. *cum ita* extensamente comentada por Socino y Ripa, Digesto, tít. *ad Treb.*

(2) Sobre el principio de la ley *si quando* del Código, tít. *de inoffic. testamento* y algo también en la obra *de success. creat.*, §. 9, núms. 8 y siguientes.

(3) Al principio de dicha ley, Código, tít. *de inoffic. testam.*

- quod damnosum ipsi populo esset, ut sibi enim consuleret,
 4. non ut noceret, fecit. Et quod † verborum generalitas aut significatio seu proprietas non tam considerata sit, quam mens concedentium, eleganter docet Cicero in oratione pro Caecinna, his verbis: Scriptum sequi, calumniatoris est: boni vero iudicis, voluntatem scriptoris, auctoritatemq; defendere: quae lex enim, quod senatus consultum, quod magistratus edictum, non infirmari aut convelli potest, si ad verba deflectere voluerimus, consilium autem eorum, qui scripserunt, & rationem & auctoritatem relinquamus? non enim ex verbis pendet ius, sed verba serviunt hominum consiliis & auctoritatibus, nec verba veniunt in iudicium, sed ea res, cuius causa verba in leges coniecta sunt.

Idem Cicero in eadem oratione pro Caecinna ait: Verba reperta sunt, quae indicarent, non quae impedirent nostram voluntatem: facit. l. non aliter. ff. de lega. iii. l. iii. C. de lib. praet. cum similibus, & licet verba legis generalia restringamus, eius mentem captantes, tam longe abest ut per hoc eam legem violare videamur, quod potius ipsius violatores & fraudatores esse videmur, quando mente relictæ verborum generalitatem aut proprietatem observamus. l. fraus. ff. de legib. quae omnia plenissime ornavimus supra c. xxv. nu. 5. & in. l. si quando in prin. C. de inoffi. testam. secundum quae, quod in d. l. i. ff. de const. prin. generaliter traditur, omne principi imperium a populo lege regia datum esse, ex mente ipsorum concedentium coangustatur, restringitur, & limitatur quod ad utilia tantum, non etiam quoad contraria.

5. Nam & similiter † in mandato utcunque generali eadem restrictio semper intelligitur, ut in c. qui ad agendum cum ibi plene not. per. Glo. & doct. de procur. lib. vi. & in l. mandato generali. cum ibi not. per Gloss. & doct. ff. eod.

mirar por su bien, no para perjudicarse. Y que no hemos de atenernos tanto a la generalidad o significación y propiedad de las palabras cuanto a la mente de quienes hacen la concesión, elegantemente nos lo enseña Cicerón en el discurso en favor de Cecina por estas palabras: «El sujetarse a la letra del escrito es propio del falso acusador: mientras que el defender la intención y verdad del escritor es propio del juez recto. Porque ¿qué ley, qué decreto del Senado, qué orden de los magistrados hay que no pueda debilitarse o anularse, si queremos seguir las meras palabras apartándonos de la intención, del pensamiento y autoridad de quienes dieron tales disposiciones? Porque el derecho no depende de las palabras sino que las palabras son instrumento de las intenciones y pareceres de los hombres; ni son materia de juicio las palabras, sino la cosa por cuya causa se han dispuesto las palabras formando leyes».

4.

El mismo Cicerón dice también en este discurso en favor de Cecina: «Las palabras se han inventado para manifestar nuestra voluntad, no para que la sirvan de obstáculo» (1), y aunque restrinjamos los términos generales de la ley tratando de acomodarnos a su espíritu, tanto distamos por eso de parecer infringir tal ley, que más bien creemos violarla y defraudarla, cuando dando de lado al espíritu de la misma, nos atenemos a la generalidad y propiedad de las palabras. Todo lo cual queda explanado con toda extensión en el cap. 25, núm. 5, y al tratar de la ley *si quando* (2). Conforme a ésto, lo que en términos generales se afirma en la citada ley 1.^a, tít. *de constitutionibus principum* del Digesto, que todo el poderío ha sido dado al príncipe por el pueblo por ley regia, se reduce, se restringe y limita, según la intención de los mismos que se lo otorgaron, únicamente a las cosas útiles, y de ningún modo a las perjudiciales.

5.

(1) Lo mismo consta por la ley *non aliter*, Digesto, *de legatis*, lib. 3.^o y por la ley 3.^a, Código, tít. *de liberis praeteritis*.

(2) Código, tít. *de inoffic. testam.*

tit. sicq; per solam status mutationem in deterius, tale mandatum videtur revocatum l. cum quis in princ. ubi per Bar. & alios. ff. de solu. quinimo etiam si in deterius mutatus non esset status, sed in aeque bonam vel etiam in meliorem sortem, si tamen procuratoris conditio ad conveniendum difficilior facta est, per hoc mandatum etiam generale revocatum ademptum vel nunquam datum intelligitur, ut diximus de succ. creat. §. xvii. nume. 95. & nume. 99. cum prec. & seq. & nume. 94. in. §. iiii. nu. 52. sic ergo & mandatum seu imperium a populo principi datum huiusmodi esse intelligitur, ut ad utilia tantum, non etiam ad contraria porrigatur.

Unde apparet principis potestatem hac in re parem non esse potestati ipsius populi, sed longe inferiorem, populus enim suis utilitatibus renunciare & cum eis dispensare, & eas etiam si libitum esset, prodigere liberrime posset: ut iam docuimus, non secus quam quisque privatus in rebus suis. Principi vero populi utilitatibus renunciare, easve prodigere aut laedere nefas esset, ut ostendimus. Unde (ut ad propositum revertamur) si quod damnum ex publicorum honorum, munerum, officiorum venditione contingere posset, aut eveniturum verosimile esset, id principi (qui populum tueri, non laedere potest) nefas esset attentare: populo autem non utique. Propterea quod suas utilitates praetermittere, laedere, & prodigere potest.

6. Verum quia necessitati & iustae causae subveniendum esse omnia iura proclamant, sicq; ex causa fit omnium legum & iurium naturalium, divinorum & positivorum transgressio. l. si fideiussor. §. si necessaria. ff. qui satisd. cogan. ubi multa per Ias. l. necessariis. ff. de acquir. haer. l. si filius

Porque del mismo modo en el mandato, aun cuando sea general, siempre se entiende también dado con la misma restricción, según consta por varias disposiciones y comentaristas (1); y así por sólo empeorar la situación del asunto se considera ya revocado el mandato (2), más aún, aun cuando la situación del asunto no hubiera empeorado, sino que hubiera pasado a otro estado igualmente bueno o si se quiere mejor, con todo si la condición del procurador hubiese empeorado para poder contratar, por ese mero hecho se considera el mandato, aunque sea general, revocado, suprimido y como nunca otorgado, conforme hemos expuesto en la obra *de successionum creatione* (3). Del mismo modo, pues, el mandato o el poder dado al príncipe por el pueblo, se considera ser tal que únicamente se extienda a las cosas útiles y de ningún modo a las perjudiciales.

De lo dicho se desprende no ser igual en este respecto el poder del príncipe al poder del mismo pueblo, sino muy inferior; porque el pueblo puede con absoluta libertad renunciar a sus intereses, dispensar sobre ellos y hasta si así fuera su gusto derrocharlos, como ya lo hemos expuesto, no menos que cualquier hombre particular con sus propios bienes; mientras que al príncipe no le sería lícito el renunciar a los intereses del pueblo, o el derrocharlos o perjudicarlos, según queda ya demostrado. Por consiguiente (volviendo al asunto propuesto) si de la venta de los honores, cargos y empleos públicos pudiera sobrevenir algún perjuicio, o fuera probable el que hubiera de sobrevenir, sería ilícito al príncipe el procurar realizarlo (ya que no tiene poder para perjudicar al pueblo, sino para defenderle); cosa distinta sería tratándose del mismo pueblo, ya que tiene facultad para dar de lado a sus propios intereses, para perjudicarlos y aun para derrocharlos.

Mas como todas las leyes manifestamente declaran que se ha de acudir en remedio de la necesidad y de la causa 6.

(1) Así en el cap. *qui ad agendum, de procur.*, lib. 6.º, con lo que sobre él notan extensamente la glosa y los doctores y en la ley *mandato generali*, Digesto del mismo título y lo que la glosa y doctores notan sobre ella.

(2) Consta por la ley *cum quis*, al principio, Digesto, tít. *de solutionibus* comentada por Bartolo y otros.

(3) En el §. 17, núms. 95 y 99, con otros anteriores y posteriores y núm. 94, y en el §. 4.º, núm. 52.

qui patri. ubi not. per Socinum. ff. de vulg. l. ut gradatim. ff. de mune. & hon. id quod plenissime ornavimus supra per omnia fere huius libri capita & in praefatione tract. de succ. progressu in prin. Ideo si is princeps a populo non sit satis idoneis redivibus dotatus, itaque ei licitum sit, a civibus exigere quod deest ad congruam suam sustentationem, vel ad immensas bellorum impensas, ad urbium munitiones, ad praesidium salaria, ad militum stipendia, & similia, tunc ut per alios modos posset a civibus pecunias exigere, ita & per istum posset, qui satis idoneus nobis videtur, & expers molestiarum, quae civibus inferri solent in pecuniis aliter extorquendis & colligendis.

Caeterum cum princeps idoneos a populo haberet reditus, tunc talia officia vendere tam nefas esset, quam si reliqui magistratus a populo sufficienter dotati pecunias praeterea a civibus extorquerent, qui repetundarum tenebantur ut per totum. ff. ad leg. lul. rep. Quinimo in principe turpius esset eo quod teste & eleganter modulante Iuvenali Satyra. viii.

Omne animi vitium tanto conspectius in se

Crimen habet, quanto maior, qui peccat habetur.

Et ea propter turpius vitium esse in principibus quam in reliquis, quia populus principum vestigia & mores insequitur

7. non aliter quam umbra corpus. Unde † Claudianus sic cecinit.

Nec tam inflectere sensus

Humanos edicta valent, quam vita regentis,

Mobile semper mutatur cum principe vulgus.

justa, y así vemos que con causa se concede la transgresión de todas las leyes y derechos naturales, divinos y positivos, según consta por varias leyes (1), doctrina que dejamos con toda extensión tratada a través de casi todos los capítulos anteriores de este libro, y al principio de la introducción de la obra *de successionum progressu*, por esta razón si dicho príncipe no estuviera suficientemente dotado con proporcionadas rentas, ciertamente le sería lícito el exigir de los ciudadanos lo que falta para su adecuado sustento, o para los gastos desmesurados de las guerras, para la fortificación de ciudades, para salarios de los jefes y estipendios de los soldados y para cosas semejantes: en este caso, así como podría exigir dinero a los ciudadanos valiéndose de otros medios, así también podría valerse de éste, que a nosotros nos parece bastante adecuado, y libre de las molestias que suelen causarse a los ciudadanos en la exacción y recaudación de dinero por otros medios.

Por lo demás, cuando el príncipe tuviera asignadas por el pueblo adecuadas rentas, en ese caso el vender los cargos públicos sería una cosa tan ilícita, cuanto si los restantes magistrados, dotados suficientemente por el pueblo, extrajeran además a los ciudadanos cantidades de dinero, quienes incurrirían en el delito de peculado, según consta por todo el título *ad legem Iuliam peculatus*. Más aún, tratándose del príncipe, sería aún mucho más reprehensible, ya que según atestigua y canta elegantemente Juvenal en su Sátira 8.^a:

«Todo vicio del espíritu tanto más hace resaltar la maldad que en sí lleva, cuanto mayor se reputa la dignidad de quien falta».

Por esta misma causa es más reprehensible el vicio en los príncipes que en los demás, porque como la sombra sigue al cuerpo, del mismo modo el pueblo sigue las huellas y costumbres de su príncipe. Por lo que Claudiano cantó así:

«No son tan poderosos los decretos para sojuzgar las pasiones humanas, cuanto el ejemplo de los gobernantes. El tornadizo vulgo se cambia siempre a imitación del príncipe».

(1) Por la ley *si fideiussor*, §. *si necessaria*, Digesto, *qui satisdare cogantur*, extensamente comentada por Jaén; por la ley *necessarii*, Digesto, *de acquir. haereditate*; por la ley *si filius qui patri*, Digesto, *de vulg.* comentada por Socino; por la ley *ut gradatim*, Digesto, *de muner. et honor.*

Unde Cicero in epist. fami. ad Lent. Quales (inquit) in republica principes essent, tales reliquos solere esse cives. & Iuvenalis Satyra. xiiii. sic cecinit,

Sic natura iubet volocius & citius nos

Corumpunt vitiorum exempla domestica, magnis

Cum subeunt animos authoribus.

Id quod eleganter ut adsolet Cice. iii. de legibus depinxit.

Non tantum mali est peccare principes (quanquam est magnum per seipsum malum) quantum, illud, quod permulti etiam imitatores principum existunt: nam licet videre, quaecunque mutatio morum in principibus extiterit, eandem in populo sequutam. nobilium enim vita, victuq; mutato, mores, civitatis mutari solent: nec solum vitia concipiunt ipsi principes, sed ea infundunt in civitatem: neque obsunt, quod solum ipsi corrumpuntur, sed etiam quod corrumpunt, plusque exemplo, quam peccato nocent, pauci enim, atq; admodum pauci, honore, & gloria amplificati, vel corrumpere mores civitatis, vel corrigere possunt.

Sit ergo quoad istorum officiorum venditionem triplex conclusio, & inspectio. Nam aut princeps erat a populo sufficienter dotatus, aut minus sufficienter, aut dubitatur. Primo casu, talia officia vendere nequit. Secundo casu vendere potest usq; ad repletionem idoneam & non ultra: atque si quid superest id in usus publicos convertendum est. Tertio casu quando dubitatur, sit sufficienter dotatus necne, quaestio facti est, pendetque ex necessitatibus reipublicae & ex mensura reddituum regalium & aliis huiuscemodi inspectionibus, quas si mihi retuleris responsum dabo.

Por la misma razón, dice Cicerón en su carta familiar a Léntulo, que cuales fueran en una república los principales, así solían ser los restantes ciudadanos. Y Juvenal cantó así en su Sátira 14.^a:

«Es ley de la naturaleza el que con mayor presteza y facilidad nos corrompan los ejemplos domésticos, cuando se nos representan perpetrados por distinguidas personas».

Lo mismo que con la maestría que acostumbra nos describió Cicerón en el libro 3.^o de *legibus*:

«No es tan grande el mal que supone el pecado de los nobles (con ser en sí mismo grande), cuanto lo es el que existen numerosos imitadores suyos. Ya que nos es dado contemplar cómo cualquier mudanza de costumbres que en los grandes tenga lugar, tiene en seguida imitadores en el pueblo. Porque no bien cambia la vida y el porte de los nobles, suelen cambiar también las costumbres del pueblo. Los nobles no sólo dan cabida en su corazón a los vicios, sino que los infiltran en la ciudad. Y no causan perjuicios solamente por caer ellos mismos en corrupción, sino también por corromper a otros; más que con su pecado dañan con el ejemplo. Porque pocos hombres y aun reducidísimos ennoblecidos con honores y gloria pueden o corromper las costumbres de la ciudad o corregirlas».

Pues bien, en cuanto a la venta de dichos cargos públicos, vayan estas tres conclusiones y consideraciones: pues o el príncipe está suficientemente retribuido, o lo está con insuficiencia, o es dudoso. En el primer caso, no puede vender dichos cargos. En el segundo caso, puede venderlos pero sólo hasta completar una suma adecuada, y no en mayor cantidad, y si algo excediera de aquella suma, se ha de invertir en provecho público. En el tercer caso, cuando existe duda sobre si está suficientemente retribuido o no, es cuestión de hecho y depende de las necesidades públicas y de la cantidad de los réditos regios, y de otras consideraciones semejantes, que si me las hicieras presentes, te daría en concreto la respuesta.

De lo expuesto anteriormente aparece ya, si puede sostenerse la opinión de Santo Tomás en el opúsculo 21 a la Duquesa de Brabante (1), de Cayetano (2) y de Domingo

8.

(1) *Ubi supra*.

(2) En su *Summa* en la palabra *venalitas*.

8. Apparet ergo ex superioribus, an † tueri possit sententia divi Thomae ubi supra opusculo. xxi. ad Ducissam Brabantiae & Caietani in summa verb. venalitas & Domin. de Soto lib. iii. de iust. & iu. q. vi. art. iiii. qui in hac nostra specie scripserunt talem venditionem a principe posse fieri, non tamen expedire neq; decere, id quod re vera admittendum non est, longeque verius est data paritate terminorum, isthaes inter se minime differre: nam si princeps a populo satis abunde dotatus erat, aut forte plus satis, tunc non solum talia officia vendere, neque expediret neque deceret (ut sanctus Thom. & Caie. & Sotus admittunt), verum etiam ea vendere mero iure non liceret, ut supra ostendimus, id quod est contra sententiam ipsorum, qui in eo falluntur, quod existimabant principis tantam esse potestatem, quantam olim populi erat, quod omnino a iure alienum est, ut ultra supra dicta plenissime disseruimus supra c. i. cum seq. & c. xix. & c. xx. xxi. xxii.

Sed & si verum fuisset (quod verum minime est aut fuit unquam) quod populus Romanus lege regia omne suum imperium in principem ita contulisset, quod princeps non solum ad utilitatem, sed etiam ad populi laesionem ius & potestatem vitae (quod aiunt) & necis haberet. iuxta d. l. i. ff. de const. princ. male intellectam: adhuc tamen id ius ad reliquos totius orbis principes non porrigeretur, qui ad consulendum duntaxat, non etiam ad nocendum ius & potesta-

9. tem habere, viderentur. Aut & secundo princeps † non erat a populo sufficienter dotatus, & tunc longe diversum est: nam non solum talia officia vendere posset mero iure (id quod S. Tho. Caie. & Sotus admittunt) sed etiam ea vendere deceret, id quod ipsi non iure negant, quinimo etiam tunc ea vendere expediret, si forte alius modus colligendarum pecuniarum

Soto (1), quienes acerca de esta cuestión dejaron escrito, que el príncipe podía realizar tal venta, pero que no era conveniente ni decoroso; doctrina que en verdad no puede admitirse; y mucho más conforme a verdad es, dada la igualdad de los términos, que ninguna diferencia existe entre estas tres cosas. Porque si el príncipe estaba retribuido con suficiente largueza y tal vez con más que suficiencia, en tal caso no sólo no sería conveniente ni decoroso el vender tales cargos (cosa en que están acordes con nosotros Santo Tomás, Cayetano y Soto) sino que ni sería lícita su venta atendido el mero derecho, conforme antes hemos demostrado, afirmación esta última contraria a la opinión de dichos autores, quienes se equivocan en ésto, en juzgar que el poder del príncipe es igual al que anteriormente residía en el pueblo; doctrina completamente apartada del derecho, según dejamos tratado hasta la saciedad, al disertar sobre ésto anteriormente (2).

Pero aun suponiendo que fuera verdad (cosa que de ningún modo lo es, ni jamás lo ha sido) que el pueblo romano por una ley regia hubiera traspasado todo su poder a la persona del príncipe de tal suerte que el príncipe tuviera derecho y poder de vida y muerte (según se dice), no sólo para utilidad del pueblo sino también para su daño, conforme a la ley mal entendida del Digesto, ley 1.^a de *constitutionibus principum*, con todo no se extendería este derecho a los restantes príncipes de todo el orbe, quienes se consideran tener el derecho y poder exclusivamente para utilidad y de ningún modo para causar daño. O bien, en el segundo caso, el príncipe no estaba suficientemente retribuido por el pueblo, y entonces la cuestión es muy diversa; porque no sólo podría vender tales cargos atendido el mero derecho (cosa que también admiten Santo Tomás, Cayetano y Soto), sino que también sería decoroso el venderlos, lo que sin razón niegan tales autores; más aún, hasta sería conveniente en tal caso venderlos, si tal vez no se tenía a mano otro medio más adecuado, más cómodo y fácil de recaudar dinero, cosa que también niegan dichos autores, aunque injustamente.

9.

(1) *De iustitia et iure*, lib. 3.^o, cuest. 6.^a, art. 4.^o

(2) En el cap. 1.^o y siguientes; en los caps. 19, 20, 21 y 22.

idoneior aut commodior faciliore non adesset, id quod ipsi quoque, & non iure negant.

10. Tertius casus principalis est † in ducibus, comitibus, & marchionibus, qui in temporalibus recognoscunt superiorem, quales sunt in regnis Hispano, Lusitano, Galliçano, Neapolitano & in similibus: tunc ab eis talium officiorum venditionem fieri non posse, tenet & recte ipsemet Sotus ubi supra motus quia istis dominis non incumbit subvenire aut consulere publicis suorum populorum necessitatibus, quae ratio revera nulla est, quam ipse nec probat, nec probare possibile erat. Nam si verum est (ut ipse Sotus ibi adfirmat) eos esse veros suorum populorum dominos (idque nos in praesentiarum nec probamus nec improbamus) illinc plane sequeretur eorum populorum tuitio, defensio, custodia, providentia ad eos spectare, non secus quam ad regem regalium populorum protectio: sicque utroque casu par ratio esset & consequenter idem ius. l. illud. ff. ad legem Aqu. quinimo & si tales domini solam iurisdictionem ordinariam habere dicerentur (id quod tutius est & vero proximius) rex autem supremam, adhuc idem esset, nam ad supremum qui de causa appellationis cognoscit, pertinet declarare bene vel male ab ordinario iudicatum fuisse, & quo casu bene iudicatum fuit, ei executio remittenda est: ita quod si omnia recte & rite fiant ab iudice ordinario, ab eius iurisdictione & imperio nihil omnino eximitur. l. eos in principio cum ibi not. per glo. & doct. C. de appell. ergo cum publicis necessitatibus consulere, providere, & subvenire boni principis aut boni magistratus, sit, superest, ut ad tales necessitates subveniendas ordinarius magistratus possit talia officia vendere, quandoquidem omnia ea facere potest & debet, quae ad bonam

El tercer caso principal es tratándose de duques, condes, 10.
marqueses, todos los cuales reconocen superior en lo temporal, como acontece en los reinos de España, Portugal, Francia, Nápoles y en otros semejantes. En este caso el mismo Soto defiende (1), acertadamente en verdad, que dichos nobles no pueden efectuar la venta de tales cargos, movido por la razón de que a estos señores no les incumbe el remediar o el mirar por las públicas necesidades de sus pueblos. Argumento en verdad de ningún peso, que ni prueba Soto, ni era posible el probarlo; porque si es verdad (según en dicho lugar afirma el mismo Soto) que son verdaderos señores de sus pueblos (cosa que al presente nosotros ni admitimos ni rechazamos), de tal principio manifiestamente se seguiría que la protección, defensa, custodia y cuidado de tales pueblos les correspondía a tales señores, con la misma razón que corresponde al rey la defensa de los pueblos de propiedad real. Por consiguiente, en uno y otro caso, existirá la misma razón y por tanto el mismo derecho (2). Más aún, en el supuesto de que se dijera que tales señores tenían solamente jurisdicción ordinaria (lo que es desde luego más fundado y más conforme a verdad) y el rey en cambio la suprema jurisdicción, aún sería lo mismo, porque al juez supremo que entiende en la causa de apelación, le incumbe declarar, si la causa ha sido sentenciada bien o mal por el ordinario, y en el caso en que lo haya sido rectamente, la ejecución se ha de remitir al mismo ordinario; y así mientras el juez ejecute todas las cosas rectamente y con las formalidades dispuestas, nada en absoluto se exime de su jurisdicción y autoridad (3). Siendo, pues, propio del buen príncipe o del buen magistrado el atender y remediar las públicas necesidades, síguese que para poner remedio a tales necesidades, ha de tener facultad el magistrado ordinario para vender tales cargos, puesto que puede y debe realizar todas aquellas cosas que tienden al buen gobierno y cuidado de aquellos ciudadanos, hasta el punto de estar obligado (si así fuera preciso) a arrostrar hasta el peligro de la propia

(1) *Ubi supra*.

(2) Según la ley *illud*, Digesto, ltt. *ad legem Aquiliam*.

(3) Conforme a la ley *eos, in princ.*, Código, ltt. *de appellationibus* y a lo que sobre ella hacen constar la glosa y los doctores.

11. spectant gubernationem providentiamque eorum civium, adeo ut † pro ipsorum tutela etiam vitae periculum subire (si opus fuerit) teneatur, nedum curam & diligentiam adhibere, ut ex communi & vera opinione resolvit Hieronymus Cagnolus in. l. culpa caret, per tex. ibi. ff. de reg. iu. Felin. in c. quanto post glo. ibi de offi. delega. idem Felinus in c. i. col. ii. eod. tit. Cynus, Bar. & Bald. in. l. ii. ff. de noxal. Phil. Decius in. e. l. culpa caret, adeo ut tales domini terrarum, secundum opinionem Theologorum (teste Cagnolo ubi supra nu. 5. & 6) teneantur ad restitutionem, si non obstiterint damnis aut periculis populo imminentibus.

Quid dicendum? & sane huiuscemodi quaestio non tam iuris quam facti est, pendet enim illinc, utrum istis nobilibus incumbat ex sui principis vel populi concessione ius & potestas non solum iuris dicendi, sed etiam gubernandi; & etiam illinc, utrum plenam gubernandi habeant potestatem, an coangustatam, veluti si graviora forte reservata sunt regi aut populo. Nam si plenam haberent tam iurisdicendi quam gubernandi facultatem, hoc uno excepto quod ultima appellatio ad principem reservata esset, tunc in ipsis idem fere respondendum esset, quod in principe responsum fuit: ut si ipsi non essent satis abunde a civibus dotati ad publicas huiuscemodi necessitates subveniendas, tunc ex talium officiorum venditione possent pecunias colligere, non secus quam aliis quibuslibet idoneis modis, dummodo in publicum bonum eae pecuniae converterentur, nam eas sibi (etiam si minus sufficienter aut minus idoneis redditibus a civibus dotatus esset) assumere non liceret, & sibi imputandum, qui tale onus gubernandi assumpsisset illo stipendio conductus. l. nec emere. C. de iure delib. l. sicut ab initio. C. de act. & obligatio. praesertim, si in manu eius est illud

vida, en su defensa; cuánto más estará obligado a emplear en ello su cuidado y diligencia; como fundado en la común opinión lo resuelve Jerónimo Cagnolo (1), Felino (2), Cino, Bartolo y Baldo (3), y por fin Felipe Decio (4); hasta tal punto que, conforme a la opinión de los teólogos (según atestigua Cagnolo en el lugar citado, núms. 5 y 6) tales señores de pueblos están obligados a la restitución, si no hicieran frente a los daños y riesgos que amenazan al pueblo. 11.

¿Qué solución daremos? Ciertamente semejante cuestión no lo es tanto de derecho, cuanto de hecho; porque depende de ésto, de si a tales nobles les incumbe por concesión de su príncipe o del pueblo el derecho y la potestad no solamente de administrar justicia sino también de gobernar; como también de este otro punto, de si tienen un poder de gobernar perfecto o más bien restringido, como si por ejemplo el rey o el pueblo se reservaran para sí los asuntos más graves. Porque si tuviera completa facultad tanto para administrar justicia cuanto para gobernar, con esta sola excepción de que la apelación en último recurso estuviera reservada al príncipe, en tal caso daríamos casi la misma solución tratándose de estos nobles que dimos al tratar del príncipe; de suerte que si dichos señores no estuvieran suficientemente retribuídos para poder poner remedio a semejantes necesidades públicas, entonces podrían recaudar dinero de la venta de tales empleos, al igual que por cualquier otro modo adecuado, siempre que tales sumas de dinero se inviertan en el público provecho; porque de ningún modo le sería lícito el tomarlo para sí (aun en el supuesto de no estar retribuído por los ciudadanos suficientemente o gozar de rentas escasas), y se ha de culpar a sí mismo de haber tomado sobre sí aquella carga de gobernar recompensado con escasa retribución (5); principalmente si está en su mano, como casi siempre sucede, el renunciar a tal cargo; mas si

(1) En el texto de sus comentarios sobre la ley *culpa caret*, Digesto, de *regulis iuris*.

(2) En el cap. *quando post. glos. de offic. delegati* y en el cap. 1.º, col. 2.ª, del mismo título.

(3) Los tres al comentar la ley 2.ª del Digesto, en el tít. de *noxalibus*.

(4) Sobre la ley citada *culpa caret*.

(5) Conforme a la ley *nec emere* del Código, de *iure delib.* y a la ley *sicut ab initio*, Código, tít. de *action. et obligationibus*.

missum facere, ut plerunque est, quod si etiam ad eas publicas necessitates satis idoneis redditibus dotatus esset, tunc nec talia officia vendere, nec per alium modum pecunias a civibus colligere posset. Caeterum si gubernandi onus ad eum non spectabat, vel is casus aut necessitas de qua agebatur ad eius curam non spectabat, tunc ad eam necessitatem subveniendam talia officia vendere non posset, non magis quam aliud pecuniarum colligendarum genus exercere.

12. Denique † in quibus casibus huiusmodi officia, (sive illa forte sint scriptoriae sive praetoriae) diximus posse vendi, id saltem in praetoriis sub duobus demum temperamentis admitendum esset: primum, ut emptor non admitteretur, nisi per examen hac de re factum, vel aliunde verosimiliter appareret idoneus ad talem honorem gerendum, munusque illud exercendum: sicque nec turpem aut vilissimum admitterem etiam peritum, nec honestum virum si imperitus aut alias minus idoneus esset. Alterum est, ut tales venditiones hoc est militiae vel officia nec essent ad haeredes transmissibiles, nec etiam inter vivos alienabiles, nisi forte sub eodem examine si appareret idoneus is in quem fieret talis inter vivos vel in ultima voluntate translatio, quod ultimum in specie tenet ipse Dominicus Sotus ubi supra. Istorum ratio ea est, quia ad tales praetorias & magistratus eligitur industria personae: l. inter artifices. ff. de solu. authent. ut iudices sine quoquo suffra. per totum, adeo ut non sufficiat aut vix sufficiat idoneum aut dignum eligere siquidem magis idoneus aut dignior in promptu est, ut tenere videntur aut saltem sentire Dominicus Sotus ubi supra, sanctus Tho. opusculo. xxi. ad Ducissam Brab. Caietanus in. d. summa

estuviera suficientemente dotado con adecuadas rentas aun para atender a aquellas públicas necesidades, entonces ni tiene facultad para vender tales cargos, ni para exigir dinero a los ciudadanos por otro medio cualquiera. Por lo demás, si no le incumbía a él el peso de gobernar, o si la desgracia o necesidad de que se trataba, no era de las que correspondían a su cuidado, no podría entonces vender dichos cargos para remediar aquella necesidad, del mismo modo que no podría poner en práctica otro recurso para recaudar dinero.

Finalmente, en aquellos casos en los que dijimos poderse vender los cargos (ya sean éstos militares, o cargos civiles), ésto se ha de admitir bajo dos condiciones, por lo menos en lo que hace a los cargos públicos: la primera, que no se admitiera a nadie como comprador, a no ser que por un examen realizado sobre el particular o por otros medios apareciera verosímilmente idóneo, para ocupar aquel honroso puesto y desempeñar aquel cargo; por esta razón no admitiría para él a un hombre vicioso o vil aunque fuera competente, ni por el contrario, a un hombre honrado pero inhábil, o menos adecuado por otras causas. La segunda, es que tales ventas, esto es, de cargos militares o públicos, ni puedan transmitirse a los herederos, ni tampoco ser enajenables en vida, a no ser que sometido al examen dicho, apareciera apto, aquel a quien se hace dicha transmisión *inter vivos*, o bien en testamento; doctrina esta última que expresamente sostiene el mismo Domingo Soto en el lugar citado. La razón de tales afirmaciones es que lo que se busca para tales *pretorias* [regimientos] o magistraturas es precisamente la habilidad de la persona (1), hasta el punto que no es suficiente o apenas lo es, el elegir a una persona apta o digna, en el supuesto de que haya a mano otra más apta o más digna, según parecen sostener, o por lo menos sentir, Domingo Soto (2), Santo Tomás (3) y Cayetano (4); de tal modo, sin embargo, que se repute precisamente como apto aquel en quien concurren estas dos cosas: primeramente, la honradez, y en segundo lugar, la maestría y des-

12.

13.

(1) Según la ley *inter artifices*, Digesto, de *solutionibus* y la *authent. ut iudices sine quoquo supra*. por todo él.

(2) En el lugar citado.

(3) Opúsculo 21, a la Duquesa de Brébante.

(4) En la citada *Summa* en la palabra *venalitas*.

13. verb. venalitas, ita tamen ut ille † demum idoneus existimetur in quo sit concursus duorum, primum probitatis, alterum peritiae & dexteritatis: quod ultimum Sotus ubi supra ita depinxit, non solum (inquit) praeter morum honestatem, scientia, prudentia, solertia, atq; in primis animi robur necessaria sunt ei, qui sessurus est iudex, verum etiam expedit nonnunquam eum, qui non est tam ornatis moribus alteri, qui illis abundat anteferri propter alias dotes, quibus praeditus est ad regendum accommodas.
14. Simillimum est, † quod in conferendis ecclesiasticis dignitatibus aut beneficiis eadem omnino (atq; id exactius) considerata sunt, adeo ut dignum eligere non sufficiat, si dignior in promptu est, quod tamen ita accipiendum est, ut digni electio & si dignior sit praetermissus valere non desinat mero iure, peccat tamen elector, qui dignioris conscius erat, haec videtur esse communis opin. tam theologorum quam iurisconsultorum ut per egregium Dominicum Sotum lib. iii. de iust. & iu. q. vi. art. ii. sanctus Thomas. ii. ii. q. lxiii. art. ii. idem S. Thom. in quodlib. q. vi. & rursum. quaest. viii. Alex. de Ales. par. secunda quaest. cxxxvi. membro. ii. Nicolaus de Lira super Ioan. xxi. Henricus & Goffredus in suis quodlib. Hadrianus postea summus Pontifex in materia restitutionis, & Maior. in iii. distinctio. vigesimaquarta quaest. octava & quaestio. nona.
15. Facit, nam forma electionis haec est, Dilectissime, & si es hodie cras non eris per Patrem & Filium & Spiritum Sanctum adiuramus te & in virtute conscientiae & sub periculo animae tuae dic nobis quis utilior videatur. Perpende non dixit quis utilis, sed quis utilior, ita habetur in c. constitutus. ii. de appell.

treza. Esto último así lo trató Soto en el lugar citado: no sólo, dice, le son necesarias a quien ha de desempeñar el cargo de juez, además de la pureza de costumbres, la ciencia, la prudencia, la perspicacia y antes que nada la fortaleza de ánimo, sino que también es conveniente a veces, en razón de otras dotes de que está revestido aptas para gobernar, el anteponer una persona no tan señalada por sus costumbres, a otra de vida inmaculada.

Cuestión muy semejante es la que tiene lugar en la concesión de beneficios y dignidades eclesiásticas, donde deben tenerse presentes en absoluto las mismas cosas (aunque aquí con más exactitud), hasta el punto de no ser suficiente el elegir a una persona digna, cuando se tiene a mano otra más digna; lo que, sin embargo, se ha de entender así: que la elección de una persona digna, aun cuando se haya dejado a un lado a otra más digna, no deja de ser válida en puro derecho, si bien peca el elector que tenía conocimiento de otra persona más digna. Tal parece ser la común opinión de teólogos y jurisconsultos, como según el testimonio de Domingo Soto (1), lo defienden Santo Tomás (2), Alejandro de Ales (3), Nicolás de Lira (4), Enrique y Gofredo (5), Adriano, después Sumo Pontífice (6) y Maironio (7).

Prueba lo mismo la forma de la elección que es ésta: «Delectisimo, que si bien hoy vives, no vivirás mañana; te conjuramos por el Padre y el Hijo y el Espíritu Santo, y en virtud de tu conciencia, y bajo el riesgo de tu propia alma, nos manifiestes quien te parece más útil». Y considera atentamente que no dijo, quien te parezca útil, sino quien más

14.

15.

(1) *De iust. et iure*, lib. 3.º, cuest. 6.ª, art. 2.º

(2) *Secunda secundae*, cuest. 65, art. 2.º y también *in quodlibet*, cuest. 6.ª y de nuevo en la cuest. 8.ª

(3) *Part. 2.ª*, cuest. 156, *membro 2.º*

(4) Sobre San Juan, cap. 21.

(5) En sus *quodlibet*.

(6) En el tratado sobre la restitución.

(7) En el lib. 4.º, distinc. 24, cuestiones 8.ª y 9.ª

- tradunt Hostiens. Anto. Butrius, Abbas, Siculus, & alii communiter relati per Nicolaum Boerium decisio. i. numero 32. vers. & debet talis adiuratio. Hanc receptiorem sententiam (non paucis tamen repugnantibus ac contendentibus dignum eligere sat esse) egregia ac naturali ratione tuetur ipse Dominicus Sotus, nam, inquit, antistites (iuxta illud Domini, *Gratis accepistis gratis date*) tenentur gratis conferre beneficia. Nec dubium est quin † is qui meliore posthabito quem in promptu habebat, beneficium confert minus digno, is gratis non dat, quia species lucri est de alieno largiri & beneficii debitorem sibi acquirere, adeo ut tale lucrum ita turpe reputetur quod furto annumeretur, textus egregius in. l. si pignore in princ. ff. de furtis, nec expedit dubitari quin verosimiliter nullum alium animum quam istiusmodi lucri faciendi habere possit aut videatur antistes, qui meliore posthabito minus digno tale confert beneficium; gratiam enim aut gratum ne dicam indebitum donum ei dare voluit de alieno, quo magis istius doni aut beneficii eum debitorem sibi facere & obstringeret; id quod non solum lucri sed etiam furti species esse intelligitur, ut d. l. si pignore. cui adde impietatis quoque vitium esse, peccat enim contra iustitiam distributivam edocentem pro meritis virtutum tales honores esse deputatos & esse conferendos. Unde iniquitas non in eo duntaxat est, quod praemio & emolumento dignior ille defraudatur, sed etiam in eo impietas est, quod eius honor & decus laeditur: etenim secundum mores hominum iuxta modum aut mensuram dignitatum quibus decoratus est, aut honorum quos gerit unusquisque, vulgo magis aut minus dignus iudicatur. Unde fieri non potest, quod princeps si posthabito digniore minus digno isthaec conferat, digniorem illum non solum debito praemio & emolumento defraudare, sed etiam

útil; así consta en el capítulo *constitutus 2.º de appellationibus* y lo enseñan el Hostiense, Antonio Butrio, el Abad Siciliense y generalmente otros autores citados por Nicolás Boërio (1). Esta opinión más admitida por los autores (si bien no son pocos los que la impugnan pretendiendo ser suficiente el elegir a persona digna) la defiende el mismo Domingo Soto con un argumento notable y de razón natural; porque dice: los prelados (conforme a aquel precepto del Señor, graciosamente habéis recibido, dad también graciosamente) están obligados a conferir de balde los beneficios. Ni cabe dudar que quien confiere un beneficio a persona menos digna, dando de lado a otra más digna que tenía a mano, éste no da graciosamente; porque es una especie de lucro el ser liberal repartidor de lo ajeno y adquirir para sí un deudor de beneficio, hasta el punto que dicho lucro de tal modo se reputa reprehensible, que se cuenta entre el hurto; existe sobre ésto un notable texto en la ley *si pignore*, al principio, Digesto, título *de furtis*; ni es posible dudar de que ninguna otra intención que la dicha de lucrarse, puede o se reputa tener el prelado, que pasando por alto a una persona más digna confiere dicho beneficio a otra menos digna; porque quiso otorgarle de lo ajeno un favor o un don grato por no decir indebido, para con más motivo hacerle y más fuertemente estrecharle como deudor suyo por este beneficio o regalo; lo que se reputa ser no sólo una especie de lucro sino también de hurto (2); a lo que se ha de añadir ser también un pecado de injusticia, pues peca contra la justicia distributiva que enseña, que tales honores se han de asignar y distribuir en razón de los méritos de las virtudes; por lo que la injusticia no estriba solamente en que se le ha usurpado al más digno aquel premio y beneficio, sino que además la maldad consiste en que al tal se le perjudica en su honor y reputación. Porque según el humano proceder, vulgarmente se juzga a cada uno más o menos digno en la proporción y medida de las dignidades con que ha sido enaltecido o de los cargos honoríficos que desempeña; por consiguiente no puede menos de suceder, que si el príncipe posponiendo al más digno, otorga estas distinciones a

16.

(1) Decisión 1.ª, núm. 32, versic. *et debet talis adiutorio*.

(2) Según la citada ley *si pignore*.

eius decus & honorem laedere, intelligatur. Eacitque praeterea contra iustitiam commutativam, quae suadet tutorum aut administratorum custodumve non mediocrem tantum, sed etiam optimum reipublicae accommodandum esse; si is vel in promptu sit, vel rationabili diligentia reperiri potest: cuius contrarium reipublicae noxium vehementer est. Quae omnes rationes, quas commemorati patres luculenter ecclesiasticis accommodare videntur, profanis vero non ita aperte, dubium non est quin ad saecularia quoque pertineant, praesertim cum omnis principatus meram civium non etiam regentium utilitatem intueatur, ut c. superiore fuse ostendimus. Sicque etiam in saecularibus officiis & dignitatibus conferendis tenendum est non sufficere eligere dignum, quoties dignior in promptu est, intellige non sufficere quin peccet elector, sufficit tamen quoad hoc ut valeat mero iure collatio aut electio, ut supra ostendimus.

- Stat ergo ex superioribus officia publica etiam ob publicam necessitatem vendi non posse, si habeant iurisdictionem, nisi idoneis ad eam iurisdictionem exercendam: hoc primo. Item vendi ita non posse, ut transeant ad haeredes, aut etiam ut inter vivos possint alienari, id quod nominatim tenet Dominicus Sotus d. art. iiii. ad finem. Quod nos sub hoc
17. temperamento admittimus, ut † procedat quandiu non constet illum successorem esse idoneum. Caeterum postquam id constiterit, vel si id constaret, talem translationem admittere fas esset. Movetur doctiss. Sotus eo quod munus eligendi senatores ad regis electionem pertinet, quod munus ei ademptum videretur, si tales alienationes essent transitoriae ad successores universales, vel singulares ementis; quae ratio (iudice me) debilis est, omnia enim censentur permissa, quae non reperiuntur expressim prohibita. l. necnon. §. quod

otro menos digno, no sólo se juzga que priva de la debida recompensa y provecho a quien era más digno, sino también que menoscaba su fama y reputación. Procede también contra la justicia conmutativa que aconseja que a la república se la haya de proporcionar no sólo el mediano, sino también el mejor de los defensores, o administradores o guardianes; si éste o se tiene a mano, o puede hallarse fácilmente con una diligencia razonable; ya que lo contrario perjudica gravemente a la república. Todas estas razones que los referidos padres parecen aplicar elegantemente a los beneficios eclesiásticos, pero no tan claramente a los cargos profanos, no cabe duda que deben referirse también a las dignidades seculares, principalmente encaminándose toda supremacía a la exclusiva utilidad de los ciudadanos y no de los gobernantes, según largamente hemos demostrado en anterior capítulo; y por tanto hemos de sostener que aun en el otorgar los cargos y dignidades seculares, no es suficiente el elegir a uno digno, cuando se tiene a mano otro más digno. Se ha de entender no ser suficiente para excusar de pecado al elector, aunque sí lo es, sin embargo, para que la elección y concesión sea válida atendido pura y simplemente el derecho, según arriba hemos demostrado.

Queda, pues, asentado por todo lo anterior, que los cargos públicos si llevan aneja jurisdicción, no pueden venderse aun a causa de pública necesidad, sino a personas aptas para ejercer aquella jurisdicción; esto en primer lugar. En segundo que no pueden venderse de tal modo que pasen a los herederos, como tampoco el que puedan enajenarse en vida, doctrina así defendida por Domingo Soto (1), pero que nosotros admitimos con esta reserva, de ser verdadera mientras no conste que aquel sucesor sea idóneo; por lo demás, una vez que se haya hecho manifiesta su aptitud o si de ella nos constara, sería lícito admitir tal sucesión. La razón que al doctísimo Soto le mueve es, el que corresponde a la elección del rey el cargo de elegir los nobles y parecería que se le arrebatara este privilegio si dichas ventas pudieran transferirse a los herederos universales o particulares del comprador; argumento que (a mi juicio) es de poco peso, porque se reputan permitidas todas aquellas cosas que no aparecen

17.

(1) En el citado art. 4.º, al final.

eis. ff. ex quib. cau. maio. l. super statuas. C. de religios. nec alibi reperio id prohibitum esse aut unquam fuisse, & cum nisi ob publicam utilitatem tales alienationes fieri non posse, duxerimus; si id fieri publice utile sit, iam eo ipso permissum videbitur; quod obtineret quando in toto regno esset ea necessitas & sic in toto regno talis alienatio fieret. Deinde procedit etiam si in uno populo ea necessitas urgeret, tunc enim ad salutem & tutelam illius populi id fieri liceret, si rex, ut dixi, non haberet aliunde, unde id faceret: nec adesset alius modus commodior colligendarum hanc ad rem pecuniarum.

Caeterum si communis esset necessitas aut periculum omnium populorum regni aut quorundam, tunc ad omnium populorum tutelam non liceret tales magistratus cum clausula ut ad haeredes transirent ementis, vel ut transirent ad eorum singulares successores vendere, nam iure naturali incommoda cuiusq; rei iactura, damno aut impensa ipsius non etiam alterius reparanda sunt. l. secundum naturam ff. de reg. iur. sicque impium & iniurium esset, ut omnium populorum periculum damno unius aut alterius populi repararetur, praesertim si tale damnum & alienatio esset aeterna & sic irreparabilis, ut in capitibus praecedentibus plene attigimus, & aliquid infra lib. seq. in praecriptionis materia par. i.

18. Denique ex sententia ipsius Dominici videtur eas populorum seu oppidorum alienationes perpetuas, quas reges nostri quotidie faciunt licitas non esse, quum temporaliter tantum hoc est ad vitam duntaxat emptoris eas fieri liceret ipse scripserit, cuius verba ita habent. Hoc autem (inquit) est hic apprime considerandum, quod & si necessitas legis nescia principem quandoq; compulerit huiusmodi loca devendere, emptores tamen neque ullus alius, vendendi ius habent, esset

expresamente prohibidas (1); y en ninguna parte hallo estar ésto prohibido o haberlo estado jamás, y habiendo ya concluido antes, que no es lícito efectuar tales ventas sino en razón de la pública utilidad, si el ejecutar ésto redunde en provecho público, por ese mero hecho se reputará ya permitido, lo que tendría lugar cuando aquella necesidad alcanzase a todo el reino, y entonces en todo él tendría lugar dicha venta. En segundo lugar sucede también lo mismo, si aquella necesidad pesara sólo sobre un pueblo, porque en tal caso para remedio y defensa de aquel pueblo sería lícito ejecutar ésto, si el príncipe, como antes he dicho, no tuviera otros recursos con que atender a tal necesidad, ni tuviera a mano otro medio más a propósito de recaudar dinero para este fin.

Por lo demás, si la necesidad fuera común o el peligro de todos los pueblos del reino o de algunos de ellos, en tal caso no sería lícito para defensa de todos los pueblos el vender dichas magistraturas con la cláusula aneja de que pasaran a los herederos del comprador, o que pasaran a los sucesores particulares de éste; porque según el derecho natural los infortunios de cada cosa se han de reparar con el sacrificio, el daño y expensas de la misma, y no de otro (2); y sería inhumano e injusto el remediar el peligro de todos los pueblos, a costa del perjuicio de uno que otro pueblo, principalmente si tal daño y venta fuera para siempre y por tanto irreparable, según lo hemos tratado con toda extensión en capítulos precedentes, y tocaremos de paso más abajo en el libro siguiente (3).

Finalmente, conforme a la opinión del mismo Domingo 18.
Soto, parecen no ser lícitas aquellas enajenaciones perpetuas de pueblos o plazas fuertes que a diario efectúan nuestros reyes, puesto que él mismo había escrito ser sólo lícito efec-

(1) Según consta por la ley *necnon*, §. *quod eis*, Digesto, tít. *ex quibus caus. maior*. y por la ley *super statuas*, Código, tít. *de religiosis*.

(2) Según la ley *secundum naturam*, Digesto, tít. *de regulis iuris*.

(3) Al tratar acerca de la prescripción, parte 1.^a

enim hoc senatorum eligendi munus usurpare quod rex nemini committit; quae ratio re vera nulla est, nam illa verba quod rex id nemini committat, non tam potentiam quam consuetudinem aut usum regis denotant, at de illo sane quaestio erat, an rex id facere posset, non an soleret.

Sed & ipsa conclusio non minus suspecta est, nam cessante publica necessitate talia officia oppidorum, aut etiam oppida ipsa vendere nefas est: eadem autem urgente licitum est, ut iam ostendimus, & quamvis moderatius, temperantius & commodius sit ea oppida vendere, vel eorum officia publica seu magistratus, non in aeternum, sed ad vitam duntaxat ementis aut ad brevius etiam tempus si fieri posset, tamen si id commode fieri non posset, vel quod sic non invenitur emptor, vel minus pecuniarum sic colligeretur, quam ad praesentem eandemq; urgentem necessitatem opus erat, tunc etiam talem venditionem fieri perpetuo fas esset, per iura & rationes iam relatas, cum moderamine de quo supra, ut si communis necessitas erat communi iactura & aequa proportionabiliter reparetur, sin autem unius tantum populi periculum imminabat, tunc illius tantum iactura aut impensa id fiat, nisi forte unus populus ab hoste propter totum regnum adortus fuerat, tunc enim quasi res totius regni ageretur (praesertim si periculum erat, ne capto illo oppido reliqua quoque regni oppida hostis adoriretur) omnium populorum iactura & impensa ea res reparanda esset. Quasi iam communis causa ageretur; ut tamen si tunc aliquod oppidum alienaretur, postea communibus expensis redimatur, ne alias unius tantum populi iactura communis causa inique reparata videretur.

19. Constat enim apud nos Hispanos ingentem esse laesionem eorum civium, quorum oppidum alienatur, non solum eo

tuarlas temporalmente: es decir, sólo para mientras viviera el comprador; cuyas palabras son del tenor siguiente: se ha de considerar aquí, dice, con la mayor atención lo siguiente: que aunque la necesidad, libre de toda ley, forzara alguna vez al príncipe a vender semejantes lugares, ni los compradores, ni otra persona alguna, tienen el derecho de venderlos, ya que ésto sería usurpar el cargo de elegir nobles, que a nadie confía el rey. Argumento en verdad de ningún valor, porque aquellas palabras, que el rey a nadie confiere ésto, no tanto manifiestan el poder, cuanto la costumbre y práctica del rey; pero la cuestión versaba precisamente sobre ésto, si el rey tiene poder para efectuarlo, no acerca de si acostumbra a hacerlo.

Pero a la verdad no menos sospechosa es también la misma conclusión; porque al cesar la pública necesidad es ilícita la venta de tales cargos de los pueblos, como también la de los mismos pueblos. Mas urgiendo tal necesidad es lícita, según ya hemos demostrado. Y aunque sería más suave, más moderado y más conveniente el vender tales pueblos, o los cargos públicos de los mismos, o dignidades, no para siempre, sino para mientras viva el comprador, y hasta si fuera posible para plazo más corto, sin embargo, si ésto no pudiera realizarse fácilmente, o porque no se hallara comprador con tales condiciones, o porque así se adquiriría menor suma de dinero del que era necesario para remedio de la necesidad presente y a la vez apremiante, entonces será lícito el efectuar tal venta para siempre, conforme a las leyes y razones ya expuestas; con la reserva que arriba hicimos constar, de suerte que si la necesidad era común, se repare a costa del daño común y justo proporcionalmente distribuido; pero si el peligro amenazaba solamente a un pueblo, entonces se ejecute con sus solos gastos y sus solas expensas, a no ser que el enemigo hubiera atacado a un solo pueblo por causa de todo el reino, porque en tal caso como si se tratara de una cosa de todo el reino (principalmente si existía el peligro de que el enemigo una vez enseñoreado de aquel pueblo atacase a los restantes del reino), debería repararse aquel peligro a costa de los gastos y sacrificios de todos los pueblos, como si se tratase ya de una causa común; de suerte, sin embargo, que si entonces se vendiese algún pueblo, se redima después a expensas comunes, no

nomine quod ignominiosum sit in dominium vel subiectionem inferioris a rege transire cives ut dixi supra in praefatione; sed etiam eo nomine quod oppidorum sic alienatorum praedia, campi, domus, & similia continuo redduntur longe vilioris valoris & aestimationis. Iam ergo dubitari non oportet quin alienationes talium officiorum aut etiam ipsorum oppidorum a rege fieri ex necessaria causa fas sit, etiam in aeternum, praesertim si sibi reservet supremam iurisdictionem, & in eo tantum quaestio erit, quando ea necessaria causa urgeat, aut urgere videatur: id quod ex superioribus expendendum est.

20. Subdit † Doctissimus Sotus ubi supra sequentia verba, quod si quis (inquit) a rege facultatem suum locum transfereendi impetraverit, non explicando venditionem, arbitror sic peccare vendendo, ut ad restitutionem pretii teneatur: quia nemini fas est vendere, nisi regi. Quae ratio suspecta est, nam qua ex causa primaeva principis concessio iustificari potest, eadem ex causa sequens translatio potuit iustificari, ut supra ostendimus. & hanc ad rem princeps a reliquis magistratibus nihil differt, quinimo cum tales alienationes plerumque noxae sint, ipsi principi magis interdictae videntur, quam reliquis, sicque non est verum quod nemini fas sit vendere, nisi regi, quinimo regi, cessante necessitate magis nefandum esset quam reliquis, ipsa autem urgente (secundum superiorem declarationem) & ipsi & reliquis idq; facilius fas esset.

21. Subdit Doctissimus Sotus haec verba, ubi autem (inquit) rex eandem largiretur facultatem, cessaret restitutionis obligatio, non tamen ratio peccati, postquam venditio non fit in

sea que de otro modo parezca haberse reparado injustamente con el quebranto de un solo pueblo una causa común a todos.

Pues, es evidente entre nosotros los españoles, ser enorme el perjuicio de aquellos ciudadanos cuyo pueblo se enejena, no solamente por este motivo de ser ignominioso a los ciudadanos el pasar a la propiedad y sumisión de un señor inferior al rey, según he expuesto antes en la introducción, sino también por este título, que las fincas, campos, edificios y cosas semejantes de los pueblos así vendidos, pierden al instante muchísimo de su valor y estimación. Así, pues, no es ya posible dudar de que sea lícito el que por causa necesaria el rey efectúe la venta, aun para siempre, de tales cargos públicos, y aun de los mismos pueblos, principalmente si reserva para sí la suprema jurisdicción; la cuestión quedará sólo reducida a ésto, cuando urge o se considera urgir tal causa necesaria; lo que se ha de pesar con sumo cuidado por la anterior doctrina.

Añade a continuación el doctísimo Soto (1) las siguientes palabras: mas si alguno, dice, hubiese conseguido del rey la facultad de transferir un lugar propio, sin especificar la venta, soy de parecer que peca de tal modo, vendiéndolo, que queda obligado a la restitución del precio; porque a nadie le es lícita esta venta sino al rey. Mas esta razón es sospechosa; porque la causa que pudo justificar la primera cesión del rey, esa misma ha podido también justificar la siguiente traslación, conforme arriba hemos demostrado. Y en cuanto a este respecto en nada se diferencia el rey de los restantes magistrados; más aún, siendo como son casi siempre perjudiciales semejantes ventas, parecen estar más prohibidas al mismo príncipe que a los demás; por tanto, no es verdadero que a nadie, sino al rey, le sean lícitas tales ventas; más aún, al cesar tal necesidad sería mucho más vituperable en el rey que en los demás; pero urgiendo la necesidad tanto al rey, cuanto a los demás les sería lícito y a éstos con más facilidad (según nuestra anterior exposición).

Añade el doctísimo Soto estas palabras: mas cuando el rey otorgase tal facultad, cesaría la obligación de la restitución, pero no la razón del pecado, una vez que ya la venta

(1) *Ubi supra.*

bonum publicum. Sed re vera isthaec omnia suspecta sunt, nam aut rex licita ex causa id permisit, aut ex causa minus licita. Priore casu, sequuta venditione non solum cessat restitutionis obligatio, sed etiam peccatum omnino cessat. Posteriore autem casu, non solum peccatum adest, sed etiam praecisa obligatio restitutionis, ut patet per omnes titulos. ff. C. & insti. de lege Aquil. c. non dimittitur de reg. iur. in lib. vi.

22. Quoad quartum principalem articulum, utrum † defensores aut decuriones civitatum talia officia vendere possint, Doctissimus Dominicus ubi supra tenet quod non, quod verum est in plerisque Hispaniarum oppidis, quia eorum iurisdictio aut administratio ad hanc rem sese non extendit; sed ubi hanc ad rem eorum potestas sese extenderet, ibi id fieri ob utilitatem publicam liceret, non alias.

23. Eandem regulam † negativam tradit idem Sotus in episcopis & reliquis ecclesiasticis magistratibus, cuius rei veritas ex facto pendet, hoc est ab institutione eorum officiorum de quorum venditione agitur, secundum superiores rationes & distinctiones.

no se hace para el bien público. Pero a la verdad estas afirmaciones son sospechosas; porque o el rey lo permitió con causa lícita, o sin causa lícita. En el primer caso, realizada la venta, no sólo cesa la obligación de restituir, sino que cesa también en absoluto el pecado. En el segundo caso no sólo queda en pie el pecado, sino también la obligación estricta de restituir, según es manifiesto por todo el contexto de los títulos del Digesto, Código e Instituta de *lege Aquilia* (1).

Por lo que se refiere al punto cuarto principal, a saber si los defensores o decuriones de las ciudades pueden vender tales cargos públicos, el doctísimo Domingo Soto defiende que no les es lícito, lo que es verdad en la mayor parte de los pueblos de España, porque no se extiende hasta ésto su jurisdicción y gobierno; mas en los lugares en que su poder se extendiera hasta ésto, en ellos les sería lícito realizarlo en razón de la utilidad pública, pero no por otros motivos.

La misma regla negativa establece el mismo Soto tratándose de los obispos y demás autoridades eclesiásticas; pero la verdad de esta doctrina depende de la cuestión de hecho; ésto es, de la naturaleza de la institución de aquellos cargos de cuya venta se trata, conforme a las anteriores razones y distinciones.

(1) También por el cap. *non dimittitur*, de reg. iuris, lib. 6.º



CAPVT QVADRAGESIMVM QVARTVM

SUMMAE

1. *Leges an mero iure obligare incipiant ante earum promulgationem ardua. q.*
2. *Leges declaratoriae respiciunt etiam praeterita et obligant ante sui promulgationem.*
3. *Lex nova ante sui promulgationem non ligat etiam scientes, contra Sotum.*
4. *Leges novae noxiae sunt.*
5. *Lex contractus est, & contractus lex est.*
6. *Lex & mandatum aequantur in obligando.*
7. *Leges ante sui promulgationem non ligant etiam quoad contractus infirmandos, contra Doctores.*
8. *Matrimonium non infirmat lex nova ante promulgationem.*
9. *Lex nova privilegiorum revocatoria non ligat ante sui promulgationem.*
10. *Ius naturale obligat nos sine promulgatione, secus iure divino positivo.*
11. *Leges post promulgationem an teneant inculpabiliter ignorantes?*



ENTESIMO trigesimo nono, colligitur ex nostra principali conclusione, quid respondendum in illo egregio articulo, an † leges incipiant obligare saltem mero iure simul ac latae fuerint etiam ante sui promulgationem, an vero demum postquam promulgatae

1.

CAPÍTULO CUADRAGÉSIMOCUARTO

SUMARIO

- ¿Empiezan las leyes a obligar antes de su promulgación, en puro derecho? Cuestión ardua. 1.
- Las leyes declaratorias se extienden también a las cosas pasadas y obligan antes de ser promulgadas. 2.
- La ley nueva no obliga antes de su promulgación, ni aun a los que tienen de ella noticia: contra Soto. 3.
- El dar nuevas leyes es perjudicial. 4.
- La ley es un contrato y el contrato una ley. 5.
- La ley y el mandato se equiparan en cuanto a la obligación. 6.
- Las leyes antes de su promulgación no obligan ni aun en lo que se refiere a invalidar los contratos; contra algunos doctores. 7.
- Una ley nueva antes de su promulgación no invalida el matrimonio. 8.
- La ley nueva revocatoria de privilegios no obliga antes de su promulgación. 9.
- El derecho natural nos obliga sin promulgación, no así el derecho divino positivo. 10.
- Las leyes después de promulgadas ¿obligan a quienes las desconocen inculpablemente? 11.

1. Conclusión 139. De nuestra proposición principal dedúcese la respuesta que hemos de dar en aquella notable cuestión, si las leyes empiezan a obligar, a lo menos en puro derecho, tan pronto como han sido dadas, aun antes de su promulgación, o si solamente después que han sido promulgadas. En esta cuestión parece ser más admitida la opinión que defiende que no sólo no obligan ni a culpa, ni a pena

sint? Qua in re receptior opinio esse videtur, non solum ad culpam, vel ad poenam ante sui promulgationem non obligare, sed nec etiam mero iure. Ita tenent communiter doct. per tex. ibi in auth. ut factae novae constitutiones in prin. communiter doctores per tex. ibi in cap. in istis. 4. dist. communiter doctores per tex. ibi in l. leges sacratissimae. C. de legis. communiter doct. in c. adhaec per tex. ibi de postul. prael. communiter doctores per tex. ibi, in c. cognoscentes de consti. ubi plene per Panormi. post Anto. Butri. Ioannem Imol. & alios, Baldus plene, in d. l. leges, & hanc esse utriusque Iuris professorum receptam sententiam agnoscit doctissimus Theologorum Dominicus Sotus lib. 1. de Iust. & Iure. q. 1. arti. 4. tenet summus Theologus Alfonsus de Castro de potesta. legis poenalis. c. 1. ad finem vers. additur deinde, qui sic ait. Tanta est in statuenda lege publicationis necessitas, ut Deus ipse cui rerum est summa potestas, non possit lege positiva ab eo data citra eius publicationem aliquem ad ipsius observationem obligare, idem tenent divus Hieronymus & S. Ambrosius, & S. Augustinus quos ipse allegat.

Contrariam tamen partem novissime tenet nostrae tempestatis theologorum doctissimus Dominicus de Soto lib. i. q. i. art. iiii. de iust. & iure, qui contendit simul ac quaeque lex lata est, statim ligare mero iure cives, licet ad culpam aut ad poenam minime obliget ignorantes ignorantia tolerabili aut invincibili: motus quia inquit lex est commune praeceptum l. i. ff. de legibus. sicque omnes cives obligat, nullo dempto, nullaq; habita distinctione inter scientes & ignorantes, & quia simul ac me (inquit) aliquis certiore fecit de lege lata statim obligor ab ea aut constringor, & tamen nuntius ille non me obligavit, sed lex antea lata; ergo antea eram

antes de su promulgación, pero ni siquiera en mero derecho; así lo defienden comúnmente los doctores al comentar diversas disposiciones legales (1); así con toda extensión Baldo (2) y el más docto de los teólogos Domingo Soto reconoce ser esta opinión común entre los doctores de ambos derechos (3); defiéndela también el consumado teólogo Alfonso de Castro (4) quien se expresa así: es tan grande la necesidad de la publicación para el establecimiento de una ley, que el mismo Dios, en quien reside el sumo poder sobre las cosas, no puede al dar una ley positiva obligar a nadie a su cumplimiento antes de su publicación; lo mismo defienden San Jerónimo, San Ambrosio y San Agustín a quien cita el mismo Castro.

Sin embargo, la opinión contraria la defiende recientemente Domingo Soto, el más docto de los teólogos de nuestros tiempos (5), quien pretende que tan pronto como cualquier ley ha sido dada, al momento obliga ya a los ciudadanos en mero derecho, aunque a quienes la desconocen con ignorancia tolerable o invencible de ningún modo les obligue bajo culpa o bajo pena; muévele el que, según dice, la ley es un precepto común (6); y por tanto obliga a todos los ciudadanos, sin excluir a ninguno, y sin admitir distinción alguna entre quienes la conocen o los que la desconocen; y porque, según dice, no bien alguno me hizo saber haberse dado una ley, al punto quedo obligado y sujeto a ella, y sin embargo, no fué el mensajero quien me obligó sino la ley antes dada; luego antes estaba ya obligado aun mientras desconocía la ley dada. Pero no siendo lícito el apartarnos de las definiciones manifiestas de ambos derechos antes consignadas, (para omitir al presente la autoridad de nuestros doctores que con unánime sentir convienen en lo mismo) sólo nos

(1) Así en la *authent. ut factae novae constit.*, al principio; en el texto sobre el cap. *in istis*, dist. 4.^a, sobre la ley *leges sacratissimae* del Código, tít. *de legibus*; sobre el cap. *ad haec, de postul. prael.* y en el texto sobre el capítulo *cognoscentes, de constitutionibus* extensamente comentado por el Panormitano, siguiendo a Antonio Butrio, Juan de Imola y otros.

(2) Sobre la citada ley *leges*.

(3) *De iustitia et iure*, lib. 1.^o, cuest. 1.^a, art. 4.^o

(4) *De potestate legis poenalis*, cap. 1.^o, al final, vers. *additur deinde*.

(5) *De iustit. et iure*, lib. 1.^o, cuest. 1.^a, art. 4.^o

(6) Consta por la ley 1.^a, Digesto, *de legibus*.

obligatus etiam dum legem latam ignorabam. Sed cum ab aperlis utriusque iuris definitionibus supra relatis recedere nefas sit, (ut interim praetermittam auctoritatem nostrorum communi voto in idem consentientium) in eo tantum quaestio supererit quemadmodum ab his difficultatibus enodare nos possimus.

- Et sane quod uno tempore fiat dispositio, & in aliud tempus effectus eius conferatur, nec novum nec mirum est. l. i. l. quod sponsae. C. de dona. ante nup. l. in tempus. ff. de haer. inst. sicque hodie si fit lex eius tamen effectus ex sui-
met natura confertur in tempus quo quisq; civium legis noti-
tiam habere coepit, vel habere debebat, aut praesumebatur, quod est postquam praeteriit tempus hanc ad rem a legisla-
2. tore definitum. In regionum † enim plerisque mos esse solet, ut cum leges publicantur, tempus certum definiatur a quo in posterum & non antea obligare incipiant; sicque antea cives ea lege minime constringuntur, nisi forte fiat lex declara-
toria iuris iam statuti & recepti in qua plerunque nominatim solet declarari, ut praeterita quoque comprehendat & etiam praesentia, cuius rei ratio ea est, quod & si regulariter legis natura sit futuris, non etiam praeteritis dare formam negotiis. ut dd. iuribus, tamen fallit in legibus declaratoriis, quia qui declarat nihil denuo agit, sed quod actum iam erat detegit; non aliter atque si spicas excusseris frumenti, granaque antea occulta exinde prosiluerint apparereque coeperint; quo casu nihil granorum te fecisse verum, est sed ea tantum quae ibi inerant detegisse. l. adeo. §. cum quis ex aliena. ff. de acq. rerum dom. iuncta. l. haeredes palam. §. i. ff. de testa. facit. l. duo sunt Titii. ff. de testa. tut. sic ergo & in specie nostra, & si regulariter futura negocia leges intuean-
tur, non etiam praeterita, tamen cum sint non tam novi iuris

resta de esta cuestión este punto, cómo podremos desenredarnos de estas dificultades.

Y a la verdad que una disposición se dé en un tiempo, y sus efectos se diferan para otro tiempo, no es cosa nueva ni extraña (1); de este modo, si hoy se da una ley, se traslada sin embargo su efecto por su misma naturaleza al tiempo en que cada ciudadano comience a tener conocimiento de ella, o en que debía o se suponía tenerlo ya; lo que tiene lugar una vez transcurrido el tiempo señalado para este efecto por el legislador. Porque suele existir en la mayor parte de las regiones la costumbre de que cuando se publican leyes, se fije de antemano un tiempo determinado, desde el cual, y no antes, comiencen las leyes a obligar para adelante; y por tanto antes de ese tiempo los ciudadanos no están sujetos en modo alguno por aquella ley, a no ser que se trate de una ley declaratoria de un derecho ya establecido y admitido, en la cual se suele declarar expresamente en la mayor parte de los casos, que abarca también las cosas pasadas, y lo mismo las presentes; la razón de esta diferencia es la siguiente: porque si bien la naturaleza de la ley tiende generalmente a dar forma a las cosas venideras y no a las pasadas conforme a las citadas disposiciones, con todo no sucede así en las leyes declaratorias, porque quien sólo declara, nada nuevo introduce, sino sólo pone de manifiesto lo que ya se había ejecutado, no de otro modo que si agitaras unas espigas de trigo y saltaran de ellas los granos antes ocultos y empezaran a quedar a la vista; en cuyo caso es verdad no debérsete a tí ninguno de aquellos granos, sino sólo que has puesto de manifiesto los que en la espiga estaban encerrados (1). Lo mismo sucede, pues, en nuestra materia, que aunque regularmente las leyes fengan por blanco los sucesos futuros, y no los pasados, sin embargo cuando no tanto causan un nuevo derecho, cuanto lo declaran, pueden abarcar también los cosas pasadas: así por ejemplo existió en derecho una cuestión debatidísima

2.

(1) Así aparece por la ley 1.^a y por la ley *quod sponsae* del Código, tít. de *donation. ante nuptias* y por la ley *in tempus*, Digesto, tít. de *haered. institut.*

(2) Véase la ley *adeo*, §. *cum quis ex aliena*, Digesto, de *acquir. rerum dominio*, junto con la ley *haeredes palam*, §. 1.^o, Digesto, de *testamento*; es también a propósito la ley *duo sunt Titii*, Digesto, tít. de *testam. tutor.*

inductoriae quam declaratoriae etiam praeterita comprehendere possunt. Exempli gratia, in iure ingens quaestio erat in successione maioratus, utrum filius secundo genitus praeretur nepoti ex primo genito praemortuo, an contra; definivit Taurina lex quadraginta, nepotem praefendum patruo suo, ea lex quasi non tam novi iuris inductoria, quam declaratoria tantum, facile potuit praeteritos ad casus retrahi, sicque simul atque lata esset etiam ignorantes cives

3. comprehendere, non sic † si novi iuris inductoria esset, tunc enim nec ad praeterita regulariter referenda esset, nec in futurum antea obligare inciperet quam ad civium notitiam vel perveniret, vel pervenire deberet, aut praesumeretur: quod est post praeteritum tempus a legislatore definitum quod definire & solet & expedit secundum distantiam locorum, intra quod tempus illius legis notitiam habentes non magis (ut arbitror) legi obstringuntur quam reliqui, qui ipsius notitiam nullam habent, arg. d. l. i. d. l. quod sponsae. d. l. in tempus, quanvis contrarium & minus recte (iudice me) tenuerit Sotus ubi supra; moveor per. dd. leges, & rationes, sic enim par ius inter concives servatur, quod & aequissimum est iustitiae rectaeque rationi & iuris prudentiae consentaneum. l. cum oportet in princ. C. de bon. quae lib. l. illam. C. de coll. l. illud eod. fit. cum simil. Quid enim si iussit lex equos, aut arma, mancipia, frumenta, pecudes extra fines regni non vendere, semestrique tempore praeterito voluit cives obligari; certe periniquum & societati populari adversum esset, ut qui statim illius legis notitiam habuerint, ea illico obstringerentur, reliqui vero longe postea; sicque isti illico inciperent carere emolumento, quod ex talibus mercimoniis capiebant, reliqui vero concives huius rei ignari non carerent; ut interim omittam omni rationi & iuri esse

acerca de la sucesión del mayorazgo, sobre si sería preferido el hermano segundo, al nieto hijo del primogénito muerto antes de heredar, o lo contrario. La ley cuarenta de las de Toro definió que debía anteponerse el nieto a su tío; pues bien, dicha ley como no tanto es causante de un nuevo derecho, cuanto solamente declaratoria, fácilmente pudo retraerse a los casos pasados y por lo tanto no bien se hubiera dado, comprender aun a los ciudadanos que la desconocían; cosa diversa sería si causara un nuevo derecho; porque entonces ni habría de aplicarse generalmente a las cosas pasadas, ni empezaría a obligar en lo futuro hasta tanto que llegara a conocimiento de los ciudadanos, o debiera haber llegado o así se presumiera; lo que tiene lugar una vez transcurrido el tiempo fijado por el legislador, plazo que suele y es conveniente señalarlo tenida en cuenta la distancia de los lugares; y dentro de ese plazo (a mi juicio) cuantos tienen conocimiento de la ley no quedan por ella más obligados que los que no tienen noticia alguna de tal ley, según consta por varias leyes (1); aunque haya defendido lo contrario Soto (2), con poco acierto, a mi juicio. Me fundo en las citadas leyes y en la razón: porque de este modo se mantiene entre los ciudadanos igual derecho, lo cual por una parte es muy conforme a justicia y a la recta razón, y por otra está en perfecto acuerdo con la jurisprudencia (3).

Porque ¿qué diríamos si la ley ordenara que no se vendieran fuera de los límites del reino caballos, armas, siervos, cereales, ganados, y quiso que obligara a los ciudadanos, transcurrido el plazo de seis meses, ciertamente sería muy injusto y contrario a la sociedad popular el que quienes tuvieran al momento conocimiento de aquella ley, quedaran al punto ligados por ella; y los restantes, mucho después; y por tanto, los primeros empezaran al momento a verse privados de la ganancia que de tal mercadería percibían, mientras los restantes conciudadanos, desconocedores de esta ley, disfrutaran de dicha ganancia; aun pasando por alto de momento ser adverso, opuesto y contrario a toda razón y

(1) Por la ley 1.^a, por la ley *quod sponsae*, Código, *de donat. ante nupt.* y por la ley *in tempus* del Digesto.

(2) *Ubi supra*.

(3) Según la ley *cum oportet*, Código, *de bonis quae liberis*; la ley *illam*, Código, *de collation* y la ley *illud* del mismo título.

adversum, pugnans, contrarium ut scientes aut diligentes, sicque legis priores notitiam habentes per hoc sint deterioris conditionis quam reliqui, qui ipsius notitiam per imperitiam aut socordiam, vel ignaviam non habebant. arg. d. l. leges sacratissimae cum ibi not. C. de legi. l. ii. ff. de orig. iuris. ibi turpe est viro patritio ius in quo versatur ignorare. Hactenus quando lex fuit prohibitoria.

Quid si esset imperatrix? puta, iussit ut post semestre tempus nemini liceret sylvam suam aut montes suos stirpitus cedere, aut eradicare, quo magis provincia lignis abundaret: quod observari ab omnibus post praeteritum semestre tempus iussit: & tunc iisdem iuribus & rationibus dicendum est ante illud tempus scientes ea lege non teneri non magis quam ignorantes; postea vero omnes ex aequo teneri.

Quodque si lex esset permissoria? idem foret, puta erat prohibitum nequis venderet mancipia aut colonos etiam suorum agrorum neve renuntiaret paternae haereditati futurae, neve uxori donaret, neve filiofamili. mutuum daret, neve uxor dotis fideiussorem acciperet, aut fundum dotalem maritus alienaret. & similia de quibus per Bartolum in. l. si quis pro eo. ff. de fideiussor. nunc fit nova lex disponens isthaec omnia permitti post semestre tempus, certe tunc etiam is, qui statim illius legis notitiam haberet, non gauderet tali permissione ante illud tempus, postea tam ipse quam etiam illi gauderent qui eam legem ignorarent.

Quid si ea lex esset punitiva quia disposuit sic? qui damnum iniuria dederit, aut furtum fecerit, aut vulneraverit, falsumve commiserit, abhinc post praeteritum tempus semestre duplicatam poenam subeat, quam antea solebat imponi. & adhuc idem erit, nam taliter delinquentes intra tempus illud poenam tantum simplicem, non etiam illam

derecho el que los instruídos y cuidadosos y que como tales adquieren los primeros el conocimiento de la ley, sean por eso mismo de peor condición que los demás que, o por impericia, o bien por desidia o indolencia no tenían conocimiento de ella, como lo prueba la ley *leges sacratissimae* (1) y la ley 2.^a del título *de origine iuris* del Digesto, donde dice: es vergonzoso al hombre patricio el desconocer el derecho en que vive. Hasta aquí cuando la ley era prohibitiva.

¿Qué diríamos si fuera imperativa? Si, por ejemplo, la ley hubiera mandado que transcurrido el plazo de un semestre, a nadie le fuera lícito exterminar de cuajo o radicalmente sus bosques o montes con el fin de que la provincia fuera más rica en árboles, ordenando que todos la cumplimentaran pasado un semestre; también en este caso hemos de sostener, fundados en las mismas leyes y razones, que quienes tengan conocimiento de dicha ley antes de ese tiempo no quedan por ella obligados, al igual que quienes la desconocen; mas transcurrido el plazo todos quedan obligados por un igual.

¿Y si la ley fuera permisiva? La misma solución daríamos. Estaba prohibido, por ejemplo, el que nadie vendiese siervos o colonos aun de sus propios campos, o el que renunciase a la herencia futura paterna, o el que hiciera donaciones a la esposa, o el que hiciera préstamos a un hijo de familia, o el que la esposa recibiera fiador de la dote, o el que el marido enajenara alguna heredad perteneciente a la dote, y otras cosas semejantes, de las cuales trata Bartolomé [Socino] al comentar la ley *si quis pro eo* (2); más ahora se da una nueva ley disponiendo que después de seis meses todas estas cosas sean permitidas; pues bien, en éste caso aun quien tuviera noticia de aquella ley, no disfrutaría de aquella autorización antes de transcurrir dicho plazo, y después de él tanto éste como quienes desconocían aquella ley disfrutarían de ella.

Y ¿qué diríamos si la ley fuese penal por disponer lo siguiente: quien causare algún daño injustamente, o perpetrare hurto, o hiriese a otro, o cometiese falsedad, pasado un plazo de seis meses a contar desde este momento,

(1) Código, tít. *de legibus* con lo sobre ella anotado.

(2) Digesto, tít. *de fideiussoribus*

duplicatam subirent etiam si illius legis novae notitiam haberent; post praeteritum vero illud tempus eam duplicatam poenam subirent, non solum scientes, verum etiam illius legis ignari per eadem iura & rationes. Quae omnia obtinere intelligo etiam si expressum esset a legislatore id tempus statui ut ad omnium civium notitiam ea lex perveniret; adhuc enim interea illius legis conscii ea lege non obstringerentur, non magis quam ignari: sed demum postea & tunc tam conscii quam ignari: cum quia prohibita ad tempus post tempus censentur permissa, & e contra post tempus prohibita intra tempus non disponunt. l. cum praetor. ff. de iuditi. dicta. l. in tempus. dicta. l. quod sponsae. cum plene not. per Docto. in dictis locis, tum etiam quia legis virtus in quatuor concluditur, in imperando, vetando, permittendo, & puniendo l. legis virtus. ff. de legibus. & in omnibus his speciebus (ut constat ex exemplis iam relatis) plane edocti sumus, incivile, iniurium, iniquumque fore si intra tempus a legislatore definitum ea nova lege tenerentur scientes magis quam ignorantes, post tempus vero utrosque teneri ius esse: nisi forte etiam post tempus tam iusta & invincibilis esset alicuius ignorantia, ut ei quasi restitutionis, aut abolitionis, indulgentiaeve beneficio princeps vellet subvenire. argumen. per totum. ff. de aboli. l. prima. ff. de constitut. prin. in fine. §. sed & quod principi institut. de iur. natu.

Tenendo nostras & receptas sententias nihil ad rem pertinet, quod leges factae intelligantur ad bonum commune. l. prima. ff. de legibus c. erit autem lex. quarta distinc. sicq; videantur debere ligare etiam ante tempus in eis definitum eos, qui earum notitiam habuerint. Nam respondeo animum legislatoris talem esse videri qualem eius verba indicant. l. Labeo. ff. de supel. lega. verba autem eius significant post

incurrirá en doble pena de la que antes solía imponerse. Aun en este caso la solución será la misma, porque quienes cometieran tales delitos dentro de aquel tiempo, incurrirían solamente en la pena simple y no en la otra doble, aun en el supuesto de tener conocimiento de aquella ley nueva; mas después de pasado aquel tiempo incurrirían en aquella pena doble, no sólo quienes la conocían sino también quienes la ignoraban, conforme a las mismas leyes y razones. Todo lo dicho entiendo que tiene lugar, aun cuando el legislador hubiera declarado, que se fijaba dicho plazo de tiempo, para que dicha ley llegara a conocimiento de todos los ciudadanos; porque, aun así, durante ese tiempo quienes tenían conocimiento de la ley, no quedarían más ligados que los que la desconocían; sino precisamente después del plazo y entonces tanto los que la conocían como quienes la ignoraban: ya porque las cosas prohibidas para un plazo de tiempo, pasado éste se reputan permitidas, y por el contrario las prohibidas para después de cierto plazo, dentro de él no contienen disposición alguna (1), ya también porque la eficacia de la ley se encierra en estas cuatro cosas: en mandar, en prohibir, en permitir y en castigar (2); y en todos estos aspectos (según consta por los ejemplos ya aducidos) hemos visto manifestamente, que sería inhumano, injusto e inicuo, si dentro del tiempo señalado por el legislador quedaran más ligados por la nueva ley los que la conocían que los que la desconocían; pero que transcurrido el plazo era justo que ambos quedaran obligados, a no ser que aun después del plazo fuera tan justa o tan invencible la ignorancia de alguno, que el príncipe quisiera favorecerle con el beneficio de una como restitución, o abolición, o condescendencia (3).

Admitiendo estas conclusiones nuestras, tan seguidas por otros autores, ninguna dificultad ofrece el que las leyes se consideren hechas para el bien común (4), y por tanto

(1) Según la ley *cum praetor*, Digesto, tít. *de iudiciis*; la ley citada *in tempus* y la ley *quod sponsae* con lo que extensamente notan los doctores sobre tales lugares.

(2) Conforme a la ley *legis virtus*, Digesto, *de legibus*.

(3) Pruébese por todo el tít. *de abolitione* del Digesto; por la ley 1.^a del Digesto, tít. *de constitutionibus principum* al final y por el §. *sed et quod principi*, Instituta, *de iure naturali*.

(4) Según la ley 1.^a, Digesto, *de legibus* y el cap. *erit autem lex*, 4.^a dist.

tempus non antea eas leges debere subditos ligare, ergo & talem fuisse animum credendum est; quinimo intelligendum etiam eam novam legem, post illud demum tempus a legislatore definitum, & non antea utilem esse videri reipublicae; ideoque etiam mentaliter antea non obligare etiam scientes,

4. non magis quam ignorantes; praesertim † cum novas leges ferre non tam laudabile quam reprehensibile prudentioribus semper visum fuerit, teste Thucidide, qui ex prudentissimi Cleonis Atheniensis oratione sic scripsit. Melius (inquit) agitur cum republica, quae malis moribus constanter utitur quam cum ea quae bonis sed inconstanter.

5. Deniq; † lex cives obligat, non secus quam contractus quidam ideo lex & appellatur, & est contractus quidam. l. i. ff. de legibus verb. communis reipublicae sponsio (hoc est promissio ut. §. i. Inst. de verb. obl.) & contractus lex quoq; appellatur. l. legem quam C. de pact. l. contractus. ff. de reg. iu. l. i. §. si convenerit. ff. de positi. dixi plene de succ. progressu in praef. ad prin. unde ut si tecum facerem contractum, ita ut post tempus obligaremur invicem, antea minime teneremur, ut iam ostendimus; ita & per legem ita factam antea non obligamur. Nec ad rem pertinet quod legem possimus ignorare, contractum autem nostrum non videamur posse ignorare, nam imo possumus. Quid enim
6. † si per servum aut filium institorem, aut per mandatarium, aut per procuratorem generalem obligemur, ut per totos titulos. ff. & C. & Inst. de instit. act. & ff. & C. & Inst. quod cum eo, cum simi. & de procur. & mand, nonne possumus

que parezca, deber obligar aún antes del tiempo en ellas señalado, a quienes tuvieran conocimiento de ellas. Porque respondo: que la intención del legislador no parece ser otra que la que dan a entender las palabras (1); ahora bien, sus palabras declaran que aquellas leyes deben obligar a los súbditos después de cierto tiempo y no antes, luego hemos de creer que esta misma ha sido su intención; más aún, hemos de comprender también, que aquella nueva ley se considera ser útil a la república precisamente después del plazo señalado por el legislador y no antes; por lo tanto aun considerado el espíritu de la ley no obliga antes de tal plazo a quienes la conocen, del mismo modo que no obliga a quienes la ignoran. Principalmente cuando siempre ha sido parecer de los más prudentes el que, el establecer nuevas leyes, no es tanto merecedor de alabanza, cuanto de reprehensión, según el testimonio de Tucídides quien, como consta por el discurso del prudentísimo ateniense Cleón, escribió esto: mejor se puede proceder, dice, en una república que está dotada de malas costumbres, pero constantes, que en otra de buenas, pero inconstantes.

4.

Finalmente, la ley obliga a los ciudadanos no de otro modo que un cierto contrato, por eso la ley se llama y lo es en realidad, una especie de contrato (2), así como también el contrato se llama ley, según consta por varias disposiciones (3), y conforme lo hemos expuesto extensamente en la introducción de la obra *de Succes. progressu*; por lo tanto, así como si hiciera contigo un contrato de modo que mutuamente quedáramos obligados después de cierto tiempo, antes de él de ninguna manera estaríamos obligados, según ya hemos demostrado, del mismo modo tampoco quedamos obligados por la ley dada en esa forma, antes del tiempo señalado. Ni hace al caso el que la ley podamos desconocerla; ignorancia que no parece ser posible tratándose de un contrato nuestro; antes bien es posible.

5.

Porque ¿qué diríamos si nos obligáramos por medio de

6.

(1) Según la ley *Labeo*, Digesto, tít. *de supell. lega*.

(2) Conforme a la ley 1.^a, Digesto, *de legibus* en las palabras *communis reipublicae sponsio* (esto es *promissio* según el §. 1.^o de la Instituta *de verb. obligat.*).

(3) Por la ley *legem quam*, Código, *de pactis*; por la ley *contractus* del Digesto, tít. *de regulis iuris*; por la ley 1.^a, §. *si convenerit*, Digesto, *depositi*.

ignorare contractus, & nihilominus obligamur? dicet quis iam eo ipso quod mandatum dedisti, scire videris quod vel huic futuro eventui & periculo te committere vis, sed replicabo, eo ipso quod sub principe vel republica vivere volumus, videmur velle nos eis mandatum ad tales leges ferendas dare l. i. ff. de const. prin. d. §. sed & quod principi inst. de iure nat. idq; mandatum nostrum nostraque commissio nos obligat, sponteq; nostra legibus etiam poenalibus ideo dicimur obligari. l. imperatores. ff. de iure fisci. ibi tute huic poenae subdidisti. l. fin. C. ad leg. lul. maiest. ergo ut si procurator meus (iuxta formam mandati, vel non egressus formam mandati) me post tempus & non antea obligatum voluit, tunc demum & non antea obligabor; ita & legislator si me post tempus, & non antea obligatum voluit, tunc demum & non antea tenebor. Verum ut si procurator habens ad hoc mandatum me pure obligatum & statim voluit, statim etiam ignorans obligabor, ita & legislator si me statim obligatum voluit, statim etiam ignorans nedum sciens tenebor, dummodo is non egrediatur terminos mandati, hoc est imperii & iurisdictionis sibi datae. Terminus autem mandati & imperii sibi commissi is esse videtur, ut prosit, non ut obsit ut supra c. praec. & plenius supra cap. i. cum seq. in nostra princ. concl. disseruimus: ergo si is vellet ut leges novi iuris inductivae praesertim poenales obligarent ignorantes, plane terminos mandati & imperii sibi commissi videretur egredi: caeterum si vellet ut leges novae iuris tamen veteris declaratoriae etiam ignorantes obligarent, nihil iniurium aut noxium fecisse videretur, sicq; terminos imperii sibi commissi minime videretur egredi, secundum quod supra exposuimus, quae omnia nota, quia nullus unquam in cuius scripta inciderim ita attingit, nec etiam proxime accessit.

un siervo, de un hijo como administrador o por un mandatario, o por un procurador general, según consta por todo el título de *institoria actione* del Digesto, Código e Instituta (1), ¿no podemos acaso desconocer los contratos y sin embargo estar obligados? Objetará alguno, ya por el mero hecho de haber otorgado el mandato, parece tener ya conocimiento de que quieres arrostrar este suceso o peligro futuro; pero replicaré yo, también por el mero hecho de querer vivir bajo un príncipe o república, parecemos mostrar nuestra voluntad de darle un mandato para que establezca tales leyes (2); y este nuestro mandato y comisión nos obliga, y por eso se dice que por nuestra voluntad estamos obligados a las leyes aun a las penales (3). Luego, así como si mi procurador (conforme a la forma del mandato o sin salirse de la forma del mandato) convino el que yo quedara obligado después de cierto tiempo y no antes, quedaré obligado en el tiempo fijado y no con antelación; del mismo modo si el legislador quiso obligarme, transcurrido cierto plazo y no antes, quedaré justamente obligado no antes de que se cumpla, sino una vez transcurrido. Mas así como si mi procurador, teniendo para ello mandato, quiso simplemente obligarme y al momento, quedaré al punto obligado, aun ignorándolo, así también si el legislador quiso obligarme al momento, al punto quedaré sujeto no sólo sabiéndolo sino aun ignorándolo, siempre que éste no exceda los límites del mandato, esto es del poder y jurisdicción que se le ha otorgado; y los límites del mandato y del poder concedido parecen ser éstos: que sea provechoso no perjudicial a los ciudadanos, conforme lo hemos tratado arriba en el capítulo precedente, y con más detenimiento en el capítulo 1.º y siguientes en nuestra conclusión fundamental; así, pues, si el legislador quisiera que las leyes causativas de nuevo derecho, principalmente si son penales, obligaran a quienes las desconocen, parecería traspasar

(1) Como también en el tít. *quod cum eo* del Código, Digesto e Instituta con otros semejantes como en el tít. *de procuratoribus* y en el *de mandatis*.

(2) Consta por la ley 1.ª, Código. *de iustit. principum* y por el §. *sed et quod principi*, Instituta, *de iure naturali*.

(3) Consta por la ley *imperatores*, Digesto, tít. *de iure fisci* en las palabras «tú mismo te sometiste a esta pena» y por la ley final del Código, tít. *ad legem lul. maiest.*

7. Ex superioribus apparebit, an vera † sit sententia Panor. in. d. c. cognoscentes & Domin. de Soto ubi supra existimantium legem regulariter obligare, vel valere statim etiam quoad ignorantes, & ante sui promulgationem, quoad invalidandos vel rescindendos contractus: unde verosimiliter responsuros credendum est (id quod in simili etiam responderunt) quod si lex a rege nostro fieret ita: Non valeat ullus contractus sine insinuatione, aut non valeat mulieris contractus sine interventu duorum consanguineorum, aut non valeat contractus adultorum ipso iure curatore carentium, aut non valeat contractus uxoris inscio marito initus, tales leges & similes etiam ante sui promulgationem tenerent cives, & consequenter & statim & etiam ab ignorantibus initos contractus infirmos redederent.

Quae omnia & similia omnino repudianda sunt, primum quod aperte noxia essent, & consequenter egredi viderentur terminos mandati & imperii principi a populo commissi: deinde quia contra naturam legum novarum regulariter est praeterita intueri, sed tantum futuris dare formam negotiis:

8. at in matrimonii † contractu quia postquam semel celebratus est, non potest sine laesione alterius vel forte utriusq; dissolvi, bene agnoscit ipse Sotus, ubi supra, talem legem a Pontifice vel a concilio etiam latam non ligare, nisi post
9. tempus promulgationis, qui etiam agnoscit, leges † novas privilegiorum revocatorias non ligare, nisi demum a tempore promulgationis, hoc est, post tempus a legislatore definitum, quale esset (inquit) dum indulgentiae revocantur, aut suspenduntur: tunc enim in suo robore permanent, donec in

abiertamente los límites del mandato y poder a él confiado; por lo demás, si quisiera que leyes nuevas, pero que son sin embargo declaratorias de un derecho antiguo, obligaran aun a quienes las desconocen, no parecería haber realizado nada injusto o perjudicial, y por tanto, de ningún modo se reputaría haber excedido los límites del poder a él confiado, conforme a lo que anteriormente hemos expuesto; toda esta doctrina se ha de tener presente, porque ningún autor, cuyas obras hayan venido a mis manos, ha tocado ni siquiera insinuado de cerca este aspecto.

De lo anteriormente expuesto aparecerá ya si se ha de tener por verdadera la opinión del Panormitano (1) y de Domingo Soto en el lugar antes citado; quienes son de parecer que regularmente la ley obliga y tiene eficacia al punto, aun para aquellos que la desconocen, y antes de su promulgación en lo que se refiere a invalidar o rescindir los contratos; por lo que hemos de creer que probablemente responderían (lo mismo que ya respondieron en parecido caso) que si nuestro rey diese una ley de este modo: que no sea válido contrato alguno sin *insinuación*; o que no tenga valor el contrato de la mujer sin la intervención de dos consanguíneos; o que no sea válido el contrato de los adultos que por el mismo derecho carecen de curador; o que no tenga valor el contrato de la esposa realizado sin conocimiento del esposo; tales leyes y otras semejantes ligarían a los ciudadanos aun antes de su promulgación y por consiguiente invalidarían al momento los contratos efectuados aun por quienes las desconocían.

Todas estas afirmaciones, y otras semejantes, se han de rechazar de plano, primeramente porque serían perjudiciales y como consecuencia se reputarían exceder los términos del mandato y del poder conferido por el pueblo al príncipe; en segundo lugar, porque generalmente es opuesto a la naturaleza de las leyes nuevas el tener por blanco las cosas pasadas, sino sólo el dar forma a los negocios futuros. Mas en cuanto al contrato matrimonial, ya que una vez celebrado no puede disolverse sin perjuicio de una de las partes y tal vez de las dos, reconoce perfectamente el mismo Soto en el lugar antes citado que semejante ley dada por el Pontífice y

(1) En el citado cap. *cognoscentes*.

metropoli vel in ecclesia cathedrali revocatoria aut suspensiva lex publicatur; cuius sententiam sequor; ex qua apparet veluti ex sua ipsius confessione quam longe ipse & Panormi, erraverint, in superiore opinione, quam improbavimus, nam si lex nova privilegiorum revocatoria non obligat, aut producit effectum, nisi demum post tempus a legislatore definitum praeteritum, ut ipse fatetur: multo minus producet effectum ante illud tempus lex nova, quae a iure communi concessa immutaverit: cum privilegia longe facilius tollantur, quam ea quae competunt de iuri communi. l. eius militis. §. militia missus. ff. de mili. testa. nec dubium est, quin quaelibet lex nova, quae declaratoria non sit, sed novi iuris inductiva, necesse sit, ut a iure vetere aliqua ex parte recedat, alias nihil ageret. l. ius civile, cum ibi not. ff. de iust. & iure, quod si declarativa tantum sit, tunc nihil denuo induceret sicque statim ligaret etiam ignorantes, ut in exemplo maioratus de quo meminimus supra cum similibus.

10. Lex † autem divina simul & naturalis ante ullam vel sine ulla promulgatione ideo obligat nos, quia eam omnis homo sine ullo doctore natura ipsa edoctus est, secundum eundem Sotum, quod & docemur a lege prima ff. de iust. & iu. & in prin. inst. de iure nat. Lex divina positiva demum post promulgationem obligat nos secundum eundem Sotum, qualis est lex divina ceremonialis, sicque sibi ipsi rursum adversari ipse Sotus videtur, nam si lex divina positiva ante sui promulgationem non obligat, quanto minus obligabit lex positiva ab homine lata ante talem promulgationem & ante

aun por un Concilio no obliga sino después del tiempo de la promulgación; quien asimismo reconoce que las leyes nuevas revocatorias de privilegios no obligan sino en definitiva, desde el tiempo de su promulgación; ésto es, después del tiempo fijado por el legislador; como sucede, dice, cuando se revocan o suspenden las indulgencias, ya que en tal caso perseveran en todo su valor, hasta que se publique la ley revocatoria o suspensiva en la metrópoli o en la iglesia Catedral; cuya opinión yo también admito; de ella se desprende, como de propia confesión, en qué error tan grande incurrieron él mismo y el Panormitano en la anterior opinión que nosotros hemos combatido; porque si una nueva ley revocatoria de privilegios no obliga, ni produce efecto, sino precisamente después de transcurrir el tiempo fijado por el legislador, según él mismo confiesa, mucho menos surtirá efecto antes de aquel tiempo una nueva ley que hubiera cambiado las cosas concedidas por el derecho común, siendo así que con mucha mayor facilidad se suprimen los privilegios que aquellas cosas que nos corresponden por derecho común (1). Ni cabe dudar de que cualquiera nueva ley que no sea declaratoria, sino que introduzca nuevo derecho, es necesario que en alguna cosa se aparte del antiguo derecho, pues de otro modo nada causaría (2); mas si solamente fuera declarativa entonces nada de nuevo produciría y por tanto al punto obligaría aun a quienes la desconocen, como en el caso del mayorazgo de que arriba hemos hecho mención, y en otros semejantes.

En cuanto a la ley divina y a la vez natural nos obliga antes de toda promulgación y aun sin ella, por la razón de que la misma naturaleza la enseña a todo hombre sin necesidad de maestro alguno, conforme al sentir del mismo Soto y como nos lo enseña también la ley 1.^a del Digesto de *iustitia et iure* (3). La ley divina positiva nos obliga justamente después de la promulgación, según el sentir del mismo Soto, cual sucede con la ley divina ritual. Así parece contradecirse de nuevo a sí mismo el propio Soto, porque

(1) Según la ley *elus militis*, §. *militia missus*, Digesto, de *militari testamento*.

(2) Según la ley *ius civile*, Digesto, de *iust. et iure* con lo sobre ella notado.

(3) Como también la introducción de la Instituta de *iure naturali*.

tempus quo ad notitiam hominum rationabiliter pervenire potuerit?

11. In summa † adeo verum est ante promulgationem non obligare legem illam, quod etiam post praeteritum tempus signatum in ipsa legis publicatione, adhuc ignorantes inculpabiliter non videatur obligare, vel saltem illius excusatio admitteretur, secundum Panor. in. c. cognoscentes de const. per tex. ibi & in. c. i. de postul. praelatorum. ubi dicitur quod talem ignorantiam allegantes, non facile credendi sunt: ergo credendi sunt, si probandi onus in se susceperint, quod etiam nominatim tenet Alfon. Castr. ubi supra. & ideo inquit in foro conscientiae etiam post praeteritum tempus in tali legis publicatione praefixum ea lege non obligantur, qui eam inculpabiliter ignorarunt: quod intelligo quando novi iuris inductoria esset, secus si declaratoria tantum veteris iuris, ut iam edocti sumus.

si una ley divina positiva no obliga antes de su promulgación, ¿cuánto menos obligará una ley positiva dada por el hombre, antes de su promulgación y antes del tiempo en el que podrá llegar razonablemente a conocimiento de los hombres?

En una palabra, hasta tal punto es verdad que aquella ley no obliga antes de su promulgación, que aun después de transcurrido el tiempo fijado en la misma publicación de la ley, todavía parece no obligar a quienes la desconocen inculpablemente, o por lo menos se admitiría su excusa, según el Panormitano comentando el cap. *cognoscentes* (1), y en el cap. *de postul. praelatorum* donde se dice, que no se ha de dar fácilmente crédito a quienes alegan tal ignorancia, luego se les ha de dar crédito si tomaren sobre sí el trabajo de probarlo; lo que expresamente sostiene también Alfonso Castro en el lugar arriba citado; y por esta razón, dice, no quedan obligados en el foro de la conciencia por dicha ley, quienes inculpablemente la desconocían, aun después de transcurrido el tiempo prefijado en la publicación de la misma ley; lo que entiendo cuando fuera causativa de un nuevo derecho, pero al contrario si sólo fuera declaratoria de un antiguo derecho, según ya conocemos.

11

(1) *De constit.*, en el texto.

CAPVT QVADRAGESIMVM QVINTVM

SUMMAE

1. *Princeps an sit legibus solutus. ardua. q.*
2. *Lex quando teneat privilegiatos.*
3. *Princeps legibus subest iure naturali, divino, & positivo.*
4. *Intellectus. l. i. ff. de const. prin.*
5. *Intell. l. i. ff. de const. prin.*
6. *Intel. l. primae. ff. de const. prin.*
7. *Princeps legibus etiam civilibus subest trifariam.*
8. *Princeps in sua causa iudex, & executor.*
9. *Princeps subest legibus civilibusquo ad poenam, et quoad poenae executionem. utrumq; contra noviss.*
10. *Princeps subest legi civili, licet ea differat a divina, vel naturali, contra noviss.*
11. *Lex etiam iustos comprehendit.*
12. *Princeps legibus civilibus an obligetur? ardua. q.*
13. *Obligatio et actiones civiles comprehendunt principes.*
14. *Obligatio naturalis non est efficax contra principem Romanum.*
15. *Pactum nudum cum principe Romano initum, non est efficax ad agendum contra principem. contra doct. nec contra privatum. contra eosd. doct.*
16. *Contractus cum principe initus an remaneat in terminis iuris communis. ard. q.*
17. *Ius commune quid.*

CAPÍTULO CUADRAGÉSIMOQUINTO

SUMARIO

- ¿Está el príncipe sujeto a leyes? Cuestión ardua. 1.
- ¿Cuándo obliga la ley a las personas privilegiadas? 2.
- El príncipe está sujeto a leyes por derecho natural, divino y positivo. 3.
- Sentido de la ley 1.^a del título *de constitutionibus principum* del Digesto. 4.
- Otras explicaciones de la misma ley. 5 y 6.
- De tres maneras está el príncipe sujeto aun a las leyes civiles. 7.
- El príncipe es juez y ejecutor en propia causa. 8.
- El príncipe está sujeto a las leyes civiles en cuanto a la pena, y también en cuanto a la ejecución de la pena; ambas conclusiones contra autores de nuestros días. 9.
- El príncipe está sujeto a la ley civil, aun cuando ésta se difiere de la ley divina y natural; contra algunos modernos. 10.
- La ley comprende también a los justos. 11.
- ¿Le obligan al príncipe las leyes civiles? Cuestión importante. 12.
- La obligación y las acciones civiles comprenden también a los príncipes. 13.
- La obligación natural no es eficaz contra el príncipe romano.
- El *nudo pacto* convenido con el príncipe romano no es eficaz para entablar acción contra él; como tampoco es eficaz contra un particular; contra los doctores, que impugnan ambas partes. 15.
- El contrato celebrado con el príncipe ¿se mantiene en términos del derecho común? cuestión ardua. 16.
- ¿Qué es el derecho común? 17.



1.

CENTESIMO quadragesimo colligitur ex principali conclusione nostra, & ex his, quae proxime diximus, an lex † ipsum principem obliget ante sui promulgationem? Ad cuius cognitionem prius nosse

oportet, an princeps legibus subiaceat? postea videbimus quando teneri incipiat. Et quod legibus non subiaceat, videtur primum per. l. princeps legibus. ff. de legib. ubi palam statuitur, principem legibus solutum esse. Deinde quia populus omne suum imperium lege regia ei & in eum contulit. l. i. ff. de const. prin. §. sed & quod principi placuit, inst. de iure nat. qui autem totum dicit nihil excludit. l. Iulianus. ff. de

2. lega. iii. ergo in omnibus ille a lege exemptus est. Tertio † quia leges generaliter etiam disponentes non comprehendunt personas privilegiatas, si in ea ipsa re vel materia qua de agitur reperiuntur habere peculiare privilegium, ut tenent Bald. per text. ibi in. l. in fraudem. §. fi. ibi quia generalis erat illa determinatio. ff. de mil. test. Philippus Decius in. l. i. ff. de re. iuris. idem Decius in. l. ex testamento. C. unde liberi. Andr. Alciatus parad. lib. iiii. c. x. & Andr. Tiraq. qui alios allegat de praesc. §. i. glo. 11. & idem Decius in cons. v. sed princeps in hac materia qua de agimus reperitur nominatim privilegiatus per d. l. princeps, cum simil. supra allegatis, ergo non comprehenditur sub legibus quicquam disponentibus, quasi generi per speciem derogetur. l. uxorem. §. felicissimo. ff. de lega. iii. c. generi de reg. iu. in. d. l. cum quaestio. C. de lega. estque quarta ratio, quae pro principe urget. Postremo id apparet ex multis legibus eundem principem a reliquorum hominum coetu privilegiis variis eximentibus. l. omnium. C. detesta. l. ex imperfecto. eod. ti.

Conclusión 140. Dedúcese también de nuestra conclusión principal, y de lo que últimamente hemos expuesto, si la ley antes de su promulgación obliga al príncipe. Para conocimiento de esta cuestión conviene investigar primero, si el príncipe está sujeto a leyes, después veremos, cuándo empieza a estar obligado. Que no esté sujeto a leyes parece constar, primero por la ley *princeps legibus* (1), donde abiertamente se establece que el príncipe está libre de leyes; en segundo lugar porque el pueblo, por la ley regia, le confirió y puso sobre él todo su poder (2); mas quien dice *todo* no excluye nada (3), luego en todas las cosas está exento de ley. En tercer lugar porque las leyes, aun las que dan disposiciones generales, no comprenden a las personas que gozan de privilegio, si consta que tienen privilegio especial en aquella misma cosa o materia de que se trata, conforme lo defienden Baldo (4), Felipe Decio (5), Andrés Alciato (6), y Andrés Tiraqueau quien cita a otros autores (7); pero consta que el príncipe se halla expresamente privilegiado en esta materia de que tratamos (8), luego no está comprendido dentro de las leyes que disponen alguna cosa, como si el género se derogara por la especie, conforme a varias disposiciones que son una cuarta razón que hace fuerza en favor del príncipe (9). Finalmente aparece lo mismo por muchas leyes que distinguen con diversos privilegios al mismo príncipe, de la restante multitud de hombres, según consta por la ley *omnium* (10), por la ley *ex imperfecto* (11) y por otras mil

1.

2.

(1) Digesto, tít. *de legibus*.

(2) Conforme a la ley 1.^a, Digesto, *de constit. principum* y el §. *sed et quod princ. placuit*, Instituta, *de iure naturali*.

(3) Según la ley *Iulianus*, Digesto, tít. *de legatis*, lib. 3.^o

(4) En el texto sobre la ley *in fraudem*, § final, Digesto, tít. *de milit. testam.* en las palabras *quia generalis erat illa determinatio*.

(5) Sobre la ley 1.^a, Digesto, *de reg. iuris*; sobre la ley *ex testamento* del Código, tít. *unde liberi*, como también en el dictamen 5.^o

(6) *Parad.*, lib. 4.^o, cap. 10.

(7) *De praescript.*, §. 1.^o, glos. 11.

(8) Conforme a la citada ley *princeps* con otras semejantes arriba alegadas.

(9) Así la ley *uxorem*, §. *felicitissimo*, Digesto, *de legatis* 3; el cap. *generi*, *de regulis iuris* y la citada ley *cum quaestio*, Código, *de legatis*.

(10) Del Código, tít. *de testamentis*.

(11) Del Código, tít. *de testamentis* y del Digesto, *de legatis*, lib. 3.^o

l. ex imperfecto. ff. de lega. iii. cum mille similibus, quas adduximus de succ. crea. lib. iii. §. xxvi. per totum.

Contrariam partem tenet Theologorum disertissimus frater Domi. de Soto lib. i. de ius. & iu. q. vi. art. viii. motus

3. primum † quod de iure naturali & naturali ratione est, ut quod quisque iuris in alium statuit, eodem iure uti debeat. ut per tit. ff. quod quisque iuris, sicq; iuri naturae par est & debitum, ut princeps qui leges fert eis utatur, eisque subiiciatur. Deinde urget illud naturale principium simul & iuris divini, ut quod tibi non vis, alteri non facias: sicq; quod alteri vis id tibi quoque velis. Unde, qui legem alteri dedit eo ipso eandem sibi dixisse videtur. Unde pulchre Ovidius sic modulatur.

Et caret auxilio, qui non tulit, utque reliquit

Sic linquendus erit, legem sibi dixerat ipse.

Quo exemplo edocemur quod non solum si expressim sed etiam si tacite tantum legem diximus alteri, eandem quoque nobis imposuisse videmur. Unde Plutarchus in apoph. lib. iiii. refert legem a Iulio Caesare latam de stupratoribus sub certa poena, quam transgressus fuit adolescens quidam, qui ipsius Caesaris filiam stupravit, isque apprehensus iussu Caesaris, verberibus cum acrius quam lege continebatur cederetur, clamavit, legem dixisti Caesar, quo ille audito ita ingenti moerore correptus fuit, ut per totum illum diem comedere aut bibere voluerit, adeo se ipse lege, quam dixerat alligatum intelligebat; ut eam non solum observare non secus quam

semejantes que hemos alegado en la obra de *succes. creatione*, libro 3.º por todo el §. 26.

La opinión contraria la defiende el más consumado de los teólogos Fr. Domingo Soto (1), movido en primer término, porque es conforme al derecho natural y a la razón natural, que cada uno deba acomodarse al mismo derecho que ha establecido para otro (2); por tanto es conforme y hasta debido al derecho natural, que el príncipe que establece leyes, se acomode a ellas, y a ellas se someta. En segundo lugar pruébalo aún más, aquel principio natural y a la vez de derecho divino, a saber, no hagas a otro lo que para tí no quieras; y por tanto lo que quieres para otro quíerelo también para tí. De donde se sigue que quien a otro dió una ley, por ese mero hecho parece habérsela dado a sí mismo. Y así dice Ovidio en estos elegantes versos:

«Quien a otros no auxilió, él mismo se ve privado de ayuda; y como él abandonó a otros, así también ha de ser abandonado; él mismo se dió la ley».

Enséñanos este ejemplo, que no sólo cuando expresamente hemos impuesto una ley a otros, sino también aun cuando haya sido sólo tácitamente, parece que nos hemos impuesto también a nosotros la misma ley. A este propósito cuenta Plutarco (3), haber establecido Julio César una ley castigando bajo cierta pena al violador de una doncella; como cierto joven hubiera faltado a dicha ley violando a la propia hija de César, habiendo sido apresado por mandato de éste, como fuese castigado con azotes más duramente de lo que la ley señalaba, César, gritó, que has dado una ley; oído ésto, fué tan grande la tristeza que se apoderó de César, que durante todo aquel día, no quiso comer ni beber cosa alguna; hasta tal punto se consideraba sujeto él mismo a la ley que había establecido, que no sólo estuviera obligado a su cumplimiento al igual que los demás, sino que también por señalada que hubiera sido la osadía del transgresor de la ley (como lo fué en este caso la de aquel joven) con todo, nos dió a conocer, que él y los demás debían atenerse igualmente a la ley.

(1) *De iust. et iure*, lib. 1.º, cuest. 6.ª, art. 8.º

(2) Según consta por el tít. *quod quisque iuris* del Digesto.

(3) *Apophoreta*, lib. 4.º

reliqui teneretur, sed etiam utcumq; transgressor legis insigniter ausus fuisset (ut in hoc exemplo adolescens ille fuit) adhuc idem observandum ipse sibi & omnibus persuaserit.

Deniq; docemur ab ipso iure divino magis etiam in specie Matthaei. xxiii. ibi, qui dicunt, & non faciunt, qui aliis onera gravia imponunt & ea nec digito amovere volunt. Addit ipse Sotus ubi supra tertiam egregiam rationem nam (inquit) legislator legem ferendo, id opus constituit in certa virtutis specie, quam virtutem ipse princeps insequi non secus quam reliqui populares, quinimo longe magis quam ipsi tenetur. Omnis enim potestas ab ipso Deo optimo maximo est, cui similior tanto magis quis est & esse debet, quanto sublimiori potestate, dignitate, & principatu decoratus est ab ipso; sicque tanto magis omne opus virtutis (quale esse intelligitur id quod ea lege comprehensum est) intueri & insequi debet ut infra lib. ii. disseruimus in materia praescriptionum i. par. princip. q. iii. & iiii. Est & quarta non minus nova quam egregia ratio, nam legibus non aliter obligamur, quam ex ipsis contractibus. Lex enim nihil aliud est quam contractus quidam, & mutua promissio omnium civium inter sese. Ideo rogatur lex cum ferenda est, an a civibus recipi velit, non secus quam rogantur contrahentes a tabellione, an illi contractui, aut obligationi qua de agebatur submittere sese velint. §. lex. inst. de iure. nat. c. lex. dist. i. isque est verus sensus ad l. i. ff. de legibus. ibi communis reipublicae sponsio, hoc est, communis & mutua omnium civium invicem promissio. Est enim sponsio firmissima promissio. §. i. inst. de verb. obliga. ergo ut princeps contractibus suis & obligatur & submittitur, ut & omnibus notum est, ut in superioribus cap. millies admonuimus; ita & hoc contractu publico, hoc est lege, aut legislatione obligatur.

Finalmente ésto nos enseña el mismo derecho divino y más especialmente aún San Mateo, capítulo 23, en las palabras: quienes dicen y no hacen, imponen a los demás cargas pesadas, y ellos ni aun tocarlas quieren con el dedo. Añade el propio Soto en el lugar antes citado una tercera razón muy notable: el legislador, dice, al establecer una ley convirtió lo legislado en cierta especie de virtud; virtud que el mismo príncipe está obligado a practicar del mismo modo que los restantes miembros del pueblo, más aún, mucho más estrechamente que éstos; porque toda potestad procede del Sumo y Excelso Hacedor, a quien tanto más se asemeja una persona y debe asemejarse, cuanto con más elevado poder, dignidad y supremacía ha sido adornada por el mismo Dios, y por consiguiente tanto más atentamente debe observar y practicar toda obra de virtud (cual se considera ser lo que en tal ley está contenido) según más adelante tratamos en el libro 2.º, sobre las prescripciones (1). Existe una cuarta razón, no menos nueva que insigne, porque del mismo modo nos obligan las leyes que los mismos contratos; ya que la ley no es otra cosa que un cierto contrato y una mutua promesa de los ciudadanos entre sí. Por eso cuando se ha de establecer una ley, se consulta, si es que los ciudadanos quieren recibirla, no de otro modo que el notario público consulta a los contrayentes si quieren someterse a aquel contrato u obligación de que se trata (2), y este es el verdadero sentido de la ley 1.ª, Digesto, *de legibus* donde dice «común convención de la república» esto es, común y mutua promesa de todos los ciudadanos entre sí. Porque es la *sponsio* una promesa firmísima (3); luego así como el príncipe no sólo queda obligado por sus contratos, sino también sometido a ellos, según de todos es conocido, conforme lo hemos hecho constar innumerables veces en los capítulos precedentes, así también queda obligado por este contrato público, ésto es por la ley o por la legislación.

Más aún, y será un quinto argumento, con mucha más razón, más justa y estrechamente está él mismo obligado que los demás; porque cuanto de más puro consentimiento

(1) 1.ª part., princ., cuest. 3.ª y 4.ª

(2) Según el §. *lex*, Instituta, *de iure natur.* y el cap. *lex*, dist. 1.ª

(3) Como consta en el §. 1.º de la Instituta, *de verb. obligatione.*

Quinimo & erit quinta ratio, longe magis ipse & iustius ac firmitus obligatur quam reliqui, nam quo magis ex puriore consensu cuiusque nascitur aut descendit obligatio, eo magis ac magis ille obstringitur sicque geminata verba firmitus quem obligatum reddunt quam simplicia. §. i. inst. de verb. ob. diximus plenissime de succ. creat. lib. i. §. iii. num. 13. Unde fit ut iure consultus ad iustificandam poenam, quae in terminis. l. imperatores. ff. de iure fisci, reo imponebatur, hanc rationem reddiderit, tute (inquit) huic poenae subdidisti, & similia verba sunt in. l. fin. C. ad legem Iuliam maiest. significantia tanto firmitus & iustius quem obligari quanto ex puriore consensu suo obligatio descendit, nec dubium est, quin ex puriore principis legem ferentis consensu descendat ea lex, quam ipsemet tulit, quam ex consensu reliquorum civium, quorum multi sunt absentes, alii ignorantes, alii forte renuentes, aut dolentes, aut parum eam rem, quae agebatur intelligentes. Ergo par est tali legi ipsum principem firmitus quam reliquos obligari iustiusque, praesertim cum in principe, inconstantia, poenitentia, variatio turpior sit quam in reliquis. Princeps enim esse debet sicut solus in coelo, & ei conveniunt maxime illa verba Pilati dicentis, quod scripsi, scripsi. ut supra ca. i. cum sed. & cap. xx. cum multis seq. in simili scripsimus.

Denique princeps non est extra rempublicam, quinimo est membrum ipsius reipublicae, puta, caput, sicque secundum Sotum, ubi supra, comprehenditur legibus ipsius reipublicae, quae totam rempublicam comprehendunt. Sicque inter reliquos magistratus aut appellatione magistratum ipse princeps continetur, ut docet Nicolaus Boerius de autho. magni concilii, add. i. mag. dixi supra cap. primo num. 18.

de cada uno nace y desciende la obligación, tanto queda más y más estrechamente ligado tal sujeto, y así vemos que las palabras repetidas obligan a uno más estrechamente que las simples, como consta por el §. 1.º de la Instituta *de verb. obligatione* y lo hemos expuesto con toda extensión en la obra *de succes. creatione* (1). De aquí nace que el jurisconsulto, para justificar la pena que se imponía al reo conforme a los términos de la ley *imperatores* (2), haya dado esta razón: tu mismo, dice, te sometiste a esta pena, y palabras parecidas constan en la ley final del título *ad legem Iuliam maiest.* del Código, que dan a entender que tanto más estrecha y justamente queda uno obligado, cuanto la obligación dimana de más puro consentimiento suyo; ni cabe dudar, de que aquella ley que el príncipe ha dado, dimane de más libre consentimiento del príncipe legislador, que del consentimiento de los restantes ciudadanos, de los que muchos se hallan ausentes, otros la desconocen, otros tal vez son a ella opuestos, o de ella se duelen, o por lo menos entienden poco de la materia que en ella se trata; luego es natural que el propio príncipe quede obligado a dicha ley más estrechamente y con mayor justicia que los demás, principalmente siendo en el príncipe más reprehensible que los demás, la inconstancia, el arrepentimiento y la variación; porque el príncipe debe ser lo que en el firmamento es el polo, y a él le cuadran principalmente aquellas palabras de Pilatos al decir: «lo escrito, escrito está», conforme lo dejamos expuesto antes en parecidos casos en el capítulo 1.º y siguientes y en el capítulo 20 y en otros muchos posteriores.

Finalmente el príncipe no se halla fuera de la república, al contrario, es un miembro de la misma, la cabeza, si quieres; por lo tanto, conforme lo afirma Soto en el lugar antes dicho, está comprendido dentro de las leyes de la república que abrazan toda la república, por consiguiente el mismo príncipe va incluido entre los restantes magistrados, o con el nombre de magistrados, conforme lo enseña Nicolás Boerio (3) y lo hemos expuesto nosotros antes en el capítulo 1.º, número 18.

Así, pues, no es ya posible dudar de que el príncipe, del

(1) Lib. 1.º, §. 3.º, núm. 13.

(2) Digesto, tit. *de iure fisci*.

(3) *De auctoritate magni concilii, addit. 1.ª magna*.

Iam ergo dubitari non oportet quin princeps non secus quam reliqui quinimo firmiter & iustius, quam reliqui legibus a se, vel a republica latis comprehendatur, (praesertim cum ipse non sit lege superior; sed custos, minister, & executor, aut defensor, ut plene supra ca. i. cum seq.) & in eo tantum quaestio supererit, quemadmodum ab iis quae supra in contrarium adduximus, nos enodare possimus: & in primis quod attinet ad d. l. princeps. ea nullum negotium nobis facit, qui de iure communi omnium gentium agimus, non de iure peculiari Romanorum. Exulavit enim caeca eorum sententia, qui existimabant ius Romanorum omnium gentium commune esse debere, quasi Romanorum imperator dominus esset totius mundi; res sane risu & ludibrio quam longa contentione dignior, ut fuse disseruimus supra c. xix. cum iii. seq. Sic ergo de iure communi omnium gentium princeps non lege superior, sed potius eius minister, custos & executor est, ut

4. iam diximus. Praeterea † d. l. princeps. in verb. lege regia, sat superque significat ipsum etiam principem Romanum legibus subesse antequam illa lege regia de qua ibi mentio fit, lata fuisset: sic lex illa nostram potius quam contrariam firmat sententiam.

Tertio & si ea lege regia tam plena & generalis potestas principi Romano, a populo data fuerit quoad verborum corticem, tamen quoad mentem concedentium, quae praevalere debet, sui natura ea generalis concessio videtur limitata, restricta, coangustata ad utilitatemq; concedentium redacta. nec enim in generali mandato, commissione aut concessione comprehenditur id, quod quis in specie non esset concessurus. l. obligatione generali. ff. de Pign. id quod innumeris legibus & rationibus ornavimus in l. si quando per tex. ibi iuncta sua Glos. C. de inoff. test. & supra

mismo modo que los demás, o mejor dicho, más estrecha y justamente que los demás, quede comprendido por las leyes que él mismo o la república ha establecido (sobre todo no siendo él superior a las leyes, sino su guardián, su ministro, su ejecutor o defensor, según con toda extensión expusimos arriba en el capítulo 1.º y siguientes), y la cuestión sólo estribará ya en ésto, en ver cómo nos desenvolvemos de las razones que arriba adujimos en contrario; y en primer lugar, por lo que se refiere a la ley *princeps*, ninguna dificultad ofrece para nosotros que consideramos la cuestión conforme al derecho común de todos los pueblos y no del derecho peculiar romano. Porque ha sido ya desterrada aquella oscura opinión de quienes juzgaban que el derecho de los romanos debía ser común derecho de todos los pueblos, como si el emperador romano fuera señor de todo el mundo, doctrina más digna en verdad de irrisión y de burla que de detenida controversia, según ya extensamente lo tratamos arriba en el capítulo 19 y en los tres siguientes. Así, pues, conforme al derecho común de todos los pueblos, el príncipe no es superior a la ley, sino más bien su ministro, su guardián y su ejecutor, como ya hemos dicho. Además la citada ley *princeps* en la palabra *lege regia* bastante y aún de sobra da a entender que aun el propio príncipe romano estaba sujeto a leyes antes de que se hubiera dado aquella ley regia de la que allí se hace mención; por lo que dicha ley más bien confirma nuestra opinión que la contraria.

4.

En tercer lugar, aun cuando el pueblo hubiera otorgado al príncipe romano por aquella ley regia tan completa y general potestad, atendida la materialidad de las palabras, sin embargo examinada la intención de quienes la concedieron, que es la que debe prevalecer, aquella general concesión parece limitada por su misma naturaleza, restringida, reducida y encaminada a la utilidad de quienes la otorgaron; porque no está incluido en el general mandato, comisión, o concesión aquello que uno no concedería particularmente (1); lo que con innumerables leyes y razones hemos ya esclarecido al tratar de la ley *si quando* (2) y en los capítulos 25

(1) Según la ley *obligatione generali*, Digesto, tít. *de pignoribus*.

(2) Del Código, tít. *de inoffic. testamento*, en el texto juntamente con la glosa de dicha ley.

- c. xxv. & c. xxviii. Unde scriptum sequi calumniatoris esse mente derelicta ait Cicero in oratione pro Caecinna, nec enim legis verbis, aut scriptura, sed mente tantum ipsius obligamur. l. obligationum substantia, in prin. iuncto ult. resp. l. non figura. ff. de act. & obli. adeo ut legi fraus fiat ab eo, qui eius mente relictæ, verba aut verborum proprietatem ipsius amplectitur. l. fraus. ff. de legib. quinimo etiam in contractibus stricti iuris non tam verborum proprietas, quam mens & sensus contrahentium inspicitur. l. ita stipulatus, in mag. vers. Sabinus verbo, ex mente ubi notant las. & Paulus Castrensis. ff. de ver. obliga. l. quicquid astringendæ, in prin. eod. tit. l. hæredes mei. §. cum ita. ff. ad Treb. egregia lex pater Severinam. §. conditionum verba ff. de condi. &
5. demonst. Ex mente † ergo & verisimili sensu concedentium intelligo cives, qui principi suo omne suum imperium & potestatem dederunt, intellexisse quoad ea, quæ ipsis utilia essent, quæq; ipsi verosimiliter concessissent, non quoad contraria, quæ verisimiliter ipsi in specie minime concessissent: sicq; non quoad hoc ut ei liceat leges transgredi, quæ reipublicæ utiles præsumuntur, argumen. c. erit autem lex. quarta dist. l. i. & ii. ff. de legib. quarumq; transgressio civibus non potest non esse noxia.
6. Quarto intellige † d. l. princeps, quod si quando leges transgredi potuerit, id erit ex iusta causa reipublicæ utilitatem respiciente, & hoc est quod vulgo dicitur, principem non solum posse ex causa cum legibus dispensare, sed etiam debere: & hanc ad rem ipse solus est legibus solutus, &

y 28 de esta obra. Por lo que el seguir la letra, dejando a un lado el espíritu, es propio del calumniador, dice Cicerón en su discurso en defensa de Cecina. Porque no son las palabras o la letra de la ley lo que nos obliga, sino su espíritu solamente (1); hasta tal punto que obra en fraude de la ley, quien dejando a un lado el espíritu de ésta, se sujeta a las palabras o a la propiedad de las palabras de la misma (2); más aún hasta en los contratos de estricto derecho, no tanto se atiende a la propiedad de las palabras cuanto a la mente e intención de los contratantes, según consta por varias leyes (3). Así, pues, atendida la mente y verosímil intención de los otorgantes, juzgo que los ciudadanos que concedieron a su príncipe todo su imperio y potestad, entendieron esta concesión en cuanto a aquellas cosas que fueran para su utilidad, y que ellos mismos verosímilmente le hubieran concedido, pero no para las cosas perjudiciales que es verosímil no le hubieran concedido expresamente en modo alguno; y por tanto no en lo que se refiere a que le sea lícito quebrantar aquellas leyes que se reputan beneficiosas a la república (4) y cuya violación no puede menos de ser perjudicial a los ciudadanos.

5.

De un cuarto modo puede entenderse la citada ley *princeps*: que si alguna vez pudiera quebrantar las leyes, ésto sería con justa causa referente a la utilidad de la república, y ésto es lo que vulgarmente se dice, que con causa no sólo puede el príncipe dispensar en materia de las leyes, sino que aun debe hacerlo; y en cuanto a este particular sólo el príncipe, y fuera de él ningún otro está libre de leyes; puede también dispensar sin causa en aquellas cosas que expresamente le han sido concedidas por el pueblo, lo que en efecto practicó el pueblo romano en cuanto a legitimacio-

6.

(1) Según la ley *obligationum substantia*, al principio, juntamente con la última resp. y la ley *non figura*, del Digesto, *de action. et obligationibus*.

(2) Según la ley *fraus* del Digesto, tít. *de legibus*.

(3) Conforme a la ley *ita stipulatus, in versic. mag. Sabinus* en la palabra *ex mente*, Digesto, tít. *de verb. obligatione* donde lo notan Jasón y Pablo de Castro, en la ley *quidquid astringendae*, al principio, en el mismo título; en la ley *haeredes mei*, §. *cum ita*, Digesto, *ad Trebellianum* y en la notable ley *pater Severinam*, §. *conditionum verba*, Digesto, *de condi. et demonst.*

(4) Como lo prueba el cap. *erit autem lex*, dist. 4.^a y las leyes 1.^a y 2.^a del Digesto, tít. *de legibus*.

praeterea nullus, sine causa autem dispensare potest in his, quae sibi nominatim a populo concessa sunt; id quod a populo Romano factum fuit quoad legitimaciones, ut per totum auth. quib. mod. nat. effii. leg. & in criminum abolitionibus, ut. ff. de aboli. & in eorundem restitutionibus, ut C. de sent. passis & restit. & in natalibus restituendis. ut. ff. & C. de natalibus resti. & si quae sunt alia. Item etiam in reliquis, quae tam modici sunt praeiudicii, ut verosimiliter ea ei populus in specie concessurus esset. argumento. l. scio cum similibus. ff. de minor. & diximus multa lib. i. de succe. resol. §. vii. & aliquid supra ca. superiore & c. xxv. num. 3. ergo princeps legibus solutus est quoad hoc, ut etiam sine causa eas transgredi cumq; eis dispensare possit in his duobus ultimis casibus, & quoad hoc ut in reliquis omnibus ex iusta causa tamen, & non aliter possit dispensare: quinimo tunc non solum potest, sed etiam debet, ut plene ostendimus in dictis locis & in capitu. xxv. num. 3. is ergo est verus sensus d. l. princeps. cum simil. supra all. dum aiunt principem legibus solutum esse. Et d. l. i. in fina. ff. de const. princ. d. §. sed & quod principi, dum similiter aiunt principem cum legibus liberum habere dispensandi arbitrium, quas leges nullibi sic enodatas & ad totius humani generis communem utilitatem redactas invenies.

Itaque extra hos casus princeps legibus solutus non est, sed tam alligatus & forte magis quam reliqui concives, cui rei dictae leges recte intellectae minime impedimento sunt. Intelligoq; eum subesse legibus etiam civilibus reipublicae suae, ut in prin. inst. de oblig. ibi, secundum nostrae civitatis iura. Scilicet intell. ad d. l. princeps, cum similibus est, quod ibi loquitur quoad solemnna legum civilium, quibus non astringitur princeps, sui enim actus inter vivos tenebunt

nes (1), en los indultos por delitos (2), en la restitución de los mismos (3), como también en la restitución al primitivo estado, y en otros casos que puedan darse. Además también en las restantes cosas, que son de tan insignificante perjuicio, que probablemente se las concedería en particular el mismo pueblo (4); así, pues, el príncipe está libre de leyes en este respecto, en cuanto que en estos dos últimos casos puede, aun sin causa alguna, quebrantarlas y dispensar en ellas; y en este otro aspecto, en cuanto que en todas las restantes puede dispensar, aunque sólo con justa causa y de ningún otro modo; mas aún en este último caso no sólo puede sino que debe hacerlo, según hemos demostrado en los citados lugares y en el capítulo 25 número 3; éste es, pues, el sentido verdadero de la citada ley *princeps* y de otras semejantes arriba alegadas, cuando afirman que el príncipe está libre de leyes; como también de la citada ley 1.^a, al final, Digesto *de constit. principum* y del §. *sed et quod principi* cuando afirman igualmente, que el príncipe tiene libre facultad de dispensar acerca de las leyes; y en verdad en ninguna parte encontrarás de este modo explicadas estas leyes, y reducidas a la común utilidad de todo el linaje humano.

Así, pues, fuera de estos casos el príncipe no está libre de leyes, sino tan sujeto o tal vez más que los restantes conciudadanos; y a esta afirmación ninguna dificultad presentan las citadas leyes rectamente entendidas; y entiendo que el príncipe está sometido aun a las leyes civiles de su república, según consta en la introducción de la Instituta *de obligationibus*, en las palabras «conforme a las leyes de nuestra ciudad». Es decir, que el sentido de la citada ley *princeps* con otras semejantes es, que allí se trata sólo de las formalidades de las leyes civiles, que no ligan al príncipe ya que sus actos tendrán valor *inter vivos*, aun omitidas las formalidades de los contratos. Lo mismo tratándose de últimas voluntades y lo mismo en los juicios, según extensamente

(1) Como consta por todo el título de la *authent. quibus mod. nati eff. sui* y en la *authent. quib. modis nat. efficiantur legitimi*.

(2) Según el Digesto, tit. *de abolitionibus*.

(3) Código, *de sententiam passis et restitutis*.

(4) Pruébalo la ley *scio*, Digesto, *de minor.* y otras semejantes; sobre esto hemos tratado extensamente en el lib. 1.^o, *de succes. resolut.*, §. 7.^o y algo también antes en el anterior capítulo y en el cap. 25, núm. 3.^o

praetermissis etiam contractuum solemnitatibus. Idem in ultimis voluntatibus. Idem in iudiciis ut plene egimus de succ. crea. §. xxvi. cum seq. & de succ. progressu in praefatione. Id quod in Principe Romano sine dubio procederet per dd. II. in reliquis autem principibus non ita expeditum, & forte diversum esset per superius dicta.

Stat ergo regula, principem legibus subesse, intellige primo, subesse legibus iuris naturae. Deinde subesse legibus divinis. Tertio intellige etiam subesse legibus civilibus reipublicae suae. Quae tria tenuit Dominicus Sotus ubi supra. Quarto intellige quod subest iuri gentium licet tale ius positivum sit, quod intelligo quandiu ab ipso vel a republica sua ab eo iure non fuerit recessum. arg. l. omnes populi ff. de iust. & iure cum simil. idq; ius positivum esse & supra diximus, & tradit ipse Sotus de iust. & iure lib. iii. q. i. art. iii. Quinto intellige subesse iuri canonico, arg. c. ii. & c. solitae, de maior. & obedi.

7. Deniq; † quod diximus subesse legibus civilibus suae ditionis, primum intellige quoad verba, sive enim verba legis generalia sint, puta quicumque vel omnes & similia, sive etiam indefinita, puta, qui hoc fecerit vel si quis hoc fecerit, vel non fecerit, talis indefinita locutio a lege prolata aequatur universali, diximus de succ. crea. §. xx. nu. 53. cum seq. Deinde intellige, principem comprehendi etiam quoad effectum & substantiam legalis obligationis, ea enim obligationis legalis substantia consistit in consensu vero, vel interpretativo ipsius principis legi dato l. obligationum substantia

hemos expuesto en la obra *de succes. creat.* §. 26 y siguientes y en la obra *de successionum progressu* en la introducción. Esta doctrina sin duda alguna tendría cumplimiento en el príncipe romano, según las citadas leyes, mas tratándose de los restantes príncipes no es tan manifiesto, y atendida la anterior exposición tal vez fuera otra la solución.

Queda, pues, en pie esta regla, que el príncipe está sujeto a leyes, entendiendo ésto en primer lugar que está sujeto a las leyes del derecho natural. En segundo lugar que también lo está a las leyes divinas. En tercer lugar que está también sometido a las leyes civiles de su república. Estas tres afirmaciones las defendió Domingo Soto en el lugar arriba citado. Cuarto se ha de entender que está sometido al derecho de gentes, aun cuando tal derecho sea positivo, lo que entiendo siempre que o el príncipe o su república no se hubieran apartado de aquel derecho (1); y que este derecho sea positivo, por una parte lo hemos hecho constar antes, y por otra lo enseña también el mismo Soto (2). Quinto añade además que está sometido al derecho canónico (3).

Finalmente, lo que hemos afirmado que está sujeto a las leyes civiles de su señorío, lo has de entender, en primer término, en cuanto a las palabras; porque ya sean las palabras de la ley generales, por ejemplo: *cualquiera que*, o *todos los que*, o términos parecidos, ya también si son indefinidas, por ejemplo: *quien hiciere ésto*, o *si alguno hiciere ésto*, o *si no lo hiciere*, tales proposiciones indefinidas expresadas por la ley equivalen a una universal, según hicimos constar en la obra *de successionum creatione* (4). En segundo lugar has de entender que el príncipe está sujeto también en cuanto al efecto y sustancia de la obligación legal, ya que esta sustancia o fundamento de la obligación legal consiste en el consentimiento verdadero o interpretativo del príncipe otorgado a la ley (5). Ni cabe duda de que el mismo príncipe parece haber otorgado su consentimiento a las leyes de su

7.

(1) Pruébese por la ley *omnes populi*, Digesto, tít. *de iust. et iure*.

(2) *De iust. et iure*, lib. 3.º, cuest. 1.ª, art. 5.

(3) Pruébalo el cap. 2.º y el cap. *solitae, de maior. et obediens*.

(4) En el §. 20, núm 55 y siguientes.

(5) Conforme a la ley *obligationum substantia* y a la ley *non figura* del Digesto, tít. *de act. et obligationibus*, junto con la ley 1.ª del Digesto, tít. *de legibus* en las palabras *communis reipublicae sponsio*.

l. non figura. ff. de act. & obliga. iuncta d. l. i. ff. de legibus. ibi communis reipublicae sponsio. Nec dubium est quin ipse princeps consensum legibus reipublicae suae dedisse videatur, non minus quinimo longe certius & evidentius, quam reliqui concives ut iam diximus. Id quod etiam admittit Sotus ubi supra. Tertio intellige teneri etiam quoad poenam, sicq; quum petens ante tempus, quod sibi in diem debebatur subeat hanc poenam, ut duplicentur induciae sicq; his longius tempus expectare teneatur, ut in prin. inst. de poena temere litigan. dicerem huic poenae subesse principem, si ante tempus, quod sibi in diem debebatur peteret: crederemq; in eo locum habere materiam auth. qui semel. C. quomodo & quamdo iudex. Idemq; in reliquis poenis, quae non laedunt honorem, & ita videtur esse ex mente doctorum in simili ut per Decium & Andream Alciatum, & Andream Tiraq. in locis supra citatis, cum aliis allegatis per Tiraq. ibi. Caeterum principem minime teneri crediderim iis actionibus, quae laedunt honorem. arg. eorum quae tradunt doctores per tex. ibi in. l. alia. §. eleganter, ubi Bar. Alex. & alii ff. sol. matr. & per totum tit. ff. & C. de obseq. l. antep. ff. eod. sicq; ad verum usque pretium damni dati semper tenerentur etiam lege civili; executio autem a semet, vel ab eius officialibus fieret

8. etiam contra semetipsum. Nam & ipse † est iudex & executor contra semetipsum in sua causa propria propter excellentiam & sublimitatem suae dignitatis l. si pater fam. & l. & hoc Tiberius Caesar. ff. de haer. inst. ubi per. doct. diximus plene. §. xxvi. cum seq. de succ. crea. praesertim in d. §. xxvi nu. 22. In duobus ergo erravit Theologorum nostrae tempestatis disertissimus Dominicus Sotus ubi supra, primum,
9. dum † negavit legibus civilibus subesse principem quoad poenam. Deinde dum negavit eis subesse quoad poenae

república, no menos, o mejor dicho con más certeza y evidencia que los restantes conciudadanos, según antes hemos ya expuesto; lo que también admite Soto en el lugar citado. En tercer lugar has de entender que está también sujeto a la pena; por consiguiente, como el que reclama judicialmente antes de tiempo lo que se le debía para un plazo determinado, sufra esta pena que se le duplica la tregua, y así está obligado a esperar dos veces el plazo concedido (1), diría yo que el príncipe está sujeto a esta pena, si reclamase antes de tiempo lo que se le debía para un día determinado, y juzgaría que en él tenía cumplimiento la auténtica *qui semel* (2). Y lo propio en las restantes penas, que no menoscaban el honor, lo mismo que parece constar por la mente de los doctores en parecidos casos, como se ve en Decio, Andrés Alciato, Andrés Tiraqueau, en los lugares arriba aducidos, y en otros autores citados allí por Tiraqueau. Por lo demás, de ningún modo creería que el príncipe esté sujeto a aquellas acciones que perjudican su honor, como lo prueba lo que afirman los doctores en el texto sobre la ley *alia*, §. *eleganter* (3), comentada por Bartolo, Alejandro y otros (4). Por tanto, siempre estarían obligados por la ley civil, hasta el verdadero valor del daño causado; y por lo que hace a la ejecución se efectuaría por él mismo o por sus oficiales, aun contra él mismo. Porque el mismo príncipe es también juez y ejecutor contra sí mismo en causa propia, por razón de la excelencia y grandeza de su dignidad (5). En dos cosas se equivocó, pues, el más consumado de los teólogos de nuestros días Domingo Soto (6): La primera, en negar que el príncipe no estaba sujeto a las leyes civiles en cuanto a la pena. La segunda, en negar que no estaba sujeto a ellas en cuanto a la ejecución de la pena. Si bien puede perdonár-

8.

(1) Según la Instituta *de poena temere litig.*, al principio.

(2) Inserta en el Código, tít. *quomodo et quando index*

(3) Digesto, tít. *solutio matrimonio*.

(4) Consta también por todo el tít. *de obsequiis* del Digesto y Código y por la ley antepenúltima del Digesto del mismo título.

(5) Como consta por la ley *si pater fam.* y por la ley *et hoc Tiberius Caesar*, Digesto, *de haered. institut.* sobre la que tratan los doctores en este sentido; lo mismo que hemos tratado extensamente en el §. 26 y siguientes *de succes. creat.* y principalmente en el §. 26, núm. 22

(6) *Ubi supra*.

executionem. Sed parcendum est ei, quum iuris prudentiae expers esset, nisi vel eo nomine eum notaveris quod intra cancellos professionis suae theologiae se se non continuerit.

10. Erravit & iii. dum ait ibi, † legem humanam a principe laico initam eum in conscientia obligare, eo (inquit) quod ab aeterna per naturalem derivatur, quod nihil est, nam si ea lege idem continetur quod lege naturali & divina implicite vel explicite continebatur, iam tunc id ius non tam ab ista lege humana, quam ab ipsamet lege naturali & divina descendere intelligitur, ut supra non semel admonuimus, per. l. adeo. §. cum quis ex aliena. ff. de acq; rerum domi. quod si aliud diversum continebat, ita quod huius legis transgressor non possit videri transgressorem fuisse legis naturae, aut Dei, tunc cessat peccatum; quod legibus civilibus consensum dare videmur, ita limitatum, ut si adversus eam a nobis itum fuerit, tunc poenam lege expressam aut arbitrio iudicis imponendam sustineamus, & praeterea nihil mali patiamur ut
11. dixi supra. Iustos † autem non secus quam reliquos legibus comprehendi, docet Sotus ubi supra quamvis S. Paulus. i. ad Timoth. scripserit, iusto non esse legen positam, quod ipse recte ibi exponit.
12. Ex superioribus apparet, veram † non esse eam vulgo receptam sententiam existimantium, principem legibus civilibus non obligari civiliter contrahendo, sed tantum naturaliter, id quod tenuerunt Bal. in l. princeps. ff. de legibus. idem Bal. & alii in l. i. ff. de pact. Fernandus Loazes consi. pro Marchi. de Velez pag. xxix. nu. 10. dubit. i. idem Bal. in l. fi. C. de transa. & rursus in l. si aquam col. vi. C. de servi. ubi ait, quod licet principes lege positiva non obligentur, a dictamine tamen rationis minime solvuntur, tradunt omnes

sele en razón de su desconocimiento de la jurisprudencia, a no ser que le juzgue digno de reprensión por el motivo de no haberse contenido dentro de los límites de su profesión teológica. Incurrió en error en tercer lugar, al afirmar en el mismo lugar que la ley humana dada por el príncipe secular le obligaba en conciencia: por el motivo, dice, de derivarse de la ley eterna por medio de la natural; pero esta razón nada prueba: porque si en aquella ley se contiene lo mismo que explícita o implícitamente se contenía en la ley natural y divina, entonces este derecho no tanto se considera dimanar de esa ley humana, cuanto de la misma ley natural y divina, según hemos hecho constar más de una vez anteriormente (1); mas si la ley contenía otra cosa diversa, de tal modo que el transgresor de dicha ley no pueda considerarse haber sido también transgresor de la ley natural o divina, en ese caso cesa el pecado; porque parece que hemos otorgado a las leyes civiles un consentimiento, de tal modo limitado, que si procediéramos contra dicha ley, en tal caso incurriéramos en la pena expresa en la ley o que a juicio del juez se haya de imponer, y fuera de eso no experimentemos daño alguno, conforme antes hemos expuesto. Mas, en cuanto a que los justos al igual que los demás sean comprendidos por las leyes, lo enseña Soto en el lugar antes citado, aunque San Pablo en su carta 1.^a a Timoteo escribió, que la ley no ha sido puesta para el justo, palabra, que acertadamente explica Soto en dicho lugar.

11.

De lo anterior aparece, no ser verdadera la opinión vulgarmente admitida de quienes juzgan, que el príncipe, en sus contratos, no queda obligado por las leyes civiles con obligación civil, sino sólo con obligación natural, lo que defendieron Baldo (2), Fernando de Loaces (3), Alejandro (4) y comúnmente todos los doctores (5), diciendo expresamente

12.

(1) Por la ley *adeo*, §. *cum quis ex aliena*, Digesto, *de acquir. rerum dominio*.

(2) Acerca de la ley *princeps*; Digesto, *de legibus*; de la ley 1.^a, Digesto, *de pactis* comentada también por otros; sobre la ley final del Código, íst. *de transactionibus*; sobre la ley *pecuniam*, Código, *de cond. ob causam* y la ley 1.^a, Código, *de haered. vel actione vendita*.

(3) *Consil. pro Marchione* de Vélez, pág. 29, núm. 10, duda 1.^a

(4) Dictamen último, lib. 4.^o, col. 7.^a

(5) Sobre el cap. 1.^o *de constitutionibus*.

doctores in c. i. de const. & Alexand. consi. ult. lib. iiii. col. vii. Bal. in l. pecuniam. C. de cond. ob cau. & in l. i. C. de haer. vel act. vend. sed longe verius est, principes legitimi & regulares regulariter ex contractibus non solum naturaliter, sed etiam civiliter secundum suorum principatum iura obligari: quibus tam subesse videntur, quam reliqui concives, ut supra ostendimus.

13. Unde † secundum formam contractus oriatur actio contra principem, vel etiam pro eo, non secus quam si is contractus inter privatos fieret, eaq; actio poterit esse vel perpetua, vel temporalis, secundum distinctionem Glo. in prin. inst. de perpe. & temp. act. Sicq; si princeps venderet servum, vel quadrupedem intra tempus semestre, contra eum posset redhibitoria actio competere; vel si emeret servum vel quadrupedem intra tantundem temporis eam actionem haberet, iuxta titulum ff. & C. de aedil. edict. quae omnia & similia verosimillimum est doctores supra allegatos abnegaturos, sed non iure, ut patet ex iam dictis. Idem in actione de dolo, quae similiter principi decepto intra biennium competeret. l. fi. C. de dolo. licet contra eum, ut dixi, non daretur.

14. Colligitur † etiam suspectam esse sententiam existimantium naturalem obligationem, qua princeps teneretur in terminis iuris civilis Romanorum efficacem esse: id quod voluit Antonius Butrius & Panor. uterque col. pe. in. c. quae in ecclesiarum, de consti. Loazes ubi supra pag. xxxiiii. nu. 24. sed ex pacto nudo de iure civili Romanorum non crederem eum obligari, nisi naturaliter tantum; eaq; obligatio ad agendum non esset efficax, non magis quam in homine privato per supradicta, contra docto, supra allega. Et

Baldo (1), que aunque los príncipes no sean obligados por la ley positiva, sin embargo de ningún modo quedan libres del dictamen de la razón; pero es mucho más conforme a verdad, que los príncipes legítimos y regulares están obligados generalmente por sus contratos no sólo con obligación natural, sino también civil, conforme a las leyes de sus propias naciones; a las que se reputan estar tan sometidas cuanto los restantes ciudadanos, según arriba hemos demostrado.

Por consiguiente, conforme a la ley del contrato, nacerá el derecho de acción contra el príncipe o también en su favor, del mismo modo que si tal contrato tuviera lugar entre particulares; y tal acción podrá ser perpetua o temporal, según la distinción que establece la glosa en la introducción de la *Instituta de perpet. et temporalibus action.* Por tanto, si el príncipe vendiera un siervo o un cuadrúpedo, dentro del plazo de un semestre podría establecerse contra él acción *redhibitoria*; o si comprase un siervo o un cuadrúpedo, tendría derecho a aquella acción dentro del mismo plazo, conforme al mismo título *de aedilitio edicto* del Código y Digesto. Todas estas afirmaciones, y otras semejantes, es muy probable que las negarían los doctores antes citados, aunque no justamente, como es manifiesto por lo dicho. Lo mismo sucedería con la acción por dolo, que igualmente le correspondería al príncipe engañado, dentro del plazo de dos años (2), si bien en contra suya no se admitiría, conforme hemos expuesto.

Dedúcese también ser sospechosa la opinión de quienes juzgan ser eficaz la obligación natural que ligaría al príncipe según los términos del derecho civil romano, lo que defendieron Antonio Butrio, el Panormitano (3) y Loaces (4), pero no creería yo que, conforme al derecho civil romano, quedara obligado por un *nudo pacto*, sino sólo con obligación natural, y que tal obligación no tendría eficacia para entablar acción, no más que en cualquier otro hombre particular, por las razones antes expuestas en contra de los doctores

(1) En la ley *si aquam*, col. 6.^a Cód., tít. *de servit.*

(2) Según la ley final del Código, tít. *de dolo*.

(3) Ambos sobre el cap. *quae in ecclesiarum, de constit.*, col. penúltima.

(4) *Ubi supra*, pág. 34, núm. 24.

13.

14.

15. consequenter † qui cum eo de aliquo nudo pacto conveniret naturaliter tantum, & sic non efficaciter ad agendum obligaretur. l. iurisgentium. §. sed cum nulla & §. igitur nuda. ff. de pact. iuncta. l. i. ff. quod quisque iuris. & quia leges illae generales, personas privilegiatas ut est princeps non secus quam reliquos comprehendunt, nisi ea in specie qua de agitur reperiantur habere peculiare privilegium. l. in fraudem in fin. ibi quia generalis erat ille determinatio. ff. de mil. test. & ibi no. Bald. Decius consil. v. & in. l. ex testamento. C. unde lib. & in. l. i, ff. de reg. iur. Andr. Alcizatus parad. lib. iiii. c. x. Andr. Tiraq. de praescri. §. i. glo. 11. ad finem. Apparet etiam quemadmodum sint intelligendi Panor. in c. quae in ecclesiarum de consti. col. pen. & Loazes ubi supra nu. 23. & idem in rep. l. filiusfam. §. divi. ff. de lega. i. limi. vii. col. xlvii. dum aiunt, contractus † celebratos inter principem & eius subditos remanere
16. in terminis iuris communis, nam † ius commune a iureconsultis appellatur ius naturale vel gentium. l. ius civile. ff. de iust. & iure. Sed a doctoribus sumitur pro iure civili Romanorum. & nec est verum quod remaneat in terminis solius iuris naturalis vel gentium, cum etiam regulandus sit secundum ius civile civitatis illius principis. arg. in prin. inst. de oblig. ibi secundum nostrae civitatis iura. Nec est verum quod remaneat in terminis iuris civilis Romanorum, sed iuris civilis illius principatus cui dominabatur rex ille, ut iam ostendimus.

arriba citados. Y por consiguiente, quien con él hiciere un convenio de *nudo pacto*, quedaría obligado solamente con obligación natural, y por tanto, no quedaría eficazmente ligado para dar lugar a una acción (1); y porque aquellas leyes generales comprenden también a las personas privilegiadas, cual lo es el príncipe, del mismo modo que a los demás, a no ser que conste tener particular privilegio en aquella materia de que se trata, según consta por varias leyes (2), y lo afirman Andrés Alciato (3) y Andrés Tiraqueau (4). Aparece también de qué modo hemos de entender al Panormitano (5) y a Loaces (6) cuando afirman, que los contratos celebrados entre el príncipe y sus súbditos, se mantienen en términos del derecho común; porque al derecho común lo llaman los jurisconsultos derecho natural o de gentes (7); pero los doctores lo entienden por el derecho civil de los romanos. Pero ni es verdad que se mantenga en términos solamente del derecho natural o de gentes, siendo así que ha de regularse conforme al derecho civil de la nación de dicho príncipe (8), ni es tampoco verdad que se mantenga en términos del derecho civil de los romanos, sino del derecho civil de aquella región en que dicho rey ejerce el supremo dominio, conforme hemos ya demostrado.

(1) Conforme a la ley *iurisdictionum*, §. *sed cum nulla* y §. *igitur nuda*, Digesto, de *pactis*, junto con la ley 1.^a, Digesto, tít. *quod quisque iuris*.

(2) Por la ley *in fraudem* al final en las palabras «porque aquella disposición era general» del Digesto, tít. *de milit. testamento* y allí lo notan Baldo y Decio, *consil* 5.^o; lo mismo en la ley *ex testamento*, Código, tít. *unde libe.* y en la ley 1.^a, Digesto, de *regulis iuris*.

(3) *Parad.*, lib. 4.^o, cap. 10.

(4) *De praescript.*, §. 1.^o, glosa 11 al final.

(5) En el cap. *quae in ecclesiarum, de constit.*, col. penúltima.

(6) *Ubi supra*, núm. 23 y sobre la citada ley *filiusfam.*, §. *divi*, Digesto, tít. *de legatis*, lib. 1.^o, *limi*. 7.^o, colum. 47.

(7) Véase la ley *ius civile*, Digesto, de *iust. et iure*.

(8) Como se prueba por el principio de la Instituta *de obligationibus* en las palabras «conforme a las leyes de nuestra ciudad».

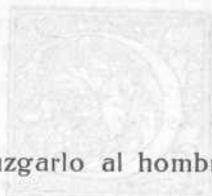
CAPVT QVADRAGESIMVM SEXTVM

SUMMAE

1. *Leges ligent necne, an privato iudicare liceat, ardua. q.*
2. *Lex non valet nisi publice utilis sit & a naturali, & divina derivetur.*
3. *Lex initio utilis & si fiat inutilis non perdit vim obligatoriam. contra theologos.*
4. *Ratione legis cessante etiam in particulari lex cessat. contra Doct.*
5. *Lex non est scriptura, aut verba, sed mens quae ipsius verbis praevalet.*
6. *Lex ne quis sylvam cedat suam, cessat ubi id noxium est in parte regionis, contra Doct.*
7. *Legem cessare in particulari ordinarius potest interpretari, contra Doct. quinimo ita interpretari necesse habet. contra Docto. & princeps ad id teneretur contra Doct.*
8. *Legem in particulari cessare potest interpretari privatus, contra Doct.*
9. *Legis ratio non cessat quando contingenter cessat, contra Docto.*
10. *Lex parum utilis, vel nil omnino utilis, vel etiam aliquantulum noxia servanda est.*
11. *Lex positiva contra ius gentium secundarium valet.*
12. *Ius gentium secundarium positivum est.*
13. *Lex inutilis vel aliquantulum noxia in foro animae servanda non est.*

CAPÍTULO CUADRAGÉSIMOSEXTO

SUMARIO



- Si las leyes obligan o no ¿le es lícito juzgarlo al hombre particular? Cuestión difícil. 1.
- La ley no tiene valor si no es generalmente útil y si no se deriva de la ley natural y divina 2.
- La ley útil en un principio, aunque después se haga inútil, no pierde su fuerza obligatoria; contra algunos teólogos. 3.
- Al cesar la razón de la ley, aun en un caso particular, cesa la ley; contra los doctores. 4.
- La ley no la constituyen la escritura, o las palabras, sino el espíritu que se antepone a las palabras. 5.
- La ley, que nadie corte leña en su propia selva, cesa cuando ésto es perjudicial en alguna parte de la región; contra los doctores. 6.
- El juez ordinario puede interpretar que cesa la ley en algún caso particular; más aún, tiene obligación de interpretarlo así, y el príncipe está también obligado a ello; las tres partes contra los doctores. 7.
- El particular puede interpretar que cesa la ley en algún caso particular; contra los doctores. 8.
- No cesa la razón de la ley, cuando sólo cesa contingentemente; contra los doctores. 9.
- La ley poco útil, o nada útil en absoluto, o aun algún tanto dañosa se ha de cumplir. 10.
- Es válida la ley positiva contraria al derecho de gentes secundario. 11.
- El derecho de gentes secundario es positivo. 12.
- La ley inútil o algún tanto perjudicial, no hay obligación de guardarla en el foro de la conciencia. 13.

14. *Leges passim mutare nocet.*
 15. *Lex sit inutilis, vel aliquantulum noxia a principio, an vero postea inutilis esse incipiat, multum refert.*

1.



ENTESIMO quadragesimo primo, superioribus proximus est & ille articulus, qui ex nostra principali conclusione facile definiri licet. An homini privato liberum fasq; sit iudicare de legibus utrum earum

mens cesset, vel non, aliquo casu. Movet quaestionem, quod in temporalibus legibus quanvis homines & possint & debeant de his iudicare dum eas instituunt, dumque consultant, ac disceptant ferri eas leges expediat necne, tamen postquam latae sunt iam amplius iudicare de ipsis minime licet: sed oportet iudicare secundum ipsas, capitulum. erit autem lex quarta dist. & divus Augustinus de vera religione eadem fere verba

2. refert, & tenet eandem sententiam. Et praemittit † legem non aliter valere, quam si publice utilis sit d. ca. erit autem lex. nec valet nisi derivetur a lege naturali, & divina, ut docemur per Dominicum Sotum lib. i. q. vi. art. vii. de iust. & iure, sicq; necessario esset bona, quia illa iura semper sunt bona, ideoque aeterna fore certum est, ut. l. omnes populi. ff. de iust. & iure. §. sed naturalia inst. de iure nat.

Nunc tria videnda sunt, quid si lex in communi postea facta est nociva? deinde quid si in quodam particulari tantum facta est nociva reipublicae? postremo, quid si in quodam particulari facta est nociva non reipublicae, sed cuidam

3. privato civi? Primo casu † communis Theologorum sententia esse videtur, talem legem ipso iure evanuisse; ita videntur tenere dicentes talem legem nullam habere obligandi vim

- Es perjudicial el cambiar las leyes a cada paso. 14.
 Existe gran diferencia en que la ley sea ya desde su origen 15.
 inútil o algún tanto perjudicial, o en que más bien empiece
 a ser inútil posteriormente.

Conclusión 141. Relacionada con las anteriores se 1.
 encuentra también aquella cuestión, que es fácil resolver por
 nuestra conclusión fundamental, a saber, si en algún caso
 está en la mano del particular y le es lícito el juzgar acerca
 de las leyes, si ha cesado o no el espíritu de éstas. Motiva la
 cuestión el que tratándose de leyes temporales aunque los
 hombres pueden y deben juzgar acerca de ellas, mientras las
 instituyen, o deliberan sobre ellas o disputan sobre si con-
 viene o no el establecerlas, sin embargo una vez que han
 sido impuestas, no es lícito en modo alguno el juzgar en
 adelante acerca de ellas; sino que conviene aplicarlas como
 norma para juzgar (1); y San Agustín (2) se expresa casi
 con estas mismas palabras y defiende la misma opinión.

Hemos de asentar de antemano, que la ley únicamente es 2.
 válida si es útil a la comunidad (3); ni tiene tampoco valor
 sino dimana de la ley natural y divina, conforme nos lo
 enseña Domingo Soto (4); y que por esta razón necesaria-
 mente será buena, porque siempre lo son aquellas leyes
 [natural y divina] y por tanto cosa cierta que han de ser
 eternas (5).

Ahora hemos de examinar tres cuestiones: ¿qué diríamos 3.
 si la ley ha llegado después a ser nociva al común de los
 ciudadanos? En segundo lugar ¿qué, si se ha hecho ya
 perjudicial a la república, pero solamente en algún caso
 particular? Finalmente, ¿qué si ha llegado a ser perjudicial
 en alguna cosa particular, no al común de los ciudadanos,
 sino sólo a algún ciudadano particular? En el primer caso
 parece ser doctrina común de los teólogos que tal ley se ha

(1) Según el cap. *erit autem lex*, dist. 4.^a

(2) *De vera religione*.

(3) Según el citado cap. *erit autem lex*.

(4) *De iust. et iure*, lib. 1.º, cuest. 6.ª, art. 7.º

(5) Consta por la ley *omnes populi*, Digesto, de *iust. et iure* y por el §. *sed naturalia* Instituta, de *iure naturali*.

Dominicus Sotus Theologorum doctissimus de iust. & iure. lib. i. q. vi. ar. viii. post S. Tho. & Caietanum. l. ii. q. xc. art. viii. idem S. Tho. ii. ii. q. lx. ar. v. & rursus. i. ii. q. xcvi. art. iii. ubi etiam Caietanus & in d. ar. v. sequi videtur, & Theologorum eruditissimus frater Alfonsus de Castro de potestate legis poenalis lib. i. c. v. documento. iii. plene per Philippum Corneum in l. un. in prin. C. de cad. tollen. & per Andream Tiraq. de causa cessante par. i. & rursus idem Alfonsus Castrensis ubi supra in. v. documento. Id quod nos impugnavimus de succ. progressu in praefa. nu. 67. versi. sed an ipso iure ea lex. Movemur per egregiam. l. un. in prin. supra alle. dum ait ut quod belli calamitas introduxit, lenitas pacis sopiret, expende verbum sopiret, ut enim homo dormiens & sopitus non fit cadaver, nec desinit habere vim & substantiam hominis, ita ea lex vim legis habere non desinit, quamvis interea, dum eius ratio quoad bonum publicum cessat, non sit executioni mandanda: utilitas magna est, sic enim fit ut utilitate legis rursum redeunte eadem lex quasi a suo somno expergefata vires suas, quas non amisserat, sed tantum frenaverat & continuerat, aut occultaverat, nunc exercere incipiat, nec opus sit eandem legem rursus a republica cum suis ambagibus & prolixis solemnitatibus (de quibus in l. humanum. C. de legibus & in. §. lex. iust. de iure nat.) ferri, quae omnia fusius loco iam allegato peregrimus: nec a divi Thomae & aliorum sententia id forte alienum esset, quanvis eorum verba repugnare aliquantulum videantur. Ergo si quo tempore urbs obsessa erat, lex iussit, ne portae civitatis aperirentur nocte, ne forte hostes urbem

hecho nula por el mismo derecho; de este sentir parecen ser, al afirmar que tal ley no tiene fuerza alguna para obligar, Domingo Soto el más docto de los teólogos (1), siguiendo la doctrina de Santo Tomás y Cayetano (2) y también el más erudito de los teólogos Fr. Alfonso de Castro en su obra *De potestate legis poenalis* (3); lo mismo defiende extensamente Felipe Corneo (4), Andrés Tiraqueau (5), y de nuevo Alfonso de Castro (6). Doctrina que nosotros hemos combatido en nuestra obra *De successionum progressu* (7). A ello nos mueve la notable ley antes citada (8), en las palabras «a fin de que lo que la calamidad de la guerra introdujo, lo destruyan las dulzuras de la paz». Pondérese bien la palabra *sopiret*, porque así como un hombre sumido en sueño y adormecido, no se vuelve cadáver, ni deja de tener la fuerza y esencia de hombre, del mismo modo aquella ley no deja de tener fuerza de ley, si bien en el tiempo en que cesa la razón de dicha ley atendido el bien público, no se ha de llevar a ejecución; es señalada la utilidad que hay en ésto, porque así sucede que al suscitarse de nuevo la utilidad de tal ley, ella misma, como sacudida de su propio sueño, empieza ahora a ejercer sus fuerzas, que no tenía perdidas, sino que solamente las había reprimido, contenido y ocultado, no siendo así necesario el que la república establezca de nuevo la misma ley con todos sus incidentes y prolijas formalidades (de las que hemos tratado al comentar la ley *humanum*) (9), todo lo cual lo hemos expuesto más extensamente en el lugar citado. Ni tal vez difiera ésto de la opinión de Santo Tomás y de otros autores, aun cuando sus palabras parezcan ser algún tanto contrarias. Por consiguiente, si en el tiempo en que la ciudad estaba asediada, dispuso una ley que no se abrieran de noche las puertas de la ciudad, no fuera que

(1) *De iust. et iure*, lib. 1.º, cuest. 6.ª, art. 8.º

(2) *Prima secundae*, cuest. 90, art. 8.º y Santo Tomás también *secunda secundae*, cuest. 60, art. 5.º y de nuevo *prima secundae*, cuest. 96, art. 4.º; donde parece seguir la misma doctrina Cayetano, y en el citado art. 5.º

(3) Libro 1.º, cap. 5.º, documento 3.º

(4) Sobre la ley única del tít. *de caduc. tollendis* del Código.

(5) *De causa cessante*, parte 1.ª

(6) *Ubi supra*, documento 5.º

(7) En la introducción, núm. 67, versic. *sed an ipso iure ea lex*.

(8) La ley única del tít. *de caduc. tollendis* del Código, al principio.

(9) Del Código, tít. *de legibus* y sobre el §. *lex, Instituta, de iure natur*.

agressi muros penetrarent, ea lex quo tempore bellum non solum finitum esset, sed & longissime exterminatum, ita ut nullum omnino periculum esset, tunc ea lex quoad omnes cives caesare videretur. Caeterum si idem hostes, vel, alii reversi rursum urbem obsiderent, eadem lex quia vires suas nunquam amisit, sed tantum ad imaginem sopiti aut soporati hominis vires continuerat, represserat, frenaverat, nunc quasi expergefata, aut freno libera & soluta, vires suas sine nova legislatione aut promulgatione ipso iure exercere incipiet.

Quod ad secundum casum principalem, quando ea lex non ex toto reipublicae nociva facta est, sed tantum in quodam casu particulari, & tunc Dominicus Sotus ubi supra post divum Thomam & Caietanum ubi supra, quos refert, tenet cessare legem, hoc est ipsius executionem, quoad illum casum particularem. Sicq; si iussit lex civitatis obsessae ne ipsius portae, etiam de die aperiantur, tamen si cives ab hostibus fugientes clamarent se intra muros recipi, aperiendae portae essent; nec per hoc legis transgressio facta videretur, cum illi utiles sint ad defensionem & tuitionem urbis, cui rei ea lex consultum voluit: quod admitterem, nisi forte periculum esset, ne hostes tales cives insequentes simul cum fugientibus irrumperent in urbem: sicq; eam caperent omnesq; cives perderent, quod maxime cavendum esset, quando non magnus esset numerus civium fugientium, magnunq; esset periculum in portis aperiendis.

Ultimo casu quando ratio legis in particulari cessabat quod particulare reipublicae saltem principaliter non intererat,

atacando los enemigos a ésta penetraran dentro de sus muros, dicha ley en el tiempo en que no sólo estuviera ya terminada la guerra, sino desterrada en absoluto, de suerte que no hubiera ni aun la menor sombra de peligro, en tal caso dicha ley parece cesar para todos los ciudadanos de la república, y también para todos los casos particulares. Por lo demás, si los mismos enemigos o bien otros diversos presentándose pusieran de nuevo asedio a la ciudad, aquella misma ley que nunca perdió sus fuerzas sino que solamente había contenido, reprimido y refrenado su eficacia, a semejanza de un hombre adormecido o embotado por el sueño, ahora como despierta y libre y desembarazada de todo freno, empezará en virtud del mismo derecho a hacer eficaces sus fuerzas sin necesidad de nueva legislación o promulgación.

En cuanto al segundo caso principal cuando aquella ley se ha convertido en perjudicial para la república pero no por completo, sino sólo en cierto caso particular, defiende Domingo Soto (1), siguiendo el sentir de Santo Tomás y Cayetano (2), a quienes cita, que en tal caso cesaba la ley, es decir, su ejecución en cuanto a aquel caso particular. Así, por ejemplo, si una ley de una ciudad sitiada ordenó que ni aun de día se abrieran sus puertas, sin embargo si algunos ciudadanos huyendo de los enemigos, pidieran a gritos que les dieran acogida dentro de las murallas, deberían abrirse las puertas; sin que por ello pareciera haberse violado la ley, siendo así que dichos ciudadanos son útiles para la defensa y custodia de la ciudad, a cuyo propósito se quiso atender con dicha ley; esta solución la admitiría, a no ser que existiera tal vez el peligro de que los enemigos en persecución de tales ciudadanos, penetrasen violentamente dentro de la ciudad juntamente con los fugitivos y de este modo se apoderaran de ella, llevando a la ruina a todos los ciudadanos, lo que se había de evitar sobremanera, cuando el número de ciudadanos fugitivos no era grande, y por otra parte era considerable el peligro en el abrir las puertas.

En la última cuestión cuando cesaba en algún caso particular la razón de la ley, en el supuesto de que dicho caso

(1) En el lugar antes citado.

(2) En los lugares dichos.

tunc duo sunt videnda, primum an cesset legis obligatio, deinde an illi particulari & privato homini liceat facere hanc interpretationem collectam ex mente legis contra verba ipsius.

4. Quod † ad primum Sotus ubi supra negat tunc legis transgressionem fieri licere, quod si (inquit) scis caeteris utrum illa sit sufficiens ratio, ut subditus faciat contra legem, quod ratio legis in particulari persona & casu deficiat, respondetur, quod si tantum deficit in particulari non sufficit, id quod & tenet secundum ipsum, divus Thomas. ii. ii. q. lx. arti. v. quod & tenet rursum ipse Dominicus Sotus Theologorum disertissimus ubi supra lib. iii. q. iiii. artic. v. post Aristotelem, quem referunt v. ethi. c. vii. & ut perfectius rem agamus ipsi distinguunt inter legem positivam, quae non tam iuris inductiva est, quam iuris divini, aut naturalis iam inducti repetitiva (id quod ipsi apellant ius naturale continere, sed non instituere) & legem quae illud disponit quod inspectis iuris naturae principiis nihil referebat utrum sic fieret, vel non fieret: quo casu inquirunt ipsa legis scriptura ius ipsum non solum continet, sed etiam instituit, (quod ius positivum appellant divus Thomas & Dominicus Sotus, Aristoteles vero legitimum appellat, aitque esse bonum legitimum) ergo aiunt, qui ab hoc iure scripto recedit, non potest non ire vel contra bonum naturale, vel contra bonum legitimum, quorum neutrum licet. Unde Sotus ex mente ut (inquit) reliquorum d. art. v. & d. art. viii. ait, quod etiam si lex positiva, quae in communi bona est, in particulari incipiat esse noxia, non desinit etiam in illo particulari habere suum effectum & executionem; sicq; ait, si lege cautum est

particular no afectara, al menos de un modo señalado, a la república, entonces debemos considerar dos cosas: primera, si cesa la obligación de la ley, y segunda si a aquel hombre particular y privado le es lícito dar esta interpretación a la ley, deduciéndola del espíritu de la misma, en contra de sus palabras. En cuanto a la primera, niega expresamente Soto (1), que en tal caso sea lícito el quebrantar dicha ley, porque, dice, si quieres saber si para los demás es suficiente motivo para que el súbdito proceda en contra de la ley, el que cese la razón de la misma en una persona o caso particular, se te responderá, que si sólo cesa en un caso particular no es suficiente, lo mismo que según él defiende también Santo Tomás (2), y de nuevo el mismo Soto el más consumado de los teólogos (3), siguiendo el sentir de Aristóteles a quien ambos citan. Y para tratar más cumplidamente la cuestión, dichos autores distinguen entre la ley positiva que no tanto es causativa de un nuevo derecho, cuanto repetición de un derecho divino o natural ya introducido (lo que ellos mismos llaman contener un derecho natural pero no instituirlo) y la ley que ordena una cosa, que atendidos los principios del derecho natural, nada importaba el que se hiciera de este modo o el que no se hiciera; y en este caso, dicen, los mismos términos de la ley no sólo contienen el mismo derecho sino que lo instituyen (a este derecho le llaman positivo Santo Tomás y Domingo Soto, mientras Aristóteles le llama legítimo, y dice ser un bien legítimo), por consiguiente, dicen, quien se aparta de este derecho escrito no puede menos de ir o contra un bien natural, o contra un bien legítimo, y ninguna de estas dos cosas es lícita.

4.

Por lo que Soto, conforme, según dice, con la mente de los demás (4), afirma que aun cuando una ley positiva, que es provechosa al común de los ciudadanos, empiece a ser perjudicial en algún particular, no deja aun en aquel particular de tener efecto y ejecución; de este modo, dice, si una ley previene que a nadie le sea lícito el caminar armado

(1) En el lugar antes citado.

(2) *Secunda secundae*, cuest. 60, art. 5.º

(3) *Ubi supra*, lib. 3.º, cuest. 4.ª, art. 5.º

(4) En los citados artículos 5.º y 6.º

neminem nocte licere incedere armatum, & civis multum quietus & pacificus a quo verosimiliter nihil mali fimetur armatus incedit, incurrit poenam legis, licet ratio & utilitas legis in eo cesset. Unde etiam subdit, principem per modum dispensationis eo casu posse subvenire ei, ne poenam subeat; sentit tamen quod princeps talem legis dispensationem facere non tenebitur. Aitque iudicem id facere neque debere, neque posse, ipsumq; privatum hominem non posse eo colore legem inconsulto principe transgredi; quae omnia verosimiliter responderent ita Andreas Tiraq. de causa cessante limi. xxxii. post Aretinum & alios, quos refert, quatenus tenent cessante ratione legis in particulari cessanteq; eius utilitate, si quidem in communi non cessat, tunc legis executionem & effectum non cessare etiam in illo particulari, quibus favere videtur egregia. l. i. §. fi. ff. de minor. dum restitutionem concedit minori laeso etiam si is aequè prudens & strenuus esset cuilibet homini legitimæ ætatis, quanvis minoribus propter lubricum ætatis succurri soleat, quæ ratio cessare videbatur in tali minori.

- Quid dicendum? & sane istorum patrum sententiæ quoad pleraque suspectæ sunt, eorumque error illinc defluxit, quod ipsi loquebantur de lege, & quid esset lex non recte percipiebant. Nam † existimabant, legem esse ipsam scripturam (ut non semel expressit divus Thomas d. q. lx. art. v. post Aristot. quos Dominicus sequi videtur ubi supra.) id quod longe distat a vero. Lex enim scriptura non est. ut in. l. non figura & l. obligationum substantia i. iuncto ult. resp. ff. de act. & oblig. quinimo fraus legi fit, quando insequimur eius
- 5.

durante la noche, y acontece que un ciudadano sobremanera moderado y pacífico, de quien con toda probabilidad no se teme mal alguno lleva consigo armas, incurre en la pena legal, aun cuando cesa en él el motivo y utilidad de la ley. Por cuya razón, añade también, puede en tal caso el príncipe venir en su ayuda por vía de dispensación, para que no sufra aquella pena, aun cuando es de parecer que el príncipe no estará obligado a concederle aquella dispensación de la ley. Y dice además, que el juez ni debe ni puede hacer ésto, y que el mismo hombre particular no puede con tal aparente razón traspasar la ley sin consultar al príncipe. A todo lo cual respondería probablemente del mismo modo Andrés Tiraqueau, siguiendo el sentir del Arefino y de otros a quienes cita, en cuanto que son de parecer que al cesar el motivo de la ley en un particular, y al cesar su utilidad, puesto que no cesa para el común de los ciudadanos, que en tal caso ni aun en aquel particular cesa la ejecución y efecto de la ley (1). Parece apoyar la opinión de estos autores la notable ley 1.^a, §. final del Digesto, en el título *de minoribus*, al conceder la restitución al menor perjudicado, aun cuando éste estuviera dotado de igual prudencia y destreza que otro cualquier hombre en edad legal, pues aunque a causa de lo infundado de la edad se suele otorgar apoyo a los menores, pero este motivo parecía no tener lugar en el expresado menor.

¿Qué hemos de responder? A la verdad las opiniones de dichos padres son sospechosas en este punto, en la mayor parte de sus afirmaciones, y su error nació de esta fuente, de que hablaban de la ley, y no entendían rectamente la naturaleza de la ley. Porque juzgaban que la ley eran los mismos términos escritos (como más de una vez lo expresó Santo Tomás (2), siguiendo a Aristóteles, cuya opinión parece admitir también Domingo Soto) (3), lo que dista mucho de la verdad. Porque los términos escritos no son la ley, como se desprende de varias disposiciones legales (4); más aún se defrauda a la ley, cuando seguimos sus pala-

(1) *De causa cesante*.

(2) En la citada cuest. 60, art. 5.^o

(3) *Ubi supra*.

(4) De la ley *non figura*; de la ley *obligationum substantia*, Digesto, tít. *de actio, et obligat.* en la primera y última respuesta.

verba aut scripturam relicta mente. l. fraus. ff. de legib. & Cicero in oratione pro Cecinna ait, Scriptum sequi calumniatoris est, si quidem eludatur mens legislatoris aut scribentis. Et rursus ibidem ait, Verba inventa esse, quae indicarent, non quae impedirent nostram voluntatem, sicque voluntas tenet primum locum, sequentem verisimilitudo, ultimum verba; ut plenissime disseruimus supra ca. xxv. & xxviii. voluntas ergo & mens legis etiam si coniecturis tantum collecta sit posthabitis ipsius verbis, aut scriptura insequenda est, ut etiam plenissime diximus in. l. si quando in princip. C. de inoff. test.

Nec dubium est, quin principatus tam legum quam principum sit creatus ad meram civium utilitatem. Unde ad eorum perniciem converti minime debet. sicq; ut lex simul ac in communi incipit esse noxia, cessat eius effectus & executio quoad omnes, secundum quod supra exposuimus, ita & cum incipit esse noxia respectu unius, aut quorundam civium in aliquo casu particulari, in illo casu carebit executione, ne ea lex ad proficiendum lata nocere incipiat. contra. l. quod favore. ff. de legib. l. non ideo minus. C. de procur. l. legata inutiliter. ff. de leg. i. legata inutiliter. ff. de adim. leg. quam regulam iure naturali nitentem mille legum, rationum, & doctorum auctoritatibus ornavimus in d. l. si quando in princ. idque comprobatur per argumentum validissimum de toto ad partem de quo in. l. an pars. ff. pro derelicto. l. quae de tota. ff. de rei vendi. elegans. l. haeredes mei. §. cum ita. ff. ad Trebel. sicque par est ut quemadmodum si ex toto ratio & utilitas legis cessaret in communi, tunc etiam ad

bras, o escrito, apartándonos de su espíritu, según consta por la ley *fraus* del Digesto, tít. de *legibus*. Así dice también Cicerón en su discurso en favor de Cecina: «El atenerse a la materialidad escrita es propio del falso acusador, si es que con ello burla la intención del legislador o del autor de lo escrito». Y de nuevo repite en el mismo discurso: «Las palabras se inventaron para dar a conocer nuestra voluntad, no para que le sirvan de obstáculo». De este modo el primer lugar corresponde a la intención, el segundo a la verosimilitud y el último a las palabras, según con toda extensión lo tratamos antes en el cap. 25 y 28. Así, pues, aunque la intención y la mente de la ley se colija sólo por conjeturas, a ella hemos de atenernos dejando a un lado sus palabras y escrito, lo que también hemos expuesto con la mayor extensión en otro lugar (1).

Ni hay la menor duda de que la soberanía, tanto de las leyes cuanto de los príncipes, ha sido instituída para exclusiva utilidad de los ciudadanos. Por lo que de ningún modo debe encaminarse al perjuicio de éstos. Por consiguiente, así como no bien la ley empieza a ser nociva al común de los ciudadanos, cesa su efecto y ejecución para con todos, así también cuando empieza a ser perjudicial con respecto a uno o a cierto número de ciudadanos en algún caso particular, carecerá de ejecución en dicho caso, para evitar que aquella ley dada para provecho, empiece a ser nociva en contra de lo que consta por varias disposiciones (2); esta regla que se afianza en el mismo derecho natural, la hemos además corroborado con innumerables leyes, razones y autoridades de los doctores, al tratar de la citada ley *si quando*, lo mismo se confirma por el valiosísimo argumento del todo a la parte, al que hacen referencia numerosas leyes (3). Por lo tanto, así como si la razón y utilidad de la ley cesara por completo para el común de los ciudadanos, en tal caso dicha

(1) Al tratar de la ley *si quando*, Código, de *inofficioso testamento*, al principio.

(2) Por la ley *quod favore*, Digesto, de *legibus*; por la ley *non ideo minus*, Código, de *procuratoribus*; por la ley *legata inutiliter*, Digesto, de *legatis*, lib. 1.º y por la misma ley del tít. de *adimendis legatis*.

(3) Así la ley *an pars*, Digesto, pro *derelicto*; la ley *quae de tota*, Digesto, tít. de *rei vendi*. y la notable ley *haeredes mei*, §. *cum ita*, Digesto, ad *Trebellianum*.

omnes lex illa interim effectu & executione careret; ita si cessare incipiat in particulari, tunc quoad illud particulare cessare & executione quoq; carere incipiat; id quod si recet inspiciatur divus Thomas d. q. lx. ar. v. in ultimis verbis amplectitur licet, longe aliter & minus recte (iudice me) ab ipso Soto intellectus fuerit.

Denique haec pars probatur ex nostra principali conclusione, qua edocemur legis imperium esse ad meram civium utilitatem, non ad eorum laesionem, sicque quo casu ea lex uni civi noceret, & reliquis non prodesset, non potest non cessare ex naturali ratione, aliter enim ea lex inofficiosa esset, hoc est suae destinationi contraria: nam & plus est etiam iure & libertate nostra uti non possumus, cum id nemini prodest, & alteri nocet: ut tradunt communiter Doctores eam legem ita restringentes in. l. altius. C. de servi. dum negant posse me aedificare in domo & area mea, quando id mihi non prodest, & alteri nocet. In summa haec pars confirmatur per omnia iura, per omnes rationes, perque ea omnia quae

6. toto hoc lib. continentur. Si ergo † iussit lex ne quisquam sylvam suam caederet quo magis lignis provincia abundaret, certe si postea aliqua particula illius forte latae provinciae (ut Hispania est) coepit tam densas habere sylvas ut vel frugibus vel animalium saluti vel utriq; rei noceret, ea lex in illo particulari carebit executione. Idemque si iussit lex ne per decennium liceret venari, aut piscari, quo magis regio abundaret feris & piscibus; certe si post annum forte in quadam regionis particula tam abundare, aut pullulare coepisset ferarum genus ut noceret non solum frugibus, sed

ley carecería, mientras fuera tal, de efecto y ejecución aun para todos, del mismo modo, es justo que si en algún caso particular empieza a cesar la razón de tal ley, empiece ésta a cesar y a carecer también de efecto en cuanto a tal particular, lo que, si rectamente se considera, admite Santo Tomás en las últimas palabras de la citada cuestión 40, art. 5.º, aunque muy de otro modo, y a mi juicio, menos acertadamente lo haya entendido el propio Soto.

Finalmente, esta parte se prueba también por nuestra conclusión fundamental, que nos enseña que el imperio de la ley tiende a la exclusiva utilidad de los ciudadanos, y de ningún modo a su perjuicio, y por consiguiente en el caso en que tal ley perjudicara a un ciudadano sin ser provechosa a los demás, no puede por menos de cesar por razón natural, ya que de otro modo dicha ley sería *inoficiosa*, esto es, contraria a lo que se destina; por tal razón, lo que es más aún, no podemos tampoco hacer uso de nuestro derecho y libertad, cuando ésto a nadie aprovecha y en cambio perjudica a alguno, según lo afirman comúnmente los doctores limitando de este modo la ley *altius* del Código, tít. *de servitutibus*, al negarme a mí la facultad de edificar en mi propia casa y solar, cuando ésto a mí no me reporta utilidad y en cambio perjudica a otro. En resumen, esta parte se corrobora también por todas las leyes, por todas las razones y por toda la doctrina que se contiene en todo este libro.

Si, pues, una ley ordenó que nadie hiciese leña en su propia selva con el fin de que la provincia tuviera copiosos bosques, ciertamente si andando el tiempo alguna pequeña parte de aquella provincia, tal vez dilatada (cual lo es España) empezó a tener tan espesas selvas que era ya perjudicial para los cultivos, o para el buen cuidado de los ganados, o para ambas cosas, dicha ley carecerá de ejecución en aquel caso particular. Del mismo modo si otra ley ordenó quedar prohibida la caza o la pesca por espacio de diez años, con el fin de que la región tuviera mayor abundancia de animales salvajes y de pesca, ciertamente si transcurrido un año, tal vez en alguna pequeña parte de la región hubiera empezado a abundar y a propagarse con tal exceso el linaje de las fieras, que fuera ya perjudicial, no sólo para los frutos de la tierra, sino también para los viajeros, a causa

- etiam itinerantibus propter numerosam ferarum, ursorum, leonum, & similibum turbam: tunc licet in reliquis regionis partibus id non esset adhuc ea terrae particula ea lex cessaret executioneq; careret. Idemque † si tanta in ea terrae particula piscium copia in fluminibus, vel in pelagis esset, ut mortui putrescerent, hominumq; saluti noceret; quibus casibus & similibus iudex ordinarius posset legem illam ita interpretari, id quod ex mente divi Thomae esse videtur ubi supra contra mentem Dominici Soti, Andreae Tiraquelli, Aretini & sequacium. Quinimo non solum posset, sed etiam necesse haberet sic interpretari & iudicare ex mente ipsius S. Thomae contra reliquos proxime allegatos, quia id esset iudicare secundum leges & legum mentes; contrarium autem non iudicis, sed calumniatoris esset ut diximus.

Denique in omnibus his speciebus & similibus princeps non solum posset hanc interpretationem facere (id quod Sotus ubi supra admittit) sed etiam necesse haberet, ne aliter leges non tam interpretari, quam calumniari videretur, quod ultimum verosimiliter negaret ipse Dominicus Sotus ubi supra.

8. Sed & quod plus est, † ipse homo privatus hanc facere posset interpretationem, pro nobis etiam faciunt egregia verba Modestini iure consulti, qui in lege. nulla. ff. de legib. ait: Nulla ratio, aut iuris benignitas patitur, ut quae salubriter pro hominum commodis statuta sunt nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem, sicque etiam hominem privatum talem legis interpretationem posse facere, atque ita contra verba legis posse ire,

de la gran multitud de fieras, osos, leones y otros semejantes animales, en este caso aunque en las restantes partes de la región no sucediera lo mismo, con todo en aquella otra pequeña parte de tierra, cesaría dicha ley y carecería de ejecución. Lo mismo diríamos si en aquella parte de la región se diera tal abundancia de peces en sus ríos o en sus mares, que muertos se corrompiesen y causasen quebranto a la salud de los hombres, y en tales casos y en otros semejantes el mismo juez ordinario podría interpretar la ley en este sentido; lo que parece ser conforme al sentir de Santo Tomás en el lugar arriba citado, aunque contrariamente lo juzgan Domingo Soto, Andrés Tiraqueau, el Aretino y los secuaces de éstos. Más aún, según la mente de Santo Tomás en contra de los restantes autores últimamente citados, no sólo podría sino que tendría obligación de interpretarla y juzgarla de este modo, porque ésto sería juzgar conforme a las leyes y según el espíritu de las leyes, mientras lo contrario no sería propio de un juez, sino de un falso intérprete de la misma, según antes hemos dicho.

7.

Finalmente, en todos estos casos y en otros semejantes el príncipe no solamente podría dar tal interpretación a la ley (lo que admite Soto en el lugar arriba citado), sino que tendría obligación de hacerlo, porque de otro modo no parecería interpretar las leyes, cuanto darles falso sentido; si bien esto último lo negaría probablemente el mismo Soto (1).

8.

Pero lo que es más, el mismo hombre particular podría interpretar de este modo la ley. En nuestro apoyo militan también las notables palabras del jurisconsulto Modestini quien comentando la ley *nulla* del Digesto (2) dice así: «Ninguna razón o benignidad de la ley consiente que lo que provechosamente se ha establecido en favor del interés de los hombres, nosotros con una interpretación más dura queramos hacer que traspase el límite de la severidad en contra del provecho de los mismos hombres». De este modo, que aun el hombre particular tiene facultad para dar tal interpretación a la ley, y por tanto que puede ir en contra de las palabras de la ley, lo defiende, contradiciéndose a sí mismo Soto (3),

(1) *Ubi supra*.

(2) Título de *legibus*.

(3) En el citado art. 8.º

tenet in hoc sibi contrarius Sotus d. art. viii. quando certus ille esset, quod cessaret ratio legis: id quod ait esse contra divum Thomam, quem refert & forte non recte ipsius mentem percepit; sed quidquid sit, vera est eius opinio. Sed & si subdubius esset, si tamen in hanc partem magis quam in contrariam se inclinaret adhuc idem esse tenet idem. Sotus d. arti. viii. & nos tenuimus de succ. progressu in praefat. num. 66. cum praece. & seq.

9. Neque ad rem pertinet † quod Sotus d. art. viii. negat, hominem etiam quietum & probum posse armatum incedere stante lege contrarium iubente, quanvis in eo cesset (ut sibi videbatur) ratio legis: nam eum armatum non posse incedere verum est, sed in eo legis rationem cessare verum non est. Nam quantumlibet quietus ille sit, potest armatus nocere, & tunc demum legis rationem cessare intelligimus, quando indubitatum est, legis rationem & utilitatem cessare: non quando contingenter tantum, nec enim probat hoc esse, quod ab hoc contingit abesse. l. non hoc. C. un de legi. iuncta. l. adigere. §. quanvis. ff. de iure patro. ubi clarum exemplum & alia quam plura, quae conguessit Andreas Tiraq. de causa cessante par. i.
10. Quando † vero utilitas & ratio, quae legi ferendae occasionem dedit, nec in communi nec in particulari hodie cessat, sed tam integra est, quam erat tempore quo lata fuit, quia res sunt in eodem statu, tunc & si ea lex parum utilis sit servanda est. idem & si nihil omnino utilis sit, quinimo idem & tertio etiam si forsam melius foret contrarium fuisse lege positum, vel eam latam non fuisse. ita tradit Dominicus Sotus d. artic. v. ad finem post Aristotelem, quem

en el caso en que el particular estuviera cierto de haber cesado la razón de la ley; lo que, dice Soto, ser contra Santo Tomás, a quien cita, si bien tal vez no comprendió rectamente su pensamiento; pero sea de ésto lo que quiera, es verdadera la opinión de Soto. Pero aunque el hombre particular dudara algún tanto, con todo si se inclinaba más a esta parte que a la contraria, todavía sucedería lo mismo, así lo defiende el propio Soto en dicho artículo 8.º y nosotros lo hemos sostenido en el tratado *de successio-num progressu*, introducción, número 66, con otros anteriores y posteriores.

Ni ofrece dificultad alguna lo que Soto dice en el citado artículo 8.º, al negar que pueda aun el hombre pacífico y honrado caminar armado, estando en vigor la ley que ordena lo contrario, a pesar de cesar en tal sujeto (según a Soto le parecía) el motivo de la ley. Porque es verdad que no puede caminar armado; pero lo que no es cierto que en él cese la razón de la ley; porque por más pacífico que sea, puede yendo armado causar daño, y sólo en último término entendemos cesar el motivo de la ley, cuando está fuera de toda duda que cesa el motivo y la utilidad de la misma, no cuando sólo es contingente; porque lo que es contingente que esté ausente de una cosa, no prueba que ésta sea de tal naturaleza (1).

Mas cuando la utilidad y razón que dió ocasión para promulgar la ley, no desaparece en el día de hoy, ni en común ni en particular, sino que subsiste en todo su vigor como en el tiempo en que la ley se dió, porque las cosas perseveran en el mismo estado, en tal caso, aun cuando la ley fuera poco provechosa, se ha de cumplir; lo mismo diríamos aun cuando en nada absolutamente fuera útil; más aún, lo mismo en tercer lugar aun cuando tal vez hubiera sido mejor que la ley hubiera dispuesto lo contrario, o que no se hubiera dado tal ley; así lo enseña Domingo Soto en el citado artículo 5.º, al final, siguiendo a Aristóteles (2) a quien cita; como defen-

(1) Como consta por la ley *non hoc*, Código, tit. *unde legi*. junto con la ley *addigere*, §. *quamvis*, Digesto, tit. *de iure patronatus*, en la que hay un ejemplo manifesto y otros muchos que reunió Andrés Tiraqueau, *de causa cesante*, parte 1.ª

(2) Lib. 5.º *Ethicorum*., cap. 7.º

- refert. v. ethico. cap. vii. quibus adde idem tenentes Bald. in. l. non omnium. ff. de legib. & in. l. de quibus eodem tit. Andreas Tiraquel. qui plures refert in. tract. de retract. in praefatione numero septuagesimo quinto. per. l. i. §. initium, ibi quia moderatam hanc aetatem praetor ratus est, & per. l. prospexit. ff. qui & a quib. l. un. in princip. C. de caden. toll. verb. machinationibus, & d. l. §. i. nisi forte ea lex aperte esset contra naturalem aequitatem, vel contra ius naturale, aut contra bonos mores secundum Sotum d. artic. v. & Andream Tiraquel. ubi supra. Vel † nisi esset contra ius gentium secundum eundem Tiraquel. post Bald. ubi supra, & alios, quos refert. Quod ultimum verum non
11. est. Ius enim † gentium positivum, ius est non naturale, ut eleganter docet Dominicus Sotus de iust. & iure lib. iii. quaestio. prima. artic. iii. & disseruimus supra in praeced. cap. & plenius de succes. progressu in praefatione; ergo contra tale ius gentium positivum lex civilis lata, non minus valet, quam si lata esset contra aliud quodlibet ius civile. §. sed naturalia instit. de iure natu. l. eas causas. ff. de capi. dimi. l. nihil tam naturale. ff. de regul. iur. capitu. omnis res eod. titu.
12. Quae † omnia intelligenda sunt, quod attinet ad forum contentiosum. Nam in foro conscientiae forte lex omnino inutilis servari necesse non esset: & longe minus si etiam noceret ab ipso initio: quod intelligo, quando ex ipsius legis transgressione reliqui cives non laederentur. Quid enim si in exemplis de venatione, aut piscatione, non solum ex postfacto, sed etiam ab ipso initio, quo lex illa facta fuit inutilis erat vel forte noxia: quia eo tempore plus aequo flumina & pelagi scatebant piscibus, & nemora ferarum sat superq; abundabant, ut melius utiliusque foret minui quam multiplicari:

sores de la misma doctrina puedes añadir a los dichos, a Baldo (1), Andrés Tiraqueau, quien cita a otros muchos autores (2). A no ser que tal vez dicha ley fuera abiertamente contraria a la equidad natural, o contra el derecho natural, o contra las buenas costumbres, según Soto (3) y Andrés Tiraqueau (4); o a no ser que fuera contraria al derecho de gentes, según lo afirma el mismo Tiraqueau, siguiendo a Baldo y a otros a quienes cita en el lugar dicho. Pero esta última afirmación no es verdadera. Porque el derecho de gentes positivo, no es un derecho natural, según elegantemente lo enseña Domingo Soto (5) y nosotros lo hemos ya tratado en capítulos precedentes y más extensamente en la introducción de la obra *de successionum progressu*; luego contra tal derecho de gentes positivo, una ley civil promulgada, no es menos válida que si se hubiera dado contra otro cualquier derecho civil (6).

11.

12.

Todo lo dicho se ha de entender en cuanto se refiere al foro contencioso; porque en el foro de la conciencia tal vez no sería obligatorio el dar cumplimiento a una ley inútil en absoluto, y mucho menos aún si ya desde su mismo origen era perjudicial; lo que desde luego entiendo, cuando por la violación de dicha ley los restantes ciudadanos no recibieran perjuicio. Porque ¿qué diríamos, si en los casos referentes a la caza y pesca, dicha ley fué inútil y tal vez perjudicial, no solamente con posterioridad a su aparición, sino también desde el mismo principio en que tal ley fué dada, porque ya entonces los ríos y los mares estaban poblados con exceso de peces, y los bosques tenían suficiente y aun sobrada multitud de fieras, de suerte que mejor y más

13.

(1) Al comentar la ley *non omnium*, Digesto, *de legibus*, y la ley *de quibus*, del mismo título.

(2) En el tratado *de retractatione*, introducción, núm. 75, acerca de la ley 1.ª, §. *initium* en las palabras *quia moderatam hanc aetatem praetor ratus est*; como también al tratar de la ley *propexit.*, Digesto, ítem. *qui et a quibus*; de la ley única del ítem. *de caducis tollendis*, Código, en la palabra *machinationibus* y de la citada ley, §. 1.º

(3) En el citado art. 5.º

(4) *Ubi supra*.

(5) *De iust. et iure*, lib. 3.º, cuest. 1.ª, art. 3.º

(6) Como consta por el §. *sed naturalia*, Instituta, *de iure naturali*; por la ley *eas causas*, Digesto, *de capi. diminutione*; por la ley *nihil tan naturale*, Digesto, *de regulis iuris* y por el cap. *omnis res* del mismo título.

& tunc crediderim talem legem in conscientia non esse servandam necessario. Id quod alibi plenius egimus, & aliquid in d. praefatione.

14. In dubio tamen consultissimum est, leges servari veteresque, aut minime aut parce innovare, quia leges magnam vim ex consuetudine sumunt, magnamque auctoritatem; eaque consuetudo quasi in alteram naturam transit. Unde durum sit eam relinquere, ita sanctissime consulunt sanctus Thomas prima secundae quaestio. xcvi. arti. pri. & Dominicus Sotus de iust. & iure lib. primo, quaestio. septi. artic. primo, & iureconsultus dum ait, minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt. l. de quibus cum plur. legibus sequen. ff. de legibus. consuluit etiam Philosophus ii. Politic. capitu. sexto, & eleganter Thucydides dum refert Cleonem sic ratiocinantem: Melius agi cum republica, quae malis moribus constanter utitur, quam cum ea quae bonis, sed inconstanter. Idem consuluit Alphons. de Castro summus Theol. de potestate legis poen. lib. i. c. i.

- Denique Dominicus Sotus tam in d. artic. viii. quam in d. artic. v. ad finem ait, quod sive † lex lata in communi nociva sit, sive in quodam particulari, non desinit vim habere, donec a principe sit abrogata; quinimo ait, quod secundum illam agere debent subditi: sed quod ait, vim habere, verum est, dummodo non semper eam rem exerceat ut supra diximus, quod autem ait, subditos secundum eam agere debere, verum est, quando ab ipso initio, & si non erat contra ius naturale divinum aut contra bonos mores, tamen inutilis vel noxia tolerabiliter tamen erat; caeterum si cum ab initio utilis esset, postea nociva esse coepit, tunc secundum eam cives agere non tenerentur. ut in exemplis de piscatione, aut

útil hubiera sido el que se disminuyeran que no el que se multiplicaran, en tal caso yo hubiera sido de parecer que en conciencia dicha ley no se había de cumplir necesariamente; lo que con más extensión hemos expuesto ya en otro lugar, y algo también en la citada introducción.

Con todo, en caso dudoso es lo más prudente el mantener las leyes, y de ningún modo o con suma moderación innovar las antiguas, porque las leyes adquieren gran fuerza y gran autoridad con la costumbre; y dicha costumbre pasa a ser como una segunda naturaleza. Por lo que resulta violento el dejarla. Así lo resuelven con el mayor respeto Santo Tomás (1), Domingo Soto (2) y el jurisconsulto cuando afirma que de ningún modo se han de mudar las cosas que siempre tuvieron una interpretación fija (3). En el mismo sentido dió la solución el Filósofo (4) y elegantemente Tucídides cuando nos presenta a Clíón deduciendo esta conclusión: «Que mejor se puede proceder dentro de una república que se gobierna por malas costumbres, pero constantes, que en aquella que las tiene buenas, pero en continuo cambio». Lo mismo resolvió también Alfonso de Castro, consumado teólogo (5).

Finalmente, Domingo Soto tanto en el citado artículo 8.º cuanto en el 5.º al final dice, que la ley una vez dada, tanto si es nociva comúnmente, como si lo es en algún caso particular, no deja de tener fuerza mientras no haya sido anulada por el príncipe; más aún, dice, que los súbditos deben proceder conforme a ella; en cuanto a lo que afirma, que tiene fuerza, es verdad, con tal que no siempre la ejerza, conforme anteriormente dijimos; mas lo que dice que los súbditos deben proceder conforme a ella, es verdad, cuando desde su mismo origen si bien no era contra el derecho natural, divino o contra las buenas costumbres, era con todo inútil o perjudicial pero tolerablemente; por lo demás, si siendo desde el principio útil, comenzó después a ser perjudicial, en tal caso los ciudadanos no estarían obligados a

(1) *Prima secundae*, cuest. 97, art. 1.º

(2) *De iust. et iure*, lib. 1.º, cuest. 7.ª, art. 1.º

(3) En la ley *de quibus*, Digesto, tít. *de legibus* con otras muchas leyes siguientes.

(4) En el lib. 2.º *Politicorum*, cap. 6.º

(5) *De potestate legis poenalis*, lib. 1.º, cap. 1.º

venatione supra relatis. Ratio differentiae, quia priore casu cum populus, interpretative & princeps apertius eam legem utilem esse putaverint, & per modum contractus vel quasi in eam itum fuerit, non est ab ea recedendum ob qualem qualem noxiam aut laesionem argumen. l. si. voluntate. C. de resc. vendi. iuncta. l. sicut ab initio. C. de act. & oblig. l. secunda. C. de resc. vend. l. scio. ff. de minor. Posteriore autem casu, tam legislatores quam cives tandiu verosimiliter eam legem obligare voluisse videntur, quandiu durasset ipsius utilitas, quandiuque res in eodem statu permansissent; & non ultra: argumen. capitu. cum inde constitutio. cum ibi plene traditis per Docto.

proceder conforme a ella, como sucede en los casos de la pesca y de la caza antes referidos. La razón de la diferencia es ésta, porque en el primer caso como el pueblo interpretativamente y el príncipe más claramente hubieran reputado por útil aquella ley, y habiéndose ido a ella por modo de contrato o de cuasi contrato, no hemos de apartarnos de ella por un insignificante perjuicio o daño (1). Mas en el segundo caso parece haber sido la voluntad de legisladores y ciudadanos el que verosímilmente por tanto tiempo obligara aquella ley, por cuanto hubiera durado su utilidad, y por el que la cosa legislada hubiera permanecido en el mismo estado, y no por más tiempo. Pruébalo el capítulo *cum inde constitutio* con lo tratado por los doctores con toda extensión sobre dicho lugar.

(1) Como lo prueba la ley *si voluntate*, Código, *de rescis. vendit.* junto con la ley *sicut ab initio*, Código, *de action. et obligationibus*; la ley 2.^a, Código, *de rescindenda venditione* y la ley *scio*, Digesto, *l. de minoribus*.

CAPVT QVADRAGESIMVM SEPTIMVM

SUMMAE

1. *Populus principem habens, an leges ferre possit ardua quaestio.*
2. *Principatus quadripartitur.*
3. *Tyranni est regnum, aut dolo quaesitum, aut vi.*
4. *Principatus deificus.*
5. *Principatus legitimus ex solo populi consensu.*
6. *Legem sibi imponere an privatus possit, ardua quaest.*
7. *Populus ad singulos cives non se habet ut corpus ad singula membra, contra noviss.*
8. *Consequentiam remouet differentia inter aequiparandos.*
9. *Populus regem habens, an leges sibi ferre possit? ardua quaestio.*
10. *Qualia principia, talia principiata.*
11. *Populus regem habens, praesumitur facultatem leges ferendi sibi reservasse.*
12. *Revocabilis est omnis concessio facta ad concedentis utilitatem.*
13. *Princeps in dubio an habeat ius leges ferendi ardua quaestio.*

CAPÍTULO CUADRAGESIMOSÉPTIMO

SUMARIO

1. ¿Puede el pueblo dar leyes, teniendo príncipe?
2. Cuatro clases de principado.
3. La supremacía adquirida o por dolo o por violencia, es tiranía.
4. Principado Deífico.
5. La supremacía legítima procede exclusivamente del consentimiento del pueblo.
6. ¿Puede el particular imponerse leyes a sí mismo? Cuestión difícil.
7. El pueblo, con respecto a cada uno de los ciudadanos, no está en la misma relación que el cuerpo con respecto a cada uno de sus miembros. Contra algunos modernos.
8. La diferencia entre lo que se ha de equiparar, destruye la consecuencia.
9. Si el pueblo tiene rey ¿puede darse leyes? Cuestión ardua.
10. Cuales son los principios, tal lo que de ellos procede.
11. El pueblo, aun teniendo rey, se presupone haber reservado para sí la facultad de dar leyes.
12. Toda concesión hecha para utilidad de quien la concede, es revocable.
13. En caso dudoso ¿tiene el príncipe la facultad de dar leyes? Cuestión importante.



1. ENTESIMO quadragesimo secundo colligitur, quid respondendum sit in illo articulo, quo quaeritur, an † populus principem habens possit sibi leges condere quibus regatur? ad cuius rei intelligentiam & notitiam praefari † oportet, esse quadruplicem principatus speciem, tyrannicam, legitimam, dominicam, deificam. Vel aliter summa divisio est, quod quaedam tyrannica est, quaedam legitima, tyrannica qualis est illa, quae vi aut dolo, ditione & imperio cives tenet oppressos: ut contingit in populis & gentibus debellatis: tale enim imperium tyrannicum esse, tenet doctissimus Theologorum frater Alfonsus Castren. de potesta. legis poenalis lib. i. c. i. pag. xvi.
3. cuius verba, & inde (inquit) sequitur, ut † potestas, quae nullam habuit ex populi consensu originem, non iusta, sed tyrannica sit dicenda. Idem sensit rex Dionysius Iunior & Plutarchus & Erasmus ad eum in eius translatione lib. v. Apoph. in dictis ipsius Dionysii, quod regno patrio pulsus cuidam interroganti qui factum esset, ut cum pater suus tenui fortuna ac privatus Siracusanae sibi civitatis principatum paraverit, ipse regis filius & regnum haereditate acceptum amiserit, quoniam (inquit) pater rerum potitus est, quum iam in odium venisset popularis gubernatio, ego quum invidia laboraret tyrannis principatum suscepi, talem ergo principatum vi & armis paratum aut dolis tyrannidem appellarunt. Iidem authores eodem loco referunt eundem Dionysium alteri idem percontanti respondisse, pater (inquit) suam mihi reliquit tyrannidem, non fortunam.
4. Legitimus † principatus rursum in species tres dividitur: prima, quam deificam quasi a Deo factam appellavimus,

Conclusión 142. Dedúcese también qué respuesta se ha de dar a aquella cuestión en la que se investiga, si el pueblo, teniendo ya rey, puede instituir leyes por las que se rija. Para la recta inteligencia y conocimiento de esta materia, conviene declarar de antemano que existen cuatro clases de principados; tiránico, legítimo, señorial y deífico. O de otro modo; la división más general es que existe una supremacía tiránica y otra legítima; tiránica cual sería la que por medio del dolo o de la violencia tiene a los ciudadanos oprimidos con su autoridad y poderío, cual es la que tiene lugar en los pueblos y naciones vencidos por las armas. Que semejante imperio sea tiránico lo defiende Fray Alfonso de Castro el más docto de los teólogos (1), cuyas palabras son éstas: «y de aquí se sigue, dice, que la potestad que no tuvo origen alguno en el consentimiento del pueblo, no se puede llamar justa, sino tiránica». Del mismo sentir fué el rey Dionisio el Joven, según lo refieren, entre los dichos del mismo Dionisio, Plutarco y Erasmo en sus comentarios a Plutarco (2); arrojado Dionisio del patrio reino, preguntándole cierto sujeto, cómo había sucedido, el que habiendo su padre, hombre de escasa fortuna y particular, adquirido para sí la soberanía de la ciudad de Siracusas, él en cambio siendo hijo del rey y recibido en herencia el reino lo hubiera perdido, Dionisio le contestó: porque mi padre se hizo señor del supremo poder cuando el gobierno popular se había ya hecho odioso, y yo tomé sobre mí el poder cuando ya la tiranía era mirada con odiosidad; vemos, pues, que a tal supremacía, conseguida por la violencia y las armas o por fraudes, la llamaron tiranía. Los mismos autores refieren en el propio lugar que el mismo Dionisio respondió a otro que le hacía idéntica pregunta: mi padre, dijo, me dejó en herencia su tiranía, no su fortuna.

El principado legítimo se divide a su vez en tres clases: la primera, que hemos llamado *deífica*, como establecida por

(1) En el tratado *de potestate legis poenalis*, lib. 1.º, cap. 1.º, pág. 16.

(2) En la traducción de Plutarco, *Apophoreta*, lib. 5.º

licet enim omnis principatus a Deo esse dicatur, iuxta illud proverbiorum c. viii. Per me reges regnant & c. tamen illud intelligitur non immediate sed mediante populi concessione, ut infra dicemus: immediate vero interdum a Deo est principatus, qualis fuit regis Davidis, qui a populo regnum non accepit, sed immediate a Deo per Samuelem, ut legitur Regum lib. i. c. xvi. & qualis fuit Petri principatus a populo non electi, sed ab ipso Deo per illa verba delecti: Pasce oves meas ter geminata, ut Ioannis. xxi. & declarat Alfonsus Castrensis ubi supra.

Altera species est, quam dominatum appellavimus, quando dominus latissimorum forte camporum in quibus nulli erant habitatores, aliquos ibi habitare aedificareq; permisit sub certis legibus & suprema iurisdictione, aut dominio forte sibi reservatis, tunc enim ex lege conventionis potuit sibi reservare imperium, vel par, vel inferius, vel forte plenius liberiusque ut exposuimus supra c. i. cum seq.

5. Ultima † species est, quando populi consensu & concessione principatum suscepit, haecq; legitima quoque principatus species est, ut duo superiores; sed ista frequentior ut edocet Alfonsus Castr. ubi supra & probat l. ii. §. deinde quia difficiie. ff. de origine iuris l. i. ff. de const. prin. §. sed & quod principi inst. de iure nat. & Alfonsus Castrensis ubi supra verissime, iure (inquit) naturae etiam postquam illa depravata fuit, nullus est populi rex, aut dominus; sed hi principatus aut dominia, quae iuste tenentur ex populi consensu evenerunt. Et primus (inquit) rex, qui est hominibus

el mismo Dios; porque si bien es verdad que todo principado se dice venir de Dios, conforme al dicho de los Proverbios, «por mí reinan los reyes» (1), con todo, ésto se entiende no inmediatamente, sino mediante la concesión del pueblo, como después diremos; mas algunas veces, de Dios procede inmediatamente la primacía, cual aconteció con el rey David, quien no recibió el reino del pueblo, sino inmediatamente de Dios por medio de Samuel, según se lee en el libro 1.º de los Reyes, cap. 16; y cuál fué también la primacía de Pedro no elegido por el pueblo, sino escogido por el mismo Dios por aquellas palabras tres veces repetidas: «apacienta mis ovejas» según consta en San Juan, cap. 26 y lo declara Alfonso de Castro en el lugar antes citado.

La segunda clase es la que hemos llamado *señorío* cuando un señor, dueño tal vez de dilatadísimos territorios en los que no existía morador alguno, permitió a algunos individuos habitar y edificar en ellos bajo ciertas leyes, reservándose tal vez para sí la suprema jurisdicción o dominio; porque en este caso, en virtud de la ley del convenio, pudo reservarse para sí el mando, o bien en igual grado, o en menor grado o tal vez más completo y más desembarazado que el del pueblo, según arriba hemos expuesto (2).

La última clase se tiene cuando por el consentimiento y concesión del pueblo, tomó sobre sí el supremo mando, y ésta se llama también legítima clase de principado al igual que las dos anteriores; si bien esta última es más frecuente, según lo enseña Alfonso de Castro *ubi supra* y lo prueban varias leyes (3). Y el citado Alfonso de Castro en el lugar antes aducido dice con toda verdad: atendido el derecho natural aun después de depravada la naturaleza no existe rey o señor alguno del pueblo, sino que estos principados y señoríos que se juzgan justos procedieron del consentimiento del pueblo. Y así, dice, el primer rey que se concedió a los hombres (según lo narra la historia en el libro 1.º de los Reyes, cap. 8.º) no fué concedido por el mismo Dios sino a petición del pueblo. Posteriormente diversos pueblos eligieron

5.

(1) En el cap. 8.º

(2) Cap. 1.º y siguientes.

(3) Así la ley 2.ª, §. *deinde quia difficile*, Digesto, de *origine iuris*; la ley 1.ª, Digesto, tít. de *constitut. principum* y el §. *sed et quod principi*, Instituta, de *iure naturali*.

datus (ut Regum lib. i. c. viii. enarrat historia) non nisi populo petente fuit ab ipso Deo concessus. Deinde populi varii varios sibi reges elegerunt, nec paucos expulerunt ut d. l. ii. §. exactis deinde regibus. ff. de origine iur. apud aliasq; gentes regum nomen odio habitum fuit, coeperuntq; sese per consules, per dictatores, per quosdam alios magistratus gubernare, interdum per unum interdum per plures, sed omnes isti modi gubernandi ex populi consensu descende-
bant & legitimi videbantur, qui autem illinc non descenderent tyrannici esse intelliguntur.

- Nam quod. i. Regum c. viii. legitur per me reges regnant intelligitur (ut iam post Alfonsum Castrensem ubi supra attigimus) mediante populi concessione, & Deus ibi est tanquam causa universalis, quae cum omnibus rebus & humanis actionibus concurrere videtur, nam secundum receptam sententiam tam Philosophorum quam Sanctorum & doctorum Deus consulit non solum rebus humanis universis, sed etiam singulis, omnia eius providentia reguntur, ut per Salvianum lib. i. ii. & iii. de providentia Dei. & supra plenius disseruimus. c. xxi. n. 13. secundum quae doctissimus
6. Alfonsus Castrensis ubi supra tenet populum † etiam principem habentem, posse sibi leges quibus regatur instituere, dummodo ex nihil obsint iuribus principis sui, hancq; potestatem iure naturae ei competere ait, quia (inquit) quilibet homo legem sibi dicere posset a qua sibi recedere non liceat, quia eam potest sibi imponere cum obligatione, ergo idem populo (inquit) fas erit, eiusq; verba ita habent: constat enim, inquit, potestatem leges statuendi populo iure naturae concessam esse, praesertim ad eas leges, quae superioris sui iuri & dominio minime repugnant, nam quilibet particularis homo potest sibi legem statuere, qua vitam suam regat &

para sí varios reyes, y a no pocos también los arrojaron del poder, según consta por la ley 2.^a, §. *exactis deinde regibus* del Dig., tit. *de origine iuris*; y entre otros pueblos fué considerado como odioso el nombre de los reyes y comenzaron a regirse por medio de cónsules, dictadores, o por otros determinados magistrados, unas veces por uno solo, otras por mayor número; pero todas estas formas de gobernar procedían del consentimiento del pueblo y se reputaban por legítimas, mientras que las que no procedieran de tal fuente, se consideraran ser tiránicas.

Porque lo que se lee en el libro 1.^o de los Reyes, cap. 8.^o, «por mí reinan los reyes», se entiende (según indicamos ya de paso anteriormente siguiendo a Alfonso de Castro), mediante la concesión del pueblo, y Dios en ésto procede como causa universal, que se reputa concurrir con todas las cosas y con las humanas acciones; porque según la admitida opinión tanto de los filósofos, cuanto de los santos y doctores, Dios mira no solamente de un modo general por todas las cosas humanas, sino también por cada una de ellas; todas se rigen por su providencia, según expone Salviano en su obra *Sobre la providencia de Dios* (1), y nosotros lo hemos tratado antes con más extensión (2).

6.

Conforme a esta doctrina sostiene el doctísimo Alfonso de Castro en el lugar citado, que el pueblo, aun teniendo rey, puede darse leyes por las que se rija, con tal que en nada se opongan a los derechos de su príncipe, y dice que esta facultad le compete por razón del mismo derecho natural, porque, dice, todo hombre podría darse a sí mismo una ley de la que no le fuera lícito apartarse, porque puede imponérsela bajo obligación; luego, dice, lo mismo le será lícito al pueblo y sus palabras son de este tenor: porque consta, dice, haberle sido concedida al pueblo por el derecho natural la facultad de instituir leyes, principalmente aquellas que de ningún modo se oponen al derecho y poderío de su superior, porque cualquier hombre particular puede establecer para sí una ley por la que rija y gobierne su vida, aun con obligación de hacer aquello que por la ley hubiera establecido, si aquello que para consigo determinó

(1) En los libros 1.^o, 2.^o y 3.^o

(2) En el cap. 21, núm. 13.

moderetur etiam cum obligatione faciendi id, quod lege decreverit, si id quod apud se statuit nulli superioris sui decreto obviat, idem prorsus de toto populo aut de tota republica dicere oportet.

Quae ratio re vera est contra textum vulgo notum in. l. si quis in prin. testam. ff. de lega. tertio. ubi negatur posse hominem sibi eam legem imponere, a qua eimet non liceat recedere; nec enim potest suam voluntatem servam sibi facere, id enim libero arbitrio natura hominibus dato dilucide adversum, pugnans, contrarium foret, & in hac ratione nititur illa egregia. l. fi. C. de pact. & l. si mihi & tibi. §. in legatis ubi multa per las. in utraque lect. post Bart. in dictis locis. ff. de lega. i. l. i. C. de sacrosan. eccles. l. iii. & per totum illum titulum. ff. de adim. lega. elegans. l. sub hac. ff. de act. & oblig. ubi nominatim sic dicitur, sub hac conditione si volam nulla obligatio est, sicq; ut sit obligatio, non sibi ipsi tantum quis loqui debet, sed etiam cum alio paciscendum est, ut. dd. iuribus. quinimo etiam tunc obligatio praecisa non est, nam regulariter & re integra poenitere liberum est, nisi in solis contractibus nominatis in quibus id expressim prohibitum est, ita procedit totus titulus. ff. de praescrip. verbis. & ff. & C. de rerum permut. & ff. & C. de condi. ob

7. caus. Movetur secundo Alfonsus Castr. quia † ut se habet totum corpus ad singula corporis membra, ita se habet totus populus ad singulos cives; sicq; ut totum corpus potest cuilibet membro imperare idque assolet, ita & populus imperare potest cuilibet concivium: quae ratio levis est, tum quod superest princeps, qui populi vice fungitur. l. i. ff. de const. prin. §. sed & quod principi, inst. de iure. nat. l. ii. §. deinde quia difficile. ff. de origine, iuris. tum etiam quia ea similitudo nulla est, aut non procedit; primum quia unusquisque civium

no se opone a ningún decreto de su superior; lo mismo en absoluto conviene decir de todo el pueblo o de toda la república.

Pero esta razón en realidad es contraria al texto vulgarmente conocido de la ley *si quis in prim. testam. Dig. de legatis*, lib. 3.^o, en el que se niega que pueda el hombre imponerse a sí mismo tal ley, de la que no le sea lícito apartarse; porque no puede hacer a su propia voluntad sierva de sí misma, porque ésto sería manifestamente opuesto, repugnante y contrario al libre albedrío dado por la naturaleza a los hombres y en esta razón se funda aquella notable ley final del Código, tít. *de pactis* y otras varias leyes (1) y en especial la ley *sub hac* del Dig., tít. *de action. et obligationibus* en la que terminantemente se dice ésto, que bajo esta condición, *si querré*, no nace obligación alguna; y por tanto para que exista obligación, no debe uno hablar sólo consigo mismo, sino que debe también pactar con otros, según consta por dichas leyes. Más aún, ni en tal caso se da una obligación absoluta, porque regularmente, estando intacta aún la cosa, es libre el volverse atrás, a excepción sólo de los contratos *nominados* en los que está prohibida la retractación; en este sentido se expresan numerosas disposiciones legales (2). La segunda razón por la que se mueve Alfonso de Castro es, porque en la misma relación en que se halla todo el cuerpo con respecto a cada uno de los miembros, en esa misma se halla todo el pueblo con relación a cada uno de los ciudadanos; por consiguiente, así como todo el cuerpo puede dar órdenes a cada uno de los miembros y suele hacerlo, así también el pueblo puede mandar a cualquiera de los ciudadanos. Pero este argumento es de poco peso, ya porque existe además el príncipe que desempeña las veces del pueblo (3), ya también porque dicha

7.

(1) Así la ley *si mihi et tibi*, §. *in legatis* del Digesto, tít. *de legatis*, lib. 1.^o, sobre la que trata extensamente Jasón *in utraque lect.* siguiendo a Bartolo en los citados lugares; la ley 1.^a, Código, *de sacrosanctis ecclesiis*; la ley 4.^a, Digesto, *de adimendis legatis* y por todo este título.

(2) Así todo el tít. *de praescriptis verbis* del Digesto; el tít. *de rerum permutat.* del Digesto y Código y el tít. *de condit. ob causam* del Digesto y Código.

(3) Según consta por la ley 1.^a, Digesto, *de constitut. principum*; por el §. *sed et quod principi*, Instituta, *de iure naturali* y por la ley 2.^a, §. *deinde quia difficile, de origine iuris*, del Digesto.

potest domicilium ad libitum mutare de populo in populum, & de regione in regionem etiam remotissimam, qua re nihil usitatius aut frequentius: pes autem aut manus a reliquis corporis membris abscedere nequeunt. Unde Statius sic cecinit,

Omne homini natale solum

Et Ovidius sic etiam modulatur,

Omne solum forti patria est, ut piscibus aequor.

Et dixi de succ. crea. §. xxx. num. 298. ubi videbis de mutatione domicilii. Deinde quia pes aut manus nunquam possunt aut unquam poterunt arcem capere, hoc est caput fieri; singulis autem civibus id contingere & possibile est & non rarum, ut & omnibus notum est, & ita ut quotidie fiat necesse est in populis, qui reguntur per consules, aut alios magistratus vicissitudinarie, quod hodie fit in populo Venetiarum, & Genuensium, & Lucensium, & similium. Idemque fit in omnibus oppidis Hispaniarum, quae vulgo aldeas appellantur.

Tertio quia in hominis corpore aut alterius animalis, pereunte capite, ut reliqua corporis membra pereant, necesse est; non sic in principe populi, quo extincto non ideo populus perit, quinimo nec minui videtur. argu. tex. in. l. quaerebatur. ff. de iudi. Postremo, quia gubernationis munus in vero corpore semper est penes caput, non sic in populo, nam & potest & quotidie solet, qui hodie populi princeps est, privatus fieri; & e contra privatum rursus fieri principem: id quod ut fiat necesse est in populis, qui regem non habent haereditarium,

semejanza o es nula, o por lo menos nada prueba. Primeramente porque cada uno de los ciudadanos puede mudar a su antojo su domicilio de pueblo en pueblo, y de región en región aunque sea remotísima, cosa la más usada y frecuente, mientras que el pie o la mano no pueden apartarse de los restantes miembros del cuerpo; por lo que Estacio cantó así:

«Toda la tierra es patria del hombre».

Y Ovidio se expresa también así:

«El varón fuerte tiene por patria toda la tierra, como los peces el mar».

Y sobre ésto he tratado en la obra *de successionum creatione*, §. 30, núm. 298, donde podrás ver lo referente al cambio de domicilio. En segundo lugar porque el pie y la mano nunca pueden, ni jamás podrán ser dueños de la fortaleza, es decir, hacerse cabeza del cuerpo, mientras que es posible y no raro, según de todos es conocido, el que ésto acontezca a cada uno de los ciudadanos, y tal es necesario que a diario suceda en aquellos pueblos que se rigen por medio de cónsules o de otros magistrados que se cambian periódicamente, lo que tiene lugar hoy en día en la ciudad de Venecia, de Génova, de Luca y en otras semejantes; y lo mismo acontece en todos los pueblos de las Españas que vulgarmente se llaman aldeas.

En tercer lugar porque en el cuerpo del hombre o de otro animal cualquiera, al perecer la cabeza, por necesidad han de perecer también los restantes miembros del cuerpo, cosa que no sucede tratándose del príncipe de un pueblo, que no por morir él perece todo el pueblo, más aún, ni parece experimentar disminución (1). Finalmente, porque en el verdadero cuerpo el cargo de gobernar siempre reside en la cabeza, lo que no sucede en el pueblo, porque no sólo puede, sino que a diario suele suceder, que quien hoy es príncipe de un pueblo, pase a ser particular; y por el contrario que un particular sea hecho a su vez príncipe, lo que necesariamente ha de acontecer en los pueblos que no tienen rey hereditario, sino que se rigen por magistrados periódicos, y que no raras veces sucede también aun en los pueblos que tienen rey que los gobierna por derecho hereditario, como en el caso de Dionisio arriba referido. En una palabra, existen además

(1) Como lo prueba la ley *quaerebatur*, Digesto, tít. de iudiciis.

sed per suos magistratus vicissim reguntur, & non raro fit etiam in populis regem iure haereditario gubernantem habentibus, ut in exemplo de Dionysio supra relato. In summa sunt & aliae innumerae differentiae, quas enarrare ociosum esset.

8. Nec dubium est, † quin ad tollendam consequentiam sufficiat dare unam instantiam. Glo. communiter ibi approbata, ut constat ex relatione las. in. l. si creditori. ff. de ope. novi nunciat. glo. in c. sicut urgere. i. q. i. Et tandem illa similitudo de corpore ad membra respectu populi & civium, non eo pertinet ut exinde quasi ex primo quodam elemento aut necessario principio fieri possit ulla collectio, aut illatio, seu consequentia (id enim vani capitis esset), sed eo pertinet ut sit quidam modus docendi ad faciliorem hominum praesertim hebetorum instructionem.

9. Denique † receptissima sententia est Bart. & omnium in. l. omnes populi. ff. de iust. & iu. Alexandri. & Philippi Cornei, las. & aliorum in. l. fi. C. de testam. per tex. ibi non valere leges, quas populus principem iure haereditario regnantem habens sibi fecerit; nisi ab illo sint confirmatae. Quorum sententia vera est, si ponas populum omne suum imperium, iurisdictionem, & potestatem in principem transulisse, ut fecit populus Romanus. & ita intelligo. d. §. sed & quod principi & d. §. deinde quia difficile, & d. l. i. ff. de const. prin. secus autem esset si eam potestatem sibi retinisset, tunc enim procederet opinio Alfonsi Castrensis supra relata, cum enim tota potestas penes populum prius esset ab eoq; in principem, populi tamen concessione migraverit, potuit migrare vel ex toto vel tantum ex parte, quae res facti est, exindeq; pendet istarum controversiarum definitio.
10. & quia † secundum philosophum qualia sunt principia, talia

otras innumerables diferencias que sería ocioso enumerar; ya que no cabe duda que para negar una consecuencia, es suficiente el que quede en pie una instancia, según consta por la glosa comúnmente admitida, como se ve por la relación de Jasón, al comentar la ley *si creditori* del Dig., tít. *de operis novi nuntiatione* (1). Y, finalmente, aquella semejanza del cuerpo con los miembros, con relación al pueblo con sus ciudadanos no se encamina a que de ella, como de un primer elemento o de un principio necesario, pueda establecerse alguna deducción, o ilación o consecuencia (porque ésto sería propio de una cabeza poco asentada) sino que sólomente se encamina a servir de cierto medio de enseñanza para la más fácil instrucción de los hombres principalmente de los de corto ingenio.

Finalmente es sumamente admitida la opinión de Bartolo y de los demás autores al comentar la ley *omnes populi* (2) como también de Alejandro, Felipe Corneo, Jasón y de otros al comentar la ley final del Código, tít. *de testam. (per text.)*, donde afirman no ser válidas las leyes que para sí se hubiera dado un pueblo teniendo rey que gobierne por derecho hereditario, si dichas leyes no hubieran sido confirmadas por éste. Cuya opinión es verdadera si supones que el pueblo traspasó al príncipe todo su imperio, jurisdicción y dominio, según lo realizó el pueblo romano (3), pero cosa diversa sería si el pueblo hubiera retenido para sí aquella potestad, en cuyo caso tendría cumplimiento la opinión de Alfonso de Castro arriba expuesta; porque habiendo residido primeramente toda la potestad en manos del pueblo, y habiendo ésta pasado después al príncipe, pero sólo por concesión del pueblo, pudo pasar o por completo o sólo en parte; es, pues, cuestión de hecho y de él depende la solución

9.

(1) También por la glosa del cap. *sicut urgere* 1.º, cuest. 1.ª

(2) Del Digesto, tít. *de iust. et iure*.

(3) Y en este sentido se entiende el §. *sed et quod principi*, etc. y el citado §. *deinde quia difficile* y la dicha ley 1.ª, Digesto, tít. *de constitutionibus principum*.

praesumuntur principiata, & e contra: sicq; qualis est praesens status, talis praesumitur origo, secundum eum & secundum communem opinionem. glo. l. cum res. C. de probatio. plene per Nicolaum Boër, decisi. xlii. alia in super. in prin.

11. Hinc fit † ut si populus sit in possessione tales leges, vel etiam consuetudines sibi faciendi, vel introducendi sine ulla superioris confirmatione, tunc praesumam illud ius illamque potestatem a populo reservatam, quo tempore principem sibi elegit. Quod si ex diverso princeps reperiatur in consuetudine hoc est in possessione, vel quasi eas leges & consuetudines approbandi, tunc praesumendum est, nihil iuris ad eam rem sibi populum reservasse; sicque eius leges citra principis confirmationem non valere. quod si nihil istorum probetur, nec appareat qualis fuerit consuetudo, aut possessio istarum rerum, qualisve fuerit populi concessio; tunc praesumam hanc potestatem a populo reservatam fuisse, per generalitatem. d. l. omnes populi. & §. sed naturalia, inst. de iure nat. d. §. deinde quia difficile cum simil. & quia omnis principatus est ad populi meram utilitatem, ut habet nostra conclusio principatus ornata per totum hunc librum, populo autem hanc potestatem a se ex toto abdicasse nocentissimum esset, & contra praesumptionem. l. cum de indebito. ff. de probat. ergo id praesumendum non est, sed potius
12. contrarium. & quia † omnis concessio facta ad meram concedentis utilitatem intelligitur esse revocabilis, praesertim in huiusmodi mandatis. §. recte quoque inst. de mand. & per

de estas controversias. Y porque según el Filósofo cuales son los principios, tal se reputa lo que de ellos procede y por el contrario; por eso en nuestro caso cual es el estado presente, tal se presupone el origen, conforme a tal autor y a la opinión común (1). 10.

De aquí sucede que si el pueblo se halla en posesión de instituir para sí o de introducir tales leyes o aun costumbres sin confirmación alguna por parte del superior, entonces presupondré que el pueblo se reservó aquel derecho y aquella potestad en el tiempo en que eligió para sí su príncipe; mas si por el contrario el príncipe se halla por costumbre, esto es, se halla en posesión o *cuasi* posesión de aprobar tales leyes y costumbres, entonces hemos de presuponer que el pueblo no reservó para sí la menor parte del derecho en cuanto a esta materia, y por tanto que sus leyes no tienen valor sin la confirmación del príncipe. Mas si ninguno de estos extremos se puede probar, ni consta cuál haya sido la costumbre o posesión de dichas cosas, o cuál haya sido la concesión del pueblo, en tal caso presupondré que el pueblo reservó para sí dicha facultad, basado en la generalidad de la citada ley *omnes populi* (2), y también porque toda supremacía es para exclusiva utilidad del pueblo, según consta por nuestra conclusión fundamental, realizada por toda la extensión de este libro; ahora bien sería sumamente perjudicial para el pueblo el haber renunciado en absoluto a tal facultad y contrario a la presunción de la ley *cum de indebito* (3), luego no ha de presumirse ésto, sino más bien lo contrario. Además, porque toda concesión hecha para exclusiva utilidad de quien la otorga, se reputa ser revocable principalmente tratándose de semejantes mandatos, según 12.

(1) Véase la glosa de la ley *cum res* del Código, tít. *de probatione* y extensamente en Nicolás Boërio, decisión 42 que empieza *alia insuper*, al principio.

(2) Como también en el §. *sed naturalia*, Instituta, *de iure naturali* y en el citado §. *deinde quia difficile* con otros semejantes.

(3) Digesto, tít. *de probatione*.

totum titulum ff. & C. de procura, & Extra eod. tit. in decr.
 • & in. vi. & C. & ff. de mandato. iuncta. l. quoties ab omni-
 bus, ubi in simili per las. C. de fideic. & l. stipulatio ista.
 §. inter certam. ff. de verb. obliga. l. pen. ubi multa per las.
 C. de pact. l. si quis in conscribendo. C. de episcop. &
 cleri. l. filiis matrem. C. de inof. testa. itaque quum omnis
 legitimus principatus sit ad meram populi, non etiam ad
 regentis utilitatem, quumq; tale mandatum aut commissionem
 ad suam utilitatem datam, revocare cuilibet liberum esse
 debeat: videtur quod populus eam iurisdictionem, quam
 dedit, & libere revocare & longe magis aut liberius moderare
 possit: & consequenter ut possit quoties velit leges novas
 sibi facere, novasq; introducere consuetudines. Quae omnia
 disputationis tantum non etiam definiendi gratia dicta esse
 intelligantur, quia modo neutram partem adfirmo ob causam
 nunc reticendam.

13. Illud autem certum est, non bene sequi, populus con-
 cessit principi ut ipsum gubernaret, ergo ei dedit potestatem
 legum ferendarum: hoc enim pendet ex scripturae inspectione,
 aut verborum conceptione ad eam concessionem factis &
 habitis; quae res facti est, factum autem non praesumitur
 nisi probetur. l. in bello. §. factae. ff. de capti. l. si eman-
 cipati. C. de colla. ibi teq; emancipatum probatum fuerit, ubi
 notat las. & cum ea iurdictio & potestas prius esset penes
 populum, penes eum remansisse & perseverasse praesumi-
 tur, nisi quatenus probatur contrarium. Iuxta glo. communiter
 app. in. l. sive possidetis, & in. l. cum res C. de proba.
 Nicol. Boërius decis. xlii. alia insuper colum. i. ergo aut
 princeps reperitur in quasi possessione eas leges ferendi, &
 praesumam eo usq; mandatum populi habuisse; aut quasi

consta por varias disposiciones legales (1). Así, pues, como todo legítimo principado tenga por fin la exclusiva utilidad del pueblo, y de ningún modo el provecho del gobernante, y debiendo estar libremente en la mano de cada uno el revocar aquel mandato o comisión que otorgó para su propia utilidad, parece que el pueblo tiene facultad, ya para revocar aquella jurisdicción que otorgó, ya para moderarla mucho más y con más libertad y por consiguiente que puede cuantas veces quiera, darse nuevas leyes e introducir nuevas costumbres. Todo lo dicho se ha de entender expuesto solamente con el fin de disputar, de ningún modo con el de definir la cuestión, porque al presente, por una razón que ahora he de callar, no afirmo ninguna de ambas partes.

Mas lo que sí es cierto, que no es buena consecuencia ésta: el pueblo concedió al príncipe el que le gobernara, luego le concedió la facultad de instituir leyes, porque ésto depende del examen de la escritura o del contenido de las palabras empleadas o usadas para aquella concesión; mas esta es cuestión de hecho, y el hecho no se presume sino se prueba (2); y como tal jurisdicción y potestad primeramente estuviera en manos del pueblo, se presupone haber permanecido y perseverado en su poder, a no ser en cuanto se pruebe lo contrario, conforme a la glosa comúnmente admitida de la ley *sive possidetis* (3) y al testimonio de Nicolás Boerio (4); así, pues, o consta hallarse el príncipe en *cuasi posesión* de dar tales leyes, y entonces presupondré haber recibido hasta ese límite el mandato del pueblo, o la *cuasi posesión* existe en contrario, y en tal caso presumiré lo contrario, o finalmente existe duda por no probarse ninguno de estos dos

13.

(1) Por el §. *recte quoque*, Instituta, *de mandatis*; por todo el tít. *de procuratoribus* del Digesto y del Código; por la Extrav. del mismo título; por el tít. *de mandatis* del Código y Digesto juntamente con la ley *quoties ab omnibus*, Código, tít. *de fideic.* comentada por Jasón en parecidos términos; lo mismo se deduce de la ley *stipulatio ista*, §. *inter certam*, Digesto, *de verborum obligatione*; de la ley penúltima, tít. *de pactis* del Código extensamente comentada por Jasón; de la ley *si quis in conscribendo*, Digesto, *de episcop. et clericis* y de la ley *filis matrem*, Código, tít. *de inofficioso testamento*.

(2) Conforme a la ley *in bello*, §. *factae*, Digesto, *de captivis* y a la ley *si emancipati*, Código, *de collat.* en las palabras «y se hubiese probado que has sido emancipado» donde lo hace notar Jasón.

(3) Juntamente con la ley *cum res*, Código, tít. *de probationibus*.

(4) Decisión 42 que empieza *alia insuper*, colum. 1.^a

possessio est in contrarium, & tunc contrarium paesumam; aut sumus in dubio quia neutrum istorum probatur, & prae-sumam penes populum eam potestatem remansisse, ut dictum est: quanvis contrarium & nullo iure tenuerit Alfonsus Castrensis ubi supra per. d. §. deinde quia difficile, & pe. d. l. i. ff. de consti. princip. quae leges nihil faciunt, quia loquuntur in casu claro, non in casu dubio, ipse tamen nobiscum tenet in duobus membris supra relatis, qui non minus utiliter quam summa auctoritate & gravitate subdit haec verba. Et inde (inquit) mea sententia deducitur ut si princeps, aut magistratus talem potestatem a populo habens vellet lege a se condita populum contradicentem cogere ad aliquid lege naturali, aut divina minime necessarium, sit tyrannus dicendus: quia maiorem potestatem erga populum sibi commissum, quamq; vere habebat exercet: quam sententiam verissimam puto, eo praesertim quod omnis lex positiva ad sui validitatem debet derivari a lege naturali & divina secundum eundem Castrensem ibi, ut continuo dicemus. & tenuit Dominicus Sotus in locis supra relatis. & quod princeps in dubio leges ferendi facultatem non videatur habere, illinc apparet, quod principem legum ministrum, custodem, observatorem, & executorem esse saepe supra diximus. ca. primo. cum plu. seq.

extremos y entonces presupondré haber permanecido en poder del pueblo tal facultad, conforme lo hemos dicho antes, si bien Alfonso de Castro, en el lugar citado, ha sostenido lo contrario, a la verdad sin ningún derecho, basado en el §. *deinde quia difficile* y en la ley 1.^a del tít. *de constitut. principum* del Digesto; pero dichas leyes nada prueban contra nosotros porque tratan de un caso claro y nosotros del caso en que existe duda. El mismo sin embargo en los dos primeros miembros arriba expuestos sostiene nuestra misma opinión ya que con no menor utilidad que con autoridad y gravedad suma añade estas palabras: y de allí, dice, se deriva mi opinión, de suerte que si el príncipe o magistrado que tiene tal facultad recibida del pueblo, quisiera con una ley por él instituida obligar al pueblo contra su voluntad a alguna cosa de ningún modo necesaria, atendida la ley natural o divina, este tal ha de ser llamado tirano; porque ejerce para con el pueblo que le ha sido confiado mayor poder del que en realidad tiene; esta opinión la juzgo sumamente verdadera principalmente por la razón de que toda ley positiva, para su validez, debe derivarse de la ley natural y divina según el sentir del mismo Castro en tal lugar, como a continuación lo expondremos y lo defendió también Domingo Soto en los lugares antes consignados. Y en cuanto a que el príncipe en caso dudoso no parezca tener facultad de instituir leyes, es manifiesto por esta razón, porque según repetidamente hemos dicho (1) antes, el príncipe es el representante, el guardián, el cumplidor y ejecutor de las leyes.

(1) En el cap. 1.^o y en otros muchos siguientes.

CAPVT QVADRAGESIMVM OCTAVVM

SUMMAE

1. *Meretrices an tolerandae?*
2. *Malum minus eligendum ex duobus malis.*
3. *Meretricibus sui quaestus gratia, datur actio, & retentio.*
4. *Meretrici an liceat vim inferri.*
5. *Meretrix in foro conscientiae an mercedem petere, vel retinere possit; ardua. q.*
6. *Regina Amazonum pretio emit Alexandri congressum.*
7. *Meretrici datum effugit dominium dantis.*
8. *Nostrum prodigere fas est.*
9. *Meretrici datum quod est, acquiritur.*
10. *Meretrici datum repeti nequit.*
11. *Restituitur difficilius laesus in toto, quam si in parte laesus esset dimidia.*
12. *Volenti non fit iniuria, aut damnum.*
13. *Virgo aut vidua quod accepit a viro secum congregiente restituere non tenetur, idem in nupta.*
14. *Veneris causa quod dedit minor, aut filius fam. an sit restituendum?*
15. *Meretrix si vult nubere ei, qui ad supplicium ducebatur an sit audienda.*
16. *Meretrici datum non publicatur contra Accur. & Guil.*
17. *Intellectus. l. Lucius. ff. de cond. & dem.*
18. *Haereditatis lucrum transferri tolerantius, quam de periurio quaeri.*

CAPÍTULO CUADRAGÉSIMO OCTAVO

SUMARIO

- ¿Se han de tolerar las meretrices? 1.
- De entre dos males se ha de elegir el menor. 2.
- A las meretrices, en razón de su recompensa, se les concede el derecho de acción y retención. 3.
- ¿Es lícito hacer violencia a una meretriz? 4.
- ¿Puede la meretriz, en el foro de la conciencia, pedir y retener retribución? Cuestión difícil. 5.
- La reina de las Amazonas compró por dinero el comercio carnal con Alejandro. 6.
- Lo que se da a la meretriz, deja de ser propiedad del dador. 7.
- Es lícito el derrochar lo que nos pertenece. 8.
- La meretriz adquiere la propiedad de lo que se le da. 9.
- Lo que se da a la meretriz no puede reclamarse. 10.
- Con mayor dificultad se concede la restitución *in integrum* al que ha sido perjudicado en el todo, que si hubiera sido perjudicado en la mitad del valor. 11.
- No se causa injuria o daño a quien así lo quiere. 12.
- La doncella o viuda no está obligada a restituir lo que recibió del varón que tuvo que ver con ella; lo mismo la casada. 13.
- ¿Se ha de restituir lo que dió el menor o el hijo de familia por razón del comercio carnal? 14.
- ¿Se ha de dar oídos a la meretriz que quisiera casarse con un reo destinado al próximo suplicio? 15.
- Lo que se da a la meretriz, no pertenece al fisco; contra Acursio y Guillermo. 16.
- Sentido de la ley *Lucius* del Dig., tít. *de conditionibus et demonstrationibus*. 17.
- Es más tolerable el que el lucro de la herencia se traspase a quien no corresponde, que el que se haga inquisición de perjurio. 18.

19. *Successiones sunt iuris civilis.*
20. *Vidua decimo mense post mortem mariti pariens ab eo concepisse videtur.*
21. *Filius ineunte matrimonio natus praesumitur mariti, licet mulier cum multis adultera esset.*
22. *Intell. l. Lucius. ff. de cond. & dem.*
23. *Nostrum nobis invitis saepe adimitur etiam sine facto nostro.*
24. *Spes improba est ad haereditatem viventis.*
25. *Adultera se prodere non tenetur, quando id infructuosum fore putat.*
26. *Adultera filio ut abstineat a patris haereditate suadere an teneatur? ard. q.*
27. *Accusare se nemo tenetur, nisi coram Deo.*
28. *Ratio nova.*
29. *Filiatio certo probari interdum potest.*
30. *Filiationis intuitu legatum relictum, non debetur, si ille filius non erat. contra noviss.*
31. *Adulter, qui filium genuit an restituere marito debeat aliquid?*
32. *Intell. l. filium. ff. qui sunt sui vel. ali. iur.*
33. *Adulterinum se esse filius domi ineunte matrimonio natus, matri dicenti, credere non tenetur.*
34. *Adultera an restituere teneatur quod adulterinus filius capit ex haereditate patris putativi. ard. q.*
35. *Intell. titulorum. ff. C. & Inst. de lege Aquil.*
36. *Intell. ad tit. ff. C. & Inst. de furtis.*
37. *Restitutio cessat ubi est legitima acquisitio.*
38. *Restitutio cessat interdum, & si acquisitio fiat sine domini voluntate.*
39. *Adultera an restituere teneatur quod adulterinus filius ex bonis patris putativi percepit? egregia. q.*

- Las sucesiones son de derecho civil. 19.
- La viuda que da a luz al décimo mes después de muerto el marido, se reputa haber concebido de él. 20.
- El hijo nacido durante el matrimonio se presume ser del marido, aun cuando la mujer cometiera adulterio con muchos. 21.
- Otro sentido de la ley *Lucius* del Dig., tit. *de conditionibus et demonstrationibus*. 22.
- Muchas veces se nos quita lo que nos pertenece contra nuestra voluntad y sin hecho alguno por nuestra parte. 23.
- El estar esperando la herencia de quien vive aún, es una esperanza perversa. 24.
- La adúltera no está obligada a confesarse tal, cuando juzga que ésto ha de ser infructuoso. 25.
- ¿Está obligada la adúltera a persuadir al hijo adulterino que se abstenga de la herencia del padre? Cuestión ardua. 26.
- Nadie está obligado a acusarse sino en presencia de Dios. 27.
- Una nueva razón. 28.
- A veces puede probarse con certeza la filiación. 29.
- El legado que se deja en atención a la filiación, no es debido en el caso de que aquel no fuera hijo. Contra algunos contemporáneos. 30.
- El adúltero que engendró un hijo ¿debe restituir algo al marido? 31.
- Sentido de la ley *filium* del Dig., tit. *qui sunt sui vel alieni iuris*. 32.
- El hijo nacido en casa durante el matrimonio, no está obligado a creer a su madre, que le dice ser hijo adulterino. 33.
- ¿Está obligada la adúltera a restituir lo que el hijo adulterino percibe de la herencia del padre putativo? Cuestión ardua. 34.
- Sentido de los títulos del Código, Digesto e Instit. *de lege Aquilia*. 35.
- Sentido del título *de furtis* del Cód. e Instit. 36.
- Cesa la restitución cuando la adquisición es legítima. 37.
- A veces cesa la obligación de restituir aun cuando la adquisición se haga sin la voluntad del dueño. 38.
- ¿Está obligada la adúltera a restituir lo que el hijo adulterino percibió de los bienes del padre putativo? Cuestión notable. 39.

40. *Poenae suos tenent auctores.*
 41. *Intell. C. qui causam, de reg. iur. lib. vi.*
 42. *Casus nulli imputatur.*
 43. *Amantes fiunt amentes.*



1.

ENTESIMO quadragesimo tertio, colligitur ex conclusione nostra principali, An † leges, consuetudines, statuta, lupanariorum usum introducunt valeant? movet quaestionem quod salus animarum est cunctis rebus

praeferenda, l. sunt personae, ff. de religio. nec dubium est quin usus ille adversetur praecepto divino de non fornicando: sicq; nocere videatur animarum saluti. Adhuc tamen quod eae leges, consuetudines, & statuta tolerantur, & universalis usus probat, & iure etiam sustentur ex vulgata illa regula

2.

dictante, † ex duobus malis minus malum esse eligendum, iuncta rerum experientia, quae docuit quam male se habeat respublica si quando id prohibitum est. l. si procurator rei. ff. de doli excep. cum Glo. l. quoties nihil. ff. de regulis iuris. c. considera. xxii. q. i. Philippus Decius & Hieronymus Cagno. in d. l. quoties, c. si quod verius xxiii. q. ii. & c. i. & ii. dist. xiii. Alexan. in l. si constante. ff. solu. matri. §. fin. col. penul. Paulus Castrens. in l. i. ff. si quis cautio. Alexan. consi. cvii. ad finem lib. iii. & consi. liiii. viso processu causae col. fi. lib. v. His tamen plane adversatur Franciscus Petrarca lib. v. epistolarum rerum senilium, quem refert Hieronymus Cagnolus ubi supra, ille enim negat se percipere posse quo pacto quod malum est eligendum sit, aut optandum, commodius aptiusq; dicendum existimat, maiora & graviora mala diligentius esse praecavenda,

- La pena debe recaer sobre quienes se han hecho acreedores a ella. 40.
 Sentido del cap. *qui causam, de regulis iuris*, lib. 6.º 41.
 A nadie se imputa el suceso fortuito. 42.
 Los amantes se convierten en amentes. 43.

- Conclusión 143. Dedúcese de nuestra conclusión principal si han de ser válidas las leyes, las costumbres y estatutos que introducen la existencia de lupanares; motiva esta cuestión el que la salud de las almas se ha de preferir a todas las demás cosas (1), y no cabe la menor duda de que dicha práctica se opone al precepto divino de no fornicar, y que por tanto parece perjudicar a la salud de las almas; sin embargo a pesar de ésto, que tales leyes, costumbres y estatutos sean tolerables, lo prueba por una parte la práctica universal y por otra se sostienen, aun con justo título, por aquella regla tan divulgada que dicta, que de entre dos males se ha de elegir el menor, junto con la experiencia de las cosas que enseñó, cuán detestable era el proceder público si alguna vez se prohibió ésto, según se desprende de varias leyes (2) y comentaristas como Felipe Decio, Jerónimo Cagnolo (3), Alejandro (4) y Pablo de Castro (5). A lo dicho, sin embargo, se opone abiertamente Francisco Petrarca (6) a quien cita Jerónimo Cagnolo (7). Porque dicho autor dice, que no puede comprender, cómo se ha de elegir o desear lo que es en sí malo, juzga por el contrario ser más a propósito y más propio que deba decirse, que los males mayores y más graves se han de precaver, huir y evitar con 1.
 2.

(1) Conforme a la ley *sunt personae*, Digesto, tít. *de religionis*.

(2) Véase la ley *si procurator rei*, Digesto, tít. *de doli except.* con la glosa de la ley *quoties nihil*, Digesto, *de regulis iuris* y el cap. *considera*. 22, cuest. 1.ª

(3) Al comentar la ley *quoties* citada, el cap. *si quid verius* 25, cuest. 2.ª y los caps. 1.º y 2.º, distin. 15.

(4) Comentando la ley *si constante*, Digesto, tít. *solutio matrim.*, §. final, colum. penúltima; también en la decisión 107 al final, lib. 3.º y en la decisión 54 que empieza *visio processu causae*, colum. final, lib. 5.º

(5) Tratando de la ley 1.ª, Digesto, tít. *si quis cautionibus*.

(6) En el libro 5.º de sus *Epistolae rerum senilium*.

(7) *Ubi supra*.

fugienda, obvianda, quod si id non detur tunc minora aequiore animo preferenda; sed utrunque eodem tendit si recte inspicatur ut & fatetur Cagnolus ubi supra allegans Ciceronem offi. lib. iii. disserentem ex malis minima oportere eligere.

Secundum quae, superest ut leges ac principum imperium & si ad civium utilitatem spectent, non ideo minus talem meretricum usum admittere potuisse, maioris mali vitandi causa quinimo eae meretrices huiusmodi sunt tamq; legitimus quaestus, quem faciunt, intelligitur † ut detur actio & retentio, & exceptio, nam & quod sui quaestus gratia accepit, retinere iure potest, & contra repetentem sibi daretur exceptio retentioq; dominiumq; illius rei suum facit, & similiter (id quod plus est) si sibi illius quaestus gratia promissa non persolverentur agere posset contra promitentem: quia licet turpiter faciat eo quod meretrix sit, tamen cum talis

3. sit, non turpiter accipit, praesertim † quia ipsa sui copiam facere etiam si nolit, cessante legitimo impedimento tenetur, adeo ut illius rei gratia non possit unquam videri vim passa, nec puniretur, qui per vim cum meretrice rem haberet. ut
4. isthae & alia multa hanc ad rem pertinentia tradunt Bald. Salicetus & alii in l. mercalem per tex. ibi. C. de condi. ob turp. causam, Hieronymus Cagnolus in l. semper in contractibus. ff. de reg. iur. post Philippum Decium ibi, Iacobus de Sancto Georgio in tracta. de homagio ad finem, per Nicolaum Boërium decisione. ccxvii. nu. 20. & decisione. ccxvii. quid de iudice nume. 5. & nume. 14.

5. Hactenus quoad forum contentiosum, quid † autem in foro conscientiae, an illa meretrix tuta in conscientia petere possit, vel retinere quod sibi datum vel promissum quaestus

mayor diligencia, o si esto no se admite, entonces que los males menores se han de soportar con ánimo más resignado; pero ambas opiniones, si rectamente se examinan, vienen a coincidir en lo mismo, como lo confiesa también Cagnolo en el lugar citado, al alegar a Cicerón disertando en su libro 3.^o *officiorum*, acerca de que, entre los males conviene elegir los más pequeños.

Conforme a ésto síguese el que, aunque las leyes y el poder de los príncipes se encaminan a la utilidad de los ciudadanos, no es obstáculo tal razón para que hayan podido admitir tal práctica de meretrices con el fin de evitar mal más grave; más aún, estas meretrices son de tal condición y tan legítima se reputa la ganancia que obtienen, que se les concede el derecho de acción, de retención y de excepción; porque por una parte puede con justicia retener lo que recibió en razón de propia recompensa y por otra se le otorgaría la excepción y retención contra quien se lo reclamara, y hace suya la propiedad de aquella cosa y del mismo modo (lo que es mucho más) si no se le pagara lo prometido en razón de tal recompensa podría entablar acción contra quien le hizo la promesa. Porque aunque proceda torpemente en el hecho de ser meretriz, sin embargo aun siendo tal, el recibir recompensa no es reprehensible, principalmente porque ella misma está obligada, no existiendo impedimento legítimo, a prestarse a tal comercio aun cuando no quiera, hasta tal punto que en razón de tal asunto jamás pueda considerarse haber sufrido violencia, ni sería tampoco castigado quien por la fuerza hubiera tenido que ver con una meretriz. Estas y otras muchas cosas pertenecientes a esta materia las enseñan Baldo y Salicet (1), Jerónimo Cagnolo (2), siguiendo la doctrina de Felipe Decio y Jacobo de San Jorge (3) según el testimonio de Nicolás Boërio (4).

3.

4.

5.

Hasta aquí nos hemos referido al foro contencioso, ¿qué diremos en cuanto al foro de la conciencia? ¿Puede dicha meretriz con seguridad de conciencia pedir o retener lo que en razón de propio beneficio se le había dado o prometido?

(1) Comentando la ley *mercalem*, Código, tít. de *condi. ob turpit. causam*, en el texto, comentada también por otros autores en igual sentido.

(2) Comentando la ley *semper in contractibus*, Digesto, de *regulis iuris*.

(3) En el tratado de *homagio* al final.

(4) Decisión 217, núm. 20 y en la misma *quid de iudice*, núms. 5 y 14.

sui gratia fuerit? & Medina egregius nostrae tempestatis Theologus negat meretricem suae turpitudinis causa posse aliquid pretii nomine, aut mercedis nomine accipere, sed ait, sibi quasi dono datum accipere fas esse. Contrarium tenet Dominicus Sotus de iust. & iure lib. iiii. q. vii. art. i. ex mente S. Tho. ii. ii. q. lxii. ar. v. & Sotus ait hanc esse receptam opinionem Theologorum, facit. l. idem si ob stuprum ff. de cond. ob turpem causam. ubi tales meretrices & si in eo quod meretrices sint turpiter faciant, tamen in eo quod accipiunt mercedem cum meretrices sint, turpiter minime faciunt.

Quid dicendum? & sane Medina sic arguit, actus meretricius venereus cum turpis sit nullo pretio dignus est, ergo qui pro eo pretium aut mercedem receperit, indebitum accepisse videbitur, sicque restituere tenebitur: ergo, inquit, si meretrix quasi mercedem eius rei acceperit ut rem indebitam restituere tenebitur, quod si quasi dono datum, retinere poterit, sed cum plerumque ad meretrices ingredienti nullas cum eis habeant amicitias, raro aut nunquam eae meretrices possent retinere quod sibi datum esset, cum donationis animus praesertim in ignotam & turpem mulierem praesumi non iure possit. l. cum de indebito. ff. de proba. id quod advertit Sotus ubi supra. sicque illarum muliercularum miserissima conditio hac opinione admissa miserabilior & deterior fieret, quod non expedit, ne afflictis addatur afflictio. arg. l. un. in princ. C. de his qui ante aper. tab. l. imperialis. C. de secund. nup. suamque opinionem Sotus probat quatuor rationibus. Prima, quia iuste accipit mulier mercedem pro voluptate, quam vir captat. Deinde quia forte illi viro prolem generabit. Tertio quia forte illi semen ad salutem emittere expediabat. Ultimo quia meretrices salarium publicum

En verdad Medina, ilustre teólogo de nuestros tiempos, dice que la meretriz, en razón de su deshonestidad, no puede recibir cosa alguna a título de precio o de estipendio, pero dice que le es lícito admitir lo que le fuere dado como donación. En cambio Domingo Soto defiende lo contrario (1) siguiendo el sentir de Santo Tomás (2), afirmando Soto ser esta opinión común entre los teólogos. Lo mismo prueba la ley *idem si ob stuprum* (3), donde se dice que tales meretrices aunque en el ser meretrices proceden torpemente, sin embargo en el hecho de recibir recompensa siendo meretrices, de ningún modo proceden culpablemente.

¿Qué solución daremos? En cuanto a Medina argumenta de esta manera. El acto venéreo de la meretriz siendo deshonesto no es digno de precio alguno, luego quien por él hubiera recibido precio o estipendio alguno, se reputará haber recibido algo indebido, y por consiguiente estará obligado a la restitución; luego, afirma, la meretriz si hubiera recibido algo como precio de su acción torpe, estará obligada a restituir aquella cosa indebida; mas si le hubiera sido dado como donación, podrá retenerlo. Pero como la mayor parte de las veces quienes tratan carnalmente con meretrices, no tienen con ellas amistad alguna, rara vez o nunca tales meretrices podrían retener lo que les hubiera sido dado, no pudiendo con razón presuponerse la intención de hacer una donación, principalmente a una mujer desconocida y deshonesto (4); lo que ya hace notar Soto en el lugar citado; de esta suerte la condición tan desgraciada de aquellas mujerzuelas, se haría aún, admitida esta opinión, más miserable y funesta, lo que no es conveniente para no añadir nueva aflicción a seres ya tan desgraciados (5). Soto, por su parte, prueba su opinión por cuatro razones: primera, porque con justicia recibe recompensa la mujer a cambio del placer que el hombre trata de percibir; segunda, porque tal vez engendró descendencia a tal varón; la tercera, porque tal vez le era conveniente al varón para la salud el desahogar la naturaleza,

(1) *De iust. et iure*, lib. 4.º, cuest. 7.ª, art. 1.º

(2) *Secunda secundae*, cuest. 62, art. 5.º

(3) Digesto, tít. *de cond. ob turpem causam*.

(4) Véase la ley *cum de indebito*, Digesto, tít. *de probationibus*.

(5) Pruébalo la ley única del tít. *de his qui ante apertas tabulas* del Código y la ley *imperialis* del Código, tít. *de secundis nuptiis*.

- accipiunt; quod inquit ipsum nomen meretricis suadet, quae ultima ratio in facto, non in iure consistit, sicque incerta
6. est. Ipse tamen refert reginam Amazonum prece & pretio congressum Alexandri Magni emissee prolis suscipiendae gratia, id quod mulieribus illis solemne fuerat. Item ii. & iii. rationes quibus utitur Sotus non sunt generales, quinimo rari sunt (ut experientia docet) qui ad meretrices salutis aut prolis gratia accedant, sed plerique voluptatis explendae gratia, adhuc tamen Soti opinionem contra Medinam verissimam puto ac utilissimam, ne misserrimae illae mulierculae miserabilioris fiant conditionis, quam sunt: sicque huius sententia humanior est. & tria videbimus, primum, An dai dominium abscesserit ab ipso dante. Alterum an migraverit in accipientem. Ultimum an repetenti sit restituendum?
7. Quoad primum † dominium a dante abscessisse certum est etiam de iure naturali, nihil enim tam naturali aequitati convenit, quam voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam esse. §. per traditionem, inst. de rerum divi. sed hic tradidit ergo transtulit dominium, facit. l. traditionibus. C. de pact. l. traditio. ff. de acq. rerum domi. deinde quia hisce in rebus plerunq; fieri solent pactiones expressae aut tacitae de talibus dationibus, quas servare iure naturae debemus. l. i. ff. de pact. ca. i. eod. tit. l. i. ff. de constitu pecu. l. non minorem. C. de transact. Tertio quia
8. † unicuique licet suum non solum disponere alienareve, sed etiam prodigere eoque abuti. l. sed & si lege §. consuluit. ff. de pet. haere. ibi dum re sua se abuti putat. & l. i. §. & magis verbo prodegit. ff. si quid in fraudem patroni. l. quia autem in princ. & §. i. ff. quae in fraudem creditorum. l.

y, por último, porque las meretrices reciben salario público, lo que prueba ya el mismo nombre de meretriz, dice Soto; esta última razón se funda en el hecho, no en derecho, y por tanto es insegura. Con todo, el mismo Soto refiere que la reina de las Amazonas compró con súplicas y por precio el comercio carnal con Alejandro Magno con el fin de tener descendencia, condición sagrada en tales mujeres. Además la 2.^a y 3.^a razón que aduce Soto, no son generales; más aún son contados (según lo enseña la experiencia) los que por razón de salud o de lograr descendencia acuden a las meretrices, sino la mayor parte con el fin de satisfacer el apetito del placer. Con todo, aun juzgo sumamente verdadera la opinión de Soto contra Medina, para que a aquellas mujerzuelas, ya tan desgraciadas, no se las reduzca aún a más miserable condición que la que tienen; por consiguiente, la opinión de Soto es más humana. Nosotros examinaremos estas tres cosas: primera, si la propiedad de la cosa dada ha cesado en el dador; segunda, si tal propiedad ha pasado a quien recibió la cosa, y tercera, si se ha de restituir al dador que la reclamara.

6.

7.

8.

En cuanto a lo primero, es cierto que la propiedad ha cesado en el dador, aun atendido el derecho natural, porque nada hay tan conforme a la equidad natural, como el que quede ratificada la voluntad del dueño que quiere traspasar a otro una cosa propia, según el §. *per traditionem* (1), es así que éste ha dado una cosa luego ha traspasado el dominio de ella (2). En segundo lugar, porque en estas cosas casi siempre suelen hacerse convenios expresos o tácitos sobre determinadas concesiones, las que debemos cumplir atendido el derecho natural (3). Tercero, porque a cada uno le es lícito no solamente disponer de lo suyo o enajenarlo, sino aun disiparlo o derrocharlo, según consta por numerosas

(1) *Instituta, de rerum divisione.*

(2) Lo mismo prueba la ley *traditionibus*, Código, de *pactis* y la ley *traditio*, Digesto, tít. de *acquirendo rerum dominio*.

(3) Conforme a la ley 1.^a, Digesto, tít. de *pactis*; al capítulo 1.^o del mismo título; a la ley 1.^a, Digesto, tít. de *constituta pecunia*; a la ley *non minorem* del Código, tít. de *transactionibus*.

quia poterat. ff. ad Trebel. l. non usque. ff. si a parente quis fuerit manumissus. l. nemo. ff. de pact. & multa per Doctores in dd. locis. ergo iste sine dubio & voluit & potuit rem suam prodigere: quinimo non solum quando interfuit ulla causa dationis, sive honesta, sine inhonesta, sed etiam quando nulla omnino interfuit nostra possumus prodigere. l. i. & ii. & per totum titulum. ff. pro dereli. tuncq; ea res fit primi occupantis, nam iure naturali quod nullius est, id occupanti conceditur. l. i. ii. iii. & iiii. ff. de acqui. rerum domi. l. i. & ii. l. si id quod. ff. pro dereli. l. si quis vi §. differentia ubi per doctores. ff. de acqui. poss.

9. Quoad secundum, an † tale dominium fuerit meretrici acquisitum? certum est ei acquiri, tum quia fuit primus occupans post istum a se tale dominium abdicantem, deinde quia in eam iste id dominium transferre voluit, nec quicquam tam naturale, quam voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam esse, per leges & rationes supra relatas. Postremo quia non minus infructuosum quam iniquum esset, introducere ut dominium meretrice acquiri desineret, quod ab ipso viro iam dicimus abscessisse: & hac ratione utitur in simili iure consultus in l. i. §. si vir virum
10. uxori. ff. de acq. possessione. Quoad tertium, an † meretrix repetenti restituere teneatur. Et quidem homini sui iuris & legitimae aetatis restituere non tenetur, quia talibus non licet poenitere. c. quod semel de regulis iur. lib. vi. d. l. sicut ab initio. C. de acti. & obli. l. sicut maior. C. de repu. haeredi. Et quia in pari causa turpitudinis, melior est conditio possidentis. c. in pari causa de regulis iuris. lib. vi. d. l. mercalem. C. de condi. ob. turp. causam, cum ibi not. Et quia maiores aetate restitui non solent, in iis quae ipsi recte

leyes (1), y por la doctrina que extensamente exponen los doctores en los lugares citados. Así, pues, éste de quien tratamos sin duda alguna no sólo quiso, sino también pudo derrochar alguna cosa suya; más aún, no solamente cuando intervino alguna causa de dádiva, ya sea honesta o deshonesta, sino también cuando no existió en absoluto causa alguna, podemos derrochar nuestros bienes, según consta por la ley 1.^a y 2.^a y por todo el título del Digesto *pro derelicto*, en cuyo caso aquel objeto pasa a propiedad de quien lo ocupa, porque conforme al derecho natural lo que a nadie pertenece se concede al primero que lo ocupa (2).

En cuanto a lo segundo, a saber si la meretriz adquirió tal dominio sobre el objeto, es cierto que lo adquiere, ya porque fué la primera que ocupó el objeto después que el dueño se despojó de tal propiedad, ya también porque éste quiso traspasar a ella aquella propiedad, y nada hay más natural que el que quede ratificada la voluntad del señor al querer traspasar a otro una cosa suya, conforme a las leyes y razones antes expuestas. Finalmente, porque sería no menos infructuoso que injusto el sostener que la meretriz dejaba de adquirir aquel dominio que hemos ya dicho haber cesado en dicho varón; y en esta razón se apoya también el jurisconsulto al tratar de parecido derecho en la ley 1.^a, §. *si vir virum uxori* Dig., tít. *de acquirenda possessione*. 9.

En cuanto a lo tercero a saber, si la meretriz está obligada a restituirlo al que lo reclamara, ciertamente tratándose de un hombre señor de sí y de edad ya legal, no tiene obligación de restituir, porque a los tales no les es lícito el volverse atrás, según varias disposiciones (3), y porque en 10.

(1) Por la ley *sed etsi lege*, §. *Consuluit*, Digesto, *de pet. haereditatis* en las palabras *dum ree sua se abuti putat*; por la ley 1.^a, §. *et magis verbo prodegit*, Digesto, *si quid in fraudem patroni*; por la ley *quia autem*, al principio y §. 1.^o, Digesto, tít. *quae in fraudem creditorum*; por la ley *quia poterat*, Digesto, tít. *ad Trebellianum*; por la ley *non usque*, Digesto, tít. *si a parente fuerit quis manumissus*; por la ley *nemo*, Digesto, tít. *de pactis*.

(2) Conforme a las leyes 1.^a, 2.^a, 3.^a y 4.^a del Digesto, tít. *acquirendo rerum dominio*; a las leyes 1.^a, 2.^a y *si et quod* del Digesto, tít. *pro derelicto* y a la ley *si quis vi*, §. *differentia*, Digesto, *de acquirenda possessione*, comentadas por los doctores.

(3) El cap. *quod semel*, *de regulis iuris*, lib. 6.^o; la ley *sicut maior* del Código, *de action. et obligationibus*; la ley *sicut maior* del Código, tít. *de repudianda haereditate*.

intellexerunt, etiam si ultra dimidiam vel in totum sit deceptio. Et ita procedunt omnes tituli. ff. C. Inst. & Extra de donatio. & ff. & C. de condi. ob cau. & sic licet deceptus ultra dimidiam possit restitui, quia praesumptum est, se non intellexisse quod agebat. l. ii. C. de resc. vendi. tamen deceptus in toto quia is recte intellexit, quod agebat, restitui non potest, ut tradunt communiter doctores praesertim Hieronymus Cagnolus & Aries Pinellus & Panta. de Crema in d. l. ii. post Barth. Sali. & alios ibi ut diximus lib. iii. contro. usu

11. frequentium. Sicq; † filius & filia, qui futurae patris successioni renuntiaverunt, si decepti fuerunt ultra dimidiam possunt restitui contra eam renuntiationem iurata, & tamen si gratis renuntiaverunt cum iuramento (hoc est nihilo sibi penitus reservato) tunc restitui nequeunt, quia tunc in computatione vel in rei mensura non fuerunt decepti: sed a toto recedere voluerunt, ut videtur esse communis opinio doctorum, & tradit Franciscus Aretinus in. l. qui superstitis. ff. de acqui. haer. Philippus Decius in consi. clxxxi. & consi. clxxxii. Sic ergo & in specie nostra, vir ille, qui dedit meretrici cum intelligeret quod agebat, restitui non potest, & quum illa dominii translatio contingeret ex mera voluntate sua iure naturali & divino rata fuit, ut iam ostendimus, & non est mera donatio, sed datio ob causam, quae sequuta fuit l. i. ff. de donat. Diversa causa est in caeteris contractibus respectivis (qualis est emptio & locatio & similes) in quibus ideo restitutio laesis conceditur, quia praesumuntur non intellexisse, quod agebant, si laesio fuit ultra dimidiam d. l. ii. l. si voluntate. C. de resc. vendi. sicque si se deteriore suam conditionem tam inequaliter intelligeret, qui ultra dimidiam laesus fuit, praesumitur talem contractum minime initurum fuisse aut fore, sicq; praeter suam voluntatem eam laesionem

igualdad de causa torpe es mejor la condición de quien está en posesión (1); como también porque no suele darse la restitución a los mayores de edad, en aquellas cosas de que tuvieron recto conocimiento aun cuando el engaño alcance a más de la mitad y aun al total del valor. En este sentido se explican todos los títulos del Código, Digesto, Instituta y Extrav. *de donationibus* y el tít. *de condictione ob causam* del Digesto y Código. De este modo aunque puede darse la restitución a quien ha sido engañado en más de la mitad del valor, porque se presupone no haber comprendido lo que trataba, según la ley 2.^a del Cód., tít. *de rescindenda venditione*, sin embargo, quien ha sido engañado en el total valor, porque este tal comprendía perfectamente lo que realizaba, no puede conseguir la restitución; según lo enseñan comúnmente los doctores, principalmente Jerónimo Cagnolo, Aries Pinello y Pantaleón de Crema (2) siguiendo a Bartolo, Salicet y otros en dicho lugar, según hemos expuesto en el libro 3.^o *Controversiarum usu frequentium*.

De este modo al hijo o a la hija que renunciaron a la herencia futura de su padre, si sufrieran engaño en más de la mitad del valor puede concedérseles la restitución *in integrum* contra aquella renunciación jurada, y, sin embargo, si con todo desinterés renunciaron a ella con juramento (ésto es sin reservarse para sí nada en absoluto), entonces no puede otorgárseles la restitución, porque entonces no sufrieron engaño en el cómputo o en la cantidad de la cosa, ya que quisieron renunciar a la totalidad, según parece ser común opinión de los doctores y lo enseñan Francisco Aretino (3) y Felipe Decio (4). Lo mismo pues, en nuestro caso, aquel hombre que dió alguna cosa a la meretriz, comprendiendo bien lo que hacía, no puede conseguir la restitución y como aquella traslación de la propiedad acaeciese por su exclusiva voluntad, fué ratificada por el derecho natural y divino,

11.

(1) Según el cap. *in pari causa, de regulis iuris*, lib. 6.^o; la ley *mercalem* del Código, tít. *de condi. ob turpem causam* con lo anotado sobre ella.

(2) En la citada ley 2.^a

(3) Comentando la ley *qui superstitis*, Digesto, tít. *acquir. haered.*

(4) Decisiones 181 y 182.

- sibi contigisse. At in specie nostra ipse in toto eo, quod dabat, sciebat se laesum: sicque non praeter, sed secundum suam voluntatem ei laesio contigit: id quod non reputatur
12. laesio, eo ipso quod ex libera voluntate descendit. nam † id portat leviter quod portat quisque libenter. tex. cum Glo. in. §. praeterea. inst. de actio. l. quia poterat. ff. ad Treb. quinimo & si laesio esset, eo ipso tamen quod sponte sua sibi contigit, sibi imputandum est; nec succurrendus aut restituendus est: quia damnum, quod quis sua culpa sentit, sibi & non alii debet imputari. c. damnum de regu. iuris lib. vi. & quia volenti non fit iniuria. l. cum donationis. C. de transact. egregia. l. iam dubitari. ff. de haere. inst. ibi sua sponte. l. si filius qui patri. ff. de vulg. verbo non sponte susceptis, ubi in simili per Bartholomaeum Socinum. l. si fideiussor. §. si necessaria, ubi multa per las. ff. qui satisfacere cogant. & est longe melior defensio ad hanc conclusionem quam reliquae ab Theologis adductae: licet opinionem Medinae supra relatam teneant Ioan. Andr. & Ioannes Mona. in d. c. in pari causa in prin. de reg. iu. lib. vi. sed nobiscum tenet Alfonsus Castren. de potestate legis poenalis lib. ii. c. x. versi. iii. principali arg.
13. Quid autem † si virgo pretium (hoc est aliquid) accepit pro simili alicuius viri congressu? aut quid si vidua, non tamen meretrix, accepisset? aut quid si accepisset etiam nupta? & in omnibus his speciebus & similibus tenendum est, dominium abscessisse a dante, & migrasse in accipientem; nec oportere ipsi danti etiam repetenti restitui, per jura & rationes supra allegatas, & ita tenet Dominicus Sotus ubi supra, quod intelligo tam in foro contentioso quam in foro conscientiae.

según ya hemos demostrado, y lo que tuvo lugar no fué una pura donación, sino una dádiva motivada (*ob causam*) (1). La razón es diversa tratándose de los demás contratos bilaterales (como son la compra, el arrendamiento y otros semejantes) en los cuales, la razón de conceder la restitución a los perjudicados, es porque se presupone no haber entendido lo que realizaban, si el perjuicio excedía la mitad del valor (2); de este modo, quien fué perjudicado en más de la mitad, si comprendiera su condición perjudicada en tal desproporción, se presupone que de ningún modo hubiera realizado o realizaría tal contrato, y por tanto que aquel perjuicio le había sobrevenido contra su voluntad. Mas en nuestro caso él mismo sabía bien que quedaba perjudicado en todo aquello que daba, y por tanto el perjuicio le sobrevino no contra su voluntad sino conforme a ella; lo que no se considera daño por el mero hecho de que nace de su libre voluntad; porque es ligero el peso de lo que cada uno lleva gustoso (3). Mas aun en el supuesto de que fuera perjuicio para él, con todo por lo mismo que le ha sobrevenido por su voluntad, a sí mismo se lo ha de imputar, ni se le ha de conceder ayuda ni la restitución; porque el daño que uno sufre por propia culpa, a sí mismo, y a nadie más, debe imputarse (4), y porque no se comete injusticia con quien en ello consiente (5); y es para esta conclusión una defensa mucho mejor que las restantes aducidas por los teólogos; y aunque la opinión de Medina arriba expuesta la admitan Juan Andrés y Juan Mona (6), pero con nosotros siente Alfonso de Castro (7).

12.

(1) Según la ley 1.^a, Digesto, *de donationibus*.

(2) Conforme a la ley 2.^a y a la ley *voluntate* del Código, *de rescindenda venditione*.

(3) Conforme al texto y glosa del §. *praeterea* de la Instituta, *de actionibus* y a la ley *quia poterat*, Digesto, *ad Trebellianum*.

(4) Conforme al cap. *damnum*, *de regulis iuris*, lib. 6.^o

(5) Según la ley *cum donationis*, Código, *de transact.*; la notable ley *iam dubitari*, Digesto, *de haered. institutione* en las palabras *sua sponte*; la ley *si filius qui patri*, Digesto, tit. *de vulgari* en la palabra *non sponte susceptis* comentada por Bartolomé Socino en parecidos términos; la ley *si fideiussor* §. *si necessaria*, Digesto, *qui satisfacere cogantur* comentada extensamente por Jassón.

(6) En el citado cap. *in pari causa*, al principio, *de regulis iuris*, lib. 6.^o

(7) *De potestate legis poenalis*, lib. 2.^o, cap. 10. versic. 3.^o, *principali arg.*

14. Quid † si is qui dedit erat minor aetate, vel maior, sed filius fam. & sane in minimis non daretur repetitio minori, arg. l. scio. ff. de mino. quam regulam plene ornavi lib. i. §. vii. de succ. resol. aliter sic, arg. eorum quae supra dicta sunt. mensura autem iudicis arbitrio aestimanda est, & utrunque obtinere intelligo etiam in foro conscientiae, non secus quam in foro iudiciali. In filio fam. si verosimile est patrem suum id permissurum, tunc & transtulit dominium & cessat repetitio; aliter non. verisimilitudo ex quantitate rei datae & bonorum patris aestimanda iudicis arbitrio est, quod intelligo tam in foro contentioso quam poenitentiali: & haec omnia sunt ex mente Dominici Soti ubi supra.

15. Quid si † custos carceris compressit meretricem incarceratam, aut quid si meretrix, vel alia mulier vult nubere ei, qui ad ultimum supplicium ducebatur? dic ut per Boerium in locis supra citatis.

16. Ex superioribus † apparet veram non esse Guilielmi de Ludo sententiam, qui (singulari. xlviii. post Accursium, quem allegat in l. non dubium verb. ex eo. C. de legibus) scripsit fisco deferri, quod meretrix ex quaestu suo acquireret. Allegat l. Lucius. ff. de iure fisci, quae loquitur quando aliud grave delictum fuit admissum, & sic non obstat.

Tenendo superiorem sententiam nostram, contra communem: tunc ad illud forte argumentum, quo dicebatur, lex invitabat ad haereditatem maiorum vel illum, hunc filium legitimum, nisi per interventum istius adulterini exclusus foret, ergo qui hunc interposuit, hoc damnum dedit immediate (praeter superius dicta, quibus ostendimus id damnum minime esse immediatum) respondetur, quod non adulteri,

Y ¿qué diríamos si una doncella recibió precio (esto es alguna cosa) por semejante comercio con algún varón?, o qué si lo recibió una viuda, pero no meretriz?; o ¿qué si lo hubiera recibido aun una mujer casada?; pues en todos estos casos, y otros semejantes, se ha de sostener que la propiedad se ha apartado del dador y ha pasado a quien recibió el objeto; y que no es conveniente el que se conceda la restitución al mismo dador aun cuando lo reclame, por las leyes y razones arriba aducidas, y así lo defiende Domingo Soto en el lugar antes citado; lo que entiendo tanto en el foro contencioso, cuanto en el foro de la conciencia. 13.

¿Qué diríamos si el dador era menor de edad, o bien mayor de edad pero hijo de familia? Ciertamente tratándose de cosas insignificantes no se concedería la reclamación al menor (1); esta regla la he explanado extensamente en el lib. 1.º, §. 7.º de *successionum resolutione*, de otro modo se le concedería, como se prueba por lo que arriba se ha dicho. Mas la medida se ha de dejar al arbitrio del juez. Y ambas cosas entiendo tener lugar aun en el foro de la conciencia, no menos que en el foro judicial. En cuanto al hijo de familia si es verosímil que su padre permitiría ésto, en ese caso traspasó el dominio y cesa la reclamación; de otro modo no. Esa verosimilitud se ha de apreciar a juicio del juez por la cuantía de la cosa dada y de los bienes del padre; doctrina que entiendo tanto en el foro contencioso, cuanto en el foro penitencial; siendo todo ello conforme al sentir de Domingo Soto en el lugar antes citado. 14.

¿Y qué resolveríamos si el guardián de la cárcel forzó a una meretriz encarcelada, o si una meretriz u otra mujer quiere casarse con aquel que era llevado al último suplicio? Responderás como lo hace Boërio en los lugares arriba dichos. 15.

De lo anterior aparece ya no ser verdadera la opinión de Guillermo de Ludo (2), (siguiendo el sentir de Accursio a quien cita) (3) quien escribió que se añadiera a la hacienda pública, lo que la meretriz adquiriera como ganancia propia, y alega la citada ley *Lucius*, Dig., tít. de *iure fisci*, la cual 16.

(1) Conforme a la ley *scio*, Digesto, de *minoribus*.

(2) *Singulari*. 48.

(3) En la ley *non dubium* en la palabra *ex eo*, Digesto, de *legibus*.

sed Deus ipse hunc interposuit & etiam lex. Deus enim fecit nos, non ipsi nos, ut sacris literis edocemur; sicq; prolem illam (sive illa ex adulterio sit, sive ex legitimo coitu) non tam adulteris ipsis quam ipsimet Deo optimo maximo acceptam ferre debemus, qui ex malis initiis multa bona saepe facit oriri.

Praeterea lex quasi sub hac conditione ad eam haereditatem videtur invitasse legitimum sive filium, sive agnatum, nisi interposuerit se alter cuius causa secundum legis dispositionem, vel secundum humanam cognitionem potior est, secundum legis dispositionem: ut si forte spurius a principe legitimatus excluserit eum, qui alias vocabatur a lege, ut per Bartho. in. l. Gallus. §. & quid si tantum, prope finem. ff. de lib. & posth. & ibi per omnes doct. secundum humanam cognitionem ut si forte, qui filius non erat, errore aliquo tanquam filius habitus fuit, ut in terminis. l. si pater & l. neque apud. C. de haer. inst. lex enim vocavit filium vel agnatum ad talem haereditatem vel legatum sub hac conditione, nisi sit alter filius maior natu, qui minorem excludat, vel nisi sit filius, qui excludat agnatum; & quia lex de tali filiatione certa esse non potest, ulterius processit declarando eum filium se vocare & talem reputare, qui durante matrimonio domi nasceretur, non ignara enim huius mali & similium, miseris per hunc modum succurrere didicit, ne unquam de adulterio ob causam civilem posset esse quaestio, ut probat

17. † d. l. Lucius. ff. de cond. & dem. ubi si filius fuit institutus sub hac conditione, si se filium probaret; ea conditio ipsius institutionem vitiat de iure. ff. (ut ibi & hodie quaestionis est, an etiam vitiet, an ipsamet conditio reiiciatur, ut diximus de succ. crea. lib. i. §. x. super rep. l. quoniam in prioribus, ibi collocatam. C. de inof. test. par. iii. (quia † mens testatoris
- 18.

se refiere al caso en que se perpetró otro grave delito y por tanto ninguna dificultad ofrece en el nuestro.

Admitiendo nuestra anterior opinión, contraria a la opinión común, en tal caso a aquella posible objeción en la que se decía, que la ley invitaba a la herencia y a aquel mayorazgo, a este hijo legítimo, si no hubiera sido excluido por la interposición del hijo adulterino, luego quien interpuso a este adulterino fué el causante inmediato de este daño, responderás (además de lo anteriormente dicho por lo que ya demostramos que tal daño de ningún modo es inmediato) que no ya los adúlteros, sino el mismo Dios y también la ley interpusieron a éste. Porque, según nos lo enseñan las sagradas letras, la mano de Dios nos hizo, no nos hicimos nosotros mismos y por consiguiente aquella prole (ya proceda de adulterio o de legítima unión carnal) debemos atribuir el haberla recibido, no tanto a los mismos adúlteros cuanto al mismo Dios Supremo Hacedor, quien de malos principios hace brotar muchas veces copiosos bienes.

Además que la ley parece haber invitado o bien al hijo o al pariente legítimos a aquella herencia, en cierto modo bajo esta condición, a no ser que se hubiera interpuesto otro cuya causa, atendida la disposición de la ley o el conocimiento humano, fuera preferible según la disposición legal, como si tal vez un hijo bastardo legitimado posteriormente por el rey excluyera a otro hijo que a no ser por ésto era reconocido por la ley (1). Además según el humano conocimiento, como si por ejemplo, por un error fué reputado como hijo, quien en realidad no lo era (2), porque la ley llamó al hijo o pariente a tal herencia o legado bajo esta condición, a no ser que haya algún otro hijo mayor que excluya al menor, o a no ser que exista un hijo que excluya al pariente; y no pudiendo la ley tener certeza de tal filiación, procedió más adelante declarando que ella llamaba hijo, y le reputaba como tal, a aquel que naciese en casa durante el matrimonio, porque conocedora de este mal, y de otros semejantes, aprendió a salir en defensa de los desgraciados por este medio, para

(1) Según lo expone Bartolo en la ley *Gallus*, §. *et quid si tantum*, hacia el fin, Digesto, de *liberis et posthumis* y todos los doctores al comentarla.

(2) Conforme a los términos de la ley *si pater* y de la ley *neque apud* del Código, tít. de *haeredibus instituendis*.

fuit sibimet minime satisfacere per probationem vel praesumptionem legis de qua in d. l. filium eum. ff. de his qui sunt sui vel ali. iuris. & d. l. si vicinis. C. de nupt. Unde is filius se alio modo quam ex legis praesumptione filium probare non poterat, concludenter aut necessario, & si alia probatio admitteretur, eveniret ut adversarius inferret adulterii quaestionem, quod lex illa consultissima simul & honestissima admittere noluit, maluitq; ut ea haereditas huic filio sive vero, sive putative deferretur, quam quod adulterii quaestio super hac causa pecuniaria admitteretur. facit. l. filius. ff. de cond. inst. l. reprehendenda. C. de inst. & subs. l. nepos proculo. ff. de verb. sig. ergo lex sciens prudensque, nec huius mali & similium ignara, cum tales haereditates aut maioratus defert, se incerto eventui committere intelligit, sciensq; prudensq; id vult, admittit, tolerat consueta ratione dubii eventus recedere a regulis iuris. l. si pater puellae. C. de inoffi. test. l. de fideicommisso. C. de transact. ergo non est verum adulterinum aut eius matrem, id quo de agitur ademisse reliquis, qui alias vocarentur, quinimo ipsam legem id fecisse, cuius voluntatis primus gradus erat, ut verus filius vel agnatus id caperet. At secundus gradus fuit, ut etiam adulterinus potius caperet, quam alius, si ad eum pervenire non posset, nisi adulterio detecto aut agitato, simile in princ. iust. de donat. & in l. fi. ff. de haer. inst.

- Nec dubium est quin si lex id voluit, id quoque potuit,
19. nam haereditates † successiones, maioratus & similia descendunt a mera legis civilis concessionem, ut ex vera & communi sententia ostendimus de succ. creatione lib. i. §. i. in princ. & lib. ii. §. xx. super rep. auth. novissima ibi collocata. C. de inoffi. testamen. secundum quae apparet ad eam haereditatem, qua de agitur invitatum fuisse a lege

que jamás pudiera moverse cuestión sobre el adulterio por una causa civil, según lo prueba la citada ley *Lucius* (1) por la que consta que si un hijo hubiera sido instituido heredero, bajo la condición de probar que es hijo, tal condición invalida *de iure*, dicha institución de heredero (según en tal lugar y aun hoy día se disputa sobre si también invalida el acto o si la misma condición se ha de rechazar conforme lo tratamos en la obra *de successionum creatione*) (2); porque la mente del testador fué que a él de ningún modo le era suficiente satisfacción la prueba y la presunción legal de la que trata la citada ley *filium meum* (3). Por consiguiente este hijo no podía probar de otro modo de una manera concluyente y necesaria que era tal hijo, sino por la presunción de la ley, y si se admitiera otra clase de prueba, sucedería que el adversario movería cuestión sobre adulterio, cosa que no quiso admitir aquella ley prudentísima y a la vez honestísima y prefirió el que aquella herencia pasase a tal hijo verdadero o putativo, antes que admitir cuestión sobre adulterio por esta causa de intereses; hacen también al caso varias leyes (4); luego la ley a sabiendas y prudente y conocedora de este mal y de otros semejantes, cuando concede tales herencias o mayorazgos, ya sabe que se expone a un suceso incierto, y a sabiendas y prudente lo quiere, y admite y tolera el apartarse de las reglas del derecho por el motivo corriente de un suceso dudoso (5); no es pues verdad que el hijo adulterino o su madre hayan quitado aquello de que se trata a los demás que de otro modo serían llamados a poseerlo, antes bien la que ha hecho ésto ha sido la misma ley, cuya voluntad era en primer término el que el verdadero hijo o pariente se hiciera señor de aquellos bienes, y en segundo término fué el que aun el

17.

18.

(1) Del Digesto, tít. *de conditionibus et demonstrationibus*.

(2) Libro 1.º, §. 10, sobre la referida ley *quoniam in prioribus* del Código tít. *de inoffic. testamento*, parte 3.ª, allí aducida.

(3) Digesto, tít. *de his qui sunt sui vel alieni iuris* y la ley *si vicinis* del Código, tít. *de nuptiis*.

(4) La ley *filius*, Digesto, tít. *de conditionibus institutionum*; la ley *reprehenda*, Código, *de instit. et substitutionibus* y la ley *nepos proculo*, Digesto, *de verb. signif.*

(5) Véase la ley *si pater puellae*, Código, *de inof. testamento* y la ley *fideicommisso*, Código, *de transactionibus*.

illum adulterinum ut iam non minus utiliter, quam nove, non solum monstraverimus mulierem illam si restitutio facienda esset ad eam faciendam minime teneri, sed etiam nihil omnino esse restituendum neque ab ipsa neq; ab alio, nam post mortem suam suas relinquere successiones, haereditates, maioratus nulli unquam mortalium licuisset, nisi ius civile foret, quia id principiis iuris naturae adversum, pugnans, contrarium esse in dd. locis disseruimus: lex autem civilis id concessit, eademq; hanc concessionem moderavit & declaravit, ut hoc casu non deberetur talis successio veris filiis aut agnatis: sed potius illi adulterino: ut sic quantum fieri possit abstineretur ab investigatione vel inquisitione coniugii, & pudoris, & honestatis violatae. sicq; sumus revera in casu huius fallentiae non in casu regulae illius.

20. Quae omnia † vel illinc iustificantur quod si post mortem mariti statim vidua facta est scholaris concubina, & nono mense post mortem mariti peperit, is filius favore legitimittatis potius praesumitur mariti, quam illius scholaris: nec distinguimus, an diu, ante mortem vehementer aut graviter maritus ille aegrotasset, nec consideramus quod non solum nono, sed etiam septimo mense potuit ab illo scholari quod mulier concepisset parere. l. septimo mense. ff. de statu hominum quarum rerum ratio ea est, quod successionem uni per legem adimi, & in alterum transferri facillime fit ob levissimas etiam causas, quia quod gratis leges concedunt, facillime & possunt & solent adimere & transferre, arg. in. l. plane in prin. ff. delega. i. & per totum. ff. & inst. de adim. lega. Si ergo id fit solum legitimittatis favore, quanto magis favore pudoris, honestatis, famae & honoris favore, qui omnibus rebus praeciosior est. l. Iulianus. ff. si quis

hijo adulterino lo percibiese antes que otro, si a este segundo no pudiera corresponderle sino descubierto o entablada cuestión sobre adulterio (1).

Ni cabe duda alguna de que si la ley quiso ésto, pudo también hacerlo, porque las herencias, sucesiones, mayorazgos y cosas semejantes, proceden de la exclusiva concesión de la ley civil, según hemos demostrado basados en la verdadera y común opinión en nuestra obra *de success. creatione* (2). Conforme a lo expuesto aparece que aquel hijo adulterino fué invitado por la misma ley a aquella herencia de la que se trata; de suerte que con no menor utilidad que novedad no sólo hemos demostrado que aquella mujer si debiera hacerse la restitución de ningún modo estaba ella obligada a hacerla, sino también, que nada en absoluto se ha de restituir, ni por ella ni por otra persona alguna. Porque a ningún mortal le hubiera sido jamás lícito el dejar después de su muerte sucesiones, herencias o mayorazgos, de no existir el derecho civil, porque ésto sería opuesto, contrario y en pugna con los principios del derecho natural según en dichos lugares hemos tratado. Pero la ley civil concedió ésto, y ella misma reguló tal concesión y declaró que en este caso no se debiera tal sucesión a los verdaderos hijos o parientes, sino más bien a aquel adulterino, para que de este modo, en cuanto fuera posible, se evitara toda investigación y examen sobre la violación del matrimonio, del pudor o de la honestidad; nos hallamos por tanto realmente en el caso de esta excepción, no en el caso de aquella regla.

19.

Todo lo dicho justificase también por este motivo, porque si después de la muerte del marido la viuda pasó en seguida a ser concubina de un estudiante, y al noveno mes después de la muerte del marido dió a luz, este hijo más bien se presupone del marido en favor de la legitimidad que de aquel estudiante; ni hacemos distinción sobre si tal marido antes de morir estuvo por mucho tiempo enfermo de dolorosa o grave enfermedad, ni tenemos en consideración el que aquella mujer pudo dar a luz lo que hubiera concebido de

20.

(1) En parecidos términos se expresa el principio de la Instituta, *de donatione* y la ley final, Digesto, tít. *de haered. institut.*

(2) En el lib. 1.º, §. 1.º, al principio y en el lib. 2.º, §. 20 al tratar de la referida authent. *novissima* inserta en el Código, tít. *de inoffic. testamento* y que aduje en dicho lugar.

omi. cau. testa, multa per Gerardum singulari. i. & ii. & singulari. xxxiii, & sing. lxxxii. nu. 6. Et quod diximus de exemplo scholaris & viduae tenent in specie Bal. in l. si mater. C. de suis & legiti. haeredi. per l. miles. §. defuncto. ff. ad legem Iuliam de adul. & Franc. Crem. sing. cxxvii. incip. mortuo marito.

21. Facit, nam † & si probetur uxorem cum decem vel pluribus scholaribus habere quotidianum commercium, non aliter atque cum marito suo, adhuc tamen favore legitimitatis liberi, quos pepererit, praesumuntur esse mariti, non aliorum filii: sicque & legitimi intelliguntur, & patris erunt haeredes, quia sive veri filii mariti fuerint, sive non fuerint, eo ipso quod constante matrimonio domi ab uxore editi sunt, ipsis a lege patris (hoc est mariti) deferitur haereditas ad eamq; invitantur: sicque non est verum eos alienum possidere, ut sic ad ullam restitutionem illius haereditatis vel ipsi vel eorum mater teneantur: quinimo reliqui filii veri vel agnati, si eam haereditatem occuparent, forte his utcunque adulterinis restituere tenerentur: quandoquidem isti & non ipsi ad haereditatis lucrum ex mera legis gratia & indulgentia concessum invitati reperiuntur. ut in specie per Bald. in rubr: C. de proba. Angelum in l. i. eodem ti. Bartho. in. l. miles. §. defuncto. ff. de adult. & Francis. Cremensem ubi supra, & plene in simili per Bartho. & omnes repetentes in l. Gallus in princ. ff. de lib. & post.

22. In summa † rursus perpendimus d. l. Lucius ff. de condi. & dem. ubi nulla alia ratione testator potuit filium domi ex uxore sua natum sub hac conditione si se suum filium probaret instituere, nisi quod eum ex adulterio natum

aquel estudiante no sólo al noveno mes, sino también al séptimo (1) y la razón de tales afirmaciones es ésta, el que es sumamente fácil el que por medio de la ley se quite a uno el derecho de suceder y se confiera a otro, aun por causas muy leves, porque lo que las leyes gratuitamente conceden, con suma facilidad no sólo pueden sino que acostumbran también a quitar y a transferir a otro (2). Si, pues, esto se hace solamente en favor de la legitimidad, ¿con cuánta mayor razón se hará en favor del pudor, de la honestidad, de la fama y del honor que es de mucho más valor que todas las cosas? (3). Y lo que hemos dicho del estudiante y la viuda lo sostienen concretamente Baldo (4) y Francisco Crémense (5).

Confirma lo mismo esta razón, porque aunque se pruebe que la esposa tenía habitual comercio carnal con diez o más estudiantes, no de otro modo que con su marido, con todo en favor de la legitimidad, los hijos que diera a luz se presuponen ser hijos del marido y no de los otros; y por tanto se consideran por una parte legítimos y por otra serán herederos del padre, porque ya sean verdaderos hijos del marido, o ya no lo sean, por el mero hecho de haber sido dados a luz por la esposa en su casa durante el matrimonio, la ley otorga a los mismos la herencia del padre (ésto es del marido) y a ella les llama; y por tanto no es verdad que estén en posesión de cosa ajena, de suerte que por tal causa o ellos mismos o su madre estén obligados a restitución alguna de aquella herencia; más aún, los restantes hijos verdaderos o parientes si tomares aquella herencia, tal vez estarían obligados a restituirla a los primeros aun cuando adulterinos, puesto que estos últimos y no ellos se hallan invitados al disfrute de la herencia concedido por exclusivo favor y condescendencia de la ley, según consta concretamente por Baldo (6),

21.

- (1) Conforme a la ley *septimo mense* del Digesto, tít. *de statu hominum*.
- (2) Conforme lo prueba la ley *plane*, al principio, Digesto, tít. *de legatis*, lib. 1.º y por todo el tít. *de adimendis legatis* del Digesto e Instituta.
- (3) Conforme a la ley *Iulianus*, Digesto, tít. *si quis omi. caus. testa.* y a lo que extensamente dice Gerardo en las *singul.* 1.ª, 2.ª, 55 y 82, núm. 6.
- (4) Al comentar la ley *si mater*, Código, tít. *de suis et legi. haered.* y la ley *miles*, §. *defuncto*, Digesto, tít. *ad legem Iuliam, de adulteriis*.
- (5) *Singulari.* 127 que empieza *mortuo marito*.
- (6) En la rúbrica del Código, tít. *de probatione*.

suspicaretur, eandemq; suspicionem non potuit iustex non concipere, & nihilominus voluit conditionem & testamentum reiicere, haereditatemque testantis illi filio sive vero sive adulterino concedere, ergo voluit, disposuit, & prospexit lex ut si verus esset filius, vero filio deferretur: sin autem adulterinus etiam adulterino deferretur: sicq; tam iure habebit dominium illius haereditatis quam ille, qui contra domini voluntatem praescripsit. iuxt. l. fin. C. de longi temp. praescrip. aut in terminis totius tituli. C. de servis qui pro praemio liber. accip. aut in terminis. §. praeterea per alluvionem, inst. de rerum divi. aut in terminis legis item si verberatum in princ. ff. de rei ven. aut in terminis. §. thesaurus inst. de rerum divi. aut in terminis §. si alienam purpuram cum multis aliis. §§. & exemplis praeced. & seq. inst. de rerum divi. in quibus † saepissime nobis invitis & ignorantibus nostrum per legem adimitur variis ex causis: quanto ergo facilius in specie nostra, in qua nostrum non erat, sed nobis tantum destinatum; idque sub quadam conditione aut spe, quae non extitit, sed evanuit.

24. Nec talis † spes alienae haereditatis viventis esse debet in consideratione, quinimo improba reputatur. l. ii. §. interdum. ff. de vulga. ibi improbum esse eum qui sollicitus esset de haereditate viventis Iulianus aiebat. l. fin. C. de pact. ubi Glo. communiter ibi app. id extendit etiam ad filios respectu parentis haereditatis, l. ii. §. fi. ff. de his quibus ut indig. l. quidam in iure §. fi. cum l. seq. ff. de dona. ubi contra ius gentium & bonos mores id esse iure consultus testatur.

25. Tenendo nostram sententiam contra sententiam communem, inde sequitur veram esse opinionem existimantium,

Angel (1), Francisco Cremense (2) y extensamente por Bartolo y los demás autores que lo repiten (3).

En resumen, y de nuevo examinamos con cuidado la citada ley *Lucius* (4); según lo cual por ninguna otra razón pudo el testador instituir heredero al hijo nacido de su esposa y en su propia casa, a condición de probar que era su hijo, sino porque sospechaba que fuera nacido de adulterio; y aquella misma sospecha no pudo por menos de concebirla con razón la ley, y, sin embargo, fué su voluntad el desechar aquella condición y testamento, y el conceder la herencia del testador a aquel hijo ya fuera verdadero o adulterino; quiso pues la ley, y dispuso y proveyó, que si era verdadero hijo, se entregase al verdadero hijo, y si era adulterino se entregase al adulterino; y por consiguiente tendrá la propiedad de aquella herencia con tanto derecho cuanto aquel que la posee por prescripción contra la voluntad del dueño conforme a numerosas disposiciones (5), donde se citan numerosos casos, en todos los cuales contra nuestra voluntad, y aun sin conocimiento nuestro, se nos quita por la ley lo que era nuestro por varias causas; cuánto más fácilmente, pues, en nuestro caso, en el que no era nuestro, sino sólo destinado a nosotros y ésto bajo cierta condición y esperanza que no tuvo cumplimiento, sino que se desvaneció.

22.

23.

24.

Ni debe tenerse en cuenta tal esperanza en la ajena herencia de una persona viva, más aún, ésto se considera perverso, como consta por la ley 2.^a §. *interdum* (6) donde decía Juliano ser malvado aquel que estuviese cuidadoso

(1) Comentando la ley 1.^a del mismo título.

(2) *Ubi supra*.

(3) Comentando la ley *Gallus*, al principio. Digesto, tít. *de liberis et posthumis* y la ley *miles*, §. *defuncto*, Digesto, *de adult.*

(4) Digesto, tít. *de condition. et demonstrat.*

(5) Así la ley final del Código en el tít. *de longi temporis praescript.* y conforme a los términos del §. *praeterea per alluvionem*, Instituta, *de rerum divi.* y a los de la ley *item si verberatum*, Digesto, *de rei vindicatione*; o a los términos del §. *thesaurus*, Instituta, *de rerum divi.* y del §. *si alienam purpuram* con otros muchos §§. y ejemplos anteriores y posteriores de la Instituta *de rerum divi.*

(6) Digesto, tít. *de vulgari.*

quod mulier si vehementer suspicetur revelando suam turpitudinem se nihil profuturam, eam revelare non tenebitur, licet ipsa alias nequeat restituere; id quod tenuit Petrus Sotus d. lib. iii. artic. ii. q. vii. post Scotum quem allegat.

26. Deinde † ex rationibus sententiae nostrae apparet quod etiamsi ipsa mulier probabiliter speret, quod si id ipsi filio spurio (hoc est adulterino) dixerit ei persuadere poterit ab ea haereditate abstinere, adhuc id facere non tenebitur. Nam si ille utcumque adulterinus esset, ad eam haereditatem fuit a lege invitatus, eo quod lex tolerantius esse existimabit tale haereditatis lucrum de vero mariti filio ad illum adulterinum transferri, quam de fide thori violata iudicialiter agi vel etiam extra iudicialiter tractari: & turpissimis hisce rumoribus popularium aures offendi, matronarumque pudorem, & male audiri, aut eas forte ad similem turpitudinem invitari istius modi exemplo incitatas. Par est ut ei adulterino haereditatis lucrum a lege sibi delatum non adimatur, & in alium transferatur; iam enim si aliter fieret & ipse suo careret, & ille alieno iniuria potiretur.

Contrarium tamen tenent Petrus Sotus & Scotus supra citati, post Caietanum. q. lxii. art. v. super. S. Tho. ii. ii. & Adrianus in summa. q. i. verb. restitutio: quorum sententiam receptissimam esse ait Sotus ubi supra: & nostra sententia contra eos facilius procederet in fideicomisso familiae relicto ad descendentes transituro, & in maioratu & similibus, puta in regno, in ducatu, comitatu, marchionatu & similibus, nam & si ille filius, qui a matre adulterinus declaratus fuit, fidem matri adhiberet, sicque ab eo maioratu, ducatu, regno, comitatu, marchionatu, fideicomisso abstineret, adhuc istius abstentio vel renuntiatio suis liberis iam natis vel nascituris

de la herencia de una persona viva; lo mismo aparece por la ley final del Código, título *de pactis*, donde la glosa comúnmente admitida, extiende ésto aun a los hijos respecto a la herencia del padre, y en otras leyes (1) en una de las cuales atestigua el juriconsulto ser ésto contra el derecho de gentes y las buenas costumbres.

Admitiendo nuestra opinión en contra de la opinión común, síguese de ella ser verdadera la doctrina de quienes juzgan que la mujer si sospecha con gran fundamento que nada ha de aprovechar descubriendo su torpeza, que no estará obligada a revelarla, aun cuando ella misma de otro modo no pueda hacer la restitución; lo que defendió Pedro Soto (1), siguiendo a Escoto a quien cita. 25.

Además es manifiesto por los fundamentos de nuestra opinión, que aun cuando dicha mujer espere con probabilidad, que si descubriera ésto al mismo hijo espurio (es decir adulterino) podría persuadirle el que se abstuviera de aquella herencia, no estará con todo obligada a hacerlo. Porque si el tal aun cuando fuera adulterino, fué invitado por la ley a aquella herencia, porque la ley juzgó ser más tolerable el que el lucro de tal herencia se traspasare del hijo verdadero del marido a aquel adulterino, que el que se entablara acción judicial sobre la violación de la fidelidad del tálamo conyugal, o que extrajudicialmente se tratara de ello, y que con estas costumbres tan torpes se ofendieran los oídos del vulgo, y adquiriese mala fama el recato de las matronas, o que tal vez fueran provocadas a semejantes torpeza incitadas por tal ejemplo, es justo que no se le quite a aquel adulterino y se transfiera a otro el lucro de la herencia que la ley puso en sus manos; porque si después de ésto se procediere de otro modo por una parte el primero carecería de algo suyo, y el otro injustamente se apoderaría de lo ajeno. 26.

Sin embargo defienden lo contrario Pedro Soto y Escoto arriba citados, siguiendo a Cayetano (3), y Adriano (4) cuya opinión dice Soto en el lugar citado, ser sumamente

(1) En la ley 2.ª, §. final, Digesto, tít. *de his quibus ut indig.* en la ley *quidam in iure*, §. final y en la siguiente, Digesto, tít. *de donationibus*.

(2) En el citado lib. 4.º, art. 2.º, cuest. 7.ª

(3) Cuestión 62, art. 5.º sobre Santo Tomás, *secunda secundae*.

(4) En la *Summa*, cuest. 1.ª en la palabra *restitutio*.

- eas ad res invitatis minime noceret. Quae omnia forte possent temperari ut non procedant quando evidens esset eum esse adulterinum, quia natus eo tempore, quo maritus peregre abfuerat per longius tempus quam unius anni (id saepe accidit nostris Hispanis ad Indorum regiones dum navigant uxoribus domi relictis) tunc enim & restitutio in conscientia facienda esset, & forte id iudicialiter quoque obtineret. Opportune ergo ait Petrus Sotus ubi supra matrem
27. † se prodere nunquam teneri, quia in casu evidenti eius confessione opus non est & cessante tali evidentiā, sua confessio nihil prodest. Et facit illud Chrisostomi: Non tibi dico ut te prodas: quem refert & sequitur Sotus d. ar. ii. in pri. Quae
28. † omnia vel illinc iustificantur, quia nullus se alterius filium vel cognatum certo monstrare potest d. l. filium eum. & communiter Doctores tam ibi quam in d. l. Lucius, per tex. ibi & plene per Boërium ubi supra. ergo duplici ratione posset iste adulterinus remorari restitutionem, quia nec certo scit se non esse filium eius cuius de successione agitur, nec certo scit alterum restitui sibi postulantem filium aut cognatum esse eius cuius de successione controversia est. Nisi in casu, qui nunquam forte contigit, quem descripsit Boërius
29. ubi supra scilicet † quando masculus & foemina intra quendam cancellum essent inclusi & post undecim menses ea foemina pareret, indubitatumq; esset nemini mortalium ad eam patuisse eo tempore aditum nisi illo viro. Et nostras sententias probat d. c. officii. de poeni. & remis. & quando periculum esset, si mulier se proderet quia vivus erat maritus, tunc se prodere minime tenetur, secundum Innocentium, Hostiensem, Panormi. & alios per tex. ibi in d. c. officii. tenent Petrus Sotus, Caietanus & alii ubi supra.

admitida; y nuestra opinión contraria a dichos autores más fácilmente procedería tratándose de un fideicomiso dejado a la familia y que ha de pasar a los descendientes, y también en los mayorazgos o cosas semejantes, como por ejemplo tratándose de un reino, ducado, condado, marquesado y otros tales; porque aun cuando aquel hijo que fué declarado adulterino por su madre, diese fe a su madre, y por tanto se abstuviera de aquel mayorazgo, ducado, reino, condado, marquesado y fideicomiso, todavía la abstención y renunciación de éste, de ningún modo perjudicaría a sus hijos nacidos ya o por nacer llamados a dichos bienes. Todas estas cosas tal vez podrían moderarse, de suerte que no tengan cumplimiento cuando fuera evidente que el tal era adulterino, porque por ejemplo nació en tal tiempo en que el marido había estado ausente por diversas regiones por un tiempo más largo que el de un año (cosa que acontece con frecuencia a nuestros españoles mientras navegan a las regiones de las Indias dejando en casa sus mujeres) pues en tal caso, aun en conciencia, debería hacerse la restitución y tal vez la conseguiría también por vía judicial. Oportunamente dice pues, Pedro Soto en el lugar citado, que la madre nunca está obligada a delatarse, porque en un caso evidente no se precisa de su confesión y cesando tal evidencia de nada aprovecha su confesión. Hace también al caso el dicho del Crisóstomo: no te digo que te descubras; a quien cita y sigue Escoto (1). Todo lo dicho se corrobora también por esta razón, porque nadie puede demostrar ciertamente ser hijo o pariente de otro, conforme a la ley *filium eum* citada, y al común sentir de los doctores tanto al tratar de dicha ley como sobre el texto de la ley *Lucius*, y según con toda extensión lo expone Boërio (2).

Así, pues, por dos razones puede este adulterino demostrar la restitución; porque ni le consta con certeza no ser hijo de aquel de cuya herencia se trata, ni tampoco sabe con certeza que el otro, que reclama el que se le haga la restitución, sea hijo o pariente de aquel sobre cuya sucesión existe controversia. Fuera del caso que tal vez jamás aconteció y que describió Boërio en el lugar antes dicho, a

(1) En el citado art. 2.º al principio.

(2) *Ubi supra*.

30. Quid si † tua levitate deceptus, vel ab alio citra culpam meam deceptus mihi centum quasi filio naturali tuo cum non essem legasti, an ea centum debeam restituere tuis haeredibus testamentariis? id quod negat Sotus ubi supra sed loquitur, contra textum in. l. fina. ff. de haere. inst. & in. l. si pater & in. l. neque apud. C. de haere. inst. & ibi plene per Corneum, & per las. in simili post alios Doctores disputantes, an fiscus forte ad id lucrum invitetur, quod obtinet quando huic alias relicturus non erat, nisi eum suum esse filium falso opinatus esset, ut ibi & l. demonstratio falsa. §. quod autem iunctis traditis per Bar. ibi. ff. de cond. & demon. fallit quando ex uxore mea nato ut filio meo cum adulterinus esset legassem, ne tunc de adulterio quaeratur. arg. eorum quae sup diximus.
31. Hactenus de adultera & eius filio. Quid in ipsomet adultero, qui filium ex adultera suscepit, qui ad patris putativi haereditatem fuit invitatus: an ad restitutionem teneatur, vel haereditatis veris mariti filiis, vel cognatis ablatae, vel expensarum a marito in illo educando factis? Sotus ubi supra id negat, cum hoc tamen moderamine, ut si adulter sibi vehementer illum suum esse filium persuadet, & honesto modo eas expensas marito refundere potest, id faciat, primum verum puto, & secundum quoq; ita tamen ut ea vehemens opinio, quoad eas tantum expensas non etiam quoad haereditatis restitutionem sit in consideratione.
32. Centesimo quadragesimoquarto colligitur, an † valeat dispositio. l. filium eum definimus. ff. de his qui sunt sui vel alieni iuris. l. si vicinis. C. de nupti. dum aiunt, praesumptionem esse (iuris etiam & de iure ut ibi exponunt doctores)

saber cuando el varón y la mujer hubieran estado encerrados dentro de un enrejado inaccesible y después de once meses diera a luz aquella mujer, y fuera evidente que ningún mortal había tenido entrada hasta ella en dicho tiempo, fuera de aquel varón. También prueba nuestras opiniones el citado cap. *officii, de poenitentia et remissione*; y cuando existiera peligro en que la mujer se descubriera a sí misma, porque vivía aún el marido, entonces de ningún modo está obligada a descubrirse según el parecer de Inocencio, el Hostiense, el Panormitano y otros sobre el texto del citado cap. *officii*; también lo defienden Pedro Soto y Cayetano en los lugares antes citados.

Y ¿qué diríamos si engañado por tu propia ligereza, o inducido a error por otro sin culpa mía, me hiciste un legado de cien áureos como a hijo natural tuyo no siéndolo, deberé restituir aquellos cien áureos a tus herederos testamentarios? Lo que niega Soto en el lugar antes dicho; pero su doctrina va contra el texto de varias leyes (1) abajo citadas y extensamente comentadas en parecido caso por Corneo y Jasón siguiendo a otros doctores, cuando disputan sobre si tal vez se ha de reconocer al fisco derecho a este lucro, lo que tiene cumplimiento cuando de no haber juzgado falsamente que el tal era su hijo, no le hubiera dejado en otro caso cosa alguna, según tales leyes y la ley *demonstratio falsa* (2), juntamente con lo expuesto por Bartolo (3); exceptuáse cuando hubiera hecho el legado al nacido de mi esposa, como si fuera hijo mío, siendo en realidad adulterino, para evitar la investigación sobre adulterio, según se prueba por lo que anteriormente hemos expuesto.

30.

Hasta aquí hemos tratado de la adúltera y de su hijo, y qué diremos del propio adúltero que engendró de la adúltera un hijo, que ha sido llamado a la herencia del padre putativo, ¿estará obligado a la restitución o bien de la herencia quitada a los verdaderos hijos o parientes del marido, o bien de las expensas hechas por el marido en educarle? Soto niega esta obligación en el lugar citado, si bien con esta restricción, que

31.

(1) Contra la ley final del Digesto en el tít. *de hæred. instituendis*; la ley *si pater* y la ley *neque apud* del Código, *de hæredibus instituendis*.

(2) En el §. *quod autem*.

(3) Sobre tales leyes, Digesto, *de cond. et demonstrat.*

eum, qui domi cuiusq; ex uxore sua natus fuerit, praesumi filium ipsius, quod perquam durum videtur. Quid. enim si ex adulterio natus esset, ut aiebat testator ille de quo in l. iii. in prin. ff. de lib. & posth. Quid item si subdititius fuerat. arg. l. si pater. l. neque apud, cum ibi not. per doct. C. de haere. inst. sane in his speciebus & similibus hominem compelli ad talem loco filii agnoscendum & alendum, perquam durum sicque a legis imperio alienum videtur, quod prodesse non sic obesse deberet, ut habet nostra principalis conclusio.

33. Denique † adeo verum est talem filium mariti filium praesumi, ut etiam si mater contrarium asseveret ei credendum minime sit: haec est communis opinio, quam tenent Cynus in. d. l. si vicinis ad finem, & Bar. in. d. l. filium, ubi referunt matrem dixisse filio cuiusdam regis primogenito se regis filium non esse, sed cuiusdam militis, qui filius matri fidem adhibuit, sed vehementer erravit secundum Bart. & Cynum ubi supra sicque stulte aiunt regno renunciavit: sequuntur Nicolaus Boërius decis. ccxlix. Mulieri asserenti nu. 6. Bald. in. d. l. filium lect. i. col. ii. Albericus, Angelus & Salicetus in. d. l. si vicinis, Iacobus de Sancto Georgio in. l. i. ff. de probatio. Franci. Cremens. sing. cxxvii. mortuo marito ad finem, & alii quam plures relati per Boërium ubi supra & theologorum doctissimus Dominicus Sotus de iust. & iure lib. iiii. q. vii art. ii. & per Anto. Butrium, Panorm. Ioannem Imolen. & alios in. c. officii de poeni. & remis. sicque hi
34. † omnes intelligunt neque in foro contentioso tali matris dicto credendum esse, nec etiam in foro conscientiae, quavis hoc ultimum non ita expressim significant, quod apertius tenent communiter Theologi ut per Dominicum Sotum ubi

si el adúltero está firmemente persuadido de que aquel es hijo suyo, y puede devolver al marido de un modo decoroso aquellas expensas, lo haga; lo primero lo juzgo verdadero, como también lo segundo, de tal modo sin embargo que aquella firme persuasión se tenga en cuenta únicamente en cuanto a dichas expensas, pero no en cuanto a la restitución de la herencia.

Conclusión 144. Síguese también si ha de ser válida la disposición de la ley *filium eum definimus* (1) y de la ley *si vicinis* (2), cuando afirman existir presunción (*iuris* y también *de iure* según en tales lugares lo exponen los doctores), de que aquel que hubiera nacido en casa de cada uno y de su esposa, se presume ser hijo suyo; lo que parece sobremanera duro. Porque ¿qué diríamos si fuera fruto de adulterio, conforme decía aquel testador de quien trata la ley 3.^a al princ. *de liberis et posthumis*? ¿Qué igualmente si hubiera sido cambiado ocultamente? según consta por varias leyes (3). Ciertamente en estos y parecidos casos el obligar a un hombre a reconocer y a alimentar a éste en lugar de un hijo, parece sobremanera intolerable y por tanto ajeno al poder de la ley que debería servir de utilidad, pero no así de perjuicio, según consta por nuestra conclusión fundamental.

Finalmente, hasta tal punto es verdadero que tal hijo se presume hijo del marido que aun cuando la madre afirme lo contrario, de ningún modo se le ha de dar fe. Esta es la común opinión que defienden Cino al comentar la ley *si vicinis*, al final y Bartolo la citada ley *filium*, donde refieren haber dicho una madre al hijo primogénito de cierto rey, que él no era hijo de tal rey sino de cierto soldado, y que tal hijo dió crédito a su madre; pero cometió un craso error, según Bartolo y Cino en el lugar dicho, y por tanto neciamente, dicen ellos, renunció al reino. Siguen la misma opinión Nicolás Boërio (4), Baldo (5), Alberico, Angel y Salicet (6),

(1) Digesto, tít. *de his qui sunt sui vel alieni iuris*.

(2) Del Código, tít. *de nuptiis*.

(3) Por la ley *si pater*, por la ley *neque apud eum*, Código, tít. *de haered. institut* con lo que sobre ellas notan los doctores.

(4) Dictamen 249 que empieza *mulieri asserenti*, núm. 6.

(5) En la citada ley *filium*, lect. 1.^a, colum. 2.^a

(6) Los tres comentando la ley *si vicinis*.

supra post Scotum, quem allegat, id quod videtur ex sententia divi Thomae. li. ii. q. lxii. ar. v. & Caletanus ibi in id quoque inclinatur, facit tex. in. c. officii de poeni. & remis.

Denique ipsi mulieri quid agendum sit, solet dubitari. Quid enim si partem haereditatis paternae abstulit reliquis mariti filiis is filius adulterinus? videtur enim talem matrem teneri ad restitutionem istius damni dati. Quid si primus filius durante illo matrimonio susceptus erat adulterinus, vel forte subdititius, & alius filius verus, & forte mariti bona erant maioratus, sicque ex toto ad illum adulterinum perventura erant: in hac quidem specie gravior est restitutionis obligatio; idemque in regni successione, ut in exemplo supra relato; sed & si alius non sit filius, supersunt tamen consanguinei illius mariti ad quos ille maioratus, aut regnum, aut bona perventura erant, sicque eadem fere ratio est, quod attinet ad vim restitutionis.

Quid dicendum? & quidem, aut mulier illa habet alia bona, quibus id damnum compensare possit; & tunc non potest non restituere, secundum communem opinionem theologorum relatam per Sotum ubi supra (in exemplo de adulterino filio, quod solum prosequor) nec tunc tenetur adulterium suum manifestare, secundum quos hoc ultimum verissimum est, sed primum satis dubium, ad cuius rei dilucidio-rem notitiam videndum, quando & quatenus quis restituere teneatur, & sint duo membra, primum, quando quis factus est locupletior, alterum quando locupletior factus minime fuit.

35. Priore casu duobus concurrentibus, quod † & damnum iniuria dederim, & factus sim locupletior, teneor restituere quatenus damnum dedi, & non solum quatenus locupletior

Jacobo de San Jorge (1), Francisco Cremense (2), y otros muchos citados por Boërio en el lugar dicho; defiéndenla también Domingo Soto, el más docto de los teólogos (3), y Antonio Butrio, el Panormitano, Juan de Imola y otros (4). Así, pues, todos estos autores son de parecer, que no se ha de dar crédito a tal afirmación de la madre ni en el foro contencioso, ni tampoco en el foro de la conciencia, si bien esto último no lo declaran tan terminantemente; con más claridad lo defienden comúnmente los teólogos, según consta por Domingo Soto (5) siguiendo a Escoto a quien cita; doctrina que parece conforme al sentir de Santo Tomás (6) y a la que también se inclina Cayetano, *ibidem*, y que confirma el texto del cap. *officii* (7).

Finalmente, suele proponerse la duda sobre lo que ha de ejecutar tal mujer. Porque ¿qué diríamos si este hijo adulterino quitó parte de la herencia paterna a los restantes hijos del marido? Porque parece que tal madre está obligada a la reparación de este perjuicio causado. ¿Qué si el primer hijo concebido durante el matrimonio era adulterino o tal vez *subditicio* y el segundo verdadero hijo y que tal vez los bienes del marido eran mayorazgos y por ésto habían de pasar por completo a manos de aquel adulterino? Ciertamente en este caso es más grave la obligación de restituir; y lo mismo tratándose de la sucesión del reino, como en el ejemplo arriba consignado; pero aun cuando no exista otro hijo, quedan sin embargo parientes de aquel marido a quienes habían de pasar el mayorazgo, o el reino o los bienes, y por tanto queda en pie casi la misma razón en lo que atañe a la obligación de la restitución.

¿Qué responderemos a ésto? Ciertamente, o aquella mujer tiene otros bienes con los que pueda compensar este daño, y en tal caso no puede por menos de restituir según la común opinión de los teólogos referida por Soto en el lugar arriba dicho (al tratar del caso del hijo adulterino al que

(1) Sobre la ley 1.^a del Digesto en el tít. *de probationibus*.

(2) *Singulari*. 127 que empieza *mortuo marito*, al final.

(3) En el tratado *de iust. et iure*, lib. 4.^o, cuest. 7.^a, art. 2.^o

(4) Al tratar del cap. *officii*, *de poenitentia et remissione*.

(5) *Ubi supra*.

(6) *Secunda secundae*, cuest. 62, art. 5.^o

(7) *De poenitentia et remissione*.

- factus sum; ita procedit totus titulus. ff. C. & Inst. de lege Aquil. sicq; si servum tuum iniuria occidi, aut quadrupedem, licet locupletior nec ex toto nec ex parte factus fuerim, teneor restituere ad modum & mensuram damni dati. Quod si
36. servum subtraxi tuum, & vendidi vilioris quam par erat, tenebor restituere, non solum pretium exinde redactum, sed etiam quod deest ad iustum servi pretium, & etiam quod ulterius tibi intererat servo tuo non caruisse. Caeterum si is servus eodem momento, quo a me subtractus fuit naturaliter mortuus fuit, ita quod & si subtractus non foret non minus periret, ad nullam teneor restitutionem in conscientia, quia nec tu pauperior factus es, nec ego locupletior. idemq; in omnibus reliquis rebus. Ratio, quia & si per momentum temporis damnum iniuria datum videtur, tamen eodem momento resolutum fuit, & damnum esse desiit; sicq; in consideratione esse non debet. argu. l. qui sic. ff. de solutio. & l. Titio cum
37. morietur. ff. de usu fr. leg. Item † restituere non teneor quando legitime factus fui locupletior, legitime intelligo varie, primum, quando id fit ex expressa domini concessione, & ita procedunt titulus. ff. C. & Inst. & in Decret. de donat. tit. generali, & de dona. cau. mor. & titulus. de precario, & titulus. ff. C. & Instit. & in Decret. de commodato. & omnes concessionibus ultimarum voluntatum: Deinde intelligo etiam si tacita tantum domini voluntas accesserit. l. cum quid. ff. si certum petatur. & ita procedit. l. alienationis verbo, ibi, vix est enim ut non videatur alienare, qui patitur rem suam usucapi. ff. de verb. sig. ita etiam intelligo. l. si quis diuturno, in prin. ff. si ser. vendi. facit. §. fi. insti. de iniur. l. si id quod ff. pro dereli. & totus ille titulus. Ultimo
38. intellige etiam si nec tacita nec expressa domini voluntas accesserit saltem in specie, si tamen adhuc fuit legitima

sólo me refiero aquí), ni está entonces obligada a manifestar su adulterio; esto último es verdad en absoluto, según dichos autores, pero lo primero bastante dudoso. Para más claro conocimiento de este asunto, hemos de examinar cuándo y hasta qué punto esté uno obligado a restituir. Para ello señalemos dos miembros: primero, cuando la persona se ha hecho más rica, y segundo, cuando no ha aumentado en lo más mínimo sus riquezas.

- En el primer caso concurriendo estas dos circunstancias: 35.
por una parte el haber causado daño injustamente y por otra el haberme hecho más rico, estoy obligado a restituir en la misma medida del daño causado y no solamente en la cantidad en que he aumentado mis riquezas; en este sentido procede todo el título *de lege Aquilia* del Dig., Cód. e Instituta, por consiguiente si contra todo derecho di muerte a un siervo o a un animal tuyo, aun cuando no me haya hecho más rico con ello ni en todo ni en parte, estoy obligado a restituir en el modo y medida del daño causado. Pero si 36.
furtivamente te quité un siervo y le vendí en menor precio del que era justo, estaré obligado a restituir no solamente el precio percibido de la venta, sino también la cantidad que falta hasta el justo precio del siervo, y además el interés que en adelante supone el no haber carecido de dicho siervo. Por lo demás, si dicho siervo en el mismo momento en que fué robado por mí, murió de muerte natural, de tal modo que aun cuando no hubiera sido robado pereciera del mismo modo, no estoy obligado en conciencia a ninguna restitución, porque ni tú te has empobrecido más, ni yo me he enriquecido. Lo mismo diríamos tratándose de las restantes cosas. La razón es esta, porque si bien por un momento de tiempo parece haberse causado daño injustamente, sin embargo en el mismo momento se anuló y dejó de existir el daño, y por tanto no debe tenerse en consideración alguna (1). Igualmente 37.

(1) Así lo prueba la ley *qui sic*, Digesto, *de solutionibus* y la ley *Titio cum morietur*, Digesto, *de usufructu leg.*

acquisitio: quale est in acquisitione per interventum praescriptionis, quae contra absentem & ignorantem cucurrit. l. fi. C. de long. temp. praes. & in acquisitione, quae per alluvionem contingit. §. praeterea Instit. de rerum divi. l. adeo. §. praeterea per alluvionem. ff. de acquir. rerum domi. Idem in terminis totius tituli. C. de servis qui pro praemio lib. acc. Idem in terminis l. in bello. §. si quis servum. ff. de capti. in specie ideo dixi, quia his etiam casibus in genere videtur adesse quodammodo voluntas domini quatenus quisque civium legibus reipublicae suae consensum dedisse videtur. l. i. ff. de legib. ibi reipublicae sponsio (hoc est permissio).

In secundo membro quando factus non fuit locupletior adhuc tenetur si damnum iniuria dedit, ut dixi, si modo id damnum fuit considerabile non momentaneum, ut iam declaravi. Nec dubium est ei tantum, qui damnum passus est non etiam alteri faciendam esse restitutionem; & forte id tantum considerabitur, quod principaliter agitur, vel id tantum inspicietur quod damnum datum potissimum, & principaliter intuebatur cuiq; primordialiter nocebat, non illud quod veniret per quasdam consequentias praesertim magnopere remotas. arg. l. si quis neque causam. ff. si cer. pe. cum ibi plene not. per Ias.

Quibus suppositis videndum est in primis, an ea mulier adultera teneatur ad restitutionem illius maioratus, aut illius haereditatis paternae, quam ex toto vel ex parte filius ille adulterinus ademit, iis sive fratribus suis, sive aliis qui ad id quod ipse capit a lege invitaretur, si ipse vel natus nunquam fuisset, vel se ex adulterio natum apparuisset. Deinde dato quod ea mulier ad talem restitutionem minime teneatur videndum est, an saltem teneatur ex vi naturalis iuris,

no estoy obligado a restituir cuando legítimamente adquirí mayores riquezas; y el término legítimamente lo entiendo de varias maneras: primero cuando ésto acontece por expresa concesión del dueño (1); en segundo lugar lo entiendo aun cuando sólo conste tácitamente la voluntad del dueño (2). Finalmente, lo has de entender aun cuando ni tácita ni expresamente se hubiera manifestado la voluntad del dueño, si aun con todo fué legítima la adquisición; cual se tiene en la adquisición por medio de la prescripción que corrió contra un ausente o contra quien lo ignora (3) o en la adquisición que tiene lugar por medio de un aluvión (4); lo mismo acontece en los términos de todo el título *de servis qui pro praemio lib. accip.*; lo mismo en los términos de la ley *in bello* (5); la razón de decir *en concreto*, es porque en general también en estos casos parece estar manifiesta en cierto modo la voluntad del dueño, en cuanto que cada uno de los ciudadanos parece haber prestado su consentimiento a las leyes de la república (6).

38.

En el segundo miembro propuesto, cuando no se hizo más rico, todavía está obligado, si causó el daño injustamente según he dicho antes, si es que tal daño fué de consideración y no momentáneo como queda declarado. Ni cabe duda alguna de que la restitución se ha de hacer solamente a quien sufrió el daño y de ningún modo a otro; y tal vez sólo se tendrá en consideración la cosa principal de que se trata, o solamente pararemos mientes en aquello a lo que

(1) En tal sentido se explican los títulos *de donatione titulo generali* y *de donat. mortis causa* del Código, Digesto, Instituta y Decretales; el tít. *de precario* del Digesto y el tít. *de commodato* del Código, Digesto, Instituta y Decretales y todas las concesiones de últimas voluntades.

(2) Así consta por la ley *cum quid*, Digesto, tít. *si certum petatur*; en este sentido procede la ley *alienationis* en las palabras *vix est enim ut non videatur alienare qui patitur rem suam usucapi* del Digesto, *de verborum significatione*; lo mismo entiende la ley *si quis diuturno* al principio, Digesto, *si servum vendidi*; también el §. final de la Instituta, *de iureiur.* y la ley *si id quod*, Digesto, *pro derelicto* y todo este título.

(3) Según la ley final del Código en el tít. *de longi temporis praescriptione*.

(4) Conforme al §. *praeterea*, Instituta *de rerum divi.* y a la ley *adeo*, §. *praeterea per alluvionem*, Digesto, *de acquirendo rerum dominio*.

(5) §. *si quis servum*, Digesto, *de captivis*.

(6) Según la ley 1.^a, Digesto, tít. *de legibus* en las palabras *reipublicae sponsio (hoc est promissio)*.

naturalisque iustitiae, huic malo obviare: ne is maioratus eave haereditas ex toto vel ex parte iis adimatur, quibus alias deferretur.

39. Quoad primum † communis ut dixi sententia theologorum & iurisperitorum in locis supra allegatis esse videtur, ut ad restitutionem teneatur eo casu, quo ipsa satis amplum patrimonium habebat: unde id facere explereque posset. Unde si is maioratus, eave haereditas, quae ex toto vel ex parte per hanc occasionem adempta fuit, & huic filio adulterino delata mille valebat, & totidem ea mulier in bonis habebat & praeterea nihil, ea omnia restituere teneretur, & si per hoc nuda maneret, quod perquam durum esset, nec ullo iure (iudice me) introductum aut praeceptum est, non magis quam si contendas, quod damnum, quod dedit filius a patre ex vi necessariae restitutionis resarciendum sit, eo quod illum genuit, vel a matre eo quod illum peperit; sicque causam illius damni dedit, quod admittere vani capitis esset,
40. & contra praeceptum divini iuris dictantis, quod † filius non portabit iniquitatem patris, nec pater iniquitatem filii, ut habetur in. l. i. & per totum titulum. C. ne filius pro patre. & per totum titulum C. ne uxor pro marito. & per totum titulum. C. res inter alios. & in. l. non debet. ff. de iureiur. & l. si quis in suo §. legis ubi dixi. C. de inof. testa. estque similiter contra ius naturale, & positivum suadentia poenas suos duntaxat, non etiam alios tenere auctores. ut. dd. ll. meliusque esse nocentem impunitum relinquere, quam innocentem damnare. l. absentem in princ. ff. de poenis. unde Horatius sic cecinit,

Adsit regula

Peccatis, quae poenas irroget aequas.

especialmente y principalmente, afectaba el daño causado y a lo que originariamente perjudicaba; no a aquello que pudiera sobrevenir por medio de ciertas consecuencias sobre todo si son muy remotas (1).

Supuesta la anterior doctrina, hemos de ver, en primer término, si tal mujer adúltera está obligada a la restitución de aquel mayorazgo o de aquella herencia paterna, que o totalmente o en parte quitó aquel hijo adulterino, o a sus hermanos o a otros que serían llamados por la ley a percibir aquello de que él se hace dueño, si él mismo o no hubiera nunca venido a la vida, o si se hubiera hecho manifiesto que había nacido de un adulterio. En segundo lugar, supuesto que dicha mujer no esté obligada en absoluto a tal restitución, hemos de examinar si al menos está obligada en fuerza del derecho natural y de la justicia asimismo natural, a impedir aquel mal, para evitar que tal mayorazgo o tal herencia se les quite totalmente o en parte a aquellos a quienes de otro modo se les concedería.

En cuanto a lo primero, parece ser común opinión, según 39. he dicho antes, de teólogos y jurisconsultos en los lugares citados, que está obligada a la restitución en el caso en que dicha mujer fuera dueña de un patrimonio bastante cuantioso, con el que pudiera realizar y dar cumplimiento a esto; por tanto, si este mayorazgo o esta herencia que, o en su totalidad o en parte se arrebató con este motivo y se entregó a dicho hijo adulterino, tenía un valor como mil, igual al valor que tiene de sus bienes aquella mujer, sin poseer además otra cosa alguna, está obligada a restituir todos aquellos bienes aunque con ello quedara despojada de todo; pero esto sería sobremanera duro, sin estar admitido u ordenado (a mi juicio) por derecho alguno; con no mayor motivo que si defendieras que el daño que causó el hijo ha de ser reparado en fuerza de la necesaria restitución por el padre, por haberle engendrado, o por la madre en razón de haberle dado a luz y haber dado motivo por ello a tal daño, cosa que sólo admitiría una cabeza poco asentada, y que sería contra el precepto del derecho divino que ordena, que el hijo no llevará sobre sí la iniquidad del padre, ni el padre

(1) Como lo prueba la ley *si quis neque causam*, Digesto, *si certum petatur* con lo que extensamente nota Jassón sobre ella.

Non magis ergo ea mulier tenebitur ad talem restitutionem, etenim ea mulier, quae adulterium commisit, si illico poenituit, non dubium est, quin in ipsomet adulterio peccatum suum & coeptum & finitum fuerit, nec habuerit causam successivam continuamve, nec in eo quod peperit peccavit, nisi male sanus contendas eam teneri abortum facere, aut infantem in lucem editum subito necare, quod tam a vero abest, quod tunc parricidii poenam subiret, tantum abest ut ad id teneatur. argu. per totum titulum. ff. ad legem Pompe. de parri. & §. alia deinde, Inst. de pub. iudi. Quinimo talem filium etiam adulterinum (utcumque male & turpiter conceptum) parere, & partum tueri, & alere opus sanctum est, nam Ovidius M. cetamor. lib. iecinit,

Sanctius his animal mentisque capacior altae

Deerat adhuc, & quod dominari in caetera posset.

Natus homo est.

Et not. in aut. ex complexu. C. de incest. nup. ubi per Bal. & Sali. Quum ergo homo animal sanctum Deoque gratum sit, mulier, quae eum peperit opus Deo gratum & meritorium fecit, licet opus conceptionis propter illam noxiam adulterii qualitatem improbum fuerit. & sic ait. l. quod si nolit. ff. de edil. edic. maximum praecipuumq; munus foeminarum est concipere partumque tueri. Quum ergo ea mulier in pariendo inque partu tuendo opus fecerit meritorium, licet praecedens actus adulterii turpis fuerit, causam tamen obligatoriam ad restitutionem minime habens; consequens fit omnem obligationem restitutionis in hac specie cessare. Simillimum est, quod in. l. idem si ob stuprum. ff. de condit. ob turpem causam. dicitur, meretricem turpiter facere in eo quod sit

la del hijo, según consta también por varias leyes (1), y es igualmente contrario al derecho natural y positivo que nos aconseja que las penas recaen solamente sobre quienes las merecen y no sobre los demás, conforme a dichas leyes; y que es mejor que quede sin castigo el culpable, que no el condenar a un inocente (2). Por lo que Horacio cantó así:

«Haya, dice, una norma que aplique justas penas a los delitos».

Así, pues, dicha mujer no está obligada con mayor razón a tal restitución. Porque esta mujer que cometió el adulterio, si al punto se arrepintió, no cabe duda de que en el mismo acto del adulterio su pecado tuvo principio y tuvo fin, ni has de poner una causa sucesiva o continua, ni pecó tampoco por la razón de dar a luz, a no ser que defiendas, falto de juicio, que estaba obligada a producir el aborto, o a dar muerte al punto al niño salido a luz, lo que dista tanto de la verdad que incurriría en tal caso en la pena de parricidio; tan lejos está, pues, el tener obligación de practicarlo (3). Más aun, el dar a luz a tal hijo, aun adulterino (aunque su concepción había sido perversa y deshonesta) y una vez nacido el cuidarle y alimentarle es una obra buena. Por eso Ovidio cantó así en el libro 1.º de sus Metam:

«Faltaba aún un ser más noble y más capaz de elevados pensamientos y que pudiera dominar sobre los demás, y apareció el hombre».

Lo que se hace también notar en la authen. *ex complexu* (4), sobre la que tratan Baldo y Salicet. Siendo pues el hombre un ser bueno y agradable a Dios, la mujer que le dió a luz hizo una obra grata a Dios y meritoria, aun cuando el acto de la concepción hubiera sido perverso a causa de aquella cualidad pecaminosa del adulterio; y así dice la ley *quod si nolit* (5): el mayor y más importante

(1) Por la ley 1.ª y por todo el título del Código *ne filius pro patre* y por los títulos *ne uxor pro marito* y *res inter alios* ambos del Código; por la ley *non debet*, Digesto, de *iureiurando*; por la ley *si quis in suo*, §. *legis*, Código, de *inofficioso testamento*.

(2) Conforme a la ley *absentem* al principio, Digesto, de *poenis*.

(3) Pruébalo todo el título del Digesto *ad legem Pompe. de parricidio*; el §. *alia deinde*, Instituta, de *publicis iudiciis*.

(4) Inserta en el Código, tít. de *incestis et nuptiis*.

(5) Digesto, de *aedilicio edicto*.

meretrix, in eo vero quod cum meretrix sit meretricio more mercedem usus meretricii acceperit, nihil turpe facere videri, omnemque restitutionis obligationem cessare: ut est Theologorum & iuris peritorum communis sententia, de qua per Dominicum Sotum de iustitia & iure lib. iiii. q. vii. artic. i. & attigimus supra. Non aliter & in specie nostra haec coniux turpiter fecit, dum adulterium commisit: dum vero postea peperit & partum educavit, non turpiter, sed laudabiliter fecit; sicque omnis restituendi obligatio cessat.

41. Neque † ad rem pertinet, quod qui causam damni dat, damnum dedisse videatur, ut in regula iuris. nam illud intelligitur de causa proxima & ordinata ad illud damnum inferendum, sicque his duobus demum concurrentibus, secus si alterum deesset, & longe magis si utrunq. Hic autem deest etiam utrunq; quia causa damni est longe remota, ex tali enim coitu non sequitur necessario mulierem gravidatam iri, abortum minime facturam, feliciter parituram, puerum patri superstitem fore, ad eius successionem aut maioratam a lege vocatum iri, & similia multa. Aliter enim similiter diceretur culpatus pater, qui filios suscepit, qui postea pessimi evaserint quasi illius illorumve facinorum causam dederit, aut mater, quae tales filios peperisset, quod admittere stultum esset, praesertim si tales liberi nati essent ex coitu vetito, puta ex stupro, & longe magis si ex coitu damnato puta ex coitu consanguineorum vel forte parentum cum feminabus a se descendantibus, vel ex monacha vel ex clericis & caetera id genus: & tamen in omnibus his speciebus & similibus, quae notantur per tex. Glo. & Doct. in auth. ex complexu C. de incest. nup. & per totum illum titulum, & si turpe & interdum turpissimum sit talem habuisse concubitum,

cargo de las mujeres es el concebir y cuidar de la prole. Como pues, dicha mujer en el dar a luz y en el cuidar de su hijo haya hecho una obra meritoria, aun cuando el acto precedente del adulterio haya sido deshonesto, pero que sin embargo no encierra en modo alguno causa obligatoria de restitución, es natural que en este caso cesa toda obligación de restituir. Muy semejante a ésto es lo que se dice en la ley *idem si ob stuprum* (1), que la meretriz procede torpemente en el ser meretriz, más en el hecho de que siendo meretriz y según la costumbre de las tales haya recibido recompensa por la práctica de la prostitución, no parece realizar cosa reprobable y se reputa cesar toda obligación de restitución, según es común opinión de los teólogos y jurisconsultos, de la que trata Domingo Soto (2) y de paso la hemos indicado arriba. No otra cosa sucede en nuestro caso; esta esposa procedió torpemente al cometer adulterio; mas posteriormente en el dar a luz y en el criar a su hijo, no ejecutó un acto reprobable, sino digno de alabanza; y por tanto cesa toda obligación de restituir.

Ni hace al caso el que quien pone la causa del daño pareec haber causado el mismo daño, según se contiene en una regla de derecho; porque tal doctrina se entiende cuando se trata de una causa inmediata y encaminada a causar tal daño, y por tanto sólo en último término al concurrir ambas cosas, pero no si faltare una de las dos y con mucha más razón si faltaren ambas. Y por lo que hace a nuestro caso faltan también las dos; porque la causa del daño es muy remota, ya que de tal unión carnal no se sigue necesariamente que la mujer haya de concebir, que de ningún modo haya de causar el aborto, que haya de dar a luz felizmente, que el niño haya de sobrevivir al padre, que la ley le haya de reconocer derecho a la herencia o mayorazgo de aquél, y muchas otras cosas semejantes. Porque de otro modo, por parecida razón, se diría culpable el padre por haber engendrado unos hijos que resultaron después sumamente perversos, como si hubiera puesto la causa de los crímenes de aquél o de aquéllos, o también la madre por haber dado a luz tales hijos, lo que sería necedad el admitirlo; principalmente si

41.

(1) Digesto, tit. *de condit. ob turpem causam*.

(2) *De iust. et iure*, lib. 4.º, cuest. 7.ª, art. 1.º

tamen ex illa turpi conceptione filium parere, partumque alere, turpe non est sed laudabile; & cum par turpitudine sit ex parte tam adulteri quam adulterae, ut patet ad sensum & probat in simili. l. maximum vitium. C. de lib. praeter. consequens fit, ut vel neuter ad talis haereditatis vel maioratus restitutionem, vel ut uterque teneatur; & tamen nullus unquam dixit adulterum ad talem restitutionem teneri: ergo nec mulier illa tenebitur, quia ut diximus, ea damni causa longe remota, sicq; in consideratione minime habenda. l. si quis neque causam, cum multis in simili ibi per las. adductis, quae nostram iustiore reddunt sententiam. ff. si cer. pet.

42. Nam & similiter † si domum tuam mihi precario & gratis habitandam concessisti, vel forte commodasti, & famulus meus sine culpa mea eam incendio combussit; nihil restituere tenebor, quanvis perindignum videatur prima facie te pro tuo in me beneficio praemii loco damnum reportare tex. est in. §. ii. & iii. inst. quib. mod, re contr. oblig. l. si ut certo. ff. commodati. l. quae fortuitis. C. de Pignor. acti. Huius autem rei ratio ea est, quod restituere minime cogitur, qui causam damni dedit, nisi ea causa ad tale damnum dandum ordinata fuerit, etiam si ea causa proxima fuerit, nedum si fuisset remota. Sicque licet tua domus a famulo meo combusta nunquam fuisset, nisi ego eam inhabitandam & peterem & acciperem, sicq; causam etiam proximam huic damno dederim, tamen quia ea causa in id ordinata non fuerat, non est in consideratione, quoad restitutionis obligationem, pertinet. ad idem in simili. l. si ex legati causa, cum ibi late traditis per Doct. ff. de lega. i. & in. l. quod te mihi. ff. si certum pet. & per totum titulum. ff. & C. de peri. & com. rei vend. Pro nobis egregius tex. in. l. scimus. §. repletionem.

tales hijos hubieran nacido de un comercio carnal vedado, por ejemplo de un estupro, y mucho más de una unión sujeta a penas, por ejemplo de la unión carnal de consanguíneos, o tal vez de los padres con mujeres descendientes suyas, o de una monja, o clérigos, y lo mismo en otros casos de esta naturaleza; y sin embargo en todos estos y parecidos casos que se consignan en el texto, Glosa y doctores en la *auth. ex complexu* (1) y por todo aquel título, aunque es una cosa torpe y a veces sobre toda ponderación el haber tenido tal comercio carnal, sin embargo el dar a luz al hijo fruto de aquella deshonesta concepción, y el criarle una vez nacido, no es cosa torpe sino digna de alabanza; y siendo igual la deshonestidad tanto por parte del adúltero que de la adúltera, según es patente a la razón y lo prueba en parecido caso la ley *maximum vitium* (2), es consiguiente que o ninguno de los dos está obligado a la restitución de tal herencia o mayorazgo, o lo están ambos; y sin embargo nadie dijo jamás que el adúltero estuviera obligado a tal restitución, luego tampoco lo estará dicha mujer, porque, según hemos expuesto, esta causa del daño es muy remota y por tanto no se ha de tener absolutamente en consideración, según consta por la ley *siquis neque causam* (3), con otras muchas aducidas en tal lugar por Jasón en parecido caso y que justifican mucho más nuestra opinión.

Porque igual acontecería, si a ruegos míos y gratuitamente me concediste tu casa para habitar en ella o tal vez me la dejaste *en comodato*, y un criado mío sin culpa alguna por mi parte la destruyó por un incendio, tampoco estaré obligado a restituir cosa alguna; aunque a primera vista parezca sobremanera indigno que tú en recompensa por tal beneficio para conmigo, en lugar de premio recibas perjuicio (4). La razón de esta afirmación es, que de ningún modo está obligado a restituir, quien fué autor de la causa del daño, a no ser que tal causa hubiera sido dirigida por él a producir tal daño, aun cuando tal causa hubiera sido pró-

42.

(1) Inserta en el Código, tít. *de incestis et nuptiis*.

(2) Código, tít. *de liberis et posthumis*.

(3) Digesto, tít. *si certum petatur*.

(4) Existe un texto sobre ésto en los §§. 1.º y 2.º de la Instituta *quibus modis contrah. obligatio*; la ley *si ut certo*, Digesto, tít. *commodati* y la ley *quae fortuitis*, Código, *de pignoratitia actione*.

C. de inoff. tes. verb. adventitium lucrum, ibi & si voluntatem defuncti ex toto vel etiam ex parte utcunque minima impugnare odiosum reputetur. l. vel negare. ff. quemadmo. testam. aperi. l. i. C. de fact. eccles. tamen supplementum legitimae a lege contra voluntatem defuncti introductum (iuxta. §. caeterum in auth. ut cum de appell. cognos.) habet locum, nec ad illud excludendum computatur lucrum per ius accrescendi contingens, eo quod reputatur quaedam res adventitia; sicque minime considerata. ut ibi. Ad idem. l. v. & vi. ff. de lega. iii. ubi is, qui per medias quasdam causas haereditatem testantis habuit, non praestat legata, eo quod a testatore lucro affectus non videtur; ad idem multa, quae congerit Andreas Tiraq. de causa cessante par. ii. dum negat & multis comprobat & ornat hanc regulam, quod causa remota non consideratur. Ad hoc etiam opportune idem docet dum negat occasionem regulariter considerari, quia occasio est causa remota, sicque qui occasionem damni dedit, minime dedisse damnum videtur, licet interdum contra sit.

Denique hoc damnum datum fuit ex ista causa non solum remota (ut iam ostendimus) sed etiam ad tale damnum dandum minime ordinatum, nam ut naturaliter sentimus tales adulteri non ad haereditatem, maioratumve alicui adimendum coibant, sed ad suam voluptatem explendam. Quinimo amor, qui eos ad actum venereum coegit tum caecos reddere solet amantes (ne dicam amentes) ut vix praesentia, & quae ante pedes sunt cernere valeant, nedum tam longas ratiocinationes, consequentias, computationes, casuumq; futurorum considerationes cogitare vacent, curent, aut possint; quales fieri oporteret ad considerandum ex tali actu venereo post multa saecula posse evenire, ut per interventum filii inde nascituri haereditas maioratusve filio legitimo mariti adimeretur:

xima, cuánto menos lo estará si hubiera sido remota. Por tanto, aunque tu casa jamás hubiera sido quemada por mi criado, de no haberla yo pedido y recibido para habitarla, y por consiguiente habiendo yo puesto la causa aun próxima para este daño, sin embargo, puesto que dicha causa no había sido encaminada a este efecto, no se tiene en consideración en lo que respecta a la obligación de restituir. Lo mismo prueba en parecido caso la ley *si ex legati causa* (1), con lo que extensamente exponen sobre ella los doctores. En apoyo de nuestra opinión existe un notable texto en la ley *scimus* (2), en la palabra *adventitium lucrum* donde dice: «aunque se repute odioso el impugnar la voluntad del difunto, en todo o también en parte por insignificante que sea» (3), sin embargo, tiene lugar el suplemento de la legítima introducido por la ley en contra de la voluntad del difunto (4), ni se computa para rechazarlo el lucro que pueda sobrevenir por el derecho de *acrecer*, por la razón de considerarse como cosa adventicia, y por tanto, que no se ha de tener en consideración absolutamente (5). A lo mismo pueden referirse las leyes 5.^a y 6.^a del Digesto, título *de legatis*, libro 3.^o donde se dice que quien por ciertas causas intermedias obtuvo la herencia del testador no está obligado a dar cumplimiento a los legados puesto que no se considera favorecido por el testador con su herencia; a lo mismo se refiere lo que copiosamente reúne Andrés Tiraqueau *de causa cesante*, parte 2.^a al negar, corroborar y adornar con numerosos argumentos esta regla, que la causa remota no se tiene en consideración. A propósito también de ésto, enseña lo mismo al afirmar que la ocasión no se tiene generalmente en consideración, porque la ocasión es una causa remota, y por tanto, quien dió ocasión de un daño, no parece en absoluto haber sido el autor del daño, aun cuando a veces sea lo contrario.

(1) Del Digesto, tít. *de legatis*, lib. 1.^o; igualmente la ley *quod te mihi* del Digesto, *si certum petatur* y todo el título del Digesto y Código, *de periculo et commodo rei venditae*.

(2) En el §. *repletionem*, Código, tít. *de inoff. testamento*.

(3) Véase también la ley *vel negare* del Digesto, tít. *quemadmodum testamenta aperiantur* y la ley 1.^a del Código, *de sacrosanctis ecclesiis*.

(4) Conforme al §. *caeterum* de la *authent. ut cum de appellat. cognos*.

(5) Según consta en dicho lugar.

etenim quae futura sunt praesertim si tam longe absint, prospicere, perfecta prudentia opus est, teste Terentio, qui ait, isthuc est sapere non quod ante pedes modo est videre, sed quae futura sunt prospicere: huius autem consummatae prudentiae quam alieni sint plerunque amantes testatur Propertius lib. ii. eleg. sic modulatus.

Quicumque ille fuit puerum, qui pinxit amorem,

Nomne putas miras hunc habuisse manus.

Hic primum vidit sine sensu vivere amantes,

Et levibus curis magna perire bona.

Et Plautus in Trinummio sic scriptum reliquit,

*Scio te sponte non tuapte errasse. Sed amorem tibi
pectus obscurasse.*

Et Propertius lib. ii. eleg. sic cecinit,

Scilicet insano nemo in amore videt.

Et Seneca in Hyppolyto.

Quod ratio poscit, vincit, ac regnat furor,

Potensque tota mente dominatur Deus.

Et Tibullus elegia ult. lib. ii.

Acer amor fractas utinam tua tela sagittas

Scilicet extinctas aspiciamq; faces.

Tu miserum torques, tu me mihi dira precari.

Cogis, & insana mente nefanda loqui.

Finalmente, este daño fué producido por dicha causa no solamente remota (según ya hemos demostrado), sino también de ningún modo encaminada a causar tal daño, porque según naturalmente juzgamos, tales adúlteros no tenían carnal unión para arrebatarse a alguno la herencia o el mayorazgo, sino para saciar el apetito de placer. Más aún, el amor que les impulsó a aquel acto venéreo, suele en tales momentos cegar a los amantes (por no decir quitarlos la razón), de suerte que con dificultad pueden ver las cosas presentes y que tienen ante sus mismos pies, cuánto menos tendrán tiempo, cuidado o facultad para pensar en tan largos raciocinios, consecuencias, cálculos o consideraciones sobre futuros sucesos, cuáles sería preciso ejecutar para considerar que de tal acto venéreo después de muchos siglos (por decirlo así) podía acontecer que por la interposición del hijo que de tal acto había de nacer, se quitaría la herencia o el mayorazgo al hijo legítimo del marido; porque el prever las cosas que han de acontecer principalmente si se hallan a tanta distancia, es obra de una prudencia consumada, según el testimonio de Terencio, quien dice: en esto consiste el ser prudente, no en ver lo que al presente tenemos delante de nuestros pies, sino en prever las cosas futuras; y cuán distantes se hallen casi siempre los amantes de esta consumada prudencia lo atestigua Propertio en el libro 2.º de sus elegías al cantar así:

43.

«Quien quiera que fuera el que pintó al amor como niño, ¿no juzgas haber tenido unas manos admirables? Este fué el primero en ver que los amantes viven faltos de razón y que por leves cuidados perecen grandes bienes».

Y Plauto nos dejó escrito en su *Trinummus* lo siguiente:

«Bien sé que no has errado por propia voluntad, sino que el amor ha oscurecido tu entendimiento».

Propertio en el libro 2.º de sus elegías se expresó así:

«Ya se ve, nadie sumido en el loco amor percibe rectamente».

Et Vergilius lib. iiii. Aeneid,

Uritur infelix Dido, totaque vagatur

Urbe furens,

Et Propertius lib. ii. eleg.

Errat vesani, qui finem quaerit amoris

Et Plautus in Truculento.

Bis perit amator ab re atque animo simul.

Denique tam amantes reddit amor amantes, ut omnis
medicina sit desperanda, teste Ovidio sic modulante epis. v.

Me miseram, quod amor non est medicabilis herbis,

Destitutor prudens artis ab arte mea.

Quinimo amantes non solum medicari non possunt, verum
nec mederi volunt, quo magis ac magis miserendi sunt, teste
Propert. lib. ii. eleg. ad Maecenatem.

Omnes humanos sanat medicina dolores,

Solus amor morbi non amat artificem.

Y Séneca en su Hipólito:

«El ímpetu amoroso vence y reina sobre lo que la razón pide; y el poderoso Dios es señor de todo el espíritu».

Tíbulo canta así en la elegía última del libro 2.º:

«¡Oh ardiente amor! ojalá logre ver rotas tus saetas que son tus armas y a la vez apagada tu antorcha. Tú atormentas a este desgraciado, tú me obligas a maldecir mi suerte, y a hablar cosas indignas fallo de razón».

Y Virgilio dice en el libro 4.º de la Eneida:

«La infeliz Dido se siente abrasada y fuera de sí vaga errante por toda la ciudad».

Propertio en el libro 2.º de sus elegías:

«Se equivoca quien busca ver el fin del loco amor».

Plauto dice también en el Truculento:

«Dos veces perece el amador, pierde sus bienes y su razón».

Finalmente, el amor quita de tal modo la razón a los amantes que hay que perder toda esperanza de curación, según el testimonio de Ovidio que canta así en su *Epístola* 5.ª:

«Infeliz de mí, ya que no siendo el amor curable con hierbas, me veo desprovista de mi arte, en la que tan versada estaba».

Más aún, los amantes no solamente no pueden ser curados, sino que ni quieren serlo, por lo que se les ha de compadecer más y más según el testimonio de Propertio que en el libro 2.º en su elegía a Mecenas dice:

«La medicina cura todos los dolores humanos, únicamente el amor no quiere al médico que le sane».

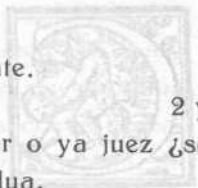
CAPVT QUADRAGESIMVM NONVM

SUMMAE

1. *Duellum an licitum esse possit, ard. q.*
2. *Historia Hispanorum.*
3. *Historia Hispana.*
4. *Occidens adulterum sive privatus, sive iudex sit, an peccare videatur? ard. q.*
5. *Legislator an malo obviare teneatur? egregia. q.*
6. *Homo homini tenetur subvenire.*
7. *Permittere malum, alienum est a lege.*
8. *Defensionis commendatio.*
9. *Intellectus. l. Grachus. C. de adult.*
10. *Homo praesumitur bonus.*
11. *Duellum an in dubio licitum.*
12. *Duellum ob privatum honorem inire, an liceat? ardua. q.*
13. *Occidere bannitum si licet, licebit etiam si sit pater, aut filius occisoris.*
14. *Duellum quando illicitum.*
15. *Duellum ob bonum publicum licitum, contra Glo. & novissi.*
16. *Duellum inter milites quando sit licitum, contra Docto.*
17. *Historia Torquati.*
18. *Praelia tumultuaria (seu, scaramuzas) inter milites licita esse, contra novis.*
19. *Sortis iudicium quando licitum.*
20. *Duellum illicitum ad rei occultae probationem.*

CAPITULO CUADRAGÉSIMONONO

SUMARIO

- 
- ¿Puede el duelo ser lícito? Cuestión importante. 1.
 - Ejemplos de la historia de España. 2 y 3.
 - Quien da muerte al adúltero ya sea particular o ya juez ¿se 4.
considera incurrir en pecado? Cuestión ardua.
 - ¿Está el legislador obligado a impedir el mal? Cuestión 5.
notable.
 - El hombre está obligado a ayudar a su semejante. 6.
 - Es ajeno a la ley el permitir el mal. 7.
 - Se ensalza la defensa del prójimo. 8.
 - Sentido de la ley *Gracchus* del Digesto, título *de adult.* 9.
 - El hombre se presume ser bueno. 10.
 - En caso dudoso ¿es lícito el duelo? 11.
 - ¿Es lícito entablar duelo por el honor de un particular? Cues- 12.
tión importante.
 - Cuando es lícito dar muerte al desterrado, lo es aun cuando 13.
sea padre o hijo de quien le da muerte.
 - ¿Cuándo es ilícito el duelo? 14.
 - Es lícito el duelo por el bien público, en contra de la glosa y 15
de algunos modernos.
 - ¿Cuándo es lícito el duelo entre soldados? Contra algunos 16.
doctores.
 - Historia de Torcuato. 17.
 - Son lícitas las luchas por sorpresa o escaramuzas entre los 18.
soldados; contra algunos modernos.
 - ¿Cuándo es lícito el juicio de la suerte? 19.
 - El duelo es ilícito para probar una cosa oculta. 20.

21. *Duellum honoris causa an licitum?*
22. *Duellum suscipiens an peccet?*
23. *Duellum princeps si permittat, an peccet?*
24. *Duellum patriae causa inire licere.*
25. *Historia Romanorum fratrum tergemorum.*



1.

CENTESIMO quadragésimo quinto colligitur, an † legum, consuetudinum, statutorumve imperium eo usque porrigatur, ut faciat licitum duellum? movet quaestionem quod animarum salus cunctis rebus humanis anteponenda est. I. sunt personae. ff. de religios. & sump. funerum. Nec dubium est, quin duellum regulariter peccatum mortale sit, sicq; animarum periculum inducere videatur: ergo licitum fieri non potest auctoritate legum, principum, statutorum, & consuetudinum. Istaec enim omnia ex consensu populi vim & auctoritatem capiunt, ut habet nostra principalis conclusio per totum hunc librum ornata & iustificata: nec verosimile est, populum consensum in specie daturum ad rem tam nocivam, quando quidem legum principumque potestas a populo data videtur ad sui duntaxat commodum, non etiam ad incommodum, ut millies admonuimus; sicque duellum sui natura esse illicitum plene supra ostendimus.

Adhuc tamen videtur duellum esse tolerabile ex vi consuetudinis, vel statuti. argum. I. Gracchus. C. ad legem Iuliam de adulte. Nam qua ratione permittitur a lege ut maritus moechum domi deprehensum occidere possit, quia rari sunt (inquit lex) qui tantum dolorem ferre possint; ita eadem aut alia lege praesumi potest, raros esse homines, qui

- ¿Es lícito el duelo por causa del honor? 21.
 ¿Peca quien acepta el duelo? 22.
 ¿Peca el príncipe si permite el duelo? 23.
 Es lícito entablar duelo por causa de la patria. 24.
 Historia de los tres hermanos gemelos Romanos. 25.

1. Conclusión 145. Dedúcese, también, si el poder de las leyes, costumbres o estatutos, se extiende hasta tal punto que haga lícito el duelo. Motiva esta cuestión el que la salud de las almas se ha de anteponer a todas las cosas humanas (1), y no cabe duda de que el duelo, regularmente, es pecado mortal, y por tanto parece acarrear peligro a las almas; luego no puede hacerle lícito la autoridad de las leyes, príncipes, estatutos y costumbres. Porque todos éstos reciben su fuerza y autoridad del consentimiento del pueblo, según consta por nuestra conclusión principal, declarada y justificada por todo el contexto de este libro. Ni es verosímil que el pueblo daría su consentimiento particularmente para esta cosa tan perjudicial, puesto que el poder de leyes y príncipes parece haber sido concedido por el pueblo, únicamente para su propia utilidad, y de ningún modo para su perjuicio, como mil veces hemos ya hecho constar; y por tanto, dejamos ya plenamente demostrado arriba que el duelo es, por su naturaleza, ilícito.

A pesar de todo parece, sin embargo, ser tolerable el duelo en razón de las costumbres o estatuto, como se prueba por la ley *Gracchus* (2); porque por la misma razón que la ley permite que el marido pueda dar muerte al adúltero cogido en su propia casa, porque son contados (dice la ley) quienes puedan soportar tan grande afrenta; del mismo modo por

(1) Conforme a la ley *sunt personae*, Digesto, tít. *de religiosis et sumptibus funerum*.

(2) Del Código, tít. *ad legem Iuliam, de adulteriis*.

iniuriam corporalem ex qua ingens contumelia, ignominia, infamia nascatur, ferre possint; sicq; si Mevium forte fuste pulsavi, aut verberibus, aut colapho, ex quibus rebus secundum mores hominum tam ingens contumelia nascitur tantaeque infamia, ut harum rerum vindicta necem iniuriantis deposcat, non minus sed forte magis quam adulterium; quae res poterit esse impedimento quominus per legem licere videatur iniuriato talem iniurantem interficere. Quid enim si lex delicta istarum iniuriarum & similium capitalia esse disponderet, non secus quam adulterii maleficio, & quasi huius rei vindicem loco iudicis & carnificis constitueret eundem, qui iniuriam passus esset? certe ea lex eadem ratione valeret, qua valet dicta l. Gracchus, cum utroque casu vel par ratio sit vel saltem eiusdem generis; quinimo non rari essent, qui levioere se contumelia affectos per interventum adulterii existimassent, quam per istarum contumiliarum interventum (ut interim omittam huiusmodi contumelias plerunque fieri palam, adulteria vero clam) ergo quod in crimine adulterii licet, ut & in reliquis criminibus similibus, aut atrocioribus licere posset, dubitari non oportet: idemque etiam in iis, quae parum leviora essent, si id lege nominatim cautum, aut diuturna populi consuetudine receptum esset. Quid ergo si ipsummet adulterium per duellum vindicari posse, aut persequi lege aut diuturna consuetudine introductum esset? mihi quidem non difficilius, sed potius facilius & lenius videretur, quam moechum certae morti tradere, & plerunque ex insidiis deprehensum, veluti pecora trucidari, & clementior plerunque usus est in duello in quo victorem in victum minime saevire mos est.

Quid in bannito, quem ex forma decreti popularis cuique occidere fas erat? in omnibus quidem his speciebus &

dicha ley, o por otra, puede presumirse ser muy pocos los hombres que puedan soportar una injuria corporal de la que nazca una considerable afrenta, ignominia e infamia. Por consiguiente, si yo tal vez golpeé con un palo a Mevio, o le dí de azotes o una bofetada, de cuyos hechos, según las humanas costumbres, nace tan considerable afrenta y tan grave infamia que la venganza por tales cosas pida la muerte del injuriador, con no menos razón sino acaso con más motivo que el adulterio, ¿qué cosa puede poner impedimento a que se repute autorizado por una ley el que el injuriado dé muerte al autor de la injuria? Porque ¿qué diríamos si dispusiera la ley que los delitos por tales injurias y por otras semejantes se castigaran con pena capital, no de otro modo que el pecado de adulterio, y en lugar del juez y del verdugo constituyera al mismo que hubiera sido víctima de la injuria como vengador de la misma? Ciertamente dicha ley sería válida, por la misma razón por la que lo es la citada ley *Gracchus*, puesto que en ambos casos existe o idéntica razón o por lo menos del mismo orden. Más aún, no serían pocos los que se juzgarían heridos de más leve afrenta por el hecho del adulterio que por medio de esas otras afrentas (pasando, por ahora, por alto que semejantes afrentas se infieren casi siempre en público y los adulterios ocultamente), luego lo que es lícito tratándose del delito de adulterio, no conviene dudar que pueda ser también lícito en los restantes delitos semejantes o más atroces, y lo mismo aun en aquellos que fueran menos graves, si ésto expresamente hubiera sido dispuesto por la ley o admitido por inveterada costumbre del pueblo. Y ¿qué diríamos si por la ley, o por inveterada costumbre, se hubiera introducido el que el mismo adulterio pudiera ser vengado o perseguido por medio del duelo? A mí, ciertamente, no me parecería ésto más difícil, sino al contrario, más fácil y más benigno que el entregar al adúltero a una muerte cierta, y cogido casi siempre por medio de asechanzas darle cruel muerte, como si se tratara de

similibus, si is, qui occidit sive bannitum, sive moechum, sive iniuriantem id fecit ad propriam vindictam peccavit mortaliter: quod si id fecit ob bonum publicum, quo magis reliqui cives a similibus facinorum perpetratione abstinere, non peccavit. Nec ad rem pertinet quod in terminis dicta. 1. Gracchus, calor iracundiae excusationem qualem qualem praebere videatur, vel occasionem legis impunitati dedisse: nam idem calor iracundiae esse & potest & solet in reliquis contumeliis, de quibus supra meminimus, & forte maior: & licet aliquantulum minor esset, non referret; quia quae differunt tanquam plus & minus, non differunt in specie. 1. ff. de fundo instru. sicque non sunt ligatae legis manus ad mensuram casus. d. 1. Gracchus. Nec ad rem pertinet quod primus motus non videtur esse in homine, ut tradunt Decius & Cagnolus in. d. 1. quidquid calore, sicque non mirum si impunitum sit homicidium a marito factum, quando domi moechum deprehendit, nam respondeo. d. 1. Gracchus. procedere etiam si ex insidiis maritus servasset tempus opportunum, quo moechum domi deprehenderet; id quod plerumque fit. Sicq; licet ex proposito procedatur ad duellum, par ratio erit, nam qui iniuriam vel maleficium passus fuit, si in duelli certamen descendit ad propriam vindictam peccavit mortaliter, quod si ob bonum publicum quo magis reliqui homines tali poena & periculo perterriti a similibus facinorum perpetratione abstinere, crederem eum non peccasse, non magis quam iudices, aut carnifices dum illi ad mortem malefactores condemnant, hiq; eos trucidant; aut non magis quam is, qui bannitum ob salutem & tranquillitatem publicam interfecit. & talia duella, in usu hodie sunt Hispaniae apud Tarraconensem regionem & fere per totam Italiam. Et tale fuit † duellum Hispaniae habitum inter duos praeliantes propter iniuriam,

2. sem regionem & fere per totam Italiam. Et tale fuit † duellum Hispaniae habitum inter duos praeliantes propter iniuriam,

animales, mientras que en el duelo es casi siempre más clemente la práctica, ya que en él es costumbre que el vencedor no se ensañe en absoluto con el vencido.

¿Qué diríamos tratándose de un desterrado a quien por la forma del decreto era lícito a cualquiera del pueblo el darle muerte? Ciertamente en todos estos y semejantes casos, si quien dió muerte o bien al desterrado, o al adúltero o al injuriador lo hizo por propia venganza, pecó mortalmente; mas si lo hizo por razón del bien público, para que los restantes ciudadanos más se retrajeran de perpetrar semejantes crímenes, no pecó. Ni hace al caso el que según los términos de la citada ley *Gracchus*, el calor de la ira parezca dar motivo a alguna excusa, o haber dado ocasión a la impunidad de la ley, porque ese mismo ardor iracundo, y tal vez mayor, puede y suele darse en las restantes afrentas de que arriba hemos hecho mención, y aun cuando fuera algo menor nada importaría, porque las cosas que se diferencian como más y menos, no difieren en la especie (1); y por tanto no están sujetas las manos de la ley a la medida del caso de la citada ley *Gracchus*. Ni ofrece tampoco dificultad el que el hombre no parece ser señor del primer movimiento, según lo enseñan Decio y Cagnolo (2), y que, por tanto, nada tiene de extraño el que quede sin castigo el homicidio perpetrado por el marido cuando hubiera sorprendido en su casa al adúltero, porque respondo que la citada ley *Gracchus*, tiene también cumplimiento aun cuando por medio de asechanzas el marido hubiera aguardado un tiempo oportuno en el que sorprender en su casa al adúltero, cosa que casi siempre sucede; de este modo aun cuando con deliberación se acuda al duelo, existirá igual motivo. Porque quien fué víctima de una injuria o maleficio si acude a la lucha del duelo por propia venganza, pecó mortalmente; mas si lo hace por causa del bien público, para que los demás hombres aterrados por tal pena y peligro, se retraigan más de perpetrar semejantes delitos, sería de parecer que el tal no había pecado, con igual motivo que no pecan los jueces o los verdugos, cuando los primeros condenan a muerte a los malhechores y éstos la ejecutan; y lo mismo

(1) Según la ley final del Digesto, tít. *de fundo instructo*.

(2) Comentando la ley *quidquid calore*.

- quam illustres viri (qui hispano sermone vocabantur los Infantes de Lara), filiabus Roderici de Vivar fecerant, in quo
3. praelio victi fuerunt iniuriantes a vindicibus. Tale † etiam fuit praelium duelli habitum cum viris Zamoranis apud urbem Zamorensem post necem regis Sancti hasta proditorie tamen transfossi ab Vellido Dolfos. Et denique † hac sive illac animum verteris tu semper invenies similem in duello permittendo esse rationem, quae est in permittendo ut propria auctoritate maritus adulterum, aut pater moechum filiae suae, aut consanguineus, interficere possint, aut ut id liceat cuilibet de populo quoad bannitum. Qua de re per gloss. in cap. inter haec, xxxiii. quaestio. ii. Tiraquel. de iure mariti. l. viii. Abb. Ana. & Felinus, in cap. interfecisti, de homici. Faber in l. Gracchus. C. de adul. Abb. in cap. si vero. i. de sententia excommu. Abb. & Praepo. in cap. veniens, secundo de spon. las. in. l. ut vim. columna quinta numero vigesimosecundo. ubi Orosco. colu. prima. & alii omnes ff. de iust. & iure. las. in. l. ubi pactum, nu. 16. C. de transa. Feli. in c. quae in eccle. col. iiii. de const. Fortu. de ult. fl. illatione 11. Feli. in d. c. si vero. Host. ubi Paul. & alii. xxxvii. q. ii. Sylves. in summa verbo, homicidium. Covar. in quarta par. ii. c. vii. nu. 8. per Alex. col. i. las. col. i. Ripa. nu. 6. in. l. si plagii. ff. de verb. obliga. quorum receptior opi. est, ut in re dubia peccasse videatur occidens tam bannitos, quam adulteros, etiam lege permittente, sed nos in utroque contrarium tenemus in re dubia, licet secus si constet propriae vindictae causa bannitum, aut adulterum fuisse occisos.

Unde inferitur necessaria declaratio ad. l. Gracchus cum ibi notatis. C. de adulter. l. marito, & l. patri, cum seq. & l. neque ea. ff. eo. tit. & l. lxxx. & lxxx. & lxxxii. Tauri. l.

que quien por causa de la salvación y tranquilidad pública quitó la vida a un desterrado. Semejantes duelos se hallan en uso hoy en día en España en la región tarraconense, y casi por toda Italia. De esta naturaleza fué el duelo que tuvo lugar en España entre dos luchadores a causa de la afrenta que a las hijas de Rodrigo de Vivar habían inferido aquellos ilustres varones (que en lengua española se llamaban los Infantes de Lara (1)); en cuya lucha fueron vencidos los injuriadores por los vengadores de la afrenta. Tal fué también la lucha a duelo que tuvo lugar con los guerreros zamoranos junto a la ciudad de Zamora después de la muerte del rey Sancho, atravesado, si bien a traición, por una lanza por Vellido Dolfos. Y, finalmente, si en ésta o en otra parte cualquiera fijares tu atención siempre hallarás que para permitir el duelo existe parecida razón que la que existe en el permitir que el marido, por propia autoridad, pueda dar muerte al adúltero, o el padre al que comete fornicación con su hija, y lo mismo el pariente, o el que ésto le esté permitido a cualquiera del pueblo con respecto al desterrado. Sobre este punto son numerosos los autores que pueden verse (2); de quienes la opinión más admitida es, que en caso dudoso parece haber pecado quien da muerte tanto a los desterrados cuanto a los adúlteros aun permitiéndolo la ley; pero nos-

2.

3.

4.

(1) Así dice también la edición de Francfort, en vez de los Infantes de Carrión. (T.).

(2) Cita Menchaca los siguientes: la glosa del cap. *inter haec* 33.^a, cuest. 2.^a; a Tiraqueau, de *iure mariti*, lib. 8.^o; al Abad, Anania y Felino, comentando el cap. *interfecisti*, de homicidio; a Faber, en la ley *Gracchus* del Código, de *adult.*; al Abad en el cap. *si vero* 1.^o de *sententia excommunicationis*; a este mismo y al Prepósito en el cap. *veniens secundo*, de *sponsal*; a Jasón, comentando la ley *ut vim*, colum. 5.^a, núm. 22, Digesto, de *iust. et iure* comentada también por Orosio y por los demás autores; al mismo Jasón, sobre la ley *ubi pactum*, núm. 16, Código, de *transactionibus*; a Felino en el cap. *quae in eccles.*; a Fortu. de *ultimo fine*, consecuencia 11.^a y en el cap. *si vero*; al Hostiense, sobre el mismo lugar que Pablo [de Castro] y otros 37, cuest. 2.^a; a Silvestre, en la *Summa* en la palabra *homicidium*; a Covarrubias, in *cuarta parte* 2.^a, cap. 7.^o, núm. 8.^o; a Alejandro, col. 1.^a; Jasón, col. 1.^a; a Ripa, núm. 6, sobre la ley *si plagii*, Digesto, de *verborum obligatione*.

ii. tit. de los adulteros. lib. viii. ord. l. pen. tit. vii. lib. iiii. fori. cum similibus supra allegatis, quae quidem leges permittunt marito, & aliis personis adulterum, adulteramque vel etiam propria auctoritate interficere, ut hi omnes nec peccasse in re dubia intelligantur, nec si peccaverint, id fecisse intelligantur legis auctoritate, non magis, quam ipse iudex aut carnifex: nam sive publicae tantum salutis causa, non etiam propriae tantum vindictae fecerint, non peccarunt, sive id fecerint propriae tantum vindictae causa, tunc peccarunt. & in re autem dubia publicae tantum salutis causa fecisse, videntur: nam & in terminis illarum legum tam iudex, quam carnifex nihil in re dubia peccasse intelliguntur, eo quod publicae salutis tantum causa fecisse videntur; licet indubitanter peccassent, si propriae iracundiae, aut inimicitiae explendae causa fecissent. Unde similiter inferitur intellectus ad. l. i. tit. de los adulteros, par. vii. & in prin. inst. de publi. iudi. l. i. ff. eod. ubi cuilibet de populo adulteros accusare permissum est, ut id procedat sine peccato accusatoris in duobus casibus. Primus, quando constat acussasse publicae tantum salutis causa. Secundus, quando sumus in dubio, quia sic fecisse, praesumitur, licet tertio casu quando propriae vindictae & inimicitiae tantum causa fecisset, peccasse videretur: eademque distinctio in iudice sententiam proferente admittenda est.

5. Non pauci † tamen eorum, quos supra retulimus ea ratione contendunt vim legis habere dicta. l. Gracchus. cum simil. & statuta permittentia quod bannitus a quocunque possit interfici, quia inquiunt leges illae si iuberent praecise, ut huiusmodi homicidia fierent, minime valerent, quasi nutritivae peccati. arg. d. c. erit autem lex, quarta distinctio,

otros, en ambos casos, defendemos lo contrario subsistiendo tal duda, si bien sería diverso si constara que los adúlteros o desterrados habían sido muertos en razón de la propia venganza.

De lo dicho se infiere una necesaria aclaración a la ley *Gracchus* (1) con lo que sobre ello se ha hecho constar, así como a otras numerosas leyes (2), las cuales ciertamente permiten al marido y a otras personas o bien el acusar al adúltero o adúltera, o también el darles muerte por propia autoridad, de suerte que todos éstos ni se consideren haber pecado en caso dudoso, ni si hubieran pecado, se considere haberlo hecho por autoridad de la ley, del mismo modo que el juez o el verdugo; porque en caso de haber procedido sólo por causa de la salvación pública y de ningún modo en atención sólo a la propia venganza, no pecaron; pero si lo hicieron solamente por propia venganza entonces pecaron; y en caso dudoso se considera haber procedido sólo por razón de la salvación pública. Porque también en los términos de dichas leyes tanto el juez como el verdugo no se consideran haber pecado en caso dudoso, porque parecen haber procedido solamente en atención a la salvación pública; si bien pecarían sin la menor duda si lo hubieran ejecutado por causa de propia venganza o de saciar su enemistad. De donde se infiere igualmente el sentido de la ley 1.^a, título de los adulterios, parte 7.^a, y de la introducción de la Instituta *de publicis iudiciis* y de la ley 1.^a del Digesto del mismo título, en las que está permitido a cualquiera del pueblo el acusar a los adúlteros que ésto pueda ejecutarse, sin pecado del acusador en dos casos: primero, cuando consta que los ha acusado sólo en razón de la pública salva-

(1) Del Código, tít. *de adulterio*.

(2) Tales son: la ley *marito*, la ley *patri* y siguientes, la ley *neque ea*, todas del Digesto, *de adult.*; las leyes 50, 51 y 52 de las de Toro; la ley 2.^a, tít. de los adulterios, libro 8.^o de los Ordenamientos y la ley penúltima, tít. 7.^o, lib. 4 foral, con otras parecidas antes citadas.

iuncto. c. fina. de praescript. Caeterum cum nihil disponant, sed duntaxat permittant id fieri nihil mali fecisse videntur, non magis quam Deus optimus maximus, qui & si permittat homines peccare (cui malo si vellet occurrere posset) nihil tamen mali per hoc fecisse videtur. & hoc etiam argumento & similitudine utitur in simili Hieronymus Cagnolus in. l. culpa caret, numero quinto de regul. iur. Sed istorum ratio nulla est, nam ut culpa caret, qui scit & prohibere non potest, dicta. l. culpa, & l. nullum crimen eod. tit. ita in culpa est, qui scit & quum posset prohibere aliquod malum praesertim magnum, fieri permisit. ut. dd. ll. a contrario sensu. & l. si ita stipulatus essem per te non fieri. ff. de verbo. obliga. ubi Bart. ait, non sufficit abstinere a malo, nisi fiat quod bonum est; & inofficiosus † homo, est, sicque quasi a coetu reliquorum hominum segregandus, qui egenti, periclitanti, vim, iniuriamve patienti cum posset, desiit auxiliari, ut docemur per ciceronem lib. i. Offi. & per Terentium in Andria, dum aiebat, homo sum humani a me nihil alienum puto. & eleganter per Ovidium sic modulantem,

Et caret auxilio qui non tulit, utq; reliquit,

Sic linquendus erit, legem sibi duxerat ipse.

Et cum cognationem quandam inter homines natura constituerit, hominem homini non auxiliari nefas est. argumen.

l. ut vim. ff. de iustit. & iure, id quod plenius ostendimus

7. supra. modo sic, cum † lex poterit esse ad tristissimum necis facinus obviandum in terminis. l. Gracchus supra

ción; segundo, cuando nos hallamos dudosos sobre ello, porque se presume haber procedido por tal causa, si bien en tercer lugar parecería haber pecado cuando hubiera procedido movido sólo por propia venganza, y en razón sólo de enemistad, y esta misma distinción se ha de admitir tratándose del juez al pronunciar sentencia.

No pocos sin embargo de aquellos autores que hemos enumerado arriba defienden que por esta razón tiene fuerza de ley la citada ley *Gracchus* con otras semejantes y los estatutos que permiten el que cualquiera pueda dar muerte al desterrado, porque si aquellas leyes, dicen, mandaran terminantemente que se cometieran semejantes homicidios, de ningún modo serían válidas, como fomentadoras de pecado (1). Por lo demás, como nada ordenen, sino solamente permitan el que se haga ésto, no parecen haber hecho nada malo, del mismo modo que Dios Supremo Hacedor que aunque permite que los hombres pequen (pudiendo si quisiera impedir tal mal) no se considera por eso haber hecho nada malo; este mismo argumento y semejanza aduce también Jerónimo Cagnolo en parecido caso (2). Pero el argumento de estos autores es de ningún valor, porque así como está exento de culpa quien conoce [un mal] pero no puede impedirlo (3), del mismo modo incurre en culpa quien teniendo conocimiento y pudiendo impedir algún mal sobre todo de consideración, permitió que se hiciera, según consta por las dichas leyes *a contrario sensu* y por la ley *si ita stipulatus essem per te non fieri* del Digesto (4) donde dice Bartolo, que no es suficiente abstenerse del mal, si no se practica lo que es bueno; y es un hombre inhumano y como tal digno de ser separado de la sociedad de los restantes hombres,

5.

6.

(1) Como lo prueba el citado *cap. erit autem lex*, dist. 4.^a, junto con el capítulo final *de praescriptione*.

(2) Al comentar la ley *culpa caret*, núm. 5.º, *de regulis iuris*.

(3) Como consta por la citada ley *culpa* y por la ley *nullum crimen, de reg. iuris*.

(4) Tít. *de verborum obligatione*.

allega. cum simil. non satisfacit permittendo malum fieri, quia non sufficit abstinere a malo, nisi fiat quod bonum est, praesertim si quis ratione officii ad id teneatur, ut est vera & receptior opinio theologorum in dictis locis, ut testatur Cagnolus ubi supra, & probat. l. legis virtus. ff. de legibus, dum ait, legis virtus est imperare, vetare, permittere, punire: ecce suam punitionem per quam homines boni fiunt a maloque abstinentes hoc in casu denegare aut remove non deberet, ne debitum suum officium denegasse videretur. argu. d. l. legis virtus. iuncta. l. i. ad finem. ff. de iustit. & iure. ibi bonos non solum metu poenarum & c. Quinimo lex in hac specie utroque pede claudicare videtur, nec enim in eo tantum reprehensione digna videtur, quod malo obviare desierit cum posset, sicque inofficiosa videatur eo quod suum officium denegaverit, sed etiam (quod deterius est) in eo quod vicinis & popularibus ademerit facultatem subveniendi. Finge enim quod maritus, qui erat hodie concubinarus, aut meretricator, uxorem in adulterio deprehensam occidere properaret, eamque finge clamantem, ita: Ferte populares opem, servate me obsecro, quia vim patior & iniuriam, quum maritus meus eodem quo ego crimine culpatus, me perdere vult contra aequitatem & iustitiam. l. in arenam C. de inof. testa. & contra praeceptum illud divinum & naturalis iuris, ut quod tibi non vis, alteri non facias, & contra illud vulgatum,

Nihil Iudaeus Iudaeo, nihil Catilina Cethego.

Maritus autem meus ut se adulterum nollet interfici, ita deberet me servare, certe adhuc stante dicta lege Gracchus, cum similibus, non liceret viciniae opem ferre, maritumque

quien pudiendo, deja de prestar auxilio al necesitado y puesto en peligro y que sufre violencia o injuria, según nos lo enseña Cicerón en el libro 1.^o *De officiis* y Terencio en su *Andria* cuando decía: soy hombre y nada humano reputo ajeno a mí, y Ovidio que elegantemente cantó así:

«Y carece de auxilio quien a otros se lo negó; y como abandonó a otros, así será también abandonado, él mismo se había dado la ley».

Y habiendo la naturaleza establecido cierto parentesco entre los hombres, es una maldad el que el hombre no preste auxilio a su semejante (1), lo que más extensamente hemos demostrado arriba. Ahora arguyo así: pudiendo la ley servir para evitar el funesto crimen de un homicidio en los términos de la citada ley *Gracchus*, con otras semejantes, no cumple con su deber permitiendo que se haga el mal, porque no es suficiente abstenerse del mal, sino se hace lo que es bueno, principalmente si alguno en razón de su cargo estaba obligado a ésto, conforme a la verdadera y más seguida opinión de los teólogos en los citados lugares, y lo atestigua Cagnolo en el lugar citado y lo prueba la ley *legis virtus* Digesto *de legibus* cuando dice: la eficacia de la ley se reduce a mandar, prohibir, permitir y castigar. He aquí porqué no debería en este caso denegar o quitar el castigo legal por el que los hombres se hacen buenos y se abstienen del mal, para que no pareciese que había dejado de cumplir una obligación suya debida (2). Más aún, en este caso la ley parece cojear de ambos pies, porque no solamente se reputa merecedora de reprensión en ésto, en que pudiendo dejó de impedir el mal, por lo que parece ser inoficiosa al haber dejado de cumplir su deber, sino también (lo que es mucho peor) por el hecho de haber quitado a los vecinos, y demás del pueblo, la facultad de acudir en su auxilio. Porque pongamos el caso en que el marido que fuera concubinario o estuviera enredado con meretrices, se lanzara a dar muerte a su esposa cogida en adulterio; supongamos que ella a grandes voces dijera ésto: hombres del pueblo, prestadme vuestra ayuda, salvadme os lo ruego, porque soy víctima de

7.

(1) Como lo prueba la ley *ut vim* del Digesto, tít. *de iustitia et iure*.

(2) Pruébalo la ley *legis virtus* junto con la ley 1.^a, al final, Digesto, *de iust. et iure* en las palabras «a los buenos no sólo con el miedo de las penas», etc.

prohibere: at iis legibus non stantibus, in terminis solius iuris naturalis tali mulieri vim iniuriamque & iniustitiam illam patienti non solum viciniae liceret opem ferre, sed etiam forte oporteret: ne aliter ii inofficiosi viderentur & culpabiles, ut in simili ostendimus supra.

8. Quinimo † tam debita defensio est ut non solum proximum vim patientem defendere liceat & expediat ut supra ostendimus, & probat. c. ipsa pietas. xxiii. q. iiii. sed etiam tertius potest occidere aggressorem proximi sui, si aliter eum ab iniuria tueri non potest. c. quis potest & c. Maximianus. xxiii. q. iii. & tradit Alfonsus Guerrerius in Speculo
9. principum. c. xli. nu. 10. Ergo † d. l. Gracchus cum similibus supra allegatis, verum est utroq; pede claudicare & gemino vitio laborare, non solum dum denegant iustam defensionem ad earum legum officium spectantem, sed etiam dum impedimento sunt, quominus talis naturalis defensio & opitulatio ab hominibus privatis praestetur: sicq; apparet eas leges aliter esse tuendas & iustificandas, quandoquidem earum auxiliares supra relati defecerunt.

- Quid dicendum? & sane qui occidit bannitum aut uxorem suam adulterio deprehensam, quo animo id fecerit nullus certo scit aut scire potest praeter Deum, etiam si ipse illud declarasset; quia verba saepe fallunt. ut. ff. & C. ad legem Corneliam de falsis. per totum. & l. divus. ff. de mil. testa. §. plane inst. eod. tit. l. non figura. l. obligationum substantia in prin. iuncto ult. resp. ff. de act. & obliga. In re
10. † autem dubia homo bonus praesumitur. l. merito in pri. ff. pro socio, & quia qualia sunt principia, talia praesumuntur principiata secundum philosophum: sicq; homo utpote a natura, quae optima est, principiatu optimus praesumitur,

violencia e injuria, puesto que mi marido manchado con el mismo delito que yo, quiere perderme contra la equidad y justicia de la ley *in arenam* (1) y contra aquel precepto divino y del derecho natural de que, no hagas a otro lo que no quieras para tí y contra aquel dicho vulgar:

«Nada el judeo al judeo, nada Catilina a Cetego».

Pero mi marido así como no querría que se le diera la muerte por ser adúltero, así también debería conservar mi vida.

Ciertamente aun en tal caso, y estando en pie la dicha ley *Gracchus* con otras semejantes, no sería lícito a la vecindad el prestarle ayuda, mas no existiendo tales leyes, y atendidos sólo los términos del derecho natural no solamente le sería lícito a la vecindad el prestar ayuda a tal mujer, víctima de aquella violencia, injuria e injusticia, sino que también sería tal vez conveniente, para evitar que de otro modo éstos parecieran incumplidores de un deber y culpables, según demostramos arriba en parecido caso.

Más aún, hasta tal punto es debida la defensa, que no sólo sea lícito y conveniente, según dejamos demostrado, el defender al prójimo víctima de violencia (2), sino que un tercero puede dar muerte al agresor de su prójimo, si de otro modo no puede defenderle de la injuria, según consta por los capítulos *quis potest* y *Maximianus* 23, cuestión 3.^a, y lo enseña Alfonso Guerrero en su *Espejo de Príncipes* (3). Así, pues, es verdad que la citada ley *Gracchus*, con otras semejantes, claudica de ambos pies y adolece de dos defectos no solamente por denegar una defensa justa que compete al deber de tales leyes, sino también al poner impedimento para que tal defensa y ayuda de derecho natural, se lleve a efecto por los particulares; de lo que se colige que tales leyes se han de defender y justificar de otro modo, puesto que sus defensores, arriba mencionados, han errado el camino.

¿Qué hemos de responder nosotros? A la verdad quien dió muerte a un desterrado o a su esposa cogida en adulterio, con qué intención haya procedido, nadie lo sabe con

(1) Código, tít. de *inofficioso testamento*.

(2) Según lo prueba el cap. 23 *ipsa pietas*, cuest. 4.^a

(3) Cap. 41, núm. 10.

8.

9.

sicque praesumitur habere bonam fidem in omnibus actionibus suis, ut est receptissima opi. doctorum. ut isthaec omnia plenissime edocebimur infra lib. seq. in materia praescriptorum in. i. par. principali & multis edocet Andreas Tiraq. de praescri. §. i. glo. ii. in verbo bona autem fides, sicque par est, ut maritus uxorem talem interficiens, aut civis interficiens bannitum, aut frater sororem, aut pater filiam, aut quilibet aggressorem proximi sui (quem aliter tueri non poterat) interficiens in terminis iurium supra allegatorum, id semper ob bonum publicum fecisse videantur, quo magis reliqui a similium perpetratione abstinerent, sicque bonis in tranquillitate vitam degere liceret: sicq; his casibus huiusmodi interfectores non peccarent, non magis quam iudices, qui ea ob facinora, quae capitalia esse diximus de succ. creat. §. vii. nu. 22. sententiam ferrent condemnatoriam, aut carnifices, qui eam sententiam exequerentur. & ista est ad eas leges longe melior defensio quam ea, quae ab earum auxiliaribus supra relatis tradebatur. Ergo hi interfectores aut fecerunt ob bonum publicum & non peccarunt, aut ob propriam vindictam & peccarunt, aut dubitatur, & praesumam ob bonum publicum fecisse: & sic non peccasse.

11. In iisdem † ergo speciebus in duello eandem admitterem distinctionem, quia eadem ratio est. Quid enim si lege, aut diuturna consuetudine receptum esset, licere maritis adulteros uxorum suarum in certamen dueli provocare, aut patribus stupratores filiarum, aut etiam fratribus vel consanguineis, aut cuius de populo provocare bannitum, vel forte eum etiam, qui proximo suo tam gravem iniuriam fecisset, ut crimen esset capitale? certe in omnibus his speciebus &

certeza, ni puede saberlo, fuera de Dios, aun cuando el mismo interesado lo hubiera declarado; porque las palabras son muchas veces engañosas, según aparece por numerosas leyes (1). Mas tratándose de caso dudoso el hombre se presume bueno (2), y cuales son los principios tal se presume lo que de ellos procede, según el Filósofo; y por tanto el hombre que procede como de principio, de la naturaleza que es excelentísima, se presupone también muy bueno; por lo mismo se reputa proceder de buena fe en todas sus acciones, según consta por la opinión sumamente admitida de los teólogos, pudiendo ver todas estas cosas con toda extensión más adelante en el libro siguiente al tratar de la materia de las prescripciones (3), y según lo enseña extensamente Andrés Tiraqueau (4). Por consiguiente, es justo que el marido que da muerte a tal esposa, o el ciudadano que priva de la vida al desterrado, o el hermano a la hermana, o el padre a la hija, o cualquiera al agresor de su prójimo (a quien de otro modo no podía defender) que al dar la muerte de conformidad con los términos de las leyes arriba aducidas, siempre parecen haber hecho ésto por el bien público, para que los demás se retrajeran más de perpetrar semejantes delitos y de este modo les fuera permitido a los buenos el llevar una vida tranquila. Por tanto, en estos casos semejantes homicidas no pecarían, como no pecan los jueces que pronunciaran sentencia condenatoria por aquellos crímenes que dijimos ser merecedores de pena capital (5), o los verdugos que ejecutaran aquella sentencia; y ésta es una defensa mucho mejor para estas leyes, que aquella que proponían los seguidores de las mismas arriba referidos. Luego los autores de tales muertes o lo hicieron por el bien público y no pecaron, o por propia venganza y entonces pecaron, o existe duda y he de suponer que lo hicieron por el bien público y por tanto que no pecaron.

(1) Por todo el título *ad legem Corneliam, de falsis* del Digesto y del Código; por la ley *divus*, Digesto, *de militari testamento*; por el §. *plane*, Instituta, del mismo título y por la ley *non figura y obligationum substantia*, al principio, junto con la última respuesta, Digesto, tít. *de actionibus et obligationibus*.

(2) Según la ley *merito*, Digesto, tít. *pro socio*.

(3) En el cap. 1.º al principio.

(4) *De praescriptionibus*, §. 1.º, glos. 2.ª en la palabra *bona autem fides*.

(5) En la obra *de successionum creatione*, §. 7.º, núm. 22.

similibus, qui ad certamen duelli provocaret, motus ob bonum publicum, quo magis reliqui ab similibus facinoribus abstinerent, non peccaret: sin autem propria indignatione motus ad suam vindictam peccaret, in dubio praesumerem ob bonum publicum id fecisse, eandemque distinctionem adhibendam etiam si in suamet persona iniuriam passus esset, quod fuste aut colapho percussus, aut vulneratus fuerit; nam utroque casu par ratio est. arg. §. patitur autem inst. de iniur.

12. Ex superioribus † apparet non esse verum quod Bald. in. c. i. col. de pace tenenda, & Petrus Gerardus sing. xxxvii. nobiles. nu. v. scripserunt, licere inire duellum pro defensione proprii honoris, cum id solum ob bonum publicum liceat. Unde pater, qui pro defensione patriae occidit
13. filium excusatur. Quinimo † bannitus, qui impune poterat interfici, poterit etiam occidi a filio suo, vel a patre suo: ita egregie tradunt Panor. post Goffredum in. c. pervenit de immuni. eccles. Petrus Gerardus singulari. ii, Barto. in. l. minime per tex. ibi. ff. de religio. las. in. l. i. §. hujus studii ff. de iust. & iure col. ult. idem Petrus Gerardus sing. lxxxii. nu. 6.
14. Apparet etiam † prohibitum esse duellum, primum cum initur ad manifestationem veritatis, id enim Deum tentare est: ita procedit. c. monomachiam. ii. q. v. & in tit. de purga. vulgari. & l. un. de gladiato. lib. 11. & c. porro de pug. in duello. Idem si fiat virtutis, aut virium exercendarum, aut ostendendarum causa. ut. d. l. un. & d. l. in arenam. C. de inof. testa. Idem si propriae vindictae causa, aut causa proprii honoris, ut iam diximus.

Ahora bien, en los mismos casos tratándose de duelo admitiría idéntica distinción, porque existe la misma razón. Porque ¿qué diríamos si estuviera admitido por una ley o por una costumbre de larga duración, serles lícito a los maridos el provocar a lucha de duelo a los adúlteros con sus esposas, o a los padres desafiar a los violadores de sus hijas, o serles también lícito a los hermanos o parientes, o a cualquiera del pueblo el provocar al desterrado, o tal vez también a aquel que hubiera inferido a su prójimo tan grave injuria que el delito fuera merecedor de muerte? Ciertamente en todos éstos y semejantes casos quien provocara a lucha de duelo, movido por el bien público, para que los restantes se abstuvieran más de semejantes delitos, no pecaría; mas si lo hizo movido por propia indignación para su venganza, pecaría; existiendo duda presupondría haberlo hecho por el bien público; y la misma distinción se ha de usar, aun cuando hubiera recibido la injuria en su misma persona, por haber sido golpeado o herido con un palo o de una bofetada, porque en ambos casos existe la misma razón (1).

De lo anterior se colige ya no ser verdad lo que escribieron Baldo (2) y Pedro Gerardo (3), ser lícito entablar duelo en defensa del propio honor, siendo así que esto sólo es lícito por el bien público. Por lo que el padre que por la defensa de la patria dió muerte a su hijo queda dispensado. Más aún, el desterrado a quien impunemente se pudiera dar muerte, puede ser privado de la vida aun por su hijo o por su padre, así notablemente lo enseñan el Panormitano siguiendo el sentir de Goffredo (4), Pedro Gerardo (5) y Bartolo (6).

Aparece también estar el duelo prohibido, primero cuando se entabla para conocimiento de la verdad, porque esto es tentar a Dios (7). Lo mismo cuando se entabla por razón

(1) Pruébalo el §. *patitur autem*, Instituta, de iniuria.

(2) En el cap. 1.º, col. 5.ª, de pace tenenda.

(3) *Singul. nobiles*, núm. 5.º

(4) En el cap. *pervenit*, de immunitate ecclesiae.

(5) *Singular*. 2.ª y en la 82, núm. 6

(6) Sobre la ley *minime* en el texto, Digesto, de iust. et iure, col. última.

(7) En este sentido se expresa el cap. *monomachiam* 2.º, cuest. 5.ª, el tít. de purgat. vulgari, la ley única de *gladiatoribus* del Código y el cap. *porro de pugnan. in duello*.

15. Apparet † suspectam esse glo. d. c. monomachiam, quam sequitur Alfonsus Guerrerius ubi supra. ca. xlvi. aiunt enim Davidem cum Goliatho in duello pugnatem non peccasse, quia id fecit instinctu divino, sentiunt ergo quod aliter peccaret, quod non est verum cum ipse ob bonum publicum pugnasset in illo duello. Errat etiam ipse Guerrerius, ibi, dum ait, † peccare, ineuntes duellum deni forte, aut quini, aut viceni, tempore bellorum, quia inquit per huiusmodi praelia non imponitur finis bello, fiuntque ostentationis gratia, quod nihil est, sic enim fieret ut in omni bello praeliantes peccarent, quia nemini nisi Deo notum est, an post praelia finis bellorum sequetur: & etiam ex talibus singularibus certaminibus bonum publicum saepe sequitur, quia incutitur timor exercitibus eo quod victus sit quis ex parte sua, & crescit alacritas exercitus illius partis, cuius miles victor in singulari certamine evasit; ideo interdum quasi res summi ponderis a ducibus prohibetur, ut. ff. de re mili. l. desertorem. §. in bello, etiam sub poena capitis ut ibi. adeo ut
17. † Torquatus Romanorum dux quum singularia certamina inter suos milites & hostes interdixisset sub poena mortis, & ipsius filius patris iussa transgressus cum hoste singulari certamine pugnasset, victorque evasisset, a patre praemii loco capite damnatus fuit, de quo meminit Titus Livius, & Claudianus d. 4. Honorii Augusti consul. sicque cecinit,

Triste rigor nimius, Turquati despue mores.

18. Ergo & si † secundum sententiam glossae & Guerrerii supra relatam omnia praelia tumultuaria (quae vulgo scararmucae appellantur) nullius iuris auctoritate viderentur posse defendi, sed quasi finem bello minime imponentes viderentur

de ejercitar o demostrar el valor y las fuerzas (1), lo mismo también por razón de propia venganza o del propio honor, conforme ya hemos dicho.

Aparece también ser sospechosa la glosa del citado capítulo *monomachiam*, que sigue Alfonso Guerrero (2); porque dicen que David luchando en duelo con Goliath no pecó porque lo hizo por instinto divino; son, pues, de parecer que de otro modo hubiera pecado, lo que no es verdad habiendo David luchado en aquel duelo por el bien público. Incurre también en error en dicho lugar el propio Guerrero al decir que pecan quienes en tiempo de guerras entablan duelo, por ejemplo, de diez contra diez, o de cinco contra cinco o de veinte contra veinte, por la razón, dice él, que por tales luchas no se da fin a las guerras, y tienen lugar sólo por motivo de ostentación. Mas esta razón es nula, porque así sucedería que quienes luchan en toda guerra pecarían, porque nadie sino sólo Dios conoce, si después de las batallas sobrevendrá el término de la guerra; además de que de tales luchas particulares muchas veces se sigue el bien público, porque se infunde temor a los ejércitos por la razón de haber sido vencido alguno de su parte y crece el denuedo del ejército de aquella parte de la que salió vencedor el soldado en singular lucha; por ésto, como cosa que ejerce gran influjo, la prohíben a veces los caudillos (3), y hasta con pena capital, como en dicho lugar; hasta tal punto que Torcuato, general romano, habiendo prohibido pena de la vida los combates particulares entre sus soldados y los enemigos, y habiendo su propio hijo quebrantando las órdenes de su padre, luchado con el enemigo en singular combate y salido vencedor, en lugar de recompensa fué condenado a muerte por su padre. De este hecho hace mención Tito Livio y Claudiano en su 4.º consulado de Honorio Augusto al cantar así:

«Cosa execrable es el excesivo rigor; desecha las costumbres de Torcuato».

Así, pues, aunque conforme al sentir de la glosa y de

(1) Según la ley citada *de gladiat.* y la ley *in arenam* del Código, *de inoffic. testam.*

(2) *Ubi supra*, cap. 46.

(3) Según la ley *desertorem*, § *in bello* del Digesto, tít. *de re militari*.

damnari debere; tamen longe verius est regulariter non minus iustas esse, quam sit ipsum bellum aut praelium quantunlibet ingens & atrox; sicque aut fiunt ostentationis tantum gratia, aut ob bonum publicum, aut dubitatur: primo casu peccatum erit, reliquis vero duobus non utique. & ita specie tenet Sanctus Thomas. ii. ii. q. xcv. ar. viii. in princ. & in fine, ubi † duellum vult exaequare iudicio sortis, sicque ut sortes (inquit) illicitae sunt ad occulta quasi miraculose detegenda & revelanda, quia quae Deus sibi reservavit, id homini scrutari non licet, ut ibi per eum: ita & praelium singulare seu duellum iniri non licet ad probationem vel revelationem alicuius rei occultae; sed id Deo reservandum est; satisq; eum ultorem habebit. arg. l. ii. C. de rebus credi.

Caeterum ut iudicium sortis & licitum & usitatum est ad divisionem rerum, ita ad talem divisionem vel definitionem, initur & iniri fas est duellum, quale fuit duellum seu singulare certamen Davidis cum Philisteo. i. Regum c. xvii. quod approbatum fuit a Deo secundum Sanctum Thomam ubi supra, quod intelligo dum modo fiat ob bonum publicum, vel ob maius malum vitandum, quod necessario aut verosimiliter sequeretur, si commodior aut clementior modus definiendi sese non offerebat, nam ex duobus malis minus malum esse eligendum supra ostendimus, & docet Hieronymus Cagn. & Decius per tex. ibi in. l. quoties nihil ff. de reg. iur. Et † ad probationem rei occultae illicitum esse duellum communis opin. est secundum Hieronymum Cagnolum in. l. favorabiliores nu. 17. de reg. iur. ff. per Bal. & Claudium & alios in. l. ex hoc iure. ff. de iusti. & iu. per Andream Barb. cons. lxii. libr. i. Ias. consil. cxliiii. lib. ii. Decium cons. cccclxxxvii. & cons. cccccclxxxvi. & alios

Guerrero arriba expuesto, no parecen poder defenderse con la autoridad de ningún derecho todas aquellas luchas de sorpresa (que vulgarmente se llaman escaramuzas) sino que más bien deberían condenarse como hechos que de ningún modo dan fin a la guerra, sin embargo, es mucho más verdadero que generalmente son no menos justas que lo es la misma guerra o batalla por importante y terrible que sea. Por consiguiente, o se entablan sólo por ostentación, o por el bien público o es dudosa la causa; en el primer caso es pecado, pero no así en los otros dos casos, y así en concreto lo defiende Santo Tomás (1), quien en tal lugar quiere equiparar el duelo con el juicio de la suerte; y así como, dice él, son ilícitas las suertes para descubrir y revelar como milagrosamente las cosas ocultas, porque lo que Dios ha reservado para sí, no le es lícito al hombre el indagarlo, según dice en tal lugar, del mismo modo no es lícito entablar lucha singular o duelo para prueba o revelación de alguna cosa oculta, sino que ésto se ha de reservar a solo Dios y en él tendrá un adecuado vengador (2).

19.

Por lo demás, así como el juicio de la suerte no sólo es lícito sino también usado para la división de las cosas, así también para tal división o determinación se entabla o es lícito entablar duelo, cual fué aquel duelo o singular combate de David con el Filisteo (3) que fué aprobado por Dios, según Santo Tomás en el lugar antes dicho; lo que yo entiendo, siempre que tenga lugar por el bien público o por evitar un mal mayor que necesaria o verosímilmente sobrevendría, si no se presentaba otro medio más fácil y benigno de decidir; porque queda ya arriba demostrado que de dos males se ha de elegir el menor, según lo enseñan también Jerónimo Cagnolo y Decio (4). Mas para probar una cosa oculta, es común opinión, según Jerónimo Cagnolo (5), ser ilícito el duelo; lo mismo consta por Baldo, Claudio y otros, al comentar la ley *ex hoc iure* (6), por Andrés de Barbatia (7),

20.

(1) *Secunda secundae*, cuest. 95, art. 8.º, al principio y al fin.

(2) Pruébalo la ley 2.ª del Código, *de rebus creditis*.

(3) Libro 1.º de los Reyes, cap. 17.

(4) En el texto al comentar la ley *quoties nihil*, Digesto, *de regulis iuris*.

(5) Al comentar la ley *favorabiliores*, núm. 17, Digesto, *de regulis iuris*.

(6) Digesto, *de iustitia et iure*.

(7) Dictamen 62, lib. 1.º

plures relatos per Cagnolum ubi supra. & voluerunt Caietanum in summa verb. duellum & divus Thomas ubi supra. Fallit ut nos interpretamur in duabus speciebus, prima, quando fit ob bonum publicum; altera quando fit ob maius malum vitandum cum requisitis supra relatis, nam & hac ratione tolerantur meretrices & etiam aluntur publice ut diximus supra.

21. Pro conservatione tamen honoris alicuius privati iniuri duellum liceret ex consuetudine provinciae, ut est Hispaniae apud Aragonensem regionem & fere per totam Italiam, secundum doctores ut per Bal. & Petrum Gerardum in locis supra allegatis, tenet Cagnolus ubi supra & Curtius Senior in repe. l. admonendi. ff. de iureiur. col. lxxvii. Philippus Decius dicto consil. cccclxxxvii. & rursum Curtius Iunior cons. clxxiii. & Paulus Parisius loco per Cagnolum allegato, qui ita tenere doctores ait, eo quod crudelis sit, qui negligit honorem suum, & quia honor vitae aequiparatur. l. iusta cum glo. ff. de manu. vindi. & interdum anteponitur. l. ii. §. pe. ff. de origine iuris, quod moderat Cagnolus ubi supra, ut procedat quoad forum contentiosum, nam qui ob causam honoris alterum in legitimo duello occiderit, non punietur; sed in conscientia mortaliter peccasse intelligetur. Sed nos in hoc ultimo dicimus, quod si ille ob bonum publicum pugnavit non peccavit, si ob propriam vindictam peccavit, in dubio praesumam potissimum ob publicam vindictam fecisse, ut supra exposuimus. Unde apparet errasse Cagnolum & Caietanum ubi supra simpliciter dicentes in tali duello esse peccatum ex parte provocantis.

22. Quid autem † ex parte provocati, & similiter peccatum adesse tenet Cagnolus, qui ait Caietanum ubi supra ita velle,

por Jasón (1) Decio (2) y por otros muchos autores que cita Cagnolo en el lugar dicho; del mismo sentir fueron también Cayetano (3) y Santo Tomás (4). En dos casos, según nuestro modo de ver, admite excepción esta afirmación: primero cuando se hace por el bien común y el segundo se hace para evitar mayor mal con los requisitos antes consignados. Porque por esta misma razón se toleran también las meretrices y aun se les otorga público sustento, conforme arriba hemos dicho.

Sin embargo, sería lícito el entablar duelo en defensa del honor de algún particular atendida la costumbre de alguna provincia como sucede en España con la región Aragonesa y casi por toda Italia; así lo defiende, basado en el sentir de Baldo, y Pedro Gerardo en los lugares arriba citados Cagnolo (5) y Curcio el Viejo (6), Felipe Decio (7), y de nuevo Curcio el Joven (8) y Pablo de París en el lugar citado por Cagnolo, quien dice que los doctores defienden ésto por la razón de que es cruel consigo quien desprecia el propio honor, y porque el honor se equipara a la misma vida (9), y aun a veces se antepone a ésta (10); doctrina que el mismo Cagnolo, en el lugar antes dicho, restringe a que tenga lugar solamente en cuanto al foro contencioso, porque quien por causa del honor hubiera dado muerte a otro en duelo legítimo no será castigado; pero en conciencia se reputará haber pecado mortalmente. Pero nosotros, respecto a esto último, decimos: que si luchó por el bien público, no pecó; si por propia venganza, pecó; si existe duda presupondré haberlo hecho principalmente por pública vindicta, según arriba dejamos expuesto. De lo que se colige haber incurrido en error Cagnolo y Cayetano en el lugar dicho, al afirmar simplemente que en tal duelo existe pecado por parte de quien lo provoca.

21.

-
- (1) Dictamen 144, lib. 2.º
 - (2) Dictámenes 487 y 686.
 - (3) En la *Summa* en la palabra *duellum*.
 - (4) *Ubi supra*.
 - (5) *Ubi supra*.
 - (6) En la citada ley *admonendi*, Digesto, de *iust. et iure*, col. 77.
 - (7) En el dictamen dicho 487.
 - (8) Dictamen 175.
 - (9) Según la ley *iusta* con su glosa, Digesto, de *manu. vindi*.
 - (10) Conforme a la ley 2.ª, §. penúltimo, Digesto, de *origine iuris*.

- quod ego admitterem si sponte ille susciperet, non sic si aliter ei poena mors esset; tunc enim se defendere posset iure naturae. arg. l. ut vim. ff. de iust. & iure. quale esset si mehus ob id maleficium vel mortis poenam subiturus esset, vel a marito provocatus singulare duelli certamen subiturus esset. Sed † an populi, vel principes tali iure utentes peccent, quod nego quando eius visum fuerit illum esse bonum modum ad tranquillitatem reipublicae, prout Aragonensibus & Italis visum est, arg. eorum, quae supra dicta sunt, & quae late tradit Andreas Tiraq. de retract. in praef. nume. 75. & Hieronymus Cagnolus ubi supra, qui ita tenet in specie.
- 23.
24. Ob patriae † defensionem duellum inire etiam meritorium est, tantum abest ut culpabile intelligatur, ut per Cagnolum
25. ubi supra, ut † in exemplo de Tergeminis fratribus Romanis cum Albanis totidem pugnantibus, ut refert Titus Livius, & meminit Manilius Astro lib. ii. sic modulatus.

Tresq; sub unius fratris virtute iacerent.

¿Y qué diremos con respecto al que ha sido provocado? 22.
Cagnolo defiende que peca igualmente y dice que el mismo es el sentir de Cayetano en el lugar antes ya citado; lo que yo admitiría si el tal espontáneamente admitiera el duelo, pero no así si de otro modo recibiera como pena la muerte; porque entonces podría defenderse conforme al derecho natural (1): cual sucedería si el adúltero por tal delito o tuviera que soportar la pena de la muerte, o admitir, provocado por el marido, particular combate en duelo (2). Pero ¿pecan los pueblos y los príncipes que usan de tal derecho? Niego que así sea cuando les hubiera parecido ser un buen medio para la tranquilidad de la república, conforme lo juzgan los aragoneses e italianos. Pruébese por lo que arriba se ha dicho, y por lo que extensamente expone Andrés Tiraqueau y Jerónimo Cagnolo (3) quien así especialmente lo defiende.

El entablar duelo en defensa de la patria es aun meritorio, 23.
tan lejos está de reputarse culpable según lo expone Cagnolo en el lugar arriba dicho, como se ve en el caso de los tres hermanos gemelos Romanos que lucharon con otros tantos Albanos, según lo refiere Tito Livio y lo recuerda Manilio en su *Astronomicon*, libro 2.º, al cantar así:

«Y tres quedaron tendidos por el valor de un solo hermano».

(1) Pruébalo la ley *ut vim*, Digesto, de *iust. et iure*.

(2) De *retractatione*, en la introducción, núm. 75.

(3) *Ubi supra*.



CAPVT QVINQVAGESIMVM

S U M M A E

1. *Lex inutilis an valeat? ardua. q.*
2. *Tyrannus quis.*
3. *Lex si utilis non est, noxia est.*
4. *Intellectus. l. un. in princ. & §. i. C. de cad. tol.*
5. *Lex positiva ut valeat, debet derivari a lege naturae.*
6. *Lex positiva large naturalis potest dici.*
7. *Intell. l. ius civile. ff. de iust. & iure.*
8. *Leges positivae specificantur ex materia iuris naturae.*
9. *Intellect. l. ius civile. ff. de iust. & iure.*
10. *Generatum simile generanti.*
11. *Lex inutilis an valeat?*
12. *Legis vita quanta sit.*



1.

ENTESIMO quadragesimo sexto colligitur ex nostra principali conclusione, an valeant † leges inutilis a principibus, vel magistratibus latae, quibus populus regebatur. Movet quaestionem, quod licet

regulariter leges iustas, & necessarias, utilesque esse oporteat, argumen. ca. erit autem lex iiii. distin. l. i. & ii. ff. de legibus tamen communis sententia est, ut lex si non adversatur iuri naturali, divino, vel gentium, aut sit contra bonos mores, non desinat valere; quanvis nihil referre videretur

CAPÍTULO QUINCUAGÉSIMO

SUMARIO

- ¿Es válida la ley si es inútil? cuestión importante. 1.
- ¿Quién se dice tirano? 2.
- La ley si no es útil, es perjudicial. 3.
- Sentido de la ley única del título *de caducis tollendis* del Código, en la introducción y en el §. 1.º 4.
- La ley positiva para ser válida debe derivarse de la ley natural. 5.
- La ley positiva en sentido lato puede decirse natural. 6.
- Sentido de la ley *ius civile*, Digesto, *de iustitia et iure*. 7.
- Las leyes positivas se especifican según la materia del derecho natural. 8.
- Sentido de la ley *ius civile*, Digesto, *de iust. et iure*. 9.
- Lo engendrado es semejante a quien lo engendra. 10.
- ¿Es válida la ley inútil? 11.
- ¿Cuánta es la duración de la ley? 12.

Conclusión 146. Colígese de nuestra conclusión fundamental, si son válidas las leyes inútiles dadas por los príncipes o magistrados que regían al pueblo. Suscita esta cuestión el que si bien es conveniente que las leyes sean justas, necesarias y útiles (1), sin embargo es común sentencia que la ley si no se opone al derecho natural, divino o de gentes, si no es contraria a las buenas costumbres, no deja de ser válida; aun cuando pareciera que nada importaba el que tal ley se hubiera dado, o que tal vez no se hubiera dado, conforme lo hemos expuesto arriba (2) siguiendo el

(1) Pruébese por el cap. *erit autem lex*, 4.ª distinción y por las leyes 1.ª y 2.ª del Digesto, tít. *de legibus*.

(2) Dos capítulos antes, en el 47.

eam legem factam fuisse, vel forte non fuisse factam, ut post Aristotelem & Dominicum Sotum Theologorum disertissimum diximus supra ca. abhinc. ii. & quia valuit lex captionibus plena. l. uni. in princi. C. de cad. tollen. ibi suis machinationibus, & l. invidiosa ut ibi. §. i. & l. per quam dura. l. prospexit. ff. qui & a quibus, elegans. l. i. §. initium. ff. de postul. ibi quia moderatam hanc aetatem praetor ratus est quam rationem mirabilem esse clamat Accursius ibi, & Andr. Tiraq. multa hanc ad rem spectantia congerens de retract. in praefa. num. 75. & Bal. in l. non omnium per tex. ibi. ff. de legib. & in l. de quibus. ff. de legibus.

Adhuc tamen contrariam partem summa auctoritate & gravitate nec minore (iudice me) aut minus dilucida veritate contrarium tenere videtur Theologorum summus Alfonsus Castrensis de potesta. legis poenalis lib. i. c. i. charta pe. ibi in vers. & inde mea sententia, cuius verba ita habent.

2. Et inde, inquit, mea sententia deducitur, ut si † princeps, aut magistratus talem potestatem a populo habens, vellet lege ab eo condita populum contradicentem cogere ad aliquid lege divina, aut naturali, minime necessarium, is sit tyrannus dicendus, quia maiorem erga populum potestatem exercet, quam vere habeat: quibus verbis duo significavit, primum non valere legem, quae nociva aliquantulum esset, cuius contrarium tenuit Dominicus Sotus Theologus disertissimus de iust. & iure. lib. iii. q. iii. arti. v. ad finem. Deinde significavit, non valere, si non esset necessaria inspecto iure naturali vel divino, quasi eo ipso quod necessaria non est, noxia esse intelligatur, cuius contrarium licet tenuerit Aristoteles loco per eundem Sotum citato, tamen verissimam esse Alphonsi Castrensis sententiam apparet ex nostra principali sententia, & ex omnibus his, quae per hunc totum librum ad

sentir de Aristóteles y Domingo Soto el más consumado de los teólogos, así vemos que fué válida una ley llena de falacias (1); y una ley odiosa, según aparece por el §. 1.º del mismo lugar y hasta una ley sobre manera dura (2), siendo entre ellas muy a propósito la ley 1.ª, §. *initium* del Digesto (3) en las palabras «porque el pretor juzgó a propósito esta edad», razón que Acursio llama admirable en tal lugar; del mismo sentir son Andrés Tiraqueau quien reúne múltiples razones a este fin (4) y Baldo (5).

Con todo, el consumado teólogo Alfonso de Castro, parece sin embargo defender la opinión contraria con suma autoridad y peso de razones, y a mi juicio con no menor, ni menos manifiesta verdad (6); cuyas palabras son de este tenor: Y de allí, dice, se deduce mi opinión, que si el príncipe o el magistrado que tiene recibida tal potestad del pueblo, quisiera por una ley por él instituída obligar al pueblo contra su voluntad a alguna cosa en nada necesaria atendida la ley divina o natural, este tal ha de ser llamado tirano porque ejerce para con el pueblo mayor poder del que en realidad tiene. Con cuyas palabras dió a entender dos cosas: primera, que no era válida la ley que fuera algún tanto perjudicial, si bien Domingo Soto, el más elocuente de los teólogos, defendió lo contrario en su tratado *de iustitia et iure* (7); segunda, dió a conocer que no era válida, si no fuera necesaria atendido el derecho natural o divino, como si por el hecho de no ser necesaria se reputara ya perjudicial; y si bien Aristóteles en el lugar citado por el mismo Soto defendió lo contrario de ésto, sin embargo se colige ser sumamente verdadera la opinión de Alfonso de Castro por nuestra conclusión fundamental y por todas las razones que a lo largo de todo este libro hemos expuesto

2.

(1) Según consta por el principio de la ley única *de caducis tollendis* del Código en las palabras *suis machinationibus*.

(2) Véase la ley *prospexit*, Digesto, tít. *qui et a quibus*.

(3) Título *de postulando*.

(4) En la introducción, *de retractatione*, núm. 75.

(5) Acerca de la ley *non omnium* en el texto, Digesto, *de legibus* y en la ley *de quibus*, Digesto, *de legibus*.

(6) *De potestate legis poenalis*, lib. 1.º, cap. 1.º *charta* penúltima en las palabras *et inde mea sententia*.

(7) Libro 3.º, cuest. 4.ª, art. 5.º al final.

eius tam ornatum quam iustificationem disseruimus; edocentes omne imperium tam legum quam principum pertinere ad meram subditorum, non etiam ad regentium utilitatem.

3. Nec dubium est † quin omnis lex positiva eo ipso quod necessaria non est noxia & nociva sit. Leges enim constringunt hominum vitas. l. leges sacratissimae. C. de legib. sicque onerant libertatem ut ibi & l. i. §. quae onerandae. ff. quarum rerum actio non datur, inducuntque imaginem quandam servitutis, quae morti aequiparatur. l. servitutem. ff. de reg. iur. iuncta. l. libertas. ff. de statu hominum. & §. libertas. inst. de iure personarum. adeo ut in obligationibus faciendi ideo nullus compellatur praecise, sed tantum teneatur ad interesse, quia oneraretur libertas si homo ingenuus aliquid facere praecise cogeretur, & lenius, clementius, ac tolerabilius visum est, ut interesse praestemus, vel etiam omnia nostra si opus fuerit amittamus, quam ut ad minimum faciendum inviti cogamur; per quod nostra libertas aliquantisper laedi videatur. facit Glo. app. in. l. in servorum. ff. de poenis. Dum ait vel minimam poenam corpoream duriorem esse omni poena pecuniaria, facit. l. filius fam. §. secundum vulgarem. ff. de lega. i. dum ait patriam potestatem esse inaeestimabilem, & quod Terentius per Cremetem ad Sosiam dicebat, quod habui, inquit, summum pretium persolvi tibi, hoc est libertatem. Et illud vulgare.

Non bene pro toto libertas venditur auro.

Quum ergo haec libertas per leges positivas restringatur, consequens fit eas leges non solum noxias, sed nocentissimas quoque esse, quoties necessariae (inspectis iuris divini

tanto para su ornato como para su justificación, enseñando que todo poder, tanto de leyes como de príncipes, tendía a la exclusiva utilidad de los súbditos y de ningún modo a la de los regentes.

Ni cabe duda de que toda ley positiva por el mero hecho de no ser necesaria, es ya nociva y perjudicial. Porque las leyes estrechan el modo de vivir humano (1), y por tanto, menoscaban la libertad (2), y crean como una especie de esclavitud que se equipara a la muerte (3); hasta el punto de que en las obligaciones *de hacer*, por esa razón no se compele a nadie precisamente, sino que sólo está obligado a su equivalente, porque se menoscabaría la libertad si un hombre libre se viera obligado con precisión, a hacer alguna cosa, y pareció más suave, benigno y tolerable el dar cumplimiento a su equivalente o aun el perder, si preciso fuera, todos nuestros bienes, antes que ser obligados contra nuestra voluntad a ejecutar la menor cosa, por lo que se reputaría sufrir perjuicio, siquiera sea insignificante, nuestra libertad. Hace a nuestro propósito la glosa tan admitida de la ley *in servorum* (4), cuando dice, que aun la menor pena corporal es más intolerable que toda pena pecuniaria. Hace también al caso la ley *filiusfamilias* (5), cuando dice que la patria potestad es de valor incalculable, y lo que por boca de Cremes decía Terencio a Sosia: lo que he tenido, dice, de más valor, te lo he otorgado, ésto es la libertad. Y aquel dicho vulgar:

3.

«No se vende justamente la libertad por todo el oro del mundo».

Como, pues, las leyes positivas restrinjan esta libertad, síguese que tales leyes no sólo son nocivas, sino que lo son en sumo grado, siempre que no sean necesarias (atendidos los principios del derecho divino o natural), puesto que no raras veces se instituyen, no sólo con extraordinaria lige-

(1) Según la ley *leges sacratissimae*, Código, *de legibus*.

(2) Conforme a la ley anterior y a la ley 1.^a, *quae onerandae*, Digesto, título *quarum rerum actio non datur*.

(3) Según la ley *servitutis* del Digesto, *de regulis iuris* junto con la ley *libertas*, Digesto, *de statu hominum* y el §. *libertas*, Instituta, *de iure personarum*.

(4) Digesto, tít. *de poenis*.

(5) En el §. *secundum vulgarem*, Digesto, *de legatis*, lib. 1.^o

aut naturalis principis) non sunt, quanvis ingenti non modo levitate verum temeritate quoque aut (quod turpius & inclementius est) machinatione non raro fiant, ut testatur Iustinianus imperator in d. l. un. in pri. & §. i. C. de cadu. toll. tanta est, tanq; lamentabilis homini generis infelicitas. &

4. † verus intellectus ad d. l. un. cum simi. est eam legem & similes non tam iusto imperio, quam tyrannide & ferri ab initio, & postea contineri aut observari, de quibus dictum est illud, vae eorum, qui condunt leges iniquas.
5. Iustificantur † hae sententiae, quia lex positiva ut valeat, oportet ut derivetur a lege divina & naturali, ut eleganter per eundem Alphonsum Castren. ubi sup. c. ii. cuius verba ita habent: Aliae sunt leges humanae, quae a lege naturali derivantur per modum specificationis aut determinationis, sicut species in rebus artificialibus quodammodo derivantur a genere, in qua deductione licet sit necessitas, qua aliquam certam speciem statuatur artifex in orando, quod tamen hanc aut illam statuatur, ex mera artificis pendet voluntate, tales sunt omnes leges, quae praemium aliquod virtuti, aut poenam vitio statuunt: quarum nullae ex primis legis naturae principiis necessaria consequentia deduci possunt. Nam licet necessarium sit ex lege naturae, ut virtuti praemium, et vitio poena reddatur: non tamen ex eadem lege est necessarium, ut hoc aut illud praemium virtuti, & haec aut illa poena vitio reddatur. Tales ergo leges, licet vere humanae dicantur, quia ab hominum voluntate pendent, ut subditos obligare possent, non tamen est sola in illis humana voluntas, ita ut sine illa similitudine aut specificatione legis naturalis, illa sola subditis necessitatem & obligationem imponere posset. Possunt † ergo huiusmodi leges quodammodo

reza, sino aun con temeridad, o (lo que es más vergonzoso e intolerable) con espíritu de intriga, conforme lo testificó el Emperador Justiniano en la introducción de la única ley del título *de caducis tollendis*, §. 1.º, Código; tan grande es y tan lamentable el infortunio del linaje humano; y el verdadero sentido de la citada ley única con otras semejantes es, que tal ley y otras tales son dadas en un principio y después conservadas y cumplidas no tanto por un poder justo cuanto por uno tiránico; de quienes se ha dicho aquello: ¡ay de los que instituyen leyes inicuas!

4.

Justifican estas opiniones porque la ley positiva para que sea válida, conviene que se derive de la ley divina y natural, según elegantemente lo expone Alfonso de Castro (1), cuyas palabras son de este tenor: Otras son leyes humanas que se derivan de la ley natural a modo de especificación o determinación, del mismo modo que en las cosas artificiales las especies se derivan en cierto modo del género, en cuya deducción aunque sea necesario el que el artífice construya por ejemplo, una cierta figura orante, sin embargo el construir precisamente ésta o aquélla, depende exclusivamente de la voluntad del artífice; tales son todas aquellas leyes que establecen algún premio para la virtud o alguna pena para el vicio; ninguna de las cuales puede deducirse con necesaria consecuencia de los primeros principios de la ley natural. Porque aunque sea necesario, según la ley natural, el que se otorgue premio a la virtud y pena al vicio, sin embargo no se sigue necesariamente de tal ley, el que en concreto se otorgue éste o aquel premio a la virtud y ésta o aquella pena al vicio; así, pues, tales leyes aunque se digan en verdad humanas, puesto que de la humana voluntad dependen, para poder obligar a los súbditos, con todo no tiene en ellas parte la sola voluntad humana, de modo que sin aquella semejanza y especificación de la ley natural, pudiera ella sola imponer a los súbditos tal necesidad y obligación. Pueden, pues, semejantes leyes, con una amplia significación de la palabra, en cierto modo llamarse leyes naturales; porque por medio de ellas se discierne ya en especie aquello que en general sin especificación alguna dispone la ley natural que se ha de practicar; porque si la ley humana se apartara por

5.

6.

(1) *Ubi supra*, cap. 2.º

extensa vocis significatione naturales dici: quia per illas id in specie discernitur, quod in genere absque ulla specificatione lex naturalis faciendum esse decernit: si enim lex humana omnino a lege naturali discederet, illa iusta non esset, et si nihil extra legem naturalem praeciperet, iam non

7. humana, sed lex naturalis diceretur. Nam † Ulpianus iuris consultus in. l. ius civile. ff. de iusti. & iure. ita ait: Ius civile est, quod neque in totum a naturali iuri vel gentium recedit, neque per omnia ei servit; itaq; cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile efflicimus. Haec ille. In quibus verbis ius commune ad ostendendam vocum idem significantium varietatem, posuit pro iure naturali, & merito, quoniam (ut ex testimonio Aristotelis supra citati constat) ius naturale est idem apud omnes.

8. Deniq; † quod lex positiva ut iustior sit, oporteat derivatam esse a iure naturali & divino, ultra d. Alphonsum Castren. tenent Dominicus Sotus Theologorum dissertissimus, & alii, quos retulimus supra c. xxix. nu. 20. Sicque ut ex massa cerea si vis potes facere unam figuram, deinde eam infectam reddere, ac rursum ex eadem massa aliam formam effingere; idemque in massa aurea, vel argentea aut plumbea & similibus, ita massa aut materia ex quibus facienda est lex positiva, est ius divinum aut naturale, ex quibus variae formae fieri a lege positiva possunt, ea enim iura edocent poenam non mereri malefactores, quanvis modum aut mensuram poenarum non definiant. Unde quod fur sive manifestus sive non manifestus puniatur, & etiam raptor, aut parricida & similes, iis iuribus prospectum est: quod autem fur manifestus quadrupli, fur autem non manifestus dupli poena puniantur ut in. §. dupli, & §. quadrupli, cum utroq; not.

completo de la ley natural, no sería justa y si nada ordenase fuera de la ley natural, ya no se diría ley humana, sino ley natural. Porque el jurisconsulto Ulpiano dice así en la ley *ius civile* (1): El derecho civil es el que ni se aparta por completo del derecho natural o de gentes, ni por el contrario se acomoda a él en todo servilmente; así, pues, cuando o bien añadimos o bien quitamos algo al derecho común, producimos un derecho propio, esto es, civil. Así se expresa tal autor. En cuyas palabras para hacer resaltar la variedad de términos de idéntica significación, usó la palabra *derecho común* en lugar de derecho natural; y con razón, puesto que (según consta por el testimonio de Aristóteles arriba citado) el derecho natural es el mismo entre todos los hombres.

7.

Finalmente, que la ley positiva para que sea más justa convenga que haya sido derivada del derecho natural o divino, lo defienden además de Alfonso de Castro, el más elocuente de los teólogos Domingo Soto y otros que anteriormente hemos referido (2). Por consiguiente, así como de una masa de cera puedes, si así lo quieres, hacer una figura, y después deshacerla otra vez, y de nuevo fabricar otra diversa de la misma masa, y lo mismo si se tratara de una masa de oro, de plata, de plomo, o de otras semejantes, del mismo modo la masa o materia de la que se ha de hacer la ley positiva, es el derecho divino o natural, de los cuales puede la ley positiva formar diversas normas; porque aquellos derechos enseñan que los malhechores son merecedores de castigo (3), aunque no determinen el modo y medida de tales penas. Por lo tanto, el que sea castigado el ladrón tanto el manifiesto como el no manifiesto, como también el raptor, o el parricida y otros tales, está ya previsto en aquellos derechos; pero el que el ladrón manifiesto sea castigado con la pena del cuádruplo y el no manifiesto con la del duplo, según dispone el §. *dupli* y el §. *quadrupli* de la Instituta *de actionibus* junto con lo notado en ambos lugares; que por el acto de rapiña se incurra en la pena del

8.

(1) Digesto, *de iust. et iure*.

(2) En el cap. 29, núm. 20.

(3) Tanto la edición de Venecia como la de Francfort tienen: *malefactores non mereri poenam*, pero el sentido pide que sea: *malefactore mereri poenam* y así lo hemos traducido.

insti. de act. quodque ex rapina poena tripli sit, ut in prin. & §. i. inst. de vi bonorum raptorum, quodq; parricida culeo insutus pereat, ut in. §. alia deinde lex. insti. de publi. iudi. & caetera id genus, isthaec sane omnia a iure naturali incognita erant, & a iure civili formata & specificata sunt ex ipsa iuris naturalis massa & materia dictantis in genere puniendos esse tales malefactores, facit tex. in simili in. l. adeo. §. cum quis ex aliena. ff. de acqui. rerum domi cum §§. praeced. & seq. quatenus loquuntur de specificationibus, quae fiunt ex massa vel materia aliena: sicque tales leges positivae habita consideratione materiae aut massae iustitiae ex quibus fiunt, naturales appellari possunt, habita vero ratione formae & specificationis dici possunt & debent civiles, & utrumque probat d. l. ius civile. Nam quatenus dixit ius civile esse, quod in totum a naturali iure non recedit, intellexit de materia iustitiae; & quatenus subdit neq; ei per omnia servit, intellexit de forma seu specificatione, quae iure naturali incognita

9. & solo iure civili introducta est. Idem † quoad praemia, quae iure quoque pro benefactis debentur naturaliter, non secus quam poena pro malefactis. l. i. ff. de iust. & iure. ibi, bonos non solum metu poenarum, verum praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes. Caeterum quantum praemium deberetur servis pro bene factis, de quibus in titu. C. de servis qui pro praemio libertatem accip. quantumque praemium deberetur militibus in terminis. l. item si verberatum in princ. ff. de rei vendi. nullibi iure naturae in specie definitum erat, sed iure civili definitur, ut ibi. Ergo quum omnis lex naturalis sit necessaria & utilis, & ipsa quasi materialiter debeat generare legem positivam, ut positiva iusta sit; superest ut utilis & necessaria quoque esse debeat, quia
10. † omne generatum simile est generanti. Nam ut poeta cecinit,

triplo (1); que el parricida perezca cosido en un saco de cuero, según el §. *alia deinde lex* (2) y las restantes disposiciones de tal naturaleza, todas estas cosas eran en verdad desconocidas del derecho natural, y el derecho civil les dió forma y especificación de la misma masa y materia del derecho natural, que dictaba de un modo general que tales malhechores debían ser castigados. Hace también al caso el texto de la ley *adeo*, §. *cum quis ex aliena* (3) juntamente con otros §§. anteriores y posteriores, en cuanto tratan de las especificaciones que se hacen de una masa o materia ajena; por tanto, dichas leyes positivas, tenida en cuenta la materia o masa de la justicia de que se forman, pueden llamarse naturales; pero tenida en cuenta la forma y especificación pueden y deben ser llamadas civiles; una y otra cosa prueba la citada ley *ius civile*. Porque en cuanto dijo que el derecho civil era el que no se aparta totalmente del derecho natural, lo entendió de la materia de la justicia; más al añadir que no se acomoda a él en todo, se refirió a la forma o especificación que desconocida del derecho natural, sólo por el derecho civil fué introducida. Lo mismo se ha de decir en cuanto a los premios que son debidos por las buenas obras según el derecho natural, como son debidas las penas por las malas acciones, según la ley 1.^a del Digesto en el título *de iustitia et iure* donde dice: «deseando hacer hombres buenos no sólo por el miedo de los castigos sino también con el aliciente de los premios». Por lo demás, la cuantía del premio que se debía a los siervos por sus buenas acciones a las que se refiere el título del Código *de servis qui pro praemio libertatem accipiunt*; como la cuantía del premio que se deba a los soldados de conformidad con el contenido de la ley *item si verberatum* (4), en ninguna parte se hallaba definido por el derecho natural, sino que lo determina el derecho civil, como en dichos lugares.

9.

Siendo, pues, toda ley natural, útil y necesaria, y debiendo ella misma como de propia materia, producir la ley positiva para que ésta sea justa, síguese que también debe

(1) Según la introducción y el §. 1.^o de la Instituta *de vi bonorum raptorum*

(2) Instituta, *de publicis iudiciis*.

(3) Digesto, tít. *de acquirendo rerum dominio*.

(4) Digesto, tít. *de rei vindicatione*, en la introducción.

Fortes creantur fortibus, nec debiles

Generant aquilae columbas.

Et secundum Philosophum qualia sunt principia, talia praesumuntur principiata, tradit Andreas Tiraq. de praescrip. Glo. ii. §. i. verbo. bona autem fides. Unde Poeta sic modulatur,

Saepe solet filius similis esse patri.

Notat Glo. in. l. quisquis. §. i. C. ad legem Iuliam maiest. l. quod si nolit. §. qui mancipia. ff. de aedil. idi. & in c. si quis vi. q. i. Speculator de feudis. §. quoniam versi. v. nume. 14. & Benincasius de actio. in princ. num. 102. Tertio

11. † id pulchre edocemur a Cicerone in Vati. sic scribente: a maioribus, inquit, nostris nulla alia de causa leges sunt inventae, nisi ut cives suos incolumes conservarent: ergo leges non necessariae, aut non utiles, cum non possint non esse nocivae, ut supra ostendimus valere non possunt, quia tunc cives non servant incolumes, sed potius laedunt. Idem apertius idem Cicero. ii. de legibus scriptum reliquit. Ad salutem (inquit) civium civitatumq; incolumitatem, vitamq; hominum & quietam & beatam conditae sunt leges. quod & idem Cicero longe etiam significantius expressit i. de Invent. Ea, inquit, virtute & sapientia maiores nostri fuerunt, ut in legibus scribendis nihil sibi salutem & utilitatem reipublicae proponerent, neque enim ipsi quod obesset scribere volebant, & si scripsissent, cum esset intellectum repudiatum iri legem intellegebant. Quibus verbis non obscure significavit, eam legem, quae minus utilis esset, aut necessaria, utroque pede claudicare, ac infirmam esse ex defectu non solum voluntatis, sed

ser útil y necesaria esta segunda, porque todo lo engendrado se asemeja a quien lo engendra. Porque según cantó el poeta:

«Los fuertes son engendrados por los fuertes, ni las águilas dan jamás el ser a débiles palomas». 10.

Y según el filósofo, cuales son los principios tal se presupone lo que de ellos procede. Lo mismo afirma Andrés Tiraqueau (1). Por eso canta así el poeta:

«Con frecuencia suele el hijo asemejarse a su padre».

Lo mismo nota la glosa de la ley *quisquis* (2), la ley *quod si nolit* (3), el *Speculator* (4) y Benincasio (5). En 11.
tercer lugar, esto mismo nos enseña hermosamente Cicerón en su discurso contra Vatinió al escribir lo siguiente: nuestros mayores, dice, por ninguna otra causa instituyeron las leyes, sino para conservar incólumes a sus ciudadanos; luego las leyes no necesarias, o que no sean útiles, no pudiendo por menos de ser nocivas, según arriba hemos demostrado, no pueden ser válidas, porque en tal caso no conservan incólumes a los ciudadanos, sino que más bien les causan perjuicio. Lo mismo y con más claridad nos dejó escrito el propio Cicerón en el libro 2.º de *legibus*: las leyes, dice, han sido instituidas para la salvación de los ciudadanos e incolumidad de los pueblos y para la vida pacífica y dichosa de los hombres. Lo mismo que el propio Cicerón nos manifestó en términos mucho más significativos en el libro 1.º de *inventione*: nuestros antepasados estuvieron dotados de tal virtud y sabiduría que en el instituir las leyes no se propusieron otra cosa sino la salvación y utilidad de la república; porque no querían ellos escribir algo que fuera perjudicial, y si lo hubieran escrito, comprendían que cuando se cayera en la cuenta se habría de rechazar la ley. Por cuyas palabras claramente dió a entender que aquella ley que no fuera útil o necesaria, cojeaba de ambos pies, y que carecía de solidez no solamente por falta de voluntad, sino por falta de poder de los legisladores. Lo que yo entiendo,

(1) De *praescriptionibus*, glos. 2.ª, §. 1.º en la palabra *bona autem fides*.

(2) En el §. 1.º, Digesto, tít. *ad legem Iuliam maiest.*

(3) En el §. *qui mancipia*, Digesto, tít. *de aedilitio edicto*; lo mismo consta por el cap. *si quis* 6.º, cuest. 1.ª

(4) De *feudis*, §. *quoniam*, versic. 5.º, núm. 14.

(5) De *actionibus*, al principio, núm. 102.

etiam ex potestatis defectu legumlatorum. Quod intelligo
quandiu cessat utilitas, nam ea adveniente lex illa valere
incipiet, ut supra diximus.

12. Hactenus quoad huiusmodi validitatem. Quid † autem
quoad ipsius durationem? & sane regulariter & si omnes
leges perpetuae sint, id tamen procedit, quando iurisdictio
legem ferentis perpetua erat: qualis est iurisdictio populi,
qui semper durat. l. quaerebatur. ff. de iudici. aut etiam
iurisdictio principis perpetui, ut sunt reges & similes. Caete-
rum quando ab habente temporalem iurisdictionem fiunt, tunc
ipsae quoque temporales sunt actionesque temporales pro-
ducunt, ut in princip. institut. de perpet. & temp. actionibus.
qua de re per Bar. in. l. v. in princip. ff. de verbo. obli.
per Mathaesillanum, singulari. clxxxix. Nota unum mirabile
idem Bart. in. l. fi. ff. de poen. idem in. l. omnes populi.
ff. de iustit. & iure. & ibi Bald. Ludovicus Romanus. con-
silio ccxxviii. Aretin. in d. l. v. in princ. & Andr. Barb. in
rubr. C. qui admitti.

Iis quae per totum hunc librum egimus finitima sunt, quae
scripsimus infra in secundo tomo huius operis libro primo
illius tomi secundi. Si quaeras cur si his contigua sint,
desierint hic subiungi & continuari? respondeam (1) id factum
ob causam hic reticendam. Ergo quae hic desunt illinc pe-
tenda sunt.

(1) Así en ambas ediciones Veneciana y de Francfort.

mientras cesa tal utilidad, porque al sobrevenir ésta, dicha ley empezará a ser válida, según anteriormente hemos dicho.

Hasta aquí hemos tratado de la validez de la ley. Mas 12.
¿qué diremos en cuanto a su duración? Y a la verdad, aunque generalmente todas las leyes son perpetuas, ésto, sin embargo, tiene cumplimiento cuando la jurisdicción de quien da la ley fuera también perpetua, cual es la jurisdicción del pueblo que siempre permanece (1), o la jurisdicción de un príncipe perpetuo, cuales son los reyes u otros semejantes. Por lo demás, cuando son instituidas por quien sólo tiene jurisdicción temporal, entonces las mismas leyes son temporales y producen acciones temporales (2); de lo que tratan Bartolo (3), Matesilano (4), Luis Romano (5), el Aretino (6) y Andrés de Barbatia (7).

Íntimamente relacionado con toda la doctrina que hemos tratado por todo este libro, se halla lo que hemos escrito abajo en el tomo segundo de esta obra, o sea en el libro primero del tomo segundo. Si preguntas la razón de porqué si está en íntima relación, hemos dejado de añadirlo aquí y ponerlo a continuación, te responderé que lo hemos hecho por una razón que al presente hemos de pasar en silencio. Así, pues, lo que aquí falte por tratar se ha de buscar en dicho lugar.

(1) Según la ley *quaerebatur*, Digesto, *de iudiciis*.

(2) Según consta por la introducción de la Instituta, *de perpetuis et temporibus actionibus*.

(3) En la ley 5.^a, introducción, Digesto, *de verborum obligatione*; en la ley final, Digesto, *de poenis* y en la ley *omnes populi*, Digesto, *de iust. et iure* comentada también por Baldo.

(4) *Singulari*. 189 que empieza *nota unum mirabile*.

(5) Dictamen 228.

(6) En la citada ley 5.^a, al principio.

(7) En la rúbrica del tít. *qui admittit* del Código.

CONTROVERSIARVM ILLVSTRIVM
LIBER SECVNDVS



CAPVT LI ⁽¹⁾

SUMMAE

1.  *RAESCRPTIONUM materia summi momenti est.*
2. *Praescriptionum materia quatuor principiis seu elementis consistit.*
3. *Mundus constat quatuor elementis.*
4. *Divisio huius tractatus.*
5. *Elementa invicem convertuntur.*
6. *Divisio partis primae.*
7. *Diffinitio praescriptionum & usucapionum.*
8. *Praescriptio & usucapio an differant inter se.*
9. *Praescriptio quare introducta.*
10. *Dominia essent in incerto cessante praescriptione.*
11. *Terrarum dominium iure gentium primaevum erat in communi.*
12. *Patria hominis est omne solum.*
13. *Communia sunt terra, aer, aqua.*
14. *Ius gentium primaevum appellatur naturale.*

(1) Siguiendò a la edició Veneciana, que desde el libro II usa en la numeración de los capítulos las cifras romanas en lugar de los números ordinales, adoptamos también nosotros desde aquí la misma numeración. Así mismo cuando la puntuación de la edición Veneciana nos ha parecido defectuosa hemos admitido la de la edición de Francfort. (T.).

LIBRO SEGUNDO
DE LAS
CONTROVERSIAS FUNDAMENTALES



CAPÍTULO LI

SUMARIO

- | | |
|---|-----|
| Es de suma importancia la materia de las prescripciones. | 1. |
| La materia de las prescripciones consta de cuatro principios o elementos. | 2. |
| El mundo se compone de cuatro elementos. | 3. |
| División de este tratado. | 4. |
| Los elementos mutuamente se transforman unos en otros. | 5. |
| División de la primera parte. | 6. |
| Definición de las prescripciones y usucapiones. | 7. |
| ¿Se diferencian entre sí la prescripción y la usucapión? | 8. |
| ¿Por qué se introdujo la prescripción? | 9. |
| Sin prescripción las propiedades serían inciertas. | 10. |
| Atendiendo al derecho primitivo de gentes, era común el dominio de las tierras. | 11. |
| La patria del hombre es toda la tierra. | 12. |
| La tierra, el aire y el agua son comunes. | 13. |
| El derecho de gentes primitivo se llama natural. | 14. |

15. *Terrae dominium non praesumitur nisi probetur.*
16. *Terrae dominium probari nisi praescriptione non postest.*
17. *Dominium ut probetur.*
18. *Probatio levior sufficit in incidentibus.*
19. *Dominium plene probatur per praescriptionem.*
20. *Titulus suppletur adiectione temporis.*
21. *Dominium sine praescriptione, probatur in actionibus & in rebus mobilibus.*
22. *Dominium cadit in iuribus & in incorporalibus.*
23. *Praescriptiones sunt iuris civilis.*
24. *Obligatio naturalis an perimatur praescriptione.*
25. *Praescriptiones nunquam fuissent si ius civile non esset.*
26. *Dominium praescriptione quaesitum an princeps adimat.*
27. *Praescriptio triginta annorum iure forum non erat cognita.*
28. *Praescriptiones non tenent extraneos a iurisdictione principes aut privatos.*
29. *Princeps cum subdito contrahendo non obligatur civiliter, sed solum naturaliter, sed ea naturalis obligatio efficax omnino est.*
30. *Principes aut populi liberi inter se iure naturali, & gentium non civili ligantur.*
31. *Ius civile non ligat principes aut extraneos a iurisd.*
32. *Peregrinus expers testandi active & passive.*
33. *Hispania etiam de iure non subest imperio.*
34. *Contractus sunt informes inter extraneos a iurisdictione populos, principes, privatosq; homines, inter quos omnes nudae convectiones & naturales obligationes efficaces sunt.*
35. *Ambasciatores iure nat. & gentium non civili utuntur.*
36. *Praescrip. & iura civilia cessant in extraneis populis principis, privatis hominibus.*
37. *Hispanorum regum ius quoad ecclesiastica.*
38. *Patronatus iura iustius conceduntur terrae ab infidelibus debellatae causa, quam dotationis causa.*

- El dominio de la tierra no se presume si no se prueba. 15.
Sin prescripción no puede probarse la propiedad de la tierra. 16.
¿Cómo se prueba la propiedad? 17.
En las cosas que incidentalmente se han de probar, es suficiente una prueba más ligera. 18.
El dominio se prueba plenamente por medio de la prescripción. 19.
El trascurso del tiempo suple al título. 20.
Tratándose de acciones y de cosas muebles, el dominio se prueba sin prescripción. 21.
El dominio recae también sobre derechos y cosas inmateriales. 22.
Las prescripciones son de derecho civil. 23.
La prescripción ¿destruye la obligación natural? 24.
De no existir el derecho civil, no hubieran existido las prescripciones. 25.
¿Puede el príncipe privarnos del dominio adquirido por prescripción? 26.
La prescripción de 30 años no era conocida en el derecho ff. 27.
Las prescripciones no obligan a los príncipes o particulares que pertenecen a diversas jurisdicciones. 28.
El príncipe en sus contratos con un súbdito suyo no queda obligado civilmente, sino sólo con obligación natural, pero esta obligación es del todo eficaz. 29.
Los príncipes y pueblos libres se unen entre sí por el derecho natural y de gentes, no por el derecho civil. 30.
El derecho civil no liga al príncipe o a los que son ajenos a su jurisdicción. 31.
El peregrino ni puede testar según las normas de nuestro derecho, ni recibir nada en testamento. 32.
España no está sometida al Imperio, ni aun de derecho. 33.
Los contratos entre pueblos, príncipes o particulares que pertenecen a diversa jurisdicción no observan la forma legal, sino que entre todos ellos son eficaces las nudas convenciones y las obligaciones naturales. 34.
Los embajadores se acomodan al derecho natural y de gentes, no al derecho civil. 35.
Las prescripciones y los derechos civiles cesan tratándose de pueblos, príncipes y particulares ajenos a su jurisdicción. 36.
Derecho de los reyes de España en las cosas eclesiásticas. 37.
Los derechos de patronato se conceden con más justicia en razón de haber arrebatado el territorio de manos de los infieles, que en razón de haber dotado alguna iglesia. 38.

39. *Iuri canonico subsunt omnes Christiani.*
40. *Homines a suis negotiis & provinciis avocari necessitate non cogente, noxium & contra naturalem iustitiam est.*
41. *Ius positivum aut consuetudines inducere non possunt quod iustitiae naturali adversatur.*
42. *Intellectus infirmitas est quaerere legem ubi naturaliter sentimus.*
43. *Notorietas superat omne genus probationis.*
44. *Iustitia naturalis est incommutabilis.*
45. *Navigatio impossibilis fere & noxia reputatur.*
46. *Impossibile reputatur quod est nimis difficile.*
47. *Impossibilia nulla obligatio.*
48. *Impossibilia an possit Deus.*
49. *Immemoralis praescriptio quae dicatur.*
50. *Ius naturale & divinum non immutantur per abusus.*
51. *Ius positivum iuris naturalis repetitivum non naturale, sed positivum dicitur.*
52. *Abstinenti beneficium esse praetorium non civile.*
53. *Ius novum per adiectionem, vel detractionem fit quoad particulam solum additam, vel detractam.*
54. *Intell. ius civile, ff. de iust. & iur.*
55. *Ecclesiastica iurisdictio iustius exercenda quam profana.*
56. *Iustitia virtutum regina.*
57. *Ecclesiasticorum iniustitia turpior quam profanorum.*
58. *Filius similis patri.*
59. *Generatum simile generanti.*
60. *Filia similis matri.*
61. *Deus dat omnem potestatem.*
62. *Operibus credendum.*
63. *Opera indicant autorem.*
64. *Utilitatis causa admissa non sunt ad contrarium convertenda.*
65. *Deus malum facere nequit.*

Todos los cristianos están sujetos al derecho canónico.	39.
Es perjudicial y contrario a la natural justicia el que sin necesidad apremiante los hombres sean apartados de sus negocios y provincias.	40.
El derecho positivo o las costumbres no pueden introducir lo que se opone a la justicia natural.	41.
Es flaqueza de entendimiento el buscar el apoyo de una ley cuando nos consta por la razón natural.	42.
La notoriedad supera todo género de pruebas.	43.
La justicia natural es inmutable.	44.
La navegación es casi imposible y se considera perjudicial.	45.
Lo que encierra demasiada dificultad se reputa imposible.	46.
No existe obligación alguna a las cosas imposibles.	47.
¿Puede Dios hacer las cosas imposibles?	48.
¿A qué llamamos prescripción inmemorial?	49.
Los abusos no cambian el derecho natural y divino.	50.
El derecho positivo, reproductivo del derecho natural, no se dice derecho natural, sino positivo (1).	51.
El beneficio de abstención no es derecho civil, sino pretorio.	52.
Si al derecho natural o de gentes se añade o quita algo, sólo tendremos un derecho nuevo en cuanto a aquella parte que se añadió o quitó.	53.
Sentido de la ley <i>ius civile</i> del Digesto, tít. <i>de iustitia et iure</i> .	54.
La jurisdicción eclesiástica se ha de ejercer con más justicia que la profana.	55.
La justicia es la reina de las virtudes.	56.
La injusticia en los eclesiásticos es más vituperable que en los laicos.	57.
El hijo es semejante al padre.	58.
Lo engendrado es semejante a quien lo engendra.	59.
La hija es semejante a la madre.	60.
Dios es quien da toda potestad.	61.
Se ha de dar crédito a las obras.	62.
Las obras nos dan a conocer a su autor.	63.
Lo que se ha instituido para utilidad, no se ha de convertir en perjuicio.	64.
Dios no puede hacer el mal.	65.

(1) En estos términos aparece tanto en la edición de Venecia como en la de Francfort, si bien el sentido parece ser: no se dice derecho positivo sino natural. (T.).

66. *Impossibilia sunt quae turpia sunt.*
67. *Potentia mentita.*
68. *Dei omnipotentia.*
69. *Dei providentia mundus regitur.*
70. *Dei providentia mundus non solum in universis, sed & in singulis regitur.*
71. *Populi vox Dei vox est.*
72. *Princeps iure naturali cives ab omni laesione tueri tenetur.*
73. *Principum quanta esse debeat cura et providentia.*
74. *Lites a provinciis ad curiam non revocandae.*
75. *Exceptio saepe auget regulam.*
76. *Onera iniqua tollenda.*
77. *Praescribi iniqua nullo tempore possunt.*



COLLIGITUR ex principali nostra conclusione an valeant leges praescriptiones inducentes: movet quaestionem, quod ut principum ita & legum imperium ut prosint non ut noceant datum creatumq; (ut supra, lib. i. cap. i.

cum sequen. milies admonuimus) fuit: iniquissimum autem est, & sic nocivum praescriptionis remedium ut mox probabimus, ergo eae leges non deberent valere. Hac ergo occasione, & quia nostrae professioni dum de controversiis illustribus, & frequentibus agere profitemur nulla quam

1. † praescriptionum materia aptior, aut accommodatior videtur, (quia sive ad frequentem iudiciorum usum respexeris, hac materia nihil usitatius, utpote quae sit fere unica spes, & probatio, & thesaurus omnium sive dominiorum sive iurium mortalis generis, sive etiam regum, principum, imperatorum iura, statumq; intuearis in sola praescriptione temporisque vetustate tanquam in fidelissimo quodam thesauro ac

Se considera imposible lo que no es honesto.	66.
Poder falso.	67.
Omnipotencia de Dios.	68.
La providencia divina rige al mundo.	69.
La providencia divina rige al mundo, no sólo universalmente, sino en cada cosa particular.	70.
La voz del pueblo, es voz de Dios.	71.
El príncipe está obligado por derecho natural a defender a los ciudadanos de todo daño.	72.
Cuán esmerado ha de ser el cuidado y providencia de los príncipes.	73.
No se han de sacar los pleitos de las provincias para la Curia Romana.	74.
La excepción da muchas veces mayor alcance a la regla.	75.
Las cargas injustas se han de suprimir.	76.
Las cosas injustas no pueden prescribir por ningún trascurso de tiempo.	77.

Colígese de nuestra conclusión fundamental, si las leyes que introducen las prescripciones han de ser válidas. Motiva esta cuestión el que el poder de las leyes al igual que el de los príncipes se ha dado e instituido para provecho, no para ser perjudicial (conforme lo hemos hecho ya constar antes innumerables veces en el capítulo 1.º y siguientes). Con esta ocasión, pues, y porque ninguna materia parece más a propósito y más acomodada a nuestro intento al proponernos tratar acerca de las controversias notables y frecuentes, que la materia de las prescripciones (porque ya examines con cuidado la práctica frecuente de los tribunales, nada hallarás más en uso que esta materia, puesto que es casi la única esperanza y prueba y el tesoro tanto de todos los dominios como de todos los derechos del humano linaje, o ya indagues también los derechos y estado aun de reyes, príncipes y emperadores encontrarás que en la sola prescripción y en el dilatado transcurso de tiempo, como en cierto riquísimo y fidelísimo tesoro se hallan resguardados, según pronto veremos), por tal razón trataremos esta materia por toda la extensión de este segundo libro, pero no con la intención de querer transcribir aquí (a usanza de nuestros autores) los comentarios en demasía extensos de otros, acerca de esta

ditissimo reposita invenis, ut prope edocebimur), ideo hanc materiam per hunc secundum librum peragemus, non tamen eo animo ut longiores aliorum de hac re commentarios, huc transcribere (nostrorum more) velimus, sed ut circa ea dumtaxat versemur, quae ab aliis vel praetermissa, vel parum feliciter aut minus dilucide tradita invenimus.

2. Porro † ut rerum natura in quatuor consistit elementis, ita & usucapionum praescriptionumve natura, & tota materia in quatuor nititur ceu elementis, & principiis, scilicet, in possessione, traditione, titulo, bona fide, ea autem, quatuor elementa eleganter philosophi iidemq; vates modulati sunt.

Unde Ovid. lib. 15. Metamor. sic cecinit.

3. † *Quatuor aeternus genitalia corpora mundus
Continet, ex illis duo sunt onerosa, suoque
Pondere in inferius, tellus atque unda feruntur.
Et totidem gravitate carent, nulloq; praemente
Alta petunt, aer atque aere purior ignis.*

Idem lib. 1. fastorum.

*Altum petit flamma, propior locus aera coepit;
Sederunt medio terra fretumq; loco.*

Manilius lib. 1. astronom.

*Ignis in athereas volucer se transtulit auras,
Summaq; complexus stellantis culmina coeli,
Flammarum vallo naturae moenia fecit.
Proximus in tenues descendit spiritus auras
Aeraq; extendit medium per inania mundi:
Ignem flatus alit, vicinus subditus astris.
Tertia sors undas stravit, flatusq; natantes
Aequore perfudit toto nascentia ponto,
Ut liquor exhalet tenuis, utque evomat auras,
Aeraq; ex ipso ducentem semina pascit.
Ultima subsedit glomerato pondere tellus.*

materia, sino con la de limitarnos solamente a aquellos puntos que hallamos o que otros autores los han pasado por alto, o que los han propuesto con menor acierto o con poca claridad.

En verdad, así como la naturaleza de las cosas consta de cuatro elementos, así también la naturaleza de las usucapiones y prescripciones y toda esta materia se fundamenta en cuatro como elementos o principios, a saber: en la posesión, en la tradición, en el título y en la buena fe. Por lo que hace a aquellos cuatro elementos los cantaron poéticamente los a la vez filósofos y poetas.

Por lo que Ovidio se expresó así en el libro 15 de sus *Metam.*:

«Cuatro elementos dotados de fuerza productora contiene en sí el mundo eterno. De ellos dos son pesados, la tierra y el agua, que por su propia gravedad caen en la parte más baja; los otros dos, el aire y el fuego, aun más sutil que éste, libres de la gravedad tienden por sí mismos sin presión alguna a las regiones más elevadas».

El mismo autor dice en el libro 1.º de los Fastos:

«El fuego escaló la parte más alta, el aire ocupó el lugar inmediato y la tierra y el mar se asentaron en el espacio medio».

Manilio dice en el libro I de su *Astronomicón*:

«El fuego, más sutil, se elevó a los espacios más altos, y difundiéndose por las más elevadas regiones del estrellado firmamento, formó como una muralla natural con la interposición de sus llamas. Debajo de éste el aire ligero ocupó las inmediatas regiones, y se extendió a través del espacio vacío, y próximo a los astros proporciona al fuego el necesario alimento. El tercer lugar cupo en suerte a las aguas, cuyas olas en continua agitación, han formado las inmensas llanuras de los mares, y este líquido elemento, exhalando tenue vapor, lleva consigo los gérmenes del aire, que él alimenta. La tierra, compacta por su peso, se asentó en el más bajo lugar».

Por lo que hace a las prescripciones, que todas ellas se fundamentan en cuatro como elementos o principios, esto es,

2.

3.

4.

4. Quod autem omnes praescriptiones in quatuor veluti elementis seu principiis consistant, hoc est in possessione, traditione, titulo, bona fide, id ut notissimum est. (per l. uni. in prin. C. de usuc. transfor. in prin. inst. de usucap. cum mille similibus, infra allegandis) ita quoq; longissimum esse constat, ut edocebimur per totam secundam, tertiam, & quartam partem hujus praescriptionum tractatus, quod sex partibus constabit.

Prima continebit decem quaestiones quae utpote ad totam materiam communes faciliorem reddent eorum omnium quae dicenda sunt cognitionem.

Alteri ad possessionem & traditionem rerum praescribendarum pertinebit.

Tertia ad titulum spectabit.

Quarta bonam ad fidem adspirabit.

Quinta res quae praescribi possunt quaeve non possunt captabit.

Ultima eos casus remissive qui ad praescriptionis rescissionem pertinere videntur complexa, finem huic praescriptionum tractatui imponet.

Verum istarum partium singulae in reliquarum materiam & veluti possessionem non poterunt non inferre pedem, ad id cogente materiarum affinitate, eo quod ipsis quoq; primis elementis ut quotidie & incessanter contingat summus ille rerum opifex & parens Deus ordinavit.

Unde Ovidius lib. 15. Metamor. sic philosophatus est.

5. *Quae quanquam spatio distant, tamen omnia fiunt
Ex ipsis, & in ipsa cadunt; resolutaq; tellus
In liquidas rarescit aquas, tenuatur in auras,
Aeraque humor alit, dempto quoq; pondere rursus,
In superos aer tenuissimus emicat ignes,
Inde retro redeunt, idemq; retexitur ordo,
Ignis enim densum spissatus in aera transit,
Hinc in aquas, tellus glomerata cogitur unda.*

en la posesión, tradición, título y buena fe, así como por una parte es sumamente manifiesto (1), así también consta ser materia copiosísima, según podremos ver por toda la segunda, tercera y cuarta parte de este tratado de las prescripciones que abarcará seis partes.

La primera contendrá doce cuestiones, que por ser comunes a toda esta materia, harán más fácil el conocimiento de todo cuanto se ha de tratar.

La segunda se referirá a la posesión y tradición de las cosas que han de prescribir.

La tercera tratará de lo referente al título.

La cuarta versará sobre la buena fe.

La quinta señalará las cosas sujetas a prescripción y las que no lo están.

La última parte pondrá fin a este tratado de las prescripciones, abarcando aquellos casos que se reputan concernir a la rescisión de las prescripciones, remitiendo su solución a otros lugares ya tratados.

Mas en verdad, cada una de dichas partes no podrá por menos de penetrar en la materia y como en el terreno propio de las restantes, forzando a ello la afinidad de dichas materias, lo propio que sucede con los mismos primeros elementos a diario e incesantemente, por haberlo dispuesto así aquel Supremo Artífice y Creador de las cosas, Dios.

Por lo que Ovidio en el libro 15 de sus *Metamorph.* se expresó filosóficamente de este modo:

«Y aunque mutuamente separados en el espacio, sin embargo todas las cosas proceden de estos elementos y todas vuelven a ellos; la tierra al disolverse se convierte en líquida agua, y por fin en tenue aire; el agua proporciona sustento al aire; el aire a su vez despojado de su peso, brilla sutilísimo en la región del fuego. Por los mismos pasos, pero en orden inverso, el fuego al hacerse menos sutil se convierte en aire, el aire en agua y el agua concentrándose estrechamente, en tierra».

5.

(1) Según consta por la ley única del título *usucapione transformanda* del Código y por la introducción de la Instit. de *usucapionibus* con otras innumerables leyes que después se han de aducir.

PRIMA PARS PRINCIPALIS

6. In primis itaque videndum est † quid sit usucapio, deinde ut differat a praescriptione, vel a consuetudine. Tertio, quare fuerit introducta. Quarto quo iure recepta fuerit. Quinto, an adversa sit rationi & iuri ac aequitati naturali. Sexto, an praescriptio perimat utramq; obligationem tam civilem, quam naturalem. Septimo, an dominium directum praescriptione acquiratur. Octavo, an obligatio ex delicto orta praescriptione perimatur. Nono, an praescriptio impediatur litis ingressum; ultimo an tempus perimat, an transferat ius nostrum.
7. Quoad primum † usucapio est acquisitio, vel adiectio domini, per continuationem possessionis temporis lege diffiniti, supple contingens, ita ait Iureconsultus in l. 3. ff. de usucapion. circa cuius definitionis tuitionem multus (1) (iudice me) esse videtur Ioannes Imolensis, in. d. l. 3. & Felinus & Philippus Decius in rubrica. de praescript. & novissimi post alios. in capitu. possessor, de regulis iuris libr. 6. Panormita. & alii in d. rubri. notant enim Iureconsultum, eo quod ab effectu usucapionem definierit, nec advertunt Iureconsultis solemne esse fuisseq; semper aut plerunq; ita (Iuris disciplina id exigente), iurium materias definire ut in l. 1. ff. de tutelis in princip, institut. eod. titulo, in l. Imperium, ff. de iurisdictio. omnium iudicum in l. 1. ff. de testamen. & in l. 1. ff. de legibus, & textus vulgo notus, in l. legatum est, ff. de legat. 2. l. legatum est, ff. de legat. primo. §. legatum est. institut. de legat. & in princip. inst. de obliga. & in princip. institut. de actio. & alibi saepe, ut nos tradidimus in tracta. de

(1) La edición de Francfort dice *mutus*.

PRIMERA PARTE PRINCIPAL

Hemos de examinar en primer término qué es la usucapión; en segundo lugar en qué se diferencia de la prescripción o de la costumbre. En tercer lugar la razón de su introducción. En cuarto lugar por qué derecho haya sido introducida. En quinto lugar si es contraria a la razón, al derecho y a la equidad natural. Sexto, si la prescripción destruye ambas obligaciones, tanto la civil como la natural. Séptimo, si por la prescripción se adquiere dominio directo, y en octavo lugar si la prescripción destruye la obligación nacida de delito. 6.

En cuanto al primer punto la *usucapión* es la adquisición o adición de dominio (puedes suplir, «que tiene lugar») por la continuación de la posesión por el tiempo señalado en la ley; así se expresa el jurisconsulto en la ley 3.^a del Digesto en el título *de usucapionibus*. Por lo que hace a la defensa de esta definición, a mi juicio, parece excederse Juan de Imola (1) y Felino y Felipe Decio (2) y otros contemporáneos siguiendo a estos autores (3), como el Panormitano y otros (4), porque reprochan al jurisconsulto por la razón de haber definido la usucapión por el efecto que produce, sin advertir, ser y haber sido siempre o casi siempre costumbre en los jurisconsultos (por exigirlo así la materia del derecho) el definir de ese modo la materia de los derechos, conforme consta en otros asuntos por las disposiciones abajo citadas (5), y por otras numerosas leyes conforme lo hemos 7.

(1) Al comentar dicha ley 3.^a

(2) En la rúbrica *de praescription*.

(3) En el cap. *possessor, de regulis iuris*, lib. 6.^o

(4) En la citada rúbrica.

(5) Así aparece en la ley 1.^a del tít. *de tutelis* del Código y en la introducción de la Instituta del mismo título; en la ley *imperium* del Digesto, tít. *de iurisdictione omnium iudicum*; en la ley 1.^a *de testamentis* del Digesto; en la ley 1.^a, tít. *de legibus* del Digesto; lo mismo aparece por el texto vulgarmente conocido de la ley *legatum est* del Digesto, en el tít. *de legatis*, lib. 2.^o; por la ley *legatum est* del Digesto, *de legatis*, lib. 1.^o; por el §. *legatum est* de la Instit. *de legatis*; en la introducción de la Instit. *de legatis*, de la Instit. *de obligationibus* y de la Instit. *de actionibus*.

succes. progressu. lib. 1. in praefa. numero 64. post Alphonsum Castrensem de potestat. legis poenalis libr. 1. capit. 2. Cagnol. & alii in l. omnis definitio, ff. de regulis iuris, aliis ergo otiosis hanc quaestionem velitandam (1) relinquamus, nobis autem sat superque esse debet ipsa Iureconsulti definitio, quam improbare nefas est. Et cum ea transit Franciscus Balbus, de praescriptio. in prima parte, quaestione prima. Azo. in summa, C. de usucapion. pro empto. ad princip. & alii. & vide omnino, quod dixi infra. c. in cip. quoad octavum est. in 8. q.

8. † Quoad secundum ut usucapio differat a praescriptione plerumque traditum est, usucapionem ad mobilia, praescriptionem ad immobilia pertinere. Ita gloss. in l. secunda. ff. de usucapio. gloss. in princip. institu. eodem titulo in verb. usucapiantur gl. decimasexta quaestio. 3. in summa. id quod procedit voce anguste sumpta, nam hi termini passim convertuntur ut per omnes fere leges sub titulo ff. de usucapio. apparet & disserunt Balbus in dict. 1. par. quaestio. 3. Felinus & Decius ubi supra. & novissimi in dict. capit. possessor, ad princip. post gloss. in l. tertia. ff. de usucapio. Bald. in l. prima colum. 3. vers. nec puto. C. de ser. fugitivis per Aretin. in l. Pomponius. §. cum quis ff. de acquir. poss.

9. Quoad † tertium nempe quare usucapio fuerit introducta, respondet Iureconsultus in l. prima. ff. de usucapion. id admissum ne rerum dominia in incerto essent, & ne lites essent immortales. l. fina. ff. pro suo, † neve domini perpetuo timore rerum suarum amittendarum cruciarentur. l. cum notissimi, in princip. C. de praescript. triginta annorum,

(1) La edición de Francfort dice *ventilandum*.

expuesto en nuestra obra *de successionum progressu* (1), siguiendo el sentir de Alfonso de Castro (2) de Cagnolo y otros autores (3). Dejemos, pues, a otros más desocupados el romper lanzas acerca de esta cuestión; en cuanto a nosotros, debe sernos más que suficiente la definición del jurisconsulto que de ningún modo es lícito el rechazar. Con ella transigen Francisco Balbo (4), Azón (5) y otros autores y no omitas el ver lo que más adelante hemos expuesto, donde empieza *quoad octavum est*, en la cuestión 8.^a

En cuanto al segundo punto, qué diferencia exista entre la usucapión y la prescripción, casi siempre se ha enseñado que la usucapión se refiere a las cosas muebles, y la prescripción a las inmuebles, según aparece por la glosa de varias leyes (6); lo que es verdad tomada la palabra en sentido estricto; pero estos términos a cada paso se usan en idéntico sentido, conforme aparece casi por todas las leyes que se contienen en el título *de usucapione* del Digesto y según lo exponen Balbo (7), Felino, Decio (8) y otros contemporáneos (9), así como también Baldo (10) según el Are-
tino (11).

En cuanto al tercer punto, a saber, la razón por la cual se introdujo la usucapión, responde el jurisconsulto en la ley 1.^a *de usucapione* del Digesto, haberse introducido para que los dominios de las cosas no fuesen inciertos, y para que los pleitos no se hiciesen eternos (12), y para que los dueños no estuvieran atormentados con perpetuo temor de

8.

9.

10.

(1) En la introducción del lib. 1.^o, núm. 64.

(2) *De potestate legis poenalis*, lib. 1.^o, cap. 2.^o

(3) Comentando la ley *omnis definitio* del Digesto, tít. *de regulis iuris*.

(4) *De praescriptionibus*, parte 1.^a, cuestión 1.^a

(5) *In Summa*, Código *de usucapione*, *pro emptore*, al principio.

(6) Así por la glosa de la ley 2.^a *de usucapione* del Digesto; por la glosa de la Instit. del mismo título en la introducción, en la palabra *usucapiantur* y por la glosa 16.^a, cuestión 3.^a *in Summa*.

(7) En el citado §. 1.^o, cuestión 3.^a

(8) *Ubi supra*.

(9) En el citado cap. *possessor*, al principio siguiendo la glosa de la ley 3.^a *de usucapione* del Digesto.

(10) En la ley 1.^a, colum. 3.^a, versíc. *nec puto* del Código, tít. *de servis fugitivis*.

(11) Comentando la ley *Pomponius*, §. *cum quis* del Digesto, tít. *de acquirenda possessione*.

(12) Conforme a la ley final del Digesto, tít. *pro suo*.

- ut per Bald. in repeti. l. prima. in colum. tertia. C. de emancipatio. liberorum Baldus de praescripti part. prima quaest. quart. Azo. in summa. C. de usucapio. pro emp. in princip. Sed quonam modo deducitur lites fore immortales dominiaq; rerum fore in incerto, si praescriptiones inventae non fuissent? † Et sane perspicuum id est, nam principio generis humani omnia erant in communi praesertim agri & campi ut est vera & communis opinio, quam tenent Paulus Castrensis, & alii in repe. l. ex hoc iure, ff. de iustit. & iure, unde Horatius satira. 2. libr. 2. sic cecinit.

Nam proprie telluris herum, natura neque illum,

Nec me, nec quenquam statuit, nos expulit ille,

Illum aut nequities, aut vafri inscicia iuris

Et Vergilius lib. 2. Georgicorum.

Ante Iovem nulli subigebant arva coloni

Nec signare quidem aut partiri limite campum

Fas erat, in medium quaerebant

Et Seneca in Hippolyto.

Hoc equidem reor

Vixisse ritu, prima quos mixtos dies

Profudit aetas, nulla lis auri fuit.

Caecus Cupido, nullus in campo sacer

Divisit agros arbiter, populis lapis

Et hac habita ratione Statius sic canebat:

12. † *Omne homini natale solum*

perder sus bienes (1), según consta por Baldo (2), Balbo (3) y Azón (4). Pero ¿de qué modo se deduce, que de no haberse introducido las prescripciones, los pleitos serían eternos y los dominios de las cosas serían inciertos? A la verdad esto es manifiesto, porque en los principios del humano linaje todas las cosas eran comunes, principalmente el suelo productivo y los campos, según verdadera y común opinión que defienden Pablo de Castro y otros autores al comentar la ley *ex hoc iure* (5). Por lo que Horacio se expresó así en la sátira 2.^a del libro 2.^o:

11.

«La naturaleza no ha concedido la propiedad de la tierra como a señor, ni a aquél, ni a mí, ni a nadie. Uno nos expulsó a nosotros y a él la perversidad o el desconocimiento de las sutilezas del derecho».

Y Virgilio dice en el libro 2.^o de las Geórgicas:

«Antes del reinado de Júpiter no había labradores que cultivasen los campos, ni era permitido el acotarlos o dividirlos con lindes; todos en común disfrutaban de ellos».

Séneca se expresa así en su Hipólito:

«En este género de vida, a mi entender, vivieron aquellos primeros hombres admitidos al rango de los semidioses. La ardiente sed de oro les era del todo desconocida. Ninguna piedra sagrada señalaba como árbitro a los pueblos los límites del campo».

Y conforme a esta misma doctrina cantaba así Estacio:

«Toda la tierra es patria del hombre».

Y a este mismo respecto Ovidio se expresaba así en el libro 1.^o de los Fastos:

«El varón esforzado tiene por patria toda la tierra, como los peces el mar y las aves la inmensidad del espacio vacío».

12.

En efecto, la consecuencia de todos estos autores era, que así como las aves o sea los animales del aire nada propio tienen, fuera del uso común, en el espacio o en el aire, y nada tampoco propio en el mar o en el ponto la multitud

(1) Según consta en el principio de la ley *cum notissimi* del Código, tít. de *praescriptione triginta annorum*.

(2) Al comentar la citada ley 1.^a, colum. 3.^a, tít. de *emancipationibus liberorum* del Código.

(3) De *praescriptionibus*, parte 1.^a, cuestión 4.^a

(4) In *Summa*, Código, tít. de *usucapione pro emptore*, al principio.

(5) Del Digesto, tít. de *iustitia et iure*.

Eadem consideratione Ovi. li. 1. Fast. canebat.

Omne solum forti patria est ut piscibus aequor

Et volucris vacuo quidquid in orbe patet

Nimirum eorum collectio erat quod ut volucres seu aereum genus in coelo vel aere, utq; squamea turba in aequore vel ponto nihil proprium habent praeter usum communem, ita & humanum genus, in terris communem usum non secus quam reliqua animantia terrestria haberent, & praeterea nihil, saltem quod ad ius proprietatis aut dominii in particulari attineret, & Ovid. lib. 6. Metamor. sic modulatus est.

13. *Quid prohibetis aquas, usus communis aquarum est,
Nec solum proprium natura, nec aera fecit
Nec tenues undas: ad publica munera veni.*

Ista erant verba terrae aliquid terrae proprium cuiusquam esse vetantis & omnia esse communia asserentis, facit tex. in §. singulorum, inst. de rerum divisione. † quum ergo tam inspecto iure naturali quam iure gentium primaevo (quod similiter naturale ius appellatur ut supra lib. 1. in praefat. nume. 118. disseruimus & attigimus de succ. crea. lib. 1. in §. 1. num. 2. & 41.) omnia essent communia praesertim

15. omnes agri, campi, praedia & reliqua immobilia, † superest. ut qui aliquid immobile suum esse duxerit, illud probare debeat, quia contra se habet praesumptionem iuris, cumque is dicat quod ius olim erat commune, degenerasse, ad seq; solum in particulari pertinere coepisse, id probare necesse habet, cum talis assertio in facto consistat, quod non praesumitur nisi probetur. l. in bello. §. factae. ff. de capti. l. si

de los peces, así el humano linaje tenía en la tierra el uso común, del mismo modo que los restantes animales terrestres, y ninguna otra cosa fuera de ésto, al menos en lo que dijera relación con el derecho de propiedad o dominio en particular. Así cantó de nuevo Ovidio en el libro 5.^o de sus *Metam.*:

«¿Por qué os disputáis las aguas? Todos por un igual pueden de ellas disfrutar. La naturaleza a nadie ha dado la propiedad del suelo, ni del aire, ni de las movibles ondas; he surgido para servir a todos en común».

Tales palabras ponía en boca de la tierra, por las que ésta prohibía el que parte alguna suya fuera de la propiedad de nadie, y afirmaba que todas las cosas eran comunes. Hace también al caso el texto del §. *singulorum*, de la Instituta *de rerum divissione*. Como, pues, tanto si atendemos al derecho natural, cuanto el derecho de gentes primitivo (que igualmente se llama derecho natural, conforme lo hemos expuesto antes) (1), todas las cosas fueran comunes, principalmente el suelo productivo, los campos, las fincas y demás cosas inmuebles, síguese que quien sostuviera que alguna cosa inmueble era suya propia, debía probarlo por tener contra sí la presunción de derecho; y afirmando tal individuo que el derecho que antiguamente era común ha degenerado y ha empezado a pertenecerle a él sólo en particular, tiene obligación de probarlo, ya que tal afirmación se apoya en un hecho que no se presume si no se prueba, según se desprende a varias leyes (2). Y semejante hecho no sólo conviene probarlo, sino que tal prueba, si desecháramos la práctica de las prescripciones, sería punto menos que imposible a no ser que alguno presentara el testamento de nuestro

(1) En la introducción del lib. 1.^o, núm. 118 y según lo hemos tocado de paso en el tratado *de sucessionum creatione*, lib. 1.^o, §. 1.^o, núms. 2 y 41.

(2) De la ley *in bello*, §. *factae* del Digesto, tít. *de captivis* y de la ley *si emancipati*, en las palabras «y se hubiere probado que habías sido emancipado», del Código, tít. *de collationibus*, donde lo hace notar Jasón al comentarla.

- emancipati, ibi, teq; emancipatum probatum fuerit, ubi notat
 16. las. C. de colla. † & id factum non solum probari oportet,
 sed etiam ea probatio si removeremus usum praescriptionum
 esset pene impossibilis, nisi quis ostenderet testamentum
 primi parentis Adami, quo quodpiam forte praedium aut
 praedia sibi relicta fuisse appareret, aliter enim & si probet
 se emissee, parum iuvat cum per hoc non appareat an venditor
 dominus fuisset, nec potuerit vendens plus iuris in emptorem
 transferre quam ipse haberet. l. nemo plus, ff. de regul. iur.
 c. nemo potest plus, eod. tit. lib. 6. l. traditio, ff. de acqui.
 rerum domi. quinimo & si (ut loci causa id dixerimus) Adami
 testamentum ostenderet nihil iuvaret, quia se ab Adamo
 magis descendere quam reliquos homines probare non posset,
 ut interea omittam tam antiquum instrumentum authenticum
 esse probari non posse, & ita in specie quod dominium
 immobilium probari sit improbable, nisi per praescriptionem,
 tenent, licet non ita dilucide probent glo. in l. cum res. C. de
 probati. quam sequuntur communiter Doctores ibi, ut tradit
 Nicolaus Boërius decisione. 47. alia insuper ex dicto num. 25.
 Paulus Castrensis & Iacobinus de sancto Georgio in l. si quis
 servo. C. de furtis. Alex. consil. 4. col. 2. lib. 2. Dynus,
 Bar. Albericus, Paulus Castrensis & alii praesertim Ale-
 xander in l. si sic. §. 1. ff. de legat. Idem Alex. consil. 180.
 col. 4. lib. 7. & consil. 71, col. 1. lib. 1.
17. Hinc † est quod licet quis probet se habere alicuius rei
 possessionem cum legitimo titulo, seq; tanquam dominum
 fructus illius rei nomine, & sibimet non etiam alteri percipere,
 adhuc non intelligitur se dominium sufficienter probasse, ut
 sentiunt Glo. d. l. cum res, & omnes illi quos supra allega-
 vimus, sentit glo. in l. 7. C. de probati. Bal. in sua praxi. tit.

primer padre Adán, por el que apareciera haberle sido dejada a él tal vez, alguna o algunas fincas; porque de otro modo, aun cuando pruebe que la ha comprado, poco consigue con ello, ya que por tal hecho no queda manifiesto que el vendedor fuera propietario, no habiendo podido al venderla transpasar al comprador mayor derecho que el que él mismo tenía, según consta por varias leyes (1). Más aún (y digamos ésto en tono de broma), aun cuando presentara el testamento de Adán, nada adelantaría, porque no podría probar que él descende de Adán más inmediatamente que los restantes hombres, pasando ahora por alto la imposibilidad de probar que una escritura tan antigua sea auténtica. Por consiguiente y ya en concreto, que sea imposible probar el dominio de las cosas inmuebles, sino por medio de la prescripción, lo sostienen, aunque no lo prueben con tal claridad, la glosa en la ley *cum res* (2), y los doctores que comunmente la admiten en tal lugar, conforme lo enseña Nicolás Boërio (3), Pablo de Castro y Jacobino de San Jorge (4), Alejandro [de Ales] (5), Dyno, Bartolo, Alberico, Pablo de Castro y otros, en especial Alejandro (6).

De aquí nace que aunque uno pruebe tener la posesión de alguna cosa con legítimo título, y que él como señor y a nombre de tal percibía los frutos de aquella cosa para sí mismo con exclusión de otra persona, no se considera aún haber probado suficientemente el dominio sobre aquella cosa; de este sentir es la glosa de la citada ley *cum res* y todos aquellos autores que arriba hemos aducido, como también la glosa de la ley 7.^a del Código en el título de 17.

(1) Así aparece por la ley *nemo plus* del Digesto, tít. *de regulis iuris*; por el cap. *nemo potest plus*, del mismo título, lib. 6.^o y por la ley *traditio* del Digesto, tít. *de acquirendo rerum dominio*.

(2) Del Código *de probationibus*.

(3) Decisión 47 que empieza *insuper ex dicto*, núm. 25.

(4) Ambos al comentar la ley *si quis servo* del Código, tít. *de furtis*.

(5) *Consilio* 4.^o, column. 2.^a, lib. 2.^o; en el *Consil.* 180, col. 4.^a lib. 7 y en el 71, col. 1.^a, lib. 1.^o

(6) Comentando la ley *si sic*, §. 1.^o, Digesto, *de legatis*; también en el dictamen 180, col. 4.^a, lib. 7 y en el 71, col. 1.^a, lib. 1.^o

de extraordi. q. 4. & Boërius ubi supra núm. 2. versi. sed glos. Id quod procedit quando dominium deducitur in iudicium per modum actionis & principaliter, quale est in rei vendicatione in qua dominium venit probandum principaliter. l. 1. C. de alien. iudi. mu. cau. facta. l. 1. ff. eod. tit. l. doce ancillam. C. de rei vendi. nam & si probarem contra possidentem me abhinc annos forte duos fundum de quo lis erat per quadriennium possedissem, fructusq; ipsius ut dominum percepissem, reliquaq; omnia ut verum dominum & quae a dominis fieri solent egissem, adhuc contra illum possessorem minime obtinerem. Caeterum si non principaliter sed incidenter tandem dominium deduceretur in iudicium, tunc is modus probationis sufficeret ad inducendam dominii probationem, ut est recepta opinio in locis mox referendis.

18. † Unde si domum tuam domui meae servitutem debere dicebam, & ostendi legitimum titulum istius domus, quam esse dicebam, meq; eam possidere, eaq; uti & frui non secus quam veris dominis, solemne est edocui: tunc sufficienter dominum me esse videor probasse, unde si huic domui domum tuam servitutem debuisse ostendatur legitime, obtinebo, & is esse solet frequentissimus advocatorum usus allegantium, quem cum legitimo titulo aliquam rem tenuisse & possedissem, eiusq; fructus tanquam verum dominum percepissem; reliquaq; omnia egissem quae a veris dominis fieri solent: nam per hoc intelligitur dominium praesumptive probatum non aliter quam praesumptive fatuus ex ineptis dictis vel factis quis probatur, ut tenuerunt glo. in l. pen. verbo amoveri. ff. de condit. inst. & ibi Bal. Angelus & Paulus Castrensis. Bar. Bal. Paulus Castrensis, & alii in l. Titia, per text. ibi, ff. de solut. est tex. melior de iure

probationibus, y finalmente Baldo (1) y Boërio (2). Lo anterior tiene cumplimiento cuando lo que se lleva a juicio por vía de acción y como asunto principal es el dominio, como sucede en la reivindicación en la que se haya de probar el dominio principalmente (3); porque aun cuando probara contra el poseedor actual, que yo hasta hace dos años, por ejemplo, había estado en posesión por espacio de cuatro años del fundo objeto del pleito, y que como dueño había percibido los frutos del mismo, y que como verdadero señor había realizado todas las demás cosas que acostumbra ejecutar los propietarios de las cosas, a pesar de todo de ningún modo prevalecería contra el actual poseedor. Por lo demás, si no como asunto principal, sino sólo incidentalmente, se llevase a juicio el dominio, en tal caso tal género de prueba sería suficiente para inducir de ella la prueba del dominio, conforme a la opinión admitida en los lugares que inmediatamente hemos de aducir.

Por consiguiente, si yo sostenía que tu casa debía servidumbre a la mía, y mostré el título legítimo de dicha casa que afirmaba ser mía, e hice ver que estaba en posesión de ella, y que de ella usaba y disfrutaba del mismo modo que es costumbre en los verdaderos dueños, en tal caso parece que suficientemente he probado ser el verdadero dueño, por donde si legalmente se demuestra que tu casa había estado sujeta a servidumbre para con esta mía, se resolvería a mi favor; y tal suele ser la práctica frecuentísima en los abogados al alegar, quién ha tenido y poseído con legítimo título alguna cosa, y ha percibido sus frutos como verdadero dueño, y ha practicado las restantes cosas que los verdaderos dueños suelen ejecutar; porque por esto sólo se considera quedar probado por presunción el dominio, del mismo modo que se prueba por presunción, ser una persona necia, por sus dichos o hechos insensatos. Esta doctrina la sos-

(1) *In sua praxi*, tít. de *extraordi.* cuestión 4.^a

(2) *Ubi supra*, núm. 2.^o, versíc. *sed gloss.*

(3) Conforme a la ley 1.^a del Código, tít. de *alienatione iudicii mutandi causa facta*; a la ley 1.^a del Digesto del mismo título; a la ley *doce ancillam* del Código, tít. de *reivindicacione*.

secundum Nicolaum Boërium. d. decis. 47. num. 1. in l. filius fam. §. iidem principes. ff. de leg. 1. Barbatius consil. 50. nu. 12. lib. 1. Iacobus de Arena & Bar. in d. l. pe. Antonius Butrius & Abb. Siculus in c. cum ad sedem, de restit. spoliatorum Innocentius in c. illud, de praesump. Bar. consil. 110. quidam Masiolus. idem Bar. in quaest. incip. mulier habens amplum patrimonium, col. pe. Glo. i. l. sicuti. §. si quaeratur, ff. si servitus vendicetur Gl. iuncta textui in l. 1. ff. famil. ercisc. & ibi Froritanus tradit Raphael Cumanus consil. 150. ad finem. Pet. Philippus Corneus consil. 48. lib. 3. Andraeas Barb. consil. 8. lib. 1. Alexander consil. 4. lib. 2. Idem consil. 103. num. 10. lib. 7. Ias. post Bar. ibi in l. si prius, ff. de oper. novi nunti. & plene per Boërium ubi supra, & Corneus consil. 19. lib. 2. Idem Corneus consil. 24. lib. 4. & Bal. in l. non ignorat, col. 6. C. qui accusare non poss. facit. l. & quae nondum sunt. §. 1. ff. de pignor. tenet Romanus consil. 24. circa propositum. & Bar. Socinus consil. 106. in causa. col. 4. lib. 2. ratio differentiae inter hanc speciem & superiorem ea est, quod quando dominii probatio deducitur incidenter in iudicium cum aliud principaliter ageretur par est ut non tam exacta probatio postuletur quam si principaliter deduceretur & desideraretur, cum & ea res levioris sit praeiudicii & aliter is bis oneraretur in probatione, si teneretur ex integro probare, & domum vicini servitutem alteri domo debere, & praeterea ex integro probare quod ea domus cui talis servitus debebatur, sua erat; facit pro hac ratione. l. ille a quo. §. si de testamento, ff. ad Treb. l. Titia. §. quod invita. ff. de leg. 2.

19. Caeterum † si cum eo legitimo titulo probavi possessionem longi temporis, tunc sufficienter probatum est dominium

tienen numerosos autores abajo consignados (1). La razón de la diferencia entre esta afirmación y la precedente es ésta; que cuando sólo incidentalmente se lleva a juicio la prueba sobre el dominio, al ventilarse como principal otro asunto, es justo que no se exija tan perfecta prueba como si se ventilase y persiguiese como principal, ya porque por una parte tal punto accidental supone un perjuicio más insignificante, ya también porque de otro modo tendría el dueño que soportar doble carga en las pruebas, si estuviera obligado a probar íntegramente, primero que la casa del vecino estaba sujeta a servidumbre con respecto a otra casa, y en segundo lugar a probar también íntegramente que aquella casa, a la que se debía tal servidumbre, era suya; en apoyo de esta razón militan las dos leyes abajo citadas (2).

Por lo demás, si juntamente con tal título legítimo, probé la posesión por largo tiempo [usucapión ordinaria], en tal caso queda el dominio suficientemente probado, aun cuando se llevase a juicio como principal, porque ya se consideraría prescrito; y ésta es la utilidad de las prescripciones (lo más justo y prudente que jamás se ha podido pensar); tal es el

(1) Cita los siguientes: la glosa de la ley penúltima, tít. *de condicione indebiti* del Digesto en la palabra *amoveri*, comentada en tal sentido por Baldo, Angel, Pablo de Castro, Bartolo, así como al comentar la Ley Titia del Digesto, tít. *de solutionibus*, defienden lo mismo Baldo, Pablo de Castro y otros, y según Nicolás Boërio, en su decisión 47, núm. 1.º, existe un mejor texto en derecho en la ley *filiusfam.* §. *ídem principes* del Digesto, tít. *de legatis*, lib. 1.º; del mismo sentir son el de Barbatia, decisión 50, núm. 12, lib. 1.º, Jacobo de Arena y Bartolo en la citada ley penúltima; Antonio Butrio y el Abad Siciliense en el cap. *cum ad sedem, de restitutione spoliatorum*; Inocencio en el cap. *illud, de praesumpt.* Bartolo, *Consil.* 110, que empieza *quidam Masiolus* y en la cuestión que empieza *mulier habens amplum patrimonium*, columna penúltima; la glosa de la ley *sicuti*, §. *si quaeratur* del Digesto, tít. *si servitus vendicetur*; la glosa unida al texto de la ley 1.ª, Digesto, tít. *familiae erciscundae*, comentada por Floriano; lo mismo afirman Rafael Cumano, dictamen 150 al final, Pedro Felipe Corneo, *Consil.* 48, lib. 3.º; Andrés de Barbacia, *Consil.* 8, lib. 1.º; Alejandro, dictamen 4.º, lib. 2.º y dictamen 103, núm. 10, lib. 7.º; Jasón siguiendo a Bartolo en la ley *si prius*, Digesto *de operis movi nuntiatione*, y extensamente Boërio, *ubi supra*, y Corneo en el dictamen 19, lib. 2.º y dictamen 24, lib. 4.º; Baldo en la ley *non ignorat.* col. 6.ª, Código, tít. *qui accusare non possunt*; a lo mismo se refiere la ley *et quae nondum sunt*, §. 1.º, Digesto *de pignoribus*; sostiene lo mismo Romano, *Consil.* 24, *circa propositum*, Bartolo y Socino, *Consil.* 106, *in causa*, colum. 4.ª, lib. 2.º

(2) La ley *ille a quo* §. *si de testamento*, Digesto, tít. *ad Trebel.* y la ley *Titia*, §. *quia imita*, Digesto, tít. *de legatis*, lib. 2.º

etiam si in iudicium deduceretur principaliter, quia iam praescriptum intelligeretur & haec est utilitas praescriptionum (qua aequius aut consultius nihil unquam excogitari potuit) ita tenet Glo. in d. l. cum res. C. de probati. & est communis opin. doctorum quos supra allegavimus. † Idem foret si nullum titulum probarem, si tamen longissimi temporis possessionem probavi, quasi ea temporis adiectio suppleat tituli defectum ut in l. si quis emptionis. §. 1. & l. cum notissimi, in princi. & l. sicut. l. omnes. C. de praescript. 30. annorum ut est communis opinio Bal. ubi supra & aliorum quos supra retulimus; tradit etiam Boërius ubi supra nume. 9. cum sequen.

Hactenus de domini probatione in rebus soli & etiam in rebus mobilibus regulariter, † sunt tamen plures species in quibus citra interventum praescriptionis probatur dominium in rebus mobilibus, quid enim si quis tabulam depinxit, iusta §. si quis in aliena tabula, insti. de rerum divi. aut melemulsum ex uvis & mele fecit, aut librum scripsit, & similia, certe in his speciebus & similibus facile est dominium probare. Item idem est in rebus se moventibus, quale est si quis feram coepit, aut armenta, aut pecudes, aut quadrupedes, quae antea nullius in bonis vel fuissent, vel iam esse desiissent ut in. §. ferae, & per totum titulum insti. de rerum divi. praesertim. in. §. singulorum cum sequen. usque ad finem tituli & l. adeo per totam. l. 1. 2. & 3. l. naturalem, ff. de acqui. rerum domi. Idem in iuribus & actionibus, nam probatur contractus obligatione, probatur nobis id de quo agitur deberi † nec dubium est quia etiam istarum rerum dicatur esse dominium. l. qui usum fructum, ff. si ususfruct. pet. l. fin. ad medium. C. de praescript. longi temporis & de quadruplici dominiorum differentia disserit Bald. in l. in

sentir de la glosa en la citada ley *cum res* (1), y la opinión común de los autores que arriba hemos aducido. Lo mismo sucedería si no probara título alguno, siempre que sin embargo dejara probada la posesión por larguísimo tiempo (2) [usucapión extraordinaria], como si aquel trascurso de tiempo supliera la falta de título, según consta por varias leyes (3) y es común opinión de Baldo (4) y de los demás autores que arriba hemos citado y lo sostiene también Boërio *ubi supra* en el núm. 9 y siguientes. 20.

Hasta aquí hemos tratado de la prueba del dominio referente a cosas inmuebles (del suelo) y también a cosas muebles como norma general; existen sin embargo numerosas clases de objetos tratándose de cosas inmuebles, en las cuales sin intervención de la prescripción se prueba el dominio. Porque ¿qué diríamos si alguno pintó un cuadro (5), o compuso un jarabe de uvas y miel o escribió un libro o cosa semejantes?; ciertamente en todos estos casos y en otros parecidos es fácil probar el dominio. Lo mismo sucede también tratándose de cosas semovientes, cual acontece si uno se apodera de una fiera, o de ganado mayor o menor o de cuadrúpedos que hasta entonces o no pertenecían a los bienes de persona alguna, o habían ya dejado de pertenecer, según consta por varias disposiciones legales (6). Lo propio acontece tratándose de derechos y acciones, porque probado el contrato por la obligación, se prueba que se nos debe aquello de que se trata; ni cabe la menor duda de que también sobre dichas cosas se dice existir dominio (7); sobre la cuádruple diferencia de dominios diserta Baldo (8). 21. 22.

(1) Código, tít. *de probationibus*.

(2) Según el derecho romano, 30 años o 40.

(3) Por la ley *si quis emptionis*, §. 1.º; por la ley *cum notissimè*, al principio; por la ley *sicut* y la ley *omnes*, todas del Código, en el tít. *de praescriptione 30 annorum*.

(4) *Ubi supra*.

(5) Conforme consta en el §. *si quis in aliena tabula*, Instituta *de rerum divi*.

(6) En el §. *ferae* y en todo el título *de rerum divisione* de la Instituta, y principalmente en el §. *singulorum* y siguientes hasta el fin del título; lo mismo consta por la ley *adeo*, por la ley 1.ª, 2.ª y 3.ª, y por la ley *naturalem*, todas del Digesto, en el título *de acquirendo rerum dominio*.

(7) Conforme a la ley *qui usumfructum* del Digesto, tít. *si ususfructus petatur*, y a la ley final del Código, en el tít. *de praescriptione longi temporis*.

(8) Comentando la ley *in rebus*, Código, tít. *de iure dorum*, col. 2.ª

rebus. C. de iure doti. colum. 2. & Boërius. d. decisi. 42. nume. 4. & plenius per nos de succ. progressu lib. 1. in praefati. nu. 176. cum sequen.

23. Quoad quantum nempe quo iure fuerit inducta usucapio vel praescriptio omnes omnino admittunt mero iure civili receptam fuisse ita Azo in summa. C. de usucapi. pro empt. ad princip. Bald. in repeti. l. 1. columna. 3. C. de emancipat. liberorum Franciscus Balbus de praescript. par. 1. quaest. 4. Bart. in l. nemo potest. colum. 4. versic. quaerit Dynus. ff. de lega. 1. Philippus Decius in cap. quae in ecclesiarum, num. 26. de constit. Aymon Cravel. de antiqui. temporum par. 1. nu. 49. per eundem Decium consilio 269. nume. septimo. Idem Decius consil. 202. numero secundo Bald. in l. fin. columna secunda. C. sententiam rescindi non posse, Angelus in l. Lucius. ff. de evictionibus Paulus Castrensis in l. 1. ff. de testam. Alex. in l. Gallus. §. & quid si tantum, num. 27 ff. de liber. & posthu. Parormi. consi. 84. videtur. 1. lib. 1. Glo. quam ibi omnes sequuntur in l. ex hoc iure, ff. de iust. & iure Bald. in authen. adhaec col. 3. C. de usur.
24. Ang. in repe. l. 1. colum. 19. C. de iudi, † Ideo dicunt, quod praescriptio utpote civile inventum obligationem naturalem nequit perimere quod & firman Bart. & Paul. Castr. in l. fin. §. 1. rem ratam haberi Corn. consi. 251. in hac confutatione col. 2. lib. 3. Idem Corn. consi. 176. ad evidentiam col. pen. lib. 1. Anton. Butr. Ioan. Imol. Panorm. & Felin. in c. ad aures, de praescript. Io. Andr. in c. possessor, ubi Philip. Francus & novi. de reg. iur. Fran. Balb. ubi supra. 2. part. 3. princ. q. 10. & in par. 1. q. 6. & Ioan. Oroscius & novissimi sequuntur d. Glo. l. ex hoc iure, ff. de iusti. & iur. eamq; Glos. sequuntur alii quam plures quos

y Boërio (1), y más extensamente lo hemos expuesto nosotros en el tratado *de successionum progressu* (2).

En cuanto al cuarto punto, a saber, por qué derecho 23.
 haya sido introducida la usucapición, o prescripción, todos los autores sin excepción afirman haber sido admitida exclusivamente por el derecho civil: así lo sostienen Azón (3), Baldo (4), Francisco Balbo (5), Bartolo (6), Felipe Decio (7), Aymon Cravet (8), Angel (9), Pablo de Castro (10), Alejandro (11), el Panormitano (12), y la glosa que siguen todos los autores al comentar la ley *ex hoc iure* (13). Por esta razón 24.
 afirman que la prescripción, como invención civil no puede destruir la obligación natural, lo mismo que defienden Bartolo y Pablo de Castro al comentar la ley final, §. 1.º, del título *rem ratam haberi* del Digesto, Corneo (14), Antonio Butrio, Juan de Imola, el Panormitano y Felino comentando el capítulo *ad aures. de praescriptionibus*, Juan Andrés (15), Francisco Balbo (16); siguen la citada glosa de la ley *ex hoc iure* (17), Juan de Orosco y otros contemporáneos, así como también otros muchos que hemos aducido en el tratado *de*

(1) Decisión 42, núm. 4.

(2) En la introducción al lib. 1.º, núm. 176 y siguientes.

(3) En la *Summa*, Código, tít. *de usucapione pro emptore*.

(4) En la citada ley 1.ª, colum. 3.ª, Código, *de emancipatione liberorum*, y en la ley final, colum. 2.ª, Código, tít. *sententiam rescindi non posse*, y en la authent. *ad haec*, colum. 3.ª, Código, *de usuris*.

(5) *De praescriptione*, part. 1.ª, Cuestión 4.ª

(6) Comentando la ley *nemo potest*, colum. 4.ª, versíc. *quarit Dynus*, Digesto, tít. *de legatis*.

(7) En el cap. *quae in ecclesiarum*, núm. 26, *de constit.*; lo mismo en la decisión 269, núm. 7.º y en la 202, núm. 2.º

(8) *De antiquitate tempor.* part. 1.ª, núm. 49.

(9) Sobre la ley *Lucius*, del Digesto, tít. *de evictionibus*, y en la ley 1.ª, col. 19 del Código, tít. *iudiciis*.

(10) En la ley 1.ª del Digesto, tít. *de testamentis*.

(11) En la ley *Gallus*, §. *et quid si tantum*, núm. 27, Digesto, tít. *de liberis et posthumis*.

(12) *Consil.* 84, *videtur* 1.º, lib. 1.º

(13) Del Digesto, tít. *de iustitia et iure*.

(14) Decis. 251, que empieza *in hac confutatione*, colum. 2.ª, lib. 3.º, y en la decis. 176 *ad evidentiam*, columna penúltima, lib. 1.º

(15) En el cap. *possessor, de regulis iuris*, comentado en el mismo sentido por Felipe Franco y otros contemporáneos.

(16) *Ubi supra* 2.ª part. 3.º princ. Cuest. 10 y en la parte 1.ª, Cuestión 6.ª

(17) Digesto *de iustitia et iure*.

- allegavimus de succ. crea. lib. 1. §. 1. num. 1. versi. ultima
25. fuit opinio. Hinc † dixit Bal. in repe. d. l. 1. col. 3. C. de emancip. libero. quod si ius civile non fieret praescriptiones aut usucapiones minime forent, quem sequitur Franciscus
26. Bald. in d. q. 4. † Hinc etiam dixit Philipp. Dec. in d. c. quae in ecclesiarum, nu. 26. dominium praescriptione quaesitum cum sit iuris civilis tolli nobis posse per principem, id quod improbavimus (annuente Deo) in 2. tomo harum controversiarum qui inscribitur sub titulo controver. usu frequentium c. 1. num. 15. ibi enim ostendimus etiam dominium iuris civilis tolli nobis per principem non magis posse quam dominium iuris naturalis nisi ob bonum publicum. Deniq; cum praescriptiones & usucapiones sinf iuris civilis adeo ut si ius civile non esset ipsae minime fuissent ut iam edocti sumus &
27. probat l. 1. & l. 3. ff. de usucap. Et ideo † praescriptio longissimi temporis. 30. vel 40. annorum non erat cognita nec inventa iure, ff. ut est vera & communis opi. quam tenent glos. in l. qui occidit, in prin. verbo amissi, ff. ad legem Aquiliam, glo. & doct. qui cum ea simpliciter transeunt in l. Iulianus, ff. ex quibus causis maiores Bar. in l. tutor rerum, in fin. ff. de admi. tutorum Bald. in l. eum qui. §. in hac. ff. de publici. Idem Bal. in l. si ego. §. partus eod. tit. Franciscus Balb. de praescrip. in 2. par. 3. partis princip. q. 12. nu. 12. versicu. sed dubitatur, Bald. in l. nihil. C. de usucap. pro haerede glo. cum qua transeunt communiter doctores ibi in princip. inst. de perpe. & temp. actio. Alex. in l. Pomponius. §. cum quis, nu. 21. ff. de acq. poss. Et ibi laso. nu. 22. Felin. in c. de quarta, nu. 34. de praescrip. Bart. in l. fi. in fi. ff. rem ratam haberi. Aries Pinellus de bonis maternis in authen. nisi tricennale, in princip. Bartholomaeus Socin. consi. 203. col. 2. in fi. lib. 2. episcopus

successionum creatione (1). Por lo mismo dijo Baldo (2), 25.
 que si no se creara el derecho civil, de ningún modo existirían prescripciones o usucapiones; sigue también este parecer Francisco Balbo (3). Por la misma razón afirmó Felipe 26.
 Decio (4), que el dominio adquirido por prescripción, siendo como es de derecho civil, nos puede ser quitado por el príncipe; lo que refutaremos (Dios mediante) en el tomo segundo de estas controversias que se titula «Controversias de uso frecuente» (5). Porque allí demostramos que aun el dominio nacido del derecho civil, no se nos puede arrebatar del mismo modo que el dominio nacido del derecho natural, sino por razón del bien público. Finalmente siendo las prescripciones y usucapiones de derecho civil, hasta el punto que de no existir este derecho, de ningún modo éstas hubieran existido, según ya conocemos y prueba la ley 1.^a y 3.^a del Digesto, título *de usucapione*, por lo que vemos que la prescripción de larguísimo tiempo de 30 o 27.
 de 40 años ni era conocida, ni se había introducido por el derecho ff. según verdadera y común opinión que sostienen las glosas de diversas leyes y numerosos autores (6), como, pues, repito, toda prescripción y usucapción sea pura 28.

(1) Lib. 1.^o §. 1.^o, núm. 1.^o, vers. *ultima fuit opinio*.

(2) En la citada ley 1.^a, colum. 3.^a, del Código, tít. *de emancipatione liberorum*.

(3) En la citada Cuestión 4.^a

(4) En el citado cap. *quae in ecclesiarum*, núm. 26.

(5) En el cap. 1.^o, núm. 15.

(6) Cita Menchaca los siguientes: la glosa de la ley *qui occidit*, al principio, en la palabra *amissi*, Digesto. tít. *ad legem Aquiliam*; la glosa de la ley *Iulianus* del Digesto, tít. *ex quibus causis maiores*, glosa que comunmente admiten los doctores; entre los autores cita a Bartolo al comentar la ley *tutor rerum*, Digesto, *de admin. tutorum*; a Baldo acerca de la ley *eum qui*, §. *in hac*, Digesto, tít. *de publici*, de la ley *si ego*, §. *partus*, del mismo título y de la ley *nilhil*, Código, tít. *de usucapione pro haerede*; a Francisco Balbo *de praescript.* in 2 par. de la 3.^a parte principal, cuest. 12, núm. 12, versíc. *sed dubitatur*; a Alejandro sobre la ley *Pomponius*, §. *cum quis*, núm. 21, Digesto, tít. *de acquirenda possessione*, y así mismo a Jasón, núm. 22; a Felino en el cap. *de quarta*, núm. 34 *de praescriptionibus*; a Aries Pinello *de bonis maternis* en la anth. *nisi tricennale* al principio; a Bartolomé Socino, *Consil.* 203, colum. 2.^a al final del lib. 2.^o; al obispo de Ciudad Rodrigo en el cap. *possessor, de regulis iuris*, lib. 6.^o, part. 2.^a, §. 9, núm. 4.^o y finalmente la glosa con la que transigen comunmente los doctores sobre la introducción de la Instituta *de perpetuis et temporalibus actionibus*.

- civi. Roder. in c. possessor, de regu. iur. lib. 6. par. 2. §. 9.
28. nu. 4. Cum (inquam) † omnis praescriptio & usucapio sit merum inventum iuris civilis, consequens est ut subditos duntaxat liget & comprehendat illius illarumve regionum ubi tale ius civile servatur iuxta l. omnes populi ff. de iust. & iur. §. sed naturalia, inst. de iure nat. l. ius civile, ff. de iusti. & iur. l. fi. ubi plene in simili per omnes doct. ff. de iurisd. omnium iudicum, sicq; si inter reges aut populos liberos qui non recognoscerent superiorem in temporalibus lis esset, cessaret materia praescriptionum non secus quam si re vera scripta aut inventa nunquam fuisset, quia ius civile unius principis aut populi liberi alterum principem aut populum liberum non tenet, sed ius tantum naturale & gentium inter eos servandum est. Et secundum tale ius non secundum ius civile iudicandum esset, nam si princeps legibus populi sui solutus esse dicitur l. princeps legibus. ff. de legibus, quanto magis solutus esse dicitur legibus alterius principis vel
29. populi. † Id quod nullus modo sanus negat aut negavit unquam, quod adeo verum est ut princeps cum subdito contrahendo non obligatur civiliter, sed tantum naturaliter, quia iuri tantum naturae, & gentium non etiam iuri civili subiacere intelligitur ut tradit eleganter Bald. in d. l. princeps, ff. de legibus. Idem Bald. in l. 1. ad prin. ff. de const. principum. Idem Bald. & communiter omnes doct. in l. 1. ff. pact. Idem Bald. in l. fin. C. de transact. & in l. si aquam, colum. 6. C. de servit. et aqua, plene per doct. in c. 1. de const. Alex. consi. ult. clementissime. colum. 7. libr. 4. Bald. in c. 1. §. fina. qui feudum dare possunt, quod ita tamen intelligendum est, ut ea obligatio naturalis qua princeps ex contractu suo vel conventionione cum subdito vel cum altero principe celebrato tenetur tam efficax sit quam foret, si esse

invención del derecho civil, síguese que solamente ligará y comprenderá a los súbditos de aquella o de aquellas regiones en las que tiene cumplimiento aquel derecho civil, conforme a varias disposiciones legales (1); por consiguiente si surgiere pleito entre reyes, o entre pueblos libres, que en lo temporal no reconociesen superior alguno, cesaría la materia de las prescripciones, no de otro modo que si en realidad jamás se hubieran escrito e inventado. La razón es porque el derecho civil de un príncipe o de un pueblo libre, no obliga a otro príncipe o pueblo asimismo libre, sino que entre ellos se ha de observar solamente el derecho natural y de gentes, y conforme a tal derecho debería juzgarse, y no conforme al derecho civil. Porque si se dice que el príncipe no está sujeto a las leyes de su pueblo (2), ¿con cuánto mayor motivo se dirá estar libre de las leyes de otro príncipe o pueblo? Lo que nadie, que esté en su juicio, niega, ni negó jamás. Doctrina hasta tal punto verdadera que aun el príncipe al hacer contrato con su propio súbdito, no queda obligado civilmente, sino sólo con obligación natural, porque se considera estar solamente sujeto al derecho natural y de gentes, y no al derecho civil, según lo enseña elegantemente Baldo (3), Alejandro (4), y extensamente los doctores (5); doctrina que sin embargo se ha de entender de este modo, a saber, que aquella obligación natural que liga al príncipe por su contrato o convención celebrado con un súbdito o con otro príncipe, sea tan eficaz como lo sería, si a la vez fuera civil y natural, o como si jamás en parte alguna se hubiera escrito o creado el derecho

29.

(1) Tales son: la ley *omnes populi*, Digesto, *de iust. et iure*; el §. *sed naturalia*, Instituta, *de iure naturali*; la ley *ius civile*, Digesto, *de iust. et iure* y la ley final del tít. *de iurisdictione omnium iudicum*, comentada extensamente en tal sentido por todos los doctores.

(2) Conforme a la ley *princeps legibus* del Digesto, tít. *de legibus*.

(3) Comentando la ley *princeps*, Digesto, tít. *de legibus*; la ley 1.^a, tít. *de constit. principum* del Digesto al principio; la ley 1.^a *de pactis* del Digesto comentada en el mismo sentido comunmente por todos los doctores; la ley final *de transactionibus* del Código; la ley *si aquam*, colum. 6.^a, Código *de servit. et aqua*; el cap. 1.^o, § final *qui feudum dare possunt*.

(4) Dictamen último que empieza *clementissimi*, colum. 7.^a, lib. 4.^o

(5) Comentando el cap. 1.^o *de constitutionibus*.

- civilis simul & naturalis, vel si ius civile nunquam ulibi scriptum aut inventum esset, ita Anto. Butrius col. pen. & ibi alii omnes in c. quae in ecclesiarum, de consti. & ibi Abb. col. pen. Bald. in c. 2. col. fi. de nova forma fidel. in feud. Fernandus Loazes in consi. pro Marchi. de Velez dub. 1.
30. pag. 34. nume. 23. Sicq; † principes inter se vel populi liberi inter se semper & sunt & esse videntur ac fuisse quasi in terminis l. 2. ad princ. ff. de orig. iur. l. 1. ff. de pact. l. 1. ff. de const. pecun. cum simi. ut inter eos ius solum naturale & gentium non etiam civile in consideratione sit, non magis quam si scriptum aut inventum nunquam fuisset, nam & idem
31. esset (quod plus est) † si res ageretur inter principem & unum hominem privatum qui tamen sibi subditus non esset.
32. † Et ideo peregrinus nec testamentum facere debet secundum nostri iuris regulas, sed secundum simplicitatem iuris gentium ut diximus de succ. progressu lib. 1. sub titulo qui testam. fac. poss. num. 124 nec ex testamento alicuius civis nostri capere potest, quia ut nostro iuri subiectus non est, ita etiam non gaudet beneficiis nostri iuris civilis ut ibidem docuimus sub titulo qui ex testam. cape. poss. num. 6. cum seq. per l. 1. cum ibi not. C. de haere. insti. l. sed si hac §. poenam, in verbo peregrinitatem. ff. de in ius vocando. Quinimo idem foret si inter duos homines privatos externos tamen (hoc est qui essent diversarum iurisdictionum, puta unus Hispanus, alter Gallus), res ageretur, nam & tunc ius tantum naturale & gentium inter eos servaretur non etiam
33. ius civile alterutrius ex illis provinciis † (cum constet regem Hispaniarum etiam de iure non subesse Imperatori. 63. dist. c. Adrianus, ubi glo. & reliqui. Idemq; in rege Galliarum saltem de facto ut lib. praeced. plenius tradidimus. c. 22. nu. 11. cum seq.) † secundum quae licet regulariter non
- 34.

civil; así lo expresa Antonio Butrio (1), Baldo (2) y Fernando Loazes (3).

Por consiguiente, los príncipes unos para con otros, 30.
o los pueblos libres entre sí, se hallan en efecto y se reputa que ahora y siempre se han hallado en un estado, parecido al que consta por los términos de la ley 2.^a, título *de origine iuris* del Digesto (4), y de otras leyes semejantes (5); de suerte que entre ellos solamente se tenga en consideración el derecho natural y de gentes, pero no el civil del mismo modo que si jamás este derecho se hubiera escrito o creado. Porque (lo que es mucho más), eso mismo 31.
sucedería, si el asunto se tratase entre el príncipe y un individuo particular, que no fuera sin embargo su súbdito. Por este motivo el peregrino ni debe hacer el testamento conforme a las normas de nuestro derecho, sino conforme 32.
a la sencillez del derecho de gentes, según hemos expuesto en el tratado *de successionum progressu* (6); ni puede tampoco percibir algo en virtud del testamento de algún ciudadano nuestro; porque así como no está sujeto a nuestro derecho, así también no disfruta de los beneficios de nuestro derecho civil, conforme lo hicimos ver en el mismo lugar (7). Más aún, lo propio acontecería si el asunto se ventilase entre dos hombres particulares, pero de distinta nacionalidad (ésto es que pertenecieran a diversa jurisdicción, el uno por ejemplo español y el otro francés) porque también en este caso, se daría cumplimiento entre ellos solamente al derecho natural y de gentes, pero no al derecho civil de una u otra de aquellas provincias (puesto que consta que el rey de España 33.
ni aun de derecho es súbdito del Emperador (8) y lo mismo

(1) Acerca del cap. *quae in ecclesiarum, de constitut.* columna penúltima, y todos los demás comentaristas de este lugar, como el Abad, columna penúltima.

(2) Cap. 2.^o, columna final *de nova forma fidel. in feudis.*

(3) *Consil.* pro March. de Vélez, duda 1.^a, pág. 34, núm. 23.

(4) En la introducción de dicha ley.

(5) Tales son: la ley 1.^a, tít. *de pactis* del Digesto; la ley 1.^a, tít. *de constituta pecunia* del Digesto y otras parecidas.

(6) Libro 1.^o, bajo el tít. *qui testamentum facere possunt*, núm. 124.

(7) Bajo el tít. *qui ex testamento capere possint*, núm. 6 y siguientes por medio de la ley 1.^a, Código *de haeredibus instituendis* y por lo notado sobre ella; de la ley *sed si hac*, §. *paenam* en la palabra *peregrinitatem* del Digesto, tít. *de in ius vocando*.

(8) Distinc. 63, cap. *Adrianus* y sobre él la glosa y otros autores.

- valeat emptio & venditio sine pretio, nec locatio & conductio sine mercede certa, nec contractus emphyteusis sine scriptura, nec stipulatio sine verbis, ut in princip. Inst. de empt. & vend. & in prin. Inst. de locatione & l. i. in prin. ff. de verborum oblig. in princ. Inst. eod. tit. l. i. ii. & iii. cum ibi not. C. de iure emphy. tamen inter externos principes vel inter externos populos superiorem non recognoscentes, vel inter externos homines privatos, vel inter unum principem populumve liberum & civem ei subiectum, & emptio venditiove sine pretio & locatio & conductio sine mercede certa, & stipulatio sine verbis & emphyteusis sine scriptura valerent, non tam in vim eorum contractuum formaliter, quam in vim nudae genericae iurisq; gentium conventionis, quae tamen plenum effectum & executionem sortiretur, non secus, quam id fieret si ius civile scriptum aut inventum nunquam fuisset iuxta l. ii. in princ.
35. cum §. sequen. ff. de orig. iuris. † quae omnia in contractibus legatorum principum (quos vulgo ambasciatores appellamus) qui celebraretur in provinciis suarum legationum procederent, ut plenius egimus in praefa. libr. i. de succ. progressu columna penultima, & in locis duobus de quibus
36. iam meminimus. † In omnibus ergo his speciebus & similibus quemadmodum cessat ius civile quoad omnes contractus, conventiones, reliquasque humanas actiones, ita quoque & quoad praescriptiones cessare in comperto esse debet, quandoquidem, praescriptionum inventum mere civile est, & civilissimum ut iam edocti sumus, quae omnia eo potissimum nomine notanda sunt, quod nullibi sic declarata invenio, suntque addenda ad illos xxviii. casus in quibus cessat praescriptio de quibus per Franciscum Balbum de praescrip. quaest. vi. par. prin.

sucede, por lo menos de hecho, en cuanto al rey de Francia, según con toda extensión lo hemos expuesto en el libro precedente (1). Conforme a esta doctrina, aunque regularmente no sea válida la compra-venta sin precio convenido, 34. ni el contrato de arrendamiento [locación-conducción] sin un precio determinado, ni el contrato enfiteútico sin escritura, ni la estipulación sin formalidad verbal, según consta por varias disposiciones (2), sin embargo entre príncipes extranjeros, o entre pueblos asimismo extranjeros no sujetos a otro superior alguno, o entre individuos particulares de diversa nación, o bien tratándose de un príncipe o pueblo libre y un ciudadano súbdito suyo, serían válidas la compra-venta sin precio convenido, el contrato de arrendamiento sin merced determinada, la estipulación sin palabras y el contrato enfiteútico sin escritura, si bien esa validez no se tendría *formaliter* en fuerza de tales contratos, sino en fuerza de la pura convención genéricamente considerada y del derecho de gentes, pero que, sin embargo, surtiría pleno efecto y ejecución, no de otro modo que sucedería, si jamás se hubiera escrito o instituido el derecho civil, conforme a la ley 2.^a del Digesto, título *de origine iuris* (3). Todo lo cual tendría cumplimiento 35. en los contratos de los enviados de los príncipes (que vulgarmente llamamos embajadores), que se efectuasen en las provincias de sus embajadas, conforme lo hemos expuesto más extensamente en el tratado *de successionum progressu* (4), y en otros dos lugares de los que ya hemos hecho mención. En todos estos y en otros semejantes casos, así como cesa 36. el derecho civil en cuanto a toda clase de contratos, convenciones y en cuanto a las demás acciones humanas, así también debe tenerse por averiguado cesar igualmente las prescripciones, puesto que la invención de éstas es pura y esencialmente de derecho civil, según ya lo sabemos de antes; toda esta doctrina se ha de tener muy en consideración,

(1) Cap. 22, núm. 11 y siguientes.

(2) En la introducción de la Instituta *de emptione et venditione*; en la introducción de la Instituta *de locatione et conductione*; en la Instituta *de verborum obligatione*, por la ley 1.^a del Digesto del mismo título y por la ley 1.^a, 2.^a y 5.^a del Código, tít. *de iure emphyteutico* con lo sobre ellas notado.

(3) En la introducción y en los §§. siguientes.

(4) En la introducción, lib. 1.^o, columna penúltima.

- Hinc colligebam expeditum fixum atq; in dubitatum haberi
37. debere † potentissimo Hispaniarum Regi & domino nostro etiam hodie integrum salvunque esse ius & facultas conferendi omnes archiepiscopatus, episcopatus, praebendas, dignitates, personatus, rectorias, beneficiaq; omnia ecclesiasticis personis per universam Hispaniam, non secus quam olim neque id ius ulla ex parte praescriptionis, consuetudinis, vel alia quavis ratione aut occasione immutatum, debilitatum aut deminutum videri, non magis quam olim foret ac fuisset, nam cum sit non minus vera quam receptissima omnium sententia Hispaniarum Regem ac regnum nullum in temporalibus superiorem recognoscere Glos. in dicto c. Adrianus. lxiii. distin. diximus plene supra ca. xxii.
38. nume. 11. cum seq. † cumque Hispaniarum rex ex receptissima omnium sententia habeat legitimum ius patronatus in omnibus Hispaniarum ecclesiis, eo quod eam provinciam eripuit, liberavitq; a manu infidelium (quae causa ex mente doctorum communiter longe iustior est quam causa ecclesiae dotationis) ut in lib. praecedenti. c. xxii. num. 14. cum praeced. & seq. disseruimus, consequens fit ut id ius patronatus semel sibi competens per temporis aut praescriptionis interventum perire non potuerit, aut ulla ex parte enervari, quandoquidem praescriptionum inventum & civilissimum esse & sic inter externos principes, reges, imperatores, populos aut cives locum non habere fuse edocti sumus, & non solum tales ecclesias Hispaniarum Rex conferre potest, hoc est eligere vel nominare personas ad eas dignitates, beneficia, episcopatus, rectorias, personatus, archiepiscopatus, & similia, non solum (inquam) id ex definitione sacrorum canonum & ex doctorum sententiis & ex legibus Hispaniarum licere sibi apparet, sed etiam id per sacrum Concilium

sobre todo por la razón principalísima de que en ninguna parte la encuentro de este modo explicada, y se ha de añadir a aquellos ventiocho casos en los cuales cesa la prescripción, expuestos por Francisco Balbo en su tratado *de praescriptionibus* (1).

De lo dicho colegía yo deber reputarse como cosa clara, segura y fuera de toda duda, el que, aun en el día de hoy el poderosísimo rey de las Españas y Señor nuestro conservaba intacto y en pie el derecho y facultad de conferir todos los arzobispados, obispados, prebendas, dignidades, personados, rectorías y todos los beneficios a las personas eclesiásticas en toda la extensión de España del mismo modo que antiguamente y que este derecho no parece debilitado, cambiado o disminuido en lo más mínimo, por razón de prescripción, costumbre o por otra causa u ocasión alguna, en mayor grado que lo estuviera antiguamente o en alguna ocasión lo hubiera estado. Porque siendo sentir no menos verdadero que sumamente admitido por todos, el que tanto el Rey como el reino de las Españas no reconoce superior alguno en lo temporal (2), y teniendo el Rey de España, según el común parecer de todos, legítimo derecho de patronato sobre todas las iglesias de los reinos de las Españas, por la razón de haber arrancado y libertado tal provincia de las manos de los infieles (causa mucho más justa, según el común sentir de los doctores, que la causa de la dotación de una iglesia) según lo dejamos tratado anteriormente (3), síguese que tal derecho de patronato una vez adquirido no ha podido perderse ni debilitarse en lo más mínimo por mediación del tiempo o de prescripción, puesto que extensamente hemos visto que la invención de las prescripciones es puramente civil, y que como tal no tiene cumplimiento entre príncipes, reyes, emperadores, pueblos o ciudadanos de distinta nación; y no solamente puede el Rey de las Españas conferir tales iglesias, esto es, elegir o nombrar las personas para dichas dignidades, beneficios, episcopados, rectorías, personados, arzobispados y otros semejantes, no solamente,

37.

38.

(1) Cuestión 6.^a, part. 1.^a

(2) Conforme a la Glosa del cit. cap. *Adrianus*, distinción 65 y según arriba lo hemos tratado extensamente en el cap. 22, núm. 11 y siguientes.

(3) En el libro precedente, cap. 22, núm. 14, con otros anteriores y posteriores.

Toletanum. xii. canone & c. vi. sancitum est & stabilitum in haec verba:

Illud quoque decernendum nobis occurrit quod in quibusdam civitatibus, decedentibus episcopis propriis, dum differatur diu ordinatio successoris, non minima creatur officiorum divinatorum offensio. Unde placuit omnibus (salvo privilegio uniuscuiusq; provinciae), ut licitum maneat deinceps Toletano Pontifici, quoscumq; regalis potestas elegerit, & iam dicti Toletani Pontificis iudicium dignos esse probaverit, in quibuslibet provinciis praeficere praesules, & decedentibus episcopis eligere successores, sic tamen, ut quisquis ille fuerit ordinatus, post ordinationis suae tempus infra trium mensium spatium proprii metropolitani praesentiam visurus accedat, qualiter eius auctoritate vel disciplina instructus condigne susceptae sedis gubernacula teneat, quodsi per desidiam aut neglectum quilibet constituti temporis metas excesserit, excommunicetur hanc quoq; definitionis formulam sicut de episcopis ita de caeteris rectoribus placuit observandam.

39. Sed & idem expressum est in c. cum longe lxiii. dis. neq; ad rem pertinet quod id ius & si in usu sit fueritq; semper quoad archiepiscopatus, & episcopatus, & nonnullas abbatias Hispaniarum, tamen quoad reliquas dignitates ecclesiarum cathedralium & quoad reliqua beneficia non ex integro id in usu nunc est; † nec dubium est quin iuri canonico omnes principes Christiani subesse videantur, unde iuris canonici praescriptiones contra eos eorumq; regna videntur posse locum habere, in iis rebus & materiis quae subsunt iurisdictioni ecclesiasticae qualis est materia beneficiorum, ut habetur fere per omnes in c. i. & in c. ecclesia sanctae Mariae, & in c. quae in

repito, consta serle lícito ésto por la definición de los sagrados cánones, por el parecer de los doctores, y lo mismo por las leyes de las Españas, sino que también esto mismo se halla decretado y establecido por el sagrado Concilio de Toledo, XII canon y capítulo 6.º por estas palabras:

«Se nos presenta también y exige nuestro fallo, el hecho de que en ciertas ciudades al fallecer los propios obispos, mientras se difiere por largo tiempo la ordenación del sucesor se produce no pequeño quebranto a los divinos servicios. Por tanto agradó a todos (quedando a salvo el privilegio de cada provincia) el que en adelante se le repunte lícito al Primado Toledano, el poner al frente como prelados en cualquier provincia a quienes el poder real hubiera elegido, y el juicio del Pontífice Toledano ya dicho hubiera comprobado ser dignos, y al fallecer los obispos elegir sucesores, de tal modo, sin embargo, que cualquiera que hubiera sido ordenado, dentro del plazo de tres meses después de su ordenación acuda personalmente a presencia del propio metropolitano, para que de este modo instruido por la autoridad y enseñanza de éste, gobierne de un modo digno las riendas de la sede tomada a su cargo; mas si por desidia o negligencia transpasara alguno el límite del tiempo señalado, sea excomulgado. Y fué voluntad del Concilio que esta misma fórmula de definición se observase tratándose de los demás cargos de gobierno al igual que de los obispos. Lo mismo que se halla también expreso en el capítulo *cum longe*, distinción 63.

Ni hace al caso el que semejante derecho, si bien siempre está y ha estado en práctica en cuanto a los arzobispados y obispados y en cuanto a algunas abadías de los reinos de las Españas, sin embargo, no se halla enteramente en uso en cuanto a las restantes dignidades de las iglesias catedrales y a los restantes beneficios; además de que no cabe la menor duda, que todos los príncipes cristianos se consideran estar sometidos al derecho canónico; por lo que parece poder tener lugar contra ellos y contra sus reinos las prescripciones del derecho canónico en aquellas cosas y materias que están sujetas a la jurisdicción eclesiástica, cual

ecclesiarum de const. & in c. cum non liceat, de praescriptione.

Nam ad perfectam huius rei cognitionem praefari oportet non esse solum aut simplex ius patronatus id quod habent Hispaniarum reges in talium beneficiorum collatione seu nominatione, neque ex sola iuris canonici concessione, sed potissimum ex ipsomet iure regali & sic ex iure naturali, cum enim regna & principatus fuerint iure naturali vel gentium etiam primaevio creati ad meram civium utilitatem, ut plenissime ostendimus supra libr. praecedenti. c. i. & ii. & id ornavimus tam per totum illum librum quam per totum etiam istum & praesertim in d. c. i. num. 25. & c. xxi.

40. num. 8. in d. lib. praeced. † cumq; homines a suis negotiis & provinciis avocari longius peregre; proficisci, peragraré & peregrinari noxium vehementer sit, ut & patet ad sensum & probat. l. iiii. cum seq. ff. quemad. testa. aperi. superest ut ad regale officium, munus & tuitionem pertinere intelligatur prospicere ac efficere ne subditi talem incommoditatem patiantur, per quam negotiorum suorum causa peregre a regione sua liberis, uxoribus, domibus, rebus, negotiisque suis domesticis desertis proficisci cogantur, id quod eveniret si ab Hispania ad Romam usq; urbem penetrare passim cogerentur, beneficiorum, dignitatum, episcopatum, archiepiscopatumve causa, aut litium forte occasione, & cum talem incommoditatem homines pati adversetur naturali rationi &
41. iuri naturali, † neque per leges positivas civiles aut canonicas id induci posset, neque per consuetudines quae magis viderentur & iustius dicerentur morum corruptelae quam mores praescripti arg. l. i. & ii. ff. de legib. c. erit autem lex. iiii. distin. l. de quibus, cum multis legibus seq. ff. de legibus, dum edocent leges & consuetudines irrationabiles

es la materia de los beneficios, conforme lo sostienen casi todos los autores al comentar el capítulo 1.º y el capítulo *ecclesia Sanctae Mariae* (1).

Porque para perfecto conocimiento de esta cuestión, conviene manifestar de antemano, que no es un solo y simple derecho de patronato lo que los reyes de las Españas tienen en la colación o nombramiento de tales beneficios, ni solamente por concesión del derecho canónico, sino principalmente en virtud del mismo derecho real, y por tanto, en virtud del derecho natural; porque habiendo sido instituidos los reinos y principados en virtud del derecho natural o del derecho de gentes, aun del primitivo, para exclusiva utilidad de los ciudadanos, según con todo detenimiento lo hemos demostrado en el libro precedente, capítulos 1.º y 2.º, y lo hemos hecho resaltar por todo el dicho libro y principalmente por el capítulo 1.º, número 25 y por el capítulo 21, número 8 del mismo, y siendo sobremanera perjudicial el que los hombres sean llevados lejos de sus negocios y provincias teniendo que partir de su patria, y recorrer y atravesar extrañas regiones, cosa manifiesta a la razón y que prueba la ley 49 y siguientes del Digesto en el título *quemadmodum testamenta aperiantur*, síguese que debe considerarse ser propio del oficio, cargo y protección real el proveer y evitar que los súbditos experimenten tal incomodidad, por la cual y en razón de sus negocios se vieran obligados a partir a extrañas regiones desde su propia patria abandonando hijos, esposas, casas, asuntos y negocios domésticos. Esto sucedería si a cada paso se vieran forzados a presentarse desde España en la ciudad de Roma, por causa de los beneficios, dignidades, episcopados, o arzobispados, o tal vez con ocasión de pleitos y como sea contrario a la razón natural y derecho asimismo natural, el que los hombres sufran semejante incomodidad, ni pudo ésto introducirse por medio de leyes positivas civiles o canónicas, ni tampoco por medio de costumbres que más

40.

41.

(1) Lo mismo que sostienen al comentar el cap. *quae in ecclesiarum, de constit.* y el cap. *cum non liceat, de praescriptionibus*.

aut nocivae non valere, id quod plenius disseruimus de succ. progressu in praefat. nume. 93. & supra lib. praeced. c. xxxi. num. 35. & c. xxx. num. 1. & nu. 3. unde leges ferre ad publicam utilitatem ut principis est, ita eas ferre ad propriam legislatoris utilitatem praesertim cum laesione subditorum tyranni est, ut d. c. xxx. nu. 2. disseruimus, & omnis lex, quaecunque sit, utilis si non est, vix esse potest ut desinat nocere, ut d. lib. c. xxix. nu. 22. non parum utiliter ostendimus: & ibi etiam num. 20. ostendimus legem humanam non aliter valere quam si a lege naturali aut divina derivetur, sicq: utilis & aequa sit, & aliquid co. lib. c. xxvi. num. 29.

Quae omnia non solum comprobantur ex iis quae supra lib. i. c. i. & ii. tradidimus edocentes legum principumq; imperium ad meram civium utilitatem pertinere, ita ut quidquid a principe vel a lege iussum, praeceptum, sancitumve fuerit si civium utilitati adversetur nullius momenti sit, quasi egredi videatur terminos mandati commissionis, regni, principatus; etiam hoc idem comprobatur ex omnibus quae per totum hunc librum & praecedentem plenissime disseruimus quia quasi ex illo primo elemento & fonte reliqua omnia derivavimus.

Nec dubium est quin quod lege aut consuetudine induci non potest, quia irrationabile vel noxium, id per praescriptionem etiam immemoriam recipi longe minus possit; quia talis praescriptio & si reliquis praescriptionibus potentior videatur tamen ad summum id assequi potuit, ut legis vim habere videretur. l. i. §. fin. l. ii. in princ. ff. de aqua plu. arcenda. l. i. §. ductus aquae. ff. de aqua quoti. & aestiva, is ergo vigor legis interpretativus fortior esse non potest quam ipsamet vera, expressa & certa lex, quinimo vix est ut

bien parecerían y con más justicia se reputarían como corruptelas de costumbres que costumbres prescritas, como lo prueban varias disposiciones (1), cuando enseñan no ser válidas las leyes y costumbres contrarias a la razón o perniciosas, lo que con más extensión hemos tratado en la introducción de la obra *de successionum progressu* (2) y arriba en el libro precedente (3); por lo que, así como el dar leyes para la pública utilidad es propio del príncipe, así también el darlas para el propio provecho del legislador, principalmente si es con perjuicio de los súbditos, es propio del tirano, conforme lo dejamos tratado en el citado capítulo treinta (4); y toda ley, cualquiera que ella sea, si no es útil, con dificultad dejará de ser perjudicial, según lo hemos demostrado con no pequeña utilidad en el citado capítulo 29, número 22; en donde también demostramos (5) que la ley humana no sería válida de otro modo que derivándose de la ley natural o divina, siendo por tanto útil y justa; sobre esto mismo algo indicamos en el capítulo 26, número 29 del mismo libro.

Toda esta doctrina no solamente se confirma por lo que anteriormente dejamos escrito (6), al enseñar que el poder de leyes y príncipes tenía por blanco la exclusiva utilidad de los ciudadanos, de tal modo que cuanto hubiera mandado, preceptuado y sancionado la ley o el príncipe, no se tuviera en consideración si era opuesto a la utilidad de los ciudadanos, como si se reputase exceder los límites del mandato o comisión de tal reino o principado, sino que además esto mismo se prueba también por cuanto dejamos tratado con gran extensión en todo el contexto de éste y del precedente libro, porque de aquél como primer elemento y fuente hemos derivado todas las restantes conclusiones.

No cabe tampoco la menor duda, de que lo que la ley o la costumbre no pueden introducir por ser contra la razón

(1) Así la ley 1.^a y 2.^a del Digesto, tít. *de legibus*; el cap. *erit autem lex*, dist. 4.^a; la ley *de quibus* con otras muchas posteriores del Digesto, tít. *de legibus*.

(2) En el núm. 95.

(3) En el cap. 31, núm. 25 y en el cap. 30, núms. 1 y 3.

(4) En el número 2.

(5) En el núm. 20 de dicho capítulo.

(6) En el libro 1.^o, cap. 1 y 2.

- ei aequetur, l. filio quem. ff. de liber. & posthu. l. si quis posthumus, in prin. eod. tit. ergo quod lege expressa introduci non potest, id longe minus per legem tacitam induci admittive poterit, qualis est consuetudo, iuxta. d. l. de quibus, cum multis seq. ff. de legib. & qualis est praescriptio etiam temporis cuius initii memoria non est, ut proxime
42. diximus. † Et denique quaerere legem ubi naturaliter sentimus, nihil aliud est secundum philosophum quam infirmitas intellectus, nec ullus tam demens aut tam rerum inexpertus erit, qui non videat reipublicae regnoq; Hispaniarum non noxium modo verum nocentissimum esse, si ad lites expediendas, vel ad beneficia ecclesiastica, episcopatus, archiepiscopatus, dignitates, praebendasve Romam semper passimq; adeundum esset, id quod cum nostro magno malo
43. experti sumus, † estq; tam notorium ut omnem speciem probationis facile superet; notorietatis enim talis est vis ut plene disseruimus supra lib. i. in c. xxii. & c. xxi. tex in l. si adulterium cum incestu. §. idem Pollioni. ff. ad legem Iuliam de adulteri. & deniq; in hac ingenti laesione quae ex tam longa & periculosa navigatione & itineratione causatur nfitur tex. in d. Concilio Toletano. xii. can. vi. & d. c. cum
44. longe. lxiii. distin. † sicq; cum ea ratio sit tam naturalis & vera, contrarium eius fieri minime aliquando aut unquam poterit arg. §. sed naturalia. inst. de iure natur. l. omnes populi, ff. de iust. & iure Bal. per tex. ibi in l. fin ff. de haere. inst. Idem Bal. in l. his solis, per tex. ibi. C. de revo. dona. Pet. Philippus Corneus, Alex. Decius & alii per tex. ibi in l. humanitatis. C. de impub. las. Purpuratus & alii per tex. ibi in l. fin. C. de pact.
45. † Deniq; navigare etiam impossibile reputatur nedum nimis difficile, neq; quicquam est quod magis ipsi naturae adversum,

o pernicioso, con mucha menos razón podrá admitirse por la prescripción aun cuando sea ésta inmemorial; porque semejante prescripción aun siendo más poderosa que todas las restantes, con todo en último término habrá podido conseguir el que se repunte tener fuerza de ley (1); ahora bien, tal eficacia de una ley interpretativa no puer ser más poderosa que la de la misma ley expresa, verdadera y manifiesta, más aún, con dificultad llegará a igualarla, según se desprende de varias leyes (2); así, pues, lo que no puede introducirse por una ley expresa, muchísimo menos se podrá introducir o admitir por una ley tácita, cual lo es la costumbre (3), o cual lo es también la prescripción, aun aquella de cuyo comienzo no existe memoria, según últimamente hemos dicho. Y finalmente, el buscar una ley cuando el sentido natural nos lo manifiesta, no es otra cosa, según el filósofo, que flaqueza de entendimiento, y nadie habrá tan falto de razón y desconocedor de las cosas que no vea claramente ser, no sólo dañoso, sino perjudicial en sumo grado a la nación y reino de las Españas, si fuera siempre preciso acudir a Roma a cada paso para solucionar los pleitos, o para los beneficios eclesiásticos, episcopados, arzobispados, dignidades o prebendas, lo que con no pequeño perjuicio nuestro hemos ya experimentado, y tan notorio es ésto, que fácilmente sobrepasa todo género de demostración; tan grande es, pues, la fuerza de la notoriedad, según arriba hemos tratado (4). Finalmente, en este enorme perjuicio que resulta de tan larga y peligrosa navegación y caminos se apoya precisamente el texto del citado Concilio Toledano XII (5); por tanto, siendo dicha razón tan natural y

42.

43.

44.

(1) Conforme a la ley 1.^a, §. *ductus aquae* del Digesto, tít. *de aqua quotid. et aestiva*; a la ley 1.^a, §. final y a la ley 2.^a del Digesto, tít. *de aqua pluviae arcendae*.

(2) De la ley *filio quem* del Digesto, tít. *de liberis et posthumis*; de la ley *si quis posthumus* al principio, del mismo título.

(3) Según la citada ley *de quibus* con otras muchas posteriores del tít. *de legibus*, del Digesto.

(4) En el lib. 1.^o, cap. 21 y 22, y consta por la ley *si adulterium cum incestu*, §. *idem Pollioni*, Digesto, tít. *ad legem Iuliam, de adulteriis*.

(5) Canon 6.^o y el citado cap. *cum longe*, dist. 65.

pugnans, contrarium esse intelligatur quam navigatio, ut plene ostendimus supra lib. i. c. xx. ubi etiam docemur navigationem horridam esse, tristissimam, periculosissimam adeo, ut navigantes inter mortuos an inter vivos sint connume-
 randi, non satis certum sit, sicque ad Romam ab Hispania per aequora transvolare durissimum, nocentissimum & ab omni iustitia & ratione prorsus alienum esset, ut homines a iure compellerentur. Id enim non ius sed summa iniuria esset; rursus per terram eundi nullus patet aditus, nam ut interea omittam longitudinem itineris, magnitudinem laboris & expensarum, periculum, insidiasque latronum & caetera id genus (quae omnia omnibus notiora sunt quam ulla relatione egeant), adest etiam id impedimentum quod omnes Galliae penetrandae sunt, nec alias patet iter, via aut semita ulla, sicque penetratio est impossibilis, nisi ex Galliarum principis concessione quae reputatur impossibilis l. apud Iulianum, §. constat, ubi multa per Alexandrum & Iason. post alios,
 46. ff. de legatis primo. Ergo cum nimis difficilia pro impossibilibus habeantur ut ibi est communis opinio Alexand. Ias. & aliorum per text. ibi Hieronymus Cagnolus in l. impossibilium, ff. de regulis iuris, Claudius Aquens. in l. Gallus, §. instituens, columna prima. ff. de liberis & posthumis, Georgius Natanus in clemen. saepe, in principio not. 4. de verborum significatio. Bartho. Socinus in l. quidam relegatus, not. fin. ff. de rebus dubi. superest ut Hispani pro rebus supra memoratis Romam petere non sint de iure cogendi
 47. † non magis quam ad impossibilia obligandi, ad quae nullus tenetur l. impossibilium, ff. de regulis iuris cap. nemo potest, eodem titulo lib. vi. §. si impossibilis inst. de haere. insti. l. i. ubi plene per. Bart. ff. condit. insti. l. ubi repugnantia,
 48. §. quae rerum natura, ff. de regulis iuris. Adeo ut † ad

verdadera, lo contrario a ella de ningún modo ha podido alguna vez, ni podrá jamás introducirse, según consta por varias leyes (1) y lo sostienen Baldo (2), Felipe Corneo, Alejandro, Decio y otros autores (3), así como también Jasón y el Purpurado (4).

Finalmente, el navegar se ha de considerar no ya demasiado difícil, sino también imposible, ni existe cosa alguna que se repute más opuesta, repugnante y contraria a la misma naturaleza que la navegación, según lo demostramos con toda extensión arriba, en el capítulo 20, donde también hacemos ver que la navegación es empresa dura, funestísima y sembrada de peligros, hasta el punto de no constar con certeza si a los que navegan los hemos de contar entre los vivos o entre los muertos, y por tanto, el que la ley obligara a los hombres a acudir de España a Roma atravesando los mares, sería sobre manera duro y perjudicial y contrario por completo a toda justicia y razón, ya que ésto no sería un derecho sino suma injusticia.

Del mismo modo no existe entrada alguna franca para llegar por tierra; porque, aun pasando ahora por alto, la enorme distancia de camino, la importancia de las molestias y los grandes gastos, el peligro y asechanzas de ladrones, y otras cosas de esta naturaleza (demasiado conocidas de todos para que haya necesidad de enumerarlas), existe además este impedimento, que hay necesidad de atravesar toda la Francia, sin que exista por otra parte, camino o senda alguna; y de este modo es imposible la entrada sino por concesión del príncipe de los franceses que se reputa imposible (5). Así, pues, reputándose como imposibles las cosas demasiado difíciles, según la común opinión de Alejandro, Jasón y otros autores, al comentar la citada ley *apud*

45.

46.

(1) Por el §. *sed naturalia*, Instituta de iure naturae; por la ley *omnes populi*, Digesto, tít. de iustitia et iure.

(2) En el texto comentando la ley final del Digesto, en el tít. de haeredibus instituendis y la ley *his solis* del Código, tít. de revocandis donationibus.

(3) En el texto al comentar la ley *humanitatis* del Código de impuberibus.

(4) Los dos sobre la ley final del Código, tít. de pactis, comentada también por otros en igual sentido.

(5) Véase la ley *apud Iulianum*, §. *constat* del Digesto, tít. de legatis 1.º, extensamente comentada por Alejandro, Jasón, siguiendo el sentir de otros autores.

impossibilia non solum principum potestas sese non extendat, sed etiam ipsius Dei optimi maximi potestas sese non extendit secundum Theologorum opinionem, ut & affirmat & sequitur Hieronymus Cagnolus ubi supra & plenius tradidimus supra lib. i. c. xxvii.

49. Denique † secundum opinionem multorum quam modo nec improbo (quia infra c. lxxxi. numero. 10. cum sequen. dicturus sum) non est praescriptio temporis immemorialis quando de ipsius origine constat, ut tenent Ioannes Andreae in capitu. primo ad finem de praescrip. libro sexto & Aymon Cravetus de antiq. temporum parte. 4. versic. materia ista numero tertio Covarru. in capitu. possessor, de regulis iuris, libro sexto parte. ii. §. iii. numero septimo, sed cum de principio huius rei de qua agimus non solum constet, sed etiam notorie constet, quia ex dispositione iuris, ut patet in d. Concilio Toletano duodecimo, canone sexto & dicto capit. cum longe lxiii. distinctio. sequitur illud ius episcopatum, rectoriarum, aliarumque praebendarum ecclesiasticarum integrum ius Hispaniarum Regi & Regno illaesumque ab immemoriali praescriptione servari. Quanvis si verum amamus ea sola ratio sufficiat quam iam retulimus, quod bona gubernatio minime admittit contrarium. † Item quod haec est ratio naturalis iusque naturale & gentium (ius enim naturale illud dicitur quod ratio naturalis suadet & docet, diximus supra libro primo capit. xvi. numero decimo, & c. decimo numero octavo & capi. xxvii. nume. undecimo). Idque ius immutabile & immobile est. §. sed naturalia, inst. de iure natu. l. omnes populi, ff. de iustitia & iure, licet enim passim fiant homicidia, latrocinia, falsitates, adulteria, parricidia, & caetera id genus contra ipsum ius naturale, adhuc tamen ius
- 50.

Julianum, y según lo admiten Jerónimo Cagnolo (1), Claudio Aquens. (2), Jorge Natan (3) y Bartolomé Socino (4), síguese que los españoles no han de ser forzados con derecho a encaminarse a Roma en razón de los asuntos arriba mencionados, del mismo modo que no se les forzaría a cosas imposibles, a las que nadie está obligado (5). Hasta tal punto que no sólo no se extiende a las cosas imposibles el poder de los príncipes, pero ni siquiera se extiende hasta ellas la omnipotencia del mismo Dios, Supremo Señor, según la opinión de los teólogos, conforme no sólo lo afirma sino que lo defiende Jerónimo Cagnolo (6), y nosotros lo hemos expuesto también con toda extensión anteriormente en el capítulo 27, del libro 1.º

47.

48.

Finalmente conforme a la opinión de muchos autores, que al presente ni apruebo ni rechazo (ya que sobre ello he de tratar más adelante en el capítulo 81, número 10, y siguientes), no existe prescripción de tiempo inmemorial, cuando nos consta el origen de la misma, conforme lo defienden Juan Andrés (7), Aymon Cravet (8), y Covarrubias (9), pero como no sólo conste, sino que conste con toda notoriedad el origen de este asunto de que tratamos, ya que aparece ser por disposición del derecho, según se ve por el Concilio 12.º Toledano (10), síguese, conservarse íntegro e ileso de toda prescripción inmemorial para el rey y reino de las Españas, aquel derecho sobre los episcopados, rectorías y otras prebendas eclesiásticas. Aunque si hemos de confesar la ver-

49.

(1) Comentando la ley *impossibilium* del Digesto, tít. *de regulis iuris*.

(2) En la ley *Gallus*, §. *instituens*, colum. 1.ª, Digesto, tít. *de liberis et posthumis*.

(3) En la clementina *saepe* al principio, not. 4.ª *de verborum significatione*.

(4) Comentando la ley *quidam relegatus*, not. final, Digesto, tít. *de rebus dubiis*.

(5) Según consta por la ley *impossibilium* del Digesto *de regulis iuris*, por el cap. *nemo potest* del mismo título, lib. 6.º; por el §. *impossibilis* de la Instituta *de haeredibus instituendis*; por la ley 1.ª del tít. *de conditionibus institutionum* del Digesto, extensamente comentada por Bartolo y por la ley *ubi repugnantia*, §. *quae rerum natura*, Digesto, tít. *de regulis iuris*.

(6) *Ubi supra*.

(7) Cap. primero hacia el final, libro 6.º *de praescriptionibus*.

(8) *De antiquitate temporum*, part. 4.ª, versic. *materia ista*, núm. 3.º

(9) En el cap. *possessor*, *de regulis iuris*, lib. 6.º, parte 2.ª, §. 3.º, núm. 7.º

(10) Canon 6.º y por el citado cap. *cum longe*, dist. 65.

ipsum naturale integrum manere intelligitur, semperque est
 eritque ius, & semper aequae bonum, & illae huius iuris
 transgressionem nullam inducunt praescriptionem aut con-
 suetudinem contra hoc ius, quo minus vigere, stare & polere
 videatur, aequae; bonum & laudabile esse, sic & in specie
 nostra docet theologorum disertissimus frater Alphonsus de
 Castro de potestate legis poen. libro secundo capitulo deci-
 moquarto pagi. quingentesima sexagesima secunda Paul.
 Apost. Roma. i. dum ait qui cum cognovissent Deum & c.
 Sic ergo & in specie nostra & si per annos mille nos Hispani
 pro his rebus vel istarum rerum causa de quibus mentionem
 habuimus Romam adire coacti essemus vel forte sponte
 (aut quod certius est stultitia aut rusticitate) nunquam fieret
 ius aut bonum aut aequum quod in posterum idem facere
 teneremur, non magis quam si per mille annos latrocinia,
 falsitates, adulteria & caetera id genus exerceremus, nam
 per hoc nunquam fit ius aut bonum aut aequum ut similia
 facinora in posterum perpetrare cogamur, aut perpetrare iure
 51. possimus. † Et istud ius naturale bonum & aequum ut
 Hispani non cogantur istarum rerum occasione de quibus
 mentionem habuimus Romam petere, licet postea a iure
 canonico (per dictum capit. cum longe & per dictum Con-
 cilium) approbatum fuerit, non tamen fuit transformatum in
 merum ius canonicum, ita ut ius naturale & gentium esse
 desiisse videatur, non magis quam si quis male sanus
 contenderet illud praeceptum decalogi de non occidendo, aut
 etiam illud praeceptum de parentibus observandis evanuisse
 iusque divinum, aut naturale eo ipso esse desiisse, quod per
 omnes leges quae sunt sub titulis, C. & ff. ad legem Corne-
 liam de sicariis, parricidae, & etiam homicidae poenae legales
 designatae sunt. Aut si contenderet quod illud praeceptum

dad, es suficiente aquella sola razón que ya hemos expuesto, a saber, que el buen gobierno no consiente de ningún modo lo contrario. Además que ésta es una razón natural y un derecho natural y de gentes, (puesto que se dice derecho natural aquel que inculca y enseña la razón natural, según antes hemos expuesto (1), y tal derecho es inmutable, e inmobile, según consta por varias disposiciones (2). Porque aun cuando a cada paso se perpetren, contra el mismo derecho natural, homicidios, hurtos, falsedades, adulterios, parricidios, y otros actos de parecida naturaleza, a pesar de todo siempre se considera, sin embargo, permanecer tal derecho natural intacto, y siempre es y será derecho y siempre igualmente bueno; y aquellas trasgresiones de este derecho jamás causan prescripción o costumbre en perjuicio de tal derecho por lo que parezca que pierde algo de su vigor, estabilidad y eficacia, o que deja de ser igualmente bueno y digno de alabanza; así también en nuestro caso, según lo enseña el más elocuente de los teólogos Fray Alfonso de Castro (1), y se desprende de lo que dice San Pablo Apóstol *ad Roman.* 1.^a, donde escribe: *qui cum cognovissent Deum, etc.* Digo, pues, que lo mismo sucede en nuestro caso, aunque durante años innumerables nosotros, los españoles, por causa de estas cosas que hemos mencionado, o con ocasión de ellas, hubiéramos sido obligados a acudir a Roma, o que tal vez lo hubiéramos realizado por propia voluntad (o lo que es más seguro por necedad e ignorancia), jamás se produciría un derecho bueno o justo, de suerte que en adelante estuviéramos obligados a hacer lo mismo, no de otro modo que aunque durante innumerables años realizáramos hurtos, falsedades, adulterios y parecidos actos, jamás por eso se produce un derecho bueno o justo, de suerte que estemos obligados en adelante a perpetrar semejantes maldades o que nos sea lícito realizarlas con derecho.

Y semejante derecho natural bueno y justo, de que no se obligue a los españoles a presentarse en Roma con ocasión de estos asuntos de que venimos tratando, aunque después

50.

51.

(1) En el libro 1.º, cap. 16, núm. 10; en el cap. 10, núm. 8 y en el cap. 27, núm. 11.

(2) Por el §. *sed naturalia*, Instituta de iure naturali y por la ley *omnes populi* del Digesto, tít. de iustitia et iure.

(3) *De potestate legis poenalis*, libro 2.º, cap. 14, pág. 562.

decalogi, non falsum testimonium dices, aut illud praeceptum non moechaberis, aut illud non furtum facies evanuerunt eo quod poenae legales adulteriis, & falsariis vel falsis testibus, & furibus seu latronibus definitae sunt per leges quae sunt sub titulis, ff. & C. de furtis & ff. & C. ad legem Iuliam de adulter. & ff. & C. ad legem Corneliam de falsis.

- Verius ergo est in omnibus his speciebus, & similibus ea praecepta adhuc remanere iuris divini, & naturalis, non secus quam antequam fieret ius scriptum, aut potissimum, quod ius divinum, & naturale his in rebus adiuvasse tantum non etiam transformasse videtur, argumen. in princip. institut. de bonorum possessio. l. adeo §. cum quis ex aliena,
52. ff. de acquirend. rerum domin. † Sic & licet mille leges Iureconsultorum de beneficio abstinendi, a praetore invento, disserant, ut in l. Cornelius, l. iam dubitari, ff. de haeredib. instituend. l. si filius qui patri, ff. de vulgari. & pupillari. substitutio. l. fina. C. de repudian. haeredita. §. sui, institut. de haeredta. quae ab intesta. §. sui & §. necessariis institut. de haeredi. quali. l. cum antiquioribus, C. de iure deliberand. cum similib. adhuc tamen ius abstinendi dicitur esse praetorium non civile, habita potius ratione inventoris quam eorum qui postea id ius iam inventum interpretantur, ut est communis opinio quam tenent (multis tamen repugnantibus) Gloss. in l. qui se patris, C. unde liberi, & ibi Alexand. numero 15. Ludovicus Romanus in d. l. necessarii, ff. de acquirend. haeredita. las. numer. 29, post Gloss. ibi in l. unica, C. quando non pefen. partes, Paulus Castrensis in l. i. C. si minor ab haeredi. absti. Imola in l. ventre, ff. de acquiren. haeredita. dixi plene de success. crea. §. i. numero 5. Sic ergo & in proposito & si ius canonicum id quod iure naturali, divino, vel gentium induxerat praeciperet, non tam

haya sido aprobado por el derecho canónico (1), no por eso se transformó en mero derecho canónico, de suerte que pareciera haber dejado de ser derecho natural y de gentes, del mismo modo que nadie defendería, falto de razón, que aquel precepto del Decálogo, de no matar, o aquel otro de honrar a los padres se habían disipado o habían dejado de ser derecho divino o natural por el mero hecho de que se hubieran señalado penas legales al parricida y también al homicida por todas las leyes que se contienen en el Digesto y Código, en el título *ad legem Corneliam, de sicariis*. O como si pretendiera que, aquel precepto del Decálogo «no dirás falso testimonio», o aquel otro «no cometerás adulterio», o el otro «no hurtarás», se habían disipado por el hecho de que se han señalado penas legales a los adúlteros, a los falsarios o falsos testigos y a los ladrones o salteadores, en las leyes que se contienen en los títulos *de furtis, ad legem Iuliam de adulteriis*, y *ad legem Corneliam de falsis*, tanto del Código como del Digesto.

Es, pues, mucho más conforme a verdad el que en todos estos casos y otros semejantes, dichos preceptos siguen siendo todavía de derecho divino y natural no menos que lo eran antes de que se hicieran también derecho escrito, o siguen siendo principalmente [derecho divino o natural] ya que el escrito solamente parece haber ayudado en estas cosas al derecho divino y natural, pero de ningún modo lo ha transformado. Así, vemos que aunque innumerables leyes (2) de los jurisconsultos tratan acerca del beneficio de abstención instituido por el pretor, con todo tal derecho de abstención se dice derecho pretorio, no civil, teniendo más en consideración al inventor que a aquellos otros que posteriormente interpretan este derecho ya instituido, conforme consta por la común opinión (si bien combatida por otros muchos autores), y que admiten la glosa (3), Luis Ro-

52.

(1) Por el citado cap. *cum longe* y por el citado Concilio de Toledo.

(2) Tales como la ley *Cornelius* y *iam dubitari* del Digesto, tit. *de haereditibus instituendis*; la ley *si filius qui patri*, Digesto, *de vulgari et pupillari substitutione*; la ley final del Código de *repudianda haereditate*; el §. *sui Instituta de haeredit. quae ab intest.*, el §. *necessariis Instituta de haereditum qualitate*, la ley *cum antiquioribus* del Código, tit. *de iure deliberandi* con otras semejantes.

(3) Acerca de la ley *qui se patris* del Código, tit. *unde liberi*, comentada por Alejandro.

- novum ius induxisse quam illud iam inductum antea fuerat, repetisse vel detegisse videretur, iuxta d. §. cum quis ex aliena, d. l. adeo, ff. de acq. rerum do. inde dictum, declarantem nihil agere, sed iam actum detegere, l. haeredes
53. palam. §. primo. ff. de testam. † Sed his adversari videtur quod cum naturali iuri vel gentium aliquid addimus vel detrahimus tunc proprium nostrum ius fecisse videtur
54. † l. ius autem civile, ff. de iustit. & iure & ibi Gloss. & las. ergo id ius ut beneficiorum ecclesiasticorum, aut litium causa Hispani extra suam provinciam non trahantur, & si naturale vel naturali rationi congruum videretur, tamen eo ipso quod a iure canonico, idem cautum fuit sub illa formula, & adiectione ut fieret per primatem Hispaniae confirmatio, videtur ut desierit esse ius naturale, & esse coeperit ius canonicum, sed respondit quod vulgo dicitur, quod cum aliquid addimus, vel detrahimus tunc ius proprium nostrum efficimus, intelligitur ius nostrum fieri, quoad illam particulam additam non quoad id quod antea erat, id enim remanet, vel
56. naturae vel gentium ius ut antea erat, ita intelligitur dict. l. ius autem civile. Secundum Curtium in l. ut vim numero decimo septimo, ff. de iustit. & iure, & Benincasius de action. in §. superest, numer. 226. post Modernos Tollenfinates quos ipse allegat, sic ergo postquam per §. alia deinde lex. instit. de public. iudic. illam poenam novam parricidis imponendam excogitaverunt Iureconsulti, meri iuris civilis erit illud parricidii facinus, quoad poenam illam temporalem, sed quoad prohibitionem, & poenam aeternam non desinit esse iuris naturae & divini, ut est notum & supra ostendimus, & multis auctoritatibus in simili ornavimus, supra lib. i. capit. xxix. nu. 17. Unde & ex locis supra relatis ad quae vos remisimus, quae hic desunt petenda sunt.

mano (1), Jasón (2), Pablo de Castro (3) e Imola (4) y sobre lo que he tratado con toda extensión en la obra de *successionum creatione* (5). Del mismo modo, pues, en nuestro asunto, aun cuando el derecho canónico preceptuase aquello que ya había dispuesto el derecho divino y de gentes, no tanto se reputaría haber instituído un nuevo derecho, cuanto haber repetido o puesto de manifiesto un derecho que ya antes existía (6); por lo que se dice que quien declara nada de nuevo ejecuta, sino sólo pone de manifiesto lo ya ejecutado (7).

Pero a esta doctrina parece oponerse el que cuando al derecho natural o de gentes le añadimos o quitamos algo, parece que le hemos hecho derecho propio nuestro (8); así, pues, aquel derecho a que los españoles no sean arrancados fuera de su provincia por causa de los beneficios eclesiásticos y de los pleitos, aun cuando pareciera natural o conforme a la razón natural, con todo, por el solo hecho de haber ordenado lo mismo el derecho canónico, bajo aquella fórmula y adición de que la confirmación se hiciera por el primado de España, parece haber dejado ya de ser derecho natural y empezado a ser derecho canónico; pero respondemos que lo que vulgarmente se dice, que cuando añadimos o quitamos algo entonces lo hacemos derecho propio nuestro, se ha de entender que lo hacemos derecho nuestro en cuanto a aquella pequeña adición, pero no en cuanto a lo que ya antes existía, porque ésto sigue siendo derecho natural o de gentes conforme lo era antes; este es el sentido de la citada ley *ius autem civile*, según el sentir de Curcio (9) y Benincasio (10); del mismo modo, pues, luego que los juris-

53.

54.

(1) En la citada ley *necesarii* Digesto, tít. de *acquirenda haereditate*.

(2) Comentando la ley única del tít. *quando non petentium partes* del Código, siguiendo a la glosa, núm. 29.

(3) En la ley 1.^a Código, tít. *si minor ab haeredit. se absteineat*.

(4) En la ley *ventre*, Digesto de *acquirenda haereditate*.

(5) En el §. 1.^o, núm. 5.

(6) Conforme al citado §. *cum quis ex aliena* y la ley *adeo* del Digesto, tít. de *acquir. rerum dominio*.

(7) Según la ley *haeredes palam*, §. 1.^o, Digesto, tít. de *testamentis*.

(8) Según la ley *ius autem civile*, Digesto de *iustitia et iure* y sobre ella véase la glosa y a Jasón.

(9) Comentando la ley *ut vim*, núm. 17, Digesto de *iust. et iure*.

(10) De *actionibus* en el §. *superest*, núm. 226, siguiendo a los modernos Tolentinos a quienes cita.

Quinimo tam noxium est litium, aut beneficiorum ecclesiasticorum causa a laribus, domibus, negotiis, rebus, populis, regionibusve suis homines extrahi, ut in Conciliis oecumenicis cautum praeceptumque fuerit causas, & lites in partibus finire, nec ad Romam urbem pertrahi, etiamsi essent ex ipsamet Italica provincia, quanto ergo magis in his litibus, aut negotiis, quae aguntur in remotissimis extremisque mundi oris qualis Hispania est, ut habetur Concil. Lateranensi sub Greg. Papa sessione. xi.

- Denique (ut verbo omnia claudam) nulla potestas est ad malum, sed potius ad bonum, ad consulendum & iuvandum est omnis potestas sive illa ecclesiastica sit sive secularis, 55. hoc uno excepto † quod in ecclesiastica longe exuberantior aequitas, & iustitia desideratur, & inesse debet, capitu. primo, de feud. alienat. & authen. de monachis, §. cogitandum per Andreae. Tiraquell. de privil. piae causae, privi. 100. ut plenissime disseruimus, supra, lib. i. c. i. et ii. ex communi & receptissima sententia tam sanctorum quam lureconsultorum & omnium philosophorum, & aliquid attigimus in secundo tomo harum controversiarum sub inscriptione, & titulo controversiarum frequentium libro primo, capitu. i. etenim omnis potestas in iurisdictione consistit, nec aliud quam iurisdictionis est, ut ibi edocemur, iurisdictioni autem iniuriae datio, vel damni datio contrarium est: contraria autem consistere impossibile est, adeo ut ipsi Deo omnipotenti isthaec quae implicant contradictionem impossibilia esse intelligantur ex communi theologorum sententia ut exposuimus, supra libro primo cap. xxvii. numero secundo, cum quibusdam praeced. & sequen. quibus adde Hieronymum Cagnolum, in l. impossibilem. in princip. ff. de regulis iuris. & omnis potestas illud duntaxat obiectum, &

consultos idearon aquella pena nueva que se habría de aplicar a los parricidas, conforme al §. *alia deinde lex* de la Instituta (1), el crimen de parricidio será de mero derecho civil en cuanto a aquella pena temporal, pero en cuanto a la prohibición y pena eterna no deja de ser de derecho natural y divino, conforme es bien conocido y lo hemos demostrado anteriormente haciéndolo resaltar con numerosas autoridades en parecido caso en el libro 1.º, capítulo 29, número 17. Por lo que se ha de completar la doctrina que aquí falta con lo dicho antes en los lugares a que nos hemos remitido.

Más aún, tan pernicioso es el que a causa de los pleitos o de los beneficios eclesiásticos sean los hombres arrancados de sus lares, casas, negocios, asuntos y de sus pueblos o regiones, que en los Concilios Ecuménicos se proveyó y ordenó que las causas y pleitos se terminasen en las provincias respectivas, sin que se llevasen a la ciudad de Roma, aun cuando fueran de la misma región italiana, con cuánto mayor motivo, pues, tratándose de pleitos o negocios que tienen lugar en los más remotos y apartados confines del mundo, cual es España; según consta por el Concilio Lateranense bajo el Papa Gregorio, en la sesión 11.

Finalmente (para terminar en pocas palabras todo este punto), ningún poder se encamina al mal, sino más bien toda potestad ya sea eclesiástica o civil tiene por fin el bien y el servir de protección y ayuda (con esta sola diferencia que tratándose de autoridad eclesiástica se exige y debe existir una rectitud y justicia más señalada) (2), según con la mayor extensión lo hemos tratado anteriormente (3), basados en la común y sumamente admitida opinión tanto de los santos, cuanto de los jurisconsultos y de todos los filósofos, y algo tratamos también de esto en el tomo 2.º de estas Controversias que se encabeza con el título de Controversias Frecuentes, libro 1.º, capítulo 1.º. Porque toda potestad consiste en la jurisdicción, ni es otra cosa que la jurisdicción, según en dichos lugares se demuestra. Ahora bien, el acto de causar injusticia o de causar daño es

55.

(1) *De publicis iudiciis.*

(2) Según consta por el cap. 1.º de *feud. alienatione*, por la *authen. de monachis*; por el §. *cogitandum, de privil. piae causae*, comentado por Tiraqueau, *privil.* 100.

(3) En el libro 1.º, cap. 1.º y 2.º.

56. scopulum intuetur, nempe iustitiam, † quae virtus omnium virtutum domina, & regina est, teste Cicerone offi. lib. iii. iustitia autem est, alterum non laedere, l. iustitia, ff. de iustit. & iure, §. iuris praecepta. institut. eodem titu. unde Cicero offic. libr. primo. sic scriptum reliquit. Iustitiae inest splendor virtutis maximus, ex qua boni viri nominantur, cuius primum munus est, ut ne quis cui noceat, ergo cum nocentissimum esse iam ostenderimus homines negotiorum suorum causa a provinciis suis extrahi, consequens fit id iustitiae contrarium esse, & consequenter extra omnem potestatem & iurisdictionem esse, sive illa secularis sit sive ecclesiastica magisq; ac magis extra ecclesiasticam, quam extra profanam esse potestatem, ut ostendimus, confirmatur, † nam quanto maior est ecclesiastica potestas profana, ut in cap. sollicitae, de maiortate & obedient. tradunt novissimi in capitu. novit. de iudiciis, tanto abstinentior a malo, & iniustitia esse debet, teste Iuvenale sic canente satira. 8.

Omne animi vitium tanto conspectius in se

Crimen habet, quanto maior qui peccat habetur

Nec dubium est quin quanto maior, eminentior splendidior, sublimior est potestas, tanto magis ac magis Dei potentiam summam (ut ei proximior & similior) imitari debeat ac necesse habeat, nam ut Poeta cecinit:

58. † *Fortes creantur fortibus, nes debiles*

Generant, aquilae columbas.

59. Et † naturalissimum est unumquodq; sibi simile generare secundum philosophum libr. ii. de ani. & text. in l. quod si

contrario a la jurisdicción, y las cosas contrarias es imposible que subsistan a la vez, hasta el punto que aun para el mismo Dios Omnipotente se reputen imposibles aquellas cosas que implican contradicción, conforme a la común opinión de los teólogos, según queda expuesta anteriormente (1), pudiéndose añadir también a Jerónimo Cagnolo (2). Y toda potestad tiende exclusivamente a este objeto y fin, a saber, a la justicia, virtud que es la señora y reina de todas las virtudes, según el testimonio de Cicerón (3), y la justicia consiste en no perjudicar a otro (4); por lo que Cicerón nos dejó escritas estas palabras en el libro primero *de Officiis*: «la justicia se halla revestida del mayor esplendor de la virtud; ella es la que da nombre al varón honrado, y su primer cuidado es el que nadie perjudique a otro». Habiendo, pues, ya demostrado ser sumamente perjudicial el que a causa de sus negocios sean los hombres arrancados de sus provincias, síguese ser ésto contrario a la justicia, y por consiguiente, estar ésto fuera de toda potestad y jurisdicción, tanto si es secular como eclesiástica, y mucho más se halla fuera de la potestad eclesiástica que de la profana, según hemos ya demostrado y se prueba por esta razón: porque cuanto la potestad eclesiástica es mayor que la profana, según consta por el capítulo *Sollicitae* (5) y lo enseñan los autores modernos (6), tanto más debe abstenerse de todo mal e injusticia, según el sentir de Juvenal que en su sátira 8.^a cantó así:

56.

57.

«Todo vicio del espíritu tanto más marcado lleva en sí el sello del crimen, cuanto más elevada es la persona que lo perpetra».

Ni cabe duda de que cuanto mayor, más eminente, más destacada y sublime es la potestad, tanto más y más debe y está obligada a imitar la suma potestad de Dios (como más cercana y semejante a ella). Porque según cantó el poeta:

58.

(1) En el libro 1.º, cap. 27, núm. 2.º, con otros anteriores y posteriores.

(2) Comentando la ley *impossibilium*, Digesto, tít. *de regulis iuris*, al principio.

(3) En el libro 3.º *de Officiis*.

(4) Conforme a la ley *iustitia* del Digesto, tít. *de iustitia et iure* y al §. *iuris praecepta* de la Instituta del mismo título.

(5) *De maiortate et obedientia*.

(6) En el cap. *novit, de iudiciis*.

- nolit, §. qui mancipia, ff. de aedili. edict. unde patres prudentes liberos quoq; prudentes plerunq; generare Accur. testatur in l. nullus, C. de curi. lib. x. & spurios filios liberos quoq; spurios generare solere Accursius autor est in l. fina. 60. versi. consequentia, C. de natur. liberis. † Et talis praesumitur filius qualis pater, & talis praesumitur filia qualis mater, ut per Quintilianum lib. v. ca. x. & per Speculatorem ti. de feudis, §. quoniam super, versic. v. nume. 4. & capit. si quis vi. q. i. l. non sunt, ff. de statu homin. & l. cum simus, C. de agricolis, & censitis, lib. xi. Socinus consi. xxxi. proseguendo ordinem lib. i. Benincasius instit. de action. in princip. numero 233. notatur, in l. quisquis, §. i. C. ad legem Iuliam maiestatis. unde versus:

Saepe solet filius similis esse patri

Et sequitur leviter filia matris iter

- Ef qualia sunt principia talia praesumuntur principiata secundum philosoph. tradit Bald. C. siquis omis. cau. testa. l. i. ad fin. Andrae Tiraquel. de praescr. §. i. Gloss. ii. & tradunt omnes doctores in l. fina. per textum, ibi C. de 61. impuber. † Cum ergo omnis potestas sit a Deo, iuxta illud Proverb. capitu. octavo per me reges regnant, & conditores legum iusta decernunt, & iuxta verbum Domini in Evangelio dicentis ad Pilatum non haberes potestatem in me ullam nisi datum esset tibi desuper, ut plenissime diximus supra libro i. cap. xxi. nume. 22. cum multis praecedent. & sequent. cumq; summi pontificis, & ecclesiae potestas & iurisdictio sit reliquis omnibus iurisditionibus, & potestatibus maior, & splendidior, eminentior, sublimior sicq; tanquam Dei optimi maximi primogenita haberi debeat, ut ipsimet Deo simillima sit, aut

«De los fuertes nacen los fuertes, ni las águilas engendran débiles palomas».

Y según el Filósofo (1) es del todo conforme a la naturaleza el que cada cosa engendre a su semejante, por lo que, según atestigua Accursio (2), casi siempre los padres prudentes engendran hijos prudentes, y los hijos de mala ley suelen engendrar hijos semejantes a sí, según el sentir del mismo autor (3). Y cual es el padre tal se presume el hijo; y cual la madre tal la hija, según consta por Quintiliano (4), el *Speculator* (5), Socino (6) y Benincasio (7). Por lo que dice aquel verso:

«Suele con frecuencia el hijo asemejarse al padre, y la hija fácilmente sigue las huellas de su madre».

Y cuales son los principios tal se presume ser lo que de ellos procede, según el Filósofo, y lo enseñan así Baldo (8) Andrés Tiraqueau (9) y generalmente todos los doctores, al comentar la ley final del título *de impuberibus* del Código. Como, pues, todo poder descienda de Dios, conforme al dicho de los Proverbios (10), «por mí reinan los reyes y los legisladores decretan en justicia», y conforme a las palabras del Señor en el Evangelio al decir a Pilatos, «no tendrías poder alguno sobre mí, si de lo alto no se te hubiera concedido», según con toda extensión lo hemos expuesto anteriormente en el libro primero (11), y siendo la potestad y jurisdicción del Sumo Pontífice y de la Iglesia, mayor, más ilustre, más sobresaliente y elevada que todos los restantes poderes y jurisdicciones, y por tanto deba ser tenida como

(1) En el libro 2.º de *anima*. Lo mismo consta por el texto de la ley *quod si nolit*, §. *qui mancipia*, Digesto, de *aedilitio edicto*.

(2) Comentando la ley *nullus* del Código, tít. de *curiosis*, libro 10.

(3) En la ley final, versíc. *consequentia* del Código, tít. de *natur. liberis*.

(4) Libro 5.º, cap. 10.

(5) En el tít. de *feudis*, §. *quoniam super*, versíc. 5.º, núm. 4.º. Lo mismo consta por el cap. *si quis* 6.º, cuest. 1.ª, por la ley *non sunt*, Digesto, de *statu hominum*; por la ley *cun simus*, Código, de *agricolis et censitis*, libro 11.

(6) Dictamen 51, «prosiguiendo el orden del libro 1.º».

(7) Instituta de *action*. al principio, núm. 255 y se nota en la ley *quisquis*, §. 1.º, Código, ad *legem Iuliam maiestatis*.

(8) En la ley 1.ª al final, Código, tít. *si quis omissa causa testamenti*.

(9) De *praescriptione*, glosa 2.ª, §. 1.º

(10) Cap. 8.º

(11) Cap. 21, núm. 22, juntamente con otros números anteriores y posteriores,

- esse debeat, consequens est, quandoquidem ut exacte ostendimus naturalissimum est unumquodq; sibi similia generare, & efficere, unde illud † operibus credite, & illud Ovidii 13. Metamor.

Deniq; quid verbis opus est, spectemur agendo.

- Et ut plene edocet Salvianus libr. i. de providentia Dei, † naturaliter auctor quilibet opus suum amat & tuetur, eoque magis ac magis quo illud maius erat quasi rem sibi similiorem. Quae omnia eo pertinent ut ecclesiae potestas (cum sit opus Dei maius & splendidius reliquis iurisdictionibus & potestatibus) Dei operibus, iustitiae, potentiae & iurisdictioni similior quam reliquae potestates esse debeat, & consequenter abstinentior a damno, iniuria, noxia & laesione hominum † ad quorum utilitatem & salutem, & tuitionem fuit ordinata, ne inducta ad unum effectum in contrarium convertatur, contra omne ius omnemq; rationem ut l. legata inutiliter, ff. de lega. primo, l. legata inutiliter, ff. de adimen. legat. & l. quod favore. ff. de legibus. l. non ideo minus, C. de procuratoribus. quam regulam exactissime ornavimus libr. iii. de succession. resolutione, super l. si quando, in princip. C. de inofficio. testamen. ibi, a nobis inserta.
- Quod † autem quanto sublimior potestas est tanto magis ac magis a malo, a laesione, & iniuria debeat esse abstinentior constat, vel ex eo, quod Deus nihil malum facere potest, nec enim malum facere posse potentia est, sed potius infirmitas non valentis abstinere a malo. sicq; ille solus omnipotens appellatur qui malum facere nequit, secundum divum Augustinum in cap. principium, §. charitas de poeniten.

la primogénita del Sumo y Excelso Hacedor, es natural que sea o deba ser lo más semejante al mismo Dios, puesto que, según hemos demostrado con toda diligencia, es del todo conforme a la naturaleza que cada ser engendre y produzca otros seres semejantes a él, de donde aquel dicho: creed a las obras; y las palabras de Ovidio en el libro 13 de sus *Metam.*: 62.

«Finalmente, ¿qué necesidad hay de palabras?, mirensenuestras obras».

Y según extensamente lo enseña también Salviano (1) 63. es conforme a la naturaleza que todo autor ame y defienda su propia obra, y tanto más cuanto la obra sea más importante y como más semejante a sí mismo. Toda esta doctrina se encamina a ésto, a que la potestad de la Iglesia (por ser obra de Dios mayor y más sobresaliente que las restantes jurisdicciones y potestades) debe ser más semejante que todas éstas, a las obras de Dios, a su justicia, poder y jurisdicción y por consiguiente más apartada de todo daño, injuria, perjuicio y detrimento de los hombres para cuya utilidad, salvación y defensa se ordenó, no sea que instituida para un efecto los produzca contrarios, contra todo derecho y toda razón, según consta por varias leyes (2), y esta norma la hemos declarado con la mayor diligencia en el libro 3.º de *Successionum resolutione*, comentando la ley *si quando* del Código (3), inserta por nosotros en dicho lugar. 64.

Que cuanto más elevada sea una potestad, tanto deba abstenerse más y más de todo daño, perjuicio e injusticia, es manifiesto por la razón de que el mismo Dios no puede hacer mal alguno, ya que el poder ejecutar el mal no es señal de poderío, sino más bien debilidad de quien no puede abstenerse del mal; y por tanto, según el testimonio de San Agustín (4), sólo aquel se llama omnipotente, que no puede hacer el mal; lo mismo que afirman también Rafael Fulgo- 65.

(1) *De Providentia Dei*, lib. 1.º

(2) Tales son: la ley *legata inutiliter* del Digesto, tít. *de legatis*, lib. 1.º; la ley *legata inutiliter*, Digesto, *de adimendis legatis*; la ley *quod favore*, Digesto, *de legibus*; la ley *non ideo minus* del Código, tít. *de procuratoribus*.

(3) En el tít. *de inofficioso testamento*.

(4) En el cap. *principium*, §. *charitas*, *de poenitentia*, dist. 2.ª

- distin. ii. Raphael Fulgosius consil. lxi. domina Catharina, colum. penul. Curtius senior consi. lxxiii. colum. xxix. Aymon Cravelus de antiqui. temporum ad princip. part. i. versi. non omitto, parte iii. & potestas ad malum non tam potestas quam tempestas dicitur, ut per eundem Aymonem ibi. Bartholom. Soci. consil. cxx. colum. penultim Bald. consil. ccxlv. ad evidentiam colum. ii. lib. i. Idem Bald. consil. cccxvi. rex Romanorum, colum. ii. eo. lib. i. † Unde turpis conditio dicitur non esse potestativa, quia id tantum possumus quod honeste, & sine cuiusquam iniuria possumus, l. reprehendenda, ubi plene per Corneum & Philippum Decium post alios, C. de insitu. & substitutio. l. nepos Proculo, ubi per Andraeam Alciatum, ff. de verborum significa. l. Lucius, secundum unum intellectum, ff. de conditio. & demonstratio.
67. † Multa de illa tempestate, & mentita potestate per Fernand Loazes in consil. pro marchi. de Velez dub. i. pag. liiii. Bartholom. Soci. consil. clxiii. visa bulla colum. viii. libr. ii. Cardinal. in clement. pastoralis, de re iudica. Io. Iaco. de Leonardis inter consilia Alberti Bruni consi. cxvii. in hac
68. causa, colum. fina. † Nec tamen dubium est quin Deus optimus, maximus (quem malum facere non posse diximus) sit omnipotens in terris non secus quam in coelis, ut testatur fides catholica, nec ullus unquam ullave gens etiam barbara & quantumvis infidelis abnegavit, unde Virgilius sic cecinit.

Iupiter omnipotens precibus si flecteris ullis

idemq; Virgilius, 4. Aeneid.

*Iupiter omnipotens adigat me fulmine ad umbras
Pallentes umbras Erebi noctemq; profundam.*

sio (1), Curcio el Viejo (2), Aymón Cravet (3); y el poder de hacer el mal no tanto es potestad cuanto *tempestad* (infortunio), según afirma el citado Aymón en dicho lugar, como también Bartolomé Socino (4) y Baldo (5).

Por eso se afirma que una condición torpe no es potestativa, porque sólo podemos aquello que está en nuestra mano ejecutar honestamente y sin injuria de nadie, según se desprende de varias leyes (6) y comentaristas. Y sobre aquel falso poder que hemos llamado *tempestad*, trata extensamente Fernando Loaces (7), Bartolomé Socino (8), el Cardenal (9) y Juan Jacobo de Leonardis (10). Y sin embargo está fuera de toda duda que Dios, Supremo Hacedor (de quien hemos dicho que no puede realizar el mal), es Omnipotente en la tierra, del mismo modo que lo es en los Cielos, según lo atestigua la fe católica, sin que ni individuo alguno, ni pueblo aun bárbaro y hasta infiel lo haya negado. Por lo que Virgilio cantó lo siguiente:

«Oh Júpiter Omnipotente, si en algo te ablandan las súplicas».

El mismo Virgilio dice en el libro 4.º de la Eneida:

«Que el Omnipotente Júpiter me precipite con su rayo entre las sombras; sombras pálidas del Erebo y entre la oscuridad de la eterna noche».

Y Boecio dijo del mismo Dios en el metro 5.º, libro 1.º:

«Tú gobiernas todas las cosas, señalándolas seguro destino».

(1) Dictamen 61, *domina Catherina*, columna penúltima.

(2) Dictamen 75, colum. 29.

(3) *De antiquitate temporum* al principio, part. 1.ª, versíc. *non omitto*, part. 5.ª

(4) Dictamen 120, columna penúltima.

(5) Dictamen 345, *ad evidentiam*, colum. 2.ª, lib. 1.º y en el 316 que empieza *rex Romanorum*, colum. 2.ª del mismo lib. 1.º

(6) Consta por la ley *reprehendenda*, Código, tít. *de instit. et substitutionibus* extensamente comentada por Corneo, Felipe Decio siguiendo a otros autores; lo mismo consta por la ley *nepos Proculo* del Digesto, tít. *de verborum significatione* comentada por Andrés Alciato; por la ley *Lucius, secundum unum intellectum* del Digesto, tít. *de conditionibus et demonstrationibus*.

(7) Dictamen en favor del Marqués de Vélez, duda 1.ª, pág. 54.

(8) Dictamen 164 que empieza *visa bulla*, colum. 8.ª, lib. 2.º

(9) En la Clementina *pastoralis, de re iudica*.

(10) Dictamen 117 que empieza *in hac causa*, columna final, *inter consilia* de Alberto Bruni.

Et Boëtius Metro. 5. libr. 1. de Deo modulatus ait:

Omnia certo fine gubernas.

Et Titus Calpurnius eglo. 4. sic modulatur.

Deus ipse canatur

69. † *Qui populos urbesq; regit, pacemq; legatam.*

Et Horatius oda 4. lib. 3. sic canebat:

Qui terram inertem qui mare temperat

Ventosum, urbes, regnaq; tristitia

Divasq; mortalesq; turbas

Imperio, regit unus aequo.

Idem oda. 12. lib. 1.

Qui res hominum ac Deorum.

Qui mare et terras, variisq; mundum

Temperat horis

Et Boëtius Mero. 6. lib. 4.

Sed interea conditor altus

Regumq; regens

Et Silius Italicus lib. 6. bell. puni:

Iustitiae rectiq; dator qui cuncta gubernas.

Et Statius lib. 5. Theb.

Cuncta haec superum demissa suprema mente fluunt.

Tito Calpurnio se expresa así en su Égloga 4.^a:

69.

«Celebremos al mismo Dios que gobierna pueblos y ciudades y la paz civil».

Y Horacio en la oda 4.^a del libro 3.^o cantaba así:

«El que solo gobierna con justo poderío la tierra inmóvil, el mar tumultuoso, las ciudades y reinos de las sombras y a las multitudes divinas y humanas».

Y de nuevo dice en la oda 12 del libro 1.^o:

«Quien gobierna a los dioses y a los hombres, los mares y las tierras y al mundo con el curso variado de sus estaciones».

Boecio dice también en el metro 6.^o, libro 4.^o:

«Pero entretanto el Excelso Hacedor que rige los pasos de los reyes».

Silio Itálico dice en el libro 6.^o *Bell. Punicorum*:

«Dador de la justicia y de lo recto, que gobiernas todas las cosas».

También Estacio dice en el libro 5.^o de su *Tebaida*:

«Todas estas cosas dimanar de la suprema voluntad de los dioses».

Boecio dice en el Metro 9, libro 5.^o:

«Oh tú que gobiernas el mundo con eterna inteligencia».

Y Lucano en el libro 9.^o de sus *Guerras Civiles* dice:

«Dios es cuanto contemplas, y a cualquier lugar que te muevas todo es Dios».

Manilio afirma también en el libro 1.^o de su *Astronomicon*:

«Dios secretamente le sustenta (al mundo) y con ocultos resortes le gobierna».

Lucano en el libro 9.^o *Bell. civ.* dice:

«Nada hacemos sin el divino beneplácito».

70.

Pues bien, la mayor parte de estos filósofos y poetas dan a entender, no solamente que Dios todo lo puede y gobierna atendida la universalidad de las cosas, sino también que tiene cuidado y providencia de cada una en particular, de suerte que sin su providencia y beneplácito no tenga jamás realización ni aun la cosa más pequeña; lo mismo que con más claridad aún, nos enseña Cicerón (1):

«La providencia de los dioses, dice, gobierna el mundo;

(1) En el lib. 1.^o de *divinatione*.

Et Boëtius Metro. 9. libr. 5.

O qui perpetua mundum ratione gubernas

Et Lucanus lib. 9. bell. civi.

Deus est quodcumq; vides quodcumq; moveris.

Et Manilius lib. 1. astro.

Conspirat Deus & tacita ratione gubernat.

Et Lucanus lib. 9. bell. civi.

Nil agimus nisi sponte Dei.

Quorum philosophorum, & poetarum pleriq; significant

70. † non solum Deum omnia posse, & gubernare respectu universorum, sed etiam singulorum curam & providentiam habere, ut nec minima unquam res fiat nisi providentia, & sponte Dei, id quod apertius edocemur a Cicerone. i. de divini. Deorum inquit providentia mundus administratur, iidemque consulunt rebus humanis, neq; solum universis verum etiam singulis. docet etiam Salvianus libro. i. cum seq. de providentia Dei.

Quum ergo Deus ipse omnipotens nihil malum agere possit, quinimo eius omnipotentia nulla in re dilucidius inspicatur quam in eo quod malum facere nequit, quumq; ecclesiae potestas ac iurisdictio ut reliquis maior ita & Dei potentiae similior sit quam reliquorum potestates, necesse est ut a malo, laesione. iniuria, noxiaque hominum sit longe remotior, & abstinentior, neque in ulla alia re magis, aut conspectius quam in ista cognoscitur magnitudo ecclesiasticae potestatis,

los mismos dioses velan por las cosas humanas no solamente de un modo general, sino por cada una en particular». Lo que también enseña Salviano en su tratado sobre la divina Providencia (1).

Como, pues, el mismo Dios Omnipotente no pueda realizar mal alguno, más aún como en ninguna otra cosa aparece con más claridad su omnipotencia que en el hecho de no poder hacer el mal, y como por otra parte la potestad y jurisdicción de la Iglesia, así como es eminente así también sea más semejante al poder divino que las potestades de los demás, es necesario que esté mucho más apartada y que se abstenga mucho más de todo lo que es mal, perjuicio, injusticia y quebranto de los hombres; y en ninguna otra cosa se conoce más y con mayor claridad que en ésto la grandeza de la potestad y jurisdicción eclesiástica. Por consiguiente, como nadie ignore, si es que está en sano juicio, ser en extremo perjudicial el que por causa de pleitos o prebendas eclesiásticas, sean los hombres arrancados de sus provincias, según lo hemos además demostrado con la mayor claridad, y lo atestigua la voz del pueblo, que viene a ser como voz de Dios y de la naturaleza (2), síguese hallarse 71. ésto fuera de la potestad de ambas jurisdicciones, tanto de la eclesiástica como de la secular, que sólo tienen por fin el servir de defensa y ayuda y de ningún modo el perjudicar. Y ésta es y será siempre una base solidísima e inquebrantable, que es posible corroborar con más de cien ilaciones, conclusiones o deducciones que hemos expuesto por todo el contexto de este libro y del anterior.

Además correspondiendo a los príncipes seculares por derecho natural y por la potestad de la supremacía la protección y defensa de los ciudadanos, para que no experimenten daño, injuria, perjuicio o molestia indebida (según hemos demostrado por todo este libro y el precedente, en especial en el capítulo 1.º y 2.º), no puede extenderse a esta jurisdicción, como ajena que es y meramente secular, el derecho canónico que trata y discurre acerca de las prescripciones, y éste es también solidísimo argumento. 72.

En una palabra, como semejante defensa sea de derecho

(1) En el lib. 1.º y siguientes.

(2). Según lo hemos hecho ver antes en el lib. 1.º, cap. 11, núm. 54.

71. & iurisdictionis. Unde quum homines litium, aut praebendarum ecclesiasticarum causa extra provincias suas distrahi nocentissimum esse, nullus unquam modo sanus ignoret & exactissime ostenderimus & testetur † vox populi, quae veluti Dei & naturae vox est (ut capit. xi. num. 34. supra lib. i. docemur) superest id esse extra potestatem utriusq; iurisdictionis tam ecclesiasticae quam secularis, quae ad consulendum iuvandumq; non ad nocendum est, & hoc est eritq; semper solidissimum ac inconcussum fundamentum, quod comprobare fas est ex pluribus quamvis (1) centum illationibus vel collectionibus seu deductionibus quas disseruimus per totum hunc librum & praecedentem.

72. Praeterea † quum principibus secularibus iure naturali & potestatis (2) principatus competat tuitio & defensio civium, ne patiantur damnum, iniuriam, noxiam, molestiam indebitam (ut per totum hunc & praecedentem librum ostendimus, maxime cap. i. & ii.) ius canonicum de praescriptionibus loquens aut disserens ad hanc iurisdictionem utpote alienam & mere secularem trahi non potest, & hoc etiam est solidissimum fundamentum.

In summa cum talis defensio sit iuris naturalis non subiaceret legibus positivis, sive illae canonicae sint sive laicae, sicq; ut non subiaceret iuri scripto ita quoq; & longe minus subiacebit iuri consuetudinario, aut praescripto, cum id non tam ius quam iniuria iustius dicatur & re vera sit, non aliter atq; si per annos mille solitum sit furari, ut erat apud Lacedaemones aut mechari apud Persas esse, libro. ii.

(1) Ambas ediciones de Venecia y Francfort dicen *quamvis*, aunque el sentido pide que sea *quam*. (T.).

(2) *Et potestate* dice la edic. de Francfort.

natural, no está sujeta a las leyes positivas, ya sean canónicas o laicas, y por tanto así como no está sujeta al derecho escrito, así tampoco y con mucho menor motivo dependerá del derecho consuetudinario o prescrito; ya que ésto más bien que derecho debe con más propiedad llamarse injusticia y en realidad así lo es; no de otra suerte que si por el trascurso de innumerables años existiera la costumbre de robar, como sucedía entre los Lacedemonios, o de cometer adulterios como entre los Persas (según hicimos ver en el libro 2.º, §. 25, número 22 de *successionum creatione*); no por eso tales injusticias y perversidades pudieron jamás convertirse en derecho en virtud del trascurso del tiempo y es también un argumento solidísimo; porque el hurto, el adulterio, la rapiña y las restantes maldades son malas por la razón de ser perjudiciales a la república y a los particulares, y del mismo modo el que por razón de los negocios o de las prebendas eclesiásticas sean los hombres arrancados fuera de su provincia y soporten molestias, fatigas, enormes gastos, trabajos y peligros es igualmente dañoso y perjudicial en extremo tanto pública como particularmente; luego el admitir ésto sería tan perverso como el admitir los adulterios, hurtos y acciones semejantes; y por tanto será imposible el que todas estas cosas lleguen con el tiempo a justificarse, a prescribir o a convertirse en derecho. Más aún cuanto por más tiempo hayan perseverado y se hayan practicado tanto se harán más y más detestables, según lo prueba el texto en el capítulo final de *praescriptionibus*; y el doctísimo teólogo Alfonso de Castro (1) defiende que todas estas cosas no pueden prescribir por el trascurso del tiempo. Toda esta doctrina se ha de moderar, sin embargo, de tal modo que el Sumo Pontífice como cabeza de la Iglesia tenga libre facultad de tener en España un legado suyo u otra persona que gratuitamente resuelva tales asuntos en nombre y en lugar del Sumo Pontífice; y aquellos que se juzgasen con derecho corresponder al conocimiento y resolución del Sumo Pontífice o porque son en extremo raros o demasiado difíciles o por otra razón cualquiera, debemos recibir también su solución gratuitamente, siempre que no le falte el oportuno sostenimiento y sustento, cesando todo excesivo fausto.

(1) *De potestate legis poenalis*, cap. 14, lib. 2.º

§. xv. de succ. crea. numer. 22. ostendimus, quae iniuria & mala vi temporis in ius converti nunquam potuerunt, & hoc etiam est solidissimum fundamentum, nam & furtum, adulterium, rapina & reliqua facinora ideo mala sunt quod reipublicae vel privatis noxia, & similiter quod negotiorum, aut praebendarum ecclesiasticarum causa, extra provinciam suam homines trahantur & molestias, erumnas, impensas immensas, labores, pericula subeant similiter publice & privatim noxium & nocentissimum est, ergo non minus id admittere flagitiosum erit quam admittere adulteria, furtum & similia, sicq; isthaec omnia tempore iustificari, praescribi, aut in ius converti impossibile erit. Quinimo quanto diutius duraverint & in usu fuerint, tanto magis, ac magis turpiora fient arg. text. in cap. fi. de praescrip. quae omnia tempore praescribi non posse docet doctiss. Theol. Alphons. de Castro de potestate legis poenal. c. xiiii. lib. ii. Quae omnia sic temperanda sunt ut summo Pontifici ut capiti ecclesiae liberum sit suum legatum Hispaniae tenere, vel aliam personam qui gratis ea expediat nomine & vice summi Pontificis quae vel quia rarissima & nimis ardua vel alia ratione ad summi Pontificis cognitionem & definitionem iure pertinere videbuntur, gratis accipere debemus dummodo congrua sustentatio & alimenta, cessante fastu nimio, non desinit.

Nam & retenta opinione eorum qui contendunt Imperatorem esse Dominum quoad iurisdictionem totius orbis, de cuius veritate egimus supra cap. xxi. & xxii. adhuc in provinciis a regibus eorumq; magistratibus admittunt ipsi doctores illam opinionem, tuentes omnia esse expedienda, nec lites, aut munerum officiorumve publicorum collationes aut similium, aliorumve negotiorum, ad imperatorem devenire debere, nisi forte esset quaedam iustitiae intolerabilis denegatio, aut

Porque aun admitida la opinión de quienes defienden que el Emperador es señor de todo el orbe en cuanto a la jurisdicción, doctrina de la que hemos tratado anteriormente en el capítulo 21 y 22, con todo aun los mismos doctores que tal opinión defienden, admiten que en las provincias han de resolver todos los asuntos los reyes y sus magistrados, y que no deben llevarse al Emperador los pleitos, ni las concesiones de cargos u oficios públicos u otros negocios semejantes, a no ser que tal vez se diera una intolerable denegación de la justicia, o perpetración de injusticia o cosas semejantes que por una parte encierren demasiada dificultad y por otra raras veces o casi nunca acontecen, conforme hemos visto en el cap. 21 y 22 citados.

Quede, pues, en pie esta conclusión, que el rey de España puede hacer el que la elección de beneficios y de todas las prebendas eclesiásticas se resuelvan en España, teniendo presentes las declaraciones arriba hechas; ésto en primer término. En segundo lugar que no sólo puede sino que debe hacerlo así, y en tercer lugar que si el rey descuidara ésto, tal vez podrían y aun deberían efectuarlo los mismos pueblos hispanos, conforme a la norma de la que tratamos arriba en el cap. 5.º, núm. 10 con otras anteriores y posteriores. Otras tantas conclusiones, es decir tres conclusiones semejantes deben asentarse en cuanto a los pleitos sobre negocios eclesiásticos que han de tramitarse y resolverse en España; todas las cuales conclusiones son mucho más justas tratándose de pleitos, beneficios y de las restantes prebendas eclesiásticas, que tratándose de obispados y arzobispados; ya porque de semejantes cosas se ha de tratar con mucha mayor frecuencia y por decirlo así innumerables veces al día, mientras sobre obispados y arzobispados muchas menos veces, ya también porque la grandeza de los gastos, trabajos y peligros que hay que arrostrar para presentarse en Roma, es mucho más intolerable tratándose de asuntos insignificantes o de mediana importancia que de asuntos grandes y muy productivos. Y todo cuanto hemos dicho referente a España, tendrá también aplicación en las restantes provincias que se hallan alejadas de Roma a no menor o tal vez a mayor distancia; lo mismo, aunque distaran un poco menos, si bien en las restantes provincias no aparece con tanta claridad como en España en razón de los

iniuriae illatio & similia quae & nimis ardua sunt & raro aut nunquam fere contingunt ut per d. cap. xxi. & xxii.

Sit ergo conclusio, quod Rex Hispaniae efficere potest ut beneficiorum & omnium praebendarum ecclesiasticarum electio, Hispaniae fiat, cum declarationibus de quibus supra, hoc primo. Id quod non solum efficere potest, sed etiam debet, hoc secundo. Se autem negligente populi Hispani forte id assequi & possent & deberent iuxta modum de quo supra, cap. v. nume. 10. cum praec. & seq. hoc tertio. Totidem conclusiones, hoc est, aliae tres similes conclusiones fieri debent quoad lites super negotiis ecclesiasticis Hispaniae agendis & definiendis, quae omnia longe iustiora sunt quoad lites & beneficia & reliquas praebendas ecclesiasticas, quam quoad episcopatus & archiepiscopatus, tum quod longe frequentius immo millies quotidie huiusmodi de rebus agendum est, de episcopatibus vero & archiepiscopatibus, longe rarius, tum etiam quod magnitudo expensarum, laborum & periculorum in Romam adeundo longe intolerabilior est minimis aut modicis in rebus, quam in rebus magnis & divitibus. Et quidquid circa Hispaniam dictum est procedet etiam quoad reliquas provincias quae aut non minus longe aut forte longius ab Urbe distarent, idemq; & si parum minus distarent licet in reliquis provinciis non tam expressum ut in Hispania propter sacra Concilia nominatim hac in re Hispaniae consulentia. Quae omnia S. M. Eccl. iudicio subsint.

75. Quanta † autem obligatione hasce ad res prospiciendas consulendasq; principes teneantur testetur cunctis mortalibus egregia divi Pauli sententia. i. ad Timot. cap. v. sic iudicantis. Si quis autem (inquit) suorum & maxime domesticorum curam non habet, fidem negavit & est infideli deterior.

sagrados Concilios que en España atienden expresamente tal asunto. Toda esta doctrina la someto al juicio de la Santa Madre Iglesia.

73. Cuán estrecha sea la obligación que liga a los príncipes de vigilar y mirar atentamente por estas cosas, lo atestigua a todos los hombres aquella notable sentencia de San Pablo en su 1.^a Carta a Timoteo, cap. 5.^o, al sentenciar de este modo: «mas si alguno, dice, no tiene cuidado de los suyos, principalmente de los domésticos, ha negado la fe y es peor que un infiel». Muy notable es también aquel dicho de nuestro Redentor: «porque, dice, no perdi a ninguno de aquellos que me confiaste» dando a entender claramente qué diligente cuidado de los suyos deban tener los príncipes y restantes magistrados.

74. Finalmente, aquellos santísimos padres que concurrieron al sacrosanto Ecuménico Concilio de Trento, movidos por las anteriores razones, en la sesión celebrada el día 11 de Noviembre de 1563, decretaron en el canon 20 que todos los pleitos y causas pertenecientes a la jurisdicción eclesiástica se tramitasen en las regiones correspondientes ante los ordinarios en primera instancia, a no ser que el Sumo Pontífice se hubiera reservado alguno o algunos en razón de un motivo grande, necesario y urgente; y esta excepción dió más firmeza y estabilidad a la antedicha regla y canon, tan lejos, pues, está el que éste deba reputarse debilitado por ella o enervado en lo más mínimo. Porque sabemos que el Sumo Pontífice puede con justa causa infringir toda ley positiva, ya que es un príncipe no sometido a las leyes, según veo haber sido el sentir de no pocos de los nuestros, tanto intérpretes como legisladores, según aparece en numerosas disposiciones (1). Pero esta razón nada dice con nosotros ya que se refiere al derecho civil y peculiar de los Romanos y no al derecho común, cual es el derecho divino, natural y de gentes, derechos que se han de tener presentes en estos asuntos; porque como norma general todos los príncipes están sujetos a las leyes, según con no menor utilidad

(1) En la ley *princeps legibus*, Digesto, tít. *de legibus*; en la ley *ex imperfecto*, Digesto, *de legatis*, lib. 5.^o; en la ley *ex imperfecto*, Código, tít. *de testamentis* y en el §. final de la Instituta, *quibus modis testamentum infirmetur*.

Nobilissimum est enim illud Redemptoris nostri verbum, nam quos (inquit) dedisti mihi non perdiדי quemquam ex eis, non obscure significans quantam curam suorum habere debeant principes & reliqui magistratus.

74. Deniq; † superioribus rationibus moti sanctissimi patres qui ad sacrum oecumenicum Concilium Tridentinum convenerunt in sessione quae habita fuit die novembris undecimo canone. xx. anni. 1563. definierunt ut omnes lites & causae ad ecclesiasticam iurisdictionem pertinentes agerentur in partibus coram ordinariis quoad primam instantiam, nisi forte ex magna, necessaria & urgenti causa aliquam vel aliquas summus Pontifex reservasset, quae exceptio eandem regulam & canonem firmiorem & stabiliorem reddidit, tantum abest ut illum debilitasse aut aliqua ex parte enervasse videretur: constat enim summum Pontificem ex causa posse transgredi omnem legem positivam, est enim princeps legibus solutus ut non paucis nostrorum tam interpretum quam etiam legumlatorum placuisse video l. princeps legibus, ff. de legib. l. ex imperfecto, ff. de lega. iii. l. ex imperfecto, C. de testam. §. fina. inst. quib. mod. testam. infir. sed id nihil ad nos quia est ius civile & peculiare Romanorum non autem ius commune, quale est ius divinum, naturale & gentium, de quibus iuribus hasce ad res agendum est, regulariter enim omnes principes legibus subesse non minus utiliter quam eleganter edocemur supra lib. i. cap. i. cum sequen. Neq; ad rem pertinet quod ex causa possint transgredi leges, id enim non solum possunt, sed etiam necesse habent si ea causa necessaria aut utilis sit (si modo mentem legis amplecti posthabitis ipsius verbis, legum transgressionem appellari fast est).

que claridad dejamos demostrado anteriormente (1). Sin que ofrezca ninguna dificultad el que con causa tengan facultad de violar las leyes, porque ésto no sólo pueden hacerlo, sino que están obligados a ello, si tal causa es necesaria o útil (si es que es lícito llamar violación de la ley el acomodarse a la mente de ésta, dejando a un lado la materialidad de las palabras).

Finalmente vemos que el derecho positivo ha establecido la trasgresión de todos los preceptos del derecho divino, porque manda dar muerte a los homicidas y a los demás criminales, permite la defensa aun con muerte de otro, niega que deba obedecerse a los padres al mandar éstos cosas ilícitas, autoriza a negar en ciertas ocasiones alimentos a los hijos, permite a veces el no guardar los días festivos, no prohíbe en ciertas circunstancias el apoderarse de lo ajeno, y otras muchas cosas de esta naturaleza, según podemos verlo en numerosos ejemplos tanto en la introducción de la obra de *successionum progressu* al principio, como por el contexto de casi todo el libro precedente.

La razón de estas y semejantes disposiciones es la siguiente: que en todos estos casos y en otros tales no tanto se considera violarse la misma ley divina, cuanto las palabras solamente, ya que por este medio dejando a un lado las palabras con mayor cuidado observamos y más y más velamos por el cumplimiento de la misma mente divina, ya que, según dice Cicerón en su discurso en favor de Cecina el atenerse a las palabras despreciando el espíritu de la ley, es propio del falso acusador, lo mismo que consta por el jurisconsulto (2) y más extensamente por lo que hemos expuesto antes en el cap. 30, núms. 4, 5 y 6.

A la verdad, teniendo facultad el Sumo Pontífice para violar con justa causa la ley canónica, aun cuando ésto no se hubiera hecho constar en dicho canon 20, sucede que el haberlo hecho constar así, no sólo no aumenta su potestad en tal asunto (ya que ésta le correspondía también por otro título) sino que más bien la restringe, puesto que lo que de otro modo le era lícito ejecutar más libremente, en adelante en razón de aquella cláusula, únicamente podrá ya ejecutarlo

(1) En el lib. 1.º, cap. 1.º y siguientes.

(2) En la ley *fraus* del Digesto, tít. de *legibus*.

Deniq; ius positivum omnium iuris divini praeceptorum transgressionem fecisse reperitur, iubet enim occidi homicidas & reliquos facinorosos, permittit defensionem etiam cum nece alterius, negat morigerandum esse parentibus turpia imperantibus, permittit interdum liberis alimenta denegari, dies festos interdum non coli permittit, aliena rapere aliquando non vetat, & reliqua id genus, ut multis edocemur exemplis de succ. progressu in princ. praefationis et fere per totum librum praecedentem.

Istorum & similium ratio ea est quod in omnibus his speciebus & similibus non tam ipsius legis divinae quam verborum duntaxat transgressio facta videtur, dum per hoc magis ac magis ipsam mentem divinam contemplamur ac tuemur, verbis spreitis, scriptum enim sequi, mente relicta, calumniatoris esse Cicero ait in oratione pro Cecinna, & iureconsultus in l. fraus ff. de legib. fusius per nos supra c. xxx. nu. 4. 5. 6.

75. Porro summus Pontifex cum ex causa legem transgredi posset canonicam etiam si in d. canone. xx. id expressum non fuisset, evenit ut ea expressio eius potentiam hac in re non solum non augeat (cum ipsa ei alias etiam competeret) sed potius restringat, quum quod aliter liberius agere sibi licebat, propter illam posthac adiectionem, non aliter quam ex magna necessaria urgenti; causa liberum ei erit. † Sicq; illa exceptio contra regularem sui naturam non restringit regulam, sed potius eam firmiorem stabilioremq; reddit, quod non raro fit, nam & similiter & si mandatum generale non contineat regulariter casus exigentes speciale mandatum c. qui ad agendum, de procura. tamen si dixi do tibi mandatum generale ad mea negotia, nisi quod non possis debita exigere vel transactionem litium mearum facere, per hanc

por una causa grande, necesaria y urgente. Por consiguiente, aquella excepción en contra de su ordinaria naturaleza no restringe la regla, sino que más bien le da mayor firmeza y estabilidad, cosa que no raras veces sucede. Porque del mismo modo, aunque un mandato general no abarca ordinariamente aquellos casos que exigen mandato especial (1), sin embargo, si declaré, te doy un mandato general para mis asuntos con la excepción de que no puedas reclamar las deudas, o ajustar transacción alguna en mis pleitos, por tal excepción se aumenta el mismo mandato, de suerte que se considera haber comprendido todos los casos, aun los que de otro modo exigían mandato especial, fuera de aquellos dos terminantemente excluidos, según lo resuelven, fundados en la opinión común Lupo y Domingo Geminiano (2), como también Felipe Decio (3), Alejandro (4), y Andrés Tiraqueau (5).

Pruébese lo mismo en segundo lugar, porque si un testador me legó el usufructo de una finca con la excepción de que no me fuera lícito imponer servidumbre, por ésto parece haberme legado también la propiedad, de suerte que aquella excepción «de que no me fuera lícito, etc.» aumenta, no disminuye, la disposición anterior; así lo afirman numerosos comentaristas (6); del mismo modo, pues, en nuestro caso, aquella excepción «sino en razón de una causa urgente

(1) Según el cap. *qui ad agendum, de procuratoribus*,

(2) En el citado cap. *qui ad agendum*.

(3) Comentando la ley 1.^a, núm. 31, del Digesto, tit. *de regulis iuris*. y en el cap. *consultationibus* al final de *officio delega*.

(4) Comentando la ley final, Digesto, tit. *quod quisque iuris*, y en el dictamen 36 que empieza *viso themate*; Decio cita y sigue a este autor en el cap. *cum dilecta, de confir. util. vel inut.* not. 5.^o

(5) *De utroque retract.*, pág. 78, núm. 95.

(6) Tales son: Bartolo, Baldo, Alberico, Angel y Rafael Fulgosio, comentando la ley *Proculus* del Digesto, tit. *de usufructu*; Rafael Cuma, y Luis Romano en la ley *donationes §. species* del Digesto, tit. *de donatationibus*; Alejandro en la ley *si constante* al principio, Digesto, tit. *solutio matrimonii*; Jasón en la ley *si mihi et tibi, §. in legatis*, lect. 1.^a, núm. 10, Digesto, tit. *de legatis*, lib. 1.^o; Bartolo, en la ley *ex hac*, Digesto, *de donatationibus*; Andrés Alcíato en la ley *recte diximus*, Digesto, *de verborum significatione*; Lancel. Galiula en la ley *Centurio*, núm. 465, Digesto, *de vulg. et pupillari* siguiendo la glosa del citado §. *species* y de la citada ley *Proculus*.

exceptionem ipsum mandatum augetur, ut videatur comprehendisse omnes casus etiam speciale mandatum alias exigentes, praeter illos duos nominatim exceptos, ut ex communi opinione resolvunt Lupus & Dominicus Geminianus in d. c. qui ad agendum, & Philippus Dec. in l. i. numero. 31. ff. de regulis iur. Alexand. in l. fin. ff. quod quisque iur. Philippus Decius in c. consultationibus, in fin. de offic. delega. Alex. consi. xxxvi. viso themate, quem allegat & sequitur Dec. in cap. cum dilecta, de cons. util. vel inut. v. nota. Andr. Tiraq. de utroq; retract. pag. 784. nu. 95.

Secundo facit, nam si testator legavit mihi usumfructum fundi nisi quod mihi servitutem imponere non liceat, per hoc videtur etiam proprietatem legasse, ut sic illa exceptio, nisi & c. auget non minuit dispositionem praeambulam, ita Bart. Bald. Alberi. Ange. & Raphael Fulgo. in l. Proculus, per text. ibi. ff. de usufru. Rapha. Cuman. & Ludo. Roma. in l. donationes. §. species, ff. de dona. Alex. in l. si constante, in princ. ff. sol. matri. las. in l. si mihi & tibi. §. in legatis, lect. i. num. 10. ff. de lega. i. Bart. in l. ex hac, ff. de dona. Andr. Alc. in l. recte dicimus, ff. de verb. sign. Lancel. Gالياula in l. Centurio, num. 465. ff. de vulga. & pupilla. post Glo. in d. §. species, & in d. l. Proculus. sic ergo & in proposito illa exceptio, nisi ex urgenti & necessaria causa & c. auget ipsam regulam negativam praeambulam, ne alias nihil operaretur, auget (inquam) ut regula illa negativa ne causae litesq; ab ordinariis provinciarum in prima instantia extrahantur ad Romamve revocentur, intelligatur ut non fiat etiam ex causa, nisi ea causa fuerit non iusta solum, verumurgens quoq; & necessaria.

Tertio confirmatur, nam iidem doctores proxime relati tenent, talem exceptionem similiter augere, quando diceret

y necesaria, etc.» aumenta la norma negativa anterior de que en otro caso nada ejecutase; aumenta, repito, el que aquella norma negativa de que las causas y pleitos no se saquen en primera instancia de los ordinarios de las provincias y se lleven a Roma, se entienda el que no se efectúe aun existiendo causa, si ésta no fuere no solamente justa, sino también urgente y necesaria.

Pruébese también en tercer lugar, porque aquellos mismos doctores últimamente citados defienden que semejante excepción aumenta del mismo modo cuando el testador dijera, te dejo el usufructo de la casa con la excepción de que no puedas elevarla más, porque por tales palabras parece legar también la propiedad, pues de otra suerte nada produciría aquella excepción que tácitamente estaba allí contenida.

Pruébese en cuarto lugar, porque si el testador declaró, lego a Ticio el usufructo con la excepción de que no pueda enajenar el legado, por tales palabras parece legarle también la propiedad, pues de otro modo nada produciría aquella excepción; y de este modo al expresarse dicha excepción que tácitamente estaba incluida produce el que se amplíe la anterior disposición, conforme a la común opinión que defienden Baldo (1), Alejandro (2), Angel y Fulgosio (3) como también otros muchos autores que dejo citados en la obra *de successionum creatione* (4); del mismo modo en nuestro caso, aquella excepción de que el Papa por justo motivo pueda reclamar tales causas se contenía tácitamente (según hemos dicho) y al expresarla manifiestamente aumenta la regla negativa precedente, pues de otro modo nada causaría; porque aunque se hubiera definido el que tales pleitos no se llevaran a la Curia romana, y que no se siguiera ulterior proceso, con todo tácitamente se entendería, a no ser que por justa causa al Sumo Pontífice le pareciera lo contrario; pero ahora en razón de dicha cláusula sucede que aunque le

(1) En la citada ley *Proculus*.

(2) En la citada ley *si constante*.

(3) En la misma ley *Proculus*.

(4) En el §. 9, núm. 8, versfc. *secundo intelligitur*.

testator, lego domus usumfructum nisi quod eam altius elevare nequeas, nam per hoc ne nihil ea exceptio, quae facite inerat, operetur, videtur etiam proprietatem legare.

Quarto facit, nam si testator dixit, lego Titio usumfructum, nisi quod non possit rem alienare, per hoc videtur etiam proprietatem legare, ne alias, nihil ea exceptio operetur, sicq; talis exceptio eo quod facite inerat, expressa operatur, ut augeatur praeambula dispositio ut est communis opinio quam tenent Bal. in d. l. Proculus. Alex. in d. l. si constante. Ange. & Fulg. in d. l. Proculus, & alii quamplures quos allegavi de succ. creat. §. ix. nu. 8. versi. secundo intelligitur, sic ergo & hic illa exceptio ut Papa tales causas ex iusta causa revocare posset, facite inerat (ut dixi) sicque expressa, ne nihil operetur, auget ipsam regulam negativam praeambulam, nam & si sancitum fuisset ne tales lites ad curiam revocentur, nec ultra processum esset, tunc facite intelligeretur, nisi ex causa contrarium summo Pontifici visum fuisset, nunc propter illam adiectionem fit, ut etiam si ei ex causa contrarium visum sit, adhuc id fieri non debeat, nisi ea causa sit non solum iusta, sed etiamurgens & necessaria, qualis esset (ut sanctissimis patribus hanc rem definientibus in eo sacro Concilio cui nos quoque interfuimus tunc videbatur) si forte causa ageretur inter reges Castellae & Lusitaniae, vel inter regem & reginam vel inter eos & filium primogenitum & caetera id genus, in quibus verisimiliter in partibus non esset potestas, aut libertas iustitiam faciendi, non sic si inter concives ageretur utcunque procures, quibus potentia non esset resistendi principibus suis iustitiam facientibus vel tuentibus eos magistratus qui iustitiam administrarent aut ius redderent.

Ad superius acta iustificanda, dum exceptionem interdum

parezca lo contrario por justo motivo, todavía no deba realizarlo, a no ser que dicha causa sea no solamente justa, sino también urgente y necesaria, cual sería (según el parecer de aquellos santísimos padres que definieron esta cuestión en el sacrosanto Concilio de Trento en el que también nosotros tomamos parte), si tal vez la causa se promoviese entre los reyes de Castilla y de Portugal, o entre el rey y la reina, o entre éstos y su hijo primogénito o en casos parecidos, en los cuales verosimilmente no habría ni facultad ni libertad de hacer justicia en las provincias respectivas; cosa que no sucedería si se pleitease entre conciudadanos aun cuando fueran nobles que no tuvieran poder para resistir a sus reyes al hacer éstos justicia o al proteger a aquellos magistrados que administraran justicia o declararan el derecho de cada uno.

Para justificar la doctrina arriba tratada al afirmar que la excepción aumenta a veces la regla, pues de otro modo nada causaría, pueden añadirse más de sesenta semejanzas con las cuales ilustramos esta regla al comentar la ley *si quando*, al principio, Código, título *de inofficioso testamento*.

Finalmente, de ningún modo les es lícito a los príncipes el dispensar acerca de esta ley, de no sacar en absoluto los pleitos de las provincias respectivas, fuera del caso en que, aun cuando ellos quisieran pasarlo por alto, no pudieran sin grave pecado. Lo mismo hemos ya visto anteriormente (1) tratándose de cosas semejantes y de leyes que abiertamente tienden al bien público y al recto gobierno.

Finalmente, es cosa manifiesta que los mismos derechos y razones tienen también cumplimiento, cuando se trata de sacar de su lugar los espolios de los obispos (2), las quinceavas partes, los frutos de las iglesias vacantes, las medias anatas (como vulgarmente se llaman) las composi-

(1) En el libro 1.º, caps. 25, 26 y 27.

(2) Se llama *espolio* el conjunto de bienes que quedan por muerte de un prelado o religioso.

regulam augere, ne aliter nihil operetur, addere licet plura quam sexaginta similia quibus hanc regulam ornavimus in l. si quando, in principio. C. de inofficioso testamento.

Deniq; cum hac lege de litibus a provinciis minime extrahendis, dispensare minime liceret principibus, nisi quando id etiam si praetermittere vellent non possent sine gravi peccato. Idemq; in similibus rebus & legibus quae perspicue bonum publicum & rectam gubernationem intuentur non parum utiliter edocemur supra lib. i. c. xxv. xxvi. xxvii.

Postremo eadem iura & rationes militare in spoliis episcoporum, in quindeniiis; in fructibus ecclesiarum vacantium, in mediis annatis (ut vulgo nominatur), in compositionibus reliquisq; similibus impositionibus removendis, in comperto est, praesertim cum omnes redditus ecclesiastici ex collationibus fidelium procedant ad sustentationem ecclesiarum ecclesiasticarumq; personarum, ita ut si quid superest pauperibus distribuatur, ergo sive tales impositiones auferant de eo quod clericis necessarium erat, id inhumanum & contra ius naturale est, sive auferant de eo quod supererat, longe turpius est, cum id (utpote quod pauperibus elargiendum erat) ipsis pauperibus ademptum videatur ut plene peregrinus de succ. crea. §. xxii. num. 57. & núm. 40. cum seq. plu.

76. Deniq; † huiusmodi iniqua onera esse contra omne ius omnemp; rationem multis nominibus plusquam manifestum fit, primum, quia nocet fidelibus ex quorum piis collationibus ecclesiasticae personae aluntur & suslinentur quatenus necessitas & congrua mensura expetit, sicq; quidquid eis adimitur id ab ipsis fidelibus ut suppleatur necesse est, sicque plus aequo onerantur, contra rectam iustitiam & naturalem rationem & contra nobilissimum illud iuris tam Dei quam naturae

ciones y demás imposiciones semejantes, principalmente teniendo en cuenta que los réditos eclesiásticos tienen su origen en las aportaciones de los fieles para el sostenimiento de las iglesias y de las personas eclesiásticas, de tal suerte que si algo queda sobrante se distribuya entre los pobres; luego en el primer caso, si tales imposiciones quitan parte de lo que era necesario a los clérigos sería esto inhumano y contrario al derecho natural, o en el segundo, si lo toman de lo que quedaba sobrante, sería aún mucho más reprehensible, ya que ésto (como parte que debía distribuirse entre los pobres) parecería quitado a los mismos pobres, según con toda extensión lo hemos tratado en la obra *de successionum creatione* (1).

Finalmente, que semejantes cargas injustas, sean contrarias a todo derecho y a toda razón, es más que manifiesto por muchos títulos. Primeramente porque causa perjuicio a los mismos fieles, de cuyas piadosas aportaciones reciben alimento y sostenimiento las personas eclesiásticas en cuanto lo exige la necesidad y dentro de una medida decorosa; y por consiguiente, cuanto a éstos se les quita es necesario que lo suplan los mismos fieles, quienes por tanto se ven sobrecargados más de lo justo contra la recta justicia y la razón natural y contra aquel notabilísimo precepto tanto del derecho divino, como del derecho natural que dicta, el que no hagamos a otro lo que no queremos se nos haga a nosotros mismos.

76.

En segundo lugar, porque no habrá quien no vea cuán perjudicial sea ésto a los mismos clérigos, ya que o se les priva de los alimentos necesarios o por lo menos se les disminuye dañosamente, cosa contraria al derecho natural que enseña, que atendido tal derecho son debidos los alimentos, y que nadie milita a sus propias expensas, y que el mercenario es merecedor de su íntegro salario, no de un

(1) En el §. 22, núm. 57, como también en el núm. 40 y en otros muchos posteriores.

praeceptum, quod dictat, ut alteri non faciamus quod nobis fieri nolumus.

Deinde quia id ipsis clericis quam noxium sit nullus non videt, cum alimenta sibi necessaria adimantur aut noxie minuantur id quod iuri naturae adversum est, quod edocet alimenta iure illo deberi neminemque militare suis stipendiis, dignumq; esse mercenarium integra mercede sua, non deminuta, ut isthaec & alia multa huc spectantia disseruimus plene supra libr. i. capit. xix. cum pluribus sequentibus & capitu. i.

Tertio quia pauperibus quibus dandum est quod superest ex redditibus ecclesiasticis id nocivum esse constat, quantum enim istorum indebitorum onerum causa ecclesiasticis rapitur, tantum ipsis pauperibus adimitur, id quod contra ius divinum esse in comperto est, ut dictis locis tradidimus.

Quarto quia ut iisdem in locis attigimus cuiusq; regionis fructus ad personarum ibi commorantium alimenta natura spectant.

Postremo propterea quod omnis potestas & iurisdictio est ad meram civium non etiam regentium utilitatem, sicq; huiusmodi illicitae exactiones suapte natura illicitae, longe turpieres sunt quando fiunt ab ipsismet tuitoribus (quales principes esse deberent) quam si ab aliis fierent, praesertim si tales principes ecclesiastici sint (qui ut supra nume. 55. ostendimus reliquis iustiores esse debeant) tunc enim summum turpitudinis gradum ea improba onera attingisse viderentur, ut id malum quo ulterius progrediatur non habeat, & quo diutius perduraverit eo in dies inhonestius videbitur, tantum abest ut praescribi possit, ut supra quoque ostendimus.

In summa his rationibus moti sacri canoniciq; iuris conditores isthaec omnia sanctissime vetarunt ac damnarunt

salario disminuido, razones éstas que, con otras muchas conducentes a este propósito, hemos expuesto con toda extensión anteriormente (1).

En tercer lugar porque es manifiesto ser perjudicial para los pobres, a quienes se ha de distribuir lo que sobra de los réditos eclesiásticos, porque cuanto se arrebató a los eclesiásticos por causa de estas cargas indebidas, tanto se quita a los mismos pobres, lo que es evidente ser contra el derecho divino, según lo hicimos ver en los citados lugares.

En cuarto lugar porque, según tocamos de paso en dichos lugares, los frutos de cada región se encaminan naturalmente al sustento de las personas que en tales regiones viven.

Finalmente, por la razón de que toda potestad y jurisdicción tiene por fin la exclusiva utilidad de los ciudadanos y no la de los gobernantes, y por tanto semejantes ilícitas exacciones, ilícitas ya por su misma naturaleza, son aún mucho más vituperables si quienes las ejercen son los mismos defensores (cuales deberían ser los príncipes) que si las realizaran otras personas, sobre todo si tales príncipes son eclesiásticos (quienes según hemos demostrado anteriormente en el núm. 55, deben aventajar en justicia a los demás) porque en tal caso tan ímprobos cargas parecen haber llegado a tal extremo de perversidad, que es ya imposible el que pueda llegar a más tal maldad, y cuanto por más tiempo haya perdurado, tanto se reputará más vituperable de día en día. Tan lejos está de poder prescribir con la duración, según también lo hemos demostrado arriba.

En una palabra, movidos por tales razones los autores del derecho sagrado y canónico, prohibieron y condenaron santísimamente todas las dichas cargas, no tanto creando un nuevo derecho en esta materia, cuanto repitiendo y declarando un derecho divino y natural, de suerte que la trasgresión de este derecho se reputa triple, ya que lo es, no

(1) En el lib. 1.º, cap. 19 y en otros posteriores, como también en el cap. 1.º

non tan novum ius hac in re inducentes quam ius divinum & naturale repetentes ac declarantes ut sic transgressio istius iuris tergemina esse intelligatur, non solum iuris divini, & naturalis verum iuris quoque positivi, non secus quam si nunc facinorosus quispiam homicidium iniuria perpetrasset, qui licet incideret in legem Corneliam de sicariis, ut ff. & C. ad legem Corne. de sic. non ideo minus etiam incidisse videretur in divinum illud decalogi praeceptum de non occidendo, & iuris similiter naturae violator existeret, ut in l. ut vim. ff. de iust. & iure, nec enim iuris divini & naturalis, id esse desiit propterea quod iure quoque positivo, idem cautum promissumq; fuerit, ut dixi, supra nu. 51. Ista haec autem quae iniuria, impia, aut inqua sunt nullo tempore praescribi posse etiam mille aut decem millia annorum communis opi. est tam iuris professorum, quam theologorum ut per Gloss. in c. inter caetera, xvi. q. iii. & per Franc. Balb. de praescrip. in v. part. v. partis princ. q. xi. Alphonsus de Castro theologorum dissertissimus de potestate legis poenalis lib. ii. c. xliii. & theologorum nostrae tempestatis summus Dominicus Sotus de iust. & iure lib. iii. q. vi. art. ii. vers. nona conclusio.

77.

sólo del derecho divino y natural, sino también del derecho positivo; del mismo modo que si ahora un criminal cometiera injustamente un homicidio, aun cuando incurriría en la ley Cornelia *de siccariis* (1), no menos por eso dejaría también de incurrir en aquel divino precepto del Decálogo de no matar, y a la vez sería trasgresor del derecho natural (2); porque no deja tal precepto de ser de derecho divino y natural, por la razón de haber sido también dispuesto y preceptuado por el derecho positivo, según lo expusimos arriba en el número 51. Ahora bien, todas estas cosas que son injuriosas, perversas o injustas, es común opinión, tanto de los jurisconsultos, como de los teólogos, que no pueden prescribir por ningún transcurso de tiempo, aunque sea de mil y aun de diez mil años, según consta por la glosa del capítulo *inter caetera* (3), por Francisco Balbo (4); lo mismo que expone el elocuentísimo Alfonso de Castro (5) y el más consumado teólogo de nuestros tiempos Domingo Soto (6).

77.

(1) Según consta en el Código y Digesto en el tít. *ad legem Corneliam de siccariis*.

(2) Según consta por la ley *ut vim* del Digesto, tít. *de iustitia et iure*.

(3) Cap. 16, cuest. 3.^a

(4) *De praescriptione* en la 5.^a parte, 5 *partis princ.*, cuest. 11.

(5) *De potestate legis poenalis*, lib. 2.^o, cap. 14.

(6) *De iustitia et iure*, lib. 3.^o, cuest. 6.^a, art. 2.^o, versic. *nona conclusio*.

CAPVT LI

SUMMAE

1. **P***raescriptio an sit contra aequitatem naturalem, ardua quaestio.*
2. *Meum mihi invito ut iniquum est adimi, ita aequum me volente.*
3. *Praescribi qui rem suam patitur eam concedere videtur.*
4. *Animus hominis solis iudiciis colligitur.*
5. *Verborum ministerium.*
6. *Facti apellatione & non factum venit.*
7. *Poenis sponte subiicimur.*
8. *Prodigere nostra possumus.*
9. *Praescriptionum leges nos ex nostro consensu ligant, sicq; naturaliter et veluti ex contractu.*
10. *Lex est ut contractus.*
11. *Incertus eventus removet laesionem interpretaetive.*
12. *Lites breviari expedit reipublicae et principaliter.*
13. *Locupletari aliena iactura nisi sit iniuriosa iniquum non est, cum Cag. contra Decium.*
14. *Praescriptiones etiam contra ignorantes non sunt iniquae, contra communem.*
15. *Praescriptio sapit naturam pacti etiam contra ignorantes, contra Gloss. Bal. Fulg. & Barb.*

CAPÍTULO LII

SUMARIO

- La prescripción, ¿es contraria a la equidad natural? Cuestión importante. 1.
- Así como es injusto el quitarme, contra mi voluntad, una cosa que me pertenece, así es cosa justa siendo con mi consentimiento. 2.
- Quien consiente que una cosa suya incurra en prescripción parece concederla voluntariamente. 3.
- La voluntad humana no nos consta con certeza. 4.
- ¿Qué oficio desempeñan las palabras? 5.
- Con el nombre de *hecho*, se comprende también la *omisión del hecho*. 6.
- La sumisión a las penas es voluntaria. 7.
- Podemos malversar nuestros propios bienes. 8.
- Las leyes de las prescripciones nos obligan por nuestro propio consentimiento y por tanto con obligación natural y como nacida de contrato. 9.
- La ley es como un contrato. 10.
- La razón de daño desaparece, según el humano sentir, por lo incierto del suceso futuro. 11.
- A la república le interesa, aun como principal, el que se acorten los pleitos. 12.
- El enriquecerse con el quebranto de otro no es cosa inicua a no ser que intervenga injusticia, con Cagnolo en contra de Decio. 13.
- Las prescripciones, aun contra quien no tiene conocimiento de ellas, no son injustas; contra la común opinión. 14.
- La prescripción, aun contra quienes la desconocen, reviste la naturaleza de un pacto; contra la glosa, Baldo, Fulgosio y y el de Barbatia. 15.

16. *Praescriptio an sponte patientis accidere dicatur, ardua quaestio.*
17. *Poenae, ut consensum dedisse videamur.*
18. *Ius accrescendi est lucrum simile praescriptionis lucro.*
19. *Contrahentium tam amittens, quam lucrans consentire dicuntur.*
20. *Praescriptionem repellere non potest arbiter assumptus ut secundum aequitatem iudicet, ardua quaestio.*
21. *Intellectus auth. ut eccle. Rom. §. habeat.*



1.

UO ad quintum, nempe † utrum praescriptio sit contra ius, vel saltem contra aequitatem naturalem, non levis controversia est, nam partem affirmativam ut contra aequitatem naturalem esse videatur affirmat esse communem opinionem iurisperitorum Ioannes Andreae de regulis iuris capitu. possessor. post princip. versicu. ex quibus omnibus. Sed Hieronymus Cagnolus in l. iure naturae, numero quarto, ff. de regulis iuris ait, communem esse sententiam, ut non dicatur, contra ius aut aequitatem naturalem, sed praeter ius, & aequitatem naturalem: priorem tamen partem affirmativam tenent Angelus, & Alexand. qui alios allegat in leg. possessio quoque, §. etsi possessio. ff. de acquiren. possessio. pro qua etiam parte arguit Bald. in l. fina. in repeti. colum. v. C. de longi tempo. praescript. Partem tamen negativam, ut non sit contra naturalem aequitatem tenent Ioannes Andreae post Gerardum de Senis, quem ipse allegat, & Petrus Anchara. & Philippus Francus in dict. capitu. possessor ubi etiam novissimi, & in hac sententia videtur residere Franciscus Balbus de praescript. par. i. q. v. qua de re plene per Felynum, & Philippum

- ¿Se ha de decir que la prescripción tiene lugar con el beneplácito de quien sufre el daño? Cuestión importante. 16.
- ¿En qué sentido se dice haber dado nuestro consentimiento a la pena? 17.
- El derecho de acrecer es un lucro semejante al lucro de la prescripción. 18.
- Entre los contratantes, tanto el que gana como el que pierde, se reputa dar su consentimiento. 19.
- El árbitro elegido para que juzgue conforme a justicia, no puede rechazar la prescripción. Cuestión difícil. 20.
- Sentido de la autent. *ut eccles. Rom.*, §. *habeat*. 21.

En cuanto al quinto punto, a saber, si la prescripción es contraria al derecho o por lo menos a la equidad natural, existe no pequeña controversia; porque la parte afirmativa, es decir, que parece ser contraria a la equidad natural, dice Juan Andrés (1), ser común opinión de los jurisperitos. Pero Jerónimo Cagnolo (2), afirma ser sentir común de los doctores que no deba decirse contrario al derecho o equidad natural, sino fuera del derecho y equidad natural; sin embargo, la opinión primera afirmativa la defienden Angel y Alejandro, quien cita a otros autores (3); en favor de la misma opinión argumenta también Baldo (4). Con todo, la parte negativa, es decir, que no es contra la natural equidad, la sostienen Juan Andrés, siguiendo el sentir de Gerardo de Sena, a quien cita, Pedro de Ancarano y Felipe Franco al comentar el citado capítulo *possessor*, como también otros contemporáneos al tratar del mismo capítulo; esta misma opinión parece patrocinar Francisco Balbo (5). De esta materia tratan extensamente Felino, Felipe Decio (6) y los docto-

(1) *De regulis iuris*, cap. *possessor*, post. *princ.*, versic. *ex quibus omnibus*.

(2) Comentando la ley *iure naturae*, núm. 4.º, Digesto, tít. *de regulis iuris*.

(3) Al comentar la ley *possessio quoque* en el §. *etsi possessio*, Digesto, tít. *de acquirenda possessione*.

(4) En la ley final de la citada colum. 5.ª, Código, tít. *de longi temporis praescriptione*.

(5) *De praescriptione*, parte 1.ª, cuestión 5.ª

(6) En la rúbrica *de praescriptione*.

Decium in rubri. de praescript. & per Doctores post Gloss. ibi in capitu. ius naturale. i. distincti. quamvis ea Gloss. teneat partem affirmativam per las. in l. placuit, C. de iudic. per eundem laso. post alios in l. nam hoc natura. ff. de condi. indebi. per Bar. & Claudium & alios in l. ex hoc iure, ff. de iust. & iur. & quod sit contra aequitatem naturalem firmat Bald. in l. ancillae. col. ii. C. de furt. & Azo in summa. C. pro empto. col. i. in pr.

2. Quid dicendum † & sane ipsa veritas est non esse contra ius aut aequitatem naturalem quinimo omni iuri & aequitati arridet, tantum abest ut adversari videatur, nam quanvis iure naturae iniquum sit alterum alterius iactura & iniuria locupletem fieri l. iure naturae. supra alleg. l. nam hoc. ff. de condit. indebit. cap. locuplectari de regu. iuris libr. vi. & iuris praeceptum sit alterum non laedere l. iustitia. ii. resp. ff. de iust. & iur. §. iuris praecepta. inst. eod. tit. & iuris divini & naturalis praeceptum est, ut quod tibi non vis alteri non facias, ut per Cagnolum ubi supra ad fin. tamen haec omnia moderantur, & cessant ex voluntate & concessione ipsius domini: quia tunc ex diverso nihil tam naturali aequitati convenit quam voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam esse, ita ait tex. in §. per traditionem, inst. de rerum divi. l. nemo. ff. de pact. l. i. C. de sacr. eccl. l. traditio. ff. de acqui. rerum domi. l. traditionibus. C. de pactis: nec refert ea voluntas expressa an tantum tacita sit. l. certum. ff. si cer. pet. l. cum ex filio, ubi multa per laso. in prin. ff. de vulg. l. i. ubi per las. C. qui admitt.

res siguiendo la glosa del capítulo *ius naturale*, distinción 1.^a; aunque dicha glosa defiende la parte afirmativa, según el sentir de Jasón (1), de Bartolo, de Claudio y otros autores (2); que sea contra la equidad natural lo sostienen Baldo (3) y Azón (4).

¿Qué solución hemos de dar? Ciertamente es una verdad manifiesta, no ser tal prescripción contraria al derecho o equidad natural; más aún, es conforme a todo derecho y equidad; tan lejos está el que deba considerarse contraria a ellos. Porque si bien, según el derecho natural, es injusto el que uno aumente su patrimonio a expensas del daño e injuria de otro (5); y aunque es uno de los preceptos del derecho, el no perjudicar a otro (6), y es precepto del derecho a la vez divino y natural, el no hacer a otro lo que no se quiere para uno mismo (7), sin embargo, todos ellos se restringen y cesan por voluntad y concesión del mismo dueño; ya que entonces por el contrario nada hay tan conforme con la equidad natural como el que se tenga por válida la voluntad del dueño que quiere transferir a otro una cosa suya, según consta por el §. *per traditionem* de la Instituta *de rerum divissione* (8); sin que haga al caso el que tal voluntad sea expresa o bien tácita, según consta por varias leyes (9).

Ni existe duda alguna de que, según la interpretación de

2.

3.

(1) Comentando la ley *placuit* del Código, tít. *de iudiciis*, como también siguiendo a otros autores en la ley *nam hoc natura* del Digesto, tít. *de conditione indebiti*.

(2) Acerca de la ley *ex hoc iure*, Digesto, *de iustitia et iure*.

(3) En la ley *ancillae*, colum. 2.^a, Código, tít. *de furtis*.

(4) *In Summa*, Código, *pro empto*, colum. 1.^a, al principio.

(5) Según consta por la citada ley *iure naturae* del Digesto y por la ley *nam hoc* del mismo Digesto, tít. *de conditione indebiti*, cap. *locupletari de regulis iuris*, lib. 6.^o

(6) Según la ley *iustitia*, 2.^a resp., Digesto, tít. *de iustitia et iure* y el §. *iuris praecepta*, Instituta del mismo título.

(7) Conforme lo expone Cagnolo en el lugar antes citado al final.

(8) En el §. 40; lo mismo consta por la ley *nemo*, Digesto, *de pactis*; por la ley 1.^a del Código, tít. *de sacros. ecclesiis*; por la ley *traditio*, Digesto, tít. *de acquirendo rerum dominio* y por la ley *traditionibus*, Código, *de pactis*.

(9) Así por la ley *certum*, Digesto, tít. *si certum petatur*; por la ley *cum ex filio*, Digesto, tít. *de vulgari*, sobre la que extensamente trata Jasón, por la ley 1.^a, Código, tít. *qui admitti*, comentada por Jasón, y por la notable glosa de la ley 2.^a, §. *sed quia veremur* del Código, tít. *de iureiur. propter calum*, sobre la que tratan todos los comentaristas.

glo. not. ubi per omnes in l. ii. §. sed quia veremur. C. de iur. cal.

3. † Nec dubium est quin ex legis interpretatione qui rem suam per tempus a lege definitum ab alio possideri patitur, is alienasse eam videatur, vel pro derelicto eam habendo, vel eam possessori concedendo. l. alienationis verbum. ff. de verb. signi. ibi, vix est enim ut non videatur alienare. & c. iuncta.
4. l. i. & ii. ff. pro dereli. nec ad rem pertinet † quod forte domini animus diversus fuit, nam & similiter qui expressis verbis se rem suam mihi concedere ait, forte diversum animum habuit arg. l. divus. ff. de mili. texta. §. plane, inst. eod. tit. l. an inutilis. ff. de accept. l. non solum. ff. de act. & oblig. l. non figura. eod. tit. l. haeredes mei. §. cum ita. ff. ad Treb. voluntas enim hominis soli Deo certa esse potest, &
5. praeterea nemini, † nam & ipsa verba indicia tantum non etiam certitudo sunt nostrae voluntatis. l. Labeo. ff. de supel. lega. Id quod eleganter Cicero definivit in oratione pro Cecina. Verba, inquit, reperta sunt quae indicarent non quae impedirent nostram voluntatem, perpende verbum indicarent, unde nec etiam scriptura intelligitur nostram voluntatem certo declarare sed tantum indicare verosimiliter. d. l. non figura, unde eleganter idem Cicero ubi supra ait: scriptum sequi calumniatoris est, boni vero iudicis voluntatem scriptoris defendere. Cum ergo qui rem suam praescribi patitur eius alienationi consentire videatur, succedit regula quod damnum quod quis sua culpa patitur sibi & non alii debet imputare. c. damnum, de reg. iur. lib. vi. Nec dubium est,

la ley, quien consiente que una cosa suya esté en posesión de otro durante el tiempo señalado por la ley, se reputa haberla enajenado, o bien abandonándola con ánimo de no retener el dominio, o bien concediéndola al poseedor (1); ni ofrece dificultad alguna el que tal vez fuera otra la intención del dueño, porque del mismo modo quien dice con palabras expresas que me concede una cosa suya, tal vez fué otra su intención, conforme aparece por varias disposiciones legales (2). Porque la voluntad del hombre a solo Dios y a nadie más le consta de un modo cierto; ya que las mismas palabras sólo son un indicio, no una certeza de nuestra voluntad (3); lo mismo que elegantemente declaró Cicerón en su discurso en favor de Cecina: «las palabras, dice, se inventaron para indicar nuestra voluntad, no para impedirla». Donde has de ponderar la palabra *indicarent*; por lo que ni aun la misma escritura se considera declarar ciertamente nuestra voluntad sino sólo indicarla verosimilmente (4), por lo que el mismo Cicerón, en el lugar citado, dice elegantemente: «propio es del falso acusador el sujetarse a lo escrito, mas propio es del buen juez el defender la voluntad de quien dió el escrito». Como, pues, quien consiente el que una cosa suya incurra en prescripción, parezca consentir en su enajenación, tiene ya lugar aquella regla, que el daño que uno por propia culpa experimenta, a sí mismo y a nadie más debe imputarlo (5).

4.

5.

Ni hay tampoco la menor duda de que, si bien no se nos puede quitar lo que es nuestro, sin acto nuestro (6), sin embargo, en el término *acto*, se incluye también el *no acto* [u omisión del acto] según el sentir de Felipe Decio al comentar el §. *si uxor* de la Instituta *de nuptiis*, en las

(1) Según consta por la ley *alienationis verbum*, Digesto, tít. *de verborum significatione* en las palabras «pues apenas se puede decir que no enajena el que permite la usucapión»; por el cap. *iuncta* y por las leyes 1.^a y 2.^a del Digesto en el tít. *pro derelicto*.

(2) Pruébalo la ley *divus*, Digesto, *de militari testamento*; el §. *plane* de la Instituta del mismo título; la ley *an inutilis* del Digesto, tít. *de acceptilatione*; la ley *non solum*, Digesto, tít. *de actionibus et obligationibus*; la ley *non figura* del mismo título; la ley *haeredes mei*, §. *cum ita*, Digesto, tít. *ad Trebellianum*.

(3) Véase la ley *Labeo* del Digesto, tít. *de suppellectile legata*.

(4) Véase la citada ley *non figura*.

(5) Según el cap. *damnum, de regulis iuris*, lib. 6.^o

(6) Conforme consta por la ley *id quod nostrum*, Digesto, *de regulis iuris*.

- quin id quod nostrum est licet sine facto nostro a nobis
6. avelli nequeat. l. id quod nostrum. ff. de reg. iur. † tamen appellatione facti etiam non factum continetur, secundum Philippum Decium ibi per §. si uxor. inst. de nupti. ibi, melius facerent si se abstinerent, l. in facto. ff. de condi. & demon. facit l. cum de in rem verso. ff. de usuris & quae plene habentur per Glo. & omnes in l. si certis annis. C. de pact. l. si quis diutino. ff. si ser. vendi. ergo ex facto ipsius dominium rei suae abs se recessit interpretative. Id quod sufficit; quia ut iam ostendimus, humana cognitio quoad hominum voluntates secundum interpretationem tantum non secundum certam scientiam procedit. Quinimo (quod plus
7. est) † etiam is qui deliquit rerum suarum amissioni & poenae consentire videtur: ut ff. de iure fisci. l. Imperatores, ibi. te huic poenae subdidisti. l. fin. C. ad legem Iuliam maiest. ibi, quodammodo sua mente punitur, tradit Angelus in §. furto- rum, inst. de oblig. ex malefi. las. in l. i. §. sublata tam in prima quam in secunda lectura. ff. ad Trebellian. Florianus in l. inde Neratius. §. fi. ff. ad leg. Aquil. dixi plene de succ. crea. lib. i. §. x. ad finem num. 665. Fit enim ea legis interpretatio ut is praesumatur maluisse rerum suarum domi- nio carere. quam a maleficio abstinere, ut dictis legibus: quanto ergo iustius in specie nostra interpretatur lex, ut qui rem suam per tantum tempus patitur ab alio possideri malue- rit aut maluisse videatur rei suae dominio carere, quam eam accipere, sive eo quod liberalitatem in possessorem exercere velit iuxta titulos. ff. C. & instit. & in decreta. de donatio. sive quod eam rem pro derelicto habere voluerit, id quod
8. licet ut, l. prima & secunda. pro dereli. † Cum & res nostras possimus prodigere aut eis abuti. l. sed & si lege. §. con- sultuit, ff. de pet. haered. ibi, dum re sua se abuti putant.

palabras «mejor harían si se abstuvieran», y conforme a otras disposiciones legales (1); luego, por un acto del dueño, la propiedad de una cosa suya se apartó interpretativamente de él. Lo que es suficiente, porque según hemos ya demostrado, el humano conocimiento, en lo que se refiere a las voluntades de los hombres, se extiende solamente a un conocimiento interpretativo, pero no a una ciencia cierta. Más aún (cosa mucho más difícil), hasta el mismo que delinque parece consentir en la pérdida de sus bienes y en la pena, según se desprende de la ley *imperatores* (2) en las palabras «tú mismo te sometiste a esta pena» y en los términos de la ley final del Código *ad legem Iuliam maiestatis* donde dice «en cierto modo es castigado conforme a su voluntad» y según lo enseñan Angel (3), Jasón (4), Floriano (5), y nosotros lo hemos tratado extensamente en la obra *de successionum creatione* (6). Porque tiene lugar esta interpretación de la ley: que se presume haber preferido tal sujeto el carecer del dominio de sus bienes, antes que abstenerse del maleficio, según tales leyes; con cuánta mayor justicia, pues, en nuestro asunto interpreta la ley que, quien por tan largo trascurso de tiempo consiente, que una cosa suya se halle en posesión de otro, ha preferido o se considera haber preferido, el carecer del dominio de una cosa suya, antes que el recibirla de nuevo, ya sea porque quiere ejercer su liberalidad para con el poseedor, conforme a los títulos del Digesto, Código, Instituta y Decretales *de donationibus*, o bien porque haya querido abandonar tal cosa con ánimo de desprenderse del dominio de ella; lo que le es lícito ejecutar (7). Puesto que

7.

8.

(1) Así la ley *in facto*, Digesto, tít. *de conditionibus et demonstrationibus*; la ley *cum de in rem verso*, Digesto, tít. *de usuris* y lo que con toda extensión consta por la glosa y por todos los comentaristas de la ley *si certis annis* del Código, tít. *de pactis* y en la ley *si quis diutino*, Digesto, tít. *si servitus vindicetur*.

(2) Del Digesto, tít. *de iure fisci*.

(3) Comentando el §. *furtorum*, Instituta, *de obligationibus quae ex delicto*.

(4) Acerca de la ley 1.ª, §. *sublata* del Digesto, tít. *ad Trebellianum*, tanto en la 1.ª como en la 2.ª lectura.

(5) En la ley *inde Neratius*, §. final, Digesto, *ad legem Aquiliam*.

(6) En el libro 1.º, §. 10 al final, núm. 665.

(7) Según las leyes 1.ª y 2.ª del Digesto, tít. *pro derelicto*.

l. i. §. & magis, in verbo prodigit. ff. si quid in fraudem patro. l. quia autem §. i. & etiam in princip. ff. quae in fraudem creditorum, in re enim sua quilibet est moderator & arbiter etiam abutendo, ut dictis legibus, & l. in re mandata. C. mand. l. non usque, ff. si a parente quis. fuer. man.

9. Denique & si omnia superiora cessarent † tamen eo ipso quod a principe vel a republica lex generalis de praescriptionibus disponens lata fuit, non dubium est quin ea lex obliget ex suo consensu omnes cives, non secus quam ex contractu
10. quodam obligarentur, † quia lex nihil aliud est quam quaedam sponsio, hoc est firmissima promissio & contractus factus a civibus inter se. l. prima in verbo. communis reipublicae sponsio. ff. de legibus, dixi plene de succ. progressu libro primo in praefat. ad prin. & supra libro primo capit. xxviii. numero. 11. ergo ut qui sub conditione si navis venerit, vel sub alia quavis promisit adveniente conditione, manet ex praeambulo consensu suo obligatus. §. ex conditionali, institu. de verborum obligation. ita & cum lex de praescriptionibus lata & rogata fuit (rogatur enim lex cum ipsa fit ut in. §. lex, inst. de iure nat. c. lex. i. dist.) omnes cives ei consensum praebere dicuntur, velleq; unumquemq; rem suam iusve suum amittere sub hac conditione, & futuro eventu, si ea res idve ius ab alio per tempus a lege definitum possideri legitime contigerit, nam & ex diverso ipse quoque lucrifaciet, si rem iusve alienum per tale legitimum tempus a se possideri contigerit, sicq; omnes sunt in pari spe, & causa, vel lucri faciendi, vel amittendi, id quod est secundum ius

bienes y aun para derrocharlos, según consta por numerosas leyes (1); porque tratándose de bienes propios cada uno es regulador y árbitro aun para disiparlos, conforme a las citadas leyes (2).

Finalmente, aun cuando dejaran de darse las razones dichas, con todo por el mero hecho de haber sido promulgada una ley general dispositiva acerca de las prescripciones por el príncipe o por la república (Estado), no hay la menor duda de que dicha ley obliga a todos los ciudadanos en razón del propio consentimiento, no de otra suerte que quedarían obligados por un contrato; porque la ley no es otra cosa que una estipulación, esto es, una firmísima promesa y contrato hecho por los ciudadanos entre sí, según consta por la ley 1.^a *de legibus* del Digesto (3) y conforme lo hemos tratado extensamente en la obra *de successionum progressu* (4) y en el libro primero de esta obra (5); luego, así como el que hizo una promesa bajo una condición, por ejemplo, si es que regresar la nave, o bajo otra cualquiera, al tener cumplimiento la condición, queda obligado en virtud de su anterior consentimiento (6), así también cuando la ley acerca de las prescripciones se dió y se consultó (porque se consultan las leyes cuando se instituyen) (7), se dice que todos los ciudadanos dan su consentimiento y que cada uno quiere el perder un bien o derecho propio bajo esta condición o futura eventualidad, si aconteciere que dicho bien o derecho estuviere en legítima posesión de alguno durante el tiempo fijado por la ley, ya que por el contrario él mismo reportará también lucro si sucediere hallarse en posesión durante el tiempo legal, de un bien o derecho de otro; y por consiguiente, todos se hallan con igual esperanza y en igual causa o de obtener lucro o

9.

10.

(1) Tales son: la ley *sed etsi lege*, §. *consuluit*, Digesto, tít. *de petitione haereditatis* en las palabras «mientras están en la persuasión de que abusan del caudal propio»; la ley 1.^a, §. *et magis* en la palabra *prodegit* del Digesto. tít. *si quid in fraudem patroni*; la ley *quia autem*, §. 1.^o y también en la introducción del Digesto, tít. *quae in fraudem creditorum*.

(2) Lo mismo que consta por la ley *in re mandata*, Código, tít. *mandati* y por la ley *non usque*, Digesto, *si a parente quis fuerit manumissus*.

(3) En las palabras *communis reipublicae sponsio*.

(4) En el libro 1.^o al principio de la introducción.

(5) En el cap. 28, núm. 11.

(6) Conforme al §. *ex conditionalis*, Instituta, *de verborum obligatione*.

(7) Según el §. *lex*, Instituta, *de iure naturali* y el cap. *lex*, dist. 1.^a

naturale, l. secundum naturam, ff. de regulis iuris, §. his ita, C. de caduc. tollen.

11. † Et propter istum futurum eventum nullus intelligitur laedi, l. de fideicommisso, C. de transaction. l. si pater puellae, C. de inofficio. testam. l. i. ver. non iniquis rationibus, C. de pact. l. si iactum retis. de action. empt. Vides ergo ius praescriptionum non solum iuribus naturae minime adversari, sed potius iuri naturae omnino adhaerere, ut interim omittam omnes non minus iustas quam publice, & privatim utilissimas causas quibus praescriptiones fuerunt inductae, quas supra in tertio quaesito enarravimus. Quibus
12. † dum diximus esse ob lites vitandas, adde, in litibus vel vitandis, vel minuendis verti publicam utilitatem etiam principaliter, adeo ut etiam ex consensu partium praescriptiones non impendantur nec etiam ex dispositione testatoris ut plenissime enarravimus de successio. creation. lib. i. §. x. numero decimoquarto cum pluribus sequentib. & §. vii. numero. 40. cum seq. quibus in locis apparet has esse communes opiniones.

In summa postquam quis rem alienam iusve alienum praescripsit tacita ex domini voluntate, & concessione, si dominus ille admitteretur ad rem suam, nonne, id esset iniquum & contra naturalem aequitatem & iustitiam de qua in l. prima. ff. de pact. §. per traditionem, institut. de rerum division. dum ait nihil tam naturali aequitati convenire, quam voluntatem domini rem suam in alium transferre voluntatis ratam esse, voluit ille semel, nec naturalis iustitia, aut aequitas

de experimentar pérdida, lo que es conforme al derecho natural (1).

Y a causa de semejante eventualidad futura no se considera que nadie sea perjudicado, según aparece por varias leyes (2). Ves, pues, que el derecho de las prescripciones, no solamente no es opuesto en lo más mínimo a los derechos de la naturaleza, sino que es del todo conforme al derecho natural, aun pasando ahora por alto todas las razones no menos justas que de suma utilidad, tanto a la república cuanto a los particulares, por las cuales se introdujeron las prescripciones y que hemos expuesto arriba en la tercera cuestión. En donde al asentar que era en razón de evitar los pleitos, debes añadir que la pública utilidad, aun como principal está sumamente interesada en que se eviten o aminoren los pleitos, hasta tal punto que ni aun por consentimiento de las partes, más aún, ni por disposición del testador, pueden impedirse las prescripciones, según plenamente lo hemos expuesto en la obra *de successio-num creatione* (3), en los lugares abajo indicados en los que aparecen estas opiniones como comunmente admitidas.

11.

12.

En una palabra, después que en favor de un sujeto prescribió un objeto ajeno, o un derecho asimismo ajeno, por tácita voluntad o concesión del dueño, si de nuevo fuera éste admitido a la propiedad de dicho objeto suyo, ¿no sería esto injusto y contrario a la natural equidad y justicia de la que trata la ley 1.^a del Digesto en el título *de pactis* y el §. *per traditionem* de la Instituta *de rerum divissione*, cuando afirma, que nada hay tan conforme a la equidad natural como el que se tenga por válida la voluntad del dueño que quiere traspasar a otro una cosa suya? Una vez, pues, que quiso ésto, no consiente ya la justicia o equidad natural el volverse atrás o el cambiar; según dichas leyes y conforme al capítulo primero *de pactis*. Así, pues, tan lejos

(1) Conforme a la ley *secundum naturam*, Digesto, tít. *de regulis iuris*. y al §. *his ita* del Código, tít. *de caducis tollendis*.

(2) Por la ley *de fideicommisso*, Código, tít. *de transactionibus*; por la ley *si pater puellae*, Código, *de inofficioso testamento*; por la ley 1.^a, versic. *non iniquis rationibus*, Código, *de pactis* y por la ley *si iactum retis, de actionibus empti* del Digesto.

(3) En el lib. 1.^o, §. 7.^o, núm. 40 con otros posteriores.

permitit poenitere, aut variare ut dd. iuribus, & capitu. primo, de pact. Ergo praescriptiones tam longe absunt ab iniquitate, quod potius naturali aequitati omnino adhaerere, & accedere adscribiq; videntur. Amplia ut haec omnia procedant non solum quando sciente, & patiente domino praescriptio contingeret, sed etiam si eo ignaro iuxta, l. fin. C. de longi temporis praescript. Nam adhuc ipsa iustitia, & aequitas naturalis dictat, ut ille cuius res praescripta est conqueri non possit, quandoquidem ipse quoque erat, & hodie est in pari causa, & spe lucrificiendi: nam iuri tam naturae, quam positivo approbatum est, emi posse iactum retis, & nautica pericula, & reliqua quae dubiorum eventuum occasione admittuntur, ut tradunt omnes docto. per multa similia in l. i. C. de pact. & in l. de fideicommisso. per tex. ibi, C. de transaction. & nos multis ornamus in secundo tomo harum controversiarum, qui inscribitur controversiarum frequentium libr. iii. capi. lxviii. per totum. Limita ut non procedat quando possessor rei alienae haberet malam fidem, vel debitor haberet malam fidem, tunc enim praescriptio esset contra naturalem aequitatem, secundum communem opinionem, ut testatur Balbus de praescript. part. i. quaest. v. quae limitatio parum (iudice me) apta est, quia tunc neque iure civili neque iure canonico procedit praescriptio, ut infra fuse agemus, & diximus de successio. creation. §. vigesimo-primo numero 119. lib. tertio.

13. Ex † superioribus apparet veram esse opinionem Cagnoli in d. l. iure naturae, ff. de regul. iuris asserentis, eam legem

de la injusticia se hallan las prescripciones, que más bien parecen estar en absoluto conformes con la equidad natural y a ella íntimamente unidas y ajustadas. Y ten presente, que toda esta doctrina tiene cumplimiento no sólo cuando la prescripción tuvo lugar a ciencia y paciencia del dueño, sino también aun cuando éste lo ignorara (1). Porque aun en tal caso dicta la justicia y equidad natural, que no pueda quejarse aquel cuyo objeto ha prescrito, puesto que él mismo se hallaba y aun halla en el día de hoy en igual condición y en igual esperanza de lucrarse. Porque tanto por el derecho natural como por el positivo está admitido el que pueda comprarse, por ejemplo, lo que se coja en una redada, o en relación con los riesgos inciertos de la navegación, y las demás cosas que se admiten con ocasión de sucesos dudosos, según lo enseñan todos los doctores en numerosos casos semejantes al comentar la ley 1.^a del Código en el título *de pactis* (2) y nosotros lo ilustramos extensamente en el tomo segundo de estas controversias que se titula: «Controversias frecuentes» (3). Esta doctrina la restringirás de suerte que no tenga lugar cuando el poseedor de una cosa ajena la tuviera con mala fe, o fuera un deudor de mala fe, porque en tal caso la prescripción sería contra la equidad natural, según la opinión común de los doctores, como lo atestigua Balbo (4); pero esta restricción a mi juicio es poco a propósito, ya que en ese caso ni según el derecho civil, ni según el derecho canónico, tiene lugar la prescripción, según extensamente lo trataremos después y según lo expusimos ya en la obra *de successionum creatione* (5).

De lo anteriormente dicho se colige ser verdadera la opinión de Cagnolo al afirmar (6) que aquella ley que dice ser ilícito, según el derecho natural, el que uno aumente su patrimonio con daño e injuria de otro, haberse expresado

(1) Según la ley final del Código, tít. *de longi temporis praescriptione*.

(2) Como también la ley *de fideicommisso* del Código, tít. *de transactionibus* al comentar el texto.

(3) Libro 3.^o, cap. 68 por todo su contexto.

(4) *De praescriptione*, parte 5.^a, cuestión 5.^a

(5) Libro 3.^o, §. 21, núm. 119.

(6) Comentando la ley *iurae naturae* del Digesto, tít. *de regulis iuris*.

dicentem iure naturae iniquum esse alterum alterius iactura, & iniuria locupletari, proprie locutam fuisse dum copulate loquitur, quasi sola iactura si desit iniuria iniquitatem illam non inducere (1) ut patet in omnibus titulis, ff. & C. ins tit. & in decre. de donation. & patet ex omnibus supra dictis & ex multis, quae edocebimur, infra capi. lxxii. quanvis Philippus Decius in d. l. iure naturae contendat, & minus recte (iudice me) iniquitatem esse eo ipso, quod alter alterius iactura, etiam iniuria cessante, locupletetur, motus per l. nam hoc natura, ff. de condi. indeb. & per l. cum pupillus, ff. de cond. & dem. Sed ea iura parum obsunt quia per d. l. iure naturae declarantur iuxta l. Gallus, quae ibi late per doct. habentur, §. ille casus, ibi, quasi duobus capitibus legis commistis, ff. de lib. & posth.

14. Apparet † etiam non sat tutam, aut non sat generalem esse responsionem Gloss. in l. nam hoc natura supra alleg. & Glossa. in l. prima, ff. de usucapionib. cum quibus transeunt Doct. utrobique & Balbus de praescriptionib. part. i. quaestion. quinta: aiunt enim quod praescriptiones ideo iniquae non sunt, licet praescribens cum aliena iactura locupletetur, quia sua culpa id accidit, qui passus est rem suam ab alio tam diu detineri, id quod suspectum est, quia inde sequeretur aliud fore, si rem suam detineri ignorasset, quod patet falsum esse, ut supra ostendimus sic intelligentes, dict. l. fin. C. de longi tempo. praescriptio.

(1) Así ambas edic. de Venecia y Francfort; con todo parece errata por *induceret.* (T.).

con propiedad si se toman copulativamente los dos términos, como si el solo daño, faltando la injusticia, no fuese suficiente a causar tal perversidad, lo mismo que consta por todos los títulos del Código, Digesto, Instituta y Decretales *de donationibus*, y por todo lo anteriormente dicho y por lo que extensamente expondremos más adelante en el capítulo 72; si bien Felipe Decio trata de defender, a mi juicio con poco acierto, existir ya maldad en el mero hecho de que uno se enriquezca con el daño de otro, aun cuando no exista injusticia, movido por las dos leyes *nam hoc natura* y *cum pupillus* (1). Pero dichas leyes ofrecen pequeña dificultad, porque pueden declararse por la ley *iure naturae* citada, como consta poder hacerse por la ley *Gallus* (2), en el §. *ille casus* en las palabras «como unidos los dos capítulos de la ley» y por lo que extensamente exponen los doctores sobre tal lugar.

Consta, también, no ser bastante segura, o no ser bastante general la respuesta de la glosa en la ley *nam hoc natura* antes citada, y de la glosa en la ley 1.^a del título *de usucapionibus* del Digesto, con las que en ambos lugares transigen los doctores, y en especial Balbo (3). Porque afirman, que la razón de no ser injustas las prescripciones, aun cuando aquel en cuyo favor prescriben se enriquezca con daño de otro, es porque esto sucede por culpa del dueño, que consintió el que una cosa suya estuviera en posesión de otro por tan largo tiempo; afirmación que parece sospechosa, ya que de esa razón se seguiría que otra sería la conclusión de ignorar el dueño que una cosa suya se hallaba en posesión de otro; lo que es manifiesto ser falso, según arriba hemos demostrado, entendiendo en este sentido la ley final del Código en el título *de longi temporis praescriptione*.

Por la misma razón aparece también ser poco segura la opinión de la glosa que admite también Baldo (4) y Balbo (5) y el *Speculator* (6); porque dicen, que la prescripción reviste

14.

15.

(1) Ambas del Digesto, la primera en el tít. *de condictione indebiti* y la segunda del tít. *de conditionibus et demonstrationibus*.

(2) Digesto, tít. *de liberis et posthumis*.

(3) *De praescriptionibus*, parte 1.^a, cuestión 5.^a

(4) *Ibi*, colum. 7.^a y el Código, tít. *de servis fugitivis*.

(5) *Ubi supra*.

(6) *De feudis* en el §. *quoniam*, versic. *quaeritur tamen contra*. La misma opinión aparece en la glosa de la ley 1.^a, Digesto, tít. *familiae erciscundae*.

15. Apparet † etiam eadem ratione parum tutam esse opinionem Gloss. quam sequitur Baldus ibi, columna septima, & C. de servis fugitivis, & Balbus ubi supra, & Speculator de feudis, §. quoniam, versic. quaeritur tamen contra, & Gloss. in l. prima, ff. famil. erciscund. aiunt enim quod praescriptio sapit naturam pacti contra eum cuius res praescribitur eo, quod rem suam pati consensit, argumen. l. semper qui non prohibet, ff. de regul. iuris. l. qui patitur, ff. manda. quod suspectum ideo est, quod sic cessaret praescriptio, & illud tacitum pactum quando domino ignorante res praescripta esset, quod est falsum. Longe ergo rectius dixissent, sapere naturam pacti generalis quod inter concives initum videtur quo tempore lex lata fuit, quodque extendit sese etiam ad ignorantes, & procedit etiam quoad eos qui tempore illius legis latae nondum nati erant, quia populus idem esse intelligitur. l. proponebatur. ff. de iudi. & legibus reipublicae quisque civium consensum praebere intelligitur, licet retro abhinc annos mille factae essent, ut diximus in locis ad quae supra retuli me.

16. Apparet etiam ex superioribus quid respondendum sit in eo articulo quo quaeritur † an cuiusque rei praescriptio ex voluntate domini contingere videatur: qua in re variae sunt nostrorum sententiae. Sunt enim qui negent ex domini voluntate, id contingere, ita Gloss. in l. i. §. fi. Gloss. fina. ff. de dolo. Bald. in §. si quis per triginta, ad finem si de feudo fuerit contro. sentit Balbus de praescrip. part. i. q. v. numero 6. versi. addo etiam, dum ait, invito rem suam praescribi. Sunt tamen qui existiment ex voluntate domini ficta, vel praesumpta id contingere, ita Barto. in l. fina. colum. penul. C. in quib. caus. in integ. resti. non est. Ioannes Imolens. in repe. cap. fi. colum. xxvi. versi. item

la naturaleza de un pacto contra aquel cuya cosa prescribe, por la razón de que consintió el que una cosa suya sufriera tal prescripción (1); pero esta doctrina parece sospechosa por la razón de que así cesaría la prescripción y aquel pacto tácito, cuando la cosa prescribiera ignorándolo el dueño, lo que es falso. Hubieran dicho, pues, con mucho más acierto, que revestía la naturaleza de un pacto general que parece haberse concertado entre los ciudadanos en el tiempo en que la ley se instituyó y que alcanza también aun a los que le desconocen, y que tiene también cumplimiento aun en aquellos individuos que al tiempo de promulgarse la ley no habían aún nacido, porque se reputa perdurar el mismo pueblo (2), y todos los ciudadanos se consideran prestar su consentimiento a las leyes de la república, aun cuando éstas hayan sido instituidas mil años atrás, conforme lo hemos expuesto en los lugares a los que arriba me he referido.

De lo anteriormente tratado colígese también la respuesta que hemos de dar en aquella cuestión en la que se investiga, si la prescripción de cada cosa se ha de reputar tener lugar por la voluntad del dueño; materia en la que no están acordes las opiniones de los nuestros. Porque hay algunos que niegan el que ésto suceda por voluntad del dueño (3). Existen otros, sin embargo, que son de parecer tener esto lugar por la voluntad interpretativa o supuesta del dueño; así lo defienden Bartolo (4), Juan de Imola (5), Balbo (6) y Juan Andrés (7). Existe además, una tercera opinión que defiende Alejandro, quien distingue entre la pres-

16.

(1) Pruébalo la ley *semper qui non prohibet*, Digesto, de *regulis iuris* y la ley *qui patitur*, Digesto, tít. *mandati*.

(2) Según la ley *proponebatur*, Digesto, de *iudiciis*.

(3) Así la glosa de la ley 1.^a, §. final y la glosa final, Digesto, de *dolo*; Baldo en el §. *si quis per triginta* al final «*si de feudo fuerit contro*», y lo mismo siente de *praescriptionibus*, parte 1.^a, cuest. 5.^a, núm. 6, versic. *addo etiam*, cuando dice «que prescribe una cosa suya contra su voluntad».

(4) Comentando la ley final, colum. penúltima, Código, tít. *in quibus causis in integrum restitutio non est*.

(5) En el citado capítulo final, colum. 26, versic. *item adverte*, de *praescriptionibus*.

(6) En la authent. *ad haec*, colum. 3.^a inserta en el Código, tít. *de usuris*.

(7) En el citado cap. *possessor*, colum. final, artículo último, de *regulis iuris*, lib. 6.^o, acerca de la ley *alienationis verbo* del Digesto, tít. *de verborum significatione*.

- adverte, de praescrip. Balb. in authen. ad haec colum. iii. C. de usuris, Ioannes Andreae in d. cap. possessor. Col. final. arti. ult. de regulis iuris lib. vi. per l. alienationis verbo, ff. de verborum signification. Est & tertia opinio Alexandri distinguentis inter praescriptionem, quae contra scientem & patientem currebat, ut ea sponte illius contigisse dicatur argumen. l. cum de in rem verso, ff. de usuris. l. semper qui non prohibet, ff. de regulis iuris l. qui patitur, ff. mandat. & inter praescriptionem inscio domino currentem, ut ea citra domini voluntatem contigisse videatur, ita Alex. in l. filius-familias, §. divi. colum. vii. ff. de lega. i. quem refert & sequi videtur Franciscus Balbus ubi supra nu. 5. qui sibi ipsi parum constare videtur. Quid dicendum? & sane ut istarum opinionum nulla simpliciter (iudice me) vera est, ita forte aliqua ex parte tueri poterunt. Etemin veritas est, quod in genere dominus rei praescriptae non potuit non videri consensum praebuisse: nam cum legibus reipublicae de praescriptionibus disponentibus omnes cives consensum praebere, & praebuisse intelligantur ut d. l. i. in verb. communis reipublicae sponsio, ff. de legibus, consequens fit ut si res meas praescribi contingeret, iam olim & retro tali praescriptioni consensum praebuisse videar, nam & eadem ratione qui legi poenali ferendae consensum expressim, aut interpretative praebuit, si postea deliquerit, licet nullus compos mentis puniri velit, adhuc tamen sponte sua puniri videtur, eo quod iam olim hunc consensum praebuisse quasi sub hac conditione, si deliquisset, videretur, ut iam ostendimus per d. l. Imperatores, ibi te huic poenae subdidisti ff. de iure fisci, & d. l. fina. C. ad legem Iuliam maiesta. & si per fluminis alluvionem aliquid de fundo meo detractum inque fundum tuum translatus fuit, tu licet cum iactura mea ditior

cripción que corría en perjuicio del dueño, pero con conocimiento y tolerancia de éste, en cuyo caso se debe decir tener lugar conforme a la propia voluntad de éste (1), y la prescripción que corre sin conocimiento del dueño, la que se ha de reputar haber tenido lugar sin la voluntad del dueño; así lo enseña Alejandro (2), a quien cita y parece seguir Francisco Balbo (3) quien, sin embargo, es tal vez poco consecuente consigo mismo.

¿Qué hemos de responder? Ciertamente, así como, a mi juicio, ninguna de estas opiniones es absolutamente verdadera, así tal vez en parte puedan ser defendidas. Porque es verdad, que de un modo general el dueño de la cosa prescrita no pudo menos de considerarse haber prestado su consentimiento; porque como se repunte que todos los ciudadanos prestan y han prestado su consentimiento a las leyes de la república que disponen acerca de las prescripciones (4), síguese que si acaeciese el que algunas cosas más incurrieran en prescripción, debe considerarse haber dado yo con antelación el consentimiento a tal prescripción en tiempo ya pasado; porque por idéntico motivo quien expresa o interpretativamente prestó su conformidad a una ley penal que iba a instituirse, si con posterioridad cometió un delito, aun cuando nadie, si está en su juicio, quiera ser castigado, con todo se reputa sufrir el castigo conforme a su propia voluntad, por la razón de que ya con anterioridad parecería haber dado su consentimiento como bajo esta condición, si es que llegare a incurrir en delito, según lo hemos ya demostrado por medio de la ley *imperatores* (5), en las palabras «tú mismo te sometiste a esta pena». Del mismo modo aun cuando por medio del aluvión de un río se hubiera disminuido algo de mi fundo y se hubiera incorporado al tuyo, tú, aun cuando te enriquezcas a costa de mi daño, no por éso

17.

(1) Como lo prueba la ley *cum de in rem verso*, Digesto, de *usuris*; la ley *semper qui non prohibet*, Digesto, tít. de *regulis iuris* y la ley *qui patitur*, Digesto, *mandati*.

(2) En la ley *filiusfamilias*, §. *divus*, colum. 7.^a, Digesto, de *legatis*, lib. 1.^o

(3) *Ubi supra*, núm. 5.

(4) Según la ley 1.^a en las palabras *communis reipublicae sponsio* del Digesto, tít. de *legibus*.

(5) Digesto, tít. de *iure fisci* y en la ley final del Código, tít. *ad legem Iuliam majestatis*.

fias, non ideo minus desinis esse in bona fide, quia iam retro a tempore legis latae, vel approbatae huic rei singuli cives consensum praeuisse videntur, & unusquisque eorum in pari causa, & potentia erat lucrandi, vel amittendi iuxta, §. praeterea per alluvionem, institut. de rerum divisio. l. adeo §. praeterea per alluvionem, ff. de acquiren. rerum domi.

18. Et sic † ex voluntate hominis descendere dicitur acquisitio, quae per ius accrescendi contingit, l. si Titio & Maevio, §. Iulianus, ff. de leg. secundo, & tamen id ius accrescendi quasi quodpiam alluvionis incrementum est l. si Titio, ff. de usufruct. & ius accrescendi dicitur quoddam adventitium, & veluti fortuitum lucrum, l. scimus, §. repletionem, C. de inofficio. testamen. & nihilominus saltem immediate, vel in genere dicitur descendere a voluntate, & ordinatione testatoris, d. §. Iulianus, sic ergo & in hoc lucro praescriptionis retro videtur interfuisse voluntas domini propter consensum olim praestitum in lege hac de re disponente, quae ut damnum, ita & lucrum potuit afferre.

19. Simile † in l. si voluntate, C. de rescindenda venditio. ubi & si unusquisque contrahentium non amittere, sed lucrari studeat & conetur, tamen toti rei consensum praeuisse non minus videtur is qui amissit quam alter qui suam conditionem meliorem fecit ut ibi: quia huic futuro eventui sese commisisse videtur; sic ergo, & in specie nostra is cuius res praescripta est, legi de praescriptionibus loquenti praeuisse consensum videtur, nec eum iuvabit dicere se solum lucrari non etiam amittere velle seq; alienas res praescribere non autem suas praescriptione amittere voluisse, argumen.

dejas de hallarte en buena fe, porque ya con anterioridad desde el tiempo de la promulgación o aprobación de la ley, todos los ciudadanos parecen haber dado su consentimiento a ésto, y cada uno de ellos se hallaba en igual condición y posibilidad o de enriquecerse o de sufrir quebranto (1).

Así también se dice proceder de la voluntad del hombre la adquisición que tiene lugar por el derecho de acrecer (2), y sin embargo, tal derecho es en cierto modo como un aumento por aluvión (3), y en otra ley (4) se considera el derecho de acrecer como algo adventicio y como cierto lucro casual, y sin embargo, por lo menos inmediatamente y de un modo general, se considera proceder de la voluntad, y disposición del testador (5), del mismo modo, pues, tratándose de este lucro debido a la prescripción, parece haber intervenido con anterioridad la voluntad del dueño, en razón del consentimiento prestado en tiempo anterior a la ley que disponía acerca de esta materia y que del mismo modo pudo acarrearlos daño que lucro. 18.

Cosa parecida sucede en el asunto a que se refiere la ley *si voluntate* (6), según la cual, aunque cada uno de los contratantes desea y procura, no el sufrir quebranto sino el lucrarse, sin embargo, no menos se considera haber prestado su consentimiento a todo el asunto el que sufrió perjuicio que el otro que mejoró su condición, según en tal lugar aparece; porque se reputa haberse expuesto a esta eventualidad futura; así, también, en nuestro caso el dueño cuya cosa prescribió parece haber dado su consentimiento a la ley referente a las prescripciones, sin que le sirva el afirmar que su voluntad era sólo de lucrarse, pero no de sufrir perjuicio, y que él había querido que las cosas ajenas prescribieran, pero de ningún modo el perder por prescripción las que le pertenecían. Pruébase lo mismo por nume- 19.

(1) Conforme al §. *praeterea per alluvionem*, Instituta, de *rerum divisione* y a la ley *adeo*, §. *praeterea per alluvionem*, Digesto, tít. de *acquirendo rerum dominio*.

(2) Según la ley *si Titio et Maevio*, §. *Iulianus*, Digesto, tít. de *legatis*, lib. 2.^o

(3) Véase la ley *si Titio*, Digesto, tít. de *usufructu*.

(4) La ley *scimus*, §. *repletionem*, Código, tít. de *inofficioso testamento*.

(5) Según el citado §. *Iulianus*.

(6) Del Código, tít. de *rescindenda venditione*.

l. si voluntate, C. de rescinden. vendi. simile est in l. de fideicommisso, C. de transaction. & in l. i. C. de pactis. Simile in l. si pater puellae, C. de inofficioso testamento. & multa similia conguessimus in secundo tomo harum controversiarum. libr. tertio capitu. lxxiii. & infra c. lxxii. Stat ergo quod is cuius res praescripta est praescriptioni tali consensum olim praeuisse visus est, etiam si ignoret eam praescribi, nam & in exemplo de alluvione, & de iure accrescendi, & de lege lata idem contingit. Idemq; in fera cuius dominium habebam & aufugit, inq; alterius potestatem recidit, nam mea esse desinit. §. ferae, instit. de rerum divi. l. adeo. §. ferae. ff. de acqui. rerum domi. quo casu ignorantia vel scientia mea non inspicitur ut ibi. In specie vero consensum praeuisse videtur quando id sciebat, non sic si ignorabat, secundum opinionem Alex. supra relatam per iura iam allegata iuncta. l. mater decedens. ff. de inoffi. testa. & secundum hanc distinctionem varietates superiores & possunt & debent conciliari, iunge alia fundamenta ex c. sequen.

20. Ex superioribus apparet quid respondendum sit in illo articulo quo quaeritur, † an arbiter qui habet pronuntiare secundum veritatem & aequitatem, possit repellere exceptionem praescriptionis; qua in re sunt qui vellint posse eum talem exceptionem repellere, ita tenent Angelus l. sequitur. §. si viam. ff. de usucap. Idem Angelus in rep. l. i. ad finem. C. de iud. sentit Bal. l. i. C. de praescrip. triginta annorum Lodovicus in rubr. ff. de arbitris col. i.

Contrariam partem ut talem exceptionem nos possit relicere tenent Bar. in extravag. ad reprimendum. in verb. videbitur, prope finem, Felinus in rubr. col. i. de praescript. Idem Felinus in c. i. col. pen. de consti. Est & tertia opinio

rosas disposiciones en casos parecidos (1) de las que he reunido muchas en el segundo tomo de estas controversias (2). Queda, pues, asentado que aquel cuya cosa ha prescrito, se considera haber prestado con anterioridad su consentimiento a tal prescripción, aun cuando desconozca que para tal objeto corre la prescripción, porque lo mismo tiene también lugar en el caso citado de aluvión, en el derecho de acrecer y de leyes promulgadas. Lo mismo acontece también tratándose de un animal salvaje sobre el que tenía la propiedad y que al huir de mí cayó en poder de otro; pues dejó ya de pertenecerme (3), en cuyo caso no se tiene para nada en cuenta el que yo lo ignore o lo conozca, según en las leyes abajo citadas aparece. Pero únicamente se considera haber dado su consentimiento en concreto cuando tenía de ello conocimiento, pero no cuando lo desconocía, conforme al sentir de Alejandro arriba expuesto basado en las leyes ya aducidas (4), y conforme a esta distinción pueden y deben armonizarse las distintas opiniones arriba consignadas. Pueden añadirse nuevos argumentos tomados del capítulo siguiente.

De lo anteriormente expuesto se colige qué respuesta hemos de dar en aquella cuestión en que se investiga, si el árbitro que debe decidir conforme a verdad y justicia, puede rechazar la excepción de prescripción. En esta cuestión hay quienes son de parecer que puede rechazar tal excepción; así lo defienden Angel (5), Baldo (6) y Luis Romano (7). 20.

La opinión contraria, a saber, que no pueda rechazar tal excepción, la defienden Bartolo (8), y Felino (9). Existe una

(1) Por la ley *si voluntate*, Código, de *rescindenda venditione*; por la ley *si fideicommisso*, Código, de *transactionibus*; por la ley 5.^a, Código, de *pactis*, por la ley *si pater puellae*, Código, de *inofficioso testamento*.

(2) Libro 3.^o, cap. 68 y más adelante en el cap. 72.

(3) Según el §. *ferae*, Instituta, de *rerum divisione* y la ley *adeo*, §. *ferae*, Digesto, tít. de *acquirendo rerum dominio*.

(4) Lo mismo que prueba la ley *mater decedens*, Digesto, de *inof. testamento*.

(5) Comentando la ley *sequitur*, §. *si viam*, Digesto, tít. de *usucapione* y la citada ley 1.^a del Código al final, tít. de *iudiciis*.

(6) En la ley 1.^a del Código en el tít. de *praescriptione triginta annorum*.

(7) En la rúbrica, Digesto, de *arbitris*, colum. 1.^a

(8) En la Extrav. *ad reprimendum* en la palabra *videbitur* hacia el final.

(9) En la rúbrica, colum. 1.^a, de *praescriptionibus* y en el cap. 1.^o, columna penúltima, de *constit.*

distinguentium referre utrum ille cum bona fide praescriberet, ut tunc exceptio praescriptionis non possit repelli, an vero cum mala fide, ut tunc repelli fas sit, & utrunque membrum huius distinctionis communiter receptum esse testatur Franciscus Balbus de praescrip. par. i. q. v. num. 8. cum seq. ubi similiter affirmat cum mala fide non procedere praescriptionem de iure civili non magis quam de iure canonico. Ergo commodius & certius trademus regulam negativam talem exceptionem praescriptionis ab arbitro reiici non posse, sed tantum reiici posse mentitam praescriptionis allegationem, quale esset cum constaret, malam fidem interfuisse, tunc enim qui se praescripsisse diceret, falsum diceret, sicq; arbiter eum repellens non tam praescriptionem quam mentitam praescriptionis assertionem repellere diceretur.

21. Tenendo † nostram principalem opinionem ut praescriptio non sit contra aequitatem naturalem, tunc ad tex. in auth. ut ecclesia Romana. §. habeat itaq; ibi, nec iniquis hominibus impium remaneat praesidium, nempe praescriptionis, resp. nihil obesse, nam ait, tunc demum impiam esse praescriptionem cum iniquis hominibus & sic malam fidem habentibus configit, non sic ergo si bonam fidem haberent, tunc enim non impium sed piissimum & reipublicae utilissimum praesidium diceretur, prout est, praescriptiones saepissime contingunt cum mala fide quamvis ea probari nequeat, quia ex animo pender. l. pe. C. de evict. & quia bona fides praesumitur licet forte adsit mala. l. merito. ff. pro socio, plene per Andraeam Tiraquell. de praescrip. §. i. Glo. ii. in princip.

tercera opinión de quienes distinguen que importa mucho si la prescripción en su favor ha tenido lugar con buena fe, en cuyo caso no podría rechazarse la excepción de prescripción, o por el contrario con mala fe y entonces sería lícito el rechazarla; y según atestigua Francisco Baldo (1) ambos miembros de esta distinción son comunmente admitidos por los autores. En el mismo lugar afirma que con mala fe no tiene lugar la prescripción conforme al derecho civil, del mismo modo que no la tiene conforme al derecho canónico. Así, pues, más a propósito y más conforme a verdad juzgamos el admitir la norma negativa, a saber, que no puede rechazarse por el árbitro tal excepción de prescripción; y que sólo puede rechazarse la falsa alegación de prescripción, cual se tendría si constara haber intervenido mala fe, ya que entonces quien afirmara haber prescrito en su favor, afirmaría una cosa falsa y por tanto el árbitro que denegase su pretensión no tanto se diría rechazar la prescripción cuanto una falsa alegación de prescripción.

Admitida, pues, nuestra opinión fundamental, a saber, que la prescripción no es contraria a la equidad natural, entonces a las palabras de la *authent. ut Ecclesia Romana*, §. *habeat* donde dice «ni les quede a los hombres perversos impía defensa», a saber, la de la prescripción, responderemos que ninguna dificultad ofrecen; porque dicen en último término que entonces es impía la prescripción cuando se aduce por hombres perversos y por tanto revestidos de mala fe; luego, otra cosa sería si estuvieran en buena fe; porque entonces no se diría defensa impía, sino muy buena y sumamente útil a la república, como lo es en efecto. Es cierto que las prescripciones tienen lugar muchísimas veces con mala fe, aun cuando ésta no pueda probarse porque radica en el interior del espíritu, conforme consta por la ley penúltima del Código tit. *de evictionibus*, ya que la buena fe se presume aunque tal vez exista mala fe (2), según extensamente lo expone Andrés Tiraqueau (3).

(1) *De praescriptione*, part. 1.^a, cuest. 5.^a, núm. 8 y siguientes.

(2) Conforme a la ley *merito* del Digesto, tit. *pro socio*.

(3) *De praescriptionibus*, §. 1.^o, glosa 2.^a, al principio.

CAPVT LIII

SUMMAE

1. *Obligatio naturalis, an praescriptione perimatur, ardua. q.*
2. *Obligatio naturalis oritur ex iure gentium primaevio.*
3. *Ius gentium primaevum dicitur naturale.*
4. *Meum negligere quando videar.*
5. *Obligatio interdum praesumitur post longum tempus.*
6. *Remissio facilius quam nova concessio.*
7. *Donatio post longum tempus praesumitur.*
8. *Consensu coniecturato obligamur.*
9. *Obligatio utraque tollitur praescriptione, contra communem.*
10. *Obligatio praescriptione debilitari falsum est, quia extinguitur.*
11. *Dominium directum quaeritur praescriptione contra scientem currente.*
12. *Repetere potest qui solvit debitum praescriptum.*
13. *Obligatio utraque perimitur, praescriptione, acceptilatione, novatione, contra Doctores.*
14. *Fideiussor non accedit obligationi praescriptae.*
15. *Novari non potest obligatio praescripta.*
16. *Compensatio non fit ex obligatione praescripta.*
17. *Constitutum non fit post obligationem praescriptam, contra Doctores.*
18. *Evangelica denunciatio non facit rem corpoream praescriptam restitui.*

CAPÍTULO LIII

SUMARIO

1. ¿Extingue la prescripción la obligación natural? Cuestión ardua.
2. La obligación natural tiene su origen en el derecho de gentes primario.
3. El derecho primario de gentes se dice natural.
4. ¿Cuándo se considera que abandono una cosa propia?
5. A veces se presume una obligación después de un largo período de tiempo.
6. Es más fácil perdonar una cosa que conceder otra de nuevo.
7. Después de un largo trascurso de tiempo se presume la donación.
8. Quedamos obligados por el consentimiento aun conocido sólo por conjeturas.
9. Por la prescripción se extingue una y otra obligación, en contra de la opinión común.
10. Es falso que la obligación se debilite por la prescripción puesto que se extingue por completo.
11. Por la prescripción se adquiere dominio directo, cuando tiene lugar en daño de quien es sabedor de ello.
12. Quien pagó un débito que ya había prescrito, puede reclamarlo.
13. Ambas obligaciones se extinguen por la prescripción, aceptación y novación; contra algunos doctores.
14. No puede interponerse fiador en una obligación ya prescrita.
15. No tiene lugar la novación en una obligación prescrita.
16. No puede efectuarse compensación con una obligación que ya prescribió.
17. No tiene lugar el constituto sobre una obligación ya prescrita.
18. La denuncia evangélica no obliga a que se restituya una cosa corporal que ya ha prescrito.

19. *Evangelica denunciatio an faciat infectam praescr. actionis personalis, ardua quaestio.*
20. *Obligatio utraque ut perimatur an fieri possit per legem, ardua quaestio.*

1.



UO ad sextum † an praescriptio actionum tollat & perimat utramque obligationem, an alteram tantum, vehementer controversum est, & sunt variae

nostrorum sententiae. Sunt enim qui velint quod sola civilis obligatio perimitur, naturalis vero neque perimitur neq; ulla ex parte enervatur ita Bal. in auth. adhaec. C. de usuris. col. iii. qui hanc esse communem opinionem testatur quem sequitur Franciscus Balbus de praescrip. in ii. par. iiiii. par. princ. q. x. ubi ait se mirari de doctoribus contrarium tenentibus. Idem tenet ipsemet Balbus in i. par. q. vi. ad fin. & Pet. Philippus Corneus consilio. ccli. in hac consultatione col. ii. lib. iii. moti quia leges civiles quae praescriptiones induxerunt, ut duximus supra in. iii. illa. q. conclusionemq; quo iure esset inducta praescriptio, non potuerunt perimere iura naturalia. l. eas causas. ff. de capitis dimi. l. iura sanguinis.

2.

ubi multa per Decium & Cagnolum. ff. de reg. iuris. §. sed naturalia, inst. de iust. & iure. l. omnes populi. ff. de iust. & iure. §. minus ergo, inst. de haere. quae ab intesta. † Nec dubium est quin naturalis obligatio ex iure gentium primaevo quod etiam ius naturale appellatur oriatur. l. i. ff. de pact. c. i. eod. tit. §. per traditionem. inst. de rerum divi. ibi, nihil tam aequitati naturali convenit. l. non minorem. C. de

3.

transact. l. i. ff. de const. pecu. † Et tale ius gentium primaeuum quo suadet docetq; pactiones ac conventiones custodiri, esse & dici ius naturale respectu humani generis

- ¿La denuncia evangélica puede anular la prescripción de una acción personal? Cuestión debatida. 19.
- ¿Puede hacer la ley el que ambas obligaciones se extingan? Cuestión difícil. 20.

En cuanto al sexto punto si la prescripción de las acciones quita y destruye ambas obligaciones, o solamente una de ellas, es cuestión que se ha discutido vivamente y acerca de la cual son diversas las opiniones de nuestros autores. Porque algunos son de parecer que solamente se destruye la obligación civil, pero que la obligación natural ni se extingue ni se debilita en lo más mínimo, así lo defiende Baldo (1) quien atestigua ser común esta opinión; sigue su parecer Francisco Balbo *de praescriptionibus* (2), donde dice causarle admiración los doctores que defienden lo contrario. De nuevo defiende lo mismo el propio Balbo en la 1.^a parte, cuest. 6.^a al final, y Pedro Felipe Corneo (3), movidos por la razón de que las leyes civiles, que son las que introdujeron las prescripciones, según lo tratamos arriba en aquella 3.^a cuestión y conclusión acerca de qué derecho había introducido la prescripción, no han podido destruir los derechos naturales, conforme consta por varias leyes (4). Ni cabe la menor duda de que la obligación natural tiene su origen en el derecho de gentes primario que también se llama derecho natural (5). Y que tal derecho de gentes primario, que induce y enseña el que se cumplan los pactos y convenciones, sea y se llame derecho natural respecto al humano linaje, lo hemos expuesto ya anterior-

(1) Comentando la *authent.* inserta en el Código, tít. *de usuris*, colum. 3.^a

(2) *In 2 par.*, 3, par. princ., q. 10.

(3) Dictamen 251 *in hac consultatione*, colum. 2.^a, lib. 3.^o

(4) Por la ley *eas causas*, Digesto, tít. *de capitis deminutione*; por la ley *iura sanguinis* del Digesto, tít. *de regulis iuris* extensamente comentada por Decio y Cagnolo; por el §. *sed naturalia*, Instituta, *de iustitia et iure*; por la ley *omnes populi*, Digesto, tít. *de iustitia et iure* y por el §. *minus ergo* Institut., *de haered. quae ab intestato*.

(5) Así consta por la ley 1.^a, Digesto, *de pactis*; cap. 1.^o del mismo título; por el §. *per traditionem*, Instituta, *de rerum divisione* en las palabras «nada hay tan conforme a la equidad natural»; por la ley *non minorem* del Código, tít. *de transactionibus* y por la ley 1.^a del Digesto, tít. *de constituta pecunia*.

diximus. supra c. xvi. num. 11. lib. i. ergo talis obligatio naturalis ex hoc iure gentium primaevo & sic naturali orta per ius civile perimi non est possibile, & sic nec per praescriptiones eo iure civili ortas, idem tenet Andraeas Tiraquell. de praeser. §. i. Gl. ii. ad finem & vide infra c. lxxiii. num. 3.

Sed sane haec ratio quae his patribus tam immobilis peremptoria inexpugnabilisq; visa fuit, nullius (iudice me) momenti est, nam quod naturalis obligatio sit iuris naturalis secundum superiorem declarationem ingenue fatemur: quodq; naturalia iura per solum ius civile perimi nequeant, similiter agnoscimus, quod autem in specie nostra per solum ius civile ea naturalis obligatio fuerit oppugnata vel expugnata, id omnino negamus: quinimo per ipsum ius naturale vel gentium expugnata ex legis interpretatione intelligitur. Nam si sciebas me tibi centum debere & per longissimum tempus triginta annorum tacuisti petereq; supersedisti, iustissime ius

4. civile interpretatur † te habuisse animum voluntatemq; istius debiti vel iuris remittendi aut pro derelicto habendi. Nam (quod longe plus est) etiam post unius duntaxat anni praeritionem hanc remittendi interpretationem alias lex facit, ut in. §. fi. inst. de iniuriis, & ius possessionis negligi & abiici vel pro derelicto haberi per negligentiam decennii lex interpretatur, ut est communis opinio quam tenent Glo. & Paulus Castrensis in l. si de eo. §. i. ff. de acqui. poss. las. in l. naturaliter. §. nihil commune nu. 84. ff. eod. tit. & idem las.
5. in l. i. col. fin. C. de servis fugiti. † & post decennalem annuam praestationem lex incipit praesumere obligationem & animum in posterum aliquid annuum praestandi. l. cum de in rem verso. ff. de usuris, quid ergo mirum aut novum si post scientiam & patientiam longissimi temporis incipiat
6. lex civilis praesumere annuum debiti remittendi. † Cum longe

mente (1); por lo tanto semejante obligación natural nacida de este derecho de gentes primario y por tanto natural también, no es posible sea destruida por el derecho civil, y por consiguiente ni por las prescripciones que tienen su origen en tal derecho civil; lo mismo defiende también Andrés Tiraqueau (2).

Mas en verdad, este argumento que tan inmovible, definitivo e inexpugnable ha parecido a dichos padres, es, a mi juicio, de ninguna monta; porque, en verdad, confesamos de buen grado que la obligación natural es de derecho natural, según la anterior exposición; del mismo modo reconocemos también que los derechos naturales no puede destruirlos el mero derecho civil; pero lo que de plano negamos es, el que en nuestro caso, sea combatida y destruida tal obligación natural por el solo derecho civil, cuando más bien se considera por interpretación de la ley, destruida por el mismo derecho natural o de gentes. Porque si sabías que yo te debía ciento, y durante el larguísimo período de treinta años callaste y te abstuviste de pedirlo, con la mayor justicia interpreta el derecho civil que tuviste ánimo y voluntad de condonar aquella deuda y derecho, o de abandonarlo con ánimo de renunciar a su dominio. Porque (lo que es muchí- 4. simo más), aun después del trascurso de un solo año, la ley en otros asuntos establece esta interpretación de condonar, como aparece en el §. final de la Instituta *de iniuriis*, y la ley interpreta también que por el abandono de diez años se desprecia o desecha el derecho de posesión o se renuncia a su dominio, según es la opinión común que defienden la glosa y Pablo de Castro (3) como también Jasón (4); asimismo 5. después de una prestación anual durante diez años, empieza la ley a presumir la obligación y la intención de tributar en adelante algo anualmente (5); ¿qué tiene, pues, de extraño o de nuevo, si supuesta la ciencia y paciencia durante un larguísimo período de tiempo, empieza la ley civil a presumir el ánimo de perdonar el débito? Puesto que mucha 6.

(1) En el cap. 26, núm. 11 del libro 1.º

(2) *De praescript.*, §. 1.º, glos. 2.ª al final. *Vid. infra*, cap. 74, núm. 3.º

(3) En la ley *si de eo*, §. 1.º del Digesto, *de acquirenda possessione*.

(4) Comentando la ley *naturaliter*, §. *nihil commune*, núm. 84, Digesto, *de acquir. posses.* y la ley 1.ª, colum. final del Código, tít. *de servis fugitivis*.

(5) Conforme consta por la ley *cum de in rem verso*, Digesto, tít. *de usuris*.

facilius quis remittat plura quam denuo dedat aut donet vel concedat pauca, ut diximus de succ. crea. lib. ii. §. xviii. nume. 16. versi. tertia ratio, per Paulum Castren. in l. pacta quae contra. C. de pact. & hac ratione improbatur pactum legis commissoriae in pignoribus. l. fin. C. de pact. pig. & improbatur eadem ratione renuntiatio futurorum alimentorum ut in d. num. 16. declaramus, ubi etiam diximus eadem ratione improbari pactum de non succedendo factum inter patrem & filium, & tradit las. in l. pactum dotali: C. de collati. harum enim rerum ratio ea est, quod facilius quis remittit plura quam donet pauca, ut naturaliter fieri videmus. Quid ergo mirum aut novum si lex per longissimi temporis faciturnitatem praesumat debiti remissionem, cum etiam obligationem post brevius tempus praesumere soleat, & remissionem etiam alias per unius solius anni transcursum ut diximus.

7. Quinimo † etiam concessionem per longi temporis transcursum alibi praesumit quale est in terminis. l. si quis diuturno, in princ. ff. si servitus vendi. de cuius intellectu agemus late infra declarantes quod ut debitor cum scientia iuris alieni potest longissimo tempore per creditotis scientiam & patientiam praescribere, quia ex tali faciturnitate praesumitur remissio ut in specie nostra, ita in terminis. d. l. si quis diuturno, per scientiam & patientiam domini rei consentientis me tignum in parietem suum immissum longo tempore habere acquirō & praescribo ius servitutis, ergo longe facilius id continget ac iustius in specie nostra, tum quod hic adest longissimum tempus ibi longum duntaxat, tum etiam quod ibi est nova servitutis acquisitio quae odiosa est, hic liberatio ab obligatione quod favorabilior est, l.

mayor facilidad tienen los hombres para perdonar cosas mayores que para entregar, regalar o conceder de nuevo cosas insignificantes, conforme lo hemos expuesto en el tratado de *successionum creatione* (1), y lo afirma también Pablo de Castro (2); con esta misma razón se rechaza también el pacto de la ley comisoria relativo a las prendas (3); con la misma se condena la renunciación respecto a futuros alimentos, según lo declaramos en el citado número 16, en el que también dejamos asentado que, por la misma razón se rechaza el pacto hecho entre el padre y el hijo relativo a la no sucesión, y lo enseña también Jasón (4); y el fundamento de todas estas aserciones es, el que con más facilidad perdona uno cosas mayores, que concede de nuevo cosas pequeñas, conforme lo vemos ejecutar ordinariamente. ¿Qué tiene, pues, de extraño o de nuevo, si la ley en razón del silencio durante dilatadísimo tiempo, presume el perdón de la deuda, cuando después de un tiempo más reducido acostumbra a presumir aun una obligación, y en otros casos también el perdón por el trascurso de un solo año, conforme lo hemos ya expuesto?

Más aún, por el largo trascurso de tiempo presume la ley en otros lugares aun una concesión, conforme aparece en los términos de la ley *si quis diuturno* (5), sobre cuyo sentido trataremos extensamente más adelante, haciendo ver que, así como en razón de la ciencia y paciencia del acreedor, puede por el dilatadísimo trascurso de tiempo darse la prescripción en favor del deudor conocedor del derecho ajeno, porque a causa de tal silencio se presume el perdón, como en nuestro caso, así también, conforme a los términos de la citada ley *si quis diuturno*, en razón de la ciencia y paciencia del dueño de la casa, que consiente el que yo tenga por largo tiempo un puntal introducido en una pared suya, adquiero y hago prescribir en mi favor un derecho de servidumbre; luego con mucha mayor facilidad y justicia tendrá ésto cumplimiento en nuestro caso, ya en razón de que en él

7.

(1) En el lib. 2.º, §. 18, núm. 16, versic. *tertia ratio*.

(2) Acerca de la ley *pacta quæ contra* del Código, tít. *de pactis*.

(3) Según la ley final del Código en el tít. *de pactis pignorum*.

(4) Acerca de la ley *pactum dotali*, Código, tít. *de collationibus*.

(5) Digesto, tít. *si servitus vindicetur*, al principio de la ley.

Arrianus. ff. de actio. & obligat. iuncta. l. altius. C. de servit. cum ibi notatis cum iis quae scripsimus infra. §. lxxxii. num. 13. & infra c. lxxviii. scripsimus plene de intillectu d. l. si quis diuturno. Pro nobis tex. egregius in l. si ego. §. i. ibi, per traditionem forte aut per patientiam, ff. de publici. in rem act. ubi scientia & patientia habet vim traditionis, ergo multo facilius habebit vim remissionis quandoquidem facilius quis remittit quam donet au tradat, ut supra ostendimus. Neq; ad rem pertinere debet si quis obiecerit hanc legis interpretationem non esse aequam ut possit perimere iura naturalia, ne sic in effectu iura naturalia per ius civile perimi videantur, nam id omnino negatur, sed potius ipso quoq; iure naturali contrario perimi, omnis enim res naturaliter per quascumq; causas nascitur per easdem dissolvitur c. omnis res, de regu. iur. l. nihil tam naturale, ff. eod. tit. §. fin. & per totum titulum inst. quib. mod. re contrahi. obliga.

8. Modo sic † tibi centum promissi, solus Deus certo scit an id fecerim animo obligandi me, an vero loci vel ostentationis causa, vel forte causa comitatis ut benevolus erga te viderer l. divus, ff. de mili. testam. §. plene, inst. eod. titu. l. Labeo, ff. de sup. lega. l. an inutilis, ff. de accep. l. non solum, ff. de actio. & obliga. nihilominus tamen lex interpretatur me tibi obligatum videri, sentiens ex animo me promisisse obligandi me ipsum, quasi voluntatis nostrae certius signum nullum sit quam verborum d. l. Labeo, sicque obligamur ex consensu & voluntate nostra a lege civili coniecturata, non tamen infallibiliter cognita, sic ergo & per contrarium ea obligatio ex animo nostro contrario perimi naturaliter potest & debet, quamvis animus ille coniecturis

es larguísimo el período de tiempo, mientras en el otro sólo se da un período largo, ya también porque en el primer caso tiene lugar una nueva adquisición de servidumbre, que es cosa odiosa, mientras en el nuestro se da la remisión de una obligación, que es cosa más bien favorable, según consta por varias leyes (1). Existe también en nuestro apoyo un notable texto en la ley *si ego* (2), en las palabras «tal vez por la tradición o por la paciencia», en el que la ciencia y paciencia tienen el valor de la tradición; luego con mucha mayor facilidad tendrán el valor de la remisión, puesto que más fácilmente perdona uno, que concede o entrega, según lo hemos demostrado antes.

Ni deberá ofrecer la menor dificultad la objeción que tal vez pudiera hacer alguno, de no ser justa tal interpretación de la ley, que pueda destruir derechos naturales, para que no parezca de este modo que, en cuanto al efecto, el derecho civil destruye derechos naturales, porque esto lo negamos de plano, ya que más bien son destruidos por el mismo derecho también natural contrario; porque conforme a la ley de la naturaleza todas las cosas se disuelven por las mismas causas por las cuales nacieron (3). Ahora argumento de este modo:

Te he hecho una promesa de ciento, por ejemplo, y sólo Dios sabe de cierto, si la he hecho con intención de obligarme, o más bien en razón del lugar, o por ostentación, o tal vez llevado de la afabilidad para mostrarme benévolo para contigo, según consta por varias leyes (4), y sin embargo la ley interpreta, que parezco obligado para contigo, juzgando ella que yo he hecho la promesa con ánimo de obligarme a mí mismo, como si no hubiera señal más cierta de nuestra

8.

(1) Así por la ley *Arrianus* del Digesto, tít. de *actionibus et obligationibus* juntamente con la ley *altius* del Código, tít. de *servitutibus*, con lo sobre ella notado, y con lo que hemos expuesto más adelante en el §. 82, núm. 15; asimismo en el cap. 78 hemos tratado extensamente el sentido de la citada ley *si quis diuturno*.

(2) En el §. 1.º, Digesto, tít. de *publiciana in rem actione*.

(3) Conforme consta por el cap. *omnis res, de regulis iuris* y por la ley *nihil tam naturale* del Digesto, tít. de *regulis iuris*; por el §. final y por todo el tít. de la Instituta *quibus modis re contrahatur obligatio*.

(4) Así en la ley *divus*, Digesto, tít. de *militari testamento*; en el §. *plane* Instituta en el mismo título; en la ley *Labeo*, tít. de *suppellectile legata*; en la ley *an inutilis*, tít. de *acceptilatione*; en la ley *non solum*, tít. de *actionibus et obligationibus*, las tres del Digesto.

tantum non etiam certa scientia a lege civili percipiat & ut lex quoad ortum obligationis fidem adhibuit verbis promittentis, ita & quoad ipsius obligationis resolutionem fidem adhibet taciturnitati & patientiae longissimi temporis, & aliquando longe brevioris ut diximus l. Nec dicatur obligationem personalem inseparabilem esse ab ossibus obligati arg. l. nemo potest, ff. de lega. i. cum ibi traditis per Bar. col. i. ubi per omnes repetentes. Nam quod semel personali obligatione deberi coepit, certis modis a lege definitis deberi desinit l. obligationum fere, §. placet, ff. de actio. & oblig. per totum titulum inst. quib. mod. tollitur oblig. & ut illos modos perimendarum obligationum ipso iure lex adinvenit & induxit, ita quoque alios modos, ut constat, inducere potest quotidie, id quod fecit in nostra materia iubendo ut plenissima securitas & obligationis liberatio confingeret per ipsius praescriptionem longissimi temporis, id quod expressius induci non potuit aut iuberi, quam inducitur si verba earum legum non calumnientur & exterminentur ac turpiter violentur per l. sicut l. omnes l. cum notissimi. C. de praescript. xxx. annorum l. si pupillus, in fine. ff. de admitt. tutorum iuncto prin. inst. quib. mod. tolli. obl. & c. ad aures, de praescrip. & l. i. cum Glo. C. si adver. creditorem.

9. Sit ergo fixa iudubitataq; conclusio † post longissimi temporis praescriptionem sublatam videri utramq; obligationem tam civilem quam naturalem etiam ipso iure, unde primum apparet veram non esse opinionem Bal. & Fransci Balbi & Petri Philippi Cornei & aliorum supra relatorum negantium eam ipso iure perimi & affirmantium quod etiam in effectum non enervabatur aut debilitabatur.

voluntad que la de las palabras, y así nos obliga la ley civil, por nuestro consentimiento y voluntad, conocidos, sin embargo, no de un modo infalible, sino sólo conjetural; del mismo modo, pues, y en caso contrario, aquella obligación puede y debe naturalmente, ser destruida por nuestra intención contraria a ella, aun cuando la ley civil solamente conozca aquella intención por conjeturas, pero no con ciencia cierta; y así como la ley dió fe en cuanto al comienzo de la obligación a las palabras del que hacía la promesa, así también en cuanto al término de la obligación da fe al silencio y paciencia durante dilatadísimo tiempo y a veces aun de tiempo mucho más reducido, según antes hemos expuesto.

Ni se objete que la obligación personal es inseparable de la persona obligada (1); porque lo que una vez empezó a deberse con obligación personal, deja de deberse por ciertos modos señalados en la ley, según aparece en varias disposiciones legales (2); y así como la ley halló y estableció aquellos modos de extinguir las obligaciones de pleno derecho, así también puede, según es manifiesto, introducir a diario otros modos, lo que efectivamente hizo en nuestro caso, al mandar, que la seguridad más absoluta y el término de la obligación tuviera lugar por la prescripción de la misma, durante un dilatadísimo trascurso de tiempo, lo que no ha podido establecerse o mandarse de modo más terminante de como se ha establecido, a no ser que se interpreten falsamente las palabras de tales leyes, o se las destruya o se quebranten torpemente, como consta por varias leyes (3).

Quede, pues, firme y cierta esta conclusión, que después de una prescripción de dilatadísimo tiempo [usucapion extraordinaria] se considera extinguida una y otra obligación, tanto la civil como la natural, y ésto aun de pleno derecho; 9.

(1) Según lo prueba la ley *nemo potest* del Digesto, tít. *de legatis*, lib. 1.^o, con lo que sobre ella expone Bartolo, colum. 1.^a, en las palabras *per omnes repetentes*.

(2) En la ley *obligationem fere §. placet*, del Digesto, tít. *de actionibus et obligationibus* y en todo el título de la Instituta *quibus modis tollitur obligatio*.

(3) Por las leyes *sicut, omnes* y *cum notissimi*, las tres del Código, tít. *de praescriptionibus triginta annorum*; por la ley *si pupillus* al final, Digesto, tít. *de administratione tutorum*, juntamente con el principio de la Instituta *quibus modis tollitur obligatio*, por el cap. *ad aures, de praescriptionibus* y por la ley 1.^a con su glosa, Código, tít. *si adver. creditorem*.

10. Apparet etiam errasse † quotquot asseverabant eam in effectu debilitari duntaxat, non etiam ipso iure perimi, id quod affirmant Bartol. in l. fin. §. i. ff. rem ratam haberi, cuius opinionem communem esse testatur Franciscus Bald. ubi supra par. i. q. vi. & par. iii. principali in ii. par. illius. iii. partis. q. x. ubi pluries hanc dicit communem opinio. Paul. Castrensis, in d. l. fin. §. i. ff. rem ratam haberi. Bald. in l. sicut, col. i. C. de praescr. xxx. annorum Ioannes Imolens. in c. fi. col. vi. de praescrip. in rep. Angelus in l. i. col. xix. C. de iudi. in rep. Panorm. & Felin. col. i. in cap. ad aures, de praesc. Ioan. Andreae in c. possessor. ad fin. de regulis iuris Antonius, & Ioannes Imolensis in d. c. ad aures Pet. Philippus Corn. consi. clxxvi. ad evidentiam col. pen. lib. i.

Neq; ad rem pertinet quod etiam iure civili non procedat praescriptio iurium & actionum cum mala fide, non magis quam iure canonico, secundum veram & communem opinionem ut supra diximus & plenius in c. praeced. nam non sequitur, scio me debere, ergo habeo malam fidem, est enim aperta incuria (ne dicam iniustitia) existimantium, qui possidet rem alienam, aut moratur scienter debiti solutionem, eum esse necessario in mala fide, cum potius sit in bona fide aut saltem in bona fide & esse possit & esse posse a lege civili praesumatur ut iam ostendimus & fusius in c. praeced. & c. lxxii. & cap. lxxvi. & ut exactius res agatur considera quod aut tam creditor quam debitor erant debiti conscii, aut uterq; ignorabat, aut creditor solus sciebat, debitor autem ignarus erat, aut & quarto ex diverso creditor ignorabat & debitor solus sciebat. Primo casu cessat regulariter mala fides, quia ex illa scientia & patientia longissimi temporis praesumitur facita debiti remissio aut abiectio ut diximus

de donde se colige, en primer lugar, no ser verdadera la opinión de Baldo, de Francisco Balbo, de Pedro Felipe Corneo y de otros autores referidos anteriormente, quienes negaban que tal obligación se anulase de pleno derecho, y afirmaban que aun en cuanto a su efecto, ni se enervaba ni se debilitaba.

Colígese, en segundo lugar, haber incurrido en error cuantos afirmaban que tal obligación solamente se debilitaba en cuanto a su efecto, pero que de ningún modo se extinguía de pleno derecho, lo que afirman Bartolo (1), Francisco Balbo (2), quien dice ser común la opinión de Bartolo; lo mismo afirman Pablo de Castro (3), Baldo (4), Angel (5), Juan de Imola (6), el Panormitano y Felino (7), Juan Andrés (8), Antonio y de nuevo Juan de Imola (9) y Felipe Corneo (10).

10.

Ni hace tampoco al caso el que, aun en derecho civil, no tenga lugar la prescripción de derechos y acciones con mala fe, del mismo modo que en derecho canónico, conforme a la común y verdadera opinión, según lo expusimos arriba y con más detenimiento en el capítulo precedente. Porque no es legítima consecuencia: sé que debo una cosa, luego estoy en mala fe; porque es una manifiesta impropiedad (por no llamarla injusticia) la de aquellos que juzgan que quien posee una cosa ajena, o a sabiendas retrasa el pago de un débito, se halla necesariamente en mala fe, cuando más bien está en buena fe, o por lo menos no sólo puede hallarse en buena fe, sino que también la misma ley civil presume poder hallarse en ella, conforme lo hemos ya demostrado en varios lugares (11). Y para tratar este punto con

(1) Comentando la ley final, §. 1.º, del Digesto, tít. *rem ratam haberi*.

(2) *Ubi supra*, part. 1.ª, cuest. 6.ª y part. 3.ª, princ. en la 2.ª part. de aquella 3.ª part., cuest. 10.ª, donde repite muchas veces ser común esta opinión.

(3) Acerca de la citada ley final, §. 1.º, Digesto, tít. *rem ratam haberi*.

(4) Acerca de la ley *sicut*, colum. 1.ª, Código, tít. *de praescriptione triginta annorum*.

(5) Sobre la ley 1.ª, colum. 19, del Código, *de iudi. inrep.*

(6) En el cap. final, colum. 6.ª, *de praescript. in rep.*

(7) Colum. 1.ª, cap. *ad aures, de praescriptionibus*.

(8) En el cap. *possessor*, al final, *de regulis iuris*.

(9) Ambos en el citado cap. *ad aures*.

(10) *Consil.* 176 que empieza *ad evidentiam*, colum. penúltima, lib. 1.º

(11) Extensamente en el cap. precedente y en los capítulos 72 y 76.

supra & aliis in locis ad quae me retuli. Secundo casu quando uterq; ignorabat, etiam secundum omnes procederet praescriptio, cum debitor aperte sit in bona fide, ut patet ex sua iusta ignorantia, quale esset si ex contractu forte procuratoris quem ignorabat obligatus esset, ut supra dixi & exactius in c. praeced. Tertio casu cum solus creditor sciebat, debitor ignorabat se debere, tunc idem, & longe iustius, quia ex parte sua adest bona fides & ex parte creditoris iustissime praesumeretur debiti vel remissio vel abiectio. Ultimo vero casu cum solus debitor se debere sciebat creditor autem ignorabat, vix est ut non intelligatur esse in mala fide, quando quidem ex parte creditoris ignorantis nec debiti abiectio nec remissio praesumi potest l. mater decedens, ff. de inoffic. testa. sicq; cessat ratio bonae fidei praesumendae de qua in l. alienationis verbum, ff. de verb. signifi. ibi, vix est enim ut non videatur, alienare & c. & l. qui patitur, ff. mand. l. semper qui non prohibet. ff. de reg. iur. & cum debitor suum debitum saltem impropriissime videatur possidere Gloss. in l. regulariter. ff. de pet. haered. certe hoc casu istius debitoris impropriissima illa possessio non legitima, sed clandestina videretur, argum. l. si quis diuturno, in prin. ff. si ser. vendi. quae lex si recte inspiciatur probat omnia membra huius distinctionis, negans ubi vitiosa possessio, vel quasi possessio est contingere praescriptionem, non sic si vitio careret. Iam ergo dubitari non oportet quin cesset praescriptio utroq; iure tam civili quam cano. ubi mala fides interfuit & in eo tantum quaestio est an possessor, vel quasi poss. rei vel iuris alieni in mala fide esse dicatur cum id sciebat, qua in re distinguendum est, ut dixi modo & plenius supra cap. praec. & ca. lxxii. & c. lxxvi. incipien- actio personalis.

mayor exactitud ten presente que, o bien tanto el acreedor como el deudor tenían conocimiento del débito, o bien ambos lo ignoraban, o sabiéndolo sólo el acreedor lo desconocía el deudor, o por el contrario, en cuarto lugar, el acreedor desconocía el débito y sólo el deudor tenía de él conocimiento. En el primer caso cesa ordinariamente la mala fe, porque en razón de aquel conocimiento y paciencia durante dilatadísimo tiempo, se presume una tácita remisión del débito o abandono del mismo, conforme lo expusimos arriba y en otros lugares a los que me he remitido. En el caso segundo en que ambos desconocieran el débito, también tendría lugar, según todos, la prescripción, ya que manifiestamente el deudor se halla en buena fe, como consta por su justa ignorancia, como sucedería si estuviera obligado tal vez por un contrato de su procurador que él desconocía, según arriba lo hemos expuesto y con más exactitud en el capítulo precedente. En el tercer caso, cuando sólo lo conocía el acreedor y el deudor ignoraba que tenía tal débito, entonces diremos lo mismo y con mucha mayor justicia, porque de parte del deudor existe buena fe, y por parte del acreedor se presumiría con la mayor justicia o bien el perdón o bien el abandono del débito. Mas en el último caso, cuando sólo el deudor sabía que tenía tal débito, desconociéndolo el acreedor, apenas si es posible el que no se repunte hallarse en mala fe, puesto que por parte del acreedor desconocedor del débito, no puede presumirse ni el abandono ni el perdón del mismo (1), y por tanto cesa la razón de presunción de buena fe, de que tratan varias leyes (2); y como el deudor parezca hallarse en posesión de su débito por lo menos con suma impropiedad (3), ciertamente en tal caso aquella posesión sumamente impropia del deudor, parecería no legítima, sino clandestina, según lo prueba la ley *si quis diuturno* (4); ley que,

(1) Según consta por la ley *mater decedens* del Digesto, tít. *de inofficioso testamento*.

(2) La ley *alienationis verbum* del Digesto, tít. *de verborum significatione*, en las palabras *vix est enim ut non videatur alienare*, etc.; la ley *qui patitur*, Digesto, tít. *mandati*; la ley *semper qui non prohibet*, Digesto, tít. *de regulis iuris*.

(3) Según la glosa de la ley *regulariter* del Digesto, tít. *de petitione haereditatis*.

(4) Al principio, Digesto, tít. *si servitus vindicetur*.

11. Confirmantur † haec omnia, nam tenentes praescriptione utile tantum dominium non etiam directum acquiri, eo quod in praescriptione cessat naturalis aequitas, quia currit contra ignorantem, fatetur, quod si dominus scit, & patitur rem suam praescribi tunc directum dominium acquiritur non secus quam si ipse eam venderet & traderet, ita Balbus de praescript. par. ii. q. ii. num. ix. & Bald. in auth. nisi tricennale. col. fi. C. de bo. mater. & Felin. in rubr. de praescrip. col. i. & Iaso. in l. traditionibus. C. de pact. ergo ut cessat mala fides quando domini voluntate possideo alienum per totum titulum ff. & C. commod. & ff. de precario. & ff. C. inst. & in decret. de dona. ita & hoc casu cessat mala fides.
12. Apparet † ergo ex superioribus verissimam esse sententiam Accursii & Bar. & Pauli Castrensis in l. fin. §. i. ff. rem ratam haberi, existimantium eum qui praescripsit si solvit posse repetere, quos sequitur Franciscus Balbus de praescript. part. i. q. vi. post alios quos ipse tam ibi quam rursus in ii. part. in iii. partis principal. quaest. x. refert.
13. Apparet † similiter parum aptam esse aut suspectam esse aequiparationem quam ipsemet Balbus d. q. vi. post Paulum Castren. in d. l. fi. §. i. & post Bal. in l. sicut, col. i. C. de praescrip. xxx. annorum facit, ait enim quod ut per pactum de non petendo, quod est iuris gentium, eliditur civilis obligatio, sed naturalis, quia similiter est de iure gentium ex toto perimitur, ita ex diverso per praescriptionem quae est iuris civilis ex toto perimitur obligatio civilis, sed naturalis duntaxat debilitatur. Secundum quam rationem consequens fieret ut diceremus quod per novationem, quae est iuris civilis vel etiam per acceptilationem, quae similiter est iuris civilis, sola

si atentamente se examina, prueba todos los miembros de esta distinción, al negar que, cuando la posesión o cuasi posesión es viciosa, pueda tener lugar la prescripción, pero no así cuando está libre de vicio. Así, pues, no es ya posible dudar de que cesa la prescripción según ambos derechos, tanto civil como canónico, cuando intervino mala fe; y sólo resta ya la cuestión acerca de si se ha de decir hallarse en mala fe el posesor o causi posesor de una cosa o derecho ajeno, teniendo de ello conocimiento, en cuyo asunto se ha de establecer la distinción que poco ha hemos dicho, y con más extensión en el capítulo precedente y en el capítulo 72 y 76 que empieza *actio personalis*.

Confirmase toda esta doctrina, porque los que sostienen que por la prescripción se adquiere solamente el dominio útil, pero no el directo, por la razón de que en la prescripción cesa la equidad natural, confiesan que si el dueño lo sabe y consiente que prescriba una cosa suya, en tal caso se adquiere el dominio directo del mismo modo que si el dueño la vendiera o la diera; así lo sostienen Balbo (1), Baldo (2), Felino (3) y Jasón (4), luego así como cesa la mala fe cuando con la voluntad del dueño me hallo en posesión de una cosa ajena (5), así cesa también en este caso dicha mala fe.

Consta, pues, por la anterior doctrina, ser muy verdadera la opinión de Acursio, Bartolo y Pablo de Castro (6), al juzgar que aquel en cuyo favor prescribió algo, si es que lo pagó, puede reclamarlo; sigue el sentir de éstos Francisco Balbo (7) en pos de otros autores a quienes cita tanto en este lugar cuanto de nuevo en la 2.^a parte (8).

Colígesse igualmente ser poco a propósito o más bien sospechosa la equiparación que establece el mismo Balbo (9),

(1) *De praescriptione*, part. 2.^a, cuest. 2.^a, núm. 9.^o

(2) En la *authen. nisi tricehnale*, colum. final, inserta en el Código de *bonis maternis*.

(3) En la rúbr. *de praescript.*, colum. 1.^a

(4) En la ley *traditionibus* del Código, tít. *de pactis*.

(5) Según consta por todo el título *commodati* del Digesto y del Código; por el tít. *de precario* del Digesto, y por el tít. *de donationibus* del Digesto, Código, Instituta y Decretales.

(6) Comentando la ley final, §. 1.^o del Digesto, tít. *rem ratam haberi*.

(7) *De praescriptione*, part. 1.^a, cuest. 6.^a

(8) *In 3.^a part. princip.* cuest. 10.

(9) En la citada cuestión 6.^a

civilis obligatio tolleretur, naturalis vero duntaxat debilitaretur, id quod esset contra text. in §. praeterea novatione, & in §. item per acceptilationem, inst. quib. mod. tolli. oblig. & contra l. fin. C. de novat. & contra omnes leges tan illius tituli quam ff. eo. ti. & per totum ff. & C. de acceptil. ergo non est bona consequentia novatio, aut acceptilatio, aut praescriptio sunt iuris civilis, ergo civilem tantum non etiam naturalem obligationem perimere possunt, quinimo utramque perimere possunt & perimunt, quia hac in re cum ipso iure civili concurrat etiam natura, hoc est, voluntas illius contra quem praescribitur, quae ut ex verbis, vel scriptura, vel etiam nutu vel aliis signis & indiciis eius probata intelligeretur ita etiam ex ista scientia & patientia probata censeatur d. l. si ego. §. i. ff. de pub. in rem act. d. l. cum de in rem verso. ff. de usuris, iuncta l. Labeo, ff. de sup. leg. l. nutu. ff. de legat. iii. l. i. §. si quis ita, ff. de verborum obligation. l. milites. ff. de milit. testam. l. an inutilis. ff. de acceptil. l. non solum l. non figura. ff. de actio. & obligatio. certum enim quid multis modis esse potest l. certum. ff. si certum petat. iuncta l. i. §. fina. ff. de dote praelega. & ut obligatio naturalis sine dubio perempta diceretur ex remissione creditoris, de qua constaret per verba ipsius, ita quoque perempta videbitur ex remissione ipsius de qua alio quovis modo constet ut dictis iuribus, constat autem de tali remissione vel abiectione per scientiam* & patientiam longissimi temporis ut diximus, ergo talem obligationem naturalem peremptam esse proculdubio intelligemus.

14. Deniq; apparet ex nostra declaratione obligationi praescriptae non posse accedere fideiussorem, nam licet is soli obligationi naturali accedere possit, non secus quam civili &

siguiendo el parecer de Pablo de Castro (1) y de Baldo (2); porque dice, que así como por el pacto *de non petendo*, que es de derecho de gentes, se menoscaba la obligación civil, pero la natural, por ser igualmente de derecho de gentes se extingue por completo, así, por el contrario, por la prescripción, que es de derecho civil, se extingue por completo la obligagación civil; pero la natural solamente se debilita. Conforme a esta razón, sería natural que dijéramos que por la novación, que es de derecho civil, o también por la aceptilación, que es igualmente de derecho civil, únicamente se quitaba la obligación civil, pero que la natural solamente se debilitaba, afirmación que sería contraria a la ley final del Código en el título *de novatione*, y contra todas las leyes del mismo título del Digesto, como también contra el título *de acceptilatione* del Código y Digesto. No es, pues, legítima consecuencia ésta; la novación o la aceptilación o la prescripción son de derecho civil; luego solamente pueden destruir la obligación civil, pero no la natural; cuando más bien pueden destruir ambas obligaciones, y de hecho las destruyen, porque en este punto con el mismo derecho civil concurre también la naturaleza, esto es, la voluntad de aquel en cuyo daño se da la prescripción, voluntad que así como se consideraría aprobada por sus palabras o escritos o también por señas o por otros signos o indicios, así también se considera aprobada por la misma ciencia y paciencia del dueño, como consta por varias leyes (3); porque de muchos modos puede tenerse la certeza de una cosa (4). Así como, sin duda alguna, se diría extinguida la obligación natural por el perdón del acreedor, del que nos constara por sus propias palabras, así también se reputará extinguida por la condonación del mismo, de la cual nos consta de cualquier

(1) Acerca de la citada ley final, §. 1.º

(2) En la ley *sicut*, colum. 1.ª, Código *de praescript. triginta annorum*.

(3) Por la ley *si ego*, §. 1.º, Digesto, tít. *de publiciana in rem actione*; por la citada ley *cum de in rem verso*. Digesto *de usuris*, juntamente con la ley Labeo del Digesto, tít. *de suppellectile legata*; por la ley *nutu*, Digesto *de legatis*, lib. 3.º; consta también por la ley 1.ª, §. *si quis ita*, Digesto *de verborum obligatione*; por las leyes *milites*, tít. *de militari testamento*; *an inutilis*, tít. *de acceptilatione*; *non solum* y *non figura*, tít. *de actionibus et obligationibus*, las cuatro del Digesto.

(4) Conforme aparece por la ley *certum* del Digesto, tít. *si certum petestur*, juntamente con la ley 1.ª, §. final del Digesto, en el tít. *de dote praelegata*,

naturali l. fideiussor obligari. §. fideiussor, ubi notant Paulus Castrensis & Barto. ff. de fideiuss. §. i. inst. eod. tit. tamen post praescriptionem cum nulla secundum nos supersit obligatio, ei obligationi, quæ nulla est fideiussor accedere non poterit, id quod in specie tenent Bald. in l. tam mandatori. co. ii. C. de non nu. pe. Bar. & Paul. de Castr. in d. §. fideiussor Francis. Balb. in d. q. vi. Paul. Castr. in l. fin. §. i. ff. rem ratam haberi. Antonius Butrius, Ioannes Imolensis & Felinus in d. c. ad aures, de praescrip. quæ communis opinio ex nostra sententia verissima est, non autem ex ratione qua ipsi omnes moventur, dum naturalem quidem obligationem superesse existimant, quamvis debilitatam, & pro nobis in specie est tex. in l. si quis postquam, cum ibi not. ff. de fideiusso.

15. Apparet † similiter ex sententia nostra talem obligationem praescriptam novari non posse, nam ex nihilo nihil fit secundum philosophum ut in l. sed si manente. ff. de precario, dixi plene in. ii. tomo harum controversiarum. c. xliii. in prin. & per totum & in specie ita tenent Antonius Butrius, Ioannes Imolensis & Felinus in d. c. ad aures & Franciscus Balbus. d. quæ. vi. nu. 4. facit. §. praeterea novatione, inst. quib. mo. tolli. oblig. cum ibi notatis, & l. i. ff. de novatio.

16. Apparet † similiter quod talis obligatio praescripta non proderit ad compensationem ut tenent Antonius Butrius, Imola & Felinus in d. c. ad aures, & Balbus in d. q. vi. quorum sententia longe expeditior erit secundum nostram opinionem, qui negamus naturalem obligationem superesse, quam secundum eorum sententiam superesse existimantium, debilitariq; duntaxat, non etiam perimi asseverantium.

otro modo, como aparece por las citadas leyes; ahora bien, nos consta tal condonación o abandono por el conocimiento y paciencia durante dilatadísimo tiempo, según hemos dicho; luego sin género de duda reputaremos extinguida tal obligación natural.

Finalmente, aparece por nuestra exposición que en una obligación ya prescrita no puede darse fiador; porque si bien éste puede darse en una obligación a la vez civil y natural (1), sin embargo, después de la prescripción no restando, según nuestra opinión, obligación alguna, no podrá intervenir fiador en una obligación que no existe, y así especialmente lo defienden Baldo (2), Bartolo y Pablo de Castro (3), Francisco Balbo (4), Antonio Butrio, Juan de Imola y Felino (5), siendo, a nuestro juicio, sumamente verdadera esta común opinión, pero no por la razón que a todos ellos les mueve, al juzgar que sigue ciertamente en pie la obligación natural, si bien debilitada; a nuestro favor milita expresamente el texto de la ley *si quis postquam* (6).

Igualmente despréndese de nuestra opinión que dicha obligación ya prescrita no es capaz de *novación*, porque de la nada, nada se hace según el filósofo, como consta por la ley *sed si manente* (7), y lo hemos expuesto con toda extensión en el segundo tomo de estas Controversias (8); y así especialmente lo defienden Antonio Butrio, Juan de Imola y Felino (9) y finalmente, Francisco Balbo (10).

Dedúcese también que semejante obligación ya prescrita no

14.

15.

16.

(1) Según consta por la ley *fideiussor obligari*, §. *fideiussor* del Digesto, tit. *de fideiussoribus* donde lo notan Pablo de Castro y Bartolo; y por el §. 1.º, Instituta del mismo título.

(2) Comentando la ley *tam mandatori*, colum. 2.ª, Código, tit. *de non numerata pecunia*.

(3) Sobre el citado §. *fideiussor*, y el segundo en la ley final, §. 1.º del Digesto, tit. *rem ratam haberi*.

(4) En la citada cuestión 6.ª

(5) En el citado cap. *ad aures, de praescriptionibus*.

(6) Digesto, tit. *de fideiussoribus* con lo notado sobre tal ley.

(7) Del Digesto, tit. *de precario*.

(8) En el cap. 14 al principio y en todo él.

(9) Los tres en el citado cap. *ad aures*.

(10) En la citada cuest. 6.ª, núm. 4. Lo mismo consta por el §. *praeterea novatione*, Instituta *quibus modis tollitur obligatio, cum ibi not.* y la ley 1.ª del Digesto, tit. *de novatione*.

17. Apparet etiam † ex nostra sententia an super obligatione praescripta constitutum fieri possit, quod admittit Bald. in rubr. C. de consti. pecu. col. ii. & Balbus in d. q. vi. nos contra per. §. in personam, inst. de act. & per d. l. si quis postquam, ff. de fideiusso. ubi traditur eum qui se pro alio soluturum constituit, similem esse fideiussori. Sicq; dicendum restat obligationi praescriptae accedere non posse magis quam fideiusso, praesertim secundum nostram opinionem qua asseveramus per praescriptionem non solum civilem verum naturalem quoq; obligationem peremptam videri.
18. Apparet etiam quid respondendum sit † in illo articulo quo controvertitur, an postquam quis praescripsit, possit per denunciationem evangelicam compelli ad restituendum quod praescripsit, qua in re receptissima opinio est non posse, si quidem sumus in praescriptione rei vel iuris corporalis ut plene resolvit Franciscus Balbus de praescript. ii. par. iii. partis princip. q. ix. & rursus. q. x. & Bart. in extravag. ad reprimendum, in verb. per denunciationem. in versi. sed quid de obligatione quae tollitur praescriptione, Bal. in authen. ad haec, col. ii. & iii. C. de usuris, Antonius Butrius, Ioannes Imolensis Panormi. Felinus & alii in c. fin. de praescri. Pet. Philippus Corneus consil. clxxvi. ad evidentiam, col. pen. lib. i. & hanc saepe testatur communem esse opinionem Imola & saepius Balb. ubi supra.
19. Sed † in praescriptione actionis personalis idem esse tenent Bar. Ioannes Imolensis, Panormit. & Pet. Philippus

servirá para la compensación (1), como lo defienden también Antonio Butrio, Imola y Felino (2) y también Balbo (3), cuyo parecer será mucho más explicable, según nuestra opinión, puesto que negamos que subsista tal obligación natural, que conforme a su doctrina, ya que juzgan que queda en pie tal obligación y afirman que solamente se debilita, pero que no se extingue.

De nuestra opinión colígese asimismo si es posible que el *constituto* (4) recaiga sobre una obligación ya prescrita, lo que admiten Baldo (5) y Balbo (6), pero que nosotros rechazamos fundados en el §. *in personam* de la Instituta *de actionibus* y en la ley *si quis postquam* (7), en la que se enseña que aquel que convino pagar en lugar de otro, es semejante a un fiador; y por tanto, sólo nos resta el afirmar que no puede tener lugar en una obligación ya prescrita, con más motivo que en una fianza, sobre todo según nuestra opinión en la que sostenemos que se reputa extinguida, no sólo la obligación civil, sino también la natural.

Consta también la respuesta que se ha de dar en aquel artículo en que se disputa, si después que ha prescrito algo en favor de uno, puede éste ser obligado por la denunciación evangélica a restituir lo que ya había prescrito, en cuya materia es opinión sumamente admitida que no puede ser obligado, puesto que nos hallamos en posesión de la prescripción de una cosa o de un derecho personal, según con todo detenimiento lo resuelven Francisco Balbo (8), Bartolo (9), Baldo (10), Antonio Butrio, Juan de Imola, el Panormitano y Felino (11) y finalmente Felipe Corneo (12); opinión

(1) Uno de los modos de extinción de las obligaciones según el D. R.

(2) En el citado cap. *ad aures*.

(3) En la citada cuestión 6.^a

(4) Convenio por el cual se promete de nuevo lo que ya se debía. (D. R.).

(5) En la rúbr. del Código, tít. *de constituta pecunia*, colum. 2.^a

(6) En la citada cuestión 6.^a

(7) Del Digesto, tít. *de fideiussoribus*.

(8) *De praescriptionibus*, 2.^a parte de la 3.^a parte principal, cuestión 9.^a y de nuevo en la cuestión 10.

(9) En la Extrav. *ad reprimendum*, en la palabra *per denuntiationem* en el versic. *sed quid de obligatione quae tollitur praescriptione*.

(10) En la autent. *ad haec*, colum. 2.^a y 3.^a inserta en el Código, *de usuris*.

(11) *Ubi supra*.

(12) En la citada cuestión 10.

Corneus ubi supra, & hanc esse communem opinionem affirmat Balbus in d. q. x. qui tamen contrarium tenet, affirmans locum habere denunciationem evangelicam, id quod tenet Pet. Philippus Corneus sibi contrarius consil. ccli. in hac consultatione col. ii. lib. iii. Ioannes Imolensis sibi contrarius in l. sequitur §. si viam. ff. de usucap. Antonius Butrius in d. c. fi. Bal. in auth. ad haec col. iii. C. de usuris, moventur hanc partem tenentes: quia longa, inquit, est differentia inter ius reale praescriptum & ius personale, nam iura realia facile migrant de persona in personam. l. fi. C. de lega. l. fin. §. sed quia, cum. §. seq. C. comm. de lega. l. cum pater. §. surdo. ff. de lega. ii. l. a Titio. ff. de furtis. l. si tibi homo. §. cum servus. l. legatarius. §. fin. ff. de lega. i. l. i. ii. & fere per totum. ff. de in diem addi. l. quoties, & fere per totum. C. de donati. quae sub modo. l. i. ii. & fere totum. ff. de lege commiss. Diversum est in actionibus personalibus quae immobiliter inhaerent ossibus obligati. l. nemo potest, ubi Bar. col. i. & alii omnes ff. de lega. i. sicq; per interventum praescriptionis in re vel iure reali dominium eradicatur a primo domino & migrat in praescribentem, sicq; praescriptione completa nihil alienum reperitur possidere quod restituere per denunciationem evangelicam cogatur, cum iam non tam alienum quam suum denuo effectum possidere inveniatur.

Sed praescripta actione personali adhuc, inquit, debitor remanet naturaliter obligatus, neq; alieni iuris debitor adhuc superest, per hocq; poterit per evangelicam denunciationem cogi ad solvendum. Sed haec ratio (iudice me) nullius momenti est, primum quia tam facile fuit legi inducere & disponere quod obligatio personalis extingueretur praescriptione, quam ut dominium obligatiove realis transferretur in

que atestigua repetidamente ser común Imola, y más veces aún Balbo *ubi supra*.

Pero, ¿qué diremos si se tratara de la prescripción de una acción personal? Sostienen la misma solución anterior Bartolo, Juan de Imola, el Panormitano, Pedro Felipe Corneo (1), afirmando Balbo ser común esta opinión (2), si bien él es de parecer contrario, defendiendo, que tiene lugar en tal caso la denuncia evangélica; lo mismo que sostienen Pedro Felipe Corneo (3) y Juan de Imola (4), contradiciendo ambos su anterior opinión; defienden lo mismo Antonio Butrio (5) y Baldo (6); la razón que mueve a los defensores de esta segunda parte es, el que existe, dicen, gran diferencia entre un derecho real prescrito, y un derecho personal; porque los derechos reales pasan fácilmente de una en otra persona, como consta por numerosas leyes (7); siendo cosa diversa tratándose de acciones personales que se adhieren de un modo inmutable a lo más íntimo de la persona obligada (8); por lo tanto, por intervención de la prescripción sobre una cosa o un derecho real, se arranca el dominio del primer dueño y pasa a aquel en cuyo favor prescribe; y de este modo una vez cumplida del todo la prescripción, no se halla poseer cosa alguna que esté obligado a restituir por la denuncia evangélica, puesto que ya se considera hallarse ante una nueva posesión no tanto de un efecto ajeno cuanto de uno propio.

Pero aun habiendo prescrito la acción personal, todavía el deudor, afirman dichos autores, queda ligado con obli-

(1) *Ubi supra*.

(2) En la citada cuestión 10.^a

(3) Dictamen 251 que empieza *in hac consultatione*, colum. 2.^a, lib. 3.^o

(4) Acerca de la ley *sequitur*, §. *si viam* del Digesto, tít. *de usucapione*.

(5) En el citado capítulo final.

(6) En la autent. *ad haec*, colum. 3.^a inserta en el Código, tít. *de usuris*.

(7) Así consta por la ley final del Código, tít. *de legatis*; por la ley final, §. *sed quia* y siguiente del Código, tít. *communis de legatis*; por la ley *cum pater*, §. *surdo*, Digesto, tít. *de legatis*, lib. 2.^o; por la ley *a Titio*, Digesto, *de furtis*; por la ley *si tibi homo*, §. *cum servus*; por la ley *legatarius*, §. final, Digesto, *de legatis*, lib. 1.^o, por la ley 2.^a y casi por todo el tít. *de donationibus quae sub modo* del Código; por la ley 2.^a y casi por todo el tít. *de lege commissoria* del Digesto.

(8) Según la ley *nemo potest* del Digesto, tít. *de legatis*, lib. 1.^o, que comentan en tal sentido Bartolo, colum. 1.^a y todos los demás autores.

praescribentem, ut ex dictis supra per hoc & per superius caput edocemur. Deinde quia non est verum superesse obligationem naturalem post praescriptionem, quinimo utramque perimi iam edocti sumus. Ergo penes praescribentem nihil reperitur alienum quod per denunciationem evangelicam restituere cogatur. Nec ad rem pertinet quod cum mala fide nec iure civili nec canonico procedat praescriptio (id quod potissimum decepit eos qui partem affirmativam tuentur) nam id ingenue fateamur, sed negamus debitorem in mala fide constitutum censi, eo quod sciat se debere secundum quod supra exposuimus, in quo contrarium tenentes decepti fuerunt. Qui etiam aperte aequivocant aut allucinantur, nam primum negant contingere praescriptionem cum mala fide, postea vero dicunt, quod qui mala fide praescripsit per denunciationem evangelicam cogitur solvere, ergo cum talis mala fide praescriptio ut contingat non sit possibile, restat ut talis denunciatio evangelica locum habeat nunquam.

Ergo quo casu actionum personalium praescriptio contingerit, eo casu talis evangelica denunciatio locum nunquam habebit.

20. Apparet etiam † ex his verissimam esse opinionem Angeli in repeti. l. i. colum. xix. C. de iudic. contententis per legem vel statutum effici posse ut per interventum praescriptionis perimatur non solum civilis, sed etiam naturalis obligatio in personalibus actionibus, quamvis contrarium, & minus recte tenuerint Bald. in d. authenti. ad haec. columna. iii. C. de

gación natural, y permanece aún deudor del derecho ajeno(1), por lo que podía ser obligado a pagar por la denuncia- ción evangélica. Pero, a mi juicio, este argumento no tiene fuerza alguna, primeramente porque tan fácil fué para la ley el introducir y disponer el que la obligación personal se extinguiese por la prescripción, cuanto el que el dominio u obligación real se trasfiriere a la persona en cuyo favor prescribe, conforme lo sabemos ya por lo expuesto arriba en este y en el anterior capítulo. En segundo lugar, porque no es verdad, que después de la prescripción quede en pie la obligación natural, antes bien, ya hemos demostrado arriba, que se extinguen una y otra. Luego nada ajeno se halla en poder de la persona en cuyo favor se da la prescripción, que esté obligado a restituir en razón de la denuncia- ción evangélica. Ni ofrece la menor dificultad el que tanto según el dere- cho civil, cuanto según el derecho canónico, no tenga lugar la prescripción con mala fe (que es la razón principalísima que indujo a engaño a los defensores de la parte afirmativa), porque ésto generosamente lo admitimos también nosotros, pero negamos el que se reputé constituido en mala fe el deudor, por la razón de que conozca que es deudor, con- forme a lo que arriba hemos expuesto, y en lo que se engañaron los defensores de la contraria opinión; los cuales manifestamente se equivocan o alucinan también, porque en primer lugar niegan que la prescripción pueda tener lugar con mala fe, mientras después afirman que quien con mala fe consiguió prescripción está obligado a pagar por la denun- ciación evangélica; luego no siendo posible que tal prescrip- ción tenga lugar con mala fe, síguese que jamás tendrá lugar tal denuncia- ción evangélica.

Así, pues, en el caso en que tuviere lugar la prescripción de acciones personales, en él nunca tendrá lugar la denun- ciación evangélica.

Por lo expuesto aparece también ser muy verdadera la opinión de Angel (2), quien defiende que una ley o estatuto pueden hacer el que por mediación de la prescripción se extinga en las acciones personales no sólo la obligación

20.

(1) Aunque ambas ediciones de Venecia y Francfort dicen «neque remanet debitor», etc., el sentido nos parece afirmativo y así lo traducimos.

(2) En la citada ley 1.^a, colum. 19, Código, *de iudiciis*.

usuris, & Franciscus Balbus ubi supra, q. x. Idem Bald. in capitu. si quis per triginta, si de feudo fuerit controversia Ioannes Imolensis in l. sequitur, §. si viam, ff. de usucapion. Quinimo (ut hoc Angelo addamus) non solum potest, sed etiam in dubio, id actum videtur per legem, vel statutum ut obligatio personalis tam civilis, quam naturalis per interuentum praescriptionis perimatur etiam si per tale statutum tempus praescribendi coangustetur, nam quae ratio est in triginta annis eadem ratio (quod attinet hanc ad rem), in aliquantulum brevior tempore erit, quia quae differunt tanquam plus & minus non differunt in specie, l. fi. ff. de fundo instru. ut plene ex superioribus rationibus deducitur, quas non expedit repetere.

civil, sino también la natural, si bien han defendido lo contrario, aunque con menor acierto Baldo (1). Francisco Balbo (2) y Juan de Imola (3). Más aún (añadiendo ésto a lo dicho por Angel) no solamente es posible, sino que en caso de duda parece que la ley o el estatuto han ejecutado ésto, a saber, el que la obligación personal, tanto civil como natural, se extinga por mediación de la prescripción, aun cuando el tiempo para la prescripción se reduzca por tal estatuto, porque la razón que milita tratándose de treinta años, esa misma tendrá lugar (por lo que hace a este asunto) en período algún tanto más reducido, porque las cosas en que sólo existe diferencia de más a menos, no se diferencian en la especie (4), según se deduce por completo de las anteriores razones, que no es oportuno repetir aquí.

(1) En la citada autent. *ad haec*, colum. 5.^a, Código, tít. *de usuris* y en el cap. *si quis per triginta, si de feudo fuerit controversia*.

(2) *Ubi supra*, cuest. 10.

(3) Acerca de la ley *sequitur*, §. *si viam* del Digesto, tít. *de usucapione*.

(4) Consta en la ley final, Digesto, *de fundo instructo*



CAPVT LIV

SUMMAE

1. *Dominium directum an praescriptione acquiratur, ardua quaestio.*
2. *Dominium iuris gentium secundarii est.*
3. *Ius gentium secundarium dicitur esse positivum.*
4. *Ius gentium secundarium initio fuit ius civile.*
5. *Successionum ius prius fuit civile, quam gentium.*
6. *Iuris gentium secundarii quae sunt libere possunt immutari.*
7. *Dominium directum facilius quaeri praescriptione longa, quam usucapione triennali, contra Doc.*
8. *Effectus non semper regulatur a sua causa.*
9. *Exceptio non semper est actionis exclusio.*
10. *Dominium an transferatur vel an extinguatur praescriptione, vel usucapione, ardua. q.*
11. *Restrictio non conceditur domino rei praescriptae, contra Doctores.*
12. *Reivindicatio non datur domino rei praescriptae contra tertium possessorem, contra Doctores.*
13. *Praescriptionis exceptio impedit litis ingressum, contra Bald.*

1.



UOAD septimum † utrum praescriptione acquiratur dominium directum, an utile tantum sunt tres communes opiniones, prima est, quod dominium directum acquiratur per usucapionem triennem, quae mobilibus in rebus contingit: Altera, quod per praescriptionem

CAPÍTULO LIV

SUMARIO

- ¿Se adquiere por la prescripción el dominio directo? Cuestión difícil. 1.
- El dominio es de derecho de gentes secundario. 2.
- El derecho de gentes secundario se dice ser derecho positivo. 3.
- El derecho de gentes secundario fué en un principio derecho civil. 4.
- El derecho de sucesiones fué antes civil que de gentes. 5.
- Las cosas que son de derecho de gentes secundario, pueden alterarse libremente. 6.
- Más fácilmente se adquiere el dominio directo por la prescripción de larga duración que por la usucapión trienal, contra algunos doctores. 7.
- El efecto no se regula siempre por su causa. 8.
- La excepción no es siempre negación de una acción. 9.
- ¿Se trasfiere por medio de la prescripción o de la usucapión el dominio o más bien se extingue? Cuestión ardua. 10.
- Al dueño de una cosa que ya prescribió, no se le concede la restricción. Contra algunos doctores. 11.
- Al dueño de una cosa ya prescrita no se le concede la reivindicación contra un tercer poseedor. Contra varios doctores. 12.
- La excepción de prescripción impide el poder entablar pleito. 13.
- Contra Baldo.

En cuanto al séptimo punto, a saber, si por la prescripción se adquiere el dominio directo o solamente el útil, existen tres opiniones, comunes todas ellas: la primera afirma, que el dominio directo se adquiere por la usucapión durante tres años, que tiene lugar tratándose de cosas muebles; la segunda dice, que por la prescripción de treinta años que

triginta annorum, quae sine titulo contingit, sola utilis non etiam directi dominii acquisitio contingat: Ultima, quod per praescriptionem longi temporis similiter solum utile dominium non etiam directum acquiratur, ita tenent Gloss. & communiter Doctor. in princip. institut. de usucapion. in verbo. dominium, per Gloss. Bartol. Bald. Salicet. Fulgos. Petr. Philipp. Corneum, & Arias Pinellum in authen. nisi tricennale, C. de bonis maternis per Aretinum, Christo. Porcium Ioannem & alios in d. princip. institut. de usucapion. per Paulum Castren. in l. fina. §. primo, ff. rem ratam haberi, hanc esse communem opinionem testatur Angelus Aretinus, in d. princip. institut. de usucapion. hanc sequitur, & saepe appellat communem opinionem Franciscus Balbus de praescription. secunda par. principal. quaestione secunda. Albericus, & Ioannes Andreae in capitu. possessor de regulis iuris. in versi. quartum proponebatur, Felynus in rubric. colum. i. de praescriptio. qui hanc firmat esse communem opinionem Ias. Decius, Alciatus, & alii in l. traditionibus, C. de pact. ubi Alexand. colum. ii. Gloss. in l. si quis emptionis, §. primo, C. de praescrip. xxx. annorum ubi per Salyc. & alios Ioannes Imolens. in repeti. capitu. fin. colum. xxiiii. de praescriptio. Gloss. Angelus. & alii in authen. ecclesia Romana, in princip. Marianus Socin. in rubric. de caus. possessio. & proprieta. versic. xviii. Archidiac. in c. servitutem. xviii. quaest. ii. Dynus, & novissimi in d. c. possessor, & alii plures quos allegat Bald. ubi supra, Idem in repe. l. Celsus, ff. de usucap. in fi.

Contrariam tamen partem in praescriptione longi temporis tam multi in dictis locis relati tenent, ut mihi non satis certum sit utra pars receptior sit, & cum omnes fere conveniant triennali usucapione directum dominium acquiri, l.

tiene lugar sin título alguno, tiene efecto la adquisición sólo del dominio útil, pero no del directo, y por fin la última, que por la prescripción de largo tiempo, se consigue igualmente sólo el dominio útil, pero de ningún modo el directo; así lo defiende la Glosa y comunmente los doctores en la introducción de la Instituta *de usucapione* (1); así también Bartolo, Baldo, Salicet, Fulgosio, Pedro Felipe Corneo y Arias Pinello (2); así el Aretino, Cristóbal Porcio, Juan y otros (3), como asimismo Pablo de Castro (4); afirma ser común esta opinión Angel Aretino (5); síguela también llamándola frecuentemente opinión común Francisco Balbo (6); del mismo sentir son Alberico, Juan Andrés (7), Felino (8), quien afirma igualmente ser opinión común, Jasón, Decio, Alciato y otros (9).

Sin embargo, son tantos los autores citados en los referidos lugares que defienden la opinión contraria, tratándose de la prescripción de largo tiempo, que no tengo suficiente certeza sobre cuál de las dos partes sea más admitida; y como casi todos los autores estén acordes en que por la usucapición trienal se adquiere el dominio directo (10) y como igualmente todos convengan en que por la prescripción de treinta años, que tuviera lugar sin título (esto es sin legítima causa de posesión) sólo se adquiría el dominio útil, pero

(1) En la palabra *dominium*.

(2) En la autent. *nisi triennale* del Código, tít. *de bonis maternis*.

(3) En la citada introducción de la Instituta *de usucapione*.

(4) En la ley final, §. 1.º, Digesto, *rem ratam haberi*.

(5) En la citada introducción de la Instituta *de usucapione*.

(6) *De praescriptionibus* segunda parte principal, cuestión 2.ª

(7) En el cap. *possessor, de regulis iuris*, en el versic. *quantum proponatur*.

(8) En la rúbr., colum. 1.ª, *de praescription*.

(9) En la ley *traditionibus*, Código, *de pactis*, sobre la que puede verse Alejandro, colum. 2.ª. Cita, además, la glosa de la ley *si quis emptiois*, §. 1.º, Código, tít. *de praescript. triginta annorum* y sobre ella véase Salicet y otros autores; lo mismo defiende Juan de Imola en el citado capítulo final, colum. 24, *de praescriptione*; la glosa, Angel y otros en la autent. *Ecclesia Romana* al principio; Mariano Socino en la rúbrica *de caus. possessio. et proprieta.*, versic. 28; el Archidiacono en el cap. *servitutem*, 18, cuest. 2.ª; Dino y algunos contemporáneos en el citado cap. *possessor* y otros muchos que cita Baldo *ub supra*; lo mismo en la referida ley *Celsus* del Digesto, *de usucapione*, al final.

(10) Según la ley *traditionibus* del Código, tít. *de pactis*; la ley 5.ª del Digesto, tít. *de usucapione* y la introducción de la Instituta del mismo título.

traditionibus, C. de pact. l. iii. ff. de usucap. in princi. insitu. eodem titu. & similiter cum omnes conveniant utile tantum dominium non etiam directum acquiri per praescriptionem annorum, xxx. quae sine titulo (hoc est legitima possidendi causa) contingeret per d. l. siquis emptionis, §. i. C. de praescrip. xxx. annorum, in eo duntaxat controversia est, an longi temporis praescriptione utile tantum dominium, an forte etiam directum acquiratur, qua in re receptior sententia forte est utile tantum acquiri, & sciendum est potissimum huius rei fundamentum & occasionem ab illa erranea opinione quam in c. praeced. exterminavimus effluxisse: aiunt enim quod dominium rerum nostrarum iuris gentium est. l. ex hoc iure. ff. de iust. & iure. l. i. cum seq. ff. de acqui. rerum domi. ius autem civile civilia tantum iura non etiam naturalia aut gentium perimere potest. §. sed naturalia, inst. de iure natur. & ibi omnes Doctores. l. omnes populi, & ibi Bar. & omnes repetentes. ff. de iust. & iure. l. eas causas. ff. de cap. dimi. l. iura sanguinis, ubi plene per Philippum Decium. ff. de regulis iuris. §. minus ergo, inst. de haered. quae ab intesta. l. ii. ff. de usufruct. earum rerum. tradunt communiter Doct. per tex. ibi in l. maximum vitium. C. de liberis praeteri. cum ergo praescriptio sit iuris civilis, & civilis ratio iura naturalia aut gentium perimere nequeat, sequitur quod nostrum dominium quod iuris gentium esse intelligitur perimere non poterit, ita arguunt Ioannes Andr. post Gerardum de Senis quem ipse refert & sequitur ubi supra, & Franciscus Balbus ubi supra, nume. 2. versic. & hunc articulum. Panorm. in rubr. de praescript. col. ii. & fere reliqui omnes, & cum hanc rationem effugere aut ab ea enodare sese non valerent, omnia iura hac de re loquentia (dum hanc ad rem & rationem seu partem ad istam aptare

no el directo (1), resta únicamente el discutir este punto, si por la prescripción de largo tiempo se adquiere solamente el dominio útil, o si tal vez también el dominio directo, y en este punto, es opinión acaso más admitida, que sólo se adquiere el dominio útil; y se ha de tener presente que el capital fundamento y ocasión de esta aserción ha dimanado de aquella opinión errónea que en el capítulo precedente hemos deshecho por completo; porque afirman que el dominio de nuestros bienes es de derecho de gentes (2); ahora bien, el derecho civil, únicamente puede anular los derechos civiles, pero de ningún modo los derechos naturales y de gentes, como lo prueban por varias leyes (3); siendo, pues, la prescripción de derecho civil, y no pudiendo una razón civil destruir derechos naturales o de gentes, síguese que no podrá anular nuestro dominio que se considera ser de derecho de gentes; de este modo argumentan Juan Andrés, siguiendo a Gerardo de Sena, a quien cita y cuyo parecer admite (4), Francisco Balbo (5), el Panormitano (6), y casi todos los restantes autores; y como no pudieran eludir la fuerza de este argumento y desenredarse de él, cuando intentan aplicar a este asunto o cuestión, o sea, a esta parte todas las leyes que tratan de esta materia, las fuerzan a abandonar su sentido o a destruirlo. Y ciertamente, esta sola razón (aun cuando faltaran otros argumentos más apremiantes) bastaría para hacer la opinión contraria más justa y más probada, tan lejos está, pues, de refutarla.

Porque la propiedad, principalmente de las cosas inmue- 2.

(1) Según la ley *si quis emptiois*, §. 1.º, Código, tít. de *praescriptione triginta annorum*.

(2) Véase la ley *ex hoc iure* del Digesto, tít. de *iustitia et iure* y la ley 1.ª y siguientes del Digesto, tít. de *acquirendo rerum dominio*.

(3) Por el §. *sed naturalia*, Instituta, de *iure naturali*, comentada en este sentido por todos los doctores; por la ley *omnes populi* del Digesto, tít. de *iustitia et iure*, comentada así por Bartolo y otros que repiten lo mismo; por la ley *eas causas*, Digesto, tít. de *capitis diminutione*; por la ley *iura sanguinis*, Digesto, tít. de *regulis iuris*, extensamente expuesta por Felipe Decio; por el §. *minus ergo*, Instituta, de *haered. quae ab intestato*; por la ley 2.ª, Digesto, tít. de *usufructu earum rerum* y comunmente lo exponen los doctores sobre el texto de la ley *maximum vitium* del Código, tít. de *liberis praeteritis*.

(4) *Ubi supra*.

(5) *Ubi supra*, núm. 2.º, versic. *et hunc articulum*.

(6) En la rubr. de *praescription.*, colum. 2.ª

studenti) exulare & exterminari compellunt. Quae quidem ratio (quando alia urgentiora fundamenta deessent) partem contrariam iustiore probatioremq; redderet, tantum abest ut eam confutarent.

2. Nam dominium praesertim rerum immobilium est sane
3. iuris gentium non primaevi (quod naturale appellatur) † sed tantum secundarii, quod naturale non tam est quam positivum, ut est vera & communis opinio quam tradunt Paulus Castrensis & alii communiter in repe. l. ex hoc iure. ff. de iust. & iure traditq; eleganter frater Dominicus de Soto de iust. & iure lib. iii. q. i. artic. iii. & diximus. supra in. iii. articulo quo egimus quare praescriptio aut usucapio introducta esset, id quod fusius multisq; ornavimus de succ.
4. progressu lib. i. in praefatione ubi plene ostendimus † ea omnia quae sunt iuris gentium prius fuisse iuris tantum civilis, sed paulatim repsisse aut velociter transvolasse ad reliquas gentes & regiones, sicq; cum primum ab uno vel altero homine vel regione inventum fuisset & receptum tunc iuris tantum civilis non etiam iuris gentium id esse. Verum postquam eo iure omnes omnino aut pleraeque aliarum gentium uti quoque coepissent iam iuris gentium effectum videri inque ius gentium conversum & transformatum. Quemadmodum & ex diverso, si quod hodie iuris gentium est in desuetudinem abire forte coepisset, ita ut penes unam tantum provinciam maneret, sine dubio iuris gentium esse desineret, & iam iuris tantum civilis esse diceretur, hoc est illius civitatis vel regionis penes quam adhuc id ius perduravit, sicq; non minus eleganter quam utiliter in lib. i. §. i. & §. ii. de succ.
5. crea. † usum testamentorum inventum fuisse a iure civili vel scripto vel consuetudinario ostendimus, sed postea cum a

bles, es ciertamente de derecho de gentes, no primario (que se llama derecho natural), sino secundario, que no tanto es natural cuanto positivo, conforme a la opinión verdadera y común que defienden Pablo de Castro y comunmente otros autores al comentar la citada ley *ex hoc iure* (1); y lo enseña elegantemente fray Domingo Soto (2) y nosotros lo hemos tratado arriba en el artículo 3.º, en el que expusimos, porqué se había introducido la prescripción o usucapión, lo que con más extensión y numerosas razones ilustramos en la introducción de la obra *de successionum progressu*, libro 1.º, en la que plenamente dejamos demostrado que todas aquellas cosas que son de derecho de gentes, fueron antes de derecho civil solamente, pero que poco a poco se habían introducido insensiblemente o de pronto se habían extendido a los restantes pueblos y regiones, y por tanto, que cuando al principio fué inventado y admitido por alguno que otro hombre o región, que entonces era solamente de derecho civil, pero no de derecho de gentes. Pero después que o todas las naciones en absoluto, o la mayor parte de ellas comenzaron también a usar de tal derecho, ya se reputa de derecho de gentes y en tal derecho de gentes convertido y trasformado. Del mismo modo que en orden inverso, si lo que hoy es de derecho de gentes, comenzase tal vez a caer en desuso de tal modo que sólo quedara en pie en una sola provincia, sin género de duda dejaría de ser de derecho de gentes y ya se diría ser solamente de derecho civil, esto es, de aquella ciudad o de aquella provincia en la cual perdurara aún tal derecho. Y así, con no menor claridad que provecho, hemos demostrado en el libro 1.º, §. 1.º y 2.º de la obra *de successionum creatione*, que el uso de los testamentos fué introducido por el derecho civil, o bien escrito, o consuetudinario, pero después, habiendo sido admitido también por los restantes pueblos, haberse convertido y trasformado en derecho de gentes, no de otro modo que si por el contrario, el uso de los testamentos hubiera comenzado a caer en desuso en el día de hoy, de tal suerte que sólo quedara en pie en alguna que otra provincia, al punto dejaría de ser de derecho de gentes

3.

4.

5.

(1) Digesto, tít. *de iustitia et iure*.(2) *De iustitia et iure*, lib. 3.º, cuest. 1.ª, art. 3.º

reliquis quoque gentibus receptum fuisset, in ius gentium fuisse conversum & transformatum, non secus quam ex diverso si hodie forte testamentorum usus ita in desuetudinem abire coepisset, ut penes unam tantum aut alteram provinciam maneret, continuo iuris gentium esse desineret, & iuris tantum civilis esse diceretur, hoc est illius illarumve provinciarum in quibus usus mosq; ille testandi perseveravit, quod dic ut in dictis locis & supra capitulo decimo, numero decimooctavo & capitulo quarto, numero tertio & capitulo vigesimo septimo, numero undecimo & capitulo sextodecimo, numero undecimo.

6. † Sicq; hodie quaelibet provincia posset ea quae iuris gentium secundarii esse dicuntur, quoad quasdam vel forte quoad omnes particulas immutare: Quid enim si iuberet ne capti fierent servi capientium, profecto talis lex civilis valeret, & ita aiunt Galliae observari, quamvis per hoc violaretur ius gentium contrarium disponens. l. manumissiones. ff. de iustitia & iure: valeretque similiter si iuberet ne hominibus suae ditionis liceret testari ut iam diximus in dicto §. primo, & dicto §. secundo, valeretque si iuberet omnia praedia esse communia, id quod apud Lacedaemonas Lycurgus Legislator aut (ut alii volunt) Agesilaus praecepit, teste Plutarcho in apoph. Ergo cum ius gentium secundarium intelligatur esse ius positivum, indubitatum est eritq; semper per leges positivas perimi & immutari posse, non secus quam ipsum ius civile dicto §. sed naturalia, dicta. l. omnes populi cum similibus, supra allega. dicta. l. eas causas. dicta. l. secunda, de usufr. earum re. dicto §. minus ergo. dict. l. maximum vitium, iuncto capitulo omnis res, de regulis iuris & l. nihil tam naturale, ff. de regulis iuris. Sicq; dominium de quo

y se diría ser solamente de derecho civil, es decir, de aquella o de aquellas provincias en las que perduró aquella práctica y costumbre de testar. Este punto puedes exponerlo como en los citados lugares (1).

Por consiguiente, podría en el día de hoy cualquier provincia cambiar aquellas cosas que se dicen de derecho de gentes secundario, en cuanto a algunas pequeñas partes o tal vez en cuanto a todas ellas: porque, ¿qué diríamos, si mandara, por ejemplo, que los cautivos no quedaran esclavos de quienes los cautivaron? Sin duda alguna tal ley civil sería válida, y de este modo dicen observarse en la Galia, aun cuando por ello no se quebrante el derecho de gentes que dispone lo contrario (2); del mismo modo sería válida si dispusiese que no les fuera lícito hacer testamento a las personas sometidas a su jurisdicción, conforme lo hemos expuesto ya en el citado §. 1.º y 2.º; sería igualmente válida si ordenara que todos los predios fueran comunes, cosa que, según el testimonio de Plutarco en sus *Apophoreta*, ordenó entre los Lacedemonios el legislador Licurso, o, según el parecer de otros, Agesilao. Luego como el derecho de gentes secundario se considere ser derecho positivo, está y estará siempre fuera de toda duda que por medio de leyes positivas puede anularse y alterarse no de otra suerte que el mismo derecho civil, según consta por varias disposiciones (3). Por consiguiente, la propiedad, de la que aquí tratamos, estando todos de acuerdo en que es de derecho de gentes secundario y no primario, podrá trasferirse de persona en persona por medio de una ley que disponga sobre la prescripción, con tanta libertad y tan perfectamente, como podría si solamente fuera de derecho civil. Todo lo dicho se confirma también por lo tratado en el capítulo precedente que no es preciso repetir aquí.

Además, admitiendo todos los autores que por la usuca-

6.

7.

(1) Y como lo hemos tratado antes en el cap. 10, núm. 18, cap. 4.º, núm. 3.º, cap. 27, núm. 11 y cap. 16, núm. 11.

(2) Según la ley *manumisiones* del Digesto, tít. *de iustitia et iure*.

(3) Por el citado §. *sed naturalia*; por la citada ley *omnes populi* con otras semejantes antes aducidas; por la ley *eas causas* y por la ley 2.ª *de usufructu earum rerum* citados; por el §. *minus ergo*; por la ley *maximum vitium* junto con el cap. *omnis res, de regulis iuris* y por la ley *nihil tam naturale* del Digesto, tít. *de regulis iuris*.

agimus, cum omnes conveniant esse iuris gentium secundarii, non etiam primaevi, per legem positivam de praescriptione disponentem, poterit tam libere & perfecte de persona in personam transferri, quam si iuris civilis esse posset.

Quae omnia etiam iuvantur ex iis, quae in c. praeced. disseruimus, quae repetere non expedit.

7. Praeterea † cum omnes fateantur usucapione triennali dominium directum acquiri per dict. l. traditionibus, C. de pact. d. l. iii. ff. de usucapion. non solum pari, sed etiam longe maiore, aut iustiore ratione, idem in praescriptione longi temporis admittere deberent, primum propter diuturnitatem temporis, quae est in hac longi temporis praescriptione quaeque non est in usucapione triennali. Deinde quia longe iustius, & antiquius dominium est quod quis habet in rebus mobilibus, quam quod habet in rebus soli, ita Paulus Castren. in repetitio. l. ex hoc iure, supra allega. & ibi communiter Doctor. facit l. i. cum seq. & §. ferae, cum sequen. institu. de rerum divisio. l. adeo, §. ferae, ff. de acq. rerum domi. nam ab ipso iure naturali primaevo descendit (secundum Paul. Castren. & communiter Doctor. ubi supra) dominium in rebus mobilibus, quale est in feris quas caepissemus, aut in tabulis quas quis depinxisset, aut in vestibibus quas fabricasset, & similibus, & tamen in rebus soli (qualia sunt praedia, campi & similia) dominium non fuit nisi de iure gentium secundo ut dictum est, ergo si dominium iuris gentium primaevi etiam directum usucapione acquiri, & transferri potest, dic. l. traditionibus d. l. iii. multo facilius, & iustius praescriptione longi temporis in immobilibus acquiri, & transferri poterit dominium, quod est iuris gentium secundarii, & sic iuris positivi.

pión durante tres años se adquiere el dominio directo (1), deberían admitir lo mismo tratándose de la prescripción de largo tiempo, no sólo con igual razón, sino con mucho mayor y más justo motivo; primeramente en razón del largo trascurso de tiempo que interviene en esta prescripción de largo tiempo y que no se da en la usucapición trienal. En segundo lugar, porque el dominio que uno tiene sobre cosas muebles es mucho más justo y procede de más antiguo que el que tiene sobre las cosas del suelo; así lo defiende Pablo de Castro y comúnmente todos los doctores al tratar de la ley *ex hoc iure* arriba citada (2); porque, según el testimonio de Pablo de Castro y comúnmente de los doctores arriba dichos, el dominio sobre las cosas muebles, cual es el que se tiene sobre las fieras que hubiéramos cazado, o sobre los cuadros que uno hubiera pintado, o sobre los vestidos que uno mismo se hubiese hecho y en cosas semejantes, procede del mismo derecho natural primario, y sin embargo, tratándose de cosas del suelo (cuales son los predios, los campos y cosas semejantes), el dominio no fué sino de derecho de gentes secundario, conforme queda dicho; luego si el dominio de derecho de gentes primario, aun el directo, puede adquirirse y transferirse por la usucapición (3), mucho más fácilmente y con mucha mayor justicia, tratándose de cosas inmuebles, podrá adquirirse y transferirse por la prescripción de largo tiempo el dominio que es de derecho de gentes secundario, y por tanto de derecho positivo.

Por esta razón indistintamente los jurisconsultos teniendo que tratar de las usucapiones, no sólo de las cosas que se mueven, sino también de las inmuebles, en el contexto de todos los títulos *de usucapione, pro emptione, pro legato, pro donato, pro dote* y *pro suo* del Digesto, y por todos los mismos títulos del Código y de la Instituta, llamaron o denominaron los títulos *de usucapione*; dando a entender con toda claridad que tan perfecto dominio y derecho se adquiere en las cosas inmuebles por la prescripción de largo tiempo

(1) Según la citada ley *traditionibus*, Código, *de pactis* y la ley 3.^a, Digesto, *de usucapione*.

(2) Milita también en nuestro favor la ley 1.^a y siguientes y el §. *ferae* y siguientes de la Instituta; la ley *adeo*, §. *ferae* del Digesto, tit. *de acquirendo rerum dominio*.

(3) Según la citada ley *traditionibus* y la citada ley 3.^a

Ideo promiscue cum de usucapionibus acturi essent iure-consulti, non solum earum rerum, quae moventur, sed etiam immobilium per omnes titulos, ff. de usucapio. & ff. pro emp. & pro legato, & pro donato, & pro dote, & pro suo, & C. per eosdem titulos, & instit. eod. scripserunt, vel inscripserunt titulos de usuca. plenissime significantes tam perfectum dominium, & ius longi temporis praescriptione, aut usucapione acquiri in immobilibus quam triennali usucapione in mobilibus rebus. Iam ergo dubitari (nisi non solum mille leges, sed etiam mille integros titulos subvertere vellis) non oportet quin non minus integrum, perfectum & directum dominium longi temporis praescriptione quam triennali usucapione quaeratur, & non solum aequae iusta, sed etiam iustiore ratione ut edocti iam sumus.

8. Agnosco tamen quod magis naturali ratione acquiritur dominium per contractum, & traditionem domini, quam per usucapionem triennem, vel longi temporis praescriptionem, ut in l. i. ibi, naturali ratione, ff. de acquiren. rerum domin. l. i. C. de sac. eccle. expressius in §. per traditionem, institu. de rerum divisio. ibi nihil tam naturali aequitati convenit, quam voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam esse. Sed id nihil ad rem, quia ut ea aequitas vincit acquisitionem quae per longi temporis praescriptionem contingit, ita & longe iustius vincit acquisitionem per triennalem usucapionem contingentem. (Sed haec iustior aut iniustior origo quod attinet ad hanc rem nihil debilitat effectum, nam & a patre debiliore saepe solet filius robustior procedere quam a robustiore patre, & a patre iniquiore aequior filius, quam a patre iustiore) sicq; apparet ex praedicta ratione parum apte argumentatos fuisse ad inducendam

o por la usucapión, como en las cosas muebles por la usucapión trienal. No es, pues, posible abrigar duda alguna (a no ser que quieras echar por tierra no sólo innumerables leyes, sino también innumerables títulos enteros) que por la prescripción de largo tiempo se adquiere un dominio no menos íntegro, perfecto y directo, que por la usucapión trienal y no sólo con tan justo motivo, sino con más justa causa, conforme hemos ya visto.

Confieso, sin embargo, que la propiedad se adquiere más conforme a la razón natural, por medio del contrato o de la tradición por el mismo dueño, que por la usucapión durante tres años, o por la prescripción de largo tiempo, según consta por varias leyes (1), y más expresamente por el §. *per traditionem* de la Instituta *de rerum divisione*, donde dice: nada hay tan conforme a la equidad natural como el reconocer por válida la voluntad del dueño que quiere transferir a otro una cosa suya. Pero ésto ninguna dificultad ofrece, porque así como aquella equidad es superior a la adquisición que tiene lugar por la prescripción de largo tiempo, así también y con mucha más razón sobrepasa a la adquisición que tenga lugar por medio de la usucapión trienal. (Pero este origen más justo o más injusto, en nada debilita el efecto en lo que se refiere a este asunto, porque vemos también que suele muchas veces nacer un hijo más robusto de un padre débil, que de otro más vigoroso, como también de un padre perverso nace a veces un hijo más justo que de otro padre más recto); por consiguiente, por la anterior razón, aparece ya haber argumentado con poco acierto para inducir la diferencia entre la prescripción y la usucapión Juan Andrés siguiendo el sentir de Gerardo (2), Balbo (3) y el Panormitano (4).

8.

Defendiendo nuestra opinión ninguna dificultad ofrece el que, a quien goza de la prescripción, se le conceda la

9.

(1) Según aparece por la ley 1.^a del Digesto, tít. *de acquirendo rerum dominio* en las palabras *naturali ratione* y por la ley 1.^a del Código, tít. *de sacros. ecclesiis*.

(2) En el citado cap. *possessor* del citado versic. *quarum proponebatur*.

(3) En la citada cuestión 2.^a, núm. 20.

(4) En la citada rúbr. *de praescriptione*, colum. 2.^a

differentiam inter praescriptionem, & usucapionem Ioannes Andr. post Gerardum in d. capitu. possessor d. versic. quartum proponebatur. & Balbum in d. quaest. ii. numero 2. & Panor. d. rubric. de praesc. col. ii.

- Tenendo nostram sententiam nihil ad rem pertinet quod
9. praescribenti detur exceptio, † quae regulariter est actionis exclusio, ergo superest ius & actio ei cuius res praescripta est, l. ii. ff. de exceptio. Sed resp. illud esse regulare, fallit in specie nostra, in qua post praescriptionem nullum ius remanet priori domino: & exceptio, quae praescribenti datur est exceptio intentionis, quod non praesupponit actionem, l. ubi pure, ff. de doli exceptio. declarat in simili Emmanuel a Costa in l. iii. C. de non numera. pecun. dicens simile esse in illa excep. non nume. pecu. quae est intentionis non actionis exclusio: patet, quia & per usucapionem triennalem dicitur exceptio acquiri, l. in rebus, § omnis autem C. de iur. do. Balbus in rep. l. Celsus. in fl. ff. de usucap.
 10. Ex superioribus apparet † qualis sit illa differentia quam inter triennalem usucapionem, & longi temporis praescriptionem faciunt Bart. Paulus Castrensis & Alè. in l. iii. §. ex pluribus, col. iii. ff. de acqui. poss. & Franciscus Balbus in d. ii. q. nu. 9. ver. sed videtur, quod nullus: aiunt enim per triennalem usucapionem dominium transferri de priore domino in praescribentem: caeterum per longi temporis praescriptionem dominium directum prioris domini extinguì novumq; dominium in praescribentis persona renasci, idq; utile tantum non etiam directum esse, & ita declarant Gloss. in d. l. iii. §. ex pluribus in verb. possideo, & Gl. fl. in l. si aedes. i. ff. de ser. urban. praed. dum Glo. illae aiunt, praescriptione extinguì antiquum dominium, quam differentiam Paul. Cast.

excepción, que regularmente es la exclusión de una acción; luego conserva el derecho y la acción aquel cuya cosa ha prescrito (1). Pero respondemos, que así es regularmente, pero no sucede de este modo en nuestro caso en que después de la prescripción no queda derecho alguno al primer dueño, y la excepción que se otorga a aquel en cuyo favor se da la prescripción, es una excepción de *intención* que no presupone acción (2), y así lo declara en parecido caso Manuel de Costa (3), afirmando que lo mismo sucede con aquella excepción de *non numerata pecunia*, que es una negación de *intención*, no de una acción; colígese asimismo, porque también se dice, que por la usucapión trienal se adquiere una excepción (4).

De lo arriba expuesto se desprende qué fundamento tenga aquella diferencia que entre la usucapión trienal y la prescripción de largo tiempo establecen Bartolo, Pablo de Castro, Alejandro (5) y Francisco Balbo (6), porque dicen que por la usucapión trienal se traspasa el dominio del primer dueño a aquel que goza de la prescripción, mientras que por la prescripción de largo tiempo se extingue el dominio directo del primer dueño, y renace un nuevo dominio en la persona en que se da la prescripción, y que tal dominio es solamente útil, pero no directo, declarando en tal sentido diversas Glosas (7), donde éstas afirman que por la prescripción se extingue la antigua propiedad; diferencia que dice ser muy ingeniosa Pablo de Castro (8), cuando a mi juicio, si hemos de decir verdad, es más bien digna de irrisión y burla, y más bien semejante a puras fábulas y agitados

10.

(1) Según la ley 2.^a del Digesto, de *exceptione*.

(2) Como aparece por la ley *ubi pure* del Digesto, tit. de *doli exceptione*.

(3) En la ley 3.^a del Código, tit. de *non numerata pecunia*.

(4) Según la ley *in rebus*, § *omnis autem* del Código, tit. de *iure dotium* y lo expone Baldo en la citada ley *Celsus* al final, Digesto, de *usucapione*.

(5) Los tres al comentar la ley 3.^a, §. *ex pluribus*, colum. 3.^a. Digesto, de *acquirenda possessione*.

(6) En la citada cuest. 2.^a, núm. 8, versic. *sed videtur quod nullus*.

(7) Así la glosa de la ley 3.^a, § *ex pluribus* en la palabra *possideo* y la glosa final de la ley *si aedes* 1.^a, Digesto, de *servitutibus urbanorum praediorum*.

(8) *Ubi supra*.

ubi supra subtilem esse ait, quod (si verum amamus iudice me) risu & ludibrio dignior est, aut meris fabellis somnisq; sollicitis similior, & ex mero ipsorum doctorum capite citra ullam omnino occasionem, aut fundamentum defluxit, quis enim unquam talem differentiam facientem ullam legem principalem, aut Iureconsultorum responsum invenit? certe nullus, & ut ex superioribus apparet, utroque casu idem est eritque semper, & sive dixeris utroq; casu dominium extinguere prius novumq; in persona praescribentis renasci, sive etiam dixeris antiquum dominium, quod apud primum dominum erat in praescribentem transferri, idem erit, quoad omnes omnino effectus, & quod transferri videatur suadet ille titulus, ff. de adimend. & transfer. lega. & institu. eodem titulo, quod autem prius dominium extinguatur, novumque idemque directum & perfectum in persona praescribentis renascatur suadet, & probatur in l. iii. ff. de usuc. dum ait, usucapio est domini adiectio, & hoc magis placet, effectusq; magnus est, nam si prius dominium in usucipientem vel praescribentem translatum diceremus, certe transiret cum sua causa suisq; cum qualitatibus.

Unde penes primum dominum si id dominium servituti vel forte pignori obnoxium erat, obnoxium quoq; & obligatum foret penes praescribentem l. ii. §. ex his cum ibi late traditis per Doct. ff. de acq. poss. id quod non ita est in persona praescribentis, nec enim successor prioris domini contra quem praescripsit esse videtur, aut ex iure & persona illius, sed potius iure suo, & ex persona tradentis possidere visum est, ergo si fundum pignori revera aut servituti obnoxium mihi ut liberum vendidisti, per longi temporis praescriptionem illum acquiram, vel saltem in eo tantum quaestio erit an longius aliquantulum tempus spectandum sit, tamen

sueños y que brotó simplemente de la mente de los mismos doctores, sin razón ni fundamento alguno en absoluto. Porque, ¿quién ha hallado jamás o alguna ley principal o alguna respuesta de jurisconsultos que establezca tal diferencia? Ciertamente nadie, y según aparece por lo dicho arriba, en ambos casos siempre sucede y sucederá lo mismo; y ya sea que afirmes que en ambos casos se extingue el dominio primero y que renace otro en la persona en cuyo favor se da la prescripción, o bien sostengas que el antiguo dominio que residía en el primer dueño se transfirió a la persona en quien se da la prescripción, en ambos casos sucederá lo mismo en cuanto a todos los efectos; que más bien parezca transferirse el dominio lo indica el título del Digesto *de adimendis vel transferendis legatis*, y el mismo título de la Instituta; mas por el contrario, que el primer dominio se extinga y que renazca otro nuevo y éste directo y perfecto, en la persona en quien se dió la prescripción, lo persuade y prueba la ley 3.^a del Digesto, título *de usucapione*, al decir que la usucapión es la adición de dominio, siendo esta segunda opinión más de nuestro agrado y el efecto es notable, porque si dijéramos que el primitivo dominio se había trasladado a la persona en quien se da la usucapión o prescripción, ciertamente pasaría con su causa y sus cualidades.

Por consiguiente, si en la persona del primer dueño tal propiedad estaba sujeta a servidumbre o tal vez como prenda, estaría también sujeta y obligada en la persona a quien pasa por la prescripción (1), cosa que no sucede así con la persona en quien prescribió, porque ni se considera ser como un sucesor del primitivo dueño, contra el que se dió la prescripción, ni continuador del derecho o persona del mismo, sino que más bien se ha considerado poseerlo por propio derecho y como de una persona que se lo entrega; luego, si me vendiste como enteramente libre una finca en realidad sujeta a prenda o a servidumbre, por la prescripción de largo tiempo la adquiriré así; o a lo más podrá haber cuestión sobre este punto solamente, sobre si se ha de esperar un plazo algo más dilatado, con todo siempre parezco poseerlo como libre, y una vez terminada la prescripción que se requie-

(1) Según la ley 2.^a, §. *ex his*, Digesto, tit. *de acquirenda possessione*, con las extensas exposiciones sobre ella de los doctores.

ut liberum semper videor possidere & finita praescriptione quae ad acquirendum ius proprietatis & illius pignoris vel servitutis requirebatur, liberum fundum habeo tam in praescriptione rei immobilis quam in rei mobilis usucapione, si in ea exemplum ponas per d. l. iii. ff. de usucap. ergo verissimum est primum dominium extinctum videri novumque in persona praescribentis renasci, quandoquidem illius rei domini in solidum duo esse non possent d. l. iii. §. ex contrario, ff. de acquirend. possess. l. si ut certo. §. si duobus. ff. commodati l. quod contra. ff. de regul. iuris.

Itaque si in re, quam praescripsi longo tempore, aut triennio usucepi, praeter dominum priorem alius habebat ius reale pignoris aut hypothecae, aut forte servitutis, tunc siquidem utrumq; ius tam domini quam alterius iuris erat paris vitae utrumq; pariter praescriptum fuit, idemq; si longioris vitae erat dominium quam illud ius reale, quod si brevioris vitae erat tunc post finitam praescriptionem, aut usucapionem proprietatis seu domini adhuc opus est ut perficiatur quoad alterum ius reale, quod longioris vitae erat praescriptio, quia illius iuris respectu non tam expleta quam coepta tantum praescriptio videbitur, & ita intelligo l. si quis emptionis. C. de praescript. xxx. annorum iuncta. l. iusto. §. non mutat. ff. de usucap. l. ii. §. cum praedium. ff. de pignori. & C. de pignorum. usucap. tradit Balbus in rep. d. l. Celsus. ff. de usucap. in fin. semper tamen remanet verum tam in praescriptione quam usucapione primum dominium primamque proprietatem extinctum extinctamve esse, novumque ius renasci & dominium in persona praescribentis. Ex quibus apparet veram non esse opinionem ipsius Francisci Balbi in tract. praescript. parte. i. partis. vi. principio in versicu. decimus tertius casus qui scriptum reliquit usucapiones, &

ría para adquirir el derecho de propiedad y de aquella prenda o servidumbre, poseeré la finca enteramente libre, tanto en la prescripción de una cosa inmueble, como en la usucapión de una cosa mueble, si prefieres poner el ejemplo en esta última (1); luego, es muy conforme a verdad que el primer dominio parece extinguido y que renace uno nuevo en la persona en quien se da la prescripción, puesto que de ningún modo podrían existir dos dueños *in solidum* de aquella cosa (2).

Así, pues, si en la cosa que ha prescrito en mi favor por la prescripción de largo tiempo, o que he obtenido por usucapión trienal, además del primitivo dueño, había otra persona que tenía sobre ella derecho real de prenda o hipoteca, o tal vez de servidumbre, entonces, puesto que ambos derechos, tanto el de propiedad cuanto el otro derecho eran de igual duración, ambos prescribieron a la vez; lo mismo sucedería si el dominio era de mayor duración que el otro derecho real; mas si por el contrario era de menor duración, en tal caso, una vez terminada la prescripción o la usucapión de la propiedad o dominio, es menester todavía que se complete la prescripción en cuanto al otro derecho real que era de mayor duración, porque respecto a tal derecho no tanto se considerará la prescripción terminada cuanto solamente empezada; y este es el sentido que doy a varias leyes (3) y que también admite Balbo (4). Siempre, con todo, permanece verdadero que tanto en la prescripción, cuanto en la usucapión, queda extinguido el primer dominio, y extinguida la primitiva propiedad y que renace un nuevo derecho y propiedad en la persona en quien se da la prescripción. Por lo dicho aparece ya no ser verdadera la opinión del propio Francisco Balbo, quien en el tratado sobre las prescripciones (5) dejó escrito que las usucapiones y prescrip-

(1) Según la ley 3.^a del Digesto, tít. *de usucapione*.

(2) Según consta por la ley 3.^a, §. *ex contrario*, Digesto, *de acquirenda possessione*; por la ley *ut certo*, §. *si duobus*, Digesto, tít. *commodati* y por la ley *quod contra*, Digesto, *de regulis iuris*.

(3) A la ley *si quis exceptionis*, Código, tít. *de praescript. triginta annorum* junto con la ley *iusto*, §. *non mutat* del Digesto, *de usucapione*; a la ley 2.^a, §. *cum praedium*, Digesto, *de pignoribus* y Código, *de pignorum usucapione*.

(4) Comentando la citada ley *Celsus* del Digesto, tít. *de usucapione*.

(5) Parte 1.^a de la 6.^a parte, al principio, en el versic. *decimus tertius casus*.

praescriptiones inventas fuisse ut ius creatum in alium transferant non ut ius novum inducant, post Gloss. quam Balbus allegat in capit. si diligenti, de praescript. & Salic. in l. fin. de praescript. longi. tempor. quae pro liber. Sed certe errant ut ex superioribus patet, magisque est ut creatae videantur ad ius novum inducendum. Sed & idem effectus est etiam si teneas ad transferendum esse creatas quod magis placet ut infra q. x.

11. Hinc apparet veram non esse opinionem existimantium quod si fundum tuum longo tempore praescripsi, & deinde eius fundi possessio ad te pervenit, poteris eum defendere, & retinere contra me, quam opinionem tenent Dynus in capit. possesor de regulis iuris libro sexto & Balbus in d. quaestio. ii. numero. viii. versicu. secundus effectus est, ut tenet Glo. secundum intell. Ioannis quem communiter approbatum esse ait Balbus ubi supra per tex. in l. si quis emptionis, §. i. C. de praescript. xxx. annorum, quae sententia suspecta est, ut patet ex superioribus, nam cum prioris domini ius omne extinctum esse novumque & integrum dominium in persona praescribentis renatum fuisse iam edocti simus, superest ut si is possessione ceciderit eum fundum a priore domino possit vindicare, non secus quam ab alio quocunq; detentatore. Sed & idem foret etiam si dominium translatum diceretur, nam per hunc possessionis reditum non videretur dominium quoq; rediisse.

12. Apparet † similiter suspectam esse sententiam eorum qui contendunt quod talis fundi praescripti possessio si ad alium tertium perveniret, posset prior dominus fundum ab illo tertio vindicare, ut per d. §. i. tenuit Dynus in d. c. possessor

ciones fueron inventadas para trasferir el derecho ya existente a otra persona, pero no para introducir un nuevo derecho (1); del mismo sentir es Salicet (2). Pero ciertamente se equivocan, según es manifiesto por la anterior exposición, y es más conforme a verdad haber sido instituidas para introducir un nuevo derecho. Pero el mismo es el efecto aun cuando defiendas haber sido creadas para trasferir, lo que es más de nuestro agrado, como veremos abajo en la cuestión 10.

De lo expuesto aparece no ser verdadera la opinión de quienes juzgan que si una finca tuya vino a mí por prescripción de largo tiempo, y más adelante, llegó a tus manos la posesión de tal finca, que podrás defender y retener tal finca contra mí; opinión que defienden Dino (3) y Balbo (4); opinión que por lo antedicho aparece ya sospechosa; porque siéndonos conocido haber quedado ya extinguido todo el dominio del primitivo dueño y haber renacido en la persona en quien se dió la prescripción otro nuevo e íntegro derecho, síguese que si este último dejare de tener la posesión, puede, en justicia, reclamar, tal finca del antiguo dueño, del mismo modo que de cualquiera otro que la retuviera. Lo mismo que sucedería también si el dominio se considerara trasladado, porque por haber vuelto a él la posesión, no se consideraría haber vuelto también la propiedad.

Colégese asimismo ser sospechosa la opinión de aquellos que defienden que si la posesión de dicha finca prescrita viniese a manos de un tercero, que puede el dueño primitivo, reclamar en justicia tal finca de dicha tercera persona, según lo defendió Dino (5) y Balbo (6), opinión que es sospechosa, porque, según hemos ya tratado, el derecho del primitivo dueño quedó ya por completo extinguido por la prescripción,

(1) Siguiendo la glosa que Balbo alega en el capítulo final que empieza *diligenti, de praescriptionibus*.

(2) En la ley final *de praescript. longi temporis quae pro liber*.

(3) En el cap. *possessor, de regulis iuris*, lib. 6.º

(4) En la citada cuestión 2.ª, núm. 8, versic. *secundus effectus est*. Lo mismo defiende la glosa, según la Interpretación de Juan, que dice Balbo *ubi supra* ser comunmente admitida, acerca de la ley *si quis emptionis*, §. 1.º, Código, ítf. *de praescript. trig. annorum*.

(5) En el citado §. 1.º *tenuit* en el cap. *possessor*.

(6) En el citado núm. 8.º, versic. *primus est*.

11.

12.

& Balbus in d. num. 8. versi. primus est, quae sententia suspecta est, quia prioris domini ius omnino per praescriptionem fuit extinctum ut iam disseruimus, sicq; nullo iure, & sine actione ageret meritoq; a limine iudicii repelleretur, idemq; foret etiam si teneas tale dominium non tam extinctum quam translatum fuisse.

13. Apparet † similiter suspectum esse quod Bal. & Sal. in auth. nisi triennale. C. de bo. mater. sentiunt dum aiunt quod prior dominus cuius fundus longo tempore praescriptus fuit (quia secundum eos adhuc remanet dominus directus) si fundum illum petat non repelletur a limine iudicii, cuius contrarium proxime ostendimus edocentes, exceptionem praescriptionis impedire litis ingressum, quod & hoc casu affirmat Balb. ubi supra vers. tertius. est effectus post Felinum in rubr. de praescr. col. iiii. quem ipse allegat.

y por tanto pleitearía sin derecho ni acción alguna, por lo que con toda razón sería excluido desde el umbral del juicio; lo mismo sucedería, aun cuando sostengas que tal dominio no tanto fué extinguido cuanto trasladado.

Igualmente aparece ser sospechoso lo que Baldo y Salicet opinan (1), cuando afirman que si el primitivo dueño cuya finca sufrió la prescripción de largo tiempo (puesto que según ellos queda aún dueño directo) reclamarle aquella finca, que no sería rechazado desde el umbral del juicio; pero lo contrario queda ya demostrado últimamente, al hacer ver que la excepción de la prescripción impide el que se pueda entablar el pleito, lo que en este caso afirma también Balbo (2) siguiendo el sentir de Felino (3) a quien cita. 13.

(1) Comentando la autent. *nisi triennale* inserta en el Código, tit. *de bonis maternis*.

(2) *Ubi supra*, versic. *tertius est effectus*.

(3) En la rúbr. *de praescript.*, colum. 4.^a

CAPVT LV

SUMMAE

1. *Poenae legales an naturaliter obligent, ardua, quaestio.*
2. *Poenis an ex quadam aequitate obligemur.*
3. *Legibus consensu obligamur.*
4. *Obligatio naturalis ex delicto orta, an perimatur praescriptione ardua q.*
5. *Poenalis obligatio extinguitur ipso iure praescriptione.*
6. *Conditionalia nihil ponunt in esse.*
7. *Mors nihil.*
8. *Mors saxi venit.*
9. *Restituendi obligatio non perimitur praescriptione.*
10. *Ius naturale est divinum.*
11. *Bonae fidei esse quando videamur.*
12. *Restituendi obli. perimitur quando praescriptio currit contra scientem & patientem contra communem.*
13. *Meum prodigere possum.*
14. *Intellectus ad titu. ff. c. & institut. ad legem Aquil. contra Doctores.*
15. *Intellectus ad titulos, ff. c. & institut. de furt. & de vi bono. rapt.*
16. *Restituendi obligatio non tollitur exceptione contra Bal. & Imol.*
17. *Praescriptio non est poena, contra communem opinionem, quando currit contra ignorantem.*
18. *Poena non datur culpa cessante.*

CAPÍTULO LV

SUMARIO

- Las penas legales, ¿obligan con obligación natural?; cuestión ardua. 1.
- ¿Estamos obligados a las penas en virtud de cierta equidad? 2.
- Las leyes nos obligan por nuestro consentimiento a ellas. 3.
- La obligación natural nacida de delito, ¿se extingue por la prescripción? 4.
- La obligación a la pena se extingue por la prescripción *ipso iure*. 5.
- Lo condicional nada real produce. 6.
- Nada es la muerte. 7.
- A las mismas rocas les llega la muerte. 8.
- La obligación de restituir no se anula por la prescripción. 9.
- El derecho natural es también divino. 10.
- ¿Cuándo se considera que estamos en buena fe? 11.
- La obligación de restituir se extingue cuando la prescripción corre contra quien lo sabe y consiente, en contra de la opinión común. 12.
- Puedo derrochar mis bienes. 13.
- Sentido del título *ad legem Aquiliam* del Código, Digesto e Instituta. 14.
- Sentido de los títulos *de furtis* y *de vi bonorum raptorum* del Digesto, Código e Instituta. 15.
- La obligación de restituir no se extingue por la excepción; contra Baldo e Imola. 16.
- La prescripción no es una pena, cuando tiene lugar contra quien la desconoce; en contra de la común opinión. 17.
- No existe pena cuando cesa la culpa. 18.

19. *Afflictio esse potest non poena culpa cessante.*
20. *Poena culpa par.*
21. *Praescriptio non est poena etiam si currat contra scientem, contra communem opinionem.*
22. *Poena spontanea non est poena.*
23. *Poena conventionalis praescribi potest.*
24. *Actiones temporales praescribuntur etiam a sciente.*
25. *Actiones temporales praescribuntur etiam contra clericos, & contra ecclesias.*
26. *Haeres nunquam praescribit legatum, contra Doctores.*
27. *Legatum non dicitur ius quaerendum, contra Balb.*



1. **Q**UOAD octavum † utrum obligatio naturalis, quae oritur ex delictis, praescriptione perimatur, primum enucleandum est, an ex delicto oriatur obligatio naturalis ad poenam, qua in re variae sunt sententiae, prima est existimantium cessare obligationem naturalem, ea enim ex consensu nostro oritur, l. non minores C. de transaction. l. sub specie, C. de postuland. l. consensu, in princip. l. obligationum substantia, ff. de action. & obligation. l. i. ff. de pact. in princip. instit. de obligatio. ex consensu, l. i. verb. naturali aequitati, ff. de acquirend. rerum domi. §. venditae, & §. per traditionem, instit. de rerum divisio. nec dubium est quin qui subtraxit rem meam lucrandi animum habuerit non autem poenae legali dupli, vel quadrupli sese obnoxium facere voluerit, & sic de reliquis maleficiis in quibus adest animus explendae voluntatis, aut voluptatis non autem bonorum, aut substantiae propriae prodigendae; & ita ut delinquens non videatur habere animum obligandi sese poenae legali, & consequenter, ut

- El sufrimiento puede no ser pena, no existiendo culpa. 19.
 La pena debe ser igual a la culpa. 20.
 La prescripción no es pena aun cuando corra en daño de quien lo sabe; contra la común opinión. 21.
 La pena voluntaria no es propiamente pena. 22.
 La pena convencional puede prescribir. 23.
 Las acciones temporales prescriben aun interviniendo conocimiento de ello. 24.
 Las acciones temporales prescriben aun contra los clérigos y las iglesias. 25.
 El legado no prescribe nunca en favor del heredero; contra algunos doctores. 26.
 El legado no se considera *ius quaerendum*, contra Balbo. 27.

En cuanto al octavo punto a saber, si la obligación natural que nace de los delitos se extingue por la prescripción, hemos de puntualizar, en primer término, si de los delitos nace una obligación natural a la pena, siendo diversas las opiniones sobre este punto: la primera afirma que cesa la obligación natural, puesto que ésta nace de nuestro propio consentimiento (1); ni cabe la menor duda de que quien robó una cosa mía lo hizo con intención de enriquecerse, y que no fué su ánimo el de hacerse reo de la pena legal del duplo o del cuádruplo y lo mismo diríamos de las restantes malas acciones en las que interviene la intención de dar cumplimiento a su voluntad o capricho, pero no la de ser pródigos de los propios bienes o patrimonio; y por tanto, que el delincuente no parezca tener la intención de obligarse a la pena legal, y por consiguiente, que no quede ligado con obligación natural lo defienden Bartolo (2), Baldo (3), Pablo de Castro (4), Juan

(1) Según la ley *non minores* del Código, tit. *de transactionibus*; la ley *sub specie*, Código, *de postulando*; la ley *consensu* al principio; la ley *obligationum substantia*, Digesto, *de action. et obligationibus*; la ley 1.^a, Digesto, *de pactis*; la introducción de la Instituta, *de obligat. ex consensu*; la ley 1.^a en las palabras *naturali aequitati*, Digesto, tit. *de acquirendo rerum dominio*; el §. *venditae* y el §. *per traditionem* de la Instituta, *de rerum divisione*.

(2) Acerca de la ley 1.^a, núm. 11, Digesto, tit. *de conditione indebiti*.

(3) En la auten. *ad haec*, colum. 5.^a, núm. 19, inserta en el Código, *de usuris*.

(4) Acerca de la ley *si tibi decem*, §. *quidam*, Digesto, *de pactis*.

poenae legati naturaliter non obligetur, tenent Bartol. in d. l. i. numero undecimo, ff. de conditio. indebi. Bal. in authent. ad haec columna tertia, nume. 19. C. de usuris Paulus Castrensis, & in l. si tibi decem, §. quidam. ff. de pact. Ioannes Lupus, Paul. Ruin. in rubric. de donati. inter virum & uxorem, §. lxvi. numero 24. Fortunius Garsia in l. legitima, ff. de pactis Gomesius in §. omnium, instit. de action. Franciscus Balbus de praescriptio. par. i. quaestio. vii. Paulus Castrensis in l. quam Tiberonis, §. fi. ff. de peculi. Aries Pinellus de bonis mater. in authent. nisi tricennale, numero 32.

Contrariam tamen partem, ut naturaliter obligentur poenae legali delinquentes, tenent Angelus columna xx. in repetitio. l. i. C. de iudit. Ioannes Imolensis in capitu. fina. de praescript. colum. xxiii. Accursius in l. i. §. ad bestias. ver. onerari, ff. de postulando.

2. Est † etiam tertia opinio eorum qui non tan ex suo consensu immediate quam occasionaliter eos ex aequitate quaedam naturati contendunt obligari, quae quidem aequitas dictat malefactorem puniri debere, ita sentiunt Bartol. & Balbus ubi supra, & ad hanc partem inclinant Angelus Aretinus in §. ius autem, numero septimo, instit. de iure natu. las. in l. i. §. sublata in prima lectu. & rursus etiam in secunda lectu. ff. ad Trebellian. Andraeas Alciatus in regula tertia praesumpt. xxxiii. numero quarto, Florianus in l. inde Neratius, §. final. ff. ad legem Aquil. Ioannes Faber in §. furthorum, insti. de obliga. quae ex delic. nascun.

Quid dicendum? & nos in libr. i. §. x. nume. 665. de succ. crea. tenuimus ex suo consensu cum obligari, quod multis legibus & rationibus ostendimus, quibus adde non

Lobo, Pablo Ruino (1), Fortún García (2), Gómez (3), Francisco Balbo (4). Pablo de Castro (5) y Aries Pinelo (6).

Sin embargo, defienden la opinión contraria, el que queden ligados con obligación natural a la pena legal, Angel (7), Juan de Imola (8) y Acursio (9).

Existe también una tercera opinión, la de aquellos que defienden quedar obligados no tanto inmediatamente por su consentimiento, cuanto ocasionalmente por cierta equidad natural; equidad que dicta, que el malhechor debe ser castigado, y así lo defienden Bartolo y Balbo *ubi supra*, y a esta misma opinión se inclina Angel Aretino (10), Jasón (11), Andrés Alciato (12), Floriano (13) y Juan Faber (14).

¿Qué solución hemos de dar? Nosotros en verdad hemos sostenido en el libro primero *de successionum creatione* (15), quedar obligado por su propio consentimiento; lo que demostramos allí con numerosas leyes y razones, a las que puedes añadir esta prueba no menos nueva que de peso; a saber, el que las leyes nos obligan a los ciudadanos por nuestro verdadero consentimiento (16); porque cuando se consulta la ley y el pueblo da su consentimiento, conforme al §. *Iex* de la Instit. *de iure naturali*, se otorga un consentimiento sumamente verdadero. Más aún, aquellos mismos que han de nacer después o que entonces estaban ausentes, con razón se consideran dar su consentimiento, puesto que quieren

2.

3.

(1) En la rúbr. *de donationibus inter virum et uxorem*, §. 66, núm. 24.

(2) Acerca de la ley *legitima*, tít. *de pactis*.

(3) Sobre el §. *omnium* de la Instituta, *de actionibus*.

(4) *De praescriptionibus*, parte 1.^a, cuestión 7.^a

(5) Acerca de la ley *quam Tiberonis*, §. final, Digesto, tít. *de peculio*.

(6) *De bonis maternis* en la autent. *nisi tricennale*, núm. 32.

(7) En la repetida ley 1.^a del Código, colum. 20, tít. *de iudiciis*.

(8) En el cap. final *de praescriptionibus*, colum. 23.

(9) Acerca de la ley 1.^a, §. *ad bestias*, versic. *onerari* del Digesto, tít. *de postulando*.

(10) En el §. *ius autem*, núm. 7.^o de la Instituta *de iure naturali*.

(11) Acerca de la ley 1.^a, §. *sublata*, in 1.^a lectura y de nuevo en la 2.^a, Digesto, tít. *ad Trebellianum*.

(12) En la regla 2.^a *praesumpt.* 33, núm. 4.^o

(13) Acerca de la ley *inde Neratius*, §. final, Digesto, *ad legem Aquiliam*.

(14) En el §. *furforum*, Instituta, *de obligationibus quae ex delicto nascuntur*.

(15) En el §. 10, núm. 665.

(16) Según la ley 1.^a del Digesto, tít. *de legibus* en las palabras *communis reipublicae sponsio, hoc est promissio*.

3. minus novam quam egregiam rationem, † nam leges ex vero consensu nostro obligant cives l. i. in verbo, communis reipublicae sponsio, hoc est promissio. ff. de legib. cum enim rogatur lex & populus consentit ei iuxta, §. lex. inst. de iure nat. ibi, verissimus consensus est. Sed & ei qui postea nascuntur vel tunc aberant consentire iure videntur quandoquidem sub ea lege & conditione in illa republica vel regione vitam agere volunt, ut legibus suis pareant non secus quam legibus contractuum reliquorum, quos quisq; iniret: ut egregie edocemur de succ. progressu lib. i. in praefa.⁹ & ut qui sub conditione si navis ex Asia venerit promittit, ea postea adveniente non poterit negare se ex consensu suo obligatum fuisse. §. ex conditionali. inst. de verb. oblig. quanvis ipse promissor tacitus forte cogitasset navem illam nunquam venturam, ita & is qui expressim vel interpretative legibus poenalibus consensum praebuit, quasi sub hac conditione sese obligatum voluit poenae legali, si postea forte ipse legem transgrederetur, & is est verus sensus l. Imperatores, ff. de iure fisci, ibi, te huic poenae subdidisti, & l. fi. C. ad legem Iuliam maiesta. ibi, quodam modo sua mente ponitur. Quinimo, & in specie alterum consensum, & sic geminatum quo tempore sponte deliquit praebere videtur ut in d. num. 665. ostendimus, estque magna vis geminationis, ut edocemur de succes. crea. §. iii. nume. 13. facit l. non solum. §. i. ff. de iniur. l. i. in fin. ff. de furtis, & §. quia vere leonis, in verb. amatores periculi in auth. de non alienan.

4. His praelibatis † sunt qui vellint talem naturalem obligationem perimi qualis est Bald. & Ioannes Imolensis & Franciscus Balbus ubi supra, quod obtinet quoad poenam. Sed

vivir en aquella república o región bajo tal ley o condición, de obedecer sus leyes, no de otro modo que las leyes de los restantes contratos que él mismo entablara; según queda claramente demostrado en la obra *de successionum progressu* (1). Y así como el que hace una promesa bajo esta condición, si la nave regresare del Asia, al volver efectivamente después dicha nave, no podrá negar haber quedado obligado por su propio consentimiento (2), aun cuando tal vez el mismo que hizo la promesa pensara en su interior que aquella nave jamás regresaría; del mismo modo aquel que o bien expresa o bien interpretativamente dió su consentimiento a las leyes penales, quiso obligarse a la pena egal en cierto modo bajo esta condición, si tal vez en adelante viniese a ser trasgresor de la ley, y éste es el verdadero sentido de la ley *Imperatores* (3), en las palabras «tú mismo te sometiste a esta ley» y de la ley final del Código tit. *ad legem Iuliam maiestatis* en las palabras «en cierto modo es castigado según su intención». Mas aun, parece prestar especialmente un segundo consentimiento y por tanto repetido, en el tiempo en que voluntariamente delinquirió (4), y la fuerza de la repetición es grande, según dejamos expuesto en la obra *de successionum creatione* (5).

Asentadas estas breves consideraciones, hay autores que defienden quedar anulada tal obligación natural, como lo defiende Baldo, Juan de Imola y Francisco Balbo *ubi supra*, lo que tiene cumplimiento en cuanto a la pena, pero no se anula en cuanto a la demanda judicial de la cosa, según el mismo Baldo *ubi supra*. Lo mismo afirman Imola y Balbo en cuanto a este punto, que de pleno derecho no se extingue la obligación para recuperar la cosa o su justo precio; por lo demás, por medio de la excepción y concurriendo la buena fe en la persona en quien se da la prescripción, se extingue perfectamente de pleno derecho, según lo defiende Imola en

4.

(1) En la introducción del libro 1.º

(2) Según el §. *ex conditionali*, Instituta, *de verborum obligatione*.

(3) Del Digesto, tit. *de iure fisci*.

(4) Según demostramos en el citado núm. 665.

(5) En el §. 5.º, núm. 13. Lo mismo que consta por la ley *non solum*, §. 1.º. Digesto, *de iniuriis*; por la ley 1.ª al final, Digesto, tit. *de furtis* y por el §. *quia vere leonis* en la palabra *amatores periculi* de la autent. *de non alienando*.

non perimitur quoad rei persecutionem secundum Bald. ubi supra. Idem Imola & Balbus quoad hoc ut ipso iure obligatio ad rem vel eius aestimationem consequendam non perimatur ipso iure, caeterum ope exceptionis bene tollitur concurrente bona fide praescribentis, secundum Imolam ubi supra quem improbat Balb. ubi supra, quia in delinquente negat posse adesse bonam fidem, adde Balbum ubi supra in ii. par. iii. partis princ. q. xiii. nu. 5. Fel. in c. fi. de praesc. col. ii. & iii. post Panor. ibi.

Elegans materia haec est & parum ut nobis videtur a nostris digesta aut composita, sunt ergo secundum doctores iam allegatos conclusiones sequentes. Prima, quod ipso iure praescriptione perimitur naturalis illa obligatio quoad poenam. Altera † ut nunquam perimatur ipso iure quoad rei restitutionem. Tertia quod ope exceptionis bene perimatur etiam quoad restitutionem, dummodo ex parte praescribentis adesset bona fides. Ultima quod cessante bona fide non contingeret praescriptio rei restituendae etiam ope exceptionis.

Quoad primam conclusionem verissimum est perimi etiam ipso iure eam obligationem naturalem post praeteritum tempus legale huic rei definitum, nam si damnum tibi iniuria dedi, sicq; incidi in legem Aquiliam punientem talem damnificatorem vel in duplo, vel quanti retro plurimi fuerat ea res, quae modo laesa fuit, vel furtum feci & dupli vel quadrupli a lege poena mihi imposita fuit iuxta §. dupli, & §. quadrupli, insti. de act. aut vi rapui rem tuam sicque tripli poena est, iuxta §. i. inst. de vi bonorum raptorum, certe cum his omnibus actionibus & obligationibus lex civilis certum terminum, metam & vitam definierit, non dubium est quin veluti sub hac conditione eam poenam uni imposuerit & alteri pollicita fuerit si intra illum terminum agatur & non aliter l.

el lugar citado, a quien combate Balbo *ubi supra*, negando que en el delincuente pueda darse buena fe (1).

Es ésta una materia muy notable, y según nuestro juicio, poco digerida y ordenada por nuestros autores; se dan, pues, conforme a los doctores ya citados, las conclusiones siguientes: primera, que de pleno derecho aquella obligación natural se extingue por la prescripción. Segunda, que nunca se extingue de pleno derecho en cuanto a la restitución de la cosa. Tercera, que por medio de la excepción se anula perfectamente aun en cuanto a la restitución, siempre que existiera buena fe por parte de la persona en quien se da la prescripción y, finalmente, que cesando la buena fe, no tendría lugar la prescripción de una cosa sujeta a restitución, ni aun por medio de la excepción.

5.

En cuanto a la primera conclusión, es sumamente verdadero extinguirse, aun de pleno derecho, aquella obligación natural, una vez trascurrido el tiempo legal señalado para este efecto. Porque si injustamente te causé algún daño, y por tanto incurri en la ley Aquilia que castiga al causante de tal daño o en el duplo o en el valor máximo que anteriormente haya tenido la cosa, que ahora ha sido perjudicada; o si cometí un hurto y la ley me impuso la pena del duplo o del cuádruplo (2); o por medio de violencia te arrebaté una cosa tuya, incurriendo, por tanto, en la pena del triplo (3), ciertamente habiendo la ley civil señalado a todas estas acciones y obligaciones, un término fijo y una meta y duración determinada, no cabe la menor duda de que a uno le impuso tal pena y al otro prometió imponerla en cierto modo bajo esta condición, si la acción se entablase dentro de tales límites y no de otra suerte (4); por consiguiente, una vez pasado aquel tiempo, y por tanto no existiendo ya en modo alguno tal condición, no queda en pie débito alguno; porque en virtud de tal oferta, ofrecimiento o promesa condicional sólo hay la esperanza de que se deberá (5); y esta esperanza

6.

(1) Lo mismo defiende Balbo *ubi supra* en la 2.^a parte de la 3.^a parte principal, y Felino en el cap. final de *praescriptionibus*, col. 2.^a y 3.^a siguiendo al Panormitano en dicho lugar.

(2) Según el §. *dupli* o el §. *quadrupli* de la *Instituta de action*.

(3) Conforme al §. 1.^o de la *Instituta de vi bonorum raptorum*.

(4) Según la ley *cum praetor*, Digesto, tít. de *iudiciis*.

(5) Según el §. *ex conditionali*, *Instituta, de verborum obligationibus*.

- cum praetor. ff. de iudi. unde praeterito illo tempore, sicq;
6. conditione minime existente debitum manet nihil, † quia ex tali condicionali pollicitatione, oblatione, aut promissione tantum spes est debitum iri. §. ex condicionali, inst. de verborum obliga. quae spes expirat evanuitq; tempore illo praeterito, sicq; conditione illa expirante §. sin autem sub conditione. C. de cad. toll. & fere per totum. ff. de condit. & dem. & quod tradunt Gloss. Bart. & omnes in l. item quia, ff. de pact. dum aiunt etiam tacitam conditionem omnem iuris effectum suspendere, condicionaliaq; nihil ponere in esse conditione pendente, & longe minus ea defecta ut dd. ll. & l. si quis sub conditione dandorum decem, ff. si quis ommissa cau. test. Bar. & Soc. & omnes in l. quibus diebus. §. Termilius, ff. de condit. & dem. Glo. Bald. Sali. & alii ubi plene per Petr. Philippum Corneum in rubri. & in l. i. C. de his quae sub modo, facit l. post aditam. C. de impuberum.

Sicq; obligatio illa naturalis si a lege posita descendebat, vel quatenus a lege civili descendebat, non potuit non extinguere vel ut rectius & aptius loquamur non videtur nata, nisi dixeris (id quod magis est) nata quidem fuit, sed tamen mortalis ut homo & reliqua animantia, non autem immortalis nata fuit, sicque morte adveniente fuit resoluta non aliter atq; homo mortis adventu resolveretur, accomodatissimq;

7. est haec similitudo, nam teste Seneca † mors nihil aliud est quam terminus vitae, sic ipse ait, post mortem nihil est, ipsaque mors nihil, scilicet nihil aliud quam terminus vitae, unde Ausonius sic cecinit.

Miremur periisse homines, monumenta fatiscunt.

8. † *Mors etenim saxis nominibusq; venit.*

cesa y se desvanece una vez trascurrido aquel plazo de tiempo, y por tanto al desaparecer tal condición; según varias leyes (1), y conforme a la glosa, al sentir de Bartolo y de los demás autores, al comentar la ley *item quia* (2), cuando afirman que aun la condición tácita suspende todo efecto del derecho, y que las cosas condicionales nada causan en la realidad mientras esté pendiente tal condición, y mucho menos aún si la misma no tiene cumplimiento, según consta por varias leyes (3), y lo afirman Bartolo, Socino y los demás comentaristas de la ley *quibus diebus* (4), como también la glosa, Baldo, Sali. y otros y extensamente Pedro Felipe Corneo (5).

Por tanto, aquella obligación natural, si procedía también de una ley establecida, o en cuanto procedía de una ley civil, no pudo menos de extinguirse, o hablando en términos más adecuados y propios, no parece nacida; a no ser que prefieras decir (lo que es mucho más) que nació ciertamente, pero nació mortal, como el hombre y los restantes vivientes, y que de ningún modo nació inmortal y por tanto al sobrevenir la muerte quedó deshecha, no de otro modo que el hombre con la llegada de la muerte se descompone, y es ésta una semejanza muy a propósito. Porque según el testimonio de Séneca, ninguna otra cosa es la muerte que el término de la vida, y así, dice él, nada resta después de la muerte, y nada es la misma muerte, nada ciertamente es sino, el término de la vida. Por lo que Ausonio se expresó así:

«¿Hemos de admirarnos de que los hombres hayan perecido, cuando hasta los mismos monumentos se resquebrajan? La muerte, en verdad, alcanza a las mismas piedras y a los nombres».

Es, pues, mucho más digno y cierto el admitir que aquella acción y obligación nacieron, pero que mueren y son exterminadas al llegar su día, no de otro modo que los

(1) Según el §. *sin autem sub conditione*, Código, tít. *de caducis tollendis* y casi por todo el tít. *de conditionibus et demonstrationibus*.

(2) Digesto, *de pactis*.

(3) Por las arriba citadas y por la ley *si quis sub conditione dandorum decem*, Digesto, tít. *si quis omissa causa*.

(4) En el §. *Termilius*, Digesto, *de conditionibus et demonstrationibus*.

(5) En la rúbrica y en la ley 1.^a, Código, *de his quae sub modo*; lo mismo prueba la ley *post aditam* del Código, *de impuberum*.

Ergo elegantius & certius est actionem illam & obligationem natam fuisse interpretari, sed mori occidiq; sua die adveniente non aliter, atq; animantia, quod obtinet quatenus ea obligatio a lege civili descendebat, quae ei certam vitae metam statuit, sed diversum videtur quoad ius naturale vel divinum quod restituendi obligationi nullam temporis metam definivit, sed eam obligationem perpetuam esse voluit, nam & iure civili olim erant perpetuae obligationes ut in prin. inst. de perpetuis & tempor. actionibus, haecq; obligatio naturalis qua de agimus non tam a lege civili quam a lege naturali descendere forte videtur, sed re vera non descendit a lege naturali vel divina ulla obligatio ad poenam, sed ad rei duntaxat plenam restitutionem, iuxta illud praeceptum non dimittitur peccatum nisi restituatur ablatum c. non dimittitur, de reg. iur. lib. vi. poena autem insuper adita est mere iuris civilis, sicq; hoc casu merito per temporis praeteritionem extincta fuit.

9. Ex † quibus derivatur verissimam esse secundam conclusionem existimantium (ut iam retulimus) integram manere obligationem naturalem ad rei damnive dati restitutionem, quia Deus & natura huic restituendi legi certam vivendi metam non imposuit, aut definivit, sicque eam aeternam esse
10. maluit † ius enim naturale, & divinum quod affinet hanc ad rem idem est, quia Deus creavit naturam, sicq; divinum dicitur quia a Deo creatum, & naturale, quia hoc ius edocemur ab ipsamet natura etiam cessante doctore, & quia cum ipso humano genere hoc ius proditum simul fuit inst. de rerum divi. §. singulorum dixi supra c. xxvii. num. 11. & cap. xxix. num. 13. quibus adde Alphonsum Castrensem Theologorum dissertissimum sic declarantem de potestate

demás vivientes; lo que tiene cumplimiento en cuanto tal obligación procedía de la ley civil que le señaló un término fijo de vida; pero cosa distinta parece ser en cuanto al derecho natural o divino, que no señaló ningún límite de tiempo a la obligación de restituir, sino que quiso que tal obligación fuera perpetua, puesto que aun en el mismo derecho civil existían en un principio obligaciones perpetuas (1); y esta obligación natural de la que tratamos, parece tal vez proceder no tanto de la ley civil cuanto de la ley natural; pero en realidad, de la ley natural o divina no procede obligación alguna a la pena, sino únicamente a la completa restitución de la cosa, conforme a aquel precepto: no se perdona el pecado si no se restituye lo robado (2); pero la pena que además se añadió es de mero derecho civil, y por tanto, con toda razón, en este caso, quedó anulada por el trascurso del tiempo.

Dedúcese de esta doctrina ser muy verdadera la segunda conclusión de quienes juzgan (según lo hemos ya expuesto), quedar en pie íntegra la obligación natural, en cuanto a la restitución de la cosa o del daño causado, porque ni Dios, ni la naturaleza señaló o determinó un plazo fijo de duración a esta ley de la restitución, y por tanto, prefirió el que durara perpetuamente; porque en lo que se refiere a este punto, es el mismo el derecho natural y el divino, porque Dios es el que creó la naturaleza, y por tanto se llama divino puesto que por Dios fué creado, y natural, porque tal derecho nos lo enseña la naturaleza aun sin otro maestro alguno y también porque este derecho fué creado juntamente con el humano linaje, según consta por el §. *singulorum*, de la *Instituta de rerum divisione* y lo hemos expuesto anteriormente (3); anádase a ésto el testimonio del eximio teólogo Alfonso de Castro, que así lo declara también (4). Así, pues, aunque por el trascurso del plazo señalado por la ley civil, cesa la misma ley civil que disponía el que diese cumplimiento no solamente a la restitución del daño o de la cosa, sino también a otra pena señalada, sin embargo, queda en pie y permanece

9.

10.

(1) Según consta por la introducción de la *Instituta de perpetuis et temporibus actionibus*.

(2) Según el cap. *non dimittitur, de regulis iuris*, lib. 6.º

(3) En el cap. 27, núm. 11 y en el cap. 29, núm. 15.

(4) De *potestate legis poenalis*, lib. 2.º, cap. 14, pág. 561.

[legis poenalis. ii. libr. c. xliii. pag. 561. ergo & si per temporis a lege civili definiti lapsum cesset ipsa lex civilis quae non solum damni reive restitutionem, sed etiam aliam poenam praestari volebat, tamen superest integraq; manet lex naturae & Dei, quae licet poenam non deposcat, rei damnivae restitutionem non remittit ita Bald. Ioannes Imolensis, & Franciscus Balbus ubi supra ratiocinantur incauti & securi, nec advertunt, nihil tam naturali aequitati sicque ipsi iuri naturae & Dei convenire quam voluntatem domini rem suam in alium transferre, vel ei remittere volentis ratam esse. §. per traditionem, inst. de rerum divi. l. i. cum seq. ff. de acq. rerum domi. facit l. i. C. de sacros. eccl. nec refert haec voluntas uno, an alio modo colligatur aut utrum tacita an expressa sit l. certum, ff. si cert. peti. l. i. §. fi. ff. de dote praelegat. l. i. ubi plene las. in simili. C. qui admitti. Idem Iaso. per tex. ibi in l. cum ex filio, in princ. ff. de vulgari. nec dubium est quin si sciebas me tibi damnum dedisse, aut contumeliam fecisse, & tempus, hanc ad rem persequendam a lege definitum elabi passus fuisti, tacite ius tuum mihi remittere & condonare videaris, §. fi. insti. de iniur. Unde ne (1) secundum ius naturae & Dei, & secundum naturalem aequitatem rem tuam mihi donatam aut alias concessam retinerem etiam te postea poenitente. ut per totos titulos de dona, ff. C. inst. & in decret. & l. perfecta. C. de dona. quae sub modo. iuncto d. §. per traditionem, cum simi. supra allegatis, ita & isto casu iure naturae & Dei tutus & suffultus retinere videbor. Nam & cum expressis verbis vel litteris te mihi ius tuum concedere diceres, huius tui animi certam & indubitatam notitiam non haberem, sed verosimilem tantum, &

(1) Ambas ediciones de Venecia y Francfort tienen *ne*, pero el sentido parece ser *ut*, así como... (T.).

integra la ley de la naturaleza y de Dios, que si bien no reclama pena alguna, pero no perdona la restitución de la cosa o del daño; así argumentan incautos y con toda seguridad en los lugares arriba citados Baldo, Juan de Imola y Francisco Balbo, sin caer en la cuenta de que nada hay tan conforme a la equidad natural y por tanto al mismo derecho de la naturaleza y de Dios, cuanto el que se tenga por válida la voluntad del dueño que quiere trasferir a otro una cosa suya o condonársela, según consta por varias disposiciones (1); ni hace al caso el que tal voluntad se conozca de un modo o de otro, ni el que sea tácita o bien expresa (2); ni cabe la menor duda de que si sabías que yo te había causado algún daño o inferido una injuria, y consentiste el que transcurriera el tiempo fijado por la ley para perseguir semejante cosa, que parece que tácitamente me has perdonado y condonado tu derecho (3). Por consiguiente, así como según el derecho natural y divino y según la equidad natural, retendría una cosa tuya que me hubieras donado o de otro modo concedido, aun cuando después te arrepintieras (4), así también en este caso pareceré retenerla seguro y bien fundado, atendido el derecho natural y divino. Porque aun cuando con expresas palabras o escritos dijeras que me concedías tu derecho, no tendría con todo un conocimiento cierto e indudable de esta tu intención, sino solamente probable, ya que con certeza sólo Dios podía conocer ésto, según consta por numerosas leves (5).

Finalmente, por tal ciencia y paciencia no solamente pare-

(1) Por el §. *per traditionem* de la Instituta *de rerum divisione*; por la ley 1.^a y siguientes del Digesto, tít. *de acquirendo rerum dominio*; hace también al caso la ley 1.^a, Código, tít. *de sacrosanctis ecclesiis*.

(2) Según la ley *certum*, Digesto, tít. *si certum petatur*; la ley 1.^a, §. final, Digesto, *de dote praelegata*; la ley 1.^a del Código, tít. *qui admittit extensamente* comentada por Jassón, lo mismo que la ley *cum ex filio* al principio, Digesto, *de vulgari*.

(3) Según el §. final de la Instituta *de iniuriis*.

(4) Según consta por todo el título *de donatione* del Digesto, Código, Instituta y Decretales; por la ley *perfecta* del Código, *de donatione quae sub modo* juntamente con el §. *per traditionem* con otras semejantes arriba aducidas.

(5) Por la ley *divus* del Digesto, tít. *de testamento militis*; por el §. *plane*, Instituta, del mismo título; por la ley *non figura* y por la ley *obligationum substantia*, §. final, ambas del Digesto, tít. *de actionibus et obligationibus* y por la ley *non solum*, del mismo título y la ley *an inutiles* del Digesto, tít. *de acceptilatione*.

solus Deus id certo noscere poterat l. divus. ff. de testa. mil.
 §. plane inst. eod. tit. l. non figura l. obligationum substantia.
 §. fin. ff. de actio. & oblig. l. non solum, eo. ti. l. an
 inutilis. ff. de accepti.

Denique non solum per talem scientiam & patientiam
 ius tuum remittere mihi; concessum velle videreris, quando
 mihi ex damno, iniuria vel contumelia tibi illata nullum
 emolumentum accederet, licet tibi abscederet (ut in terminis
 d. §. fi. inst. de iniur.) sed etiam si & tibi abscederet & mihi
 accederet, si tamen ex parte mea adesset bona fides l.
 alienationis verbum. ff. de verb. signi. ibi vix est enim ut non
 videatur, id quod fusius egimus in tribus c. praecedentibus.

11. † Bona autem fides adesse intelligitur etiam si sim conscius
 rei vel iuris alieni l. si id quod ff. pro dereli. Si tamen legi-
 timam causam aut occasionem habui credendi dominum ius
 suum remittere, aut mihi concessum velle ut ibi. Unde
 utcunque initio malam fidem haberem & vitiosum ingressum,
 per longissimi temporis praeteritionem id vitium purgatur &
 iuste videbor opinionem mutasse, caepisseque opinari domi-
 num illum ius suum remisum, mihi concessum velle ut
 est vera & communis opinio quam tenent Barto. colum. fin.
 ad finem & alii in l. fina. C. unde vi, ut exactius disseruimus
 infra, capitu. lxxv. numero, 13. ergo cum praescriptiones
 currant contra ignorantes non secus, quam contra scientes,
 l. final. C. de longi tempor. praescript. si tibi contumeliam
 personalem feci, quam non ignoras ex qua nihil nihil emolu-
 menti accessit praeterito tempore a lege definito obligatio
 perempta est, & praescripta. d. §. fina. institu de iniu. intel-
 lige primo, de obligatione quoad poenam, quam non solum
 civilem, sed etiam naturalem dicere possumus, eo quod
 naturalis obligatio est illa, quae nascitur ex consensu nostro,

cerías renunciar a tu derecho y querer concedérmelo a mí, en el caso en que del daño, injuria o afrenta que te hubiera inferido, ninguna ganancia se me siguiera, aun cuando tú te vieras privado de ella (1), sino también en el caso en que tú te vieras privado de ella y yo beneficiado, siempre, sin embargo, que por mi parte existiera buena fe (2), de lo que con más detenimiento hemos tratado en los tres capítulos precedentes. Ahora bien, se considera existir buena fe, aun cuando tenga conocimiento de ser cosa o derecho ajeno (3), siempre que tuviera legítima causa u ocasión para creer que el dueño abandonaba su derecho o quería concedérmelo a mí, según hemos ya expuesto. Por consiguiente, aun cuando en un principio me hallara en mala fe y tuviera un comienzo vicioso, este vicio se corrige por el trascurso de larguísimo tiempo, y con justicia parecerá que he cambiado de opinión, y que he empezado a juzgar que tal dueño quiere renunciar a su derecho y concedérmelo a mí, según verdadera y común opinión que defienden Bartolo (4) y otros autores (5), según con más precisión lo tratamos más abajo en el capítulo 75, número 13. Como, pues, las prescripciones corran contra quien de ello se halla ignorante, del mismo modo que contra quien tiene de ello conocimiento (6); si yo, por ejemplo, te inferí una afrenta personal, que tú no desconoces, y de la que no percibí ganancia alguna, pasado el tiempo prefijado por la ley, la obligación quedó anulada y prescrita (7); lo que has de entender en primer término de la obligación en cuanto a la pena, que podemos llamar no sólo civil, sino también natural, por la razón de que es natural aquella obligación que nace de nuestro propio consentimiento, según es manifiesto por numerosas disposiciones (8); ni hay la menor

11.

(1) Según los términos del citado §. final de la Instituta de *iniuria*.

(2) Según la ley *alienationis verbum* del Digesto, de *verborum significatione* en las palabras *vix est enim ut non videatur*.

(3) Según la ley *si id quod* del Digesto, tít. *pro derelicto*.

(4) En la columna última hacia el fin.

(5) Acerca de la ley final del Código, tít. *unde vi*.

(6) Según la ley final del Código, tít. *de longi temporis praescriptione*.

(7) Conforme al §. final de la Instituta de *iniuriis*.

(8) Por el cap. 1.º de *pactis*; por la ley 1.ª, Digesto, del mismo título; por la ley 1.ª, Digesto, de *constituta pecunia*; por la ley *non minores* del Código, de *transactionibus*; por la ley *consensu*, Digesto, de *action. et obligationibus* y por la introducción de la Instituta de *obligationibus ex consensu*.

capit. primo, de pact. l. i. ff. eodem, l. i. ff. de constitu. pecun. l. non minores, C. de transaction. l. consensu. in princip. ff. de actio. & obligatio. in princ. insti. de obliga. ex consensu, nec dubium est, quin legibus civilibus suae civitatis consensum, quo tempore feruntur, & roganur, vel postea expressim, aut facite a civibus approbantur, unusquisque civium praebere intelligatur, l. i. in verb. communis reipublicae sponsio hoc ex promissio, ff. de legi. iuncto, §. lex. institut. de iure naturali, text. in princip. institut. de obligatio. ibi, secundum nostrae civitatis iura: ubi plene significatur obligationem civilem, & naturalem pendere, & procedere ex iure civili cuiusque civitatis propter dictum consensum. Ad idem d. l. Imperatores, ff. de iure fisci, & d. l. fin. C. ad leg. lul. maiesta. secundum quod supra initio huius cap. exposuimus, & fusius in tribus, vel quatuor capit. praecedent.

12. Secundo intellige quod † perimitur obligatio naturalis quatenus etiam respicit damni dati emendationem, nam ut si rem meam laesisti, aut peremisti damnificatus videor, ita si mihi ignominiam fecisti ex qua secundum mores hominum honor meus laeditur me damnificatum videri nullus, qui modo sanus, aut honore dignus sit, abnegabit, cum honor sit cunctis rebus, & etiam vitae praeferendus argumen. l. Iulianus, ff. si quis omitta causa testam. l. ii. §. penultim. cum praecedent. ff. de origine iuris, l. si filiam, & auth. sed si post viginti. cum utrobique a me ibi traditis, C. de inofficio. testamen. l. iii. §. si emancipatus, in verb. nam si tam ignominiosam, ff. de bon. possession. contra tabul. dixi supra, cap. xi. nume. 9. & capit. xviii. sive ergo mihi in rebus, sive etiam in honore, & sic in persona damnum dedisti, ex

duda de que cada uno de los ciudadanos se considera prestar su consentimiento a las leyes civiles de su nación en el tiempo en que se instituyen y consultan, o cuando después son aprobadas por los ciudadanos expresa o tácitamente según consta por el Digesto (1) e Instituta (2), en donde claramente se da a entender que la obligación civil y natural depende y procede del derecho civil de cada nación en virtud del antedicho consentimiento. A lo mismo se refieren también otras leyes (3), conforme a lo que hemos expuesto arriba al comienzo de este capítulo y con más detenimiento en los tres o cuatro precedentes.

En segundo lugar se ha de entender que se extingue la obligación natural en cuanto se refiere también a la reparación del daño causado; porque así como si causaste daño a una cosa mía o la destruiste, con razón me considero yo mismo perjudicado, del mismo modo si me inferiste una afrenta por la que, atendidas las humanas costumbres, sufre detrimento mi honor, nadie habrá que niegue, si está en su juicio, y es merecedor de respeto, que yo mismo debo considerarme damnificado, ya que el honor se ha de anteponer a todas las cosas y aun a la misma vida, como se deduce de numerosas disposiciones legales (4), y lo hemos expuesto arriba en el capítulo 11, número 9 y capítulo 18; así, pues, ya sea que me hayas causado daño en mis bienes, o ya también en el honor y por tanto en mi persona, sin que de ello hayas percibido ganancia alguna, por el trascurso y prescripción del tiempo prefijado por la ley, se ha extinguido de pleno derecho, sabiéndolo y consintiéndolo yo, no solamente la obligación civil en cuanto a la pena, sino también la obligación tanto civil cuanto natural correspondiente a la

12.

(1) En la ley 1.^a, tít. de *legibus* en las palabras *communes reipublicae spon-sio, hoc est promissio*.

(2) En el §. *lex, de iure naturali*. y en la introducción del tít. de *obligationibus* en las palabras *secundum nostrae civitatis iura*.

(3) La ley *Imperatores*, Digesto, de *iure fisci* y la ley final del Código, tít. *ad legem Iuliam maiestatis*.

(4) Cita las siguientes: la ley *Iulianus* del Digesto, tít. *si quis omissa causa testamenti*; la ley 2.^a, §. penúltimo y precedentes, Digesto, de *origine iuris*; la ley *si filiam* y la autent. *sed si post. viginti* del Código, tít. de *inofficioso testamento* con lo expuesto acerca de ellas por el autor; la ley 3.^a, §. *si emancipatus* en las palabras *nam si tam ignominiosam*, Digesto, tít. de *bonorum possessione contra tabulas*.

- quo nihil emolumenti tibi accessit, praeteritione, & praescriptione temporis a lege definiti, non solum obligatio civilis ad poenam, sed etiam obligatio tam civilis, quam naturalis ad damni emendationem competens me sciente, & patiente ipo iure sublata est, per generalitatem, dict. §. fina. instit. de iniuriis, & dicta. l. alienationis verbum, & dict. §. † per traditionem cum similibus, supra allega. liberum enim fuit mihi non solum hanc piam remissionem facere, laudabilem, vel saltem tolerabilem, & minime reprehensibilem, sed etiam ius meum, & substantiam prodigere textus. egregius in l. sed & si lege, §. consuluit, ff. de petition. haeredita. ibi, dum re sua se abuti putant, l. prima. §. & magis verbo prodegit, ff. si quid in fraudem patron. leg. quia autem, in princio. & §. primo. ff. quae in fraudem credito. l. non usq; ff. si quis a paren. manu. fue. dummodo ei per sententiam iudicis non esset tanquam prodigo notorio bonis interdictum etiam si re vera prodigus & esset & notorius esset ut est communis opinio doctorum secundum Alexand. & Ias. per text. ibi in l. is cui bonis, ff. de verborum obligatio.
14. Unde † apparet errasse Bal. in d. authen. ad haec, colum. iii. C. de usuris contendentem talem obligationem naturalem ad damni emendationem temporis a lege definiti praeteritione & praescriptione non perimi ipso iure, licet eum sequantur Ioannes Imol. in de capitu. fina. de praescript. column. xxiii. & Balbus de praescrip. parte. i. quaestio. vii. Et ita intelligo omnes leges & titulos. ff. C. & instit. de lege Aquilia vel ad legem Aquiliam ut damnum iniuria datum, ex quo damnicifactori nihil emolumenti accessit hanc recipiat interpretationem.

reparación del daño, como se deduce de la generalidad del citado §. final de la Instituta *de iniuriis* (1) puesto que en mi mano estuvo no solamente el otorgar este piadoso perdón, digno de alabanza, o al menos tolerable, y de ningún modo reprehensible, sino también hasta el ser derrochador de mi propio derecho y hacienda, según consta por numerosas leyes (2), siempre que por sentencia de juez no le estuviera vedada judicialmente la administración de sus bienes como a pródigo notorio, aun cuando en realidad fuera pródigo y lo fuera notoriamente; tal es la común opinión de los doctores según el testimonio de Alejandro y Jasón (3).

13.

De lo dicho se colige haber incurrido en error Baldo (4), al defender que dicha obligación natural a la reparación del daño, no se extingue de pleno derecho por el trascurso y prescripción del tiempo señalado por la ley, aun cuando sigan su parecer Juan de Imola (5) y Balbo (6). Y en este sentido entiendo todas las leyes y títulos del Digesto, Código e Instituta *de lege Aquilia* o *ad legem Aquiliam*, de suerte que el daño causado injustamente, del que, sin embargo, no recibió beneficio alguno el causante del mismo, reciba tal interpretación.

14.

En el mismo sentido entiendo también todas las leyes y títulos del Digesto y Código *de furtis* y de la Instituta *de obligationibus quae ex delicto nascuntur*; de suerte, que si robé una cosa tuya y por tanto en ello experimenté alguna ganancia, si durante el plazo de treinta años callastè, dicha cosa se ha de considerar ya prescrita, y legítimamente adquirida por mí en virtud de tu ciencia y paciencia; porque aun cuando en un principio estuve en mala fe, sin embargo, parece después justificada por tu ciencia y paciencia y reves-

15.

(1) Lo mismo consta por la citada ley *alienationis verbum* y por el §. dicho *per traditionem* con otras semejantes arriba aducidas.

(2) Es notable el texto de la ley *sed etsi lege*, §. *consultuit* del Digesto, tít. *de petitione haereditatis* en las palabras *dum re sua se abuti putant*; consta también por la ley 1.^a, §. *et magis* en la palabra *prodegit*, Digesto, *si quid in fraudem patroni*; por la ley *quia autem* en la introducción y §. 1.^o, Digesto, tít. *quae in fraudem creditorum* y por la ley *non usque*, Digesto, tít. *si quis a parent. fuerit manum*.

(3) En el texto al comentar la ley *is cui bonis*, Digesto, tít. *de verborum obligatione*.

(4) En la citada auten. *ad haec*, colum. 3.^a, Código, tít. *de usuris*.

(5) En el citado capítulo final *de praescriptionibus*, colum. 23.

(6) *De praescription.*, parte 1.^a, cuestión 7.^a

15. Ita ¶ etiam intelligo omnes leges & titulos ff. & C. de furtis & inst. de obliga. quae ex malefi. nasc. ut si rem tuam subtraxi, sicque emolumenti aliquid apud me est, si per annos triginta tacuisti haec res praescripta intelligatur, mihi per tuam scientiam & patientiam legitime acquisita, quia & si initio malam fidem habuerim, tamen postea ea purgata per tuam scientiam, & patientiam videtur, & ad bonam fidem redacta argumento l. si ego. §. i. ibi, per traditionem forte aut per patientiam ff. de publ. in rem acti. l. si quis diuturno, in principio, ff. si ser. vendi, iuncto dicto §. per traditionem, cum iis quae supra diximus & plenius in tribus cap. praecedent. licet contrarium vellent Balbus & Imola & Baldus ubi supra, quorum sententiam eo duntaxat casu tueri potes quando & initio mala fides interfuit, & nondum tempore purgata, & ad bonam fidem legis praesumptione redacta fuit, tunc enim & si tempore forte breviori obligatio, & actio ad poenam sublata esset, ad damni tamen emendationem naturalis obligatio superesset, quae quoad Deum perpetua est quandiu & praescripta non est & verosimiliter remissam, aut condonata sibi fuisse is non potuit cogitare, aut non debuit cogitare.

16. Tertia conclusio quam videntur tenere Imola, & Balbus ubi supra ut ope exceptionis tantum non etiam ipso iure ea obligatio naturalis ad damni emendationem tollatur quando ex parte praescribentis aderat bona fides, vera non est, quia ut iam edocti sumus, tunc etiam ipso iure perimitur.

Ultima conclusio Imolae ubi supra, quod quandiu durat mala fides obligatio illa naturalis ad damni emendationem, nec ipso iure nec etiam ope exceptionis tollatur vera est,

tida ya de buena fe, según consta por varias leyes (1), juntamente con lo que arriba hemos expuesto y con más detención en los tres capítulos precedentes; aun cuando sean de contrario parecer Balbo, Imola y Baldo (2), cuya opinión únicamente puede defenderse en el caso en que por una parte intervino en un principio mala fe, y por otra, no se ha justificado aún por el trascurso del tiempo, ni revestido de buena fe por presunción de la ley; porque en tal caso, aun cuando tal vez en más reducido plazo de tiempo se hubiera anulado la obligación y la acción en cuanto a la pena, quedaría, sin embargo, en pie la obligación natural en cuanto a la reparación del daño, la cual, por lo que respecta a Dios, es perpetua, mientras o no ha prescrito todavía, o bien tal sujeto no pudo pensar o no debió pensar verosimilmente haberle sido perdonada o condonada.

La tercera conclusión que parecen defender Imola y Balbo en los lugares citados, el que dicha obligación natural a la reparación del daño, se extinga únicamente en virtud de la excepción, pero no de pleno derecho, en el caso de existir buena fe en la persona a quien favorece la prescripción, no es opinión verdadera, porque según hemos ya demostrado, en ese caso se anula aun de pleno derecho.

La última conclusión de Imola en dicho lugar, a saber, que mientras dura la mala fe, no se anula aquella obligación natural a la reparación del daño, ni en virtud del mismo derecho, ni por medio de la excepción, es verdadera; porque queda ya demostrado arriba que respecto a Dios tal obligación es perpetua.

De la anterior doctrina se desprende cuán lejos se halla de la verdad la opinión de aquellos autores que juzgan que la prescripción es pena, lo que expresamente defiende el doctísimo Fray Alfonso de Castro, el más eximio de los teólogos, en su tratado de *potestate legis poenalis* (3), siguiendo el sentir del Panormitano (4); lo mismo admite

16.

17.

(1) Por la ley *si ego*, §. 1.º en las palabras *per traditionem forte aut per patientiam*, Digesto, tít. de *publiciana in rem actione*; por la ley *si quis diuturno* en la introducción, Digesto, tít. *si servitus vindicetur* juntamente con el §. *per traditionem*.

(2) *Ubi supra*.

(3) Libro 2.º, cap. 5.º, pág. 521.

(4) En la rúbr. de *praescriptionibus*.

quia eam obligationem quoad Deum perpetuam esse ostendimus supra.

- Ex superioribus apparet, quam longe absit a vero sententia eorum qui existimant † praescriptionem esse poenam, id quod ex professo contendit doctissimus frater Alphonsus Castren. Theologorum disertissimus de potestate legis poenalis lib. ii. c. v. pag. 321. post Panor. in rubr. de praescrip. Ioannes Andreae in c. possessor, ubi per Phil. Francum & novissimos de regu. iur. Fely. in d. rub. col. i. sequitur, & saepe appellat hanc communem opinionem Franciscus Balbus de praescriptio. par. i. q. i. Hostien. in summa de praesc. §. i. & alii multi quos refert Balb. ubi supra, qui praescriptionis hanc tradit definitionem: praescriptio est ius quoddam ex tempore congruens legum auctoritate vim capiens negligentibus poenam inferens, & finem litibus imponens: perpendo verbum poenam negligentibus inferens, nam, quod praescriptio sit poena est omnino suspectum, quando praescriptio contra ignorantes cucurrit iuxta, l. fin. C. de temporis longi praescriptio. tunc enim poenam esse impossibile est. † quia poena non est nisi propter culpam. l. i. ff. de iusti. & iure, l. i. ff. de legib. docet Alphonsus Castrens. ubi supra, lib. i. pag. 39. cap. iii. cuius verba, ita habent: deinde, inquit, advertendum, quod non omnis passio quamlibet offensiva seu concomitans, sive inflicta, est dicenda poena, nisi illa habeat aliquem ordinem ad peccatum. Ideo Ioannes Gerson lect. i. de vita spiritali animae, ait, poenam, & culpam dici correlative, † & idem dicit de punitione, & culpa, propter quod afflictiones quas iusti in hac vita saepe sine culpa sua praecedente tolerant, non esse dicendas poenas, docet Augu. lib. iii. de civitate Dei, c. iii. Unde Horatius Satyra. i. lib. i. sic ait:

Juan Andrés (1), Felino (2); la defiende también y repetidamente la llama opinión común Francisco Balbo (3), el Hostiense (4) y otros numerosos autores que cita Balbo (5), quien da la siguiente definición de la prescripción: es la prescripción un derecho que compete por el trascurso del tiempo, que recibe su fuerza de la autoridad de la ley, que impone pena a los negligentes y término a los pleitos. Hago hincapié en las palabras «que impone pena a los negligentes», porque es del todo sospechoso el decir que la prescripción sea una pena, cuando tuviere lugar contra los que lo ignoraban (6), porque en tal caso es del todo imposible el que sea pena; porque la pena no se impone sino en razón de la culpa; según las leyes (7) y conforme lo enseña Alfonso de Castro (8), cuyas palabras son del siguiente tenor: además, dice, se ha de advertir que no toda pasión, bien sea casual, o concomitante o bien impuesta se ha de llamar pena, si no tiene alguna relación con el pecado. Por eso Juan Gerson (9) afirma que la pena y la culpa se consideran correlativas, y lo mismo dice del castigo y la culpa, por cuya razón enseña San Agustín (10), que los sufrimientos que muchas veces padecen los justos en esta vida, sin que preceda culpa por su parte, no deben llamarse penas. Por lo que también Horacio en la Sátira 1.^a del libro 1.^o exclama así:

«Haya, dice, una ley que aplique justos castigos a los pecados».

Así, pues, cuando la prescripción tuvo lugar en mi daño, desconociendo yo que prescribía una cosa mía, no es verdad el que se considere pena impuesta a mi negligencia, porque en tal caso es sólo una aflicción, infortunio o un suceso causante de un daño, pero no por culpa de mi negligencia

(1) En el cap. *possessor, de regulis iuris* comentado en el mismo sentido por Felipe Franco y otros contemporáneos.

(2) En la citada rúbrica, colum. 1.^a

(3) *De praescriptionibus*, parte 1.^a, cuestión 1.^a

(4) En su *Summa, de praescriptionibus*, cap. 1.^o

(5) *Ubi supra*.

(6) Según la ley final del Código, tít. *de temporis longi praescriptione*.

(7) Así consta por la ley 1.^a del Digesto, tít. *de iustitia et iure* y por la ley 1.^a, Digesto, tít. *de legibus*.

(8) *Ubi supra*, lib. 1.^o, cap. 3.^o

(9) Lect. 1.^a *de vita spirituali animae*.

(10) En el libro 3.^o *de civitate Dei*, cap. 3.^o

*Adsit*20. *Regula peccatis, quae poenas irroget aequas.*

Ergo quando contra me ignorantem rem meam praescribi praescriptio processit, non est verum poenam meae negligentiae impositam videri, est enim tunc afflictio quaedam, infortunium, aut casus damnum inferens, non tamen ob culpam negligentiae, vel alterius generis sic in l. quae fortuitis, C. de pignor. actio. diximus multa in simili in cap. xxxii. nu. 5. & in c. xx. numero 8. cum seq.

21. Quid † autem si contra scientem currat praescriptio? an tunc proprie dicatur poena negligentiae, & sustineatur superior communis opinio? Respondeo minime, nam ut poena sit, oportet quod sit involuntaria ut edocemur per eundem Alphonsum Castrens. Theologorum disertissimum ubi supra, lib. 1. cap. iii. pag. 39. cuius verba, illa vero poena quam homo sibi ipsi ex arbitrio suo inflixit, etiam si illam pro peccatis sibi sumit, non est proprie dicenda poena, quia ut sanctus Thomas ait, de ratione poenae est ut sit contraria voluntati, & ita ait divus Thomas prima secundae, quaestio. xlv. artic. vi. ergo qui rem suam scit, & patitur praescribi eam, per hoc vel abicere vel concedere praescribenti videtur d. l. alienationis verbum d. §. fina. institut. de iniur. dict. l. si quis diuturno, d. l. si ego, §. i. iuncto dict. §. per traditionem institut. de rerum division. cum similibus, supra allegatis, & consequenter poenam nullam pati intelligitur, non magis, quam si eam rem donaret, iuxta titulos de dona. ff. C. & instit. & in decreta. aut si eam pro derelicto habere vellet iuxta titulum, ff. pro derelicto, & iuxta dictum, §. consuluit, & dict. §. & magis dict. l. non usque dict. l. quia

ni de ninguna otra especie (1); sobre esto mismo hemos tratado extensamente en parecido caso en otros lugares (2).

¿Y qué diremos si la prescripción corre contra quien de ello tiene conocimiento? ¿Se ha de decir entonces propiamente pena de la negligencia y sostenerse la opinión común expuesta arriba? Respondo que de ninguna manera, porque para que sea pena es menester que sea contra nuestra voluntad, conforme nos lo enseña el mismo Alfonso de Castro, el más insigne de los teólogos (3), cuyas palabras son éstas: mas aquella pena que el hombre se aplica a sí mismo por su propio arbitrio, aun cuando se la imponga por sus pecados no se ha de llamar propiamente pena, porque según afirma Santo Tomás, del concepto mismo de la pena es el que sea contraria a la voluntad, y así lo dice expresamente en la cuestión 46, artículo 6.º, *prima secundae* Santo Tomás; así, pues, quien conoce ser una cosa suya y consiente que prescriba, por esa sola razón parece o que la desecha de sí, o que la concede a aquel en cuyo favor prescribe, según es manifiesto por numerosas leyes (4), y por consiguiente no se considera que sufra en ello pena alguna, con no mayor motivo que si hiciera donación de la misma (5), o si quisiera dejarla con ánimo de no retener su dominio (*pro derelicto*) (6), son, pues, sumamente verdaderas estas dos conclusiones contra las opiniones comunes arriba expuestas; primera, que la prescripción que corre contra quien lo desconoce, ni es, ni se dice con propiedad, pena de la negligencia o de otro vicio alguno; segunda, que mucho menos se dirá pena de la negligencia cuando corre contra quienes lo saben.

Hasta aquí hemos tratado de la pena legal y, ¿qué dire-

(1) Así consta por la ley 1.ª *quae fortuitis* del Código, tít. *de pignoratitia actione*.

(2) En el cap. 52, núm. 5 y en el cap. 20, núm. 8 y siguientes.

(3) *Ubi supra*, lib. 1.º, cap. 3.º, pág. 59.

(4) Por la ley *alienationis verbum* ya citada; por el §. final de la Instituta *de iniuriis*; por la citada ley *si quis diuturno*; por la ley *si ego*; por el §. 1.º junto con el §. *per traditionem* de la Instituta *de rerum divisione* con otras semejantes arriba citadas.

(5) Conforme a los títulos *de donatione* del Digesto, Código e Instituta.

(6) Conforme al título *pro derelicto* del Digesto; a los §§. *consuluit* y *et magis* citados, y a las leyes *quia autem* y *non usque* con otras antes aducidas.

autem, cum aliis supra allega. verissime ergo sunt hae duo conclusiones contra communes opiniones, supra relatas. Prima, quod praescriptio currens contra ignorantem non est, nec dicitur propie poena negligentiae, vel alterius vitii. Secunda, quod longe minus poena negligentiae dicitur quando currit contra scientes.

23. Hactenus † de poena legali, quid in poena conventionali? Franciscus Balbus ubi supra in secunda part. tertiae part. principal. quaest. xiii. numero 5. versicu. sed moveo dubium, movet & vix aperit sententiam suam, veritas est eam praescribi posse non secus, quam poena legalis, & forte facilius cum legales poenae iustiores plerumq; & sint & esse praesumantur, quam conventionales, ut plene per Cagnol. in l. quod a quoq; ff. de regulis iuris faciunt omnes leges, & rationes, supra allegatae, quas non expedit repetere.

24. Quid † in actione de dolo, quae expirat biennio, l. fina. C. de dolo, vel in actione redhibitoria, vel quanto minoris, & in reliquis temporalibus actionibus, quae enumerantur per Glos. magistrum in prin. inst. de perpe. & temp. act. & secundum superiorem distinct. tenendum est et a sciente praescribi posse, id quod Balb. admittit in d. q. xiii. post Panorm. & Felinum. in d. c. fi. & istae sunt communes opiniones ut apparet ex congestis per eos, quibus quantum perspicuitatis addiderimus vos iudicabitis.

Nec est verum quod ait Balbus ubi supra num. 7. versi. & notat latius post Panormi. in d. c. fin. colum. iii. versic. sed ego dubito, & ibi Felin. col. ii. versi. recipit tamen. Aiunt enim quod post finitum tempus his temporalibus actionibus a lege civili signatum omne ius praescriptum manet,

mos de la pena convencional? Francisco Balbo (1), suscita esta duda y con dificultad deja vislumbrar su parecer, pero es opinión verdadera que tal pena puede prescribir del mismo modo que la legal, y aun tal vez más fácilmente ya que las penas legales no sólo son casi siempre más justas que las convencionales, sino que así se presume serlo, según con toda extensión lo trata Cagnolo (2); hacen también al caso todas las leyes y razones arriba aducidas, las que no es preciso repetir aquí.

Y, ¿qué diremos de la acción sobre el dolo, que expira en el plazo de dos años (3) o de la acción *redhibitoria* o del *quantí minoris* (4), o tratándose de las restantes acciones temporales que enumera la glosa, maestra nuestra? (5). Pues que conforme a la anterior distinción hemos de sostener que pueden prescribir contra el que tiene de ello conocimiento; lo que admite Balbo (6) siguiendo el sentir del Panormitano y de Felino (7); y éstas son opiniones comunes, según aparece por los testimonios reunidos por estos autores, a cuya doctrina cuánta claridad hayamos nosotros añadido, vosotros mismos lo juzgaréis.

Pero no es verdad lo que dice Balbo *ubi supra* (8), y lo nota más extensamente siguiendo el sentir del Panormitano en el citado capítulo final (9), y lo afirma Felino (10); porque dicen que una vez terminado el tiempo señalado por la ley civil para estas acciones temporales, queda ya prescrito todo el derecho en el caso en que no hubiera precedido culpa o delito alguno; pero no así, dicen, si es que había precedido, porque entonces perdura aquella equidad y justicia del castigo; pero tales autores no caen en la cuenta que ésto sólo puede admitirse, cuando la persona contra la cual se da la

(1) *Ubi supra* en la 2.^a parte de la 3.^a parte principal, cuestión 13, núm. 5, versic. *sed moveo dubium*.

(2) En la ley *quod a quoque*, Digesto, tít. *de regulis iuris*.

(3) Según la ley final, Código, tít. *de dolo*.

(4) Sobre ellas vid, el Digesto, lib. 21, tít. 1.^o: «Del edicto Edilicio», de la acción *redhibitoria* y de la *quantí minoris*.

(5) En la introducción de la Instituta *de perpetuis et temporalibus actionibus*.

(6) En la citada cuestión 13.

(7) En el capítulo final arriba dicho.

(8) Número 7.

(9) Colum. 3.^a, versic. *sed ego dubito*.

(10) En el mismo capítulo final, colum. 2.^a, vers. *recepit tamen*.

quando nulla culpa aut delictum praecesserat, secus, inquit, si praecesserat, quia tunc ea aequitas & iustitia puniendi perdurat, sed ipsi non advertunt id duntaxat admitti posse quando is contra quem praescribitur, ignorans esset, secus si scisset, quia tunc ius suum vel remisisse videbitur vel condonasse per d. §. fin. inst. de iniur. d. l. alionationis verbum. d. l. si quis diuturno. d. l. si ego, §. i. iuncto. d. §. per traditionem, cum similibus & haec legis civilis praesumptio, naturali profecto & vero simili ratione nititur, sicq; eam lex canonica impugnare non posset, etiam si vellet, nedum si non reperiat (prout non reperitur) id immutasse; unde etiam in foro canonico id ius servandum videtur arg. c. i. & ii. cum ibi not. de novi oper. nuncia. quamvis in eodem luto haerere videatur idem Panor. in c. licet causam. col. xii. de probat. Pro nobis quia communis opinio est quod

25. † in his actionibus temporalibus a iure canonico nihil est immutatum, adeo ut currant hae temporalium actionum praescriptiones a scientibus habitas etiam contra clericos & contra ecclesias, ut tenuit Glo. in auth. quas actiones. C. de sacr. eccle. in verb. durantibus, quam Balbus ubi supra num. 8. qui sibi ipsi contrarius videtur, communiter approbatam esse, firmat & Felinus in c. de quarta prope finem de prescrip. & Panor. in c. cum causam, col. ii. de empt. & vendi.

26. His ergo rationibus evenit † ut haeres etiam sciens praescribat legatum contra legatarium qui per annos triginta illud non petiit. quia eo tempore vel repudiare vel donatum haeredi velle videretur, Balbus d. q. xiii. num. 9. Socinus consil. lxiii. in causa vertente. quem Balbus allegat & Anchar. in c. sine possessione, de regulis iuris lib. vi.

prescripción, se hallara ignorante, pero no si hubiera tenido de ello conocimiento, porque en tal caso parecerá o que ha abandonado su derecho o que lo ha condonado, según varias disposiciones (1). Y esta presunción de la ley civil es apoyada ciertamente en una razón natural y probable, por lo que la ley canónica no puede impugnarla, aun cuando quisiera, y mucho menos si no consta haberla cambiado (como en realidad no consta); por lo que este derecho parece deber observarse aun según el derecho canónico (2). En el mismo error parece enfangado el Panormitano (3). En nuestro favor milita el ser opinión común el que en estas acciones temporales nada ha alterado el derecho canónico, hasta el punto de que estas prescripciones de acciones temporales, interviniendo el conocimiento de ellas, tienen efecto aun contra los clérigos y contra las iglesias, según lo defendió la glosa de la auténtica *quas acciones* (4), que Balbo (5), contradiciéndose a sí mismo, a nuestro juicio, afirma que comunmente la admiten los autores; lo mismo dicen Felino (6) y el Panormitano (7).

25.

Sucede, pues, por las razones expuestas, que el heredero, aun sabiéndolo, puede hacer prescribir en su favor un legado en perjuicio del legatario que no le reclamó durante el término de treinta años, porque al cabo de tal tiempo parecería o que le había repudiado o que se lo había donado al heredero, así lo afirma Balbo (8) y Socino (9), a quien el primero cita y Ancarano (10).

26.

Lo mismo afirma Balbo, tratándose del derecho de *adir* una herencia, pero parece haber errado en ésto, en juzgar que en el legado se ha de adquirir el derecho no de otro modo

27.

(1) Tales son: el §. final de la Instituta *de iniuriis*; la ley *alienationis verbum* la ley *si quis diuturno*; la ley *si ego*; el §. 1.º y el §. *per traditionem* con otros semejantes.

(2) Pruébalo el cap. 1.º y 2.º *de novi operis nuntiatione* con lo notado acerca de ellos.

(3) En el cap. *licet causam*, colum. 12, *de probatione*.

(4) En la palabra *durantibus*, Código, ltt. *de sacrosanctis ecclesiis*.

(5) *Ubi supra*, núm. 8.

(6) En el cap. *de quarta*, hacia el final, *de praescriptionibus*.

(7) En el cap. *cum causam*, colum. 2.ª, *de emptione et venditione*.

(8) En la cuest. 13, núm. 9.

(9) Dictamen 75 que empieza, *causa vertente*.

(10) En el cap. *sine possessione*, *de regulis iuris*, lib 6.º

27. Idemq; in iure adeundae haereditatis, secundum Balbum qui in eo lapsus videtur, quod in legato putavit esse ius quaerendum non secus quam in haereditate, nec meminit dominium legatae rei acquiri legatario ipso iure, diversumq; esse in haereditate. l. cum pater. §. surdo. ff. de lega. ii. l. a Titio, ff. de furtis. l. si tibi homo. §. cum servus, ubi plene per Alex. ff. de lega. i. §. in novissimo. C. de cadu. tollen. cum antiquoribus. l. quum sororem. C. de iure delib. l. unica. C. qui ante aper.

Sed quod Doct. aiunt, haereditatem etiam scientem legatum praescribere, verum non est, nam post tempus legale ad legati agnitionem concessum finitum, non tam iure praescripto & adventitio quam iure proprio haereditario haeres rem legatam retinere dicitur, & dominium illius rei legatae nunquam videtur separatum fuisse ab ipsa haereditate, sicq; non tam translatus quam redditus intelligitur, ut in simili ait lex filio quem ff. de lib. & post, ibi non tam translatus quam redditus videretur tex. est in l. si tibi homo. §. cum servus, cum ibi plene not. per Glo. & Alex. ff. de lega. i. ubi habetur legatum repudiatione vel tempore amissum haberi perinde ac si re vera relictum nunquam fuisset, aut ab ipsa haereditate separatum, expressius in l. legatarius. §. fin. ff. de lega. i. & in l. i. ad medium. ff. si quid in fraudem patro. ergo non est usucapio, quia ipsa est nova domini adiectio, l. iii. ff. de usucap. sed hic haeredi novum dominium non adicitur, sed pristinum retinetur, ergo non est praescriptio, dixi de succ. crea. §. x. num. 38.

que en la herencia; sin acordarse que el dominio de una cosa legada le adquiere el legatario *ipso iure* y que no sucede así en la herencia (1).

Pero lo que estos doctores afirman, que el heredero, aun teniendo conocimiento del legado, goza de la prescripción en su favor, no es verdad. Porque una vez terminado el tiempo legal concedido para el reconocimiento del legado, se dice que el heredero retiene la cosa legada no tanto por derecho prescrito y adventicio, cuanto por propio derecho hereditario; y el dominio de aquella cosa legada no parece haberse separado jamás de la misma herencia y por consiguiente no tanto se considera trasladado cuanto devuelto, según en parecido caso consta por la ley *filio quem pater* (2); consta también por el texto de la ley *si tibi homo* (3), donde consta que el legado que se ha perdido o por repudiarse o por el trascurso del tiempo, es considerado como si realmente jamás se hubiera dejado, ni se hubiera separado de la misma herencia (4); luego, no se da la usucapión, puesto que ésta es una nueva adquisición de dominio (5); pero este heredero no adquiere un nuevo dominio, sino que retiene el antiguo; luego, no tiene lugar la prescripción. De esto hemos tratado también en la obra *de successionum creatione*, §. 10, núm. 38.

(1) Véase la ley *cum pater*, §. *surdo*, Digesto, *de legatis*, lib. 2.º; la ley *a Titio*, Digesto, *de furtis*; la ley *si tibi homo*, §. *cum servus*, Digesto, *de legatis*, lib. 1.º, extensamente comentado por Alejandro; el §. *novissimo*, Código, *de caducis tollendis*; la ley *cum antiquioribus* y *cum sororem* del Código, *de iure deliberandi* y la única ley del Código en el tít. *qui ante aper*.

(2) Del Digesto, tít. *de liberis et posthumis* en las palabras *non tam traslatus quam redditus videretur*.

(3) Digesto, *de legatis*, lib. 1.º, con lo que extensamente notan la glosa y Alejandro sobre tal lugar.

(4) Más expresamente consta por la ley *legatarius*, §. final, Digesto, *de legatis*, lib. 1.º y por la ley 1.ª hacia el medio, Digesto, tít. *si quid in fraudem patroni*.

(5) Conforme a la ley 3.ª, Digesto, tít. *de usucapionibus*.



CAPÍTULO LVI

SUMARIO

- La excepción de prescripción cierra la entrada al pleito. 1.
- ¿Impide la admisión del pleito la prescripción, cuando por ésta se adquiere solamente el dominio útil? Cuestión difícil. 2.
- El tiempo todo lo consume. 3.
- Dstrucción de ciudades. 4.
- El tiempo todo lo anima. 5.
- El tiempo no es otra cosa que un puro nombre y por lo tanto nada produce. 6.
- El tiempo lo transforma todo. 7.
- Los elementos se descomponen y se convierten unos en otros. 8.
- La tierra se hace mar y viceversa. 9.
- El tiempo destruye todo individuo en cuanto a la forma y descompone la materia de la que de nuevo se reproduce otro individuo. 10.
- Así como la nada no engendra cosa alguna, así lo que es algo no puede ser reducido a la nada, sino sólo trasformado. 11.
- Cuales son los principios, tal lo que de ellos dimana. 12.
- El mundo contiene cuatro elementos que producen todas las cosas. 13.
- Sentido de la ley 3.^a del Digesto, título *de usucapione*. 14.
- Nada es el tiempo y nada es la muerte. 15.
- Sentido de la ley *cum de in rem*, Digesto, título *de usuris*. 16.
- En cuanto al noveno punto, a saber, si la prescripción o la excepción de prescripción cierra la entrada al pleito, es opinión común que así es en verdad; según lo sostienen

sit litium finis. l. sicut ad finem, ibi, nulli litem movendi ulterius facultatem patere censemus & l. omnes in verb. moveant. C. de praescri. 30. annorum ubi notant Bald. & Salycetus, & fuse per Felinum in rubrica, colum. iiii. de praescription. Praepositus in capitu. si quis per triginta, colum. prima cum sequent. si de feudo fuerit contro. Bald. in d. l. sicut, colum. secunda. Idem Bald. in l. fina. opposi. xiii. C. de edic. divi. Adria. Idem in repe. l. ii. colum. xx. ff. iureiur. Philip. Decius consil. xxii. & pro tenui, Alexander consi. ccxiii. viso & opportune, in princ. lib. ii. Idem Alexand. in addition. ad Bal. in d. l. sicut, prope finem Pet. Philippus Corneus, consi. xlv. in causa, col. i. lib. ii. Franciscus Balbus de praescrip. part. i. q. ix. Salicetus in l. adulter. colum. fin. de adulteri. C. Bald. & Salicetus colum. fi. in auth. nisi tricennale ubi etiam novissimi. C. de bonis mater.

Intellige primo, quando prior dominus rem praescriptam vendicabat, & antequam de suo antiquo dominio doceret coepit liquere de praescriptione, secundum Doctores supra allegatos per ll. iam allegatas. Deinde intellige etiam si prior dominus de dominio suo docuisset, si pariter liquere coepit de praescriptione secundum eosdem. Tertio idem etiam si de exceptione praescriptionis pariter non coepit liquere, si tamen incontinenti probatio adducitur argumento l. ille a quo §. si de testamento. ff. ad Trebel. & in simili per Bart. col. ii. in l. naturaliter §. nihil commune ubi per Alexand. las. & Franc. de Ripa, ff. de acquir. poss. paria enim sunt quod aliquid sit liquidum, vel quod possit in continenti liquidari, ita Bald. & Salicet. per tex. ibi in l. neq; C. de compen. & per l. fin. C. eod. Alex. consi. clxi. viso puncto, ad fin. libr. ii. & consi. ci super quaestio lib. iiii. col. fi. Bart. & alii in l. iiii.

Bartolo (1), el Prepósito (2), Baldo (3), Felipe Decio (4), Alejandro (5), Pedro Felipe Corneo (6), Francisco Balbo (7) y Salicet (8).

Esto se ha de entender primeramente, cuando el primer dueño reivindicara una cosa ya prescrita, y antes que probara su antiguo dominio comenzó a ser evidente la prescripción, como en este caso lo afirman los doctores antes mencionados, fundados en las leyes ya citadas. En segundo lugar, se ha de entender lo mismo aun cuando el primitivo dueño hubiera probado su dominio, si al mismo tiempo comenzó a ser evidente la prescripción, según lo defienden los mismos autores. En tercer lugar, se dirá lo mismo aun cuando no empezare al mismo tiempo a conocerse con evidencia la excepción de la prescripción, siempre, sin embargo, que se aduzca *incontinenti* la prueba, como lo confirman diversas leyes y comentaristas (9), porque son términos iguales el que una cosa sea evidente, o el que pueda

(1) Comentando la ley *fratris* del Código, tít. *de transactionibus* expuesta en el mismo sentido por otros autores; en el texto sobre la ley final del Digesto, tít. *pro suo* en las palabras «para que tengan fin los pleitos»; en la ley *sicut ad finem*, en las palabras «juzgamos que nadie tiene en adelante libre facultad de entablar pleitos»; en la ley *omnes*, en la palabra *moveatur*, Código, tít. *de praescript. triginta annorum*, donde también lo notan Baldo y Salicet, y extensamente Felino en la rúbr., colum. 4.^a de *praescriptionibus*.

(2) En el cap. *si quis per triginta*, colum. 1.^a y siguientes *si de feudo fuerit controv.*

(3) En la citada ley *sicut*, colum. 2.^a; en la ley final *opposi.* 13, Código, tít. *de edicto divi Adriani*; en la ley 2.^a, colum. 20 del Digesto, tít. *de iureiurando*.

(4) Dictamen 22 que empieza *et pro tenui*.

(5) Dictamen 215 *viso et opportune* al princ., lib. 2.^o y en sus adicciones a Baldo en la citada ley *sicut*, hacia el final.

(6) *Consil.* 46, *in causa*, colum. 1.^a, libro 2.^o

(7) *De praescriptionibus*, part. 1.^a, cuest. 9.^a

(8) En la ley *adulter*, colum. final, Código, tít. *de adulterio* y en la colum. final sobre la autent. *nisi tricennale*, Código, *de bonis maternis*, sobre la que también trata Baldo y otros contemporáneos.

(9) Así la ley *ille a quo*, §. *si de testamento*, Digesto *ad Trebellianum*, y en parecido caso Bartolo en la colum. 2.^a, acerca de la ley *naturaliter*, §. *nihil commune*, Digesto *de acquirenda possessione*, comentada en tal sentido por Alejandro, Jasón y Francisco de Ripa.

§. condemnatum, ff. de re iudi. & per omnes Doct. in l. lect. §. dicebam ff. si cer. pe.

Limitant Felinus & Balbus ubi supra, primum, quando ad impediendum litis ingressum haec praescriptionis exceptio oponeretur, ut tunc id procedat, non sic si ad merita causae opponeretur ut per Bart. in l. cum quaerebatur. ff. iudi. sol. Deinde idem Felinus & Balb. limitant ut non procedat, quando postquam actor ius suum probavit, exceptio praescriptionis ad sui probationem latiore requireret indaginem, argumento d. §. si de testamento, cum ibi not. & ita significat tex. qui sic intelligendus est in l. emptor. C. de temp. longi praes. Tertio limitant Baldus & Salicetus in d. auth.

2. nisi tricennale, ut † procedat quando per praescriptionem quaesitum fuit directum dominium, secus si utile tantum, tunc enim ea exceptio non impediret litis ingressum. Ratio differentiae quia priore casu constaret actorem actione ipso iure carere, sicq; a limine iudicii repellendus esset, posteriore vero casu non careret actione. Sed hanc limitationem improbant & recte Felinus in d. rubr. & Franc. Balbus de praescript. par. ii. q. ii. num. 8. versi. tertius effectus, frustra enim spectaretur eventus cuius nullus futurus esset effectus l. non cogendum. §. Sabinus. ff. de procu. l. qui vis, ubi multa in simili per Ias. ff. de verb. oblig. & in rub. eodem tit. l. haec stipulatio, §. divus. ff. ut legatorum nomi. cavea. quid ergo iuvaret praescriptio si non repelleret priorem dominum vendicantem vel agentem, rursus si ea ad eum excludendum potens est quid prodesset eum frustra admittere cum continuo repellendus foret, si quidem in continenti ab ipso praescribente offerebatur probatio, vel si per confessionem agentis de ea iam liquebat. Quando autem dominium utile & quando directum quaeratur per praescriptionem iam supra

hacerse evidente *incontinenti*, así lo afirman Baldo y Salicet (1), Alejandro (2), Bartolo (3) y generalmente todos los doctores (4).

Felino y Balbo (5) limitan esta doctrina, de suerte que tenga cumplimiento, en el caso en que esta excepción de prescripción se opusiere para impedir la entrada del pleito, pero no así si se opusiera para méritos de la causa (6). En segundo lugar restringen también Felino y Balbo esta doctrina de suerte que no tenga lugar cuando después de haber probado su derecho el demandante, la excepción de la prescripción exigiera para su prueba una indagación demasiado prolija (7). Otra restricción establecen en tercer lugar Baldo y Salicet, en la dicha auténtica *nisi tricennale*, de suerte que tenga cumplimiento cuando en virtud de la prescripción se consiguió un dominio directo, pero no si solamente era un dominio útil; porque en este segundo caso tal excepción no impediría la entrada al pleito. La razón de la diferencia es ésta, que en el primer caso constaba que el demandante carecía de acción en virtud del mismo derecho, por lo que debería ser rechazado desde el umbral del juicio, mientras que en el segundo no carecería de acción. Pero esta restricción la impugnan, y con razón, Felino (8) y Francisco Balbo (9); porque en vano se esperaría un suceso que no

2.

(1) En el texto sobre la ley *neque* del Código, tít. *de compensationibus* y sobre la ley final del Código del mismo título.

(2) Dictamen 156, *visó puncto*, hacia el fin, libro 2.º y dictamen 101, *super quaesito*, libro 4.º, colum. final.

(3) Acerca de la ley 5.ª, §. *condemnatum*, Digesto *de re indicata*, comentada también por otros en tal sentido.

(4) En la ley *lecta*, §. *dicebam*, Digesto, tít. *si certum petatur*.

(5) *Ubi supra*.

(6) Según lo expone Bartolo acerca de la ley *cum quaerebatur*, Digesto, tít. *iudicatum solvi*.

(7) Así lo prueba el citado §. *si de testamento*, con lo anotado acerca de él, y lo da a entender el texto de la ley *emptor* del Código, tít. *de temporis longi praescriptione* que se ha de entender en este sentido.

(8) En la citada rúbrica.

(9) *De praescriptionibus*, part. 2ª., cuest. 2.ª, núm. 8, versic. *tertius effectus*.

q. vii. disseruimus, & secundum opi. Felini & Balbi contra Salic. & Bald. erit quarta extensio ad nostram regulam ut exceptio praescriptionis impediat litis ingressum non solum quando praescriptione directum dominium quaesitum esset, sed etiam si utile tantum, & de hac materia dicemus multa in simili infra c. lxxxvii. & cap. lxxxviii. unde quae hic desunt petenda sunt.

Postremo videndum erit quare tanta vis temporis attributa fuit ut usucapione dominium rerumstrarum adimeret vel perimeret & in alium transferret, & sane quaestio haec & si primo aspectu affinis videatur quaestioni. iii. supra peractae tamen longe ab ea differt, ibi. n. quas ob res usucapio introducta esset, nunc autem agimus quas ob causas fuerit introducta, sicque nostra quaestio causam de praeterito investigare noscitur, illa autem disceptatio utilitates futuras intuebatur, atque ita ut differt causa impulsiva quae respicit praeteritum a causa finali quae respicit futurum futurasque res & utiles, ita haec q. differt ab illa, haec enim causa, de qua modo agere sententia est, non inepte occasio nominari posset, itaque si quaeras qua causa seu occasione de praeterito moti iureconsulti prohibuerunt mulieres esse procuratrices causarum, aut vetarunt pactum futurae successionis, aut introduxerunt exceptionem Macedoniani respondeam, occasionem his rebus dedisse Calphurniae impudicitiam, vel improbitalatem quorundam qui insidiabantur vitae eorum quorum successiones ex pacto sperabant vel nefandam immanitatem quorundam filiorum familias qui mole debitorum oppressi parentum necem captabant, ut in li. i. ff. ad Macedo. & quod notant Glo. in l. fi. C. de pact. & per Bar. & alios in l. demonstratio. §. quod autem ff. de cond. & dem. l. damus. ff. de cond. cau. da. si quaeras his in speciebus quaenam

había de producir efecto alguno (1); porque, ¿qué ventaja reportaría la prescripción si no excluía al primitivo dueño al reivindicar éste o entablar acción sobre la cosa prescrita? Del mismo modo si la prescripción tiene poder para excluirle, ¿qué provecho se conseguiría en admitirle, si inmediatamente tenía que ser rechazado, puesto que el mismo favorecido por la prescripción ofrecía la prueba *incontinenti*, o si ésta constaba ya con evidencia por la misma confesión del demandante? Ahora bien, cuándo se consiga el dominio útil, y cuándo el directo por medio de la prescripción, lo hemos tratado ya anteriormente en la cuestión 7.^a; y conforme a la opinión de Felino y Balbo, contra el sentir de Salicet y Baldo, será éste un cuarto caso que comprenda la regla por nosotros propuesta, de que la excepción de prescripción impide la entrada al pleito, no solamente cuando se hubiera conseguido por la prescripción un dominio directo, sino también aunque sólo fuera el útil; de esta misma materia trataremos extensamente abajo en parecido caso (2); donde podrá verse lo que aquí falta.

Finalmente, hemos de investigar la razón de porqué se concedió tanto poder al tiempo, que por la usucapión nos arrebatare o anulase el dominio sobre nuestros propios bienes, y lo transfiriese a otro. Y, ciertamente, aunque esta cuestión parece, a primera vista, muy semejante a la cuestión tercera antes tratada, sin embargo difiere mucho de ella. Porque allí tratamos por qué cosas se introdujo la usucapión, mientras que ahora tratamos por qué razones se introdujo, y por tanto esta nuestra cuestión se propone investigar la causa en el tiempo pasado, mientras que aquella disputa tenía por blanco las utilidades futuras; y así como se diferencia la causa impulsiva que dice relación al pasado, de la causa final que se refiere al futuro y a las cosas y utilidades futuras, del mismo modo se diferencia esta cuestión

(1) Según la ley *non cogendum*, §. *Sabinus*, Digesto de *procuratoribus* y la ley *quavis*, Digesto de *verborum obligatione* extensamente comentada por Jasón, en la rúbrica del mismo título y en la ley *haec stipulatio*, §. *divus*, Digesto *ut legat. nomi. cave*.

(2) Cap. 87 y 88.

esset causa finalis vel utilitas de futuro ob quam isthaec introducta fuerunt respondeam ne sexus muliebris impudentior fiat, neve liberi parentum vitae in posterum mole debitorum excitati insidientur aut improba spe haereditatis futurae homines contra alios quid machinentur ut dd. locis habetur, sic ergo & in proposito usucapio fuit introducta ob has res causasve & utilitates finales futurasq; ne domini rerum essent in incerto, neve lites essent innumerae & immortales, aut ne domini rerum perpetua formidine vexarentur earum amittendarum, ut diximus supra. q. iii. nunc autem id agimus & investigamus qua causa aut occasione moti tantam vim lex tempori possessioni adiuncto dederit, utrum id inde descendat quod tempus ut multis placuit omnia consumit & perimit, sicq; & in specie nostra nihil mirum si rerum nostrarum dominium perimat. An quia tempus ut aliis placuit omnia generat, sicq; dominium non habenti potuit facile tribuere. An forte (ut veritati proximius & vero similis est) quod tempus omnia commutat, transfert, traducit sicq; unius

3. res & dominium ad alios transfert. † & tempus omnia consumere & perimere docemur ab Ovid. 13. Metamor. sic modulante.

Sic magna fuit censuq; virisq;

4. *Perq; decem potuit tantum dare sanguinis annos,
Nunc humilis veteres tantummodo Troia ruinas
Et pro divitiis tumulos ostendit avorum.
Clara fuit Sparta, clarae viguere Mycenae
Nec non & Cecropis, nec non Amphionis arces:
Vile solum Sparta est altae cecidere Mycenae
Oedipodionae quid sunt nisi nomina Thebae?
Quid Pandioniae restant nisi nomen Athenae.*

de la anterior; porque esta causa, de la que tenemos intención de tratar ahora, podría llamarse, no desafortunadamente, ocasión; así, pues, si preguntases qué causa u ocasión movió en el tiempo pasado a los jurisconsultos para prohibir el que las mujeres fueran procuradores de las causas, o para prohibir el pacto acerca de la herencia futura, o para introducir la excepción Macedoniana, te responderé que dieron ocasión a estas disposiciones la falta de pudor de Calpurnia, o la perversidad de algunos que ponían asechanzas a la vida de aquellos de quienes por un pacto esperaban la herencia, o la nefanda fiereza de algunos hijos de familia que agobiados por el peso de sus deudas buscaban la muerte de sus propios padres (1); y si preguntas cuál era en todos estos casos la causa final o la utilidad en el futuro por la cual se instituyeron tales disposiciones, te responderé que para que el sexo femenino no perdiera en adelante el pudor, para que en lo futuro no pusieran asechanzas a la vida de los padres los hijos incitados por el peso de sus deudas, o los hombres por la criminal esperanza de una herencia futura maquinaran algo contra otros hombres, según aparece por los citados lugares; del mismo modo, pues, en nuestro caso, la usucapción se introdujo en atención a estas cosas, o causas y utilidades finales: a saber, para que el dominio de las cosas no permaneciera incierto, o para que no fueran sinnúmero y perpetuos los pleitos, o para que los dueños de las cosas no se vieran atormentados por continuo miedo de perderlas, conforme lo hicimos constar arriba en la cuestión 3.^a; mas ahora tratamos e investigamos este punto, qué causa u ocasión movió a que la ley concediera tanto poder al tiempo juntamente con la posesión; si procede ésto de que, según a muchos les parece, todo lo consume y lo destruye el tiempo,

(1) Según la ley 1.^a, Digesto, tít. *ad Macedonianum* y lo que nota la glosa de la ley final, Código de *pactis* y Bartolo y otros autores en la ley *demonstratio*, §. *quod autem*, Digesto de *cond. et demonstr.*, y la ley *damus* del Digesto, tít. *de condicione causa data*.

Et Horatius Oda. 7. lib. 4.

Quo pius Aeneas quo Tullus dives & Ancus

Pulvis & umbra sumus

Et rursum idem Horat. paululum inferius ait:

Cum semel occideris & de te splendida Minos

Fecerit arbitria

Non te, Torquate, genus, non te facundia, non te

Restituet pietas

Infernis neque enim tenebris Diana pudicum

Liberat Hippolytum

Non lethea valet Theseus abrumpere caro

Vincula Perithoo.

Et Iuvenalis Satyra. 10.

Longa dies igitur quid contulit, omnia vidi

Eversa, & flammis Asiam ferroq; cadentem.

Et Martialis lib. 9. epigram.

Quid non longa dies, quid non consumitis anni.

Et Ovidius lib. 4. de Ponto.

Tabida consumit ferrum lapidesq; vetustas

Idem lib. 15. Metamor.

Tempus edax rerum tuq; invidiosa vetustas

Omnia destruitis, vitiatq; dentibus aevi

Paulatim lenta consumitis omnia morte.

y por tanto nada tiene de extraño si en nuestro caso destruye el dominio de nuestros bienes; o bien, como agrada más a otros, de que el tiempo todo lo engendra, y por tanto pudo fácilmente conceder el dominio a aquel que no lo tenía, o si tal vez (lo que es más conforme la verdad y más verosímil) porque el tiempo todo lo cambia, lo trasfiere y lleva de un lugar a otro y por tanto trasfiere las cosas y el dominio de una persona a otras. Así Ovidio en el libro 13 de sus *Metam.* nos enseña que el tiempo todo lo consume y lo destruye:

3.

«Así fué poderosa en bienes y guerreros Troya y pudo durante diez años derramar tan copiosa sangre. Mas hoy por tierra, sólo puede ostentar antiguas ruinas y como único tesoro los túmulos de sus mayores. Famosa fué Esparta, poderosas las fortalezas de la gran Micenas, de Tebas y de Atenas. Mas hoy Esparta es un lugar oscuro, la soberbia Micenas cayó también por Tierra. De Tebas, ciudad de Edipo, ¿qué resta sino un nombre vano? ¿Qué es ya Atenas sino pura sombra?».

4.

Y Horacio exclama en la oda 7 del libro 4.º:

«Una vez que hayamos descendido a la morada del piadoso Eneas y del poderoso Tulo, o de Anco Marcio, no seremos sino polvo y sombras».

El mismo Horacio escribe un poco más abajo:

«Una vez que hayas abandonado la vida y que Minos haya pronunciado solemnemente su sentencia suprema, ni tu fortaleza, oh Torcuato, ni tu elocuencia, ni tu virtud, te volverán a la vida. La misma Diana no pudo librar de las tinieblas del Averno al casto Hipólito, ni el brazo de Teseo pudo romper las cadenas que aprisionaban en el Averno a su amigo Peritoo».

Juvenal escribe en la sátira 10:

«¿Qué le aprovechó el vivir dilatados días? Presenció la ruina de todas las cosas y vió al Asia perecer a fuego y hierro».

Et Claudianus lib. 2. in Eutrop. sic ait:

Quid non longa valebit

Permutare dies.

Hactenus disseruimus ut tempus omnia perimat, ut autem omnia generet nonnulli voluerunt quales sunt:

Olympius Nemesianus Eclog. 3. sic modulatur.

5. *Omnia tempus alit.*

Et Ovidius lib. 4. de Tristibus.

Tempus ut extensis tumeat facit uva racemis.

Sed haec non fiunt a solo tempore, unde verius est a terra reliquisq; elementis temporis tractu id materialiter generari & produci, tempus enim solum de per se est res omnino incorporea, † sicq; nihil est nisi nudum ipsius temporis nomen, sicq; ut ex nihilo, secundum Philosophum, nihil fit, ita ex solo tempore, quod nihil materialiter est, nihil generari potest, l. obligationum fere. §. placet. ff. de act. & obliga.

6. incorporea, † sicq; nihil est nisi nudum ipsius temporis nomen, sicq; ut ex nihilo, secundum Philosophum, nihil fit, ita ex solo tempore, quod nihil materialiter est, nihil generari potest, l. obligationum fere. §. placet. ff. de act. & obliga.

Tertia fuit opinio existimantium tempore nullum corpus perimi, sed omnia transformari, unde Ovid. lib. 15. Metam. sic modulatur:

Quae quanquam spatio distant, tamen omnia fiunt

Ex ipsis & in ipsa cadunt: resolutaq; tellus

7. *In liquidas rarescit aquas, tenuatur in auras,*

Aeraq; humor abit, dempto quoque pondere rursus

In superos aer tenuissimus emicat ignes.

Y Marcial dice en el libro 9.^o de sus Epigramas:

«¿Qué cosa dejan de devorar los dilatados días y los años?»

Ovidio cantó en el libro 4.^o de *Ponto*:

«El tiempo destructor corroe lentamente el hierro y las piedras».

El mismo escribe en el libro 15 de sus *Metam*:

«El tiempo devorador de las cosas y tú, odiosa anti-
guedad, todo lo aniquiláis y con los destructores dientes del
tiempo vais poco a poco devorando con lenta muerte todas
las cosas».

Claudiano en el libro 2.^o contra Eutropio dice así:

«¿Qué cosa no podrá mudar por completo el tiempo
dilatado?».

Hasta aquí hemos expuesto, cómo todo lo destruye el
tiempo; mas algunos, por el contrario, son de parecer que el
tiempo todo lo engendra, tales son:

Olimpio Nemesiano canta así en la égloga 3.^a:

«El tiempo todo lo anima».

Ovidio en el libro 4.^o de sus *Tristium*:

«El tiempo hace que la uva se llene de mosto en los
hinchados racimos».

Pero estas cosas no son efecto solamente del tiempo,
por lo que es más conforme a verdad, ser ésto engendrado y
producido materialmente por la tierra y los restantes ele-
mentos en el trascurso del tiempo, puesto que el tiempo solo,
de por sí, es una cosa en absoluto incorpórea, y por tanto
nada más que puro nombre de tiempo; por consiguiente,
así como de la nada, nada puede hacerse según el Filósofo,
así también de solo el tiempo, que no es nada material, nada
tampoco puede engendrarse (1).

Hubo una tercera opinión de quienes juzgaban que el
tiempo no destruye cuerpo alguno, sino que todo lo trasfor-

(1) Según la ley *obligationum fere*, §. *placet* del Digesto, tít. *de actionibus et obligationibus*.

Inde retro redeunt, idemq; refexitur ordo,

Ignis enim densum spissatus in aera transit,

Hinc in aquas, tellus glomerata cogitur unda,

Et Manilius lib. 1. Astronom.

8. *Ignis in aethereas volucer se transtulit auras,*

Et Ovid. lib. 15. Metamor.

Omnia mutantur, nihil interit, errat, & illinc

Huc venit, hinc illuc,

Et ibidem.

Cum sint huc forsitan illa,

Haec translata illuc, summa tamen omnia constant,

9. *Nil equidem durare diu sub imagine eadem*

Crediderim, sic ad ferrum venistis ab auro

Secula, sic toties versa est fortuna locorum.

Vidi ego, quod fuerat quondam floridissima tellus

Esse fretum, vidi factas ex aequore terras.

Et Ovid. lib. 15. Metamor.

10. *Nec species sua cuique manet, rerumq; novatrix*

Ex aliis alias reparat natura figuras.

Vides ergo tres Philosophorum varias, inter seseq; dissidentes sententias, prima est existimantium tempus omnia consumere, quae ut simpliciter sumpta vera non est, ita bene

ma, por lo que Ovidio canta así en el libro 15 de las Metam:

«Y aunque mutuamente separados en el espacio, sin embargo, todas las cosas proceden de estos elementos y todas vuelven a ellos; la tierra al disolverse se convierte en líquida agua y por fin en tenue aire; el agua proporciona sustento al aire; el aire a su vez despojado de su peso, brilla sutilísimo en la región del fuego. Por los mismos pasos, pero en orden inverso, el fuego al hacerse menos sutil se convierte en aire, el aire en agua y el agua concentrándose estrechamente, en tierra».

7.

Manilio dice también en el libro 1.º de su Astronom.:

«El sutil fuego se elevó a los espacios más altos».

Y Ovidio escribe en el libro 15 de sus Metam.:

«Todo cambia, nada perece, está en continuo movimiento, y sin cesar va y viene de un lado a otro».

8.

En el mismo lugar continúa así:

«Y aunque tal vez las cosas se agiten y cambien de lugar, con todo la suma de los seres es la misma. No, nada creería yo que puede existir mucho tiempo bajo la misma forma; así pasaron los siglos de la edad de oro a la de hierro; así ha cambiado tantas veces la suerte de los pueblos; yo mismo he visto convertido en mar lo que antes había sido tierras feraces, y he visto surgir tierras del seno de los mares».

9.

También dice en el mismo libro 15 de sus Metam.:

«Pero ni siquiera es constante la forma de las cosas; sino que la misma naturaleza renovadora de las cosas crea de unas formas otras nuevas».

10.

Vemos, pues, existir entre los filósofos tres distintas opiniones, disconformes entre sí; es la primera la de quienes juzgan que el tiempo todo lo consume, opinión que si entendida simplemente no es verdadera, sin embargo, bien entendida, puede defenderse en parte, porque nada hay tan propio del tiempo como el destruir todo individuo, toda forma o

intellecta ex parte tueri post, tempori enim nihil tam proprium, quam omne individuum, omnem figuram seu formam specificatam consumere, ut multis supra ostendimus & congerit non pauca Andraeas Tiraquel. de praescri. §. i. Glo. iiii. prope finem a quo nullum verbum mutuati sumus, & ea figura seu forma sic consumpta ad nihilum omnino reducit, etenim si ex massa auri, argenti, luti, ceraeve formam speciemve aut effigiem feceris, conflaveris, si rursus eam infectam reddideris, iam semel periit, nec eandemmet numero revocare aut reparare poteris, quanvis aliam eiusdemmet modi eius loco suffeceris, deperiit enim illa semel, & ista eius loco suffecta, & si priori similis esse possit, eadem tamen esse minime poterit, non magis quam verbum ab ore semel emissum quod (teste Horatio) evolat irrevocabiliter.

Et semel (inquit) emissum volat irrevocabile verbum. Ergo ut & si aliud verbum priori omnino simile ore formaveris non idem verbum est, sed aliud utcumq; priori simillimum, ita cum homines, armenta, pecudes, genus omne ferarum, aut volucres, aut pisces occidunt, eadem res numero non redeunt, quoad eandem formam & figuram & hac habitatione tempus rectissime dicitur omnia perimere.

11. Caeterum † quia materia illius rei formatae, & pereuntis ad nihilum reduci non potuit (ut enim ex nihilo nihil fit, ita aliquid ad nihilum reduci non est possibile, secundum philosoph.) ideo tempus habita materiae ratione dicitur omnia novare, permutare, commutare, transformare, traducere, transferre, ut enim nihil manet sub imagine eadem, ita omnia manent sub diversis formis & imaginibus seu figuris: primum enim occidunt, deinde corrumpuntur, postremo transformantur seu convertuntur, nam secundum philosophum corruptio

figura concreta, según arriba lo hemos demostrado con numerosos ejemplos, y no pocos reúne también Andrés Tiraqueau (1), de quien, sin embargo, no hemos tomado prestada ni una sola palabra; y tal figura o forma de ese modo consumida, se reduce completamente a la nada, porque si de una masa de oro, de plata, de arcilla, o de cera fabricaras o fundieras una figura, imagen o estatua, si de nuevo la convirtieras en masa informe, ya ha desaparecido del todo tal figura ni te será posible el restituir o crear de nuevo la misma numéricamente, aun cuando sustituyas en su lugar otra de idénticas proporciones, porque aquella primera ha perecido ya del todo, y esa que en su lugar ha surgido, aun cuando puede ser semejante a la primera, con todo no podrá en absoluto ser la misma; al igual de lo que sucede con la palabra, que una vez salida de nuestros labios, vuela irrevocablemente, según atestigua Horacio:

«Y una vez emitida la palabra, dice él, vuela sin poder ya ser retenida», de suerte que si tus labios formaran otra palabra del todo semejante a la anterior, no es, sin embargo, la misma, sino otra lo más semejante que quieras a la primera; del propio modo cuando los hombres sacrifican ganado vacuno u otros animales domésticos, o dan muerte a todo género de fieras, lo mismo que a las aves y a los peces, no vuelven ya jamás a la vida los mismos numéricamente, atendida la misma forma y figura, y bajo este aspecto se dice con toda propiedad que el tiempo todo lo destruye.

Por lo demás, puesto que la materia de aquella cosa revestida de forma que luego parece, no fué posible reducirla a la nada (ya que, como afirma el filósofo, así como de la nada, nada se hace, así no es tampoco posible el reducir a la nada, lo que es algo), por este motivo y tenida en cuenta la materia se dice que el tiempo todo lo renueva, lo modifica, lo altera, lo trasforma, lo lleva y trasfiere de una parte a otra; porque así como nada persevera bajo la misma figura, así, por el contrario, todas las cosas perduran bajo diversas formas, imágenes o figuras: porque primeramente mueren, después se corrompen y por fin se trasforman o convierten en otras, porque según el filósofo la corrupción de una cosa es la reproducción de otra, lo que con no menor gracia

11.

(1) *De praescriptione*, §. 1.º, Glosa 4.ª hacia el final.

- unius est generatio alterius, id quod non minus eleganter quam vere philosophi & vates, supra relati cecinerunt. Etenim
12. † qualia sunt principia talia secundum philosophum sunt principiata, tradit Bal. in l. i. ad finem. C. si quis omi. cau. test. & And. Tiraquel. de praescrip. §. i. Glo. ii. sed principia, hoc est quatuor elementa ex quibus omnia gignuntur sunt convertibilia; nam terra in aquas, aqua in aerem, aer in ignes vicissim convertuntur, ergo necesse est ut omnia corpora inde nascentia similiter sint convertibilia, quod elementa autem invicem sint convertibilia supra autoritate poetarum ostendimus, quod vero ex ipsis elementis reliqua omnia generentur indubitata poetarum & philosophorum sententia est. Unde Ovidius libr. xv. Metamor. sic cecinit.

13. † *Quatuor aeternus genitalia corpora mundus continet,*

Deniq; cum ius naturam anxie imitetur, §. minorem, institut. de adoption. l. adoptio, ff. eodem titu. l. si quis posthumus; in princip. l. filio quem; ff. de liber. & posthum. cumq; ipsa natura nullum corpus semel generatum perimat, & ad nihilum reducat, sed duntaxat convertat, & transformet (ut iam disseruimus) consequens fit, ut praescriptiones a iure inductae nullum dominium perimant, aut aliud ius, sed tantum de uno

14. ad alium transferant † & ita est nove declaranda, l. iii. ff. de usucapion. ibi dominii adiectio.

Deniq; cum tempus quod nullum omnino corpus extinguit, sed omnia permutat, tradit & transformat, ut iam disseruimus, consentaneum sit ut non extinguat, sed tantum transferat ius praescriptum, ut sic lex naturam imitetur, operae pretium est videre quare ius proprietatis transferat ad habentem ius momentanae, & vilis possessionis, cum ex diverso potius

que verdad cantaron los filósofos y poetas arriba mencionados. Porque, según el filósofo, cuales son los principios, tal es lo que de ellos procede, conforme lo exponen Baldo (1) y Andrés Tiraqueau (2); pero los principios, esto es, los cuatro elementos, de los que se engendran todas las cosas, son trasformables unos en otros, porque la tierra se convierte en agua, el agua en aire, el aire en fuego y lo mismo en orden inverso, luego es también necesario que todos los cuerpos que de dichos elementos nacen sean también trasformables unos en otros. En cuanto a lo primero, que los elementos sean trasformables unos en otros, lo hemos demostrado arriba con la autoridad de los poetas, y en cuanto a lo segundo, que de dichos elementos se engendren todas las restantes cosas, es opinión evidente de todos los poetas y filósofos. Por lo que Ovidio cantó así en el libro 15 de sus *Metam.*:

12.

«El mundo eterno contiene en sí los cuatro elementos generadores de todas las cosas».

13.

Finalmente, siendo el derecho tenaz imitador de la naturaleza (3), y como la misma naturaleza no destruya ni reduzca a la nada a ningún cuerpo una vez producido, sino que tan sólo lo convierta y transforme en otro (según ya lo dejamos tratado), síguese también que las prescripciones introducidas por el derecho no destruyan dominio alguno, o algún otro derecho, sino que solamente lo trasfieran de una persona en otra y esta nueva declaración se ha de dar a la ley 3.^a del Digesto, título *de usucapione* en las palabras *dominii adiectio*.

Finalmente, siendo sumamente natural el que el tiempo que no extingue en absoluto cuerpo alguno, sino que todo lo cambia, lo pasa de uno a otro y lo transforma, no destruya el derecho prescrito, sino que solamente lo transfiera para que de este modo la ley imite a la naturaleza, es muy digno de consideración el investigar porqué razón traspasa el derecho de propiedad a la persona que tiene el derecho de posesión momentánea y de poco valor, cuando por el contrario

14.

(1) En la ley 1.^a al final, Código, tít. *si quis omissa causa test.*

(2) *De praescriptione*, §. 1.^o, Glosa 2.^a

(3) Como consta por el §. *minorem*, Instituta *de adopt.* por la ley *adoptio*, Digesto del mismo título; por la ley *si quis posthumus* al princ. y por la ley *filio quem*, Digesto, tít. *de liberis et posthumis*.

feri debere videretur, ut ius possessionis tamquam vilius, & debilius sequeretur ius proprietatis utpote principalius, argumen. l. primae, & secundae, ff. de pecul. capit. accessorium, de regulis iuris libro sexto. iuncta rubrica. C. si de momenta. possession. fuerit appella. sed non est verum quod inter se habeant se tanquam principale, & accessorium, l. naturaliter, §. nihil commune, ff. de acquiren. possessio. ubi possessionem, & proprietatem nihil inter se commune habere affirmat Iureconsultus, & possessio antiquior, & prior est, quam dominium ipsaq; possessio tanquam causa materialis, aut mater parit & generat dominium, l. prima, in princip, ff. de acquirend. possessio. ibi dominiumque ex naturali possessione coepisse. sicq; mirum non est si dominium revertatur ad possessionem tanquam ad suam causam, quia omnis res facile revertitur ad suam causam, l. si unus, §. pactus ne peteret, ff. de pact. Unde Boëtius sic cecinit:

Repetunt proprios quaeq; recursus

Redituq; suo singula gaudent.

Nec manet ulli traditus ordo

Nisi quod fini iunxerit ortum

Stabilemq; sui fecerit orbem.

15. Deniq; † tempus nil est materialiter, sed est nudum nomen, non secus, quam mors quae, teste Seneca, nihil est nisi terminus vitae, ergo sentit Seneca terminum quoq; quemlibet & sic tempus nihil esse, nisi nudum nomen non aliter atque mors, quam nihil esse eleganter demonstravit.

16. Cum † ergo tempus materialiter nihil omnino sit, sitq; nudum nomen & umbra, ex eoque generari nihil possit,

parece que más bien debería suceder el que el derecho de posesión, como de menor valor y más débil, se pospusiera al derecho de propiedad como a más principal que es (1); pero no es verdad que la relación entre ambos sea de accesorio a principal, según consta por la ley *naturaliter* (2), en donde afirma el Jurisconsulto que la posesión y la propiedad nada común tienen entre sí; y la posesión es más antigua y precede al dominio; y la misma posesión como causa material o como madre da a luz y engendra el dominio, según consta por la ley 1.^a del Digesto, título *de acquirenda possessione* en las palabras «y que el dominio empezó por la posesión natural»; por consiguiente, nada tiene de extraño si el dominio retorna a la posesión como a su causa, porque toda cosa vuelve fácilmente a su causa (3). Por lo que Boecio cantó así:

«Todas las cosas buscan el retornar a su propio origen y se gozan en volver al punto de donde proceden. Ninguna conserva estable la condición recibida, sino en cuanto unió el principio con el fin formando así un círculo estable para su duración».

Finalmente, el tiempo no es nada material, sino puro nombre, al igual que la muerte, que, según el testimonio de Séneca, no es nada, sino el término de la vida; luego Séneca juzga que también todo otro término y por tanto el tiempo, no es nada, sino puro nombre del mismo modo que la muerte, que elegantemente demostró no ser nada. 15.

Siendo, pues, el tiempo, materialmente considerado nada en absoluto, y por tanto puro nombre y sombra y no pudiendo de él engendrarse cosa alguna, porque de la nada, nada se produce, conforme al sentir de los filósofos que arriba hemos citado, síguese de ahí que no pudo tampoco dar nada a nadie, porque nadie da lo que no tiene (4), y por tanto, el dominio que otorga a alguna persona después del tiempo fijado por la ley, necesariamente ha debido quitarlo antes a otra y por consiguiente no tanto parece darlo cuanto 16.

(1) Pruébalo la ley 1.^a y 2.^a del Digesto, tít. *de peculio*, versíc. *accessorium, de regulis iuris*, lib. 6.^o, junto con la rúbrica del Código *si de momentanea possessione fuerit appellatum*.

(2) En el §. *nihil commune*, Digesto, tít. *de acquirenda possessione*.

(3) Según la ley *si unus*, §. *pactus ne peteret*, Digesto, tít. *de pactis*.

(4) Según la ley *traditio*, Digesto, tít. *de acquirendo rerum dominio*.

quia ex nihilo nihil fit, ex sententia philosophorum quos supra retulimus, exinde colligitur, quod non potuit quicquam alicui dare, quia nemo dat quod non habet l. traditio, ff. de acquir. rerum domi. sicq; dominium post tempus lege definitum, quod alicui dat, alteri prius ut ademisset necesse est, sicq; non tam dare quam id ius transferre videtur, non secus quam ventus qui flatu violento siccas arenas hinc transfert illuc, sed eas minime generavit, unde si piscandi ius in flumine publico aliosq; piscari prohibendi tempore quaesivi, id ius ut reliquis civibus per prius ademptum videatur, sicq; non tam datum quam translatum intelligatur necesse est, licet contrarium tenuerint Bald. & Angel. & Faber & Franciscus Balbus ut diximus infra c. lxxxix. nume. 38. Unde cum similiter in terminis l. cum de in rem verso, ff. de usuris, & in pluribus quam quinquaginta iuris speciebus quas argu. illius legis definiunt Doctores, ut plene retulimus infra par. iii. per totam, ipsi intelligant contingere praescriptionem temporis cursu, nos advertimus eam non esse praescriptionem, aut substantiam, sed duntaxat iuris ex variis causis antea nati praesumptivam probationem, sicq; in contrarium admitti probationem ad illius iuris praesumpti exclusionem, quod non fieret si praescriptio vera esset, ut etiam attingimus prope finem huius tractatus.

17. Unde impossibile est, quod solum tempus per se pariat obligationem personalem in futurum sine ulla conventionis, vel alterius modi praeexistente materia, cum ipsum tempus nihil sit & ex nihilo nihil fiat, † & is est verus sensus, l. obligationum fere, §. placet ff. de actio. & obligation. dum ait, quod tempus non est modus inducendae obligationis, illi enim iuriconsulti enixe naturalem philosophiam, & naturam sequebantur, & imitabantur, l. adoptio, ff. de acquiren.

trasladarlo, del mismo modo que el viento que con su soplo arrebatado traslada de un lado a otro las secas arenas, pero que de ningún modo él las produjo. Por consiguiente, si adquirí por el trascurso del tiempo el derecho de pescar en el río público y de excluir de la pesca a los demás, necesariamente tal derecho debe considerarse arrebatado de antemano a los restantes ciudadanos y por lo mismo no tanto dado, cuanto trasladado, aun cuando hayan defendido lo contrario Baldo, y Angel y Faber y Francisco Balbo, conforme lo exponemos más adelante en el capítulo 89, número 38. Por lo tanto, como también, al tratar de los términos de la ley *cum de in rem verso*, del Digesto, título *de usuris*, y en más de cincuenta clases de leyes, que como prueba de aquella ley primera admiten los doctores, según con toda extensión dejamos expuesto más abajo en toda la 3.^a parte, entiendan éstos, que tal prescripción tiene lugar por el trascurso del tiempo, nosotros hacemos constar que ésta no es prescripción o sustancia, sino solamente una prueba presuntiva de un derecho, nacido de antemano de varias causas, y por tanto que puede admitirse prueba en contrario para la exclusión de tal derecho presunto; cosa que no tendría lugar si fuera una verdadera prescripción, conforme lo hemos tocado también casi al final de este tratado.

Por lo que es imposible que el tiempo solo, por sí mismo, produzca para el futuro una obligación personal, sin que exista de antemano una convención o alguna materia de otra especie, ya que nada es el tiempo, y de la nada, nada se hace; y éste es el verdadero sentido de la ley *obligationum fere* (1), cuando dice que el tiempo no es el modo de constituir una obligación; porque aquellos jurisconsultos seguían e imitaban con el mayor empeño a la filosofía natural y a la misma naturaleza (2). Y por esta misma razón también, el tiempo no podía destruir una acción personal, según se contiene en dicho §. *placeat* (3); porque según la verdadera y natural filosofía, así como de la nada, nada se hace, así, por el

17.

18.

(1) Del Digesto, tit. *de actionibus et obligationibus*, en el §. *placeat*.

(2) Véase la ley *adoptio*. Digesto, tit. *de acquirendo rerum dominio* y el §. *minorem* de la Instituta del mismo título.

(3) Lo mismo que en la ley *nemo potest* del Digesto, tit. *de legatis*, lib. 1.^o

18. rerum domin. §. minorem institutu. eodem titulo. † Et hac ratione etiam tempus actionem personalem perimere non poterat, ut dicitur in d. §. placet, & in l. nemo potest, ff. de leg. primo quia secundum veram, & naturalem philosophiam ut ex nihilo nihil fit, ita e contra quod aliquid est nunquam reducitur ad nihilum, ut supra ostendimus ex philosophis, nisi eodem modo dissolveretur quo colligatum esset, l. nihil tam naturale, ff. de regu. iur. capitu. omnis res, eod. titulo per totum institutu. quib. mod. tolli. oblig. Sicq; solo tempore obligatio semel nata perimi non poterat, ut dd. ll. & in pr. institutu. de perpe. act. † Sed ab hoc iuris rigore Imperatores postea recesserunt ut ibi, & l. sicut, l. omnes, C. de praescriptio. xxx. annorum id quod & fecerant ipsi lure-consulti in actionibus, & obligationibus, quae non ex materia consensus expressi, aut praesumpti praeexistente, sed ex quadam naturali aequitate dabantur, ut §. fina. institutu. de iniur. l. quod si nolit, §. penul. ff. de aedil. edi. l. fina. cum simil. C. de dolo. l. fi. & per totum, C. de temp. in integ. resti.
- 19.

contrario, lo que es algo, jamás se reduce a la nada, según arriba lo hemos demostrado por el parecer de los filósofos, a no ser que se disolviese del mismo modo que se hubiera contraído (1).

Por consiguiente, la obligación una vez nacida no podía anularse por solo el tiempo, según consta por las citadas leyes y por la introducción de la Instituta *de perpetuis actionibus*. Pero más adelante los Emperadores se apartaron de este rigor del derecho, según aparece en dichos lugares (2), 19. lo mismo que ya habían también hecho los jurisconsultos tratándose de acciones y obligaciones que se daban no en razón de la materia de un consentimiento expreso o presunto preexistente, sino en razón de cierta equidad natural (3).

(1) Conforme a la ley *nihil tam naturale*, Digesto *de regulis iuris*; al cap. *omnis res* del mismo tít. y a todo el tít. *quibus modis tollitur obligatio* de la Instituta.

(2) Como también en la ley *sicut*, en la ley *omnes* del Código, tít. *de praescriptione triginta annorum*.

(3) Según consta por el §. final de la Instituta *de iniuriis*, por la ley *quod si nolit*, §. penúltimo, Digesto *de aedilitio edicto*; por la ley última y por otras semejantes del Código *de dolo*, por la ley final y por todo el título del Código *de temporibus in integrum restit.*

CAPVT LVII

SUMMAE

1. *Possessio civilis, & naturalis requiritur ad praescriptionem.*
2. *Possessio civilis sufficit ad praescriptionem.*
3. *Possessio naturalis an sufficiat ad praescriptionem.*
4. *Possessio naturalis sola an sufficiat ad praescript. ususfru.*
5. *Possessio quaesita per constitutum vel precarium an sufficiat ad praescr. ardua quaestio.*
6. *Possessio naturalis sola an sufficiat ad praescribendum etiam si civilis ab alio teneatur, ardua q.*
7. *Prodigere nullus praesumitur.*
8. *Occidere an liceat hominem pro rerum defensione ardua quaestio.*
9. *Homo homini quantum debeat.*
10. *Defensio licita.*
11. *Conscientiae in foro opi. facientis inspicitur.*
12. *Facti appellatione etiam non facere continetur.*
13. *Praescriptio quare inventa.*
14. *Dominii signa.*
15. *Ratio expressa in lege est lex vere.*
16. *Possessio naturalis iustior, quam civilis.*
17. *Mayoratus in successorem vel etiam in haeredem continuatur possessio naturalis.*
18. *Possessio continuata videtur in haereditatem ad explendam praescriptionem coeptam, nisi naturalis possessio ab alio occupetur.*

CAPÍTULO LVII

SUMARIO

- Para la prescripción se requiere [es suficiente] la posesión civil y natural. 1.
- La posesión civil es suficiente para la prescripción. 2.
- ¿Basta para la prescripción la posesión natural? 3.
- ¿Es suficiente la sola posesión natural para la prescripción del usufructo? 4.
- La posesión adquirida por *constituto* o por pacto *precario*, ¿es suficiente para la prescripción? Cuestión difícil. 5.
- ¿Es suficiente para la prescripción la sola posesión natural, aun cuando la posesión civil esté en manos de otro? Cuestión ardua. 6.
- Nadie se presume pródigo de lo suyo. 7.
- ¿Es lícito matar a otro en defensa de los propios bienes? Cuestión importante. 8.
- La obligación de un hombre para con su semejante es muy grande. 9.
- La defensa es lícita. 10.
- En el foro de la conciencia se tiene en cuenta la opinión del que obra. 11.
- Bajo el nombre de hecho se contiene también el no hecho. 12.
- ¿Por qué razón se introdujo la prescripción? 13.
- Señales del verdadero dominio. 14.
- La razón expresa en la ley, es en verdad ley. 15.
- La posesión natural es más justa que la civil. 16.
- La posesión natural se continúa en el sucesor del mayorazgo como también en el heredero. 17.
- La posesión se considera continuada en el heredero para dar término a la prescripción ya empezada, a no ser que un tercero ocupe la posesión natural. 18.

19. *Possessio ut continuetur in haeredem vel in maioratus successorem intelligitur nisi naturalis possessio ab alio occupetur, ardua q.*
20. *Lex Taurina. 45.*
21. *Possessio naturalis quid sit.*
22. *Possessio vel occupationis ius, olim erat in rebus soli.*
23. *Dominium mobilium, & se moventium erat etiam iure primaevo.*
24. *Possessio etiam naturalis solo animo retinebatur iure gentium etiam primaevo.*
25. *L. 45. Tauri intellectus.*
26. *Possessio ab illo tertio licite an illicite capiatur multum interest.*
27. *Possessio quae ipso iure in maioratus successorem, vel in haeredem transivit, coepta corporaliter fuit ab tertio sine vitio, utilis est regulariter ad praescr. contra Doctores.*
28. *Possessio dicta non interest occupetur a tertio haereditate iacente, an postea, contra Clau.*
29. *L. 45. Taur. extenditur.*
30. *Statutum Mediolani.*
31. *Posses. occupavit tertius, an sit vi repellendus.*
32. *Possessio naturalis non est in quatuor speciebus hic relatis contra Doctores.*

SECUNDA PARS PRINCIPALIS

AD POSSESSIONEM, & TRADITIONEM PERTINENS

1.  OSSESSIO † in praescriptione requiritur, capit. sine possessione de regulis iuris, l. unica, C. de usupacion. transfor. in princip. instit. de usucapion. l. i. & iii. ff. eodem tit. cum similibus & sufficit civilis,
- 2.

- Que la posesión se continúa en el heredero o en el sucesor 19.
del mayorazgo, se entiende, a no ser que otro ocupe la
posesión natural; cuestión ardua.
- La ley 45 de las de Toro. 20.
- ¿Qué es la posesión natural? 21.
- El derecho de posesión o de ocupación sobre las cosas del 22.
suelo existía primitivamente.
- También existía en el derecho primitivo el dominio sobre las 23.
cosas muebles y semovientes.
- La posesión, aun la natural, se retenía con sola la intención en 24.
el derecho de gentes, aun en el primitivo.
- Sentido de la ley 45 de las de Toro. 25.
- Existe gran diferencia si la posesión es ocupada por aquel 26.
tercero lícita o ilícitamente.
- La posesión que pasó *ipso iure* al sucesor en el mayorazgo 27.
o al heredero, si fué ocupada corporalmente libre de vicio
por un tercero, es regularmente útil para la prescripción:
contra los doctores.
- No existe diferencia, si dicha posesión es ocupada por un 28.
tercero en el tiempo de la herencia yacente, o después;
contra Claud.
- Nueva extensión de la citada ley 45 de Toro. 29.
- Estatuto de la ciudad de Milán. 30.
- Si un tercero ocupó la posesión, ¿ha de ser rechazado por la 31.
violencia?
- En las cuatro clases aquí referidas la posesión no es natural; 32.
contra los doctores.

SEGUNDA PARTE PRINCIPAL

QUE TRATA DE LA POSESIÓN Y TRADICIÓN

- En la prescripción se requiere la posesión, como consta 1.
por varias leyes (1); es desde luego suficiente la posesión
civil y natural (2). En segundo lugar, se ha de entender ser 2.

(1) Por el cap. *sine possessione, de regulis iuris*; por la ley única del tít. *de usucapione transformanda* del Código; por la introducción de la Instituta *de usucapione*; por la ley 1.^a y 2.^a del Digesto en el mismo título con otras semejantes.

(2) Según aparece por dichas leyes.

& naturalis ut dd. ll. Secundo intellige solam civilem sufficere, l. i. §. per servum qui in fuga, ff. de acquiren. possession. & ibi tenet Bartol. Aretinus, Alexan. & Ias. idem Bar. in l. iii. §. ex contrario, ff. de acqui. posses. col. iii. ubi Ias. colum. v. & Alex. glo. i. in gl. mag. ad finem ubi etiam Ias. in l. i. C. de servis fugit. Franciscus Balbus de praescrip. in iii. part. princ. q. ulti. Ias. in §. rursus, col. x. instit. de action. Petr. Philippus Corne. consil. xvi. viso primo themate, colum. iii. lib. 2. Aretinus in §. i instit. de usucapion. Ioannes Imolensis, & Franciscus de Aretio in d. §. ex contrario, Andraeas Tiraquell. de constitu. parte i. numero 17. qui hanc ait esse communem opinionem. Est communis opin. secundum Balbum ubi supra.

3. † Sola autem naturalis possessio quandiu civilis ab alio retinetur non sufficit, ut est receptissima opinio eorum
4. omnium quos supra retulimus. † Quod obtinet quantum ad dominium acquirendum: nam quoad acquirendum ius inferius dominio, puta usumfructum vel superficiem, sufficeret sola naturalis possessio, ita Barto. in d. §. ex contrario, cuius opinionem improbant ibi Bal. Angel. Ioannes Imolensis, Paulus Castren. Alexand. & Aretinus & alii communiter, teste Balbo, ubi supra, qui eandem impugnat, Paulus in l. fi. in fi. C. de longi temp. praescri. Calderinus consil. v. sub rubric. de praescrip. quia inquirunt & si fructuarius & usufructuarius naturaliter tantum non etiam civiliter possidere dicantur, id intelligitur respectu totius rei, nam respectu ipsius ususfructus civiliter, & naturaliter possidere intelliguntur, l. qui usumfructum, ff. si usufr. pet. l. fi. ff. uti possit. Et quod sola naturalis possessio non sufficiat ad praescribendum quandiu alius civilem retinet, tenet etiam And. Tiraquell.

también suficiente la sola posesión civil, conforme consta por las leyes (1) y comentaristas como Bartolo (2), Francisco Balbo (3), Jasón (4), Pedro Felipe Corneo (5), el Aretino (6), Juan de Imola y Francisco de Arezo (7), Andrés Tiraqueau (8), quien afirma ser esta opinión común, lo mismo que sostiene Balbo en el lugar arriba citado.

Por el contrario, no es suficiente la sola posesión natural, mientras retenga otro la posesión civil, según opinión sumamente admitida por todos aquellos autores que arriba hemos mencionado.

Esta doctrina es verdadera en cuanto se refiere a la adquisición de dominio, porque si se tratara de la adquisición de un derecho inferior al dominio, por ejemplo, del usufructo o de la superficie (9), sería suficiente la sola posesión natural, así lo defiende Bartolo en el dicho §. *ex contrario*, si bien combaten la opinión de éste, comentando el mismo lugar, Baldo, Angel, Juan de Imola, Pablo de Castro, Alejandro, el Aretino, y comúnmente otros autores en dicho lugar, según el testimonio de Balbo que también la impugna comentando el mismo lugar; también la combaten Pablo [de Castro] (10) y Calderino (11) porque, dicen ellos, aunque el fructuario y superfructuario se consideran ser solamente poseedores naturales, pero no civiles, ésto se entiende con respecto a toda la cosa; porque en cuanto al mismo usufructo

3.

4.

(1) Así consta por la ley 1.^a, §. *per servum qui in fuga*, Digesto, tít. *de acquirenda possessione* y en este sentido la comentan Bartolo, el Aretino, Alejandro y Jasón.

(2) En la ley 3.^a, §. *ex contrario*, Digesto, *de acquir. possessione*, colum. 3.^a; como también por Jasón en la colum. 5.^a y por Alejandro en la glosa 1.^a, sobre la *glosa magna* al final, en donde también lo comenta Jasón sobre la ley 1.^a del Código, tít. *de servis fugitivis*.

(3) *De praescript.* en la 3.^a parte principal, cuestión última.

(4) Sobre el §. *rursus*, colum. 10, Instituta, *de actionibus*.

(5) Dictamen 16, que empieza, *viso primo themate*, colum. 3.^a, lib. 2.^o

(6) En el §. 1.^o de la Instituta, *de usucapione*.

(7) En el citado §. *ex contrario*.

(8) *De constitut.*, parte 1.^a, núm. 17.

(9) Que es, según el derecho romano, todo lo que se halla encima de la superficie de un fundo, unido a éste o por la naturaleza o por el arte de suerte que forme parte del mismo: verbí gracia, casas, árboles, etc. (Mackeldey).

(10) Comentando la ley final del Código, tít. *de longi temporis praescriptione*.

(11) Dictamen 5.^o, bajo el tít. *de praescriptionibus*.

ubi supra nu. 18. & Dinus in c. sine possessione, col. pen. de reg. iur. lib. vi. per l. acquiritur, §. fin. ff. de acqui. rerum domi. l. Celsus §. Iulianus, ff. ad exhiben. l. i. §. pe. ff. de acq. poss.

5. Illud autem dubium est † an possessio per actum civilem tantum non etiam naturalem acquisita (quale est per constitutum, vel precarium, vel per retentionem ususfructus, vel per traditionem instrumenti de contractu confecti) sufficiat ad praescriptionem? & non sufficere voluit Andraeas Barba. in c. ii. col. viii de consuetudine post Glo. & Panor. quos allegat, sed tamen in contrarium est verior & receptior opinio quam tenuit Iaco. Butrig. in §. sed istae quidem, inst. de actioni. Bar. in l. Celsus, col. ii. ff. de usucap. Bal. in l. nullo, in fi. C. de rei vend. Idem Balb. in l. i. ad medium. C. pro donato. Guid. Papae decis. cclvi. quos & quot effectus, col. i. Petrus Anchara. consi. ccccxix. in causa, col. ii. Alex. consi. lxxxiii. viso processu. col. iii. versic. ulterius etiam, lib. vi. qua de re per Franc. Are. Alex. Ias. & Aquensem in l. Pomponius. §. si is qui precario, ff. de acq. poss. Francis. Balbus in rep. l. Celsus. col. xxi. versi. successive, ff. de usucap. & haec conclusio vera est, nam cum leges his casibus proclament translatam esse possessionem iuxta l. quod meo, in prin. ff. de acqui. poss. l. i. §. si iusserim, cum ibi notatis eod. tit. l. i. C. de dona. consequens fit ut cum suis effectibus transire & acquiri videatur, ne sine effectu frustra; transiisse acquisitamve fuisse videatur contra l. non cogendum, §. Sabinus, ff. de procura. l. haec stipulatio. §. divus, ff. ut legatorum novi. caveatur l. qui bis, ubi plene in simili per Ias. post alios. ff. de verb. obligat. l. qui sic. ff. de solu. l. ii. C. commu.

se consideran poseerlo civil y naturalmente (1). Que para la prescripción no sea suficiente la sola posesión natural, mientras otro retenga la posesión civil, lo defienden también Andrés Tiraqueau (2) y Dino (3).

Mas surge ahora esta duda, si para la prescripción será suficiente la posesión adquirida por un acto civil solamente, pero no natural (cual sería por medio del constituto, o del precario (4), o por la retención del usufructo, o por la entrega de la escritura hecha sobre un contrato). Que no era suficiente lo defendió Andrés de Barbatia (5), siguiendo el sentir de la glosa y del Panormitano a quienes cita. Sin embargo, es mucho más verdadera y seguida la contraria opinión, que han defendido Jacobo Butrigario (6), Bartolo (7), Baldo (8), Pedro Ancarano (9), Alejandro (10); acerca de lo cual tratan Francisco Aretino, Alejandro, Jasón y el de Aquis (11), como también Francisco Balbo (12); y esta conclusión es verdadera, porque como las leyes declaran manifestamente que en estos casos se ha trasladado la posesión, como consta por varias de ellas (13), es natural el que se considere que ha pasado y se ha adquirido con sus efectos,

5.

(1) Así aparece por la ley *qui usumfructum*, Digesto, tít. *si usufructus petatur* y por la ley final del Digesto, tít. *uti possit*.

(2) *Ubi supra*, núm. 18.

(3) En el cap. *sine possessione*, colum. penúltima, de *regulis iuris*, lib. 6.º y en la ley *acquiritur*, §. final, Digesto, de *acquirendo rerum dominio*; en la ley *Celsus*, §. *Julianus*, del Digesto, tít. *ad exhibendum*, y en la ley 1.ª, §. penúltimo del Digesto, tít. *de acquirenda possessione*.

(4) Véanse estos pactos en el derecho romano.

(5) En el cap. 2.º, colum. 8.ª, de *consuetudine*.

(6) En el §. *sed istae quidem*, Instituta, de *actionibus*.

(7) Sobre la ley *Celsus*, colum. 2.ª, Digesto, tít. *de usucapione*.

(8) Acerca de la ley 1.ª hacia la mitad, Código, tít. *pro donato*, y en la ley *nullo* al fin, Código, tít. *de rei vindicatione*; lo mismo que Guido *Papae*, decis. 356, que empieza *quos et quot effectus*, colum. 1.ª.

(9) Decis. 419, *in causa*, colum. 2.ª.

(10) Dictamen 83, que empieza *visu processu*, colum. 3.ª, versic. *verius etiam*, lib. 6.º.

(11) Al comentar la ley *Pomponius*, §. *si is qui precario*, Digesto, tít. *de acquirenda possessione*.

(12) En la ley citada *Celsus*, colum. 21, versic. *successive* del Digesto, de *usucapione*.

(13) La ley *quod nemo* al principio, Digesto, tít. *de acquirenda possessione*; la ley 1.ª, §. *si iusserim*, con lo allí notado, del mismo título; la ley 1.ª, Código, de *donationibus*.

de lega. neve lex verbis non rebus imposita videretur contra dictam l. ii. Rursum si ea possessio suos effectus habitura est nulla ratio suadet ut hoc praescribendi effectum careat, non magis quam reliquis iuris effectibus, nisi nominatim aliqua lege id cautum reperiretur, id quod non reperitur, ergo dicendum est hoc effectum cariturum minime esse, declara ut in fi. huius cap.

6. Et hanc sententiam ut naturalis possessio non sufficiat ad praesc. olim securus incautusq; tenebam, nunc autem moveo novum dubium ab aliis non animadversum (quod meminerim), nam si communis opinio supra relata vera esset, non raro quinimo fere semper consultissima praescriptionum provisio utcunq; utilissima sit eluderetur, † Pauci enim, admodum pauci sunt, qui res suas velint iactare aut prodigere l. cum de indebito. ff. de probati. res enim sunt veluti altera vita l. advocati, cum ibi not. per Glo. & Doct.
7. C. de advo. diversorum iudi. † adeo ut pro rerumstrarum defensione hominem occidere non aliter liceat, atque pro defensione corporis nostri dum modo ea defensio fiat cum moderamine inculpatae tutelae, ut est receptior opinio quam tenent ut affirmat las. communiter Doct. ita las. in l. ut vim. ff. de iust. & iur. & ibi Ioannes Oroscius, & Carrerius in sua praxi. fol. 106. nu. 31. Bern. Diaz de Luco in regula. dxcvii. qui alios allegant. Sed tamen non forte pauciores tenent contrariam partem negativam, quos refert Felinus qui hanc negativam partem receptiorem esse existimat in c. ii. de homicidio, nu. 4.
9. Pro hac posteriore parte philosophi naturales ex sententia Platonis & Aristotelis adducere solent quod iniuria potius ferenda est quam inferenda, sicque is vir bonus dicitur qui prodest quibus potest, nocet autem nemini, ita Cicero

pues de otro modo parecería haber pasado o haberse adquirido sin efecto y vanamente, contra lo que manifiestan varias disposiciones (1); y para que no parezca que la ley se ha impuesto a las palabras y no a las cosas contra el dictamen de la ley 2.^a Además, si tal posesión ha de tener sus efectos, ninguna razón prueba el que deba carecer de este efecto de la prescripción, del mismo modo que no carece de los restantes efectos jurídicos, a no ser que expresamente se hallara dispuesto por alguna ley, cosa que no sucede; luego hemos de afirmar que de ningún modo ha de carecer de este efecto. Al final de este capítulo hallarás nueva declaración.

Y en verdad, esta opinión de no ser suficiente para la prescripción la posesión natural, la sostenía yo antes con la mayor seguridad e incautamente, pero ahora presento una nueva duda en la que no ha reparado autor alguno (que yo recuerde); porque, si la opinión común arriba expuesta, fuese verdadera, no raras veces, mejor dicho, casi siempre se eludiría la previsión tan llena de sabiduría de las prescripciones, aun siendo como es utilísima; porque pocos, muy pocos son los que quieren arrojar o malgastar sus propios bienes (2), ya que éstos son como una segunda vida nuestra (3), hasta el punto de que en defensa de nuestras cosas nos sea lícito dar muerte a un hombre, del mismo modo que en defensa del propio cuerpo, siempre que semejante defensa se haga *moderamine inculpatæ tutelæ* [en legítima defensa], opinión muy admitida, que según afirma Jasón, sostienen comúnmente los doctores, como el mismo Jasón (4), Juan Orosco (5), Carrerio (6) y Bernardo Díaz de Lugo (7), quienes citan además a otros autores. Sin embargo, tal vez

6.

7.

8.

(1) Tales son: la ley *non cogendum* §. *Sabinus*, del Digesto, de *procuratoribus*; la ley *haec stipulatio*, §. *divus*, Digesto, tít. *ut legatorum novi. caveatur*; la ley *qui bis*, Digesto, tít. *de verborum obligatione*, comentada extensamente por Jasón en parecido caso, después de otros autores; la ley *qui sic*, Digesto, de *solutionibus* y la ley 2.^a del Código, tít. *communis de legatis*.

(2) Según la ley *cum de indebito*, Digesto, tít. *de probationibus*.

(3) Según la ley *advocati*, del Código, tít. *de advocatis diversis iudicium*., con lo que sobre ella exponen la glosa y los doctores.

(4) Comentando la ley *ut visu*, del Digesto, tít. *de iustitia et iure*.

(5) Acerca de la misma ley.

(6) *In sua praxi*, fol. 106, núm. 31.

(7) En la regla 597.

libr. iiii. officio. & ibi libr. i. idem ait, homines hominum causa sunt generati ut ipsi inter se alii aliis prodesse possent. Et rursus libr. ii. ait, proxime & secundum Deum homines hominibus maxime utiles esse possunt. Et rursus iiii. lib. ait: hoc natura praescribit ut homo homini quicunque sit ob eam ipsam causam tantum quod is homo sit consultum velit, sed isthaec omnia charitatis & perfectionis sunt & etiam necessitatis eo casu quo sine suo periculo homo id facere possit, non sic si ipse periculum subeat ob alterum hominem salvandum, praesertim si ab ipsomet homine quem salvum esse curabat periculum sibi immineret, & ideo iure etiam naturali & divivo furem nocturnum occidere fas est, eo quod & si ille rerum subtrahendarum causa domum nostram ingressus principaliter videatur, periculum tamen est, ne etiam vitam nostram adoriatur quo tutius res nostras rapere possit & per Domi. Sotum de iust. & iur. lib. v. in prin. cum seq. q.

- Id quod formidari in eo qui res nostras invadere non minus iuste, sed forte iustius posset, ut ille qui violentus, & iniustus res nostras invadit etiam vitam nobis eripere studeat, quo liberius, & tutius res nostras arripere arreptisque potiri possit, & charitas bene ordinata debet (ut patet) incipere a seipso per l. praeses, C. de ser. fugiti. & iniuria est omne,
10. quod non iure fit, ut in princip. institu. de iniur. † iniuriam autem propulsare, & vim iure naturae fas est, l. ut vim ff. de iust. & iure, ibi, ut vim atque iniuriam propulsemus, & ex rebus vita etiam pendere intelligitur l. advocati, cum Gloss. C. de advo. diver. iudiciorum. Ergo in foro contentioso is sine dubio tutus erit, in foro autem conscientiae idem erit siquidem periculum corporis sui formidavit d. l. ut vim, ibi, ob tutelam corporis sui, quod obtinet primum, quando iustam formidandi causam habuit ut ibi. Deinde etiam si minus

no sean menos numerosos los que defienden la opinión contraria negativa, y que cita Felino, quien juzga ser más admitida esta parte negativa (1).

En apoyo de esta última parte suelen aducir los filósofos naturales, basados en la doctrina de Platón y Aristóteles, que más bien debe sufrirse la injuria que inferirse, y por eso aquel se dice hombre bueno que hace bien a cuantos puede, y a nadie por el contrario hace daño. Así afirma Cicerón (2), «los hombres han sido engendrados en razón de los demás hombres para que mutuamente pudieran ser útiles los unos a los otros». Y en el libro 2.º dice de nuevo: «Después de Dios y de un modo muy semejante a éste, pueden los hombres ser sobre manera útiles a sus semejantes». Y otra vez en el libro 3.º, *offic.*, dice: «éste es un precepto de la naturaleza, el que el hombre deba mirar por su semejante, quienquiera que él sea, aun por la sola razón de ser éste hombre». Pero todas estas cosas son propias de la caridad y perfección y aun de necesidad en el caso en que sin propio peligro pudiera el hombre hacerlo; pero no en el caso de tener él que exponerse a peligro por salvar a otro hombre, principalmente si el peligro le amenazaba a él, por parte de aquel mismo hombre a quien procuraba salvar; y por esta razón, aun según el derecho natural y divino es lícito el dar muerte al ladrón nocturno, porque aun cuando él parezca haber penetrado en nuestra casa principalmente con el fin de robar nuestras riquezas, existe, sin embargo, el peligro de que atente también contra nuestra vida para poder robar con más seguridad nuestros bienes; de lo que trata Domingo Soto en su obra *de iustitia et iure* (3).

Cosa que podría temerse, no menos justamente, más aún, con mucha mayor justicia, tratándose de quien invade nuestras cosas, a saber: que machine arrebatarlos la vida, quien con violencia e injusticia invade nuestros bienes, para poder así con más libertad y seguridad robárnoslos, y una vez robados disfrutar de ellos; y la caridad bien ordenada debe empezar por uno mismo (como es evidente) (4); ahora

(1) En el cap. 2.º de *homicidio*, núm. 4.º

(2) En el lib. 1.º *Offic.*, y en el lib. 3.º

(3) En el lib. 5.º, introducción y cuestiones siguientes.

(4) Según la ley *praeses*, Código, *de servis fugitivis*.

11. iustam si tamen re vera tibi iusta visa fuit, argu. l. quia poterat, ff. ad Treb. † Quid enim peccavit quoad Deum qui ab ipsomet non fuit clariore iudicio & ratione praeditus, sed iudicavit secundum rationem a Deo sibi concessam, in hoc ergo verificatur illa Horatii sententia sic canentis.

Hic murus aeneus esto,

Nil conscire sibi, nulla palescere culpa.

- Cum ergo (ut e diverticulo ad viam redeamus) nullus praesumatur suas res (in quibus salus & vitae conservatio consistit) velle negligere aut prodigere, cunq; per hoc qui res suas ab alio possideri intelligunt, continuo eas vendicatos verosimillimum sit, superest ut praescriptiones perraro currant, nisi contra ignorantes & absentes, qui vel nullo fere modo vel non facile possunt rebus suis prospicere ac consulere & ideo regulariter praescriptiones iniquum praesidium appellantur, quod iniquum sit & contra ius naturae alterum alterius iactura locupletari sine facto suo, l. id quod nostrum, ff. de regul. iuris. l. iure naturae, eod. titu. l. nam hoc natura, ff. de condit. indeb. tradunt plene, Decius & Hieronymus Cagnolus in l. iure naturae, ff. de regulis iur. & Francis.
12. Balbus de praescrip. in prima par. prin. q. v. & licet † facti appellatione etiam non factum contineatur, ut inst. de nupti. §. si uxor. ibi, melius eos facturos si se abstinerent, & notant Decius & Hieronymus Cagno. in d. l. id quod nostrum, text. ubi not. Carolus Ruinus in l. iii. §. Cato. ff. de verb. oblig. & est Ruinus ibi, col. i. lect. i. l. si ita stipulatus essem per te non fieri. ff. de verb. obliga. tamen qui res suas scit usucapi vel praescribi, idq; patitur iam satis ex facto suo res suas amittere videtur ut dd. ll. & per Balbum

bien, todo cuanto se hace sin derecho, es injuria, según consta por la introducción de la Instituta *de iniuriis*, y según el derecho natural nos es lícito el rechazar la injuria y la violencia, conforme consta por la ley *ut vim* (1), en las palabras «para que repelamos la violencia y la injuria», y la vida se considera depender también de las cosas (2). Luego en el foro contencioso éste estará seguro sin duda alguna; lo mismo también en el foro de la conciencia, puesto que temió peligro para su persona, según la citada ley *ut visu*, en las palabras «en defensa de su persona»; lo que tiene lugar primero, cuando tuvo justa causa de temer como en dicho lugar. En segundo término, si la causa de temer no era bastante fundada, pero que a ti sin embargo te pareció realmente justa (3). Porque, ¿en qué pudo incurrir en pecado ante Dios, el que no fué favorecido por el mismo Dios de más claro juicio y razón, sino que juzgó conforme a la razón que Dios le había concedido? En éste, pues, tiene cumplimiento aquel dicho de Horacio, quien canta así:

«Sea ésto como un muro infranqueable, el que la conciencia no nos remuerda de nada, y el que ninguna culpa nos haga perder el color».

Volviendo, pues, de esta digresión al asunto principal, como no se presume que nadie quiera abandonar o derrochar sus cosas (en las que estriba la salud y la conservación de la vida), y como por esta razón sea sumamente verosímil que quienes tienen conocimiento de estar otro en posesión de sus bienes, los han de reivindicar inmediatamente, síguese que muy raras veces corran las prescripciones, sino contra quienes lo ignoran o están ausentes, quienes o casi de ningún modo, o al menos con dificultad pueden defender sus bienes o mirar por ellos, por cuya razón se llaman regularmente las prescripciones, recurso injusto, por ser malo y contrario al derecho de la naturaleza el que uno se enriquezca con perjuicio de otro sin acto alguno del perjudicado, como consta por varias leyes (4), y lo exponen extensa-

(1) Digesto, tít. *de iustitia et iure*.

(2) Véase la ley *advocati* con su glosa, Código, tít. *de advocatis diversorum iudiciorum*.

(3) Conforme consta por la ley *quia poterat*, Digesto, *ad Trebellianum*.

(4) Según la ley *id quod nostrum*, Digesto, tít. *de regulis iuris*; la ley *iure naturae* del mismo título; la ley *nam hoc natura*, Digesto, tít. *de condictione indebiti*.

Decium & Cagno. ubi supra bonus tex. in l. alienationis verbum ff. de verborum signifi. l. si quis diuturno, in pr. ff. si ser. vendi. §. fin. insti. de iniur. l. si ego. §. i. ibi, patientiam, ff. de publi. in rem acti. l. si id quod verbo. quasi volente & concedente, ff. pro dereli. l. iam. dubitari, verb. sponte sua, ff. de haeredib. instituen.

Caeterum quando praescriptio aut usucapio contingit (u plerunque fit) contra ignorantes (quia scientes perraro res suas praescribi patiuntur) tunc cessat illa ratio, & negari non potest, quin sit ea iniquitas, vel esse videatur secundum Doctores communiter, qui (iudice me) longe falluntur & supra part. i. q... non minus utiliter, quam nove nostram praescriptionum materiam parum viriliter ab eis fuisse defensam ostendimus, easque ab omni iniquitatis nota purgatam reddidimus. Verum cum perraro nisi contra ignorantes currant praescriptiones evenit ut si alicuius absentis, & ignorantis rem cepi ab alio tertio, qui eam mihi vendidit, aut donavit aut dotis nomine dedit, aut legavit, sicque eam per tempus lege definitum possedi, & consequenter ex hoc titulo, & bona fide praescripsi, ea praescriptio ex vi possessionis duntaxat naturalis non etiam civilis contigisse videatur, nam absens ille illius rei suae ut dominium ita & civilem possessionem animo refinebat, l. tertia, §. in amittenda, ff. de acquiren. possessio. & cum rem suam a me possideri ignoraret non potuit videri animo possidere desiisse, sicq; civiliter possidebat, ergo, ego (1) civiliter quoq; eandem rem eodem tempore possidere non erat possibile, l. tertia, §. ex contrario, ubi tenent Barto, & communiter Doctores, ff. de acquiren. possession. ergo solam ipse naturalem possessionem

(1) Ambas ediciones tienen *ego*, pero debería ser *me*.

mente Decio, Jerónimo Cagnolo (1) y Francisco Balbo (2). Y aunque bajo el nombre de acto, se incluye también el no acto [u omisión del acto], según la Instituta *de nuptiis.*, §. *si uxor*, en las palabras «mejor harían si se abstuviesen», y según lo hacen notar Decio y Jerónimo Cagnolo (3), como también Carlos Ruino (4), sin embargo, quien sabe que cosas suyas incurren en usucapión y prescripción y lo consiente ya suficientemente por un acto suyo parece perder dichos bienes propios, conforme a las citadas leyes, al sentir de Balbo, Decio y Cagnolo (5) y a numerosas disposiciones (6).

Por lo demás, cuando la prescripción o usucapión tiene lugar (cosa que casi siempre sucede) contra quienes lo ignoran (porque muy pocos son los que teniendo de ello conocimiento consienten que sus cosas prescriban) entonces cesa aquella razón y no puede negarse que sea o parezca ser una injusticia conforme al común sentir de los doctores; quienes, sin embargo, a mi juicio, mucho se equivocan; y anteriormente en la parte primera, cuestión... con no menor utilidad que novedad demostramos, que dichos autores habían defendido poco varonilmente nuestra materia de las prescripciones, y allí la dejamos limpia de toda nota de injusticia. Mas como muy raras veces corran las prescripciones sino contra quienes lo desconocen, sucede que si recibí de un tercero una cosa de un ausente y desconocedor de ello, porque o me la vendió, o donó, o me la dió a título de dote, o me la legó, y de este modo la poseí durante el tiempo fijado por la ley y por consiguiente prescribió en mi favor por este título y buena fe, tal prescripción parece haber tenido lugar en virtud

(1) Acerca de la ley *iure naturae*, Digesto, tít. *de regulis iuris*

(2) *De praescriptionibus*, en la 1.^a parte principal, cuestión 5.^a

(3) Comentando la ley *id quod nostrum*, citada.

(4) En la ley 3.^a, §. *Cato*, Digesto, tít. *de verborum obligatione*, y sobre la ley *si ita stipulatus essem per te non fieri*, Digesto, tít. *de verborum obligatione*, en la colum. 1.^a, lect. 1.^a

(5) *Ubi supra*.

(6) Es un texto excelente el de la ley *alienationis verbum*, Digesto, tít. *de verborum significatione*; consta también por la ley *si quis diuturno*, al principio, Digesto, tít. *si servit. vindicetur*; por el §. final de la Instituta, *de iniuriis*; por la ley final, §. 1.^o, en la palabra *patientiam*, Digesto, tít. *de public. in rem actione*; por la ley *si id quod* en las palabras *quasi volente et concedente*, Digesto, *pro derelicto* y en la ley *iam dubitari*, verb. *sponte sua*, Digesto, *de hared. inst.*

quanvis non iniustam habebam ex viq; ipsius praescripti sine ulla omnino civili possessione.

13. † Hoc probatur non minus egregia, quam nova ratione, nam praescriptiones fuerunt introductae, ne dominia rerum essent sub incerto, l. i. ff. de usucap. neve lites essent immortales, l. fina. ff. pro suo, & ne rerum possessores perpetua formidine rerum amittendarum praemerentur, l. cum notissimi, in princip. C. de praesc. triginta, vel quadraginta annorum, quae quidem omnes tres rationes eo pertinent ut beneficium usucapionis possessioni naturali corporali, & evidenti ac apparenti non etiam possessioni latenti (qualis est civilis) concedatur. Quid enim si rem alienam quam possidebam tibi vendidi, meq; tuo nomine possidere, aut precario constitui, postea alteri puta Titio vendidi, & tradidi, quo casu tu civiliter Titius vero naturaliter possidet, l. quod meo, in princ. ff. de acquiren. possession. Aut quid si dixi me retinere illius rei usumfructum te in verum dominum, & possessorem recognoscens. Aut quid si tibi tradidi instrumentum venditionis iuxta, l. i. C. de donatio. in omnibus enim his speciebus, & similibus, quae traduntur per Doctores in dict. l. quod meo, in princip. ff. de acqui. possession. & quas supra retulimus tua possessio civilis est, & latens, vel occulta, vel a perpaucis nota, Titii vero possessio est evidens,
14. nota vicinis, & reliquis † quia eum fundum, vel rem vident ab eo quotidie arari, seminari, plantari, extirpari, fructus colligere, collectisq; ut verus dominus potiri, quae omnia sunt signa veri domini, ut per Gloss. Barto. Angel. Ioannem Imolensem, & alios communiter in l. penul. ff. de condition. institu. & prope fusius edocebimur, huicq; possessioni apparenti, naturali, corporeae, veriq; domini significatrici auxiliari

solamente de la posesión natural y no de la civil, ya que aquella persona ausente retenía en su ánimo del mismo modo que el dominio así también la posesión civil (1), y como desconociera el que yo fuera poseedor de una cosa suya, no pudo reputarse haber dejado de poseerla en su intención y por tanto civilmente la poseía, luego no era posible el que yo poseyera también civilmente la misma cosa y al mismo tiempo (2); así, pues, yo sólo tenía la posesión natural, aunque no injusta ciertamente y en virtud de la misma conseguí la prescripción, sin que interviniera en absoluto posesión alguna civil.

Esto mismo se confirma con otra razón no menos notable que nueva; porque las prescripciones se introdujeron para que los dominios de las cosas no fuesen inciertos (3), para que no fueran eternos los pleitos (4), y para que los poseedores de las cosas no se vieran atormentados por continuo temor de perderlas (5); y todas estas tres razones se encaminan ciertamente a que el beneficio de la usucapición se conceda a la posesión natural, corporal, evidente y visible, pero no a una posesión oculta (cual es la posesión civil). Porque, ¿qué diríamos si te vendí a ti una cosa ajena de la que era poseedor, haciendo constar que la poseía en tu nombre o a título de precario, y después se la vendí y entregué a Ticio, por ejemplo, en cuyo caso tú tienes la posesión civil, pero Ticio la natural? (6). ¿O qué, si declararé, que yo retenía el usufructo de aquella cosa, reconociéndote a ti como verdadero dueño y poseedor de la misma? ¿Qué si te entregué el título de la venta conforme a la ley 1.^a del Código de *donationibus*? Porque en todos estos casos y en otros semejantes que proponen los doctores al comentar la citada ley *quod meo* (7), y que anteriormente hemos expuesto, la posesión tuya es civil, pero escondida, u oculta

13.

(1) Según la ley 5.^a, *in amittenda* del Digesto, tít. de *acquirenda possessione*.

(2) Según la ley 5.^a, §. *ex contrario*. Digesto, tít. de *acquirenda possessione*, donde así lo defiende Bartolo y comúnmente los doctores.

(3) Como consta por la ley 1.^a del Digesto, tít. de *usucapionibus*.

(4) Según la ley final del Digesto, en el tít. *pro suo*.

(5) Según consta en la introducción de la ley *cum notissimi* del Código, tít. de *praescript. triginta vel quadraginta annorum*.

(6) Véase la ley *quod meo*, en la introducción, Digesto, tít. de *acquirenda possessione*.

(7) En la introducción de dicha ley, Digesto, tít. de *acquirenda possessione*.

praescriptionis beneficio leges voluerunt, ne per alios occultos, fraudulentos, fallacesq; modos aut possessiones civiles, & occultas possessio naturalis, & apparens ludificaretur, & frustraretur sicq; dominia rerum essent in incerto, possessoresq; rerum apparentes perpetua formidine praemererentur litesq; fierent immortales.

15. Astringitur hoc fundamentum † nam cum illae rationes tres sint in dd. ll. expressae ipsaemet rationes habentur pro legibus, & sunt lex revera non interpretative, & earum decisiones loco exempli habentur, quod non arctat regulam, ista est communis opinio quam tenent Gloss. in authenti. de haeredi. ab intesta. §. i. Gl. verb. ordine, & Gloss. in clementi. prima, de election. verb. eligatur. Bald. in l. maximum vitium, per text. ibi C. de liber. praeter. Idem Bal. in l. fina. per text. ibi, ff. de haeredib. institue. Idem Bald. & las. nume. 22. in authenti. quas actiones, C. de sacrosanct. eccles. Idem laso. in l. de quibus, numero 14. ff. de legib. Paul. Castrens. & las. in l. quanvis, C. de fideicommiss. Georgius Natanus in capitu. quanvis pactum, numero 32. de pact. lib. vi. Alexand. numero 5. & Petr. Philippus Corneus numero 15. & las. numero 6. & Curtius Iunior, numero 9. in l. humanitatis, per text. ibi, C. de impuber. Philippus Decius, & Curtius Iunior, § Francisc. Purpuratus, numero 23. in l. fi. per text. ibi, C. de pac. Andr. Tira. de causa cessante par. i. nu. 135.

Cum ergo illae (ut constat ex rationibus quas expresserunt) ei duntaxat possessioni consultum voluerint per quam dominia rerum certiora, & notiora fiunt, id quod ex possessione naturali & patenti non ex civili plerumq; occulta, & incognita, & vafra contingit, consequens fit ut illae leges de

o de muy pocos conocida, mientras la posesión de Ticio es evidente, conocida por los vecinos y por los demás puesto que le ven arar a diario aquel fundo o hacienda, sembrarla, plantar en ella árboles o arrancarlos de raíz, recoger los frutos, y una vez recogidos estar en posesión de ellos como verdadero dueño, señales todas ellas de verdadero dominio, según consta por la glosa, Bartolo, Angel, Juan de Imola y comunmente por otros autores al comentar la ley penúltima del Digesto en el título *de conditionibus institutionum* y pronto lo trataremos nosotros con más extensión; y a esta posesión manifiesta, natural, corpórea e indicadora del verdadero dominio, quisieron las leyes prestar su apoyo con el beneficio de la prescripción para que la posesión natural y manifiesta no fuese burlada y frustrada por medio de otros modos ocultos, fraudulentos y falaces o por medio de las posesiones civiles, y de este modo quedaran inciertos los dominios de las cosas, y los poseedores manifiestos de las mismas se vieran atormentados por continuo temor, y los pleitos se hicieran interminables. 14.

Refuézase esta razón fundamental, porque constando expresamente en las citadas leyes dichas tres razones, las mismas razones se tienen por leyes y son en realidad, no sólo interpretativamente leyes, y sus decisiones se tienen en lugar de ejemplo que no restringe la regla; tal es la opinión común que defienden varias glosas (1), como también Baldo (2), Jasón, (3), Pablo de Castro (4), Jorge Natan (5), Alejandro (6), Felipe Decio, Curcio el Joven, Francisco el Purpurado (7), y por fin Andrés Tiraqueau (8). 15.

(1) Los tres al comentar la ley final del Código, tít. *de pactis*, núm. 25.

(2) *De causa cessante*, part. 1.ª, núm. 155.

(3) La glosa de la *auten. de haeredi. ab intestato*, §. 1.º, en la palabra *ordine*; la glosa en la Clement. primera, *de electione* en la palabra *eligatur*.

(4) Comentando la ley *maximum vitium*, del Código, tít. *de liberis praeteritis*; la ley final del Digesto, en el tít. *de haeredibus instituendis*, y en el núm. 22, sobre la auténtica *quas actiones*, inserta en el Código, tít. *de sacrosanctis ecclesiis*.

(5) En el núm. 22, sobre la auténtica anterior, y comentando la ley de *quibus*, núm. 14, Digesto, tít. *de legibus*.

(6) Sobre la ley *quamvis* del Código, tít. *de fideicommissis*.

(7) En el cap. *quamvis pactum*, núm. 32, *de pactis*, lib. 6.º

(8) En el núm. 5, al comentar la ley *humanitatis*, en el texto, Código, tít. *de impuber.*; en el mismo sentido la comentan Pedro Felipe Corneo, núm. 15, Jasón, núm. 6, Curcio el Joven, núm. 9.

possessione loquentes, de hac vera naturali, & apparenti possessione intelligantur, eiq; suum praescriptionis auxilium, & beneficium accommodare videantur non autem possessioni civili tantum, quae plerumq; occulta, vafra, fraudulenta, noxia est, ut pluries ac pluries in rebus forensibus experti sumus.

Tenendo hanc partem quam non minus veram quam reipublicae utilem existimamus (licet contraria a Doctoribus receptior sit, qui moventur per l. i. §. per servum qui in fuga, ff. de acq. pos. quae parum urget si recte inspicatur) tunc ex ea colligitur, suspectam esse sententiam quam tenuerunt Ioan. Imolens. con. 16. viso casu, nu. 3. And. Barba. consi. 58. sapienter scripsit. libr. ii. col. xi. & Ias. consi. cxlviii. praesens consultatio, col. x. libr. ii. Idem Ias. consi. lxxxv. quam habemus, col. fin. lib. iii. Ioan. Bapt. in dispu. incip. magnificus, & excellens, col. iii. Ias. consil. cli. vera & iuridica, col. i. lib. iiiii. And. Tiraq. de iure const. part. iii. declar. ii. Fran. Cur. Iunior consi. cviii. sacratissimae. co. viii. & cons. cx. pro habenda clara, col. viii. aiunt enim quod statutum vel consuetudo disponens possessionem ipso iure a defuncto in haeredem sine ulla apprehensione continuari, intelliguntur de vera & civili possessione, non etiam de naturali tantum, id quod in specie tenent Andraeas Tiraquel. & Francis. Curtius Iunior ubi supra, & Bal. in l. i. post prin. C. com. de usucap.

16. Sed † istorum patrum utraque tam decisio quam ratio suspecta est, de decisione constat, quia (ut ex superioribus patet) favorabilior esse debet possessio naturalis corporea, evidens, nobilis, quam civilis plerunque occulta, subdola, fallax & machinationibus plena, aut saltem apta & obnoxia,

Como, pues, tales leyes (según consta por las razones que adujeron) hayan querido mirar solamente por aquella posesión por la cual los dominios de las cosas se hacen más ciertos y conocidos, cosa que sucede por la posesión natural y manifiesta y no por la posesión civil casi siempre oculta, desconocida e insidiosa, síguese que aquellas leyes al hablar de la posesión se han de entender de esta posesión verdadera, natural y manifiesta y que a ésta parecen aplicar el auxilio y beneficio de la prescripción y no a la posesión solamente civil, que en la mayor parte de los casos es oculta, capciosa, fraudulenta y perjudicial, según mil y mil veces lo hemos experimentado en asuntos forenses.

Admitiendo, pues, esta parte que juzgamos no menos verdadera que útil a la república (aun cuando la opinión contraria sea más seguida por los doctores movidos por la ley 1.^a, §. *per servum qui in fuga* del Digesto, tít. *de adquirenda possessione*, ley que si rectamente se examina no es de gran fuerza) admitiendo, pues, dicha parte, colígese de ella ser sospechosa la opinión que defendieron Juan de Imola (1), Andrés de Barbatia (2), Jasón (3), Juan Bautista (4), Andrés Tiraqueau (5), Francisco Curcio el Joven (6), pues afirman, que el estatuto o costumbre que disponga que la posesión se continúa de pleno derecho, pasando de la persona difunta al heredero sin necesidad de aprehensión alguna, se entiende de la posesión verdadera y civil, pero no de la posesión meramente natural, como así lo defienden en concreto Andrés Tiraqueau, Francisco Curcio el Joven (7) y Baldo (8).

Pero, tanto la solución de estos padres, cuanto la razón 16. que alegan, ambas son sospechosas; por lo que hace a la decisión, nos consta porque (según es manifiesto por lo

(1) Dictamen 16 que empieza *viso casu*, núm. 3.

(2) Dictamen 58 que empieza *sapienter scripsit*, lib. 2.^o, colum. 11.

(3) *Consil.* 147, *praesens consultatio*, colum. 10, lib. 2.^o; *consil.* 85, *quum habemus*. colum. final, lib. 3.^o y en el 152 que empieza *vera et iuridica*, colum. 1.^a, lib. 4.^o

(4) *In disputat.*, que empieza *magnificus et excellens*, colum. 3.^a

(5) *De iure const.*, parte 3.^a, declaración 2.^a

(6) Dictamen 108 que empieza *sacratissimae*, colum. 8.^a y dictamen 110, que empieza *pro habenda clara*, colum. 8.^a

(7) *Ubi supra*.

(8) En la ley 1.^a después de la introducción, Código, tít. *communis de usucapionibus*.

facit quod habetur in l. finali cum ibi not. C. qui veniam aeta. facit. l. prima in princip. ff. de acquiren. posses. ibi, dominiumq; ex naturali possessione coepisse. Facit Glo. in l. i. in princip. iuncta textui. C. de cadu. tollen. dum exponit antiquum, ergo bonum. Sicque haec naturalis possessio quo antiquior eo melior & iustior, & consequenter favorabilior esse debet. Facit. l. maximum vitium. C. de lib. praeteri. & faciunt ea quae supra proxime diximus intelligentes. d. l. i. ff. de usucapio. d. l. fin. ff. pro suo. ff. l. cum notissimi. in possessione naturali. Facit. l. stipulatio ista. §. hi qui, & §. haec quoque, ff. de verborum obligati. ubi verbum de possessione loquens etiam in nuda detentione aliquando intelligitur, cum innumeris similibus per me congestis in l. si quando, in princip. C. de inoffic. testam. ergo si defunctus possessionem tantum naturalem, iusta tamen ex causa habebat in aliqua re, ea possessio in haereditatem continuabitur ipso iure, iuxta talem consuetudinem vel statutum, non secus quam si esset civilis & naturalis.

17. † Et ita intelligo res maioratus etiam naturaliter tantum possessas ipso iure transire in sequentem in gradum quoad illud ius naturalis possessionis per quod ampliatur egregie l. taurina. xlv.

18. † Confirmatur nostra sententia, nam & si possessio civilis ipso iure videatur continuata in haereditate iacente quoad effectum usucapionis ab defuncto coeptae implendae. l. coeptam. ff. de usucap. l. nonnunquam. §. vacuam. eod. titu. tamen hoc non procedit si ea possessio corporaliter fuerit medio tempore per alium occupata. l. qui cum pro haerede. §. fin. ff. pro empt. Glo. in l. cum miles, verbo.

arriba expuesto), debe ser más favorecida la posesión natural, corpórea, evidente y conocida, que la civil casi siempre oculta, engañosa, falaz y llena de maquinaciones o por lo menos propensa y dispuesta a ellas. Lo mismo prueba lo que se contiene en varias leyes (1), y en la glosa sobre la introducción de la ley 1.^a del Código, título *de caducis tollendis*, juntamente con el texto, al exponer la palabra *antiguo*, luego *bueno*. Y por tanto esta posesión natural cuanto más antigua, tanto será mejor y más justa, y por consiguiente más favorecida. Hace también al caso la ley *maximum vitium* (2), y todo lo que arriba hemos expuesto al entender en este sentido varias leyes (3); en donde la palabra referente a la posesión se entiende también algunas veces de la mera retención; como consta en otros innumerables casos semejantes por nosotros reunidos al tratar de la ley *si quando* (4); luego si la persona difunta tenía sobre alguna cosa únicamente la posesión natural, si bien con justa causa, tal posesión se continuará de pleno derecho en el heredero conforme a tal costumbre o estatuto, no de otro modo que si fuera a la vez posesión civil y natural.

Y de este modo entiendo yo que las cosas del mayorazgo aun poseídas solamente con posesión natural, pasan en virtud del mismo derecho al siguiente grado, en cuanto a aquel derecho de la posesión natural, por lo que se amplía notablemente la ley 45 de las leyes de Toro. 17.

Confírmase nuestra opinión, porque aun cuando la posesión civil parece continuarse de pleno derecho en la herencia yacente en cuanto al efecto de completar la usucapión que empezó el difunto (5), sin embargo, ésto no tiene cumplimiento si dicha posesión fué ocupada corporalmente por otro en tiempo intermedio, según consta por varias leyes (6) 18.

(1) Así en la ley final del Código, tít. *qui veniam*, con lo en ella notado; en la introducción de la ley 1.^a, Digesto, tít. *de acquirenda possessione*, en las palabras «y haber empezado el dominio por la posesión natural».

(2) Código, tít. *de liberis praeteritis*.

(3) La ley 1.^a del Digesto, tít. *de usucapione*; la ley final del Digesto, tít. *pro suo*, leg. *cum notissimi in posses. naturali*. Lo mismo consta por la ley *stipulatio ista*, §. *hi qui* y §. *haec quoque*. Digesto, tít. *de verborum obligatione*.

(4) En la introducción de dicha ley, Código, tít. *de inofficioso testamento*.

(5) Según consta por la ley *coeptam*, Digesto, tít. *de usucapione* y por la ley *nonnunquam*, §. *vacuam* del mismo título.

(6) Por la ley *qui cum pro haerede*, §. final, Digesto, *pro emptore* y por la

quasi coniunct. ff. ex quib. cau. mai. Andraeas Tiraquell. de constituti iure par. v. decla. iii. num. 4. Dynus & Cynus opp. iii. in l. unica. C. de usucapio. transfor. facit. l. Pomponius. §. quaesitum. ff. de acqui. possessio. cum simil. ibi a Glossa allegatis. Huius autem rei ea ratio est, quod beneficium usucapionis concessum possessioni a lege, hunc scopulum intuetur ut rerum dominia non sint in incerto. d. l. i. ff. de usucap. utq; sic removeatur litium occasio. d. l. cum notissimi, in princ. C. de praescri. triginta annorum. d. l. fin. ff. pro suo. nec dubium est quin tale usucapionis beneficium huic possessioni naturali seu corporali & apparenti, praesertim vitio carenti aptari debeat, ut is finis a lege optatus assequatur, ut sic quem homines cuiusq; rei dominum esse ideo existimant, quod corporalem & apparentem eius rei possessionem tanquam verus eius dominus vident longo tempore tenere, is re vera a lege post tempus ab ea definitum fiat dominus. Sic ergo apparet beneficium praescriptionis ad hunc effectum consequendum naturali possessioni dummodo vitio carenti potius accommodandum quam possessioni civili eidemq; plerumque occultae, cui si accommodaretur is finis removendarum litium & dominiorum rerum certificandorum minime vel saltem non tam ex integro consequeretur.

19. Et ita in specie, † ut stante statuto quod possessio in haeredem ipso iure continuetur post mortem defuncti, quod tunc si corporaliter ea possessio ab alio fuerit occupata, cesset & interrumpatur ea continuatio, tenent Bal. in rubr. de causa possessio. & propri. colum. fin. Rapha. Cumanus, Alexander, & Claudius Aquens. in l. cum haeredes, in princ. ff. de acquiren. posses. Idem Cumanus las. & Claudius in

y por el sentir de Andrés Tiraqueau (1), Dino y Cino (2). Y la razón de tal aserción es ésta, el que el beneficio de la usucapación concedido por la ley a la posesión, tiende a este fin, a que los dominios de las cosas no sean inciertos (3), y a remover de este modo la ocasión de pleitos (4). Ni cabe la menor duda de que semejante beneficio de la usucapación deba aplicarse a esta posesión natural, o lo que es lo mismo, corporal y manifiesta sobre todo a la que carezca de vicio, para que se consiga dicho fin deseado por la ley. Para que de este modo aquel a quien juzgan los hombres ser señor de una cosa cualquiera, por la razón de que le ven retener durante largo tiempo la posesión corporal y manifiesta de la misma, como verdadero dueño, éste tal se convierta realmente en dueño en virtud de la ley, después del tiempo por ella señalado. De este modo, pues, queda manifiesto que, para conseguir tal efecto se ha de aplicar el beneficio de la prescripción más bien a la posesión natural siempre que esté exenta de vicio, que a la posesión civil, que casi siempre es oculta, ya que de aplicarse a ésta no se conseguiría de ningún modo, o al menos no tan completamente dicho fin de remover los pleitos o de hacer ciertos los dominios de las cosas.

Y así, concretamente, que aun estando en pie el estatuto 19. de que la posesión se continúe de pleno derecho en el heredero después de la muerte del difunto, que en el caso de haber sido tal posesión ocupada por otro corporalmente, cesa y se interrumpe tal continuación, lo defienden numerosos autores consignados en la nota (5).

glosa de la ley *cum miles*, en la palabra *quasi coniunctim*, Digesto, *ex quibus causis maioribus*.

(1) *De constituti iure*, part. 5.^a, declar. 5.^a, núm. 5.

(2) Objeción 3.^a al comentar la ley única del Código, tít. *de usucap. transformanda*. Hace también al caso la ley *Pomponius*, §. *quaesitum*, Digesto, tít. *de acquirenda possessione*, con otras semejantes aducidas allí por la glosa.

(3) Según la ley 1.^a del Digesto, tít. *de usucapione*.

(4) Según la dicha ley *cum notissimi*, al principio, Digesto, tít. *de praescriptione XXX annorum* y la ley final del tít. *pro suo* del Digesto.

(5) Baldo en la rubr. *de causa posses. et proprie.*, colum. final; Rafael Cumano, Alejandro y Claudio de Aquis comentando la ley *cum haeredes*, al princ., Digesto, *de acquirenda possessione*. El mismo Cumano, Jasón y Claudio al comentar la ley *Pomponius*, §. *quaesitum* del mismo título. Signorolo Homodeo, dictamen 188, colum. 1.^a; Bartolomé Socino, dictamen 49, *in causa Episcopi*,

I. Pomponius. §. quaesitum, eodem titulo. Signorolus Homo-
 deus consilio. clxxxviii. colum. i. Bartolo. Socinus consil.
 xlix. in causa Episcopi, col. ult. lib. iii. Alexan. consi.
 lxxxii. perspectis his, col. ii. lib. ii. Idem Alexan. consi.
 lxxxiii. visa facti narratione, col. i. lib. iii. & consil. cliii.
 circa litem, lib. vi. Andraeas Barba. in c. ii. nu. 45. de
 consuet. las. in l. si sorori, colum. i. C. de iure delib.
 Andraeas Barba. ubi supra num 7. Idem las. consi. cxlvii.
 praesens consultatio, lib. ii. & cons. cxlviii. viso processu,
 lib. iiii. colum. penulti. Philippus Decius col. ii. & Franci.
 Curtius Iunior col. ult. in l. ult. C. de edict. divi Adri.
 Mathaeus Afflict. in c. i. §. secundum, num. 40. de feudi
 cogni. Carolus Ruinus consil. xxv. circa primum, col. iii.
 lib. iiii. Decius consil. cccclxvii. bene & consulte, colum. ii.
 Curtius Iunior consil. cviii. sacratissimae. & consilio. cx.
 pro habenda, Pet. Paulus Parisius consil. i. visa facti narra-
 tione, lib. i. col. xxviii. & consil. liiii. in isto col. vi. lib. iii.
 Calcanesius consil. lxxvi. in primis. col. iii.

Contrariam partem ut per talem tertii occupationem non
 cesset aut interrumpatur ea possessio quae semel per eam
 legem, statutum vel consuetudinem delata fuit, tenent Bald.
 in rub. de caus. posses. & proprie. col. iii. per l. i. §. neces-
 sario, ff. si mulier ventris nomine Alex. consil. lxxxii. per-
 spectis his col. ii. lib. ii. Bald. consi. ccccliiii. quidam
 Ioannes, colum. fina. lib. iii. Ioannes Faber in §. sui autem,
 colum. ii. instit. de haeredum quali. Petrus Ancharanus,
 consi. cxlvi. in praedicta quaest. las. consil. lxxxv. quando
 habemus, colum. ult. libr. iii. Ioann. Imol. consil. xvi. viso
 casu. Rapha. Fulgosius consi. ccxxx. in quaestione vertente
 ad medium, Masuerius titu. de possessore, §. item dato
 quod ille las. consi. cxlvi. praesupposito sine veri praeiudicio

La opinión contraria, a saber que por semejante ocupación de un tercero ni cesa, ni se interrumpe aquella posesión, una vez que fué concedida por tal ley, estatuto o costumbre, lo defienden también numerosos autores (1). Y juzgo esta parte más conforme a verdad, y de la que no se reputarán disentir, si se examinan detenidamente a fondo, no pocos de aquellos autores que hemos aducido como defensores de la contraria opinión, porque aun cuando afirmen, que quien ocupó tal posesión entre la muerte del difunto y la adición de la herencia, no ha de ser rechazado por propia autoridad del heredero, sino que ha de ser citado, no por eso niegan que el derecho de sucesión resida en puro derecho en poder de tal heredero.

Y esta parte la prueba expresamente la ley 45 de las de Toro que manda, que la posesión de las cosas del mayorazgo pase de pleno derecho al sucesor del mismo mayorazgo, aun cuando en el tiempo intermedio hubiera sido ocupada por otro. Y en nada se opone a nuestra conclusión 20.

column. última, lib. 3.^o. Alejandro, *consil.* 82, que empieza *perspectis his*, column. 2.^a, lib. 2.^o, como también en el *consil.* 85, *visa facti narratione*, column. 1.^a, lib. 3.^o y en el *consil.* 155, *circa litem*, lib. 6.^o; Andrés de Barbatia en el cap. 2.^o, núm. 45, *de consuetud.*; Jasón en la ley *si sorori*, column. 1.^a del Código, tít. *de iure deliberandi*; Andrés de Barbatia, *ubi supra*, núm. 7; el mismo Jasón, *consil.* 147, *praesens consultatio*, lib. 2.^o, y 148 *viso processu*, lib. 4.^o, columna penúltima; Felipe Decio, column. 2.^a y Francisco Curcio el Joven, column. última, comentando la ley última del Código en el tít. *de edicto divi Adriani*; Mateo de Afflictis en el cap. 1.^o, §. *secundum*, núm. 40 *de feudi cognit.*; Carlos Ruino, dictamen 25, *circa primum*, column. final, lib. 3.^a, lib. 4.^o; Curcio el Joven, dictamen 108, que empieza *sacratissimae* y en el 110 *pro habenda*; Pedro Paulo de París, *consil.* 1.^o, *visa facti narratione*, lib. 1.^o, column. 28 y *consil.* 54, que empieza *in isto*, column. 6.^a, lib. 3.^o; Calaneo, *consil.* 76 *in primis*, column. 3.^a

(1) Tales son: Baldo en la rúb. *de caus. posses. et propriet.*, column. 3.^a, sobre la ley 1.^a, §. *necessario*, Digesto, tít. *si mulier ventris nomine*; Alejandro, dictamen 182, que empieza *perspectis his*, column. 2.^a, lib. 2.^o; Bald. *consil.* 454, *quidam Ioannes*, column. final, lib. 3.^o; Juan Faber en el §. *non autem*, column. 2.^a, Instituta *de haeredum qualitate*; Pedro Ancarano, dictamen 146, *in praedicta quaestione*; Jasón, *consil.* 85, que empieza *quando habemus*, column. última, lib. 3.^o; Juan de Imola, *consil.* *viso casu*; Rafael Fulgoso, dictamen 250, *in quaestione vertente* hacia la mitad; Masuerio, *de possessore*, §. *item dato quod ille*; Jasón, *consil.* 146, *praesupposito sine veri praeiudicio*, column. 1.^a, lib. 4.^o; Guillermo Benedicto, sobre el citado cap. *Raynutius, de testamento* en la palabra *mortuo*, itaque 2.^o, núms. 27 y 77; Felipe Decio, *consil.* 84, *excellentissimi*, column. 2.^a y a esta parte se inclina Andrés Tiraqueau *ubi supra*, siguiendo a Cassaneo y Nicolás *De bello*, a quienes cita.

colum. i. lib. iiii. & Guiliel. Benedic. in repeti. capitu. Raynulfus, de testament. verb. mortuo, itaque. 2. numero. 27. & numero. 77. Philippus Decius consil. lxxxiii. excellentissimi, colum. ii. & in hanc partem inclinat Andr. Tiraquell. ubi supra post Cassaneum, & Nicolaum de bello. quos allegat, & hanc partem verioremi puto, a qua non pauciorum quos pro contraria sententia allegavimus dissentire non videbuntur, si penitissime inspiciantur, nam licet affirmet eum qui talem possessionem inter mortem defuncti, & aditam haereditatem occupavit non esse repellendum propria haeredis auctoritate, sed esse citandum, non propterea ius possessionis apud talem haeredem mero iure esse negant.

20. Et hanc partem expressim probat. l. xlv. Tauri quae iubet possessionem rerum maioratus ipso iure transire in successorem ipsius maioratus, etiam si ab alio esset medio tempore occupata. Nec isthaec adversantur nostrae conclusioni, aliud est enim quaerere de solo possessionis civilis iure, aliud de ipso dominio, nam & si ius possessionis ipso iure ex vi statuti transeat in haeredem a morte defuncti, si tamen inter mortem defuncti, & aditam haereditatem vel etiam post aditam haereditatem ante apprehensam illius rei (qua de agitur) possessionem alius tertius alicuius rei haereditariae coepit possessionem sine vitio, ut in exemplis supra relatis, is quin naturaliter possideat, negari non potest (licet civilis possessio sit apud illum haeredem) & huic naturali, & apparenti possessioni in re dubia accedere debet emolumentum domini praescriptione contingens iuxta, l. tertiam, ff. de usucapion. ut sic quem tempore longo vicini, & reliqui eam rem possidere eaque tanquam verus dominus possideri videbant, sicque dominum reputabant, eum post tempus lege

tal doctrina; porque una cosa es investigar solamente acerca del derecho de la posesión civil, y otra del dominio mismo, porque aun cuando el derecho de posesión, pase de pleno derecho a la muerte del difunto al heredero de éste en virtud del estatuto, mas si entre la muerte del difunto y la adición de la herencia, o aun después de adir dicha herencia, pero antes de tener en su mano la posesión de aquella cosa de que se trata, si un tercero comenzó libre de vicio la posesión de alguna cosa de la herencia, como en los ejemplos arriba consignados, no puede negarse que éste tiene la posesión natural (aun cuando la posesión civil esté en manos de aquel heredero) y a esta posesión natural y manifiesta debe en caso dudoso aplicarse el beneficio del dominio que tenga lugar por la prescripción (1). Para que de este modo, aquel a quien durante largo tiempo veían los vecinos y las restantes personas poseer dicha cosa y disfrutar de ella como verdadero dueño, y por tanto reputándole como tal, a éste, trascurrido el tiempo señalado por la ley, le conviertan en verdadero dueño de aquella cosa la misma ley y la posesión; para que el dominio de aquella cosa y de otras semejantes no se mantenga perpetuamente incierto, lo que acontecería si el beneficio de la usucapición se aplicase a la posesión civil, que es casi siempre oculta y no a dicha posesión natural y manifiesta.

Y no puede negarse ciertamente, que antes que por completo se consume la usucapición, la posesión civil está en manos de aquel heredero y la posesión natural en poder de quien sin vicio se había apoderado de ella.

Para aclarar más esta cuestión, hemos de examinar en qué consista la posesión natural, teniendo en consideración tanto la adquisición cuanto la retención (ya que conocemos qué sea la posesión civil). No es otra cosa la posesión natural que la ocupación, o la usurpación (2) y aprehensión de alguna cosa (3). La razón de llamarse *natural* es porque

21.

(1) Conforme a la ley *tertiam* del Digesto, tít. de *usucapione*.

(2) El Digesto la define: «La usurpación es la interrupción de la usucapición. Los oradores llaman con frecuencia al uso usurpación». Digesto, lib. XLI, tít. 3.º, ley 2.ª

(3) Conforme a la ley 1.ª en la introducción en la palabra *ex naturali possessione* y a la ley final del Digesto, tít. de *usucapionibus*, y a la ley *sane si maris*, Digesto, de *iniuriis*.

definitum ipsamet, l. & possessio illius rei dominum faciant, ne in aeternum illius rei, aut similium rerum dominium in incerto sit, id quod contingeret, si civili eidemque plerunque occultae possessioni, non illi naturali possessioni, & apparenti emolumentum usucapionis contingeret.

Verum quin antequam usucapio expleatur possessio civilis sit apud illum haeredem, & naturalis apud illum qui eam occupaverat sine vitio negari non debet.

21. Quae ut clariora fiant videndum est † quid sit possessio naturalis, habita ratione tam acquisitionis, quam retentionis (nam quid sit civilis notum est) naturalis possessio nihil aliud est, quam alicuius rei occupatio, vel usurpatio, & apprehensio, lege prima, in princip. in verbo, ex naturali possessione, leg. finali. ff. de usucapion. & ff. de iniuri. leg. sane si maris. Dicitur autem naturalis, quia iure naturae, vel gentium antequam essent leges positivae eo duntaxat modo possessio acquirebatur, & permissa erat, si modo ab alio prius occupata non erat, ut dd. ll. & licet in rebus immobilibus puta in campis, & in mari, vel flumine per talem occupationem dominium non acquireremus, † quia illa erant ab origine mundi in communi usu, nec cuiquam iure dominii acquirebantur, ut dixi supra, quaestione tertia, tamen quandiu is qui prior occupaverat, ea re, vel loco secundum naturalem hominum societatem, & indigentiam utebatur, non poterat iure ab alio ex inde disturbari, ut dd. ll. & dixi supra par. prima, quaest. tertia, cum seq.
22. † Et in rebus mobilibus & se moventibus poterat eo iure, & tempore eodem modo acquirere non solum possessionem, sed etiam dominium, §. ferae. institut. de rerum division.

en el derecho natural o de gentes antes de que existieran leyes positivas, únicamente de aquel modo se adquiriría y estaba permitida la posesión, con tal que no hubiera sido ocupada antes por otro, según consta por dichas leyes. Y aun cuando tratándose de cosas inmuebles, de campos, por ejemplo, o del mar o de un río, no adquiriríamos la propiedad por medio de tal ocupación, porque desde el origen del mundo tales cosas eran de uso común, ni por nadie se adquirirían con derecho de propiedad, según anteriormente lo hemos expuesto en la cuestión tercera; sin embargo, mientras la persona que lo había ocupado primero hacía uso de tal cosa o lugar conforme a la natural sociedad y necesidad humana, no podía con derecho ser expulsado de allí por otro, conforme a dichas leyes y según lo hemos expuesto arriba en la parte primera, cuestión 3.^a y siguientes.

22.

Mas en cuanto a las cosas muebles y semovientes podía adquirirse del mismo modo en aquel derecho y tiempo, no solamente la posesión, sino también el dominio, según consta por varias leyes (1). Por consiguiente, si había cogido una bestia fiera, o un ave, o un pez, adquiría la posesión y el dominio de los mismos; es decir, que de la misma aprehensión de hecho, se seguía el derecho tanto de posesión cuanto de dominio, según tales leyes.

23.

Y esta posesión comenzada de este modo percibiendo la cosa con intención de poseerla [*animo et corpore*] podía retenerla con sola la intención, aun sin la percepción. Porque, ¿qué diríamos si dejara en casa un animal terrestre, o volátil o de las aguas que yo había cogido?; ¿qué, si en otro caso dejara en casa una cosa mueble que otro individuo me vendió, o me donó y entregó? Ciertamente, en aquel derecho natural y de gentes parecería retener su posesión con sola la intención, aun cuando para su adquisición se exigirían ambas cosas, la percepción y la intención de poseerla (2). Lo mismo diríamos en el derecho de gentes

24.

(1) Así consta por el §. *ferae* y siguientes de la Instituta *de rerum divisione*; por la ley *adeo*, §. *ferae*, Digesto, *de adquirendo rerum dominio*; por la ley 1.^a, 2.^a y 3.^a y por la ley *naturalem* del Digesto del mismo título.

(2) Según consta por la ley *quemadmodum*, Digesto, tit. *de acquirenda possessione*, junto con la ley 3.^a, §. *in amitenda* del mismo título, con otras leyes antes citadas.

cum seq. l. adeo. §. ferae, ff. de acqui. rerum dom. lege prima, secunda, & tertia, leg. naturalem, ff. eodem titulo. sicque si feram, vel volatilem, aut piscem coeperam eius possessionem, & dominium acquirebam: hoc est ex ipsa facti apprehensione sequebatur ius, tam possessionis, quam dominii dd. ll.

24. Et eam possessionem sic corpore, & animo coeptam solo animo, etiam sine corpore, poteram retinere. Quid enim si animal terrestre, vel celeste, vel aquatile quod coeperam domi reliqui, aut quid si alias rem mobilem quam alius mihi vendidit, donavit, & tradidit domi reliqui? certe eius possessionem iure illo naturali & gentium retinere videbar solo animo, quanvis ad eius acquisitionem utrumque tam corpus quam animus exigeretur. l. quemadmodum, ff. de acquirenda possess. iuncta l. iii. §. in amittenda, eod. titul. cum. ll. supra alleg. Idem iure gentium secundo etiam quoad possessionem rerum soli (quales sunt campi & similia) tam acquirendam quam retinendam, quia si quaeras quanam dicatur possessio naturalis quoad effectum illius acquirendae vel retinendae, respondeam eam intelligi & esse & dici quae iure gentium primaevo vel etiam secundo acquirebatur vel retinebatur. Civilis vero ea dicitur quae per alios modos a lege inventos vel acquiritur vel retinetur.

25. † Unde apparet ut intelligenda sit. l. xlv. Taurina, quae ait rerum maioratus possessionem tam civilem quam naturalem ipso iure sine ulla apprehensione transire in successorem ipsius maioratus etiam ignorantem; id quod ipsa lex facere non potuit non quidem magis quam efficere ut quod nec erat nec unquam fuit de iure gentium primaevo aut

secundario, aun en lo que se refiere tanto a adquirir cuanto a conservar las cosas del suelo (cuales son los campos y cosas semejantes). Porque si preguntas a qué llamamos posesión natural en cuanto al efecto de su adquisición y retención, te responderé, que se considera y lo es realmente y se llama aquella posesión que se adquiriría y retenía en el derecho de gentes primitivo, como también en el secundario. Llamándose, por el contrario, civil aquella que se adquiere y retiene por otros modos creados por la ley.

De donde se desprende cómo se ha de entender la ley 45 de las de Toro, que dice que la posesión tanto civil cuanto natural de los bienes del mayorazgo pasan de pleno derecho aun sin que intervenga aprehensión alguna al sucesor de aquel mayorazgo, aun cuando éste lo ignore; cosa que de ningún modo ha podido hacer la misma ley, con igual motivo que no hubiera podido hacer que lo que ni era ni jamás había sido de derecho de gentes primario o secundario, lo hubiera sido en efecto; porque no hay ley alguna que pueda hacer el que sea verdad haber existido antiguamente una cosa que realmente no existió en tal tiempo, ya que ni el mismo Dios, Supremo Señor, con ser omnipotente podría hacerlo (1); y por tanto necesariamente se ha de restringir dicha ley 45. La cual ciertamente ha de sostenerse en este sentido, a saber: que todos aquellos efectos que suelen las leyes conceder a la posición civil y natural, se reputan concedidas a aquella posesión que en virtud de dicha ley de Toro pasa de pleno derecho, sin que intervenga aprehensión alguna natural o corporal, al dicho sucesor del mayorazgo aun ignorándolo éste; aunque en realidad no tiene lugar en él la posesión natural (es decir, adquirida conforme al derecho natural); porque semejante modo de adquirir la posesión ni se vió, ni conoció, ni aun se oyó en el derecho de gentes primario o secundario.

Mas, ¿qué diríamos si aquel tercero había ocupado en el tiempo intermedio tal posesión, pero ilícitamente? En tal caso todos están acordes, que no obstante tal ocupación, pasa sin género de duda la posesión a dicho sucesor; así lo defien-

25.

26.

(1) Según el cap. 32, *si Paulus*, cuest. 1.^a y la ley *in bello*, §. *factae*, Digesto, tít. de *captivis*.

secundario, id de eo iure fuerit, quod enim olim nunquam fuit ut olim fuisse verum sit nulla lex efficere potest: quia nec ipse Deus optimus maximus qui omnia potest id posset, c. si Paulus. xxxvii. q. i. l. in bello. §. factae. ff. de capti. sicq; d. l. xlv. necessario restringenda est. Verum. d. l. xlv. in hunc sensum sustinenda est ut omnes effectus quos leges solent civili & naturali possessioni accommodare, concessi videantur illi possessioni quae per legem illam ipso iure, sine naturali aut corporea apprehensione in talem maioratus successorem etiam ignorantem transit, quamvis re vera possessio naturalis (hoc est naturali modo quaesita) ei non contingat, quia iure gentium primaevo aut secundario is modus possessionis acquirendae nunquam fuit visus, cognitus, auditus.

26. Quid † autem si tertius ille illicite medio tempore eam possessionem occupat, & tunc omnes conveniunt sine dubio eam non obstante tali occupatione transire in talem successorem ita Catteli. Cotta in memorabili incipi. decreto Mediolanensi. Ias. consil. cxlvi. col. i. lib. iiii. Philippus Decius cons. cccclxvii. colum. ii. Andraeas Tiraquell. ubi supra nume. 16. Ias. d. consi. lxxxv. quando habemus col. ii. lib. iii. Intellige tamen quod bene potest transire effectus tam naturalis quam civilis possessionis ipsa tamen naturalis possessio re vera non transivit secundum superiorem declarationem: quanvis hoc casu cum ex parte occupatoris illicita sit possessio, crederem & eum usucapere minime posse ex vi illius naturalis illicitaeq; possessionis, & talem haeredem ex vi suae civilis possessionis posse usucapare, arg. d. l. coeptam. sicq; hoc casu etiam quoad effectum usucapiendi plus roboris attribuo huic civili & legitimae possessioni quam illi possessioni naturali & vitiosae.

den Catelino Cotta (1), Jasón (2), Felipe Decio (3) y Andrés Tiraqueau (4). Ten presente, sin embargo, que muy bien puede pasar el efecto de la posesión tanto natural cuanto civil y sin embargo no haber pasado en realidad la misma posesión natural, conforme a la anterior declaración. Si bien en el caso presente siendo ilícita la posesión por parte del ocupante, juzgaría yo por una parte que éste no puede en modo alguno conseguir la usucapión en virtud de aquella posesión natural e ilícita, y por otra, que tal heredero en razón de su posesión civil puede gozar de usucapión, según lo prueba la citada ley *coeptam*. Y por consiguiente, en este caso concedo más poder, aun en cuanto al efecto de la usucapión, a esta posesión civil y legítima, que aquella natural pero viciosa.

Por lo demás, si esta posesión natural estuviera exenta de vicio, porque tal vez entre la muerte del difunto y la adición de la herencia o el reconocimiento y aceptación del mayorazgo compré la cosa y la recibí de un tercero a quien juzgaba ser dueño de ella, en tal caso esta posesión natural mía, libre de vicio, debe anteponerse a aquella otra posesión civil de dicho sucesor (por más legítima que sea) en lo que respecta a este efecto de prescribir (a no ser que expresamente hubiera dispuesto lo contrario dicha ley). Porque las leyes, atendido su espíritu, quisieron que este beneficio se concediera a la posesión natural y manifiesta, y no así a la civil oculta y desconocida, conforme lo hemos ya tratado, lo que has de tener presente con respecto a dicha ley 45 en cuyos términos se halla suficientemente expreso, no tener lugar la usucapión en favor de dicho tercero.

Finalmente, que la ocupación de la posesión llevada a cabo por un tercero, no impida a dicho heredero o sucesor en el mayorazgo adquirir la posesión, lo defienden Baldo (5), Alejandro (6), Pablo de Castro (7) y Andrés Tira-

(1) *In memorabili incipi. decreto Mediolanensi.*

(2) Dictamen 146, colum. 1.^a, lib. 4.^o y en el 85 *quando habemus*, colum. 2.^a, lib. 3.^o

(3) Dictamen 467, colum. 2.^a

(4) *Ubi supra*, núm. 16.

(5) En la rúbr. *de caus. poss.*, columna última.

(6) Dictamen 82, citado.

(7) Acerca de la ley *si sorori*, Código, *de iure deliberandi*.

Caeterum si ea naturalis sine vitio foret eo forte quod inter mortem defuncti & aditam haereditatem vel agnitum aut acceptatum maioratum eam rem emi & accepi ab alio tertio, quem dominum esse putabam, tunc ista naturalis mea possessio vitio carens, vincere debet civilem illam possessionem illius successoris (utcumque legitima sit) quoad hunc effectum praescribendi (nisi nominatim per eam legem contrarium cautum esset) quia hoc beneficium leges naturali possessioni & apparenti, non etiam civili, latenti & ignotae concessum mentaliter voluerunt, ut iam disseruimus: quod not. ad. d. l. xlv. in cuius terminis satis expressum est illi tertio non contingere usucap.

27. Denique † quod occupatio possessionis ab illo tertio facta non impediat illi haeredi aut maioratus successori possessionem acquiri, tenuerunt Bal. in rub. de caus. poss. col. ult. & Alex. d. consil. lxxxii. & Paulus Castr. in d. l. si sorori, C. de iure delib. & Andraeas Tiraquell. ubi supra num. 17. sed tantum (inquiunt) efficit ut is haeres aut maioratus successor nequeat illum ab illa possessione propria auctoritate deiicere, sed nos nove advertimus quod & in alio utilis erit illius tertii possessio, nempe ut praescribere possit, si ea possessio vitio carebat ut dictum est, quod est contra mentem Doctorum, fallit quando expressum esset a lege contrarium vel virtualiter ut fuit in d. l. xlv.

28. Ex † superioribus apparet veram non esse opinionem Claudii Aquens. in l. Pomponius. §. quaesitum. ff. de acqui. poss. & Alexan. consil. lxxxiii. lib. ii. & eiusdem Claudii. in d. l. cum haeredes, in princ. ff. de acqui. posses. & Anto. Rubei. consi. 121. Col. ii. aiunt enim differentiam esse, utrum ille tertius possessionem illam post mortem testatoris vel defuncti ante aditam haereditatem, vel ante agnitum maiortum occupasset an post: priore enim casu (inquiunt) successor ille haereditatis vel maioratus eam possessionem utpote

queau (1), ya que, dicen ellos, sólo produce este efecto, que dicho heredero o sucesor del mayorazgo no pueda por propia autoridad arrojar a tal tercero de aquella posesión; pero como cosa nueva, advertimos nosotros, que la posesión de aquel tercero será también útil para otra cosa, a saber: para que pueda prescribir, si dicha posesión estaba exenta de vicio, conforme se ha dicho arriba; lo que es contrario a la mente de los doctores; no tiene con todo cumplimiento cuando la ley expresa o virtualmente hubiera hecho constar lo contrario como acontece con la citada ley 45.

De la anterior doctrina se desprende ya no ser verdadera la opinión de Claudio el Aquense (2), de Alejandro (3) y de Antonio Rubeo (4); pues afirman existir diferencia entre el caso en que aquel tercero hubiera ocupado aquella posesión después de la muerte del testador, antes de la adición de la herencia, o antes de declarar que acepta el mayorazgo, o después. Porque en el primer caso, dicen ellos, aquel sucesor de la herencia o del mayorazgo, no podría adquirir aquella posesión puesto que ya estaba ocupada; cosa que podría en el segundo caso. Afirmación de ningún valor; porque pasando la posesión inmediatamente después de la muerte del testador, a dicho heredero o sucesor del mayorazgo, la ocupación posterior llevada a cabo por aquel tercero, no pudo despojar al heredero de un derecho que le corresponde, con no mayor motivo que si se hiciera después de la expresa aceptación de la herencia o legado, porque la misma razón existe en ambos casos y así lo hacen constar Tiraqueau (5), y otros autores.

Con todo has de tener presente que aunque no se impida el que pase la posesión civil, sin embargo, cuando la posesión natural estuviese exenta de vicio en poder de aquel tercero, en tal caso puede dicho tercero gozar de la prescripción según se ha dicho, a no ser que también ésto estuviera prohibido por dicha ley expresa o virtualmente, lo que

(1) *Ubi supra*, núm. 17.

(2) Al comentar la ley *Pomponius*, §. *quaesitum*, Digesto, tít. *de adquirenda possessione*., y la ley *cum haeredes* al princ., Digesto, tít. *de acquir. possessione*.

(3) Dictamen 83, lib. 2.º

(4) Dictamen 121, colum. 2.ª

(5) *Ubi supra*, núm. 18.

iam occupatam acquirere non posset, posteriore vero casu posset, id quod nil est: nam cum statim post mortem testatoris transeat possessio in talem haeredem vel maioratus successorem occupatio sequens facta ab illo tertio non potuit ius huic quaesitum tollere non magis quam si fieret post agnitionem vel haereditatis vel legati; quia utroque casu par ratio est & ita advertunt Tiraquell. ubi supra nume. 18. & alii.

29. Intellige † tamen quod licet non impediatur civilem possessionem transire, tamen cum naturalis vitio carens esset apud illum tertium, tunc ille posset praescribere ut dictum est, nisi & id nominatim per talem legem esset prohibitum vel virtualiter, id quod factum fuisse virtualiter intelligo per d. l. xlv, quae eo ipso quod voluit omnes effectus tam civilis, quam naturalis possess. transire in successorem maioratus, per prius tales effectus adimere voluit illi occupatori, sicque usucapio cum sit effectus legalis (ut dixi supra parte. i. quaestio. ii. cum seq.) ei contingere non poterit, quod not. ad extensionem d. l. xlv.

30. † Unde cum statutum Mediolani definiat non solum post mortem defuncti in haeredem transire possessionem, sed etiam ut si medio tempore ab alio fuerit occupata possessio neget eam esse ullius momenti, tunc apparet, & eam (non obstante tali occupatione) indubitanter transire in talem haeredem, & ipsum occupatorem usucapere minime posse, id quod voluisse videntur Alexand. d. consil. lxxxiii. visa facti. libr. iii. & Andraeas Tiraquel. ubi supra numero 19. & las. dict. consil. lxxxv. quando habemus lib. iii. idem las. cons. cxlvi. libr. quarto Paulus Parisius consil. xli. optimum, lib. i. quod confirmat extensionem supra signatam ad d. l. 45.

31. † Adhuc tamen tam eo casu, quam in terminis d. l. 45. existimo, talem haeredem, aut maioratus succesorem non posse talem tertium occupatorem ea possessione spoliare

entiendo haber hecho virtualmente dicha ley 45 [de las de Toro]; la cual por la mera razón de disponer que todos los efectos, tanto de la posesión civil cuanto de la natural, pasaran al sucesor del mayorazgo, quiso de antemano quitar tales efectos al que ocupó la posesión; y por tanto, siendo la usucapión un efecto legal (conforme lo he expuesto anteriormente) (1) no puede tener cumplimiento en dicho ocupante; lo que debes notar para mayor explicación de la citada ley 45.

Por consiguiente, como un estatuto de la ciudad de Milán determine no solamente el que la posesión, después de la muerte del difunto, pase al heredero, sino también el que, si en el tiempo intermedio la posesión hubiera sido ocupada por otro, declare ser ésta de ningún valor, en tal caso es manifiesto por una parte que la posesión pasa sin género de duda a dicho heredero (no obstante tal ocupación), y por otra que quien la ocupó no puede en modo alguno usucapirla, doctrina que parecen haber defendido Alejandro (2), Andrés Tiraqueau (3), Jasón (4) y Pablo de París (5), y que viene a confirmar la extensión arriba señalada a la ley 45.

Todavía, sin embargo, tanto en este caso, cuanto según los términos de la citada ley 45, juzgo que tal heredero o sucesor de mayorazgo no puede por propia autoridad despojar de tal posesión a la persona que la ocupó, según lo prueba la ley *si quis in tantum* (6) lo que es también conforme a la mente de Corneo (7), Decio (8), Baldo (9) y Tiraqueau (10), pues ni aun el ladrón ha de ser despojado por propia autoridad (11). Finalmente, añade aquí la copiosa doc-

30.

31.

(1) En la parte 1.^a, cuestión 2.^a y siguientes.

(2) En el dictamen 83 que empieza *visa facti*, lib. 3.^o

(3) *Ubi supra*, núm. 19.

(4) En el dictamen citado 85, *quando habemus*, lib. 3.^o y en el 146, lib. 4.^o

(5) Dictamen 41 *optimum*, lib. 1.^o

(6) Código, tit. *unde vi*.

(7) Dictamen 166 que empieza *circa primum*, columna penúltima, lib. 1.^o

(8) Al comentar la ley última, colum. 2.^a. Código, tit. *de edicto divi Adriani*.

(9) Dictamen 452, *quia domina*, lib. 4.^o

(10) *Ubi supra*, núm. 8.

(11) Conforme a la ley *colonus*, y a la ley *cum fundum* del Digesto, tit. *de vi et vi armata* y al cap. *in litteris. de restitutione spoliatorum*.

propria auctoritate argumen. l. si quis in tantam, C. unde vi id quod est ex mente Cornei consil. clxvi. circa primum colum. penultim. libr. i. Decius in l. ultima colum. secunda, C. de edict. divi Adr. Bald. consil. cccclii. quia domina lib. iiii. Tiraquellus ubi supra, numer. 8. quia nec praedo est spoliandus propria auctoritate, l. colonus, l. cum fundum, ff. de vi & vi arma. capit. in literis de restitu. spoliator.

Deniq; iunge hic alia plura, quae ad intellectum d. l. 45. diximus in l. si quando, in princip. C. de inof. testam. nu. 41. cum plurib. seq.

Ex superioribus apparet duplicem esse possessionem, civilem scilicet, & naturalem, & cum civilis est apud unum naturalis apud alium utraq; suos potest operari effectus, ut plene iam disseruimus, id quod controversum esse apparet ex dictis per nos de successio. creatio. §. xxi. numero 108. & de succesion. resol. lib. ultim. super, l. si quando, in princip. numero 42. C. de inof. testa. sed hic dicta tutiora sunt.

32. Colligitur † etiam limitatio ad quatuor casus in quibus supra diximus civilem possessionem sufficere ad praescribendum, puta quando per clausulam constituti vel precarii vel per retentionem ususfructus, vel instrumenti traditionem, in me transtulisti possessionem, tunc enim ego praescriberem, quia a nullo est occupata naturalis possessio, quia tu vel naturaliter non possides, vel non tibi naturaliter possides, sed mihi, sicq; per solam meam civilem possessionem possum praescribere, id quod non contingeret si naturalis possessio ab alio tertio sine ullo vitio occupata coeptaq; esset. Nec est verum (quod pleriq; supra relati putant) me hoc casu civiliter, & naturaliter possidere quasi civilem retineam per me, naturalem per te, qui meo nomine possidere te dixisti, nam talis acquisitio, vel retentio possessionis a nullo iure naturali, vel gentium primaevo, aut secundo fuit inventa, aut cognita, sed tantum

trina que hemos expuesto para la inteligencia de la citada ley 45 al comentar la ley *si quando* (1).

De lo anterior se desprende existir dos especies de posesión, a saber: civil una y natural la otra, y cuando la civil está en manos de uno y la natural en manos de otro, una y otra pueden producir sus efectos, conforme lo hemos tratado ya con toda extensión; si bien aparece por lo que hemos expuesto en la obra *de successionum creatione* (2), y en la obra *de successionum resolutione* (3) haber sido objeto de controversia; pero es doctrina más segura la expuesta aquí.

Colígesse también la restricción que sufren aquellos cuatro casos, en los que dijimos arriba, ser suficiente la posesión civil para la prescripción, a saber, cuando me trasferiste la posesión por medio de una cláusula de *constituto*, o de *precario*, o por medio de la retención del usufructo, o por la entrega del título, pues en tal caso gozaría yo de la prescripción, ya que la posesión natural por nadie está ocupada, puesto que tú o no tienes dicha posesión natural, o al menos no la posees para ti sino para mí y por tanto por sola la posesión civil mía puedo conseguir la prescripción, cosa que no sucedería si un tercero hubiera ocupado y empezado la posesión natural libre de todo vicio. Ni es verdad (cosa que juzgan la mayor parte de los autores arriba citados), que en tal caso tenga yo la posesión civil y la natural, como si retuviera la posesión civil por mi persona, y la natural por tu medio al decir tú que poseías en mi nombre; pues tal modo de adquirir y retener la posesión ni fué instituido, ni conocido por derecho alguno natural o de gentes primario, ni secundario; sino que solamente fué introducido por las leyes civiles. Cosa diversa sería, si empecé la posesión del fundo según los principios naturales (es decir, por los modos conocidos y usados por el derecho de gentes) y después le cultivaba por medio de mi servidumbre o de mis colonos; porque aun entonces retendría la posesión natural; puesto que estaba recibido y en uso en el derecho de gentes el que pudiera

32.

(1) Código, tít. de *inofficioso testamento*, núm. 41, con otros muchos siguientes.

(2) En el §. 21. núm. 108.

(3) Libro último, al comentar la ley *si quando*, al principio, núm. 49, Código, tít. de *inofficioso testamento*.

legibus civilibus introducta, diversum est si naturaliter (hoc est per modos a iure gentium cognitos & usitados) coepi possessionem fundi, quem postea collebam per familiam meam aut per meos colonos, tunc enim etiam naturalem possessionem retinerem, quia & iure gentium receptum & usitatum erat quod possessio per tertias & medias personas posset retineri. Secundum philosophum enim talia sunt principia qualia sunt principia, & tales sunt progressus qualis fuit origo, nisi aliqua nova causa extrinsecus accedat ut dixi supra q... & probat l. si a fure, in prin. & §. i. cum ibi not. ff. de usucap. ubi bonum simile, & aliud simile in l. cum nemo, C. de acquir. poss.

Sicque si initio civili modo quaesita possessio fuit, ipsa possessio ut civilis sit, non naturalis, necesse est, nisi contendas hominem pictum esse verum corpus, aut verba transire in factum, aut aquilas generare leones, aut pisces volatilia generare, sicq; in quatuor speciebus supra relatis, & initio & progressu ea possessio civilis est. Verum si postea corporaliter ingressus coepi colere, arare & similia, ex hoc novo accedenti, ea civilis possessio in naturalem & civilem versa est, vel (ut rectius loquar) illi civili etiam naturalis accessit, iamq; utramq; per illummet qui initio se nomine meo constituit possidere (constituti aut precarii nomine, aut per retentionem ususfructus vel traditionem instrumenti) potero retinere, vel etiam per alium quemlibet, & etiam per me ipsum etiam si discedam ab illa re: est tamen verum, quod huic possessioni per constitutum, vel precarium, vel per retentionem ususfructus, aut per instrumenti traditionem quaesitae, omnes effectus quos possessio naturalis sortiebatur lex positiva voluit & potuit accommodare & accommodavit. Id quod utilitatis & brevitatis et expeditionis gratia fecit, quo expeditius & facilius homines possessiones rerum acquirerent, ut in simili alias brevi manu per unum actum fit & consequimur legis artificio, idem quod per plures actus alias consequi & fieri solebat, ut in l. singularia, cum ibi

retenerse la posesión por terceras e intermedias personas. Porque según el Filósofo, cuáles son los principios, tal es lo que de ellos procede, y tales son los progresos, cuál fué el origen, a no ser que exteriormente se añada una nueva causa, según lo expuse arriba en la cuestión... y lo prueba la ley *si a fure* (1) en la introducción, donde consta un caso semejante y otro también a propósito en la ley *cum nemo* (2).

Por consiguiente, si en un principio se adquirió la posesión por un modo civil, necesariamente la misma posesión será civil y no natural; a no ser que defiendas que un hombre pintado es un verdadero cuerpo, o que las palabras se trasforman en hechos, o que las águilas engendran leones, o los peces aves; y por tanto en los cuatro casos arriba referidos dicha posesión es civil, tanto en su comienzo cuanto en su continuación. Pero si más tarde, comenzando la posesión corporalmente empecé a cultivar, a arar, y a realizar actos semejantes, desde que interviene este nuevo elemento, aquella posesión civil se ha convertido en posesión natural y civil a la vez; o para hablar con más propiedad a la posesión civil se ha añadido también la natural; y ya podré retener una y otra posesión por medio de aquel mismo que al principio se constituyó posesor en mi nombre (a título de precario, o de constituto, o por medio de la retención del usufructo o de la entrega del título), como también podré refenerla por cualquiera otra persona y aun por mí mismo aun cuando me aleje de dicha cosa. Es con todo verdad que a esta posesión adquirida por medio del constituto o precario o por la retención del usufructo o por la entrega del título, ha querido y podido adjudicar la ley positiva todos los efectos que competían a la posesión natural, y de hecho los adjudicó; cosa que hizo la ley en razón de la utilidad, de la brevedad y de la mayor facilidad, con el fin de que los hombres consiguieran las posesiones de las cosas con mayor prontitud y facilidad, al igual que otras veces en parecido caso se realiza por un solo acto *brevi manu*, y conseguimos por invención de la ley, lo mismo que solía realizarse y conseguirse otras veces por medio de numerosos actos (3). Sin embargo, así

(1) En el §. 1.º, Digesto, tít. *de usucapione*, con lo notado en tal lugar.

(2) Código, tít. *de acquirenda possessione*.

(3) Según aparece en la ley *singularia* del Digesto, tít. *si certum petatur*, con lo en ella notado.

plene not. ff. si cer. peta. attamen ut ibi per legem non fit, ut actus ille, qui re vera unus est, duo actus sint, sed tantum ut vicem & effectum utilitatemq: duorum pluriumve actuum consequatur, ita & hic haec possessio quae revera civilis est, non etiam naturalis (quia is possessionis acquirendae modus tempore quo ius tantum naturale in usu erat, visus, natus, cognitus, usitatusque minime fuit) ut revera naturalis sit (hoc est quod eo tempore quo solum ius naturale in usu erat, nata esset cognitave), lex facere non potest, licet ei possit omnes effectus accommodare quos lex naturae naturali dabat possessioni. Simile in adoptionibus liberorum qui initio per legem civilem quoad omnes effectus exequabantur veris filiis & naturalibus, ut per totum tit. ff. C. & inst. de adop. licet paulatim postea id ius debilitari minuiq; coeperit, §. minus ergo, cum simi. inst. de haere. quae ab intesta. tamen non per hoc liberi naturales fiebant, quia quo tempore ius tantum naturae in usu erat, tales liberi non erant inventi aut cogniti, ergo vera possessio est in quatuor speciebus supra relatis, quia non desinit esse vera, propterea quod creata a lege civili, non etiam a lege naturali, nam nec desinunt esse verae adoptio, arrogatio, servitus, manumissio, stipulatio, acceptilatio, emphyteusis, testamentum, codicillus, donatio causa mortis, & similia, propterea quod a lege civili non etiam a naturali sint inventae aut cognitae.

como en este lugar no hace la ley, que aquel acto que en realidad es uno sólo, sean dos actos, sino sólomente el que obtenga las veces, el efecto y utilidad de dos o más actos, así también en nuestro caso la posesión, que en realidad es civil y de ningún modo natural (puesto que este modo de adquirir la posesión, no fué ni visto, ni conocido, ni usado, ni había nacido en el tiempo en que sólo el derecho natural estaba en uso), no puede hacer la ley que sea realmente posesión natural (ésto es, que hubiera tenido su origen y hubiera sido conocido en el tiempo en que sólo estaba en uso el derecho natural), si bien puede aplicarle todos los efectos que la ley natural concedía a la posesión natural. Cosa parecida acontece en la adopción de los hijos que al principio se equiparaban por la ley civil en cuanto a todos los efectos a los verdaderos hijos y naturales (1), aun cuando después comenzó a debilitarse y disminuirse poco a poco tal derecho (2); sin embargo, no por eso se convertían en hijos naturales, porque en el tiempo en que sólo estaba en uso el derecho natural, tales hijos [adoptivos] ni se habían instituido ni conocido; así, pues, existe verdadera posesión en las cuatro clases arriba consignadas, porque no deja de ser verdadera, por la razón de haber sido instituida por la ley civil y no por la ley natural, como tampoco deja de ser verdadera la adopción, la adrogación, la servidumbre, la manumisión, la estipulación, la acepfilación, la enfiteusis, el testamento, el codicilo, la donación por causa de muerte y otras cosas parecidas por la razón de haber sido inventadas o conocidas por la ley civil y no por la ley natural.

(1) Según consta por todo el título *de adoptionibus* del Digesto, Código e Instituta.

(2) Según el §. *minus ergo*, Instituta *de haereditatibus quae ab intestato*.



CAPVT LVIII

SUMMAE

1. *Possessionis continuatio exigitur ad praescribendum.*
2. *Dominium ut probetur.*
3. *Media talia qualia extrema.*
4. *Progressus praesumitur quale initium.*
5. *Possessionis continuatio an praesumatur, ardua. q.*
6. *Animus soli Deo notus.*
7. *Verba signum tantum non etiam certitudo sunt animi.*
8. *Probantur indiciis bona vel mala fides, metus, dolus.*
9. *Dominii probandi quartus modus.*
10. *Dominii probandi alius modus.*
11. *Intell. l. cum de in rem verso, ff. de usur. contra Pau. Castrensem.*
12. *Titulus quando requiritur ad praescriptionem non praesumitur ex tempore longo, etiamsi agatur de parvo praeiudicio.*
13. *Intell. l. nullo. c. de re iud. l. non solum. §. quod vulgo, ff. de usucap. l. quod vulgo. ff. pro empt.*
14. *Intell. l. cum de in rem. ff. de usuris.*

1.



D usucapiendum vel praescribendum continuam esse possessionem oportet, ut in l. iii. ff. de usucap. ibi, per continuationem possessionis, & in princip. inst. eod. tit. l. coeptam. ff. eo. tit. l. unica. C. de usucap. transfor. Sed illud dubium est, quid probari oporteat, ut

CAPÍTULO LVIII

SUMARIO

- | | |
|--|-----|
| Para prescribir se exige una posesión continuada. | 1. |
| ¿Cómo se prueba el dominio? | 2. |
| Los medios se presumen tales, cuales los extremos. | 3. |
| Cual es el comienzo se presume la continuación. | 4. |
| ¿Ha de presumirse la continuación de la posesión? Cuestión difícil. | 5. |
| La intención de solo Dios es conocida. | 6. |
| Las palabras son solamente indicio del ánimo, pero no dan certeza de él. | 7. |
| Por indicios se prueba la buena o mala fe, el miedo, el dolo. | 8. |
| Un cuarto modo de probar el dominio. | 9. |
| Nuevo modo de probar el dominio. | 10. |
| Sentido de la ley <i>de in rem verso</i> . del Digesto, título <i>de usuris</i> , contra Pablo de Castro. | 11. |
| Cuando para la prescripción se exige título, no se presume por el largo trascurso de tiempo, aun cuando se trate de un perjuicio pequeño. | 12. |
| Sentido de la ley <i>nullo</i> del Código, título <i>de re iudicata</i> ; de la ley <i>non solum</i> , §. <i>quod vulgo</i> del Digesto, título <i>de usucapionibus</i> y de la ley <i>quod vulgo</i> del Digesto, título <i>pro emptore</i> . | 13. |
| Sentido de la ley <i>cum de in rem</i> del Digesto, título <i>de usuris</i> . | 14. |

Para la usucapión o prescripción es preciso que la posesión sea sin interrupción, como consta por la ley 3.^a del Digesto, título *de usucapionibus* en las palabras «por la continuación de la posesión», como también por otras leyes (1). Pero surge esta duda, qué sea necesario probar,

(1) Así consta por la introducción de la Instituta del mismo título y por la ley *coeptam*, Digesto del propio título, como también por la única ley del Código en el tít. *de usucapione transformanda*.

possessionis continuatio probata videatur, quam rem exempli gratia in decennali praescriptione agemus, ut sic in reliquis quoque usucapionum speciebus, idem quoque dixisse nos intelligatur, etenim quod testes deponant vidisse me semper & continue citra ullam intermissionem possidere, & rei quae de agitur insistere, id ut impossibile factu est, ita & dictu, nisi enim per mendacium impossibile erit, arg. l. servitutes quoties, ff. de servit.

2. † Unde per fructuum perceptionem id probari potest, atque probatum videtur, id quod altero de tribus modis fieri sufficit, sive testes dixerint me fructus omnibus & singulis illis decem annis percepisse, sive primo & ultimo anno illius decennii, sive etiam primo anno: primum tenent Specul. tit. de proba. §. probari. autem, versi. sed quaeritur. col. fina. Barto. & Bald. in l. Titia. ff. de solutio. Bald. in add. ad Specu. ubi supra per d. l. Titia, in verb. reditus exigit, Franciscus Cremen. singulari. cxxxii. Ioannes Ferrari. tit. de forma responsionis rei conventi, verbo praescrip. col. viii. Lanfran. Orianus in rep. c. quoniam contra, in materia testium, versi. tertio venit probanda possessio, Ludovicus Roma. consi. lxx. Florianus, in l. i. col. ii. ff. famil. erc. Philipp. Dec. cons. ii. ex perceptione, Andraeas Tiraq. ex cuius relatione apparet hanc esse communem opinionem in tract. praes. §. i. glos. 5.

Secundum modum ut sufficiat probari fructuum perceptionem primi & ultimi anni de decennio tenent Specul. ubi supra Barto. in l. sicut. §. supervacuum, ff. quib. mod. pignus vel hypo. solvitur. Idem Bart. in l. Celsus, col. pen. ff. de usucap. Anto. Butr. & Panorm. in c. accedentibus, de privil. Anto. & Ioannes Imolen. in prooemio decret. Felin. in

para que aparezca probada la continuación de la posesión; materia que vamos a tratar tomando como ejemplo la prescripción de diez años, de suerte que en las restantes especies de usucapiones se entienda que hemos establecido también la misma doctrina. Porque el que los testigos declaren que me han visto siempre y continuamente sin interrupción alguna poseer y mantenerme sobre la cosa de que se trata, ésto, así como es imposible ponerlo en práctica, así también será imposible el que pueda afirmarse a no ser con mentirosas palabras (1).

Por tanto, la continuación de la posesión puede probarse y parece en realidad probada por medio de la percepción de los frutos, lo que es suficiente se ejecute por uno de estos tres modos: o bien que los testigos manifiesten que yo he percibido los frutos en todos y en cada uno de aquellos diez años, o bien en el primero y último año de aquel decenio, o ya también en el primer año. El primer modo lo sostienen el *Speculator* (2), Bartolo y Baldo (3), Francisco Cremense (4), Juan de Ferrara (5), Lanfranco Oriano (6), Luis Romano (7), Floriano (8), Felipe Decio (9) y Andrés Tiraqueau (10), de cuya relación aparece ser común esta opinión.

Defienden el segundo modo, esto es, que sea suficiente el probar la percepción de los frutos en el primero y último año del decenio el *Speculator* (11), Bartolo (12), Antonio Butr.

2.

(1) Véanse las dos leyes *servitutes* y *quotiens* del Digesto, en el tít. *de servitutibus*.

(2) En el tít. *de probat.* §. *probari autem*, vers. *sed quaeritur*, colum. final.

(3) Ambos al comentar la ley *Titia* del Digesto, tít. *de solutionibus*., y Baldo también en sus adiciones al *Speculator*, *ubi supra* sobre la ley *Titia* en las palabras *reditus exigit*.

(4) *Singulari*. 132.

(5) En el tít. *de forma responsionis rei conventi*., en la palabra *prae-scriptio*, colum. 8.^a

(6) En el citado cap. *quoniam contra, in materia testium*., versic. *tertio venit probanda possessio*.

(7) Dictamen 70

(8) Comentando la ley 1.^a, colum. 2.^a, Digesto, tít. *familiae erciscundae*.

(9) Dictamen 2.^o que empieza *ex perceptione*.

(10) En el tratado sobre la prescripción, §. 1.^o, glosa 5.^a

(11) *Ubi supra*.

(12) Acerca de la ley *sicut*, §. *supervacuum*, Digesto, tít. *quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*, y de la ley *Celsus*, columna penúltima, Digesto, tít. *de usucapione*.

c. inter dilectos, de fide instrum. & alii non pauci quos refert & sequitur, hanc partem receptiorem esse affirmans, Andr. Tiraq. ubi supra, quanvis contrarium & minus recte tenuerit Andr. Barbatius consi. viii. col. x. lib. ii. incip. sapienter, & communem opinionem videtur & tenere & multis ornare Nicolaus Boërius decisi. xlii. alia insuper, num. 1. cum sequen.

3. Huiusque rei ratio ea est † quod qualia sunt extrema, talia praesumuntur esse media l. talis scriptura versi. si in annos, ff. de lega. i. l. sed & si §. solemus, ff. de haere. inst.

- Tertium vero modum ut sufficiat probare fructus primi anni collegisse, † inde descendit, quod si ab adversario denegetur possessionis continuatio ea praesumetur: etenim ex praeterito praesumitur ad praesens quandiu non probatur contrarium Glos. & Hugo. & Placentinus in l. sive possidetis, C. de probatio. ubi idem tenent Petrus de Bellaperti. Iaco. Butrig. Odofr. Ioan. Faber, Bald. Salice. & alli communiter Ioannes Andreae, Anto. Butrius, Panor. in c. cum ad sedem, de resti. spoliatorum, Cynus in l. super longi. C. de temp. longi praescript. Ioannes Faber in §. i. colum. secunda inst. de usucap. Bart. in d. l. Celsus, colum. penultima. ff. de usucap. & hanc esse receptiorem sententiam apparet ex relatione Andreae Tiraquell. qui eam sequitur, ubi supra, quanvis contrarium & minus recte tenuerit Andraeas Barbatius dicto. consi. viii. sapienter, columna. x. libro secundo. Nec huius communis opinionis ratio obscura est, nam cum possessio (praesertim quod attinet ad praescribendum) consistat in animo, quia civilis possessio est illa in qua nititur usucapio l. prima. §. per servum qui in fuga, ff.

y el Panormitano (1), como también Juan de Imola (2), Felino (3), y no pocos otros autores que cita y a quienes sigue Andrés Tiraqueau (4), afirmando ser más seguida esta opinión; aun cuando haya defendido lo contrario, aunque con menor razón, Andrés de Barbatia (5), si bien Nicolás Boërio parece ser partidario de la común opinión, que ilustra con numerosas razones (6).

La razón de esta afirmación es la siguiente: que cuales son los extremos, tales se presumen ser los medios, como consta por varias leyes (7).

En cuanto al tercer modo, esto es, que sea suficiente probar haber recogido los frutos el primer año [de los diez] se desprende de esta razón; porque si el adversario negara la continuación de la posesión, ésta se presume, puesto que de lo pasado se extiende la presunción al presente, mientras no se pruebe lo contrario; así consta por la glosa, por Hugo y por el Placentino al comentar la ley *sive possidetis* (8), donde defiende lo mismo Pedro de Bellapertica, Jacobo Butrigario, Odofredo, Juan Faber, Baldo, Salicet y comunmente otros autores; lo mismo sostienen Juan Andrés, Antonio Butrio, el Panormitano (9), Cino (10), Juan Faber (11) y Bartolo (12), pareciendo ser más admitida entre los autores esta opinión por la relación de Andrés Tiraqueau (13), quien igualmente la admite, aun cuando haya defendido, menos acertadamente, lo contrario Andrés de Barbatia (14); y la razón de esta común opinión no es oscura, porque, como la posesión (sobre todo en lo que se refiere a la prescripción) con-

3.

4.

5.

(1) En el cap. *accedentibus, de privileg.*

(2) En la introducción de las Decretales, que comenta también Antonio But.

(3) En el cap. *inter dilectos, de fide instrumentali.*

(4) *Ubi supra.*

(5) Dictamen 8.º, colum. 10, lib. 2.º, que empieza *sapienter.*

(6) Decisión 42, que empieza *alia insuper*, núm. 1.º y siguientes.

(7) Por la ley *talis scriptura.*, versic. *si in annos*, Digesto, tít. *de legatis*, lib. 1.º y por la ley *sed etsi*, §. *solemus*, Digesto, tít. *de haeredibus instituendis*.

(8) Del Código, tít. *de probationibus.*

(9) En el cap. *cum ad sedem, de restitutione spoliatorum.*

(10) En la ley *super longi*, Código, tít. *de temp. longi praescriptione.*

(11) En el §. 1.º, colum. 2.ª, Instituta *de usucapione.*

(12) En la ley 1.ª, *Celsus*, columna penúltima, Digesto, tít. *de usucapione.*

(13) *Ubi supra.*

(14) En el citado dictamen 8.º que empieza *sapienter*, colum. 10.ª, lib. 2.º

- de acquirenda possess. ubi ita tenent communiter Doctores, qui animum meum mutatum esse dixerit, non solum id probare debet, cum animi mutatio facti sit l. bonae fidei §. primo. ff. de acquirendo rerum domi. iuncta l. finali. C. de inst. & subs. ibi, voluntatis esse quaestionem, sed etiam id
6. nimis difficulter probare poterit † quia mens & animus latet soliq; Deo notus est, unde Cicero ad Brutum sic ait: Non ignoras quam sint incerti animi hominum.
7. Idemque Cicero pro Cecinna in orati. ait: † verba reperta sunt quae indicarent nostram voluntatem. Perpende, non dixit, quae ostenderent, sed tantum quae indicarent, hoc est indicium facerent nostrae voluntatis, non etiam certam & indubitatam demonstrationem, & tamen nihil omnino est quod tam ad animum demonstrandum efficax & aptum sit, quam sermo l. Labeo, ff. de suppell. leg. & Dominus noster in Evang. nam loquela (inquit) tua manifestum te facit, & tamen non raro fallit ut & probat l. divus, ff. de milit. testamento. §. plane, insti. eodem titulo l. non solum, ff. de actio. & obligatio. l. obligationum subst. in princip. iuncto ult. resp. eodem titulo l. an inutilis, ff. de accep. Et denique non solum factum tam occultum quam est animi voluntas, sed & reliqua facta apertiora ab eo qui allegat probanda sunt l. si emancipati, ubi notat Iaso. C. de collatio. & l. in bello. §. factae, ff. de capti. ergo qui negaverit continuatam fuisse possessionem id probare debet, id autem quoad animum & sic quoad civilem possessionem indiciis probavit.
8. † Nam bona aut mala fides dolus, metus, mutatio voluntatis, & reliqua quae in animo consistunt indiciis probantur l. pen. C. de evictio. l. metum. C. de eo quod metus causa

sista en la intención, puesto que la posesión civil es aquella en la que se fundamenta la usucapión, según consta por la ley 1.^a, título *de acquirenda possessione* (1), donde así lo defienden comúnmente los doctores, quien sostenga que mi intención ha cambiado, no sólomente deberá probarlo, puesto que el cambio de intención constituye un hecho (2), sino que el probarlo le será extremadamente difícil, ya que la mente e intención son cosas ocultas y que únicamente de Dios son conocidas. Por lo que Cicerón dice así a Bruto: «no desconoces cuán inciertas son las intenciones de los hombres». El mismo Cicerón dice también en su discurso en favor de Cecina: «Las palabras se inventaron para que indicaran nuestra voluntad». Y fijate que no dijo, para que hicieran patente, sino sólomente para que indicaran, ésto es, para que fueran indicio de nuestra voluntad, y no para una demostración cierta y evidente de ella, y sin embargo, nada absolutamente existe tan eficaz y a propósito para demostrar nuestra intención como las palabras; según consta por la ley *Labeo* (3); y Nuestro Señor en el Evangelio dice: «porque tu habla te pone de manifiesto»; y sin embargo, no raras veces nos engañan las palabras, según lo prueban también numerosas leyes (4). Y finalmente, quien alega no sólomente ha de probar un hecho tan oculto, cual es la intención de nuestro ánimo, sino también los restantes hechos más patentes, según se desprende de varias leyes (5); luego quien negare que la posesión ha sido continua deberá probarlo; pero ésto en lo que se refiere a la intención y por tanto, en cuanto a la posesión civil sólo podrá probarlo por indicios (6).

6.

7.

(1) Del Digesto, §. *per servum qui in fuga*, de dicha ley.

(2) Véase la ley *bonae fidei*, §. 1.º, Digesto, tít. *de acquirendo rerum dominio*, juntamente con la ley final del Código, en el tít. *de institutionibus et substitutionibus* en las palabras «que era cuestión de voluntad».

(3) Digesto, tít. *de pupillari substitutione*.

(4) La ley *divus*, Digesto, tít. *de militari testamento*; el §. *plane* de la Instituta del mismo título; la ley *non solum* del Digesto, tít. *de actionibus et obligationibus*; la ley *obligationum substant.* al principio juntamente con la última respuesta, en el mismo título; la ley *an inutilis*, Digesto, tít. *de acceptilatione*.

(5) Así consta por la ley *si emancipati* del Código, tít. *de collatione* comentada en este sentido por Jasón y por la ley *in bello*, §. *factae*, Digesto, tít. *de captivis*.

(6) Ambas ediciones de Venecia y Francfort tienen *probavit*, pero el sentido parece ser *probabit*. (T.).

l. dolum. C. de dolo l. si quis intentione ambigua. ff. de indic. tradunt Gloss. Bartolus, Alexand. Iason. & communiter Doctores in l. inter stipulantem, §. si Stichum, ff. de verborum obligation. Et ita est intelligendum illud Terentii dum ait: erras tui animi si me esse ignarum putas, nam de suspicione & coniecturis non de certa scientia intelligendum est.

9. Quartus † modus probandi est quando probatur quod quis fecit terram seminari, arari, coli, & similia, ita Glo. in l. si quis in verb. finiatur. C. finium regundorum, singularis est secundum Lanfran. in rep. d. cap. quoniam contra,
10. Andreae Tiraquell. ubi supra Glo. v. † Nisi forte cum unus terram coleret alius fructus perciperet, nam tunc is potius quam ille possidere videretur secundum eund. ibi post Bald. col. iii. & Felinus, col. vii. in capit. licet causam. de proba. quanvis. Bal. in l. ardoribus §. si agrum, ff. de usufr. tenuerit contrarium.
11. † Hactenus cum agitur de vera possessione rei corporeae. Diversum. n. esset, si praetenderem te mihi aliquid annuum debere, & ex diuturna eademq; annua praestatione contenderem legitimum titulum praesumi iuxta l. cum de in rem, ff. de usuris l. si certis annis, cum ibi plene notatis, C. de pact. & ad id probandum admissus confenderem sufficere, ut probetur praestatio primi & decimi anni, quasi per hoc praesumerentur vel praesumi deberent medii temporis praestationes, tunc enim nihil agerem, nec medii temporis praestationes praesumerentur, secundum Andraeam Tiraquel. de praescrip. §. i. Glo. v. ad finem, qui tamen ait, hac in re cogitandum ideo esse, quod contrarium tenuerit Paulus Castrensis consi.

Porque la buena o mala fe, el dolo, el miedo, el cambio de voluntad y las demás cosas que radican en nuestro ánimo, se prueban por indicios, como se desprende de numerosas leyes (1), y lo enseñan la glosa, Bartolo, Alejandro, Jasón y comúnmente los doctores al comentar la ley *inter stipulantem* (2). Y en este sentido se han de entender aquellas palabras de Terencio, cuando dice: «si crees que no reconozco tu intención, te equivocas»; porque deben entenderse no de una ciencia cierta, sino de una sospecha o de conjeturas. 8.

Un cuarto modo de probar se tiene, cuando se prueba que uno hizo sembrar, arar, cultivar la tierra y cosas parecidas; así consta por la glosa en la ley *si quis*, en la palabra *finiatur* (3); glosa notable según el sentir de Lanfranco (4) y de Andrés Tiraqueau (5). A no ser que tal vez, cultivando uno la tierra, otro percibiera los frutos, porque en este caso más bien se consideraría poseerla este segundo que el primero, según el sentir del mismo autor en dicho lugar, siguiendo a Baldo (6), y Felino (7), aun cuando este último haya defendido lo contrario al comentar la ley *ardoribus* (8). 9.

Hasta aquí cuando se trata de la verdadera posesión de una cosa corporal. Porque cosa diversa sería si pretendiera yo que me debías alguna renta anual y por esa tributación anual durante largo tiempo, defendiera yo la presunción de legítimo título (9). Y admitido a probar tal intento pretendiera yo ser suficiente el que se probara la prestación del primero y del décimo año, como si por ésto se presumieran ya o debieran presumirse las tributaciones del restante tiempo intermedio; porque en tal caso nada conseguiría, ni se presumirían las tributaciones del 10. 11.

(1) Véase la ley penúltima del Código en el tít. *de evictionibus*; la ley *metum*, Código, tít. *de eo quod metus causa*; la ley *dolum*, Código, *de dolo*; la ley *si quis intentione ambigua*, Digesto, *de iudiciis*.

(2) En el §. *si Stichum*, Digesto, tít. *de verborum obligatione*.

(3) Código, tít. *finium regundorum*.

(4) En el referido cap. *quoniam contra*.

(5) *Ubi supra*, glos. 5.^a

(6) Colum. 3.^a, en el cap. *licet causam, de probatione*.

(7) En la colum. 7.^a del mismo capítulo.

(8) En el §. *si agrum*, Dig. tít. *de usufructu*.

(9) Según la ley *cum de in rem*, Digesto, tít. *de usuris* y la ley *si certis annis*, Código, tít. *de pactis* con lo sobre ella extensamente notado.

li. in casu spectabilium virorum, prope medium lib. ii. & sentit Panormita. in cap. accedentibus, de privilegiis. movetur Andraeas Tiraquell. quia aliter inquit non unam tantum, sed plures praesumptiones introduceremus, nempe ut & per primi & ultimi anni possessionem medii quoque temporis possessio, vel quasi (hoc est medii quoque temporis praestationes) praesumerentur, & ex his sic praesumptis annuis praestationibus titulus legitimus praesumeretur prout a parte allegatus fuit, quod pro nobis levis videtur, nam praeterea quod Gloss. l. i. C. de dotis promissio. non est tuta, quinimo passim leges plures inducunt praesumptiones ut ibi plene per Doctores. Quisnam ligavit manus legumlatorum quominus possint plures in una eademq; specie inducere praesumptiones quoties id expedire eis visum fuerit? certe id ratio nulla suadet.

Adhuc tamen opinio ipsius Tiraquelli contra Paulum Castrensem verior mihi visa est, ratione peremptoria & oculata, nam quae ratio facit ut cum agitur de re corporea ex possessione primi & ultimi anni praesumatur possessio medii temporis, eadem ratio cogit ut hic contrarium praesumatur. Cum agitur enim de rei corporeae possessione ideo diximus ex possessione primi & ultimi anni, vel etiam ex primi tantum anni possessione praesumi medii quoque temporis possessionem, quod qui contrarium dixerit videretur novum factum allegare (hoc est transitum possessionis de primo possessore in alterum primumq; possessorem animum possidendi missum fecisse) quod probare deberet cum minime praesumatur. d. l. si emancipati. de l. in bello. §. factae. ff. de capti. d. l. bonae fidei. d. l. fi. C. de inst. & subst. Sed in specie nostra qui se possidere diceret annum redditum a me sibi praestandum, eo quod contenderet me legitimo titulo

tiempo intermedio, según el sentir de Andrés Tiraqueau (1), quien dice, sin embargo, que debe pensarse bien este punto, por la razón de que han defendido la contraria opinión Pablo de Castro (2) y el Panormitano (3). A Andrés Tiraqueau le mueve la razón, de que de otro modo, dice él, introduciríamos no solamente una presunción, sino varias, a saber por la posesión del año primero y último, se presumiría también la posesión o *quasi* posesión del restante tiempo intermedio (esto es, las tributaciones del restante tiempo intermedio); y de estas prestaciones anuales así presuntas, se presumiría título legítimo, según lo alegó la parte; pero esta razón me parece de poco peso, porque además de no ser segura la glosa de la ley 1.^a del título *de dotis promissione* del Código, con frecuencia también las leyes establecen varias presunciones, según consta plenamente por los doctores en dicho lugar. Porque, ¿quién ha ligado las manos de los legisladores para que no puedan establecer en una misma materia varias presunciones, cuantas veces les hubiera parecido ser ésto conveniente? Ciertamente no hay razón alguna que pruebe lo contrario.

Todavía, sin embargo, me ha parecido más conforme a verdad la opinión del mismo Tiraqueau contraria al sentir de Pablo de Castro, por una razón definitiva y que salta a la vista (4). Porque aquella razón que, cuando se trata de una cosa material, hace que de la posesión del primero y del último año se presuma la posesión en el tiempo intermedio, esa misma razón nos fuerza a que en este último caso se presuma lo contrario. Porque, cuando se trata de la posesión de una cosa corporal, nos fundábamos para decir que de la posesión del primero y último año, o aun de la posesión de solo el primer año, se presume también la posesión del tiempo intermedio, en que quien afirmara lo contrario, parecería alegar un nuevo hecho (esto es, el paso de la posesión del primer poseedor a otro, y que el primer poseedor había abandonado la intención de poseer), cosa que debería pro-

(1) *De praescriptione*, §. 1.^o, glosa 5.^a, al final.

(2) Dictamen 51, que empieza, *in casu spectabilium virorum*, hacia la mitad, lib. 2.^o

(3) En el cap. *accedentibus*, de *privilegiis*.

(4) Aunque la edición de Francfort tiene *oculta* nos parece traducir mejor el *oculata* de la edic. Veneciana. (T.).

ei obligatum, huncq; titulum ex diutina praestatione singulis annis facta praesumendum, hancq; diutinam praestationem praesumendam ex praestationibus primi & ultimi anni, nihil ageret, nam postquam ei praestiti primo anno, nullo novo facto opus est ut non videar ei sequentibus annis praestare desiisse; quinimo ex diverso novo facto opus erat ut sequentibus annis praestatio fieret, sicq; probanda esset ab eo qui in ea suam intentionem fundabat, praesertim cum ex parte abversi negativa (hoc est se sequentibus annis non praestitisse) sit per rerum naturam improbabilis. l. actor quod asseverat, cum ibi notatis. C. de proba. Nisi & mecum esset consutus, & praeterea vigiles oculos semper haberet, ne forte dum ipse mecum consutus dormiret, ego eam praestationem facerem, sicq, admissa Pauli opinione, absurdum intolerabile sequeretur, ut per unius duntaxat anni praestationem, in effectum acquireretur & praescriberetur ius tantundem in posterum, & in aeternum annuum exigendi.

Nam post annos decem dicerem me abs re illud annuum legitimo titulo deberi, & probata unius solius anni praestatione, inde dicerem similes praestationes per sequens decennium factas praesumi, & consequenter legitimus titulus, nec tu contrarium probare aut te defendere posses, cum negativa ut ostendimus sit improbabilis. Diversa omnino ratio est in eo qui probavit abhinc annos decem se possedisse fundum, is enim etiam nullo extrinsecus accedente novo facto in praesentem usque diem animo suo potuit possessionem retinere quae ad praescribendum sufficeret. d. §. per servum qui in fuga, & per contrarium adversario facile esset si forte is possidere desiit, id probare edocendo eum fundum ab alio arari, aut coli solitum, aut illius fundi fructus ab alio perceptos fuisse, & similia quae omnia notanda sunt ad intell.

bar, ya que de ningún modo se presume, como consta por varias leyes (1). Pero en nuestro caso quien dijera hallarse en posesión de una renta anual que debería yo satisfacerle, probándolo por la razón de estarle yo obligado por legítimo título, y que dicho título debía presumirse por la prestación hecha anualmente durante largo tiempo, y que esta prestación de largo tiempo debía presumirse por la prestación del primero y del último año, nada conseguiría. Porque después de habérsela satisfecho el primer año, no es necesario ningún nuevo hecho, para que se repunte haber dejado de satisfacerse en los años siguientes, más aún, es necesario, por el contrario, un nuevo hecho para que en los años siguientes se llevara a efecto la prestación, y por consiguiente debería ser probada por quien fundaba en ella su propósito, principalmente no pudiendo, por la naturaleza de las cosas, probarse la parte contraria negativa (esto es, que él no la había satisfecho en los años siguientes) (2). A no ser que por una parte estuviera como cosido a mí, y por otra tuviera continuamente despiertos sus ojos, no fuera que mientras él mismo, cosido a mi persona dormía, diera yo cumplimiento a dicha prestación. Por consiguiente, admitida la opinión de Pablo, se seguiría este intolerable absurdo, que por la prestación de un solo año, se adquiriría en efecto y prescribiría el derecho de exigir en adelante y para siempre una renta anual de la misma cuantía.

Porque después de los diez años diría yo que sin duda alguna se debía con legítimo título aquella renta anual, y probada la prestación de un solo año, sostendría por ello existir la presunción de haberse practicado iguales prestaciones durante el decenio siguiente, y por lo tanto existir también legítimo título, sin que tú pudieras probar lo contrario ni defenderte, ya que la parte negativa, según hemos demostrado, no puede probarse. Diversa, en absoluto, es la razón que existe en quien probó haber poseído un fundo desde hace diez años, porque éste, sin que se añada extrínsecamente ningún otro hecho nuevo, pudo retener con su inten-

(1) Tales son: la citada ley *si emancipati*, y la ley *in bello*. §. *factae* del Digesto, tít. *de captivis*; la ley *bonae fidei* y la ley final del Código en el tít. *de iusstitutionibus et substitutionibus*.

(2) Conforme a la ley *actor quod asseverat* del Código, tít. *de probatione* con lo sobre ella notado.

d. l. si certis annis, & d. l. cum de in rem verso, cum similibus.

12. In quorum terminis dubium est † an ex cursu longi temporis cum patientia domini praesumatur titulus allegatus: & sunt qui velint non quidem praesumi, cum agitur de magno praeiudicio & ita procedere. l. nullo. C. de rei vendi. secus si ageretur de parvo praeiudicio & ita procedere. l. si quis diuturno, in princ. ff. si servitus vend. ita Nicolaus Boërius decisi. xlii. alia insuper num. 5. & ait idem velle Bar. in. q. per eum disputata incip. mulier habens amplum patrimonium col. pen. unde (si verum id esset) sequeretur quod etiam in quibus casibus ad praescriptionem vel usucapionem requiritur titulus, in illis si de levi praeiudicio ageretur praesumeretur ex diutina possessione si allegaretur, † id quod verum non est, sed est contra tex. expressum in d. l. nullo, & in l. diutina. C. de longi temp. praescri. l. quod vulgo, ff. pro empt. l. non solum. §. quod vulgo. l. Celsus. ff. de usucap. l. fin. ff. pro suo. l. fi. C. pro donato cum aliis per me allegatis. infra c. lxxviii. num. 10. aliter enim esset imponere legem verbis, nam cum leges proclament ad praescriptionem iustam possidendi causam vel titulum desiderari ut. dd. ll. & l. unica. C. de usucap. transfor. in prin. insti. de usucap. si post diutinam possessionem sufficeret titulum allegare ut probatus praesumeretur, tunc adversarius illius tituli interventum abnegans impossibile esset quod hanc negativam (ut ostendimus) probaret, sicq; frustra a legibus tot titulus exigeretur cum de leviori ageretur praeiudicio. Ergo sive
- 13.

ción hasta el día presente la posesión, que sería suficiente para prescribir (1). Y por el contrario le sería fácil al adversario, si tal vez el primero dejó la posesión del fundo, el probarlo, haciendo ver que era otro el que solía arar y cultivar aquel fundo, o que los frutos de dicho fundo habían sido recogidos por otro, o cosas semejantes. Todo lo cual debe tenerse presente para entender la citada ley *si certis annis*, como también la ley *cum de in rem verso*. y otras semejantes.

De cuyos términos surge la duda, de si por el trascurso de largo tiempo con la paciencia del dueño, se ha de presumir el título alegado; y hay quienes son de parecer que no se presume el título cuando se trata de un perjuicio notable, y que en este sentido se ha de entender la ley *nullo* del Código (2), pero que se presume si se tratara de un perjuicio pequeño y que este es el sentido de la ley *si quis diuturno* (3). Tal es el parecer de Boerio (4), quien dice ser del mismo sentir Bartolo (5) en la cuestión tratada por él que empieza *mulier habens amplum patrimonium* (5). De donde (si esta opinión fuera verdadera), se seguiría que aun en aquellos casos en los que se requiere título para la prescripción o usucapión, en los mismos si se trataba de un perjuicio pequeño, se presumiría el título, si se alegaba, en virtud de la posesión de largo tiempo. Cosa no conforme a verdad y contraria al texto de la ley *nullo* y de otras muchas leyes (6). Porque de otro modo sería imponer ley a las mismas palabras; porque declarando abiertamente las leyes que para la prescripción se requiere justa causa de posesión, o título (7), si después de una posesión de largo tiempo fuera suficiente el alegar el título para que se presumiera probado, en tal caso al adversario que negara la existencia de aquel título, le sería impo-

12.

13.

(1) Según el §. *per servum qui in fuga*.

(2) Título de *rei vindicatione*.

(3) Digesto, tít. *si servitus vendicetur*, al principio.

(4) Decisión 42, que empieza *alia insuper*, núm. 5.

(5) En la columna penúltima.

(6) Tales son: la ley *diutina* del Código, tít. *de longi temporis praescriptione*; la ley *quod vulgo*; Digesto, tít. *pro emptore*; la ley *non solum*; §. *quod vulgo*; la ley *Celsus*, Digesto, *de usucapione*., la ley final del Digesto, tít. *pro suo*; la ley final del Código en el tít. *pro donato*, con otras aducidas por mí más adelante, en el cap. 77, núm. 10.

(7) Según las citadas leyes y la ley única del Código en el tít. *de usucap. transformanda* y en la intr. de la Instituta *de usucapione*.

agatur de maximis, sive de mediis, sive de minimis rebus aut iuribus praescribendis, in quibus casibus titulus ad talem praescriptionem requiritur, in illis eum allegare non sufficit nisi probetur, etiam si praeterierit longum tempus per. l. supra alleg. generaliter intellectas prout intelligi debent. Neq; ad rem pertinet. d. l. si quis diuturno, nam in eo iure servitutis praescribendo, titulus minime requiritur, sicq; neque eius interventu, neq; etiam eius allegatione opus est ut suo loco videbimus, isq; est verus illius. l. intellectus, quia ex ipsa scientia & patientia inducitur tacita concessio ut ibi & diximus, supra par. i. prin. q. v. cum seq. & dixi. infra c. lxxvii. num. 10.

14. Neque ad rem pertinet † d. l. cum de in rem verso. quia ibi quando ultra longum tempus interfuit factum illius contra quem ius acquiritur & non simplex aut unicum factum, sed decies geminum & uniforme ut infra etiam c. lxxxiii. agemus, quae omnia non concurrunt in usucapione vel praescriptione rerum vel iurium regulari, sive agatur de magno sive de levi praeiudicio, ibi enim citra ullum factum eius contra quem praescribitur, contingit praescriptio, etiamsi sit absens vel ignorans, lege fina. C. de longi tempor. praescrip.

Quinimo (quod apertius est) in terminis, dictae l. cum de in rem. non agitur de praescriptione, aut de iure aliquo praescribendo, sed tantum de iure ex contractu quaesito per temporis diuturnitatem probando: praescriptio enim inducit ius, & substantiam, l. tertia. ff. de usucapion. At in terminis. d. l. cum de in rem, tempus non allegabatur ad ius

sible probar esta parte negativa (según ya hemos demostrado) y por tanto inutilmente exigirían tan numerosas leyes, el título, cuando se tratara de un perjuicio pequeño. Por consiguiente ya se trate de la prescripción de cosas del mayor valor, o medianas, o insignificantes, como también de derechos, en todos aquellos casos en los que se requiere título para la prescripción, en los mismos no es suficiente alegarlo si no se prueba, aun cuando haya trascurrido largo tiempo, conforme a las leyes arriba citadas entendidas en este sentido general, como deben entenderse. Ni ofrece dificultad alguna la citada ley *si quis diuturno* porque en la prescripción de tal derecho de servidumbre, no se exige de ningún modo título, y por tanto ni se precisa su existencia, ni siquiera su alegación, según veremos en su lugar; y éste es el sentido verdadero de la ley *intellectus*, porque de la misma ciencia y paciencia se infiere la concesión tácita conforme vimos en tal lugar y lo hemos expuesto arriba en la parte 1.^a principal, cuestión 5.^a y siguientes, y lo expondremos después en el capítulo 77, número 10.

Ni hace al caso la citada ley *cum de in rem verso*, porque allí, además de un tiempo dilatado, intervino un hecho de la persona contra la que se adquiere el derecho, y no un hecho simple o único, sino diez veces repetido y uniforme, según lo expondremos también más adelante en el cap. 84, todo lo cual no tiene lugar en la usucapión o prescripción regular de las cosas y derechos, ya se trate de perjuicio importante o pequeño, porque en tal lugar, sin hecho alguno de la persona contra quien se da la prescripción tiene lugar ésta, aun cuando esté dicha persona ausente o lo ignore (1).

14.

Más aún (lo que es mucho más manifiesto) en los términos de la citada ley *cum de in rem*. no se trata de prescripción, o de derecho alguno que haya de prescribir, sino solamente de probar por medio del largo trascurso de tiempo un derecho adquirido por un contrato; porque la prescripción adjudica el derecho y la sustancia de la cosa (2). Mas en los términos de la citada ley *cum de in rem*. no se alegaba el tiempo para crear un derecho, sino solamente para la prueba de un derecho que decía haber sido antes introducido y creado.

(1) Según la ley final del Código, tít. *de longi temporis praescriptione*.

(2) Según la ley 3.^a del Digesto, tít. *de usucapionibus*.

inducendum, sed tantum ad probationem iuris, quod antea inductum, & creatum esse dicebatur.

Porro aliud est ius, aliud probatio eius, l. duo sunt Titii, ff. de testamen. tute. dixi supra part. prima quaestio. x. quae omnia disputandi gratia dicta esse intelligas, nam regulariter ut bonam fidem praesumi etiam si, nec allegetur, nec probetur, nisi probetur contrarium, diximus infra part. quarta in princip. ita & titulus (hoc est tolerabilis, vel iusta possidendi causa) praesumitur, licet nec probetur, nec allegetur quandiu non probatur contrarium, aliter enim si iniusta possidendi causa praesumeretur iam exinde mala quoq; fides praesumeretur, l. quaerebatur, l. fina. C. unde vi.

Deniq; ex sola possessione contingit praescriptio dummodo non mala fides non probetur, quae probatur ab eo qui ostendit iniusta ex causa illum possidere ut dixi infra capitu. lxxii. & capit. lxxvii. numero decimo. & probavi per plura, quam quinquaginta fundamenta, infra par. iii. princip. per totam, & infra capitu. lxi. num. 10. cum plur. seq. & c. lxii.

Porque ciertamente una cosa es un derecho y otra la prueba de tal derecho (1), según lo hemos tratado antes en la parte 1.^a, cuestión 10; todo lo cual debes considerarlo dicho por nosotros con el fin de discutir sobre ello, porque generalmente, así como la buena fe se presume aun cuando ni se alegue ni se pruebe, siempre que no se pruebe lo contrario, conforme lo exponemos más adelante al principio de la cuarta parte, del mismo modo se presume también el título (esto es, una causa tolerable o justa de poseer) aun cuando ni se pruebe, ni se alegue, mientras no se pruebe lo contrario. Porque de otra suerte si se presumiera una causa injusta de poseer, ya desde tal momento se presumiría también mala fe (2).

Finalmente, la prescripción tiene lugar por la sola posesión con tal que no se pruebe la mala fe, cosa que prueba en efecto quien demuestra que aquella persona tiene la posesión con injusta causa, según lo expongo más adelante en el cap. 72 y 77, número décimo, y lo dejo también probado con más de cincuenta razones en toda la extensión de la tercera parte principal (3).

(1) Según la ley *duo sunt Titii*, Digesto, tit. *de testamentaria tutela*.

(2) Conforme a la ley *quaerebatur* y a la ley final del Código, tit. *unde vi*.

(3) Lo mismo que en el cap. 61, núm. 10 y en otros muchos siguientes, así como en el cap. 62.

CAPVT LIX

SUMMAE

1. *Traditio ad praescriptionem an requiratur, ard. q.*
2. *Possessio vitiosa non prodest ad praescriptionem.*
3. *Praescriptionis continuatio faciliior, quam acquisitio, vel inchoatio.*
4. *Possessionis vitium ut purgetur.*
5. *Accrescendi iuri assimilatur praescriptio.*
6. *Alluvionis acquisitioni assimilatur praescriptio.*
7. *Praescriptio est adventitium lucrum.*
8. *Elementa an sint quatuor.*

1.  RADITIO † vel aliquid quod loco traditionis habeatur, exigitur ad praescribendum, & praeterea, quod possessio fuerit continuata iugiter, ita Bart. in l. unica, C. de usucapio. transfor. per text. ibi Petrus Ancharanus in capitul. possessor. de regu. iuris libro sexto, ad fin. Franciscus Balbus qui plures allegat in tracta. praescrip. part. tertia in princip. & rursus in tertia parte illius iii. partis principal. in princip. oportetq; ut ea possessio sit sine vitio, † nam iustus titulus cum possessione vitiosa non sufficeret ut si forte rem quam a me emisisti a tertio possessore vi, aut clam, aut precario coepisisti, ita Baldus in repetitio. l. i. colum. iii. C. de emancipa. liberorum. Bar. per tex. ibi in l. nec ex vera, C. de acquiren. possessionem.
- 2.

CAPÍTULO LIX

SUMARIO

- ¿Se requiere la tradición para la prescripción? Cuestión ardua. 1.
- La posesión viciosa no es apta para la prescripción. 2.
- Es más fácil continuar la prescripción, que el adquirirla o empezarla. 3.
- Cómo se corrige el vicio en la prescripción. 4.
- La prescripción se asemeja al derecho de acrecer. 5.
- La prescripción se asemeja a la adquisición por medio de aluvión. 6.
- La prescripción es un lucro adventicio. 7.
- ¿Son cuatro los elementos? 8.

Para la prescripción se requiere la tradición, o algo que ocupe el lugar de la tradición y además que la posesión haya sido continua sin interrupción alguna; así lo sostienen Bartolo (1), Pedro Ancarano (2) y Francisco Balbo, quien cita a otros muchos (3). Conviene además que tal posesión esté exenta de vicio, porque un título justo con una posesión viciosa, no sería suficiente, como sucedería, por ejemplo, si una cosa que tal vez me compraste, la tomaste de un tercero que tenía la posesión, por la fuerza, ocultamente o de preca-

(1) Comentando la ley única del Código en el tít. *de usucapione transform.*, en el texto.

(2) En el cap. *possessor, de regulis iuris*, lib. 6.º, al final.

(3) En el tratado sobre la prescripción parte 3.ª. al principio y de nuevo en la 3.ª parte de aquella 3.ª parte principal, al principio.

Gloss. per text. ibi in l. stipulationem, ff. eo. facit, l. ii. l. diutina, l. super long. C. de longi temp. praescriptio. l. nullo, C. de rei vindicatio. l. iii. l. sine possessione, ff. de usucapion. in princip. institu. eod. titu. tradit Prat. Papi. in forma resp. rei conven. in Gloss. in verbo exceptionem praescript. colum. i. & Azo in summa, C. pro empto.

3. Neq; ad rem pertinet † quod etiam sine possessione continuata contingere videatur praescriptio, l. coeptam, ff. de usucapion. ubi haereditas iacens, quae possidere saltem quoad effectum praescribendi non potest, cum careat animo, l. i. §. Scaevola, ff. si quis testamento liber esse iussus fuer. in cuius animi possessione civili consistit usucapio, l. prima. §. per servum qui in fuga, ff. de acquiren. possession. ea quidem haereditas praescriptionem continuare potest. d. l. coeptam, nam respondetur, quod eam praescriptionem inchoare non posset per. d. rationem iuxta l. fina. §. fi. ff. de usucap. quamvis coeptam continuare non prohibeatur, sed permittatur d. l. coeptam, nam & dormiens inchoare possessionem non potest, qui tamen inchoatam continuare non prohibetur. Nam & similiter possessio, & si acquiri non possit sine corpore, & animo, tamen continuari, & retineri potest solo amnio, l. quemadmodum, iuncta, l. iii. §. in amittenda, ff. de acq. pos. & quod tradidi, supra. c. praece. & plene in simili per Ias. ff. qui sunt sui vel al. iur. l. patre furioso.

Sed superior communis traditio quae habet, traditionem

rio; así lo afirman Baldo (1), Bartolo (2), la glosa (3) y numerosas leyes (4).

Ni ofrece dificultad alguna el que la prescripción parece tener cumplimiento aun sin la posesión continuada, según la ley *coeptam* del Digesto, título *de usucapionibus*, en donde la herencia yacente, que careciendo de intención es incapaz de poseer, al menos en cuanto al efecto de la prescripción (5), ya que la usucapión consiste en la posesión civil que implica esta intención (6); puede, sin embargo, tal herencia continuar la prescripción (7); porque respondemos que, por la razón antedicha (8), no puede dar comienzo a tal prescripción, aun cuando si está ya empezada no se prohíbe el que la continúe (9). Porque tampoco el que está dormido puede dar comienzo a una posesión, y sin embargo, si está ya empezada, no se le prohíbe el continuarla. Del mismo modo la posesión, aun cuando no puede adquirirse sino tomando la cosa con intención de poseerla, sin embargo puede retenerse y continuarse con sola la intención; como consta por las leyes abajo citadas (10), por lo que hemos expuesto antes en el capítulo precedente y por lo que trata con toda extensión en parecido caso Jasón (11).

Pero la anterior común opinión, que afirma ser necesaria

3.

(1) En la referida ley 1.^a, colum. 3.^a, Código, tít. *de emancipatione liberorum*.

(2) En el texto acerca de la ley *nec ex vera*, Código, *de acquirenda possessione*.

(3) En el texto sobre la ley *stipulationem* del Digesto del mismo título.

(4) La ley 2.^a, la ley *diutina* y la ley *super long.* del Código, tít. *de longi temporis praescriptione*; la ley *nullo*, Código, tít. *de rei vindicatione*; la ley 5.^a y la ley *sine possessione* del Digesto, tít. *de usucapione*, y la introducción de la Instituta del mismo título; lo enseña también Prat. Papi. *in forma resp. rei conven.* en la glosa, en las palabras *exceptionem praescript.*, colum. 1.^a y Azon en la *Summa*, Código, *pro empto*.

(5) Véase la ley 1.^a, §. *Scaevola*, Digesto, *si quis testamento liber esse inssus fuer.*

(6) Según la ley 1.^a, §. *per servum qui in fuga*, Digesto, *de acquirenda possessione*.

(7) Según la citada ley *coeptam*.

(8) Junto con la ley final, §. final, Digesto, tít. *de usucapionibus*.

(9) Conforme a la dicha ley *coeptam*.

(10) Según la ley *quemadmodum*, juntamente con la ley 3.^a, §. *in amittenda*, Digesto, tít. *de acquirenda possessione*.

(11) Comentando la ley *patre furioso* del Digesto, tít. *qui sunt sui vel alieni iuris*.

necessariam esse ad usucapionem, vera non est utcumq; recepta sit, possessio. n. tantum (quod affinet ad propositum) ad praescribendum, vel usucapiendum desideratur, nec refert utrum illa possessio (si vitiosa non sit) originem traxerit a traditione an aliunde, sicq; si rem tuam mihi minime tradidisti, sed cum ego eam detinerem tuamq; esse putarem mihi vendidisti, dotis nomine dedisti, eam tempore a l. definito praescribam, non secus, quam si mihi eam tradidisses, quod n. si alius mihi bona fide eam accipienti commodavit, aut pignori dedit, quod si custodiae causa deposuit apud me, vel alio quovis modo sine vitio eam detinebam, in omnibus certe his speciebus, & similibus eius dominium nactus ero sine ulla etiam traditione si dominus postea eam mihi vendiderit, donaverit dotis nomine dederit, l. qua ratione, §. interdum. ff. de acq. rer. do. §. interdum, insti. de rer. divis. & similiter in omnibus his speciebus, & similibus usucapiendi, conditionem nactus ero si is qui mihi bonam fidem habenti, eam rem vendiderat, donaverat, dotis nomine dederat, dominus non erat ut dd. iuribus iuncta l. clavibus, ff. de contrahend. empt. nec usquam iuvenies legem aliquam dicentem talem traditionem ad usucapiendum necessariam esse, quinimo contrarium reperitur, tantum abest ut id exigatur, nam in l. iii. ff. de usucap. definitionem (quae denotare debet perfectam rei essentiam & quiditatem) tradens iureconsultus, de traditione verbum nullum, sed tantum exigit continuationem possessionis, & hanc ad rem iustam possessionem desiderari, & praeterea nihil leges proclamant, l. quod vulgo, ff. de usucap. l. pro empto. l. non solum. §. quod vulgo, ff. de usucap. l. i. l. penult. & fi. cum utrobique notatis, ff. pro legato, nec dubium est, quin iusta possessio esse no desinat in speciebus supra relatis etiam si traditio non fiat ab eo

la tradición para la usucapión, no es verdadera por muy admitida que sea; porque (en lo que se refiere a este propósito) sólo se exige la posesión para la prescripción o usucapión, sin que haga al caso el que dicha posesión (siempre que esté libre de vicio) traiga su origen de la tradición o de otra fuente; por consiguiente, si tú no me entregaste de ningún modo una cosa tuya, sino que reteniéndola yo en mi poder y creyendo que era tuya me la vendiste, o me la diste a título de dote, trascurrido el tiempo señalado por la ley prescribirá del mismo modo que si tú me la hubieras dado por tradición; porque del mismo modo si otra persona me la prestó, recibiendo yo de buena fe, o me la dió en prenda, si la depositó en mi casa para su custodia, o la retenía yo de cualquier otro modo libre de vicio, ciertamente en todos estos casos y en otros semejantes, habré adquirido la propiedad sobre ella aun sin género alguno de tradición, si después el dueño me la hubiera vendido, donado, o dado a título de dote (1); del mismo modo también en todos estos y parecidos casos habré alcanzado la facultad de usucapión, si estando yo de buena fe, la persona que me había vendido aquella cosa, o que me la había donado, o dado a título de dote, no era en realidad el dueño, conforme a las citadas leyes (2); ni en parte alguna hallarás una ley que afirme ser necesaria dicha tradición para la usucapión, más aún hallarás lo contrario; tan lejos está de exigirse dicha tradición. Porque en la ley 3.^a del Digesto, en el título *de usucapione*, al proponer el jurisconsulto la definición de ésta (que debe dar a conocer perfectamente la esencia y naturaleza de lo definido), ni una sola palabra se refiere a la tradición, sino únicamente exige la continuación de la posesión, y además que para este efecto se requiere una posesión justa; y fuera de eso nada más exigen las leyes, según consta por varias de ellas (3). Ni cabe la menor duda de que la posesión no deja de ser justa en los casos arriba referidos, aun cuando la tradición no se realice por la persona

(1) Según la ley *qua ratione*, §. *interdum*, Digesto, *de acquirendo rerum dominio* y el §. *interdum* de la Instituta, *de rerum divisione*.

(2) Juntamente con la ley *clavibus*, Digesto, tit. *de contrahenda emptione*.

(3) Tales son: la ley *quod vulgo*, Digesto, tit. *de usucapionibus*, la ley *pro empto y non solum*, §. *quod vulgo*, Digesto, *de usucapionibus*, y la ley 1.^a, penúltima y final del Digesto, tit. *pro legato*, con lo notado sobre ambas.

qui nobis dedit titulum vel causam praescribendi, ut patet in dictis legibus. Ergo superest hanc ad rem traditionem minime requiri, quando ille qui praescribere contendit in possessione erat sine vitio.

4. Quinimo † etiam si vitiose in possessione fuisset, quia eam a me vi, aut clam, aut precario definebat, si eandem rem ei postea vendidi, donavi, dotisve nomine dedi, cum me dominum esse ille credidisset, sine dubio praescribere poterit, sine ulla etiam nova traditione, quasi vitium illud possidendi accedente nova domini voluntate vel eius quem ille dominum esse putabat, purgatum videatur, ut patet in dictis iuribus & rationibus iuncta l. si id quod verb. quasi volente & concedente domina, ff. pro derelicto, & quod in simili plene tradunt Barto. & alii in l. fina. C. unde vi. circa finem iunctis his quae dicemus in cap. lxxii. & capit. lxxvii. infra, ubi edocemur malam fidem purgari accedente domini voluntate, vere vel interpretative.
5. Confirmantur isthaec † nam ut abenti ius in proprietate accrescit altera pars proprietatis l. si totam, ff. de acquirenda haeredita. & ut habenti partem & ius usufructus accrescit altera pars usufructus l. i. in prin. & §. i. & §. interdum l. pen. & per totum titulum, ff. de usufr. accrescen. & ut habenti ius proprietatis totus usufructus accedit, ut per totum illum titulum, ita & habenti ius possessionis quasi videtur accrescere sua proprietas, concurrentibus iis quae ad praescribendum vel usucapiendum necessaria sunt. Nec ab
6. iis multum distat ea acquisitio quae per alluvionem contingit

que nos dió el título o causa de la prescripción, según es manifiesto por dichas leyes; queda, pues, en pie que para este efecto de ningún modo se requiere la tradición, cuando la persona que pretende probar la prescripción a su favor, se hallaba en posesión de la cosa libre de vicio.

Más aún, aun cuando tal sujeto hubiera tenido la posesión viciosamente, porque retenía una cosa mía por la violencia o bien oculta o precariamente, si después yo le vendí, le doné o dí a título de dote la misma cosa, habiendo él creído que yo era el dueño de ella, sin duda alguna podría gozar de la prescripción, aun sin necesidad de una nueva tradición de ninguna especie, como si aquel vicio de la posesión se reputara corregido al sobrevenir la nueva voluntad del dueño o de aquel a quien el poseedor juzgaba verdadero dueño, según es manifiesto por las citadas leyes y razones, juntamente con la ley *si id quod* (1), en las palabras «como queriéndolo y concediéndolo la dueña», y según lo que exponen extensamente en parecidos términos Bartolo y otros autores al comentar la ley final del Código en el título *unde vi*, hacia el final, junto con lo que más adelante expondremos nosotros en los capítulos 72 y 77, en donde haremos ver que la mala fe se corrige al sobrevenir verdadera o interpretativamente la voluntad del dueño.

Confírmase toda esta doctrina, porque así como al que tiene derecho sobre una herencia le acrece la otra parte de la herencia vacante (2), y así como al que tiene parte y derecho en un usufructo, le acrece la parte vacante del usufructo (3), y al que tiene el derecho de propiedad le sigue todo el usufructo, según consta por todo el citado título, así también al que tiene el derecho de posesión, parece acrecerle la propiedad, siempre que concurren aquellos requisitos que son necesarios para la prescripción o usucapión. Ni difiere mucho de ésto, aquella adquisición que tiene lugar por medio del crecimiento de un río (*alluvio*) (4); porque así como ocultamente se incrementa mi fundo y adquiere lo que

4.

5.

6.

(1) Del Digesto, tít. *pro derelicto*.

(2) Según la ley *si totam*, Digesto, tít. *de acquirenda haereditate*.

(3) Según la ley 1.^a en la introducción y en el §. *interdum*, y según la ley penúltima y todo el tít. *de usufructu crescendo* del Digesto.

(4) Conforme al §. *praeterea per alluvionem*, Instituta, *de rerum divisione* con otras semejantes.

iuxta §. praeterea per alluvionem, inst. de rerum divis. cum simil. ut. n. latenter fundo meo accrescit & acquiritur quod per recessum fluminis contiguum relictum fuerat, ut ibi, ita quoq; & in specie nostra ius proprietatis iuri possessionis contiguum intelligitur esse, sicq; ei facile accrescit, iis quae ad eam possessionem iustificandam necessaria sunt, concurrentibus, nec ullibi invenies necessariam esse traditionem ex mente iureconsultorum, sed ut per alluvionem ex solo tempore cum fluminis actu contingit incrementum & accessio, d. §. praeterea, ita in usucapione per solum temporis cursum cum actu possidentis contingit incrementum & accessio

7. proprietatis ad possessionem, † sicq; ut adventitium lucrum est quod per ius accrescendi vel per alluvionem acquiritur l. si Titio, ff. de usufr. iuncta l. scimus. §. repetitionem. C. de inoff. test. ita quoq; adventitium lucrum est quod per usucapionem contingit iuxta d. l. iii. ff. de usucap. ibi
8. adiectio domini. † Ergo deficit unum ex quatuor primis elementis quibus praescriptionum materiam constare supra in pr. huius tractatus dicebamus, nec miremur, nam & mundum ipsum sunt qui negent quatuor elementis constare, sed tribus tantum ignis elementum negantes, & alii firman unicum elementum, nempe terrae, ex qua reliqua inquirunt elementa procedunt, sicq; non sunt propria elementa, quia elementum proprie est primum corpus.

por medio de la retirada del río quedó contiguo a dicho fundo, según consta en dicha disposición, así también en nuestro caso el derecho de propiedad se considera contiguo al derecho de posesión y por tanto fácilmente le incrementa, si concurren aquellos requisitos que son necesarios para justificar dicha posesión y en ninguna parte hallarás ser necesaria la tradición, atendida la mente de los juriscónsultos; sino que así como por medio de un aluvión, con solo el trascurso del tiempo junto con la acción del río tiene lugar el incremento y accesión, conforme al citado §. *praeferrea*, del mismo modo en la usucapión por solo el trascurso del tiempo acompañado del acto del posesor tiene lugar el aumento y accesión de la propiedad a la posesión; por consiguiente, como es lucro adventicio el que se adquiere por el derecho de acrecer o por medio de aluvión (1), así también es lucro adventicio el que tiene lugar por medio de la usucapión (2). Luego no es necesario uno de los cuatro primeros elementos de los que decíamos al principio de este tratado constar la materia de las prescripciones; ni nos ha de causar admiración, porque hay también quienes niegan que el mismo mundo esté constituido por cuatro elementos, sino solamente de tres, negando el elemento del fuego; afirmando otros existir un solo elemento, a saber, la tierra, de la que, dicen ellos, proceden los restantes elementos, que, por consiguiente, no serían propiamente elementos, ya que es propio del elemento el ser primer cuerpo.

7.

8.

(1) Conforme a la ley *si Titio*, Digesto, tít. *de usufructu* y a la ley *scimus*, §. *repetitionem* del Código, tít. *de inoficioso testamento*.

(2) Según la citada ley 5.^a del Digesto, tít. *de usucapionibus*, en las palabras *adiectio dominii*.

CAPVT LX

SUMMAE

1. *Praesentia est quid facti.*
2. *Praesentia ut probetur.*
3. *Impedito non currit praescriptio.*
4. *Hypothecaria quanto tempore praescribatur, ardua quaestio.*
5. *Impeditis sua sponte non subvenitur.*
6. *Abstinendi ius non datur ei qui sponte haeres extitit.*
7. *Necessitas sponte causata non consideratur.*
8. *Hypothecaria an competat ante excussum principalem debitorem.*
9. *Hypothecaria vel pignoratitia directa ut praescribatur ardua. q.*
10. *Impedito etiam sine spe restitutionis currit tempus si potuit tollere impedimentum & neglexit.*
11. *Pauperibus currit tempus sed restituuntur.*
12. *Hypothecaria generalis an praescribatur, ard. q.*
13. *Conditionalia nihil ponunt in esse.*
14. *Impedito de evictione agere an currat praescript, ardua quaestio.*
15. *Impeditis currit praescrip. xxx. annorum.*
16. *Censum annuum habens super re quae post alienatur, an agere impeditus dicatur not. q.*

CAPÍTULO LX

SUMARIO

1. La presencia es una especie de hecho. 1.
2. ¿Cómo se prueba la presencia? 2.
3. La prescripción no corre contra el que está impedido. 3.
4. ¿En cuánto tiempo prescribe la acción hipotecaria? Cuestión difícil. 4.
5. La ley no acude en apoyo de los que por propia voluntad están impedidos. 5.
6. No se concede el derecho de abstención al que es heredero voluntario. 6.
7. No se tiene en cuenta la necesidad causada por propia voluntad. 7.
8. ¿Es posible la acción hipotecaria, antes de perseguir al deudor principal? 8.
9. ¿Cómo prescriben la acción hipotecaria o pignoratícia directa? Cuestión ardua. 9.
10. El plazo corre y aun sin esperanza de restitución [*in integrum*] para el impedido que pudo quitar el impedimento y lo descuidó. 10.
11. El plazo corre también para los pobres, pero se les concede la restitución *in integrum*. 11.
12. ¿Prescribe también la acción hipotecaria general? Cuestión difícil. 12.
13. Las cosas condicionales nada real causan. 13.
14. ¿Corre también la prescripción para el que está impedido de entablar acción sobre evicción? Cuestión ardua. 14.
15. La prescripción de treinta años corre contra el que está ligado por impedimento. 15.
16. Quien disfruta de un censo anual sobre una cosa que después se enajenó, ¿debe decirse estar impedido para entablar acción? Cuestión notable. 16.



UOAD materiam praescriptionum qui intelligantur esse praesentes quive absentes tradit tex. in l. fin. ubi notant Glo. & doct. C. de longi temp.

poris praescrip. tradunt Ioannes Faber & Ange. Are. in prin. inst. de usucap. Verum cum ea quae facti sunt non praesumantur nisi probentur l. in bello. §. factae, ff. de capti. l. si emancipati. C. de coll. ibi, teq; emancipatum

1. probatum fuerit ubi notat Ias. post alios, quumq; praesentia sit quid facti necesse est ut qui inter praesentes decennio se praescripsisse contendit, probet praesentiam eius contra quem praescriptum vult, ita in specie tenent Iacob. Butriga. in d. l. fi. Angelus in l. pen. C. quib. non obs. longi tempo.
2. praescri. Andr. Tiraq. de praescrip. §. i. Glo. vi. † praesentiam autem probasse intelligitur si probaverit utrunq; tam praescribentem quam priorem rei dominum in eadem civitate fuisse praesentes, ita Ang. ubi supra Bald. in l. emptor. C. longi temp. praescrip. Petr. Philip. Corn. cons. l. in lite vertente col. fi. lib. ii. Bartholo. Socinus consi. cxxi. visa contingentia post princ. libr. i. Andr. Tiraq. ubi supra. in loco enim ubi quisque habitat ibi intelligitur esse praesens ita Io. Imolen. Alex. & Franciscus Aretin. in l. is potest. ff. de acq. haer. plene per Andr. Tiraq. ubi supra. & in legibus connubiali. Glo. vi. q. ii.

3. Deniq; † quemadmodum absentiae quasi privilegii loco concessum est ut duplicentur tempora & induciae usucapionum d. l. fi. C. de longi temp. praescrip. in princip. inst. de usucapio. ita quoq; impeditis iusto iuris impedimento datum est ut nullo modo currat praescriptio. l. i. §. fi. C. de annali excep. l. contra maiores. C. de inoffi. testam. l. qui

Quiénes se consideren estar presentes y quiénes ausentes, en lo que se refiere a materia de prescripciones, lo enseña la ley final del Código en el título de *longi temporis praescriptione*, donde lo notan la glosa y los doctores, como también Juan Faber y Angel Aretino sobre la introducción de la Instituta, de *usucapione*. Pero como las cosas que consisten en hechos no se presumen si no se prueban (1), y como la presencia sea una especie de hecho, es necesario que quien defiende la prescripción a su favor por el trascurso de diez años entre presentes, pruebe la presencia de aquella persona contra la cual quiere que se de la prescripción; así en concreto lo defienden Jacobo Butrigario (2), Angel (3), y Andrés Tiraqueau (4). Y se considerará haber probado la presencia, si hubiera probado que habían estado presentes en la misma ciudad ambos, tanto el que alega la prescripción en su favor, cuanto el dueño anterior de la cosa; así lo defienden Angel (5), Baldo (6), Pedro Felipe Corneo (7), Bartolomé Socino (8), y Andrés Tiraqueau (9), porque cada uno se considera estar presente en el lugar en que se tiene la residencia, así lo admiten Juan de Imola, Alejandro, Francisco Aretino (10), y extensamente Andrés Tiraqueau (11).

Finalmente, así como se ha concedido a la ausencia, como en razón de privilegio, el que se dupliquen los tiempos y los plazos de las usucapiones (12), así también a los que están impedidos por justo impedimento legal se les ha otorgado

(1) Según la ley *in bello*, §. *factae*, Digesto, de *captivis*, y según la ley *si emancipati*, Código, tít. de *collationibus*, en las palabras *teque emancipatum probatum fuerit*, en donde lo nota Jasón, siguiendo a otros autores.

(2) En la citada ley final.

(3) En la ley penúltima del Código, tít. *quibus non obs. longi temporis praescriptio*.

(4) De *praescriptione*, §. 1.º, glosa 6.ª

(5) *Ubi supra*.

(6) Sobre la ley *emptor*, Código, tít. de *longi temporis praescriptione*.

(7) Dictamen que empieza *in lite vertente*, colum. final, lib. 2.º

(8) Dictamen 121, *visa contingentia, post. princ.*, lib. 1.º

(9) *Ubi supra*.

(10) Al comentar la ley *is potest*, Digesto, de *acquirenda haereditate*.

(11) *Ubi supra* como también *in legibus connubialibus*, glosa 6.ª, cuest. 2.º

(12) Conforme a la ley final del Código, tít. de *longi temporis praescriptione* y a la introducción de la Instituta de *usucapione*.

4. haeredi. §. si pars, ff. de cond. & dem. Qua ratione controversum est an creditori habenti hypothecariam currat praescriptio eo casu quo debitor rem hypothecatam alienasset eamq; longo tempore emptor possedisset, movet quaestionem quod hodie creditor ille contra tertium illum possessorem agere non potest nisi demum excusso prius principali debitore, sicq; interim videtur agere impeditus & consequenter videtur quod contra eum praescriptio non currat arg. auth. hoc ita si debitor. C. de pignorib. & ita in specie per hanc rationem tenet Alex. consil. lviii. viso & perlecto prope finem lib. ii. verum contrarium tenet ipsemet Alex. cons. ccxx. ponderatis his quae in superiore lib. vi. col. ult. Andr. Tiraq. de praescr. §. i. Gl. vii. qui utrunq; locum
5. refert relinquit cogitandum, quid dicendum. & sane pars affirmativa ut contra istum creditorem currat praescriptio longe verior est, nam quod vulgo traditur contra impeditum agere, non currere praescriptionem id quidem regulare est. Fallit tamen quando in manu ipsius impediti erat remove illud impedimentum, idq; negligit tunc enim contra eum non desinit currere praescriptio non magis quam si revera vel omnino impeditus non fuisset; ita est text. in l. qui haeredi. §. si pars, ff. de cond. & demon. dixi plene in l. contra maiores. C. de inof. testam. ubi eadem similiter exceptio probatur.
6. Ad † idem l. iam dubitari, ff. de haer. inst. ubi aequissimum illud abstinendi beneficium filiis concessum eisdem denegatur quando non ex necessitate praecisa, sed tantum causativa haeredes patri extiterunt, si enim (inquit lex) filius a patre sub potestativa conditione haeres scriptus fuit, in manu sua erat conditionem minime explendo haeredem

el que de ningún modo corra la prescripción contra ellos (1). Por esta razón se ha disputado también, si corre la prescripción para el acreedor que tiene el derecho de hipoteca, en el caso en que el deudor hubiera vendido la cosa hipotecada, y el comprador hubiera estado en posesión de ella por largo tiempo; suscítase esta cuestión porque en el día de hoy dicho acreedor no puede proceder contra aquel tercer poseedor, sino en último término, después de haber perseguido primero al deudor principal, y por eso parece impedido mientras tanto para entablar acción, y como consecuencia parece que no corre contra él la prescripción, como lo prueba la auténtica *hoc ita si debitor* (2) y fundado en esta razón, así, en concreto, lo defiende Alejandro (3), y Andrés Tiraqueau (4), quien cita uno y otro lugar y deja a nuestra consideración la respuesta; y en verdad, la parte afirmativa, a saber, que la prescripción corre contra semejante acreedor, es mucho más conforme a verdad; porque lo que vulgarmente se afirma que la prescripción no corre contra el que está impedido de entablar acción, así es regularmente; pero no tiene lugar cuando estaba en la mano del impedido el remover aquel impedimento, y no hace caso de ello; porque entonces no deja de correr contra él la prescripción al igual que si en realidad o por completo no se hubiera visto impedido; así consta por el texto de la ley *qui haeredi* (5), y lo he tratado con toda extensión en la ley *contra maiores* (6) en donde igualmente se prueba la misma excepción.

5.

Lo mismo confirma la ley *iam dubitari* (7), en la que aquel justísimo beneficio de la abstención [de la herencia] concedido a los hijos, se les deniega con todo a los mismos cuando fueron herederos del padre no por una precisión necesaria, sino solamente causaliva; porque, dice la ley, si el

6.

(1) Según la ley 1.^a, §. final, Código, tít. *de annali exceptione*. la ley *contra maiores*, Código, tít. *de inofficioso testamento* y según la ley *qui haeredi*. §. *si pars*, Digesto, tít. *de conditionibus et demonstrationibus*.

(2) Inserta en el Código, tít. *de pignoribus*.

(3) Dictamen 220 que empieza *ponderatis his quae in superiore*, lib. 6.^o, colum. última.

(4) *De praescriptione*, §. 1.^o, glosa 7.^a

(5) En el §. *si pars*, Digesto, tít. *de conditionibus et demonstrationibus*.

(6) Del Código, tít. *de inofficioso testamento*.

(7) Digesto, tít. *de haeredibus instituendis*.

patris non fieri, unde si eam conditionem explevit continuo fit haeres a lege iure suitatis, iuxta, l. conditionibus pupillus verbo. iure potestatis ubi nota. Socin. colum. penultim. ff. de condition. & demonst. & tamen licet sic a lege haeres factus fuerit adhuc denegatur ei beneficium abstinendi eo, quod in manu sua fuerat conditionis implementum praetermittere, sicque haeres a lege minime fieret, prout haec ratio nuncupatim reddita est, in d. l. iam dubitari. ibi cum sub hac conditione instituti, iam non ut necessarii, sed sua sponte haeredes extiterint sicq; legis auxilium non meruerint.

7. Ad idem l. si filius qui patri, ff. de vulga. quam ubi supra inducit Socinus, & multa in simili per Iaso. in l. si fideiussor, §. si necessaria, ff. qui satisfacere cogantur. sic ergo, & in specie nostra auxilium legis impeditis pollicitum non meretur is creditor quando quidem in manu sua erat debitorem convenire, sicque illud impedimentum remove.

8. Praesertim † cum etiam ante principalem debitorem excussum competat actio hypothecaria contra tertium possessorem ut tradunt Glo. & Bartol. in l. secunda, C. commun. dividun. & Andraeas Tiraquel. ubi supra, & licet ipse possit opponere exceptionem ordinis, id tamen iam sufficeret ad suam praescriptionem interrumpendam ad eumque in mala fide constituendum, ut tradunt Doctor. in l. more litis, C. de rei vindicatio. & suo loco disseremus: pro nobis tex. in l. qui potest facere, ff. de regulis iuris, & in l. quibus diebus, in princip. ff. de conditio. & demonstration. ubi multa per Socin. post Barto. & Paul. Castren. ibi & per Hieronymum Cagnolum in d. l. qui potest, Philippumq; Decium ibi. & nostram sententiam in specie uno verbo tenet Franciscus

hijo fué instituido heredero por su padre bajo una condición potestativa en el hijo, en manos de éste estaba el no ser heredero del padre, dejando en absoluto incumplida la condición; por consiguiente, si dió cumplimiento a la condición inmediatamente, la ley le hace heredero por derecho de *sui-dad*, conforme a la ley *conditionibus pupillus* (1); y sin embargo, aun cuando la ley le haya hecho de este modo heredero, se le deniega con todo el beneficio de la abstención, por la razón de que en su mano había estado pasar por alto el cumplimiento de la condición y así de ningún modo la ley le hubiera hecho heredero, según expresamente se ha hecho constar esta razón en la citada ley *iam dubitari* en las palabras: «cuando fueron instituidos con esta condición, no como necesarios, sino que fueron herederos por su voluntad; y por consiguiente no se hicieron merecedores del auxilio de la ley».

A lo mismo puede referirse la ley *si filius qui patri* (2) que tanto en este lugar, cuanto en el arriba citado, explica en tal sentido Socino; y Jasón aduce en parecido caso copiosa doctrina al comentar la ley *si fideiussor* (3); del mismo modo, pues, en nuestro caso, dicho acreedor no es merecedor del auxilio de la ley ofrecido a los impedidos, puesto que en su mano estaba el perseguir al deudor y por tanto remover aquel impedimento principalmente, cuando, aun antes de perseguir judicialmente al deudor principal le compete al acreedor la acción hipotecaria contra el tercer pōsesor, según lo enseñan la glosa, Bartolo (4) y Andrés Tiraqueau (5); y aun cuando este tercer posesor pueda oponer la excepción de orden [o de *excusión*], sin embargo, bastaría ya ésto para interrumpir su prescripción y constituirle en mala fe, según lo enseñan los doctores (6) y nosotros lo trataremos en su propio lugar; en apoyo de nuestra opinión está la ley *qui potest facere* (7) y la introducción de la ley *quibus*

7.

8.

(1) En las palabras *iure potestatis*, Digesto, tít. *de conditionibus et demonstrationibus*, en donde así lo nota Socino, colum. penúltima.

(2) Digesto, tít. *de vulgari*.

(3) En el §. *si necessaria*, Digesto, tít. *qui satisdare cogantur*.

(4) Acerca de la ley 2.ª del Código, tít. *communi dividundo*.

(5) *Ubi supra*.

(6) Comentando la ley *more litis*, Código, tít. *de rei vindicatione*.

(7) Digesto, tít. *de regulis iuris*.

Balbus de praescriptio. in iiii. par. quintae partis principal. quaestio. iii. numero 2. versicu. ex quo infero motus, quia in potestate creditoris est efficere ut ea actio oriatur, id quod secundum superiora declarandum est, & quae dicta sunt in hac actione hypothecaria contraria repetita esse credantur, & in pignoratitia quia utroq; casu par ratio est, sicq; idem ius. l. illud ff. ad legem Aquiliam.

9. Hactenus de actione hypothecaria contraria † quid autem in pignoratitia, vel hypothecaria directa, quae competit debitori contra creditorem, puta debebam tibi centum pignoris nomine, tibi tradidi rem mobilem, vel hypothecae nomine tradidi tibi fundum, quam rem mobilem, aut fundum vendidisti, an emptor eas res praescribere possit cum ille non iure creditoris, sed tamquam res suas eas vendidisset: movet quaestionem, quod debitor ante solutionem non potest ad res suas recuperandas agere, sicq; ut impedito non currere praescriptionem videbatur, argumen. d. l. contra maiores, C. de inoffi. testament. d. l. prima. §. fina. C. de annali exceptio. d. l. fin. §. sin autem, C. commun. delega. Contrarium adhuc tenent Franciscus Balbus, ubi supra, post Paul. Castrens. quem allegat consil. ccxciii. ego Paul. Castrens. in volumine antiquo & Bald. consil. ccxcii. super eo lib. iii. moventur quia ille non videtur impeditus quandoquidem poterat debitum exolvendo rem suam recuperare sicq; ei non subvenitur argumen. d. l. iam dubitari. d. l. qui potest facere. d. l. quibus diebus. in princip. & in capitu. fina. de election. & in l. iii. §. quid ergo, ff. de contrario iudi. tutelae.
10. † Etenim vera & communis opinio est per dd. iura ut quando quis impeditus est, sed ipse potest impedimentum remove, tunc ei currat tempus etiam sine spe restitutionis, ita Felynus

diebus (1), que comenta extensamente en tal sentido Socino, siguiendo el sentir de Bartolo y Pablo de Castro (2), como también Jerónimo Cagnolo y Felipe Decio (3); y esta nuestra opinión la defiende también en idénticos términos Francisco Balbo (4); porque en mano del acreedor está el que tal acción nazca; lo que ha de declararse conforme a la anterior doctrina; y cuanto hemos dicho acerca de esta acción hipotecaria contraria, debe considerarse repetido acerca de la pignoratícia, porque en ambos casos existe la misma razón y por consiguiente el mismo derecho (5).

Hasta aquí hemos tratado acerca de la acción hipotecaria contraria; ¿qué diremos acerca de la acción pignoratícia o hipotecaria directa que corresponde al deudor contra el acreedor? Te debía yo, por ejemplo, cien y a título de prenda te entregué una cosa mueble, o a título de hipoteca un fundo; bien mueble o fundo que tú vendiste: ¿puede el comprador conseguir la prescripción de tales bienes, habiéndolos vendido el otro, no por derecho de acreedor, sino como bienes propios suyos? Suscita la cuestión el que el deudor no puede, antes de pagar la deuda, entablar acción para recuperar sus cosas, y por consiguiente parecía que la prescripción no corría contra él, como impedido que estaba, según lo prueban varias leyes (6). Defienden, con todo, lo contrario Francisco Balbo *ubi supra* siguiendo el sentir de Pablo de Castro a quien cita (7), y Baldo (8). La razón que les mueve es ésta, que tal deudor no parece estar impedido, puesto que podía, pagando su deuda, recuperar sus bienes, y por tanto dicha ley no viene en su auxilio, según lo prueban varias disposiciones (9). Porque es verdadera y común la opinión, conforme a las citadas leyes, de que cuando

9.

10.

(1) Digesto, tít. *de conditionibus et demonstrationibus*.

(2) Ambos al tratar de dicha ley.

(3) Acerca de la misma ley *qui totest*.

(4) *De praescriptione*, en la 4.^a parte, de la 5.^a parte principal, cuest. 3.^a núm. 2.^o, versic. *ex quo infero motus*.

(5) Según la ley *illud* del Digesto, tít. *ad legem Aquiliam*.

(6) La ley citada, *contra maioris*, Código *de inoficioso testamento*; la ley 1.^a, §. final del Código, tít. *de annali exceptione*; la ley final, §. *sin autem*, Código, tít. *communis de legatis*.

(7) En el dictamen 249 que empieza, *ego Paulus Castrensis, in volumine antiquo*.

(8) Dictamen 292 que empieza, *super eo*, lib. 3.^o

(9) La citada ley *iam dubitari*, la ley *qui potest facere*, la ley *quibus diebus* en la introducción, el cap. final *de electione* y la ley 3.^a, §. *quid ergo*, Digesto, tít. *de contrario iudicio tutelae*.

colum. i. & Paulus Parisius col. iii. in capitu. ex transmissa de praescription. Ludovic. Romanus consil. ccccxxxv. Hieronym. Cagnolus numero 3. in d. l. qui potest facere Alexand. consil. lxxii. colum. fina. libr. v. Riminaldus in l. procurator ultim. nota. C. de edendo Philippus Decius in cap. cum inter colum. viii. de exceptionibus, idem Decius consilio dclxxvii. Ioannes Crotus in repetition. l. si is qui pro emplore de usucapio. iii. colum. charta penultim.

11. † Quid autem si is debitor egestate laboraret, adhuc idem, ut contra eum currat tempus mero iure, quod attinet hanc ad rei suae praescriptionem, nam ea necessitas, quae non praeberet in communi impedimentum, sed tantum in particulari non est in consideratione, nam & similiter dicimus, quod & si necessitatis causa relaxetur solemnitas testandi, tamen intelligitur si ea necessitas erat in communi hominibus illius loci ubi testamentum fiebat, forte propter timorem pestis, aut hostium, non sic si erat particularis in eo testatore tantum, propterea quod erat reliquis forte concivibus infestus, aut ita pauper ut testes ad eum accedere noluerint ut disseruimus de succession. creation. libr. ii. §. xiiii. numero 61. in simili per Andraeam Tiraquellum de causa cessante par. ii. limit. xxxii. per l. i. ad finem, ff. de minoribus. Caeterum hoc casu licet tempus mero iure currere non desinat, tamen humanum erit concedere restitutionem, argumen. eorum, quae, diximus in illo articulo quo negavimus tempus appellandi currere pauperibus, ut supra lib. praeced. cap. cxxxvi.

12. Hactenus † quando ea res de qua praescribenda agebatur specialiter erat obligata, quid autem si generaliter, venditor

un individuo está impedido, pero puede él mismo apartar el impedimento, que entonces corre para él el tiempo aun sin esperanza de la restitución [in integrum]; así lo sostienen Felino y Pablo de Paris (1), Luis Romano (2), Jerónimo Cagnolo (3), Alejandro (4), Riminaldo (5), Felipe Decio (6) y Juan Croto (7).

Mas ¿qué diríamos si dicho deudor estuviera afectado 11. por la pobreza? Aun en ese caso resolveríamos lo mismo, que en puro derecho corre contra él el tiempo, en lo que se refiere a esta prescripción de dicho bien suyo, porque no se tiene en cuenta aquella necesidad que no ofrece impedimento en general, sino solamente en particular; porque del mismo modo decimos también, que aunque en razón de la necesidad no se exige la solemnidad de testamento, sin embargo, ésto se entiende si dicha necesidad era común para los moradores de aquel lugar en el que se hacía el testamento, por ejemplo, a causa del temor de una peste o de enemigos, pero no así si era particular de aquel solo testador, porque por ejemplo, era odioso para los restantes conciudadanos, o tan pobre que los testigos no quisieran acercarse a él, según lo hemos tratado en la obra *de successionum creatione* (8), y en parecido caso lo expone Andrés Tiraqueau (9). Por lo demás en este caso, aun cuando en puro derecho no deje de correr el plazo, sin embargo será humano el conceder la restitución [in integrum]. Como lo prueban aquellos argumentos que expusimos en el artículo en que rechazamos, que el tiempo de apelar corriera también para los pobres (10).

Hasta aquí nos hemos referido al caso en que el objeto de 12.

(1) Ambas acerca del cap. *ex transmissa, de praescriptione*, el primero en la colum. 1.^a y el segundo en la 3.^a

(2) Dictamen 455.

(3) En el núm. 3.^o, sobre dicha ley *qui potest facere*.

(4) Dictamen 72, colum. final, lib. 5.^o

(5) Sobre la ley *procurator*, not. últ. del Código, tít. *de edendo*.

(6) En el cap. *cum inter*, colum. 8.^a *de exceptionibus*, y en el dictamen citado 177.

(7) *In repetition. leg. si is qui pro emptore*, tít. *de usucap.*, colum. 3.^a, carta penúltima.

(8) Libro 2.^o, §. 14, núm. 61.

(9) *De causa cessante*, part. 2.^a, *limit.* 32 y en la ley 1.^a al final, Digesto, tít. *de moribus*.

(10) *Supra*, libro precedente, cap. 156.

qui de evictione emptori promisit, in id omnia bona sua obligavit (ut solemne est) deinde bona omnia alienavit, an reliqui emptores vel forte donatarii, qui ea bona acceperunt legitimo titulo possint praescribere contra illum primum emptorem ius hypothecae quod ei competeat & Andr. Tiraq. de praescrip. Gloss. vii. post Panormi. quem allegat consi. xxii. quidam Ioan. de Senis libr. ii. tenet, non currere praescriptionem, quibus adde idem tenentem Franc. Balbum de praescrip. in iiii. par. v. partis prin. q. iii. versi. & quod non praescribatur post Glo. quam allegat in l. empti. C. de evictio. Moventur, quia, inquiunt, emens rem alienam de evictione agere non potest antequam ea evincatur l. qui rem & l. si post. C. de evictionibus. ergo is impeditus est agere & consequenter contra eum non currit praescriptio per dd. ll.

Sed haec elegans opinio nobis tuta non sat videtur, nec enim mihi impeditus agere videri is potest, qui ius suum habet iam natum inq; esse iam productum, nec dubium est quin iste creditor ius reale habere intelligatur l. fi. C. de reb. ali. non ali. ergo non est agere impeditus cum habeat ius reale in esse productum & ortum, possitque prohibere & denunciare debitori, ne res suas alienet, nisi salvo iure suo hypothecae, & denunciare emptori ut eas res sciat esse obligatas, sicq; ut eas cum suo onere & causa emat & non aliter, sciatq; se in iis rebus si eas emerit habiturum consortem quoad illud ius hypothecae, quo facto ille iam in eodem statu constituetur in quo ipse debitor erat. sicq; hac mala fide praescribere nunquam poterit. Diversum est diversa; causa & ratio est illius, cui vel nullum de praesenti ius competit iuxta l. i. §. fin. ff. de annali excep. C. vel competit sub conditione iuxta d. §. sin autem l. fi. C. commu.

13. de lega. d. l. contra maiores. † Hi enim nullum ius habere

cuya prescripción se trataba, estaba ligado particularmente; mas qué diríamos, si el vendedor que ofreció al comprador asegurarle contra la evicción, obligó generalmente para este fin todos sus bienes (según es costumbre) y después los enajenó todos ellos, ¿pueden acaso los restantes compradores, o tal vez donatarios, que recibieron con legítimo título tales bienes, conseguir que prescriba contra el primer comprador el derecho de hipoteca que le correspondía? Andrés Tiraqueau (1), siguiendo el sentir del Panormitano (2) a quien cita, sostiene que no corre la prescripción; añade a éstos a Francisco Balbo que defiende lo mismo (3), siguiendo la doctrina de la glosa en la ley *empti* (4) que cita. Muéveles la razón de que el comprador de una cosa ajena, según ellos dicen, no puede entablar acción sobre la evicción antes que dicha cosa se le reclame, según las dos leyes abajo citadas (5); luego dicho comprador está impedido para entablar acción y por tanto no corre la prescripción, conforme a tales leyes.

Pero esta opinión tan notable no nos parece a nosotros bastante segura; porque ni por una parte puede parecernos impedido para proceder judicialmente quien tiene ya su derecho nacido y constituido en realidad, ni por otra cabe el dudar, que tal acreedor se considera tener un derecho real (6); luego no está impedido para entablar acción teniendo un derecho real, nacido ya y constituido en existencia, y pudiendo prohibir e intimar al deudor que no enajene sus bienes sino dejando a salvo su derecho de hipoteca, como también declarar al comprador que sepa que tales bienes están ya ligados, y por tanto que los compre con su carga y su causa y no de otra manera; y que sepa, que si llega a comprar tales bienes le tendrá a él como participante en ellos en cuanto a aquel derecho de hipoteca. Hecho ésto el comprador quedará ya constituido en el mismo estado en que se hallaba el propio deudor y por tanto con esta mala

(1) *De praescription*. glosa 7.^a

(2) Dictamen 22 que empieza, *quidam loan. de Senis*, lib. 2.^o

(3) *De praescript.*, en la 4.^a parte de la 5.^a parte principal. cuest. 5.^a, versíc. *et quod non praescribatur*.

(4) Código, tít. *de evictionibus*.

(5) La ley *qui rem* y la ley *si post*, ambas del Código, tít. *de evictionibus*.

(6) Según la ley final del Código, tít. *de rebus alienis non alienandis*.

dicuntur, quia conditionalia nihil ponunt in esse l. si quis sub conditione dandorum decem. ff. si quis omi. cau. testa. Sicq; merito dicuntur agere impediti & contra eos non currit praescriptio, ergo si noster emptor negligens fuerit in tali denunciatione facienda sibi imputet & merito ei curret praescriptio. Dicet quis, quid si ignoravit eas res sibi obligatas alienari? respondeam ei nihilominus currere praescriptionem, quia tunc non tam iuris quam facti esset impedimentum, quod non impedit currere praescriptionem, & in eo tantum quaestio tunc esset, an propter iustum illud facti impedimentum posset contra talem praescriptionem restitui ut per tex. iuncta doctrina Bar. ibi in l. fi. C. de longi temporis praescrip. de quo infra plenius agemus, cogita tamen.

14. Quid † autem si mihi postea nunciatum esset, hanc rem quam ab illo emi esse alienam, adhuc antequam, ex facto evicta esset, de evictione agere non possem d. l. si post d. l. qui rem. C. de evicti. & consequenter interea videor agere impeditus, nec mihi curreret praescriptio secundum Andr. Tiraquel. ubi supra. id quod durius est quam superius, nam id scire dicimur quod vehementer iustis ex causis moti opinamur, l. cum quidam, §. quod dicitur. i. & ii. cum ibi nota. per Gloss. & Doctor. ff. de acquiren. haered. si ergo postquam bona fide emeram viri boni & graves dixerunt mihi eam rem esse alienam, iam dicor scire eam esse alienam, & consequenter intelligo a me evictam iri verosimiliter, quia verus huius rei dominus non est credendus hanc suam rem omissurus, aut neglecturus l. cum de indebito, ff. de probatio. sicq; etsi nequeam de evictione agere contra principalem, nec etiam contra illos tertios possessores antequam re vera evincatur, interim tamen & potero, & deberem

fe, jamás podrá conseguir la prescripción. Cosa diversa sería y distinta la causa y razón de aquel a quien al presente o no le correspondiera ningún derecho (1), o le compitiera bajo condición (2). Porque éstos se consideran no tener derecho alguno, ya que las cosas condicionales nada causan en la realidad (3) y por tanto con razón se consideran impedidos para entablar acción, y no corre contra ellos la prescripción; luego si el comprador de nuestro caso fué negligente en hacer tal denuncia, a sí mismo ha de imputarlo y con razón correrá para él la prescripción. Pero, dirá alguno, ¿qué resolveremos si desconoció que se enajenaban las cosas que le estaban obligadas? Nuestra respuesta es, que a pesar de ello corre la prescripción para él, porque entonces no tanto existiría impedimento de derecho cuanto de hecho, lo que no impide que corra la prescripción; y solamente quedaría en pie la cuestión acerca de este punto, si en razón de aquel justo impedimento de hecho, podría darse la restitución [in integrum] contra tal prescripción, según el texto y la doctrina que sobre él expone Bartolo en la ley final del Cód. tit. *de longi temporis praescriptione*; ten con todo presente que de esto trataremos después más extensamente.

Mas ¿qué diríamos si después se me hubiera comunicado que aquella cosa que yo le había comprado era de otro? Aun entonces antes que de hecho me hubiera sido reclamada, no podría entablar acción sobre la evicción (4), y por consiguiente, parece que entre tanto estoy impedido para proceder judicialmente y la prescripción no correría para mí, según el sentir de Andrés Tiraqueau (5); afirmación que parece más dura que la anterior; porque se dice que tenemos conocimiento de aquello sobre lo que, movidos por justas causas, pensamos fundadamente (6); si, pues, después de haber yo

(1) Conforme a la ley 1.^a, §. final del Digesto, tit. *de annali exceptione*.

(2) Según la ley final, §. *sin autem* del Código, tit. *communis de legatis*, y la citada ley *contra maiores*.

(3) Según la ley *si quis sub conditione dandorum decem* del Digesto, tit. *si quis omitta causa testamenti*.

(4) Conforme a las dos leyes *si post*, y *qui rem*, ya citadas, Código, tit. *de evictionibus*.

(5) *Ubi supra*.

(6) Según la ley *cum quidam*, §. *quod dicitur*, 1.^o y 2.^o. Digesto, tit. *de acquirenda haereditate*, con lo que sobre ella notan la glosa y los doctores.

eis denunciare, ut sciant quemadmodum sese res habeat, etenim potentia proxima actui pro ipsomet actu reputatur, sicque cum primum maritus dissipare, vel ad inopiam vergere coepit, potest mulier agere ad dotem l. in rebus l. ubi, cum utrobique notatis, C. de iure dotium, ergo cum in specie nostra, cum primum intellexi rem esse alienam, intelligo potentiam, ut ea res a me absit, vel abscessura sit propinquam esse, & verosimillimam; par est ut contra illos tertios possessores agere possim saltem denunciando, quemadmodum se res habeat, eosque per hoc in mala fide constituendo, ut sic contra me ius meum hypothecae praescribere nequeant, id quod si omissem mihi merito imputabitur, mihiq; tanquam non impedito nisi culpa vel sponte, aut negligentia mea non est cur non currat praescriptio, iuribus, & rationibus de quibus supra, cogita tamen quia non affirmo.

15. In † superioribus tamen speciebus retenta opinione existimantium non currere praescriptionem illam, intellige quoad praescriptionem ordinariam decem, aut viginti annorum, non sic in praescriptione annorum triginta, quae non deberet currere secundum Balbum ubi supra q. iii. in fine.

16. † Quid si Maevius vendidit mihi decem aureos annuos, in idq; domum obligavit, quam postea alteri vendidit, qui contractus legitimus & usitatissimus est appellaturq; census, vulgari nomine, is per annos viginti eos aureos annuos persolvit totidemq; annos emptor domum eam bona fide possidet,

comprado dicha cosa, hombres honrados y dignos de crédito me dijeron que no era del vendedor, desde entonces se dice que tengo conocimiento de que es ajena, y por consiguiente, comprendo que con toda probabilidad se me ha de reclamar, porque no hemos de creer que el verdadero dueño de ella haya de abandonar o despreciar tal cosa suya (1); y por tanto, aunque no pueda entablar acción sobre evicción contra el principal, ni tampoco contra aquellos terceros poseedores, antes que efectivamente se me reclame, podré, sin embargo, entretanto, y deberé denunciarles el hecho, para que sepan en qué estado se encuentra la cosa, porque la potencia próxima al acto, se reputa ya por el mismo acto. Y así vemos que luego que el marido comenzó a derrochar y a precipitarse en la indigencia, puede la mujer entablar acción respecto a la dote (2), luego también en nuestro caso, no bien comprendí que tal cosa era ajena, entiendo existir ya la potencia próxima de que dicha cosa se aparte de mí, o haya de abandonarme; luego es justo que pueda mover acción contra tales terceros poseedores, por lo menos denunciando el estado en que se halla la cosa y por este medio constituyéndolos ya en mala fe, para que así no puedan hacer que prescriba en contra mía, mi derecho de hipoteca; cosa que si yo hubiera omitido con razón se me imputará a mí, y entonces como no impedido sino por culpa o voluntad o negligencia mía, no hay razón para que no corra la prescripción, por las leyes y razones de que antes se ha tratado. Ten presente, sin embargo, que yo no hago afirmación por mi parte.

Con todo, en los casos anteriores, admitida la opinión de quienes juzgan que no corre aquella prescripción, se ha de entender en cuanto a la prescripción ordinaria de diez o de veinte años, pero no en cuanto a la prescripción de treinta años que, según Balbo (3), no dejaría de correr. 15.

¿Qué diríamos si Mevio me vendió diez áureos anuales, para lo cual obligó una casa, que después vendió a un tercero; contrato legítimo y muy corriente que en términos 16.

(1) Conforme a la ley *cum de indebito*, Digesto, tít. *de probationibus*.

(2) Según la ley *in rebus* y la ley *ubi* del Código, tít. *de iure dotium*, con lo que se nota sobre ambas.

(3) *Ubi supra*, cuest. 3.^a al final.

postea is debitor meus non vult aut non est idoneus ad annum illum censum persolvendum, utrum possim agere contra domus illius emptorem, an vero ille sese praescriptione possit defendere, attigit Andr. Tiraquell. ubi supra Gloss. vii. in fin. sed non definivit, allegat Speculatorem de praescription. §. i. versicul. pone colonus, & titu. de locato, §. nunc aliqua versicul. xliiii. Guiliel. de Cune. & Bald. in l. solemnibus, C. de rei vendication. Bald. in l. arboribus. §. qui tamen ff. de usufruc. Cassane. in consuetud. Burgundiae titu. des censes. §. secundo colum. xv. versic. nunc succedit Alexandr. consil. lxxi. videtur colum. fina. lib. primo.

Et sane si illius domus emptori ab ipso venditore dictum fuit (vel etiam ab alio, ita ut credere deberet) eam rem esse obligatam vel illo censu oneratam, expeditum est eum ut malae fidei (quod attinet ad illud ius) possessorem non posse praescribere, quod si nihil ei dictum fuit tunc si illius rei ignarus erat qui emerat annum illum redditum, iusto facti impedimento tentus videtur, & est materia d. l. fin. C. de longi tempo. praescrip. cum ibi notatis per Bar. quod si id noverat, & neglexit denunciare emptori quemadmodum se domus illa haberet, ut sic eum in mala fide constitueret, sibi imputandum videtur iuxta ea, quae superius dicta fuerunt, nec enim video ut possit videri aut dici agere, aut denunciare impeditus is qui ius suum habet in esse productum, & nulla conditione suspensum.

vulgares se llama *censo*? Mevio me pagó durante veinte años dichos áureos anuales, y durante esos veinte años el comprador posee de buena fe dicha casa; pero después este deudor mío no quiere o no está en situación de pagarme dicho censo anual; ¿podría yo proceder contra el comprador de dicha casa, o más bien podría él defenderse con la prescripción? Toca esta cuestión Andrés Tiraqueau (1), pero no la resuelve, citando también al *Speculator* (2). Trátanlo asimismo Guillermo de Cune y Baldo (3), Cassaneo (4) y Alejandro (5).

Y en verdad, si al comprador de aquella casa le fué comunicado por el vendedor (o también por otra persona de modo que debiera darle crédito) que aquella cosa estaba ligada o cargada con dicho censo, es cosa clara que como poseedor de mala fe (en lo que se refiere a tal derecho) no puede conseguir la prescripción. Pero si nada se le comunicó, entonces el que había comprado dicho censo anual, si no tenía conocimiento de aquella compra, parece ligado por justo impedimento de hecho; y es el caso a que se refiere la citada ley final del Código en el título *de longi temporis praescriptione*, con lo que sobre ella nota Bartolo; mas si lo conocía y descuidó el denunciar al comprador el estado en que tal casa se hallaba, para de este modo constituirle ya en mala fe, parece deber imputárselo a sí mismo, conforme a lo que arriba hemos expuesto; porque no veo cómo pueda parecer o decirse impedido para proceder o denunciar quien tiene ya un derecho propio constituido en realidad, y no retenido por condición alguna.

(1) *Ubi supra*, glosa 7.ª al final.

(2) *De praescript.*, §. 1.º, versic. *pone colonus* y el tít. *de locato*, §. *nunc aliqua*, versic. 44.

(3) Los dos al comentar la ley *solemnibus*, Código, tít. *de reivindicacione*; Baldo también al tratar de la ley *arboribus*, §. *qui tamen*, Digesto, *de usufructu*.

(4) En sus «Costumbres de Borgoña», tít. *des censes*, §. 2.º, colum. 15, versic. *nunc succedit*.

(5) Dictamen 71 que empieza *videtur*, colum. final, lib. 1.º

CAPVT LXI

SUMMAE

1. *Titulus ad praesc. requiritur.*
2. *Titulus allegatus an praesumatur.*
3. *Intell. l. cum de in rem. ff. de usur.*
4. *Obligari personaliter durius quam rem tradere suam & alienari.*
5. *Titulus beneficii praesumitur ex longo tempore.*
6. *Oblivio praesumitur post longum tempus.*
7. *Emancipatio post longum tempus praesumitur.*
8. *Aditio haereditatis praesumitur.*
9. *Consensus praesumitur post longum tempus.*
10. *Matrimonium praesumitur post longum tempus.*
11. *Manumissio praesumitur post longum tempus.*
12. *Consensus patris praesumitur post longum tempus ad validandum filii contractum.*
13. *Tempus longum facit praesumi licentiam mariti in uxoris contractu, idem quoad consensum propinquorum.*
14. *Tempore ex longo praesumitur consensus domini in venditione rei emphyteuticae.*
15. *Tempore ex longo praesumitur ratificatio.*
16. *Emancipatio illegitima validatur ex longo tempore.*
17. *Longum tempus facit filium praesumi emancipatum.*
18. *Intell. l. cum de in rem. ff. de usur. ut procedat etiamsi allegaretur titulus donationis, contra communem opi.*

CAPÍTULO LXI

SUMARIO

- | | |
|--|-----|
| Para la prescripción se requiere título. | 1. |
| ¿Se presume el título alegado? | 2. |
| Sentido de la ley <i>cum de in rem</i> del Digesto, título <i>de usuris</i> . | 3. |
| Es más duro el obligarse personalmente que el dar o enajenar una cosa propia. | 4. |
| Se presume el título del beneficio en razón del largo plazo trascurrido. | 5. |
| Después de largo tiempo se presume el olvido. | 6. |
| Después de largo tiempo se presume la emancipación. | 7. |
| Se presume la adición de la herencia. | 8. |
| Trascurrido largo plazo de tiempo se presume el consentimiento. | 9. |
| Se presume el matrimonio después de largo tiempo. | 10. |
| Se presume la manumisión trascurrido largo plazo de tiempo. | 11. |
| Después de trascurrido largo tiempo se presume el consentimiento del padre para convalidar el contrato del hijo. | 12. |
| El dilatado trascurso de tiempo hace que se presuma el permiso del marido en el contrato de su esposa, como también el consentimiento de los parientes. | 13. |
| En virtud del largo plazo de tiempo se presume el consentimiento del dueño en la venta de un bien enfiteútico. | 14. |
| La ratificación se presume después de largo tiempo. | 15. |
| La emancipación ilegítima adquiere valor en virtud del largo trascurso de tiempo. | 16. |
| El largo trascurso de tiempo hace que se presuma la emancipación del hijo. | 17. |
| Sentido de la ley <i>cum de in rem</i> del Digesto, título <i>de usuris</i> , de suerte que tenga cumplimiento aun cuando se alegue título de donación; en contra de la opinión común. | 18. |

19. *Lex nova praeterita annullans, an extendatur ad diu observata.*
20. *Domicilium quanto tempore videtur quaeri.*
21. *Tempus longum facit sustineri contractus illegitimus.*
22. *Votum continentiae praesumitur ex longo tempore.*
23. *Ordo facer praesumitur ex longo tempore.*
24. *Unio ecclesiarum praesumitur ex longo tempore.*
25. *Consensus episcopi in unione praesumitur ex longo tempore.*
26. *Tempore ex longo praesumitur consensus coniugis ad solutionem tori.*
27. *Temporis longi taciturnitas facit praesumi divisionem, etiam si agatur de gravi praeiudicio, ardua quaestio.*

TERTIA PARS PRINCIPALIS

AD TITULUM SPECTANS



1. **T**ITULUM in praescriptionibus requiri vulgo traditum est per l. nullo, C. de rei vendic. l. unica, C. de usucapio. transfor. in princip. institu. de usucapion. cum similibus, quod nos iustam possidendi causam appellamus, l. quod vulgo, ff. pro emptor. l. non solum, §. quod vulgo, ff. de usucapion. l. fi. ff. pro suo, cum simil. quod quemadmodum intelligendum sit plene disseruimus infra, capitu. lxxvii. nume. 10. & capi. lxxii. & ca.
2. lxxxi. † Sed egregia quaestio est, ut iste titulus vel iusta possidendi causa probetur: is enim titulus sufficiens, & idoneus intelligitur, qui ad dominium transferendum habilis, & idoneus est (quale est si eam rem mihi venditam, aut dotis

- La ley nueva que anula las disposiciones anteriores, ¿se ha 19.
de extender a las cosas que se han observado por largo
tiempo?
- ¿Qué tiempo parece necesario para la adquisición de domi- 20.
cilio?
- El largo trascurso de tiempo hace que se sostenga en pie 21.
un contrato ilegítimo.
- Se presume hecho el voto de continencia trascurrido largo 22.
tiempo.
- Se presumen las órdenes sagradas en virtud del largo tiempo. 23.
- Se presume la unión de las iglesias en virtud del largo 24.
trascurso de tiempo.
- En virtud del largo trascurso de tiempo se presume el consen- 25.
timiento del Obispo para tal unión.
- Después del largo trascurso de tiempo se presume el consenti- 26.
miento del cónyuge para la solución de la vida conyugal.
- El silencio durante largo tiempo es causa de que se presuma 27.
la división [de los bienes] aun cuando se trate de grave
perjuicio; cuestión ardua.

TERCERA PARTE PRINCIPAL

QUE TRATA DEL TÍTULO

- Es doctrina vulgarmente enseñada que en las prescrip- 1.
ciones se requiere título, conforme consta por varias
leyes (1), que nosotros llamamos justa causa de poseer,
basados en varias disposiciones (2); y en qué sentido se
haya de entender esta doctrina, lo hallarás extensamente
expuesto más adelante (3).
- Pero surge la cuestión de gran importancia de cómo se 2.
prueba dicho título o justa causa de posesión. Porque se
reputa suficiente y apto aquel título que sea a propósito

(1) Por la ley *nullo*, Código, tít. *de rei vindicatione*; por la única ley del tít. *de usucapione transformanda* del Código; por la introducción de la Instituta *de usucapione* con otras semejantes.

(2) En la ley *quod vulgo*, Digesto, tít. *pro emptore*; en la ley *non solum*, §. *quod vulgo*, Digesto, tít. *de usucapionibus* y en la ley final del Código en el tít. *pro suo*, con otras semejantes.

(3) En el cap. 77, núm. 10 y en los caps. 72 y 81.

nomine datam, aut donatam inter vivos dicerem, aut forte
 legati, vel fideicommissi nomine in ultima voluntate relictam,
 vel conditionis implendae causa traditam, vel titulo haeredi-
 tario relictam, vel forte rem titulo pro derelicto captam, &
 similia ut per totos titulos, ff. & C. pro empto. & ff.
 & C. pro donato, & ff. & C. pro dote, & ff. & C. pro
 suo, & ff. pro derelicto, & ff. & C. pro haerede, & ff.
 pro legato & l. i. ff. de conditio. causa data. & l. videamus,
 ii. ff. de usuris, & per Bar. in l. in quartam numero, 9.
 cum sequentib. ff. ad leg. Falcid.) si ergo aliquo ex his
 titulis me possidere, & possedissem allegavi, an per solam
 allegationem is titulus iuncta diutina possessione praesu-
 3. matur, dubium & est † & crederem talem legitimum titulum
 allegatum praesumi ex diutina possessione per l. cum de in
 rem verso. ff. de usuris ubi si annua praestatio uniformis
 longo tempore mihi soluta fuit, & in posterum tantundem
 annuum mihi deberi contendam, & allegem aliquem titulum
 in id obligatorium, is titulus praesumitur, & probatur ex illa
 diutina praestatione, sic ergo & in specie nostra post-
 quam diu rem possedi si eam me ex iusto titulo possedissem
 allegem, is titulus ex ipsamet diuturna possessione praesu-
 metur. Adstringitur hoc argumentum: nam si in terminis d. l.
 cum de in rem, id fit ex vi possessionis discontinuae, quae
 esse intelligitur in decem annuis illis praestationibus, multo
 facilius, idem erit in specie nostra ubi erat possessio con-
 tinua, quandoquidem continua possessio tam efficacior est,
 discontinua, quod in illa solum decennium sufficit ad prae-
 scribendum: in ista vero centum anni exiguntur ut in l. i.
 §. ductus aquae, ff. de aqua quotid. & in l. i. & l. ii.
 ff. de aqua pluv. iuncta, l. servitutes in mag. ff. de ser.
 & adstringitur, ii. quia in terminis, d. l. cum de in rem, erat

e idóneo para trasferir el dominio, cual sería si dijera yo haberme sido vendida aquella cosa, o dada a título de dote, o por donación entre vivos; o que me había sido dejada por última voluntad, bien a título de legado o de fideicomiso; o que me había sido entregada en razón de cumplir una condición, o dejada a título de heredero, o tal vez de la que me había apoderado a título de *pro derelicto*, o cosas semejantes, según consta por toda la extensión de los títulos abajo consignados (1). Si, pues, he alegado poseer o haber poseído por alguno de estos títulos, ¿se ha de presumir dicho título por la sola alegación, si va unido con la posesión por largo tiempo? Es cosa dudosa, si bien creería yo que tal título legítimo alegado se presume en razón de la posesión por largo tiempo, basado en la ley *cum de in rem verso* (2) en la que consta que si anualmente se me pagó una renta uniforme por largo tiempo, y defendiera yo debérseme en adelante igual renta anual, alegando algún título obligatorio de tal prestación, tal título se presume y se prueba por tal prestación durante largo tiempo; del mismo modo también en nuestro caso, después que por mucho tiempo poseí una cosa, si alego haberla poseído con justo título, dicho título se presumirá en razón de la misma posesión durante largo tiempo. Refuézase más este argumento porque si, según los términos de la citada ley *cum de in rem*, tiene ésta lugar en razón de una posesión discontinua, cual se considera existir en aquellas prestaciones anuales durante diez años, mucho más fácilmente tendrá cumplimiento en nuestro caso, donde existió una posesión continua, puesto que la posesión continua es tanto más eficaz que la discontinua, cuanto que en aquella son suficientes diez años para la prescripción, mientras en esta otra se exigen cien años según varias leyes (3). Refuézase más, en segundo lugar, porque en la

(1) Tales son: tít. *pro emptore*, tít. *pro donato*, tít. *pro dote*, tít. *pro suo* tít. *pro haerede*, todos del Digesto y Código; tít. *pro derelicto* del Digesto; como también la ley 1.^a del Digesto. tít. *de conditionis causa data*; la ley *videamus* 2.^a, Digesto, tít. *de usuris* y el comentario de Bartolo en el núm. 9 sobre la ley 4.^a y siguientes del Digesto, tít. *ad legem Falcidiam*.

(2) Del Digesto, tít. *de usuris*.

(3) Según la ley 1.^a, §. *ductus aquae*. Digesto, tít. *de aqua quotidiana*; la ley 1.^a y 2.^a del Digesto, tít. *de aqua pluviae* y la ley *servitutes in mag.* del Digesto, tít. *de servitutilis*.

quasi possessio tantum, non etiam possessio vera ut patet, hic autem vera possessio est.

4. Postremo adstringitur, nam de longe graviore praeiudicio agebatur in terminis d. l. cum de in rem, quam in specie nostra, argumen. tex. egregii in l. unum ex familia, §. si rem ff. de leg. ii. ibi, sunt enim in rebus suis legandis, quam in alienis comparandis, & in onerandis haeredibus faciliores voluntates, quorum verborum sensus est longe facilius esse cuiq; rem suam dare quam obligari personaliter ad aliquid emendum emptumq; tradendum, quanto ergo durius videretur lureconsulto illi, si ea obligatio personalis non unica solutione perimenda esset, sed in aeternum duratura ad aliquid annum in aeternum persolvendum ut fit in terminis d. l. cum de in rem. Proinde si ibi huiusmodi duritiae non obstante, titulus allegatus ex sola illa diuturna non possessione, sed quasi possessione praesumitur, multo magis in specie nostra praesumetur ubi nulla in futurum obligatio est neque aeterna vel geminata, neq; simplex, praesertim cum hic sit vera possessio ibi impropria, hic continua, ibi discontinua.

Optime facit quia generale esse videtur ut ex diuturnitate temporis ad praescribendum definiti praesumatur titulus arg.

l. i. §. ductus aquae. ff. de aqua quotid. & l. i. & l. ii. ff. de aqua pluviali ar. ubi expressum est eam temporis diuturnitatem, vim legis conventionalis aut constituti obtinere, sicq; alium titulum non requiri. Neque ad rem pertinet quod ibi centum anni vel tempus immemorabile exigatur, nam ibi in rebus & possessione vel quasi discontinua, in qua tantundem

citada ley *de in rem*, existía solamente una *quasi posesión*, pero no una posesión verdadera, según es manifiesto; pero aquí existe verdadera posesión.

Corrobórase en último lugar, porque en la citada ley *cum de in rem* se trataba de un perjuicio mucho más grave que en nuestro caso; pruébese con el notable texto de la ley *unum ex familia* (1) en las palabras «porque los testadores son mucho más fáciles en legar sus propias cosas, que en obligarse a la adquisición de las ajenas, o en imponer cargas a los herederos», siendo el sentido de estas palabras, que es mucho más fácil a cualquiera el dar sus propias cosas que el obligarse personalmente a comprar algo y a entregarlo una vez comprado; pues, cuánto más duro le parecería a aquel jurisconsulto, si dicha obligación personal no hubiera de extinguirse por un único pago, sino que habría de durar para siempre, teniendo que satisfacer alguna renta anual perpetuamente, como sucede conforme a los términos de la citada ley *cum de in rem*. Por consiguiente, si en el caso de dicha ley, sin que sea obstáculo tan dura obligación, se presume el título alegado, sólo en razón de la duración, no de una posesión, sino de una *quasi posesión*, con cuánta más razón se presumirá en nuestro caso, en el que no existe obligación alguna para el futuro, ni perpetua, ni que deba satisfacerse dos veces, ni aun una sola vez; sobre todo existiendo en nuestro caso verdadera posesión y en aquel impropia; continua en el nuestro y discontinua en aquel.

Una razón muy del caso es, que parece ser general la presunción de título por el largo trascurso del tiempo señalado para la prescripción, como consta por varias leyes (2), en donde aparece expresamente que aquella larga duración de tiempo obtiene fuerza de ley convencional, o de *constituto*, y que por tanto no se requiere otro título. Ni ofrece dificultad alguna el que en dichas leyes se exijan cien años, o tiempo inmemorial, puesto que en ellas se trata de cosas y de posesión o *quasi* posesión discontinua, en la que los cien años producen igual y no mayor efecto

(1) En el §. *si rem*, Digesto, tít. *de legatis* 2.º

(2) Así consta por la ley 1.ª, §. *ductus aquae*, Digesto, tít. *de aqua quoti-diana* y por la ley 1.ª y 2.ª, Digesto, tít. *de aqua pluviae arcenda*.

& non plus operantur centum anni, quantum longum tempus decem vel viginti annorum, ubi possessio esset continua ut in specie nostra.

5. Postremo optime facit quia in nulla unquam re tam enixe titulus desideratur, quam in oblinendo ecclesiastico beneficio. c. beneficium ecclesiasticum de reg. iur. lib. vi. & tamen etiam in ecclesiasticis beneficiis post longum tempus decennii praesumitur titulus allegatus, ut est vera & communis opin. quam tenent Baldus, Angelus, Ioannes Imolensis, Ludovicus Romanus, Franciscus Aretinus in l. qui in aliena, in prin. ff. de acqui. haer. Andraeas Tiraquell. de praescrip. §. i. Glo. liii. versic. vi. eiusdem farinae, ex cuius relatione apparet hanc esse communem opinionem Fernandus Loazes Archiep. Tarraco. in consil. pro Marchione de Velez dubi. i. pag. cclxix. Hostien. Innocen. Cardinalis. Antonius de Butrio, Panorm. Ioannes de Imola, Felin. & communiter alii in d. c. illud. de praesumptio. & in d. c. licet Hely. de simonia & in d. l. si filius. C. de petiti. haeredi. Cardi. Andraeas Siculus & alii in c. requisisti de testa. Domini de Rota in deci. lxxxiiii. incip. nota, quod ubi contra aliquem excipitur. sub titu. de probat. & excepti. in antiquis, Ioannes de Imola in c. ex frequentibus. de insti. Nicolaus Milis in d. suo repertorio in verbo Episcopus. in d. versic. antep. Alex. in consil. ccxix. incipi. ponderatis his. colum. iii. vol. vi. Andraeas Siculus in cons. i. col. v. vol. liii. Bartholomaeus Soci. in consil. clxx. col. penul. vol. ii. Feli. in c. sicut. col. xv. versic. fallit. iii. de re iudi. & in consil. ii. incipi. excellens Doctor. in vi. & vii. col. Bartholomaeus Cassaneus in consi. xi. incipi. le cas. col. xxvii. in. ii. dubio, Ioannes de Amicis in consil. cxxii. incipi. coram magnifico

que produce el largo trascurso de diez o de veinte años cuando la posesión es continua, como lo es en nuestro caso.

Finalmente, es también muy buena razón, el que en ninguna cosa se exige jamás con más apremio el título, que en la obtención de un beneficio eclesiástico (1) y con todo aun en estos mismos beneficios eclesiásticos se presume el título alegando, trascurrido el largo período de diez años, según la opinión verdadera y común que defienden Baldo, Angel, Juan de Imola, Luis Romano, Francisco Aretino (2), como también Andrés Tiraqueau (3), de cuya relación se desprende ser esta opinión común; asimismo Fernando de Loazes (4), arzobispo de Tarragona, el Hostiense, Inocencio, el Cardenal, Antonio Butrio, el Panormitano, Juan de Imola, Felino y comúnmente los demás autores al tratar del citado cap. *illud, de praesumptione* (5), el Cardenal Andrés Sículo y otros autores al comentar el cap. *requisisti, de testamento*, los Miembros de la Rota en la decisión 84 (6), Juan de Imola (7), Nicolao de Millis (8), Alejandro (9), Bartolomé Socino (10), Felino (11), Bartolomé Cassaneo (12), Juan de Amicis (13), y lo enseña también Mateo de Afflictis en sus Decisiones Napolitanas (14).

En conclusión, esta parte se prueba por la razón: porque después de largo plazo de tiempo se presume el olvido, hasta el punto que después de tal tiempo se reputa uno olvidado de su posesión, ¿con cuánto más motivo se presumirá con

5.

6.

(1) Según el cap. *beneficium ecclesiasticum, de regulis iuris*, lib. 6.º

(2) Todos ellos al comentar la ley *qui in aliena* en la introducción, Digesto, tít. *de acquirenda haereditate*.

(3) *De praescriptione*, §, 1.º, glosa 4.ª, versic. 6.º, *ejusdem farinae*.

(4) *Consil. pro Marchione de Velez*, duda 1.ª, pág. 269.

(5) Asimismo al tratar del cap. *licet Hely, de simonia*, y de la ley *si filius* del Código, tít. *de petitione haereditatis*.

(6) Que empieza *nota quod ubi contra aliquem excipitur*, bajo el tít. *de probat. et except. in antiquis*.

(7) En el cap. *ex frequentibus, de institut.*

(8) En su citado *Repertorio*, en la palabra *episcopus*, versic. antepenúltimo.

(9) Dictamen 219 que empieza *ponderatis his*, colum. 4.ª, volum. 6.º

(10) Dictamen 170, colum. penúlt., volum. 2.º

(11) En el cap. *sicut*, colum. 15, versic. *fallit tertio, de re indi.*, y en el dictam. 2.º que empieza, *excellens doctor*, en la colum. 6.ª y 7.ª

(12) *Consil.* 11 que empieza *le cas*, colum. 27, en la duda 2.ª

(13) Dictamen 122 que empieza *coram magnifico domino*.

(14) Decisión 368 que empieza *in casu nobilem*, en la colum. 2.ª y siguientes.

domino & tradit Matthaeus de Afflictis in decisionibus Neapolit. decisio. cccclxviii. incip. in casu nobilium. in ii. col. cum seq.

6. In summa haec pars probatur ratione: nam post longum tempus praesumitur oblivio, adeo ut post tale tempus possessionis suae oblitus quis videatur, quanto ergo magis testes quorum nihil interest, per quos eum titulum, quo de agitur, probare curabam praesumentur merito obliti. Sicq; post tale tempus non iniuria tituli probatio maxime difficilis reputabitur & consequenter merito a lege cessabit hoc casu tituli probandi onus, isq; titulus allegatus post diuturnam possessionem merito praesumetur. Quod autem post longum tempus decennii etiam propriae possessionis quis oblitus praesumatur, vera & communis opin. est quam tenent Dynus in c. sine possessione. in fi. de reg. iur. lib. vi. Glo. & Iacobus Butrig. in l. licet. C. de acqui. haere. las. in l. i. §. per servum col. iii. lect. ii. ff. de acq. poss. Andraeas Tiraquell. qui hanc affirmat esse receptiorem sententiam de praescrip. §. i. Glo. iiii. versic. postremo tempus, ibi, sed multo plures Ioan. Andr. in additio. Specul. in tit. de peti. & poss. quo loco supra citavimus, Bar. & Bald. in l. i. C. de servis fugiti. Bar. & Ange. in d. §. si forte, ibiq; late Alex. col. i. & sequen. qui respondet rationibus adversariorum, Barto. in l. Celsus. col. ii. ibi, vel cum negligentia longi temporis, ff. de usucap. Bald. in l. ult. C. de his qui a non domi. & in l. si minorem. C. de in integrum restit. mi. & in d. l. i. in fi. C. de servis fugiti. & in repe. l. edicta. col. iiii. versi. incidentur quaeritur, ibi, dummodo sit intra decennium. C. de eden. & consil. xxxvii. quidam tabellio. col. ulti. lib. i. & consi. cl. casus actualiter, col. pen. lib. ii.

razón el olvido de los testigos, a quienes nada les va en ello y por quienes intentaba yo probar el título de que se trata? Por lo tanto, trascurrido tal plazo de tiempo con razón se considerará muy difícil la prueba de dicho título, y por consiguiente con toda razón cesará por disposición de la ley en este caso la obligación de probarlo, y justamente también, después de una posesión de largo tiempo, se presumirá el título alegado. En cuanto a la afirmación que después del largo plazo de diez años, se presume uno olvidado aun de su propia posesión, es opinión verdadera y comúnmente admitida, y que defienden Dino (1), la Glosa y Jacobo Butrigario (2), Jasón (3), Andrés Tiraqueau (4), que afirma ser esta doctrina más admitida por los autores; Juan Andrés (5), Bartolo y Baldo (6), Angel en el citado §. *si forte*, lugar que con toda extensión expone Alejandro (7), quien responde a las razones de los adversarios, Bartolo (8), Baldo (9), Roselo (10), el Panormitano y Felino (11).

En quinto lugar pruébase esta misma parte por el texto de la ley 1.^a del Código en el título *de patria potestate*, por la que consta que, después que el hijo estuvo en *quasi* posesión de no sujeción a la potestad del padre [*sui iuris*], aun cuando no presente título alguno de emancipación, o de

7.

(1) En el cap. *sine possessione*, al final, *de regulis iuris*, lib. 6.^o

(2) Comentando la ley *licet* del Código, tít. *de acquirenda haereditate*.

(3) Acerca de la ley 1.^a, §. *per servum*, colum. 4.^a, lect. 2.^a, Código, tít. *de acquirenda haereditate*.

(4) *De praescriptione*, §. 1.^o, glosa 4.^a, versic. *postremo tempus*, en las palabras *sed multo plures*.

(5) En sus adiciones al *Speculator* en el tít. *de peti. et posses.*, en el lugar que arriba citamos.

(6) Ambos comentando la ley 1.^a del Código, tít. *de servis fugitivis*.

(7) En la colum. 1.^a y siguientes.

(8) Comentando la ley *Celsus* del Digesto, tít. *de usucapione*, en las palabras «o con negligencia de largo tiempo», colum. 2.^a

(9) Sobre la ley última del Código, tít. *de his qui a non domino*, y comentando la ley *si minorem*. Código, tít. *de in integrum restitutione minorum*; la ley 1.^a al final. Código, *de servis fugitivis*, la ley citada *edicta* del Código, tít. *de edendo*, colum. 4.^a, versic. *incidenter quaeritur*, en las palabras «con tal que esté dentro del decenio», y en el dictam. 37 *quidam tabellio*, colum. última, lib. 1.^o y en el 150 *casus actualiter*, colum. penúltima, lib. 2.^o

(10) *Inter consilia Baldi*, dictam. 445 *super praedictis*, colum. 2.^a, lib. 2.^o

(11) Ambos sobre el cap. *vigilanti. de praescriptione*, el primero en la colum. 5.^a y el segundo en la columna penúltima.

Rosellus inter consilia Bal. consil. ccccxlv. super praedictis col. ii. lib. ii. Panormi. col. v. & Felin. col. pen. in c. viglanti de praescrip.

7. Quinto † eadem pars probatur per tex. in l. i. C. de patria potesta. ubi filius postquam diu fuit in quasi possessione sui iuris & si nullum titulum emancipationis vel dignitatis vel alterius rei aut modi per quem solent liberi a patria potestate liberari, ostendat, adhuc sui iuris esse praesumitur, & iustam causam seu titulum gerendi se pro homine sui iuris habuisse intelligitur, quamvis ea quasi possessio (id quod durius & mirabilius est) adversetur priori statui ipsius, nam ipse non negabat se patris sui legitimum filium fuisse ex legitimo matrimonio natum, sicq; olim sub eius potestate fuisse constitutum iuxta l. filium eum definimus. ff. de iis qui sunt sui vel alieni iuris & in prin. insti de patria potesta. & inst. de nuptiis in prin. Et tamen emancipatio in facto consistebat quod praesumitur ex diutina poss. vel quasi ut ibi iuncta l. si emancipati. C. de colla.
8. Sexto facit tex. egregius in l. si filiusfa. C. de pet. haered. ubi haereditatem filiofa. delatam is filius longo tempore possedit & ex illa diutina possessione praesumitur legitimus titulus, hoc est, haereditatis additio, licet illa in facto consistat. §. fi. inst. de haer. qual. l. gerit. l. is potest. ff. de acqui. haere. & textum. d. l. filiusf. dicunt singularem Bald. & Angelus ibi & Bald. in l. si certis annis col. iiii. C. de pact.
9. Septimo † facit. l. qui in aliena. in princ. versi. sed & si non adierit, ff. de acqui. haeredi. ubi ex diverso haereditatem

dignidad, o de alguna otra cosa o modo por el que los hijos suelen quedar emancipados de la patria potestad, se presume con todo ser *sui iuris* y se considera haber tenido justa causa o título para proceder como hombre emancipado, aun cuando dicha *quasi* posesión (lo que es más difícil y digno de admiración) sea contraria al primitivo estado del mismo; porque él no niega haber sido hijo legítimo de tal padre, nacido de legítimo matrimonio, y por consiguiente haber estado anteriormente constituido bajo su potestad, conforme a la ley *filium eum definimus* (1), y sin embargo la emancipación consistía en un hecho que se presume por la dilatada posesión o *quasi* posesión (2).

Pruébalo en sexto lugar el notable texto de la ley *si filiusfamilias* (3), por la que consta que un hijo de familia poseyó durante largo tiempo la herencia que le había sido dejada, y en virtud de aquella posesión de largo tiempo se presume el título legítimo, esto es la adición de la herencia aun cuando ésta consista en un hecho (4); y al texto de la citada ley *filiusfamilias* le llaman singular Baldo y Angel (5).

En séptimo lugar, prueba lo mismo la ley *qui in aliena* (6), en la que consta por el contrario, que el padre en persona poseyó durante largo tiempo la herencia que le había sido dejada al hijo de familia, y por este hecho se presume ya el legítimo título (esto es la adición de la herencia realizada por el hijo) aun cuando consiste en un hecho; texto notable según el sentir de todos los doctores al comentar esta ley (7).

Octavo, lo mismo prueba el notable texto del capítulo *illud, de praesumptionibus*, en el que consta que por la prolongada cohabitación de hombre y mujer se presume el

(1) Digesto, tít. *de his qui sunt sui vel alieni iuris* y a la introducción de la Instituta *de patris potestate* y *de nuptiis*.

(2) Como consta por tal lugar y por la ley *si emancipati* del Código, tít. *de collatione*.

(3) Del Código, tít. *de petitione haereditatis*.

(4) Conforme al §. final de la Instituta *de haereditate qualitate*; a la ley *gerit* y a la ley *is potest*, ambas del Digesto, tít. *ad acquirenda haereditate*.

(5) En el lugar citado y Baldo al comentar la ley *si certis annis*, colum. 4.ª, Código, *de pactis*.

(6) En la introducción, versic. *sed etsi non adierit*, del Digesto, tít. *de acquirenda haereditate*.

(7) Lo mismo que afirma Barb. en su dict. 53 que empieza *scribit Psalmista*, colum. 2.ª, lib. 2.º

filiofa. delatam pater ipse longo tempore possedit, & per hoc legitimus titulus utcunque in facto consistat praesumitur (hoc est, additio haereditatis a filio facta) & tex. ille singularis est secundum omnes Doctores ibi & secundum Barb. consi. xxxiii. scribit Psalmista col. ii. lib. ii.

10. Octavo † facit elegans text. in c. illud de praesump. ubi per diutinam cohabitationem maris & foeminae praesumitur legitimum matrimonium aliis concurrentibus adminiculis, nec dubium est rem facti esse matrimonium ut per totum titulum de sponsalibus, quem textum Antonius Cardina. Ioannes Imolen. Panormi. & Felin. ibi trahunt ad matrimonium spirituale recte contendentes, titulum beneficii ex diutina possessione vel quasi praesumi, ut supra disseruimus. Nec dubium est, contractum matrimonii longe gravioris praeiudicii esse, quam ullus alius contractus quandoquidem in aeternum inducit obligationem, adimitq; libertatem iuxta illud: quos Deus coniunxit homo non separet, ergo longe facilius idem recipiendum in reliquis actibus qui tanti momenti esse nequeunt.
11. Nono † facit tex. in l. circa. ff. de probatio. ubi qui diu fuit in quasi possessione libertinitatis, licet agnosceret se olim fuisse servum illius qui ei status quaestionem movebat, adhuc praesumitur iusto ex titulo & causa fuisse in tali quasi possessione, & si is titulus manumissionis sit quid facti. d. l. si emancipati. C. de colla.
12. Decimo † facit, nam si ex forma statuti filius nequeat contrahere sine expresso patris consensu, adhuc si is filius rem vendidit eamq; longo tempore emptor possedit, is consensus

matrimonio legítimo, siempre que concurren los demás adminículos; ni cabe la menor duda de que el matrimonio consista en un hecho, conforme consta por todo el título *de sponsalibus*; texto que al comentarlo Antonio, el Cardenal, Juan de Imola, el Panormitano y Felino, lo aplican también al matrimonio espiritual, defendiendo acertadamente que se presume la existencia del título del beneficio por la larga posesión o *quasi* posesión del mismo, según arriba lo hemos tratado. Ni cabe la menor duda de que el contrato matrimonial es de mucho más grave perjuicio que todo otro contrato, puesto que causa una obligación y quita la libertad para siempre, conforme al dicho del Señor: «a los que Dios unió, no los separe el hombre», luego con mucha mayor facilidad hemos de admitir lo mismo tratándose de los restantes actos que no pueden ser de tanta monta.

Noveno, hace también al caso el texto de la ley *circa, de probationibus*, por la que consta, que quien durante mucho tiempo gozó de la *quasi* posesión de libertino, aun cuando confesara haber sido en otro tiempo siervo de aquel que le suscitaba la controversia acerca de su estado, se presume, sin embargo, haberse hallado en dicha *quasi* posesión con justo título y causa, aun cuando tal título de la manumisión consista en algo de hecho (1). 11.

Pruébese en décimo lugar, porque aun cuando el hijo no pueda por la disposición de un estatuto entablar contrato sin expreso consentimiento del padre, con todo si tal hijo vendió alguna cosa que el comprador poseyó por largo tiempo, no deja de presumirse tal consentimiento y por tanto el legítimo título, aun cuando el consentimiento consista en un hecho, conforme a la ley *bonae fidei* (2); así lo defienden expresamente Baldo (3), Alejandro (4), Andrés Tiraqueau (5), Andrés de Barbatia (6) y Francisco Aretino (7). 12.

(1) Según la citada ley *si emancipati*, Código, tít. *de collatione*.

(2) En el §. 1.º, Digesto, tít. *de acquirendo rerum dominio*.

(3) Comentando la citada ley *si filiusfamilias*, Código, tít. *de petitione haereditatis*.

(4) Dictamen 79 *circa primum de quo quaeritur*, colum. 5.ª, lib. 1.º

(5) *De praescript.*, §. 1.º, glosa 4.ª, versic. 2.º, *huc pertinet*.

(6) En la ley *sciendum*, colum. 26, Digesto, tít. *de verborum obligatione*; en la ley 1.ª, colum. 12, Digesto del mismo título y en la ley 1.ª del Código, tít. *qui admitti*.

(7) *Consil.* 36, que empieza *casus talis est*, colum. 1.ª

& sic legitimus titulus utcunque consensus in facto consistat, iuxta. l. bonae fidei. §. i. ff. de acqui. rerum domi. praesumi, non desinit, ita in specie tenent Bal. in d. l. si filiusfa. C. de petit. haered. Alex. consil. lxxix. circa primum de quo queritur col. iii. lib. i. Andraeas Tiraquell. de praescri. §. i. Glo. iii. versi. ii. huc pertinet. Andraeas Barb. in l. sciendum col. xxvi. ff. de verb. oblig. & in l. i. col. xii. ff. de verb. obli. & in rep. l. i. C. qui admittit, Franciscus Aret. consi. xxxvi. casus talis est col. i.

13. Undecimo † facit (id quod superiori rei proximum est) quod si mulier aut minor nequeunt contrahere sine duorum propinquorum consensu, certe post longum tempus interventus illius consensus, utcunque in facto consistat, praesumitur. ita tenent Bal. Angel. Ioannes Imolen. & Aretinus in d. l. filiusf. per Andraeam Tiraq. de legibus connubi. Glo. v. viii. limi. unde in terminis. l. Taurinae. 55. idem respondendum erit, ut si uxor per illam legem contrahere inscio viro vetita contraxit, post longum tempus praesumatur licentia mariti praecessisse, quod alibi latius egimus.

14. Duodecimo † facit nam qui rem emphytheuticam emit & sciente domino directo eam diu possedit, praesumitur legitimus titulum (hoc est consensum) ab eo habuisse, ita Alex. consil. cxiii. viso & diligenter col. pe. lib. iii. Andraeas Tiraquell. ubi supra, nempe de praescri. §. i. Glo. iii. versi. iii. non hinc. Philippus Decius consil. clxxxv. col. ult. las. in d. l. si certis annis. C. de pactis. col. iii. idem Decius consi. cccix. viso consil. col. i. las. in l. i. col. vi. C. qui admitti.

13. Undécimo, pruébase también (aunque es una razón muy semejante a la precedente) porque si bien la mujer o el menor no pueden hacer contratos sin el consentimiento de dos parientes, ciertamente después de un largo período de tiempo se presume haber tenido lugar aquel consentimiento, aun cuando consista en un hecho; así lo defienden Baldo, Angel, Juan de Imola y el Aretino (1), como también Andrés Tiraqueau (2). Por consiguiente, la misma respuesta hemos de dar a los términos de la ley 55 de Toro, que si la mujer a quien por aquella ley se prohíbe hacer contratos sin conocimiento del marido, los efectuara sin embargo, después de largo tiempo se ha de presumir haber precedido la licencia del marido; de lo que hemos tratado con más extensión en otro lugar.

14. Duodécimo, prueba lo mismo, el que si alguno compró una cosa enfiteúfica y la poseyó por largo tiempo sabiéndolo el dueño directo de la misma, se presume haber recibido de éste el legítimo título (esto es su consentimiento); así expresamente lo defienden Alejandro (3), Andrés Tiraqueau (4), Felipe Decio (5) y Jasón (6).

15. Décimotercero, pruébase porque si un hijo de familia reconoció la posesión de los bienes que le había sido dejada, y por largo tiempo estuvo en posesión de los bienes hereditarios, por lo mismo se presume ya la ratificación del padre, aun cuando ésta consista en un hecho y por consiguiente adquiere el padre para sí el usufructo, conforme a la ley final del Código en el título *de bonis quae liberis*; así en concreto lo sostiene la glosa de la ley 1.^a en la palabra *ratam*, del Código, tit. *qui admitti*. glosa que al comentar tal ley admiten Cino, Bartolo, Angel, Salicet, Fulgosio, Luis Romano, Alejandro y Felipe Corneo, así como también Jasón y Andrés Tiraqueau, en el lugar antes citado, versic. 5.^o *quod auctoritate*, en donde afirman ser esta opinión común, aun cuando Pablo de Castro haya sostenido lo contrario (7).

(1) Al comentar la ley citada *si filiusfamilias*.

(2) *De legibus connubi.*, glosa 5.^a, limit. 8.^a

(3) Dictamen *viso et diligenter*. colum. penúlt., lib. 5.^o

(4) *Ubi supra*, a saber *de praescript.*, §. 1.^o, glosa 4.^a, versic. 3.^o, *non hinc*.

(5) Dictamen 185, colum. última, y 419 *viso consilio*, colum. 1.^a

(6) Comentando la ley *si certis annis*, Código, *de pactis*, colum. 3.^a y la ley 1.^a, colum. 6.^a, Código, tit. *qui admitti*.

(7) En la citada ley 1.^a

15. Tertiodecimo † facit, nam si bonorum possessionem sibi delatam filiusfa. agnovit & res haereditarias longo tempore possedit, per hoc praesumitur patris ratificatio, utcunque facti sit, sicq; sibi quaeritur ususfructus iuxta. l. fin. C. de bonis quae liberis, ita in specie tenent Glo. in l. i. verb. ratam. C. qui admitti. quam ibi sequuntur Cynus, Bar. Angel. Salicetus, Fulgosius, Ludovi., Romanus, Alexan. Philippus Corneus, & Ias. & Andraeas Tiraquell. ubi supra versi. v. quod auctoritate, ubi hanc dicit communem opinionem, licet contrarium voluerit Paulus Castrensis in d. l. i.
16. Quartodecimo † facit. l. si post mortem cum Glo. ff. de adopt. ubi filiusfa. & si minus rite fuisset emancipatus, tamen si diu stetit in quasi possessione hominis sui iuris, per hoc ea emancipatio quasi revalidatur.
17. Quintodecimo facit, nam si filiusfa. diu vixit seorsum a patre per se negotiando, licet non probetur fuisse in quasi possessione hominis sui iuris, hoc est non probetur se quasi emancipatum gessisse, adhuc praesumitur emancipatus, utcunque emancipatio facti sit. l. si emancipati. C. de colla. ibi teq; emancipatum probatum fuerit, ubi notat Ias. ita in specie tenet Bald. in dicta. l. si post mortem, prope finem Andraeas Tiraquell. ubi supra versiculo septimo superioribus. idem Bald. in l. i. per text. ibi. C. de patria potesta. & in l. secunda. C. si adversus rem iudi. Andraeas Barba. in dicta. l. sciendum col. xxvii. ff. de verborum obliga. Ias. in d. l. si certis annis colum. penult.
18. Sextodecimo facit textus egregius in l. Procula, ff. de prob. iuncta l. cum de indebito eod. titu, ubi & si donatio

Décimocuarto, pruébase asimismo por la ley *si post mortem* (1), por la que consta que el hijo de familia aun cuando hubiera sido emancipado ilegítimamente, sin embargo si por mucho tiempo perseveró en la *quasi* posesión de hombre no sujeto a potestad ajena [*sui iuris*], por este hecho se revalida en cierto modo tal emancipación. 16.

Décimoquinto, pruébase también, porque si el hijo de familia vivió por mucho tiempo separadamente de su padre, negociando por su cuenta, aun cuando no se pruebe haberse hallado en *quasi* posesión de hombre *sui iuris*, ésto es no se pruebe haber procedido como hombre emancipado, con todo se presume emancipado aun cuando la emancipación consista en un hecho, conforme a la ley *si emancipati* (2); así especialmente lo defienden Baldo (3), Andres. Tiraqueau (4), Andrés de Barbatia (5) y Jasón (6). 17.

Décimosexto, lo mismo consta por el notable texto de la ley *Procula* (7), por la que aparece que aunque la donación nunca se presume, sin embargo, tiene lugar tal presunción después de largo tiempo, siempre que acompañen los restantes adminículos, según lo defienden Bartolo (8), cuyo parecer sigue Andrés Tiraqueau (9), Juan de Platea (10), Cumaniano (11), Baldo, Salicet y Floriano (12), como también Felipe Decio (13), la glosa y Bartolo en la ley *libertus quos* (14), 18.

(1) Digesto, tít. *de adoptione*, junto con su glosa.

(2) Del Código, tít. *de collatione* en las palabras «y se hubiera probado que habías sido emancipado», donde lo nota Jasón.

(3) Comentando la dicha ley *si post mortem*, hacia el fin; lo mismo en el texto de la ley 1.^a, Código, tít. *de patria potestate* y en la ley 2.^a, Código, *si adversus rem iudicatam*.

(4) *Ubi supra*, versic. 7.^o, *superioribus*.

(5) Acerca de la citada ley *sciendum*, colum. 27, Digesto, tít. *de verborum obligatione*.

(6) Comentando la ley *si certis annis*, colum. penúltima.

(7) Digesto, tít. *de probationibus* junto con la ley *cum de indebito* del mismo título.

(8) Al comentar la citada ley *Procula*, y la ley *quae dotis*, Digesto, tít. *solutio matrimonio*.

(9) *Ubi supra*, versic. 8.^o, *istis*.

(10) En la ley *quicumque*, tít. *de apochis publicis*, lib. 10.

(11) En el dictamen 136 *visis instrumentis*.

(12) Los tres al comentar la dicha ley *Procula*.

(13) Dictamen 202 que empieza *ut praesens consultatio*, columna final.

(14) En el §. 1.^o, Digesto, tít. *de alimentis legatis*.

nunquam praesumatur, tamen post longum tempus praesumitur cum aliis adminiculis secundum Barto. in d. l. Procula sequitur Andr. Tiraquel. ubi supra versicu. octavo istis, idem Bart. in l. quae dotis, ff. solut. matrimo. Ioannes de Platea in l. quicunq; de apo. pub. lib. x. Cuman. consil. cxxxvi. visis instrumentis Bal. Salicetus, & Florianus in d. l. Procula, Philippus Decius consil. ccii. ut praesens consultatio colum. fina. Glo. & Bar. in l. libertus, quos, §. i. ff. de alimen. leg. Bar. Ludovi. Rom. Alex. & alii in d. l. quae dotis, & alii quamplures quos allegat Andraeas Tiraq. ubi supra referens multos contrariae partis assertores, qui affirmant d. l. cum de in rem. non habere locum quando possessor ille, vel quasi possessor titulum donationis allegaret, quia tunc, inquirunt, cum sit iuris praesumptio in contrarium, quia nullus praesumitur donare iuxta, d. l. cum de indebito. merito ex tali allegatione is titulus allegatus non praesumeretur, quae ratio vento levior est, nam & similiter emancipatio non praesumitur, quia facti est d. l. si emancipati, ea autem quae facti sunt minime praesumuntur, nisi probentur ut ibi, & l. in bello, §. factae. ff. de capti. & tamen ea emancipatio post diutinam possessionem vel quasi praesumi non desinit d. l. i. C. de patria potesta. cum aliis supra allega. astringitur haec ratio, nam emancipatio similiter continet donationem, & non quidem levem, sed rei inestimabilis, l. filiusf. §. secundum vulgarem, ff. de lega. i. ergo cum ex diuturna quasi possessione emancipationem praesumi ostenderimus, longe facilius, idem praesumendum in alterius cuiusq; rei concessione.

Astringitur, & secundo, nam si ex vi diutinae quasi possessionis (ut est in quasi possessione gerendi se pro homine sui iuris) recedimus ab illa praesumptione, quod nullus

Luis Romano, Alejandro y otros autores, al comentar la citada ley *quae dotis* y, finalmente, otros muchos que alega Andrés Tiraqueau (1), citando también a numerosos autores, defensores de la contraria opinión, quienes sostienen que la citada ley *cum de in rem* no tiene cumplimiento cuando dicho poseedor o *quasi* poseedor alegara el título de donación, porque en este caso, dicen ellos, existiendo la presunción de derecho en contrario, ya que, según la ley *cum de indebito*, la donación en nadie debe presumirse, con toda justicia, en razón de dicha alegación no se presumiría el título alegado, argumento menos consistente que el aire, porque lo propio sucede con la emancipación que no puede presumirse, por tratarse de un hecho (2), ya que las cosas que consisten en un hecho no se presumen de ningún modo, si no se prueban (3), y, sin embargo, tal emancipación después de dilatada posesión o *quasi* posesión no deja de presumirse (4). Esta razón se corrobora porque la emancipación contiene asimismo una donación y no de escaso valor, sino de una cosa inestimable (5), luego habiendo demostrado ya que la emancipación se presume en virtud de una dilatada *quasi* posesión, con mucha mayor facilidad ha de presumirse lo mismo, tratándose de la concesión de otra cosa cualquiera.

Refuézase el argumento en segundo lugar, porque si en virtud de una dilatada *quasi* posesión (como sucede con la *quasi* posesión de conducirse como hombre *sui iuris*), nos apartamos de aquella presunción de que la donación no se presume en nadie, con mucha mayor razón sucederá lo mismo en virtud de una verdadera posesión, como si, por ejemplo, poseí una cosa tuya con tu conocimiento. Más aún, en esta sola presunción de donación se fundan casi siempre todas las leyes que disponen acerca de la prescripción entre presentes, cual es la ley *alienationis verbum* (6) y la ley *si*

(1) *Ubi supra*.

(2) Según la ley *si emancipati*.

(3) Conforme a dicha ley y a la ley *in bello*, §. *factae*, Digesto, tít. *de captivis*.

(4) Conforme a la citada ley 1.^a del Código, tít. *de patria potestate*, y a otras leyes arriba aducidas.

(5) Según la ley *filiusfamilias*, §. *secundum vulgarem* del Digesto, tít. *de legatis*, lib. 1.^o

(6) Digesto, tít. *de verborum significacione* en las palabras *vix est enim ut non videatur*, etc.

praesumitur donare, multo magis idem fiet ex vi verae possessionis ut si diu possedi rem tuam te sciente. Quinimo in hac sola praesumptione donationis plerunque nituntur omnes leges de praescriptione inter praesentes disponentes, qualis est, leg. alienationis verbum, ff. de verborum significatio. ibi vix est enim ut non videatur, & c. & l. si quis diutino. in princip. ff. si servi. ven. nec dicatur, quod d. l. si quis diutino. loquitur in concessione servitutis, quae parvi praeiudicii esse videtur, sicque titulum non exigit, nam quia idem fit in iis quoque quae maioris momenti, & praeiudicii sunt, constat ex dict. leg. alienationis, ubi de ipsa proprietate agebatur, & idem probatur in l. si ego, §. primo, ff. de public. in rem action. ibi per traditionem, aut per patientiam forte, & tamen ibi agebatur generaliter de omni servitute, & sic etiam de usufructu qui pars dominii est, l. quarta ff. de usufruc. ad idem §. finali. institu. de iniur. ubi praesumitur per patientiam etiam unius anni iuris nostri concessio, & remissio, denique hoc probat evidenter, dict. l. cum de in rem verso, ff. de usuris in longe fortioribus terminis, ut exposuimus supra prope initium huius capituli. Praesertim cum ibi illa obligatio annua non est, cur non posset procedere ex causa donationis non secus, quam ex reliquis quibusvis causis, & qui contrarium dixerit loquetur contra generalitatem illius textus, & in mille iuris speciebus supra relatis & infra referendis apparet ea quae sunt facti, licet regulariter non praesumantur, nisi probentur, praesumi tamen post longum tempus. Sit ergo firma conclusio, quod si rem tuam te sciente, & patiente diu possedi, & tibi eam vendicanti obieci, quod eam mihi donasti, tunc is titulus donationis praesumitur ex ipsamet diutina possessione, quae te patiente cucurrit. Intellige concurrentibus adminiculis, id quod (quibusdam repugnantibus)

quis diutino (1); ni se objete que esta ley última trata de la concesión de servidumbre que parece ser de pequeño perjuicio y que por tanto no exige título, porque lo mismo sucede tratándose de aquellas cosas que son de mayor importancia y perjuicio, según consta por la citada ley *alienationis*, en la que se trataba de la propiedad misma; lo mismo prueba, también, la ley *si ego* (2), en las palabras «tal vez por la tradición o por la paciencia» y, sin embargo, allí se trataba de un modo general, de toda clase de servidumbre y por tanto también del usufructo que es una parte del dominio (5). Lo mismo prueba el §. final de la Instituta *de iniuriis* en donde se presume por la paciencia aun de un solo año la concesión y abandono de nuestro derecho; finalmente ésto prueba también con evidencia la citada ley *cum de in rem verso* (4) en términos mucho más convincentes, según lo expusimos anteriormente casi al comienzo de este capítulo. Principalmente cuando en tal lugar no hay razón para que dicha obligación anual no pudiera proceder de una causa de donación, del mismo modo que de otras cualesquiera causas; y quien afirmare lo contrario, hablará contra la generalidad de aquel texto, y en innumerables clases de derecho, de las que ya hemos tratado y en adelante hemos de tratar, aparece que las cosas que consisten en un hecho, aunque regularmente no se presumen, si no se prueban, con todo se presumen después de dilatado tiempo. Quede, pues, en pie esta firme conclusión, que si por largo tiempo a ciencia y paciencia tuya poseí una cosa tuya, y al reivindicarla tú posteriormente opuse que me la habías donado, en tal caso se presume dicho título de donación en virtud de la misma dilatada posesión que corrió, consintiéndolo tú mismo. Lo que se ha de entender siempre que concurren los restantes adminículos, cosa que (con la oposición de algunos autores) admiten comúnmente los demás, según antes hemos dicho. En segundo lugar, se ha de entender aun cuando no concurrieran los restantes adminículos, cosa que admiten algunos y que es muy conforme a verdad, aun cuando lo rechazan la mayor parte de los nuestros.

(1) En la introducción, Digesto, tít. *si servitus vendicetur*.

(2) En el §. 1.º, Digesto, tít. *de publiciana in rem actione*.

(3) Conforme a la ley 4.ª, Digesto, tít. *de usufructu*.

(4) Digesto, tít. *de usuris*.

communiter receptum est ut diximus. Secundo intellige etiam si alia adminicula non adessent, id quod quidam (plerisque nostrorum repugnantibus) admittunt, & verissimum est.

- Decimo septimo facit egregius tex. in l. qui in provincia, §. primo, ff. de ritu nuptiarum ibi, movemur temporis diuturnitate, ubi Imperator alias non confirmaturus temporis diuturnitate motus, id quo de agebatur confirmavit, quem text. litteris aureis scribendum esse, aiunt Barbatius consilio nono praeclare. columna secunda libro secundo, & Andraeas Tiraquellus de praescription. §. primo Gloss. quarta versicu. nono huc spectat, cuius textus argumento Angelus ait: legem novam, quae praeterita annullat non extendendam ad ea quae essent temporis diuturnitate stabilita, ita Ange. consil. iii. in q. proposita col. fi. cuius rei neq; contestem neq; rursum contradicentem se unquam reperiisse Felynus testatur in capitu. fi. col. vii. de const. Catellianus Cotta in memorabil. incipien. lex nova post Bald. quem allegat & ita intelligit consil. cvii. considerandum lib. v. Philipp. Corneus consil. cxcix. in praesenti consultatione col. antepe. lib. ii. ut notat Andraeas Tiraq. ubi supra; quibus etiam & illud aliquantulum consonat, & facit, nam si vir & mulier diu cohabitarunt tamquam vir, & uxor per ignorantiam iuris confirmatur status filiorum, ita ut legitimi intelligantur secundum eum post Pau. Castren. & alios quos allegat, cogita super istis.
20. Decimo octavo facit nam ubi quis per integrum decennium habitavit, ibi intelligitur suum domicilium constituere, & illud illinc, ubi prius erat, mutare secundum eum ubi supra versic. decimo istis. per. l. ii. C. de incolis lib. 10. tradunt Glo. & Doct. ibi Glo. & Doct. in l. haeres absens. ff. de iudici. Cynus in l. ii. C. ubi senatores vel clarissimi Bar. in l. lex Cornelia. §. domini. ff. ad legem Corneli. de iniur.
21. Decimo nono facit. c. contingit. de transact. ibi & fuerit aliquot annis servata, ubi ex diuturnitate temporis contractus

Decimoséptimo, prueba lo mismo el notable texto de la ley *qui in provincia* (1), en las palabras «nos mueve a ello el largo tiempo trascurrido» en donde el Emperador, movido por el largo período de tiempo, confirmó aquello de que se trataba y que de otro modo no confirmaría; texto que al decir del de Barbatia (2) y de Andrés Tiraqueau (3) debería escribirse con letras de oro; y en el que fundándose Angel dice que la ley nueva que anula las disposiciones anteriores no se ha de extender a aquellas cosas que estuvieran afianzadas por el largo trascurso de tiempo, así lo sostiene Angel (4), de cuya doctrina atestigua Felino (5) no haber hallado ni defensor, ni tampoco impugnador; así lo sostiene también Cateliano Cotta (6), siguiendo el sentir de Baldo a quien cita; y en este sentido entiende el dictamen 107 que empieza *considerandum*, libro 5.º, Felipe Corneo (7), según lo hace notar Andrés Tiraqueau (8); con lo que de algún modo está también relacionado y lo confirma el que si un hombre y mujer cohabitaron por mucho tiempo como varón y hembra por el desconocimiento del derecho, se confirma el estado de los hijos de suerte que se reputan como legítimos, según dicho autor, que sigue el sentir de Pablo de Castro y otros a quienes cita. Piensa acerca de estas razones.

Décimooctavo, prueba también lo mismo, el que donde uno habitó durante diez años no interrumpidos, allí se considera tener su domicilio y trasladarlo desde el sitio en que antes lo tenía, según dicho autor (9), y conforme consta por la glosa y diversos doctores (10), como Cino (11) y Bartolo (12).

(1) En el §. 1.º, Digesto, tít. *de ritu nuptiarum*.

(2) En el dictamen 9 que empieza *praeclare*, colum. 2.ª, lib. 2.º

(3) *De praescriptione*, §. 1.º, glosa 4.ª, versic. *nono huc spectat*.

(4) En el dictamen 52 que empieza *in quaestione proposita*, columna final.

(5) En el cap. final, colum. 7.ª *de constiit*.

(6) *In memorabili*, que empieza *lex nova*.

(7) Dictamen 199 que empieza *in praesenti consultatione*, columna antepe-núltima, lib. 2.º

(8) *Ubi supra*.

(9) *Ubi supra*, versic. *decimo istis*, basado en la ley 2.ª del Código, tít. *de incolis*, lib. 10.

(10) Al comentar éstos la ley *haeres absens* del Digesto, tít. *de iudiciis*.

(11) En la ley 2.ª, Código, tít. *ubi senatores vel clarissimi*.

(12) Acerca de la ley *lex Cornelia*, §. *domini*, del Digesto, tít. *ad legem Cornelianam de iniuriis*.

sustinetur aliter minime sustinendus, quem tex. allegant & ad notabilem. q. inducunt Philippus Decius consi. cxi. an & quando col. ii. & Andraeas Tiraquell. ubi supra versi. undecimo proxime.

Vigesimo facit tex. in c. licet. de coniugio servorum & quod tradit ubi supra versi. duodecimo his, ipsemet Tiraquell. post Decium in rubr. de praesumpt. ubi summus Pontifex motus auctoritate & vi temporis decennalis definit id, de quo ibi aliter non ita factururus.

22. Vigesimo primo facit tex. quem Tiraquellus ubi supra versi. decimo tertio huc respicit, dicit singularem in c. neq; viduas. xxvii. q. i. ubi virgo vel vidua si longo tempore in religioso proposito permanserit, praesumitur votum continentiae fecisse, adeo ut ad nuptias transire nequeat.

23. Vigesimo secundo facit, nam & si initiatus sacris ordinibus nemo nascatur aut praesumatur, quia id res facti est & contraria primaevio hominis statui, tamen si quis diu se ut initiatum gesserit, talis praesumitur, ita Innocentius in c. super his col. iii. de accusatio. & est communis opini. ut constat ex relatione Felini ibi col. ix. & Andraeas Tiraquell. plures allegans affirmat hanc esse communem opinionem de praescrip. §. i. Glo. iii. versi. decimoseptimo huc pertinet.

24. Vigesimo tertio superioribus accedit, nam licet nullum temporis spatium inducat unionem, tamen si quis diu duas ecclesias tanquam unitas possedit, unio praesumitur, ita (& si ea res facti sit, quod regulariter ut pluries diximus non praesumitur nisi probetur) tenent Ioannes Andreae in c. qui contra iura ad finem de reg. iur. Cardi. Flor. in clem. i. in prin. q. xx. de supplenda negli. praelat. Felinus in c. causam col. ii. de praescrip. ex cuius relatione, cum ea quam facit Andraeas Tiraquellus idem sequutus in tract. praescript. §. i. Glo. iiii. versi. vigesimo non hinc, apparet hanc esse communem sententiam.

Décimonono, lo mismo consta por el capítulo *contingit de transactionibus* en las palabras «y se hubiera observado durante algunos años», en donde en virtud del largo trascurso de tiempo se sostiene en pie un contrato que de otro modo no se sostendría en manera alguna; texto que citan y aducen para una notable cuestión Felipe Decio (1) y Andrés Tiraqueau (2).

Vigésimo, hace también al caso el capítulo *licet de coniugio servorum*, y lo que trata el mismo Tiraqueau (3) siguiendo el sentir de Decio (4), *ubi supra*, en donde consta que el Sumo Pontífice movido por la autoridad y fuerza del tiempo trascurrido de diez años, define lo que de otro modo no hubiera hecho en tal asunto.

Vigésimoprimer, prueba lo mismo el texto del capítulo *neque viduas XXVII*, cuestión 1.^a, texto que llama singular Tiraqueau (5), en el que consta que si una virgen o viuda permaneció durante largo tiempo en estado de vida religiosa, se presume haber hecho voto de continencia, hasta el punto de que no puede contraer matrimonio.

Vigésimosegundo, pruébase también porque aunque nadie nazca ya ni se presuma iniciado en las sagradas órdenes, por tratarse de una cosa de hecho y contraria al estado del hombre en su nacimiento, sin embargo, si alguno durante largo tiempo procedió como iniciado en ellas, se presume estarlo, así lo defiende Inocencio (6) y es común opinión según consta por la relación que hace Felino (7); y Andrés Tiraqueau al aducir a otros muchos autores, afirma también ser esta doctrina comúnmente admitida (8).

Vigésimotercero, a las razones dichas, añádese también ésta: porque si bien ningún trascurso de tiempo produce la unión, sin embargo, si alguno durante largo tiempo estuvo en posesión de dos iglesias como unidas, se presume dicha unión (aun cuando se trate de cosa de hecho, que regular-

(1) *Consil.* 140 que empieza *an et quando*, colum. 2.^a

(2) *Ubi supra*, versic. *undecimo proxime*.

(3) *Ubi supra*, versic. *duodecimo his*.

(4) En la rúbr. *de praesumptione*.

(5) *Ubi supra*, versic. *decimotertio, huc respicit*.

(6) En el cap. *super his*, colum. 3.^a *de accusation*.

(7) Al tratar del mismo cap., colum. 9.^a

(8) *De praescriptione*, §. 1.^o, glosa 4.^a, versic. *decimoseptimo, huc pertinet*.

25. Vigesimo quarto his proximum quoque est nam & si consensus res facti sit. l. bonae fidei. §. i. ff. de acqui. rerum domi. l. fin. verbo voluntatis esse quaestionem. C. de inst. & subst. tamen in tali unione post longum tempus consensus Episcopi praesumitur, secundum eum ibi versi. vigesimo primo. allegat Alex. consi. ccx. col. iii. lib. vi. & Decium consi. ccccxix. col. i. & Rom. consil. cclxx. cum aliis per eos allegatis, ex quorum dictis hanc esse receptam sententiam constat.
26. Vigesimo quinto † eodem pertinere videtur, nam & si coniux religionem ingredi nequeat, nisi de consensu alterius coniugis. c. significavit de convers. coniug. is tamen consensus utcunque facti sit, praesumitur, si ille sciente altero coniuge diu stetit in religione, ista videtur esse recepta opinio ex traditis per Felinum in c. sicut fall. iii. de re iudi. & Andr. Tiraq. ubi supra versi. vigesimo secundo quidem sequuntur.
27. Vigesimo sexto † superioribus favet, nam & si divisio sit quid facti, ut patet per omnes titulos. ff. & C. fam. ercisc. & ff. & C. com. divid. & ff. & C. finium regundorum, tamen si fratres bona paterna longo tempore separatim & possederunt & onera eis iniuncta persolverunt, ea divisio & si facti sit praesumitur, ista est vera & communis opinio quam tenent Glo. Iacobus Butrig. Odofredus, Raynerius, Petrus de Bellaperti. Ioannes Faber, Bar. Albericus, Bal. Angelus, Salicetus, Paulus Castren. & alii in l. pen. C. com. divid. Bart. col. iii. & Florianus col. fi. in l. cum de in rem verso. ff. de usuris, Andraeas Tiraquell. qui saepius appellat hanc communem opin. de praescript. §. i. Glo. iiii. versi. xliii.

mente, según hemos ya dicho innumerables veces, no se presume si no se prueba); así lo sostienen Juan Andrés (1), el Cardenal Florentino (2), Felino (3), de cuya relación juntamente con la que hace Andrés Tiraqueau, defensor de la misma doctrina (4), aparece ser esta opinión común.

Vigésimocuarto, con lo anterior está muy relacionada la siguiente razón, a saber: que aunque el consentimiento es una cosa de hecho (5), sin embargo, después de largo trascurso de tiempo se presume el consentimiento del Obispo acerca de tal unión de iglesias; así consta por dicho autor [Andrés Triqueau] (6) quien alega a Alejandro (7), Decio (8) y Luis Romano (9) con otros autores citados por los anteriores y por cuyas palabras consta ser esta opinión común. 25.

Vigésimoquinto, lo mismo parece probar, el que si bien el cónyuge no puede abrazar el estado religioso, sino con el consentimiento del otro cónyuge (10), sin embargo se presume dicho consentimiento aun cuando consiste en un hecho, si perseveró mucho tiempo en estado religioso con el conocimiento del otro cónyuge; esta opinión parece ser muy admitida por lo que afirman Felino (11) y Andrés Tiraqueau (12). 26.

Vigésimosexto, corrobora también lo anterior el que si bien la división [de los bienes] consiste en un hecho, según es manifiesto por todos los títulos *familiae ercicundae*, *communi dividundo* y *finium regundorum* del Código y del Digesto, con todo si los hermanos por una parte poseyeron separadamente los bienes paternos durante largo tiempo y 27.

(1) Tratando del cap. *qui contra iura, de regulis iuris*, al final.

(2) En la Clementina 1.^a al principio, cuest 20 de *supplenda negligentia praelatorum*.

(3) En el cap *causam*, colum. 2.^a de *praescript*.

(4) En el tratado de las prescripciones, §. 1.^o, glosa 4.^a, versic. *vigesimo non hinc*.

(5) Según la ley *bonae fidei*, §. 1.^o, Digesto, tít. de *acquirendo rerum dominio* y la ley final en la palabra *voluntatis esse quaestionem* del Código, tít. de *institutionibus et substitutionibus*.

(6) *Ubi supra*, versic. *vigesimo primo*.

(7) Dictamen 210, colum. 3.^a, lib. 6.^o

(8) Dictamen 419, colum. 1.^a

(9) Dictamen 270.

(10) Conforme al cap. *significavit, de convers. coniugis*.

(11) Acerca del cap. *sicut, fallit* 3.^o, de *re iudi*.

(12) *Ubi supra*, versic.

Nicolaus de Neap. & Ias. col. vii. in §. quaedam Insti. de actioni. Franciscus Aretinus in l. qui in aliena in prin. ff. de acqui. haered. Bar. in sua disput. inc pi. mulier habens amplum patrimonium Bal. in l. si certis annis. C. de pact. ubi etiam Angelus, Paulus Castren. Alex. Ias col. iii. & Riminaldus. Bal. consi. cclxxxii. proponitur quod minor lib. ii. ubi eam Glo. ait esse communiter app. Paulus Castren. consi. cxxvi. non sequendo ordinem lib. ii. ubi eam Glo. ait esse comm. app. Alex. consi. xcii. viso & discusso lib. ii. ubi hanc affirmat esse comm. opi. hanc pluries affirmat esse comm. opin. Francis. Balbus de praescr. in. i. par. iii. partis prin. q. x. ubi plures allegat, hanc sententiam receptam esse asseverantes & tradit multa Fernandus Loazes Archiep. Tarraco. in consi. pro March. de Velez. pag. cclvi. cum pluribus seq. Andr. Tiraq. de praescr. §. i. Glo. iiii. versi xliii. & iterum vers. xxxix. ubi postquam plures quos allegat, tentat, id solum procedere, quando de levi praeiudicio ageretur, & s c quando illae portiones abintesta. essent aequales vel testa. haered. portionibus consentaneae, secus alias, tamen nos generaliter tenemus. d. Glo. etiam si de gravi agatur praeiudicio per plura quam 50. fundamenta de quibus supra. & infra c. sequi. ubi & si de gravissimo praeiudicio agatur ex longo temp. id admittitur.

por otra pagaron las cargas que sobre ellos pesaban, que se presume tal división, aun cuando consiste en un hecho; esta opinión es verdadera y comúnmente admitida por numerosos autores consignados en la nota (1).

(1) Tales son: la glosa, Jacobo Butrig., Odofredo, Rainerio, Pedro de Bellapertic., Juan Faber, Bartolo, Alberico, Baldo, Angel, Salicet, Pablo de Castro y otros al comentar la ley penúltima del Código, tít. *communi dividundo*; Bartolo en la colum. 3.^a y Floriano en la columna final sobre la ley *cum de in rem verso.*, del Código, tít. *de usuris*; Andrés Tiraqueau que la llama muchas veces opinión común en su tratado *de praescription.*, §. 1.^o, glosa 4.^a, versic. 14; Nicolás de Nápoles y Jasón, colum. 7.^a, acerca del §. *quaedam* de la Instituta *de actionibus*; Francisco Aretino al comentar la ley *qui in alienam*, Digesto, tít. *de acquirenda haereditate*; Bartolo en la disputa que empieza *mulier habens amplum patrimonium*; Baldo en la ley *si certis annis*, Código, tít. *de pactis*, expuesta en el mismo sentido por Angel, Pablo de Castro, Alejandro, Jasón, colum. 3.^a y Riminaldo; Baldo, dictamen 282 que empieza *proponitur quod minor*, lib. 2.^o, donde la glosa dice ser admitida comunmente; Pablo de Castro, dictamen 126 que empieza *non sequendo ordinem*, lib. 2.^o, donde dice también la glosa ser comúnmente aprobada; Alejandro, dictamen 92, *viso et discussio*, lib. 2.^o, en donde afirma repetidas veces ser opinión comúnmente admitida; Francisco Balbo *de praescript.* en la 1.^a parte de la tercera parte principal, cuestión 10.^a, en donde cita a numerosos autores que afirman ser admitida esta opinión; Fernando Loazes, Arzobispo de Tarragona, quien lo trata extensamente en el *consil.* pro March. de Vélez, pág. 256 y en muchas siguientes; Andrés Tiraqueau *de praescriptione*, §. 1.^o, glosa 4.^a, versic. 14 y de nuevo en el versic. 39, en donde después de citar a numerosos autores, pretende que ésto sólo tiene cumplimiento cuando se tratara de leve perjuicio, y por tanto cuando aquellas porciones *ab intestato* fueran iguales, o proporcionadas a las porciones de los herederos testamentarios, y no en otro caso; nosotros, sin embargo, defendemos dicha glosa de un modo general, aun cuando se trate de un perjuicio grave, fundados en más de cincuenta razones, que hemos expuesto anteriormente o que expondremos en el capítulo siguiente, en donde veremos que aunque se trate de un perjuicio gravísimo, se admite en razón del largo tiempo transcurrido.

CAPVT LXII

SUMMAE

1. *Emphyteuticus praesumitur fundus ex longo tempore.*
2. *Longum tempus inducit mutationem malae fidei.*
3. *Ecclesiae consecratio ex longo tempore praesumitur.*
4. *Iuramentum praesumitur ex longo tempore.*
5. *Notariatus praesumitur ex longo tempore.*
6. *Privilegium praesumitur ex longo tempore.*
7. *Mandatum ex longa scientia, & patientia an praesumatur ardua. q.*
8. *Mandatum an inducatur ex scientia, & patientia inter absentes ardua. q.*
9. *Consensus quid sit.*
10. *Absentium contractus quando perfectus videatur.*
11. *Donatio mortis causa fit hodie pacto nudo.*
12. *Donatio causa mortis facta praesenti, & tacenti an valeat, ardua quaest.*
13. *Donatio simplex facta praesenti, & tacenti an valeat.*
14. *Consensus non solis verbis, sed et aliis modis coniiicitur.*
15. *Verba indicium duntaxat, non certa probatio nostrae sunt voluntatis.*
16. *Iustitiae quae pestis capitalior.*
17. *Calumniator quis.*

CAPÍTULO LXII



SUMARIO

- En razón del largo trascurso de tiempo el fundo se presume enfiteútico. 1.
- La mala fe se presume cambiada por el largo trascurso de tiempo. 2.
- En virtud del dilatado tiempo se presume la consagración de una iglesia. 3.
- Se presume el juramento después de trascurrido largo tiempo. 4.
- Se presume ser notario quien por largo plazo de tiempo procedió como tal. 5.
- También se presume un privilegio en virtud del dilatado tiempo trascurrido. 6.
- ¿Debe presumirse un mandato en razón de la ciencia y paciencia durante largo plazo de tiempo? Cuestión difícil. 7.
- La ciencia y paciencia, tratándose de personas ausentes, ¿causa mandato? Cuestión ardua. 8.
- ¿Qué es el consentimiento? 9.
- ¿Cuándo se considera perfecto el contrato entre ausentes? 10.
- La donación por causa de muerte es en el día de hoy válida por un nudo pacto. 11.
- ¿Es válida la donación por causa de muerte hecha a una persona presente, pero que guarda silencio? Cuestión difícil. 12.
- ¿Es válida una mera donación hecha a una persona presente y que calla? 13.
- El consentimiento se indica no sólo con palabras, sino también de otros modos. 14.
- Las palabras son sólo un indicio, no una prueba cierta de nuestra voluntad. 15.
- ¿Cuál es la peste más funesta a la justicia? 16.
- ¿Quién se dice calumniador? 17.

1.



IGESIMO SEPTIMO, & huc spectare videtur

† nam & si concessio in feudum sit quid facti,
quod non praesumitur nisi probetur, tamen si
quis diu solvit pensionem pro aliquo fundo cen-

sus feudive, aut emphyteusis nomine, ex illa diuturna
praestatione ille emphyteusis, vel feudi titulus praesumitur,
haec est vera, & communis opinio quam tenent Gloss. mag.
in fine in l. secunda, C. de iure emphy. quam Gloss.
sequuntur ibi Bald. Ioan. Fab. Angel. Salicet. & Iaso. colum.
lvii. Specula. in titulo de loca. §. nunc aliqua, versicu.
lxiii. & Salice. post Cyn. in l. competit. C. de praescriptio.
triginta, vel quadraginta annorum. Idem Bartol. in l. cum de
in rem verso, & ibi etiam Bald. in lectur. Floren. & Salic.
in vi. quaestion. ff. de usuris, Bar. in l. iii. §. ex contrario,
colum. ii. in princip. ff. de acquiren. posses. & in l. solent
§. i. ad fin. ff. de officio procon. & in l. iubemus. C. de
fund. patrimon. lib. xi. & in l. litibus, & ibi etiam Angel. &
Ioan. de Plat. colum. iii. C. de agrico. & censi. eodem. libr.
xi. Bald. in l. male agitur, & ibi etiam Angel. & rursum idem
Bald. in l. cum notissimi, §. ultimo, C. de praescriptio.
triginta, vel quadraginta annorum, & in d. l. quin aliena, in
princ. & ibi Ange. l. praector. in princip. & ibi. recen-
tiores, ff. de eden. & in l. qui luminibus, ff. de servitu. urban.
praedior. & in §. emphyteusim, colum. ii. versicu. sed tunc
quaero, in auth. de aliena. & emphy. Petrus Anchar. consil.
ccccxvii. quidam ferus Roman. consil. xxvii. posito quod
dominum rei, colum. i. Panormit. in cap. ad audientiam,
colum. v. de praescrip. & consil. lxxxii. conditoris omnium,
col. iii. versic. ex his concludo, lib. i. & Paul. Castrens.
consil. cxxiii. viso puncto, col. ii. lib. ii. Alexand. consil.

Vigésimoséptimo, a lo mismo parece referirse también 1. lo siguiente: porque aunque la concesión en feudo consista en algo de hecho, que no se presume, si no se prueba, sin embargo, si un individuo pagó tributo durante largo tiempo por algún fundo a título de censo, o de feudo o de enfiteusis, en razón de aquella prolongada prestación se presume el título de enfiteusis o de feudo, conforme a la opinión verdadera y comúnmente admitida que defienden la Glosa *magna* al final en la ley 2.^a del Código, tít. *de iure emphyteutico*; glosa que admiten al comentar dicha ley Baldo, Juan Faber, Angel, Salicet, y Jasón (1); lo mismo defienden el *Speculator* (2), Salicet, siguiendo el sentir de Cino (3), Bartolo (4), Baldo (5), Angel (6), Pedro de Ancarano (7), Romano (8), el Panormitano (9), Pablo de Castro (10), Alejandro (11), Bartolomé Socino (12), Andrés Tiraqueau (13) y Jasón (14).

(1) En la colum. 57.

(2) En el tít. *de locat.*, §. *nunc aliqua*, versic. 64.

(3) Al comentar la ley *competit* del Código, tít. *de praescriptione triginta vel quadraginta annorum*.

(4) En la ley *cum de in rem verso.*, Digesto, tít. *de iniuriis* que comentan en igual sentido Baldo *in lectu. Floren.* y Salicet en la cuest. 6.^a y en la ley 5.^a, §. *ex contrario*, colum. 2.^a *de acquir. possessione*, como también al comentar la ley *solent*, §. 1.^o al final, Digesto, tít. *de officio proconsulis*, la ley *iubemus* del Código, tít. *de fundis patrimonialibus*, lib. 11 y la ley *litibus* del Código, tít. *de agricolis et censitis*, lib. 11, que comentan también del mismo modo Angel y Juan de Platea.

(5) En la ley *male agitur*, comentada en igual sentido por Angel, en la ley *cum notissimi*, §. último, Código, tít. *de praescript. triginta vel quadraginta annorum* y en la ley *quin aliena* al principio, que expone también Angel.

(6) Comentando la ley *praetor* al principio, Digesto, tít. *de edendo* que exponen también así otros más modernos; la ley *qui luminibus*, Digesto, tít. *de servitutibus urbanorum praediorum*; y el §. *emphyteusim*, colum. 2.^a, versic. *sed tunc quaero* en la autent. *de alienat. et emphyt.*

(7) Dictamen 422 *quidam ferus*.

(8) Dictamen 27 que empieza *posito quod dominum rei*, colum. 1.^a

(9) En el cap. *ad audientiam*, colum. 5.^a *de praescriptione* y en el dictamen 82 que empieza *conditoris omnium*, colum. 3.^a, versic. *ex his concludo*, lib. 1.^o

(10) Dictamen 213 *viso puncto*, colum. 2.^a, lib. 2.^o

(11) Dictamen 79 que empieza *circa primum*, colum. 3.^a, lib. 1.^o y en el 169 *viso themate*, colum. 2.^a, lib. 2.^o

(12) *Consil.* 50 *subtiliter*, colum. 2.^a, lib. 4.^o

(13) *Ubi supra*, versic. *decimo sexto*.

(14) Al comentar la ley *sciendum*, colum. 8.^a, Digesto, tít. *de verborum obligatione*.

lxxix. circa primum col. iii. lib. i. Bartho. Socinus consil. 50. subtiliter col. ii. lib. iiii. Andraeas Tiraquel. ubi supra versicu. decimo sexto las. in l. sciendum colum. viii. ff. de verborum obligatio. Alexan. consil. clxix. viso themate, col. ii. lib. ii.

2. Vigesimo octavo † & illud non longe abscedit, nam etsi mutare propositum sit quid facti, tamen is, qui in mala fide esse praesumitur, ex temporis diuturnitate praesumitur mutasse eam opinionem, & bonam fidem habere coepisse, ut plene diximus infra cap. lxxix. nume. 18. & capitu. lxxxi. numero 2.

3. Vigesimo nono his, & illud affine esse videtur † nam & si ecclesiae consecratio sit quid facti, tamen si diu in ecclesia fuit publice celebratum, praesumitur id episcopi auctoritate factum, ecclesiamq; ab eo consecratam: ut tradunt plene Felinus in capitu. Albericus, colum. ii. de testibus. Idem Felinus in capit. illud col. iii. de praesumpt. Philippus Decius consil. cxxxv. ad iustificationem, post princip. Felinus in capitu. sicut, colum. xvi. de re iudica. Decius col. iii. in l. i. C. qui admitti, & ibi las. colum. v. Idem las. in l. si certis annis, C. de pact. colum. penul. Andraeas Tiraquel. de praescrip. §. i. Gloss. iiii. versicu. xix. Felinus in capitu. de quarta. de praescrip. plene per Fernandum Loazes in consil. pro Marchione de Velez pag. 267. versicu. benefacit Catellianus Cota memorab. incip. facta non praesumuntur. Ruinus consil. cviii. colum. i. libro quinto.

4. Trigesimo, † & illud quoq; configuum esse videtur nam etsi iuramentum sit quid facti, sicq; a teste praestitum non

Vigésimo-octavo, no es ajena tampoco la siguiente razón: 2.
 porque aunque el cambiar de propósito sea algo de hecho, sin embargo, quien se presume hallarse en mala fe, por el solo trascurso de largo tiempo se presume haber ya cambiado aquella opinión, y haber empezado a hallarse en buena fe, conforme lo exponemos extensamente más adelante (1).

Vigésimo-nono, con estas razones está relacionada también 3.
 la siguiente: porque aunque la consagración de una iglesia consista en un hecho, sin embargo, si durante largo tiempo se celebró públicamente en tal iglesia, se presume haber tenido ésto lugar por autoridad del obispo y haber sido consagrada por él tal iglesia, como lo enseñan con toda extensión Felino (2), Felipe Decio (3), Jasón (4), Andrés Tiraqueau (5), Fernando de Loazes (6), Cateliano Coita (7) y Ruino (8).

Trigésimo, con lo mismo parece relacionarse la siguiente 4.
 razón: porque aunque el juramento sea una clase de hecho y por tanto no se presume prestado por el testigo, si no se prueba, sin embargo, en virtud del largo trascurso de tiempo se juzga prestado, conforme lo defienden Bartolo (9), Jasón (10), Andrés Tiraqueau (11) y Baldo (12).

Trigésimo-primero, a lo mismo se refiere también lo si- 5.
 guiente: porque aunque nadie nace ya notario, cosa que consiste en un hecho, sin embargo, si alguno por largo tiempo procedió como notario, se presume ser tal, así lo defienden

(1) En el cap. 79, núm. 18 y en el cap. 81, núm. 2.º

(2) En el cap. *Albericus*, colum. 2.ª de *testibus*; en el cap. *illud*, colum. 5.ª de *praesumptione*; en el cap. *sicut*, colum. 16 de *re iudicata* y en el cap. de *quarta*, de *praescript*.

(3) Dictamen 135 que empieza *ad iustificationem*, después de la introducción y comentando la ley 1.ª del Código, tít. *qui admitti*, comentada también por Jasón.

(4) Acerca de la ley *si certis annis*, Código, tít. *de pactis*, columna penúltima.

(5) *De praescriptione*, §. 1.º, glosa 4.ª, versic. 19.

(6) *Consil. pro Marchione de Vélez*, pág. 267, versic. *bene facit*.

(7) *Memorab.* que empieza *facta non praesumuntur*.

(8) Dictamen 108, colum. 1.ª, lib. 5.º

(9) En la citada ley *admonendi*, Digesto, de *iureiurando*, colum. 8.ª

(10) Comentando la misma ley en la citada colum. 85, versic. *último, in hac materia*.

(11) *Ubi supra*, versic. 25.

(12) En el cap. 1.º *si de feudo fuerit contrav. inter dominum et agnatum*.

praesumatur nisi probetur, tamen ex diuturnitate temporis id praesumitur, ut per Barto. in repetit. l. admonendi, ff. de iureiuran. col. viii. ubi las. in repetit. col. lxxxv. versicul. ultimo in hac materia Andraeas Tiraquel. ubi supra. versicu. xxiii. & Bal. in c. i. si de feudo fuer. contro. inter. dom. & agnatum.

5. Trigesimo primo his & illud arridet, † nam & si notarius nullus nascatur, & sit res facti, tamen si quis diu se gessit ut notarius talis praesumitur, ita Florianus in l. cum de in rem verso, ff. de usur. col. i. Iaso. in l. Barbarius ff. de offi. praetor. col. iiii. Idem las. in d. l. si certis annis col. iii. C. de pactis. Andr. Tiraq. ubi supra. versi. xxvii. las. in §. praeiudiciales, col. pen. inst. de actio. & plene per Aymonem Cravet. de antiquita. temporum par. i. Bald. in l. ii. col. ii. C. de senten. quamvis non pauci teneant contrarium ut per Tiraquell. ubi supra Dec. consi. xlii. ad prin. Felin. in cap. si scripturam, col. vi. de fide instrumen.
6. Trigesimo secundo † huc & illud vergit, nam & si privilegium sit quid facti, tamen si quis fuit in possessione vel quasi illius rei vel iuris, quod citra principis privilegium haberi non potest, ex tali diutina possessione privilegium illud praesumitur, ita Bald. consi. cccxi. prae-mittendum est ad evidentiam, lib. i. per And. Tiraq. ubi supra. vers. xxx.
7. Trigesimo tertio † eundem scopulum & id infuetur, nam & si ex sola temporis diuturnitate mandatum non praesumi multi velint, ut notabiliter inquit Bald. in l. i. in i. col. & ibi Salice. C. de rebus alienis non alienan. & in l. ii. C. si ex

Floriano (1), Jasón (2), Andrés Tiraqueau (3), y con toda extensión Aymon Cravet (4) y Baldo (5); aun cuando no pocos autores sostengan lo contrario, como consta por Tiraqueau (6), Decio (7) y Felino (8).

Trigésimosegundo, lo mismo prueba esta razón, porque aun cuando el privilegio es una especie de hecho, sin embargo, si una persona estuvo en posesión o *quasi* posesión de aquella cosa o derecho que no puede poseerse sin privilegio del príncipe, en virtud de dicha posesión durante largo tiempo se presume ya tal privilegio, así lo defiende Baldo (9) y Andrés Tiraqueau (10). 6.

Trigésimotercero, al mismo fin tiende también lo siguiente: porque aun cuando son muchos los autores que defienden que no se presume el mandato en virtud del solo dilatado trascurso de tiempo, como notablemente lo defiende Baldo (11) y lo admiten Alejandro (12), Felino (13), Bartolomé Socino (14), Francisco de Curte (15) y otros auto- 7.

(1) Acerca de la ley *cum de in rem verso*, Digesto, tít. *de usuris*, colum. 1.^a

(2) En la ley *Barbarius*, Digesto, tít. *de officio praetorum*, colum. 4.^a; en la citada ley *si certis annis*, colum. 3.^a, Código, tít. *de pactis* y en el §. *praeiudiciales*, columna penúltima, Instituta *de actionibus*.

(3) *Ubi supra*, versic. 27.

(4) *De antiquitate temporum*, part. 1.^a

(5) En la ley 2.^a del Código en el tít. *de sententiis*, colum. 2.^a

(6) *Ubi supra*.

(7) Dictamen 42 en la introducción.

(8) En el cap. *si scripturam*, colum. 6.^a *de fide instrumentali*.

(9) Dictamen 311 que empieza *praemittendum est ad evidentiam*, lib. 1.^o

(10) *Ubi supra*, versic. 30.

(11) Al comentar la ley 1.^a, colum. 1.^a, Código, tít. *de rebus alienis non alienandis*, expuesta también por Salicet, y la ley 2.^a del Código en el tít. *si ex falsis instrumentis*.

(12) En la citada ley *qui in aliena*, introd. Digesto, tít. *de acquirenda haereditate*; en la ley *sciendum*, colum. 5.^a *de verborum obligatione*; en el dictamen 1.^o que empieza *ponderatis his*, columna penúltima, vol. 4.^o y dictamen 55 que empieza *consideratis his*, colum. 1.^a, vol. 7.^o

(13) En el cap. *sicut*, colum. 17 que empieza *sexto adverte, de re iudi*.

(14) Dictamen 63 que empieza *in causa quae vertitur*, colum. 5.^a, versic. *sed ad hoc fuit responsum*, vol. 3.^o

(15) Dictamen 48 en la colum. 6.^a y en el 49 que empieza *memoriae recolendae*, colum. 14, versic. 8.^o

falsis instrumentis. Alex. in d. l. qui in aliena, in prin. ff. de acq. haer. & in d. l. sciendum, in v. col. de verb. obliga. & in consi. i. incip. ponderatis his col. pen. volu. iiii. & in consi. xxxv. incip. consideratis his, col. i. volu. vii. Felin. in c. sicut, co. xvii ver. Sexto adverte, de re iudi. Bartholo. Soc. in consi. lxiii. incip. in causa quae vertitur, col. iii. versic. sed ad hoc fuit responsum volu. iii. Francis. de Curte in consi. xlviii. in vi. col. & in consi. xlix. incip. memoriae recolendae col. xiiii. versic. viii. Ias. in consi. cxi. incip. communitas, col. pen. volu. iiii. Philipp. Dec. in cons. ccxv. incip. in causa vertente, col. i. volu. ii. Io. Francisc. Balb. qui hanc dixit communem esse opinionem in tractatu praescriptionum, in i. par. iii. part. principalis, in x. q. in v. col. Carolus Ruin. in consi. lxix. incip. circa processum, col. ii. in fin. & in consi. clvi. incip. quia de pluribus quaeritur, col. pen. in princ. volu. i. & Stephanus Bertran. in consi. iii. incip. inspecto & considerato, col. ix. vol. iii. Tamen tale mandatum ex sola temporis diuturnitate (utcumq; mandatum res facti sit) praesumi receptior sententia esse videtur: ita Bald. consi. cclxxxv. lib. iii. Curtius senior. consi. lxxvii. super motivis, col. ii. Dec. consi. xcix. visis, in fin. Pau. Castren. consi. lxxxiiii. lib. i. Dec. in addit. ad Bart. in l. si uxor. §. si quis uxorem. ff. ad legem Iuliam de adulter. Ias. in l. i. col. v. C. qui admitti. Andr. Tiraq. ubi supra versic. xxxi. Fernandus Loazes qui plures allegat consi. pro Marchio. de Velez pag. 259. & 266. Et sane ut prior opinio verior est, data ignorantia eius qui mandatum dedisse dicitur, ita posterior pars, data eius per longi temporis spatium scientia & patientia, longe verior est, per omnia iura & rationes supra adductas, ita Bald. consi. cccxxxvii. lib. i. Francisc. de Curte d. consi. lxxvii. Ludovi.

res (1), sin embargo, parece ser opinión más seguida, que se presume dicho mandato en virtud del solo trascurso dilatado de tiempo (aun cuando el mandato consiste en un hecho); así lo sostienen Baldo (2), Curcio el Viejo (3), Decio (4), Pablo de Castro (5), Jasón (6), Andrés Tiraqueau (7) y Fernando de Loazes (8), que cita a otros muchos. Y ciertamente, así como la opinión primera es más verdadera en el caso de desconocimiento de quien se dice haber dado el mandato, así también en el caso de darse la ciencia y paciencia de éste durante dilatado espacio de tiempo, es mucho más conforme a verdad la segunda parte, por todas las leyes y razones arriba aducidas; tal es el sentir de Baldo (9), de Francisco de Curte (10), de Luis Gozadino (11) y de Fernando de Loazes (12); es también muy del caso el sentir de numerosas leyes (13), a lo que puedes añadir lo que diremos más adelante, versículo 52. Y esta segunda parte es más conforme a verdad en el caso de darse la ciencia y paciencia

(1) Tales son: Jasón, dictamen 111 que empieza *communitas*, columna penúltima, vol. 4.º; Felipe Decio, dictamen 215 que empieza *in causa vertente*, colum. 1.ª, vol. 2.º; Juan Francisco Balbo quien afirmó ser común esta opinión en el tratado de las prescripciones en la 1.ª parte de la tercera parte principal, cuestión 10.ª, colum. 5.ª; Carlos Ruino en el dictamen 69 que empieza *circa processum*, colum. 2.ª al final y en el 156 que empieza *quia de pluribus quaeritur*, columna penúltima al principio, vol. 1.º; Esteban Bertrán, dictamen 5.º que empieza *inspecto et considerato*, colum. 9.ª, vol. 5.º

(2) Dictamen 285, lib. 3.º

(3) Dictamen 77 que empieza *super motivis*, colum. 2.ª

(4) Dictamen 99 que empieza *visis*, al final, y en sus adiciones a Bartolo en la ley *si uxor*, §. *si quis uxorem* del Digesto, tít. *ad legem Iuliam de adulteriis*.

(5) Dictamen 84, lib. 1.º

(6) En la ley 1.ª, colum. 5.ª del Código, tít. *qui admitti*.

(7) *Ubi supra*, versic. 31.

(8) *Consil. pro Marchion.* de Vélez, pág. 259 y 266.

(9) Dictamen 357, lib. 1.º

(10) Dictamen 77.

(11) Dictamen 75.

(12) *Ubi supra*.

(13) Tales son: la ley *si ego*, §. 1.º, Digesto, tít. *de publiciana in rem actione* en las palabras *per traditionem forte aut per patientiam*; el §. final de la Instituta *de iniuriis*; la ley *alienationis verbum* en las palabras *vix est enim*, Digesto, tít. *de verborum significatione*; la ley *si quis diuturno* al principio, Digesto, tít. *si servitus vendicetur*; la ley *si id quod*, en las palabras *quasi volente et concedente domina*, Digesto, tít. *pro derelicto*; la ley *qui patitur*, Digesto, tít. *mandati*; la ley *semper qui non prohibet*, Digesto, tít. *de regulis iuris*.

Gozadinus, consi. lxxiii. & Fernandus Loazes ubi supra. facit optime l. si ego §. i. ff. de pub. in rem act. ibi, per traditionem forte aut per patientiam, & §. fi. inst. de iniur. l. alienationis verbum ibi vix est enim. ff. de verb. signi. l. si quis diuturno, in prin. ff. si ser. vendicetur l. si id quod ibi, quasi volente & concedente domina. ff. pro dereli. l. qui patitur. ff. mand. l. semper qui non prohibet. ff. de regu. iur. & adde quae dicemus infra. versic. iii. & haec pars verior est data longi temporis scientia & patientia eius cuius nomine res agebatur & cuius intererat, alias procedit prior opinio.

8. Unde † apparet quid respondendum sit in illo articulo quo controvertitur, an d. l. qui patitur. d. l. semper qui non prohibet, locum habeant in absente non secus, quam inter praesentes, id quod primum admisit Philipp. Decius in d. l. semper qui non prohibet, sed postea maturius deliberando ipsemet tenuit contrarium in additio. per eum factis ad rubric. C. de pact. colum. fina. quem sequitur Hieronymus Cagn. in d. l. semper, moventur hac ratione, quia non est, inquit, inter absentes eadem ratio, quae inter praesentes, siquidem inter praesentes qui scit alium pro se fideiubere potest ei interdicare ne pro se fideiubeat, id quod facere non potest qui absens est, sicq; inter praesentes duo sunt, quae faciunt praesumi, vel interpretari tacitum mandatum. Primum, quod agitur de utilitate illius pro quo fideiussio fiebat, alterum quod prohibere poterat si id sibi displicebat, at cum res agitur inter absentes, & si idem suadeat utilitas praesumpta eius pro quo fideiubetur, tamen impotentia prohibendi si forte ei displicebat, id dissuadet, quae ratio (iudice me) cuique displicere merito, ut minus integra deberet, nam non bene

durante largo tiempo de aquel en cuyo nombre se realizaba el asunto y a cuyo interés afectaba; en otro caso procede la opinión primera.

De lo dicho se colige la respuesta que se ha de dar en aquella cuestión en que se discute, si la citada ley *qui patitur* y la ley *semper qui non prohibet* tienen cumplimiento tratándose de ausentes del mismo modo que entre presentes; así lo admitió en un principio Felipe Decio (1), pero después, deliverando con más madurez, él mismo defendió lo contrario (2), siguiendo también su opinión Jerónimo Cagnolo (3). Muéveles la siguiente razón: porque, dicen, no existe el mismo motivo tratándose de ausentes que tratándose de presentes. Porque entre presentes, quien tiene conocimiento de que otro da fianza en su lugar, puede prohibirle el que lo haga en su nombre, cosa que no puede realizar el ausente. Por consiguiente, tratándose de presentes, hay dos razones que hacen el que se presuma o interprete un tácito mandato: primeramente al que se trata de la utilidad de aquél en cuyo lugar se daba la caución y en segundo lugar el que podía impedirlo si es que ésto le desagradaba; más cuando el asunto se refiere a personas ausentes, aun cuando aconseje lo mismo la utilidad supuesta de aquél en cuyo lugar se da fianza, pero se opone a la presunción de tal mandato la imposibilidad de prohibirlo si tal vez le desagradaba. Razón que, a mi juicio, debe justamente desagradar a cualquiera como falta de peso; porque no es legítima conclusión, más aún de ningún modo se sigue, está ausente, luego no puede impedirlo, cuando más bien puede prohibirlo del mismo modo que si se hallara presente. Porque, ¿qué diríamos si hallándose presente y prohibiéndole el que diese caución en su nombre, no quisiera, sin embargo, obedecer, sino que saliera fiador en su lugar? Ciertamente no podía conseguir otro efecto, sino el no quedar sujeto a él de este modo por acción de mandato, lo mismo que puede hacer también el ausente, con no menor libertad que el presente, tan pronto como hubiera tenido conocimiento de que se había dado caución en su nombre; porque podría comunicarle por escrito

8.

(1) Al comentar la ley citada *semper qui non prohibet*.

(2) En las adiciones hechas por este autor *ad rubric.* del Código de *pactis*, columna final.

(3) Comentando la ley citada *semper qui*.

sequitur imo minime sequitur, est absens, ergo prohibere non potest, quinimo tam prohibere potest, quam si praesens foret. Quid enim si cum praesens esset, & ei interdiceretur ne pro se fideiuberet nihilominus ille parere noluit, sed pro se fideiuberet, certe nihil ultra facere posset, nisi ut sic ei mandati actione obnoxius non esset, id quod & absens facere non minus libere posset, quam praesens simul ac nosset pro se fideiussum esse, posset enim rescribere sibi id displicere, sicq; mandati actione minime teneretur l. nec emere, C. de iure deliberant. l. sicut initio, C. de action & obligation. l. sicut maior, C. de repu. haeredi. & quia contractus mandati ex consensu substantiam, & formam capit. l. consensu, ff. de action. & oblig. & instit. de oblig. ex consensu, in prin. unde illo renitente appareret cessare consensum vel consensum nunquam interfuisse sicq; se mandati nomine minime teneri.

9. † Nam consensus idem est quod simul sensus, ut tradunt Docto. per tex. ibi in l. i. ff. de pact. dictio enim cum, idem significat quod simul, cum ea dictio reperitur adiuncta in compositione ad alteram dictionem, sicq; sensus adiuncta dictione con. significat consensum, ita tamen ut aliquo tempore simul ab utroq; in idem sensum & sic consensum fuerit. Unde & si omnes bonae fidei contractus inter absentes non secus quam inter praesentes fieri possint, ut d. l. consensu d. princ. inst. de oblig. ex consensu l. i. ii. & iii. ff. de procu. tamen si tibi absenti vendidi aut locavi domum meam aut tecum societatem coire volui, & similia, & antequam tu acceptares & consentire mutavi ac revocavi voluntatem, postea, tu huius rei ignarus acceptasti, tunc licet utrinque fuit, in idem placitum cessat tamen obligatio, &
- 10.

que le desagradaba ésto, con lo que no quedaría ya ligado en modo alguno por la acción de mandato, según varias leyes (1), además de que el contrato de mandato recibe su forma y sustancia del consentimiento, según consta por la ley *consensu* (2), y por la Instit. *de obligationibus ex consensu* en la introducción; por consiguiente, al oponerse éste, quedaba ya patente que cesaba el consentimiento o que el mismo nunca había existido, y por tanto que no estaba ligado en absoluto a título de mandato.

Porque, *consentimiento* es lo mismo que sentimiento simultáneo, según lo enseñan los doctores al comentar el texto de la ley 1.^a del Digesto en el tít. *de pactis*; porque el término *cum*, significa lo mismo que *simul* [juntamente] cuando se halla unido a otro término formando compuesto; por tanto, la palabra *sensus* [sentimiento] al unírsele el vocablo *cum* significa consentimiento [consensum], de tal modo, sin embargo, que en algún tiempo haya existido por ambas partes a la vez sentimiento en una misma cosa y por tanto consentimiento. Por consiguiente, aun cuando todos los contratos de buena fe, pueden tener lugar entre ausentes no de distinto modo que entre presentes (3), sin embargo, si estando tú ausente te vendí, o arrendé mi casa, o quise formar sociedad contigo, o cosas semejantes, y antes de que tú aceptaras y dieras el consentimiento cambié y revoqué mi propósito, y tú después, desconocedor de este cambio, aceptaste, en tal caso, aunque por una y otra parte existió asentimiento en una misma cosa, cesa con todo la obligación y el contrato; porque no existió en ésto un sentimiento simultáneo, es decir, al mismo tiempo, sino en tiempos diversos y por consiguiente, aun cuando haya existido por ambas partes asentimiento a una misma cosa, sin embargo, no fué a la vez y de este modo nunca existió consentimiento y por consiguiente no existe pacto o convención que obligue con obligación natural ni civil, según comúnmente lo enseñan los doctores al comentar la citada ley 1.^a

9.

10.

(1) Tales son: la ley *nec emere* del Código, tít. *de iure deliberandi*; la ley *sicut initio* del Código, tít. *de actionibus et obligationibus* y la ley *sicut maior.*, Código, tít. *de repudianda haereditate*.

(2) Digesto, tít. *de actionibus et obligationibus*.

(3) Conforme consta por la citada ley *consensu*, por la introducción de la Instituta *de obligat. ex consensu* y por la ley 1.^a, 2.^a y 3.^a del Digesto, tít. *de procuratoribus*.

contractus: quia in id non fuit simul, hoc est eodem tempore sensum, sed diversis temporibus, sicq; licet in idem utrinq; fuerit sensum, tamen non fuit simul sensum & sic nunquam fuit consensum, & consequenter non est pactum aut conventio quae obliget naturaliter nec civiliter ut tradunt communiter Doct. in d. l. i.

Quis ergo impedit quin cum primum mihi absenti relatum fuit, Titium pro me fideiussisse, non respondeam eidem nuntio vel alteri mihi displicere, sicq; mandati actione ei obligatus minime manebo, nec civiliter quidem. Nec etiam naturaliter, non magis quam si revera ille pro me nunquam fideiussisset. Verum si tacui, satis iuste concessisse & consensisse videbor, quandoquidem id cedit in meam utilitatem per d. l. qui patitur, cum ibi traditis per Doct. & per d. l. semper qui non prohibet. cum ibi traditis per Docto. iuncta. l. i. ii. & iii. ff. de procura. & quia faciti, & expressi regulariter par potentia, & idem ius est. l. cum quid, ff. si certum peta. ubi multa per las. post alios, per eundem in l. cum ex filio, per illum tex. in princip. ff. de vulgar. per eundem las. in l. i. per illum tex. cum Gloss. C. qui admitti. textus egregius in d. l. si filiusfam. C. de pet. haere. textus egregius in l. qui in aliena, in princip. ff. de acquiren. haeredita. & in l. si quis diutino, in princip. ff. si servi. vendi. & in l. alienationis verbo. ibi, vix est enim ut non videatur, ff. de verbo. significa. d. l. si ego, §. i. ff. de publi. in rem actio. ibi, per traditionem, aut per patientiam forte, d. l. si id quod ff. pro derelic. ibi, quasi volente, & concedente domina, l. Imperatores, ff. de iure fisci, ibi, tute huic poenae, l. fi. C. al. legem lu. maiest. ibi, sua sponte punitur. Superiora inducuntur ad egregiam quaestionem. Scis donationem olim ad sui firmitatem indiguisse vel rei donatae traditione, vel stipulatione, hodie vero

Ahora bien, ¿quién me impide el que estando yo ausente tan pronto como se me comunicara que Ticio se había obligado en mi nombre, respondiera yo al mismo mensajero o a otra persona que aquéllo no era de mi agrado, con lo que de ningún modo le estaré obligado por acción de mandato, no ya con obligación civil, pero ni siquiera con obligación natural, como si jamás se hubiera en realidad obligado en mi lugar? Pero si callé se reputará con sobrada justicia que lo he concedido y que he dado mi consentimiento, puesto que ésto cede en utilidad mía, según se desprende de varias leyes (1), y también por la razón de que un mismo poder y un mismo derecho se reconoce generalmente a lo fácito que a lo expreso, conforme se deduce de numerosas leyes (2). La anterior doctrina tiene aplicación en una notable cuestión. Sabes que antiguamente la donación exigía, para su estabilidad, o la entrega de la cosa donada, o una estipulación; y que hoy es firme por un nudo pacto, conforme a la ley *si quis argentum* (3), doctrina que se ha extendido también a la donación por causa de muerte, que es firme por un nudo pacto al igual que la donación entre vivos, según lo defendió la glosa y comúnmente los doctores al comentar la ley *cum pater* (4), glosa que al decir de Jerónimo Cagnolo (5), es

11.

(1) Así consta por la ley *qui patitur*, por la ley *semper qui non prohibet* y por la ley 1.^a, 2.^a y 3.^a del Digesto en el tít. *de procuratoribus* con lo que sobre ellas exponen los doctores.

(2) Tales son: la ley *cum quid*, Digesto, tít. *si certum petatur* que extensamente comenta en tal sentido Jasón, siguiendo a otros autores, como también la ley *cum ex filio*, Digesto, tít. *de vulgari* al comentar la introducción de la misma y el texto y glosa de la ley 1.^a del Código, tít. *qui admitti*; un notable texto es el de la ley *si filiusfam.*, Código, tít. *de petitione haereditatis* y el de la ley *qui in aliena*, Digesto, tít. *de acquilenda haereditate*; lo mismo consta por la ley *si quis diutino*, Digesto, tít. *si servitus vendicetur*; por la ley *alienationis verbo* en las palabras *vix est enim ut non videatur*, Digesto, tít. *de verborum significatione*; por la ley *si ego*, §. 1.^o, Digesto, tít. *de publiciana in rem actione* en las palabras *per traditionem aut per patientiam forte*; por la ley *si id quod*, Digesto, tít. *pro derelicto* en las palabras *quasi volente et concedente domina*; por la ley *imperatores*, Digesto, *de iure fisci* en las palabras *tute huic poenae* y por la ley final Código, tít. *ad legem lul. maiestatis* en las palabras *sua sponte puniuntur*.

(3) Del Código, tít. *de donatione* con lo que en tal ley se hace notar.

(4) En el §. *Maevio*, Digesto, tít. *de legatis*, lib. 2.^o

(5) Al comentar la ley *semper qui non prohibet*, Digesto, tít. *de regulis iuris*, núm. 3.^o

- nudo pacto firmam esse l. si quis argentum. C. de dona. cum ibi notatis, id quod etiam ad mortis causa donationem tractum est, † quae nudo pacto firma est, non secus quam
11. donatio inter vivos ut tenuit Gloss. & ibi communiter Doctor. in l. cum pater §. Maevio. ff. de lega. ii. & illam Glos. communiter aprobatam esse affirmat Hierony. Gagno. in l.
12. semper qui non prohibet. ff. de reg. iur. nu. 3. Quid † autem si ea donatio fiat praesenti & facenti, an per eam praesentiam & taciturnitatem acceptare & agnoscere videatur, ut sic valeat quasi ex pacto facite inito inter donatorem & donatarium, an vero nihil valeat, quasi pollicitatio tantum sit, propter defectum acceptationis, quae obligatoria non est ut plene per Ias. & Francisc. de Ripa in rubrica. ff. de verborum obligatio. & Ioanes Crotus post Aretinum quem refert in rubrica. ff. de verborum obligatio. lectu ii. negat eam donationem valere, id quod tenet etiam Philippus Decius in rubri. C. de pact. Idem Decius in l. senium. C. qui testament. facere poss. Idem Decius in d. l. semper qui non prohibet. Idem in consi. ccxlv. colum. fina.

Contrariam partem ut ea donatio valeat, quasi per eam praesentiam, & taciturnitatem donatarii inducatur tacitum pactum, tenent Angelus, & Bartholom. Socinus in locis relatis per Decium ubi supra, Carolus Ruinus in l. ii. charta penulti. ff. de legat. i. Purpuratus in rub. C. de pact. & in l. rogasti. §. si tibi, ff. si cert. pet. Lancellotus Galiaula in rubric. colum. xi. ff. de verbo. obliga. & Hieronymus Cagnolus in d. l. semper qui non prohibet, ff. de reg. iuris numero 3. Curtius Iunior in rubri. C. de pact. sicq; haec pars receptior est, id quod asseverat Hieronymus Cagnolus

13. ubi supra, † qui omnes similiter affirmant, quod & in terminis d. l. si quis argentum, si donatio inter vivos fiat praesenti

generalmente admitida por los doctores. Mas ¿qué diríamos si dicha donación se hace a una persona presente y que calla, se ha de considerar que por aquella presencia y silencio la acepta y reconoce, de suerte que tenga valor como por un pacto tácitamente celebrado entre el donante y el donatario, o más bien no ha de tener valor alguno, como si sólomente se tratara de una oferta, a causa de la falta de aceptación que no es obligatoria, según extensamente lo exponen Jasón y Francisco de Ripa? (1). Desde luego Juan Croto, siguiendo el sentir del Aretino a quien cita (2), niega que dicha donación sea válida, lo mismo que sostiene también Felipe Decio en varios lugares (3). 12.

La opinión contraria, es decir, que sea válida tal donación, como si por la presencia y silencio del donatario se entablara un pacto tácito, lo defienden Angel, y Bartolomé Socino en los lugares arriba citados por Decio, como también el Purpurado (4), Lanceloto Galiaula (5), Jerónimo Cagnolo (6) y Curcio el Joven (7); y por tanto, esta parte es más seguida, cosa que también afirma Jerónimo Cagnolo en el lugar arriba citado; todos los cuales sostienen también igualmente que según los términos de la citada ley *si quis argentum*, si se hace una donación entre vivos a una persona presente y que calla, que dicha presencia y silencio causa un tácito reconocimiento o aceptación de la donación, y por consiguiente un pacto tácito que es suficiente para la firmeza de semejante donación; aun cuanto también en este punto hayan igualmente sostenido contrario parecer contra esta segunda y a la vez admitida opinión el Aretino y Juan Croto en el lugar arriba citado, como también Felipe Decio en los cuatro lugares antes aducidos, quienes en ambas conclusiones se fundamentan en esta razón, a saber, que 13.

(1) En la rúbrica del Digesto, tít. *de verborum obligatione*.

(2) En la citada rúbrica del Digesto *de verborum oblig.* Lect. 2.^a

(3) En la rúbrica del Código, tít. *de pactis*; comentando la ley *senium* del Código en el tít. *qui testamenta facere possint*, la ley *semper qui non prohibet* y en el dictamen 245, columna final.

(4) En la rúbrica del Código *de pactis* y en la ley *rogasti*, §. *si tibi*, Digesto, tít. *si certum petatur*.

(5) En la rúbrica del Digesto, *de verborum obligatione*, colum. 11.

(6) Comentando la ley *semper qui non prohibet*, del Digesto, tít. *de regulis iuris*, núm. 5.

(7) En la rúbrica del Código *de pactis*.

& tacenti, ea praesentia, & taciturnitas inducit tacitam donationis agnitionem seu acceptationem, sicq; tacitum pactum quod ad talis donationis firmitatem sat est, quanvis, & in hoc contra hanc secundam eandemq; receptam sententiam, similiter tenuerint Aretinus, & Ioannes Crotus ubi supra, & Philippus Decius in quatuor locis, supra allegatis, qui in utraq; conclusione ea ratione moventur, quod tale pactum cum verba donatarii defuerint, non potest videri proprium, & verum pactum, sed tantum interpretativum, & improprium, ad quod d. l. si quis argentum, utpote iuris antiqui correctoria extendi non deberet, ut sic quanto minus possit corrigeret ius commune. Quae ratio (iudice me) ex crassiore aliquantulum minerva descendisse videtur, quam de tantis viris credi potuisset.

14. † Nam quod in de l. i. ff. de pactis, dicitur pactum esse duorum pluriumve in idem placitum, & consensum, non est cur magis referatur ad consensum verbis indicatum, quam ad eum qui alio quovis modo, aut signo indicaretur, indicatum ideo dixi, quia hominum consensus soli Deo notus aut infallibiliter intellectus esse potest, & praeterea nemini.
15. † Unde & si animi nostri, nullum certius signum sit quam verborum l. Labeo. ff. de sup. lega. tamen verba non raro fallunt iuxta tex. in l. divus, ff. de milita. testam. §. plane, inst. eod. tit. l. si quis intentione, ff. de iudi. l. non solum. ff. de act. & oblig. l. an inutilis. ff. de acceptila. unde Terentius, erras (inquit) tui animi si me esse ignarum putas: loquitur enim de quadam coniectura fallaci. Et Ovidius sic modulatus est:

Vetus frequensq; via est sub amici fallere nomen.

dicho pacto, habiendo faltado las palabras [de aceptación] del donatario no puede reputarse como propio y verdadero pacto, sino como un pacto interpretativo e impropio, al cual no debería extenderse dicha ley *si quis argentum*, como correctiva de un derecho antiguo; cuanto menos podrá, pues, corregir un derecho común. Pero esta razón, a mi juicio, es de tan poco peso que no podría esperarse de tan señalados varones.

Porque lo que se dice en la citada ley 1.^a del Digesto, título *de pactis*, que el pacto es el consentimiento de dos o más personas en una misma cosa, no hay razón para que se refiera más al consentimiento indicado por palabras, que a aquel otro que se indicase por cualquier otro modo o señal. Y he usado la palabra *indicado*, porque de sólo Dios y de nadie más puede ser conocido e infaliblemente penetrado el consentimiento de los hombres. Por consiguiente, aun cuando no existe signo alguno más cierto de nuestro ánimo que el de las palabras (1), sin embargo, no raras veces las palabras engañan, conforme se desprende del texto de la ley *divus* (2) y de los términos de otras varias disposiciones legales (3). Por lo que Terencio dice: te engañas si juzgas que no conozco tu intención; pues se refiere a una conjetura, que puede ser falsa. Y Ovidio cantó así:

«Antiguo y socorrido recurso es el engañar bajo el nombre de amigo».

Y Cicerón dice también en el libro primero *Offic.*: «no existe peste más funesta a la justicia que la de aquellos hombres que autores de los mayores engaños pretenden, con todo, el parecer varones honrados»; por lo que el mismo Cicerón se expresa así en su discurso en favor de Cecina: «las palabras se inventaron para ser indicio de nuestra voluntad». Porque comprende que las palabras, aun cuando son, de entre todos los signos, el indicio más cierto de nuestra voluntad, con todo de ningún modo producen una cierta e infalible demostración, sino sólomente un indicio, por eso dijo Cicerón «para que indicaran» y no dijo «para que demostraran»;

(1) Conforme a la ley *Labeo*, Digesto, tít. *de suppellectile legata*.

(2) Digesto, tít. *de militari testamento*.

(3) Tales como el §. *plane de la Instit. de mil. testamento*; la ley *si quis intentione*, Digesto, tít. *de iudiciis*; la ley *non solum* del Digesto, tít. *de actionibus et obligationibus* y la ley *an inutilis*, Digesto *de acceptilatione*.

16. Et † Cicero offi. lib. i. sic ait: Nulla iustitiae pestis capitalior est quam eorum qui cum maxime fallunt, id agunt, ut boni viri esse videantur, unde idem Cicero pro Cecinna in oratione, ait: Verba inventa sunt, quae indicarent nostram voluntatem. Intelligit enim verba & si sit omnium signorum certissimum indicium nostrae voluntatis, tamen minime inducere certam & infallibilem demonstrationem, sed tantum indicium, ideo indicarent dixit, non demonstrarent, ideo lex ait quod non litterarum, aut verborum figura obligamur, sed mente & sensu, ita l. non figura, ff. de actio. & obliga. l. obligationum substantia, eod. tit. Ideo Cicero in eadem oratione pro Cecinna ait: † Scriptum sequi calumniatoris est, boni vero iudicis voluntatem scriptoris. Sic & in l. haeredes mei. §. cum ita, ff. ad Trebell. ait lex a verbis recedendum ut voluntatem sequamur. Ad idem l. iii. C. de lib. praet. l. non aliter, ff. de lega. iii. l. ita stipulatus, versic. Sabinus ubi not. Paul. Cast. & Ias. ff. de verb. ob. vers. ex mente, iam ergo dubitari non oportet, quod hominum animus & consensus nulli sat certus, & cognitus esse possit nisi Deo. Sicq; hominum consensus, qui pactum inducit indiciis tantum non etiam certa scientia aut demonstratione comprehendi unquam potuit, aut poterit in aeternum, unde sive ex verbis sive ex aliis indiciis aut coniecturis hominum consensum deprehenderis, vel (ut rectius loquar) coniecturatus fueris, semper is consensus est interpretativus & coniecturalis non certus & indubitatus, unde si tibi praesenti dixi, dono tibi domum vel equum & faces, per hoc agnovisse ex legis aequa & prudenti interpretatione videris, non secus quam si tibi placere verbis declarasses, cum id tibi utile sit. Idem si mortis causa tibi donare dixi eadem ratione, nam ut signum & indicium tuae taciturnitatis cum hoc adminiculo
- 17.

por eso dice la ley, que no nos obliga la figura de las letras o palabras, sino la mente y el sentido de éstas (1). Por esta razón afirma también Cicerón, en el mismo discurso en defensa de Cecina: «El seguir la materialidad de lo escrito es propio del falso acusador, pero propio es del buen juez el acomodarse a la mente del escritor». Así consta también expresamente en la ley *haeredes mei* (2), donde dice ésta, que nos hemos de apartar de las palabras para acomodarnos al espíritu, y en otras varias leyes que expresan lo mismo (3). Así, pues, no cabe la menor duda de que la intención y el consentimiento de los hombres no pueden ser suficientemente ciertos y conocidos de nadie, sino de sólo Dios. Y por tanto, el consentimiento de los hombres que produce el pacto, jamás ha podido ser conocido, ni podrá serlo eternamente, sino por solos indicios, pero no con ciencia cierta o demostración. Por consiguiente, ya sea que hayas conocido, o (hablando con más propiedad) ya sea que hayas conjeturado el consentimiento de los hombres por sus palabras o bien por otros indicios o signos, en todo caso tal consentimiento es interpretativo y fundado en conjeturas, no cierto y evidente. Por lo tanto, si estando tú presente te dije: te hago donación de una casa o de un caballo y tú callaste, por este hecho pareces haber reconocido tal donación, según justa y prudente interpretación de la ley, al igual que si con palabras hubieras declarado que estabas conforme, ya que ésto redundaba en utilidad tuya. Lo mismo sostendríamos y por la misma razón, si te dijera que te hacía donación por causa de muerte. Porque así como este signo e indicio de tu silencio, junto con la circunstancia de que la cosa redundaba en utilidad tuya, podía engañarnos (si tal vez era de tu desagrado la donación) del mismo modo, aun

(1) Así consta por la ley *non figura*, Digesto, tít. *de actionibus et obligationibus* y por la ley *obligationum substantia* del mismo título.

(2) En el §. *cum ita* del Digesto, tít. *ad Trebellian*.

(3) En la ley 3.^a del Código en el tít. *de liberis praeteritis*; en la ley *non aliter* del Digesto, tít. *de legatis*, lib. 3.^o y en la ley *ita stipulatus*, versic. *Sabinus*, Digesto, tít. *de verborum obligationibus*, versic. *ex mente*, que comentan en tal sentido Pablo de Castro y Jasón.

quod res tibi expediebat posset nos fallere (si forte tibi displicebat) ita etiam si verbis tibi placere declarares, decipi possemus, si forte tibi displicebat, quanvis contrarium dixeris, ergo iuste & verosimiliter lex ex illa taciturnitate iuncta tacentis utilitati, interpretatur tacitam acceptationem & consequenter tacitum consensum, sicque etiam pactum l. cum quid. ff. si cert. petat. cum simil. supra allegatis.

cuando con tus palabras manifestaras que estabas conforme, podríamos ser engañados, si es que tal vez no lo estabas, aun cuando hubieras dicho lo contrario. Luego con justicia y con verosimilitud, en razón de aquel silencio, unido a la utilidad de quien calla, interpreta la ley una tácita aceptación y consiguientemente un tácito consentimiento y por tanto también un pacto (1).

(1) Conforme a la ley *cum quid*, Digesto, tít. *si certum petatur* y a otras leyes semejantes arriba aducidas.

CAPVT LXIII

SUMMAE

1. *Tempus longum inducit praesumptionem actorum ut teneat sententia.*
2. *Longum tempus legitimat executionem.*
3. *Tempore ex longo praesumitur autoritas superioris.*
4. *Solemnitatis praesumptio inducitur ex longo tempore ad firmandam rei ecclesiasticae alienationem.*
5. *Instrumentum rite exemplatum praesumitur post longum tempus.*
6. *Instrumentum minus solemne ex longa sui observantia fide dignum fit.*
7. *Testamentum minus solemne an convalescat.*
8. *Tempus pater veritatis.*
9. *Populi vetus memoria pro veritate est.*
10. *Probatio levior sufficit in antiquis.*
11. *Testamentum an vacillet unius testis contradictione.*
12. *Ecclesiae diu singulis annis solutum non perpetuatur, contra doc.*
13. *Verba enuntiativa probant post longum tempus.*
14. *Tempus longum cum scientia & patientia inducit consensus, auctoritatis, licentiae praesumptionem.*

CAPÍTULO LXIII

SUMARIO

- El trascurso de largo tiempo hace que se presuman los trámites de un proceso para validez de una sentencia. 1.
- El largo trascurso de tiempo legitima la ejecución. 2.
- En virtud del largo trascurso de tiempo se presume la autorización del superior. 3.
- En virtud del largo tiempo transcurrido tiene lugar la presunción de las formalidades necesarias para dar firmeza a la enajenación de un bien eclesiástico. 4.
- En virtud del tiempo transcurrido se presume estar ajustado a su original un documento. 5.
- Un instrumento falto de formalidades, se hace digno de fe si durante largo tiempo se dió cumplimiento a su contenido. 6.
- ¿Puede adquirir toda su fuerza un testamento falto de algunas formalidades? 7.
- El tiempo es padre de la verdad. 8.
- El recuerdo conservado por mucho tiempo por el pueblo se considera como verdad. 9.
- Tratándose de cosas ya muy remotas, es suficiente una prueba más ligera. 10.
- La impugnación de un solo testigo, ¿quita su fuerza a un testamento? 11.
- Un tributo pagado a la Iglesia anualmente y por largo trascurso de tiempo, no se hace perpetuo; contra el sentir de algunos doctores. 12.
- Las palabras enunciativas adquieren fuerza probativa después de mucho tiempo. 15.
- El largo plazo de tiempo unido a la ciencia y paciencia del dueño, causa la presunción de consentimiento, autorización y licencia. 14.

1.



RIGESIMO QUARTO † superioribus arridet, nam & si acta iudicii sint quid facti, tamen si appareat sententia, reliqua vero acta totius processus non appareant, adhuc tamen ex temporis diuturnitate intervenisse praesumuntur, & rite intervenisse, ut est vera communis opinio quam tenent ita Innocentius & alii in cap. bonae. i. per tex. ibi de electione, & in c. in praesentia de renun. & in c. cum inter, de re iudic. Dec. consi. xxxvi. exemplum instrumenti. Alex. consi. xvii. viso instrumento, col. penul. lib. iiii. Idem Alexand. consi. xxx. ponderatis, colum. iii. libr. v. Corn. consi. ccciiii. rem arduam, lib. iij. col. ii. plene per Andraeam Tiraq. de praescrip. §. i. Glo. iiii. versic. xxxii.

2.

Trigesimo quinto † his quoque concinit, nam & si sententiae executio sit meri facti, tamen ex temporis diuturnitate rite & cum interventu omnium solemnium, quae in facto consistunt, facta praesumitur ita Petr. Ancha. consi. xxxix. visa petitione, Dec. consi. cccclxxv. iuridicam esse, col. i. Andr. Tiraq. ubi supra, versi. xxxiii. Philipp. Dec. consi. ccccxix. viso, consi. col. i.

3.

Trigesimo sexto † superioribus consonat, nam & si auctoritas superioris sit quid facti, tamen si reperitur instrumentum de alienatione rei ecclesiasticae in quo nulla fit mentio de auctoritate superioris, tamen post longum tempus ea praesumitur, ita Petr. Anch. consi. cxxxvi. ex consiliis excellentium Ang. in l. quod si nolit. §. i. ff. de aedili. edict. Bar. in l. sciendum, col. xvi. ff. de verb. obli. Andr. Tiraq. ubi supra, versi. xxxv. Feli. in c. Alb. de testib. plene per

Trigésimocuarto, confirma también lo anterior el que, aun cuando los autos de un juicio sean un hecho, sin embargo, si consta la sentencia y no aparecen los restantes autos de todo el proceso, no obstante, en virtud del largo trascurso de tiempo, se presume haber tenido éstos cumplimiento y cumplimiento legítimo, según verdadera y común opinión que defienden numerosos autores (1).

Trigésimoquinto, lo mismo confirma también el que, aun cuando la ejecución de una sentencia sea un puro hecho, sin embargo, en razón del largo tiempo trascurrido, se presume haber tenido lugar legítimamente y con cumplimiento de todas las formalidades que consisten en hechos; así lo defienden Pedro de Ancarano (2), Decio (3) y Andrés Tiraqueau (5).

Trigésimosexto, corrobora también lo anterior el que, aun cuando la autorización del superior consista en algo de hecho, sin embargo, si se halla una escritura sobre la enajenación de una cosa eclesiástica en la que no se hace mención alguna de la autorización del superior, sin embargo, se presume ésta después de largo trascurso de tiempo; así lo defienden numerosos autores (5).

Trigésimoséptimo, a lo mismo parece también poder referirse lo siguiente: porque si bien las formalidades que deben tener lugar en la enajenación de un bien eclesiástico consisten en algo de hecho, sin embargo, aun cuando en la

(1) Tales son: Inocencio y otros comentando el texto del cap. *bonae* 1, *de electione*; el cap. *in praesentia, de renuntiatione* y el cap. *cum inter, de re iudicata*; Decio, dictamen 36 que empieza *exemplum instrumenti*; Alejandro, dictamen 17, *visu instrumento*, columna penúltima, lib. 4.º y dictamen 30 *ponderatis*, colum. 3.ª, lib. 5.º; Corneo, dictamen 304 *rem arduam*, lib. 3.º, colum. 2.ª y extensamente Andrés Tiraqueau *de praescriptio*., §. 1.º, glosa 4.ª, versic. 32.

(2) *Consil.* 39 que empieza *visa petitione*.

(3) *Consil.* 375, *iuridicam esse*, colum. 1.ª y 419 que empieza *viso consilio*, colum. 1.ª

(4) *Ubi supra*, vers. 33.

(5) Tales son: Pedro Ancarano, dictamen 136 que empieza *ex consiliis excellentium*; Angel comentando la ley *quod si nolit*, §. 1.º, Digesto, tít. *de aedilitio edicto*; el de Barbatia en la ley *sciendum*, colum. 26, Digesto, tít. *de verborum obligatione*; Andrés Tiraqueau, *ubi supra*, versic. 35, Felino en el cap. *Alb. de testibus* y extensamente Fernando Loazes, quien cita a otros autores en el *consil. pro Marchione de Vélez*.

Fernandum Loazes, qui alios allegat in consi. pro Marchi. de Velez pag...

4. Trigesimo septimo † huc quoq; adspirare videtur, nam & si solemnia quae in alienatione rei ecclesiasticae intervenire debent, sint quid facti, tamen licet de eorum solemnium vel aliquorum interventu, in instrumento mentio facta non sit, adhuc tamen ex diuturnitate temporis interventus eorum praesumitur, ita Ant. Butr. in c. cura, de iure patronatus col. ii. Franc. Aret. consi. xxxvi. casus talis est, col. ii. Andr. Tiraq. ubi supra, versic. xxxvi. Fernandus Loazes qui quam plures allegat ubi supra, pag. Felin. in c. sicut, col. xix. de re iudic. Philipp. Dec. in l. i. col. iii. C. qui admitti. & d. consi. xxxvi. exemplum col. pen. & consi. clii. in causa col. ii. Alex. consi. lxxix. circa primum, lib. i.
 5. Trigesimo octavo † aliorum non respicit quod & si producat instrumentum sumptum ab originali nec appareat de citatione partis, post longum tamen tempus ea praesumitur, utcunq; facti sit, ita tenent Raphael Cuma. consi. clvii. visis instrumentis, col. ii. Florianus. in l. ii. ff. de fide instrum. Alex. consi. ci. super primo dubio, col. iii. lib. vii. Francisc. Areti. consi. xxxvii. col. pen. Corn. consi. ccciiii. rem arduam, col. ii. lib. iii. Philipp. Dec. consi. xxxvi. col. i. las. in authen. si quis in aliquo documento, col. iii. C. de eden. Idem las. in l. ii. C. de testam. Andr. Tiraq. ex cuius allegatis apparet hanc esse communem opinionem tract. praescrip. §. i. Glo. iii. versi. xxxvii. non paucis tamen repugnantibus ut ibi per eum.
- Trigesimo nono his & illud consequens est: nam & si consensus ut constat sit res facti, tamen si monacha reperitur

escritura no se haya hecho mención del cumplimiento de estas formalidades o de algunas de ellas, sin embargo, se presume haber tenido éstas cumplimiento en razón del largo tiempo transcurrido; así lo afirman numerosos doctores (1).

Trigémooctavo, no es tampoco ajeno a lo mismo el que, aun cuando se presente un documento sacado del original y no se haga mención de la citación de la parte, con todo, después de largo trascurso de tiempo, se presume efectuada aun cuando se trata de un hecho, así lo defienden Rafael Cuma (2), Floriano (3), Alejandro (4), Francisco Aretino (5), Corneo (6), Felipe Decio (7), Jasón (8), Andrés Tiraqueau (9), de cuya relación aparece ser común esta opinión, si bien no son pocos los que la combaten, como consta por el mismo Tiraqueau en tal lugar.

5.

Trigésimonoveno, lo mismo confirma también la siguiente razón: porque aun cuando el consentimiento, según es manifiesto, consista en un hecho, sin embargo, si halláramos que una monja había pasado de un monasterio a otro y que por largo tiempo había morado en este último, se presume haber tenido ésto lugar con el consentimiento del primer monasterio y por consiguiente adquirirá para el segundo y no para el primer monasterio, según lo defiende Bartolomé Socino en el dictamen 83 que empieza *placet mihi* y en otros que cita Andrés Tiraqueau (10), quien defiende también lo mismo.

Cuadragésimo, la razón de todas las anteriores afirmaciones estriba en la fuerza y poder del tiempo que es tan

6.

(1) Tales son: Antonio Butr. en el cap. *cura. de iure patronatus*, column. 2.^a; Francisco Aretino, dictamen 36, *casus talis est*, column. 2.^a; Andrés Tiraqueau, *ubi supra*, versic. 36; Fernando Loazes, quien cita a otros muchos, *ubi supra*; Felino en el cap. *sicut*, column. 19 de *re iudicata*; Felipe Decio en la ley 1.^a, column. 4.^a, Código, tít. *qui admitti*, en el dictamen 36, *exemplum*, columna penúltima y dictamen 152 *in causa*, column. 2.^a; Alejandro, dictamen 79 que empieza *circa primum*, lib. 1.^o

(2) Dictamen 157 que empieza *visis instrumentis*, column. 2.^a

(3) En la ley 2.^a, Digesto, tít. *de fide instrumentali*.

(4) Dictamen 150 *super primo dubio*, column. 3.^a, lib. 7.^o

(5) Dictamen 37, columna penúltima.

(6) Dictamen 304 *rem arduam*, column. 2.^a, lib. 3.^o

(7) Dictamen 36, column. 1.^a

(8) Sobre la auten. *si quis in aliquo documento*, column. 4.^a, Código, tít. *de edendo* y sobre la ley 2.^a, column. 2.^a Código, *de testamento*.

(9) En su tratado *de praescription*, §. 1.^o, glosa 4.^a, versic. 37.

(10) *Ubi supra*, versic. 41.

migrasse de uno monasterio ad aliud, in posterioreq; diu commemorasse, praesumitur id factum de voluntate prioris monasterii, sicq; posteriori acquireret non etiam priori, ita Bartho. Socin. consi. lxxxiii. placet mihi, in pr. & in aliis consiliis relatis per Andr. Tiraq. qui idem sequitur ubi supra, versic. xli.

6. Quadragesimo † ratio istorum omnium stat in vi & potestate temporis, quae tanta est ut instrumentum quod undequaq; solemne non erat, si tamen diu quae in eo continebantur observata fuerunt, habetur perinde ac si undequaq; solemne foret, pleneq; probat, quasi ille solemnitatis defectus tempore suppleatur, ita egregie Bar. inter consi. Baldi consi. cccc. super primo puncto, col. ii. lib. iiii. Felin. in c. sicut. col. xviii. de re iudi. Andr. Tiraq. ubi supra, versic. xxiii. † Unde cum plura quam quadraginta requisita ad testamenti firmitatem desiderentur, ut plenissime disseruimus, lib. ii. de succ. crea. per totum, quae omnia requisita vix unquam satis ex integro observata invenies, dicebam quod si ex testamento quod non satis ex integro habuit solemnium observationem (dum modo principaliora non deessent) coepi haereditatem possidere longoq; tempore eam tenui, cum haeredes legitimi testatoris huius rei ignari non essent, per hoc videretur testamentum integras vires sumere in posterumque tutus essem, quod dic ut proxime repetam.
8. Quadragesimo primo † est & alia ratio superiori quasi contigua quod tempus dicitur esse pater veritatis ut plene disserit Andr. Tiraquel. ubi supra c. xxv.
9. Quadragesimo secundo † est & alia ratio proxima

grande que un instrumento que en todos sus extremos no se ajustara a las formalidades legales, se considera como si en absoluto se ajustara a ellas, si durante largo tiempo se dió cumplimiento a las cosas que en él se contenían, y tiene perfecta fuerza probativa como si el tiempo supliera aquella falta de formalidades; así señaladamente lo enseña Bartolo (1), Felino (2) y Andrés Tiraqueau (3). Por consiguiente, siendo necesarios más de cuarenta requisitos para la validez de un testamento, según con el mayor detenimiento hemos expuesto por toda la extensión del libro segundo *de successio-num creatione*, y que casi nunca se hallará habérseles dado a todos perfecto cumplimiento, sostenía yo que si empecé a poseer una herencia en virtud de un testamento que no se ajustaba enteramente al cumplimiento de las formalidades (siempre que no faltaran las fundamentales) y durante largo tiempo la retuve, no desconociéndolo los legítimos herederos del testador, por este hecho parecería cobrar el testamento toda su fuerza y en adelante me consideraría seguro; solución que tendrás presente y que repetiremos algo más adelante.

7.

10

8.

9.

Cuadragésimoprimeramente, existe también otra razón en cierto modo unida a la anterior y es que el tiempo se dice ser padre de la verdad, conforme lo trata extensamente Andrés Tiraqueau (4).

Cuadragésimosegundo, hay también otra razón relacionada con la precedente, a saber, que el recuerdo del pueblo durante largo tiempo, se reputa como verdad, así lo afirma Baldo (5) y Tiraqueau (6) quien cita a Ovidio que canta así en el libro 1.º de sus *Metam.*:

«¿Quién podría creer ésto, si el tiempo dilatado no lo atestiguara?»

Y la voz del pueblo es voz de Dios, conforme lo hemos expuesto arriba en el capítulo 11, número 34.

Cuadragésimotercero, existe también otra razón, a saber, que es general, que en virtud del largo tiempo trascurrido

10.

(1) *Inter consilia Baldi, consil.* 400 que empieza *super primo puncto*, colum. 2.º, lib. 4.º

(2) En el cap. *sicut*, colum. 18 de *re iudicata*.

(3) *Ubi supra*, versic. 24.

(4) *Ubi supra*, cap. 25.

(5) En el dictamen 84 *res prohibita*, lib. 1.º

(6) *Ubi supra*, versic. 26.

superiori, quod longa populi memoria pro veritate est, ita Baldus consil. lxxxiii. res prohibita lib. i. Tiraquel. ubi supra versic. xxvi. qui refert Ovidium sic modulantem Metamor. lib. i.

Quis hoc credat nisi sit pro teste vetustas.

Et vox populi vox Dei est, dixi supra, capit. xi. numero 34.

10. Quadragesimo tertio † est & alia ratio, nam generale est ut temporis diuturnitate levior probatio sufficiat, ut per Bar. in l. si quidem, C. soluto matrimo. & in l. de minore, §. tormenta, q. ii. ff. de quaestio. Idem Bar. in l. continuus §. cum ita, ff. de verborum obligation. Ioann. Imolen. in capi. cum causam, colum. i. de probation. Andraeas Tiraquel. ubi supra versicul. xxix. per rationem quam signavimus, supra ad princ. huius capit. nempe quia tempus rerum oblivionem inducit, sic etsi testamentum soleat vacillare contradictione unius testis testamentarii, tamen fallit postquam quis sciente & patiente haerede legitimo longo tempore possedit haereditatem, secundum eundem ibi versic. xxxviii. post Fulgosium quem allegat consil. lxxix. colum. iii.
- 11.
12. Quadragesimo quarto † tantaq; est vis temporis ut si per decennium quis libere, ecclesiae, vel piaae causae, quid solverit, ex hoc inducta censetur consuetudo, ut in posterum tantundemolvere teneatur, secundum eundem Andraeam Tiraquellum ubi supra versicu. xlii. per capit. veniens. i. de testibus ubi idem tenet Panorm. nota. iii. & Felinus not. iii. Panormitan. & Felinus in capitu. ad apostolicam, de simonia Panormita. cons l. vi. colum. iii. lib. ii. quae conclusio vera

sea suficiente una prueba más ligera, según consta por Bartolo (1), Juan de Imola (2) y Andrés Tiraqueau (3), por el motivo que dejamos señalado arriba al comienzo de este capítulo, a saber, porque el tiempo trae consigo el olvido de las cosas; por tal razón, aun cuando un testamento suela perder su fuerza por la impugnación de un solo testigo testamentario, sin embargo, no se cumple ésto, después que alguno estuvo en posesión de la herencia durante largo tiempo, sabiéndolo y tolerándolo el legítimo heredero; doctrina que sostiene así Tiraqueau (4), siguiendo el sentir de Fulgoso (5),

11.

Cuadragésimocuarto, tan grande es la fuerza del tiempo, que si durante diez años hubiera una persona pagado libremente algún tributo a la iglesia o a una causa piadosa, ya por ésto se considera introducida la costumbre de pagar obligatoriamente igual cantidad en adelante, según la opinión del mismo Andrés Tiraqueau (6), de Felino y del Panormitano (7); pero esta conclusión no es verdadera, si no se alega y se prueba un legítimo título, según consta por varias leyes (8), ya que el tiempo, atendida su naturaleza, nada produce, sino más bien todo lo consume, como se desprende de varias disposiciones legales (9); por otra parte, nada prueba el citado capítulo *veniens* y la Iglesia debe abstenerse más que nadie de semejante tiranía (10).

12.

(1) Comentando la ley *si quidem*, Código, tít. *solutio matrimonio*; la ley *de minore*, §. *tormenta*, cuest. 2.^a, Digesto, tít. *de quaestionibus* y la ley *continuus*, §. *cum ita*, Digesto, tít. *de verborum obligatione*.

(2) En el cap. *cum causam*, column. 1.^a de *probationibus*.

(3) *Ubi supra*, versic. 29.

(4) *Ubi supra*, versic. 38.

(5) Dictamen 79, column. 3.^a

(6) *Ubi supra*, versic. 42, fundado en el cap. *veniens. de testibus* en donde sostienen lo mismo Felino, *nota* 4.^a, y el Panormitano, *nota* 3.^a

(7) Ambos tratando del cap. *ad apostolicam, de simonia* y el Panormitano también en el dictamen 6, column. 3.^a, lib. 2.^o

(8) Por la ley *cum de in rem*, Digesto, tít. *de usuris* con lo que notan sobre tal lugar Bartolo y Floriano y por la ley *obligationum fere*, §. *placet*, Digesto, tít. *de actionibus et obligationibus*.

(9) Así consta por el citado §. *placet*, juntamente con la ley *sicut* y la ley *omnes* del Código, tít. *de praescriptione triginta annorum* y por la introducción de la Instituta *de perpetuis et temporalibus actionibus*.

(10) Según el cap. 1.^o, §. 1.^o de *alienatione feudorum*, y la introducción de la Auten. *de monachis*. Véase Andrés Tiraqueau *de privilegiis piaae causae*, privil. 500.

non est, si non allegatur vel probetur idoneus titulus iuxta, l. cum de in rem, ff. de usur. cum ibi not. per Barto. & Floria. & per l. obligationum fere, §. placet, ff. de actio. & ob. tempus enim sui natura nihil generat, sed potius omnia consumit, d. §. placet iuncta. l. sicut l. omnes, C. de praescriptio. triginta annorum, in princip. instit. de perpe. & temp. act. & d. capit. veniens nihil probat, & ecclesia ab huiusmodi tyrannide abstinentior esse debet quam reliqui, capitu. primo. §. primo. de alienation. feud. in prin. in authen. de monachis. Andr. Tiraquel. de privile. piaae ca. privi. 100.

13. Quadragesimo quinto † tanta est vis temporis ut verba enunciativa, quae regulariter non probant, post temporis diuturnitatem cum aliis adminiculis probationem inducant, ut videtur voluisse Bal. Albericus, Salicetus, Paulus Castrens. in l. cum quis, C. de iure deliber. & ibi Alexand. & las. Panormitan. consil. liiii. casus talis est, colum. ii. lib. i. Andraeas Tiraq. ubi supra versic. xxviii. Florianus in l. in finalibus, ff. finium regundorum, Decius consil. xiii. an apellatione & alii multi per eum ibi relati.

Quadragesimo sexto, isthaec omnia augentur, nam & si iuris sui remissio, vel abiectio nunquam praesumatur, fallit tamen ex tempore etiam unius interdum anni, §. fi. insti. de iniur.

Quadragesimo septimo facit egregius tex. in l. si ego, §. primo, ff. de publiciana in rem action. ibi, per traditionem forte, aut per patientiam, ubi longi temporis scientia, & patientia tantum operantur quantum alienatio, & traditio, & tamen traditio constat esse quid facti etiam extrinseci.

Quadragesimo octavo facit, l. alienationis verbum, ff. de

Cuadragésimoquinto, es tan señalado el poder del tiempo 13. que las palabras enunciativas que generalmente no tienen fuerza probativa, sin embargo, después de largo trascurso de tiempo constituyen prueba acompañadas de otros requisitos, según parece haber defendido Baldo, Alberico, Salicet, Pablo de Castro (1) y otros numerosos autores (2).

Cuadragésimosexto, refuézase todo lo dicho por esta razón, porque si bien nunca se presume la renunciación y abandono del propio derecho, sin embargo no tiene ésto cumplimiento en razón del tiempo transcurrido, a veces aun de un solo año (3).

Cuadragésimoséptimo, prueba lo mismo el notable texto de la ley *si ego* (4) en las palabras «tal vez por la tradición o por la paciencia», en donde consta que la ciencia y paciencia durante largo tiempo producen iguales efectos que la enajenación o la tradición y, sin embargo, es evidente que la tradición es un hecho, y hecho extrínseco.

Cuadragésimooctavo, hace también al caso la ley *alienationis verbum* (5), en las palabras «pues apenas se puede decir que no enajena el que permite la usucapión, etc.» donde aparece que quien consiente que una cosa suya esté en posesión de otro por mucho tiempo, es casi imposible no se considere que otorga título al poseedor, ésto es, que le concede la cosa (6).

Lo mismo prueba también la ley *si quis diutino* (7) que se fundamenta en la ciencia y paciencia del dueño, ni requiere

(1) Todos ellos al comentar la ley *cum quis* del Código, tít. *de iure deliberandi*, que comentan en igual sentido Alejandro y Jasón.

(2) Tales son: el Panormitano, dictamen 54, *casus talis est*, colum. 2.^a, lib. 1.^o; Andrés Tiraqueau *ubi supra*, versic. 28; Floriano comentando la ley *in finalibus* del Digesto, tít. *finium regundorum*; Decio, dictamen 13 que empieza *an appellatone* y otros muchos citados por él en tal lugar.

(3) Según el §. final de la Instituta *de iniuriis*.

(4) En el §. 1.^o, Digesto, tít. *de publiciana in rem actione*.

(5) Del Digesto, tít. *de verborum significatione*.

(6) Conforme a la ley *si id quod* en las palabras *quasi volente et concedente domina*, Digesto, tít. *pro derelicto*.

(7) Digesto, tít. *si servitus vendicetur*.

verborum significa, ibi, vix est enim ut non videatur alienare, & c. ubi qui ab alio diu rem suam possideri patitur vix est ut non videatur titulum possidenti praebere, hoc est eam concedere, l. si id quod. ibi, quasi volente, & concedente domina, ff. pro dereli.

Item facit l. si quis diutino, in princ. ff. si servi. vendi. quae in scientia, & patientia domini nititur, nec desiderat alium titulum ut servitutis praescriptio contingat, quasi ipsa scientia & patientia inducant titulum, hoc est concessionem illius servitutis, & ista quatuor iura posterius allegata probant conclusionem nostram a fortiori, nam multo minus est ex diuturna possessione praesumere titulum allegatum, quam eum inducere, hoc est inducere concessionem: etenim quando tituli praesumptio duntaxat inducitur, admittitur allegatio in contrarium, at non sic quando ex solo tempore ipsemet titulus inducitur, sicq; hoc longe gravioris praeiudicii est, quam illud.

14. Quadragesimo nono † si cum scientia et patientia, diuturnitas temporis fluxerit, talis diuturna scientia atq; patientia idem, quod expressus consensus, auctoritas, seu licentia operatur: etiam in casibus in quibus a lege vel statuto, principis, episcopi, capituli parentum, vel propinquorum, seu alterius consensus, seu auctoritas, vel licentia, ad aliquem actum expediendum requiritur, ut probat tex. in d. l. ii. C. de his qui sponte publica munera subeunt, lib. x. & in l. ne in arbitris. C. de arbitris. & in d. l. si filius, ubi hoc notant Bald. & Docto. C. de petitione haeredita. & in l. penul. C. communi dividundo. & in l. fina. C. arbitrium tutelae, & in l. quidam. ff. de evictio. & in d. l. ii. §. voluntate, ubi hoc notant communiter Docto. praecipue Alexan. qui hanc dixit

otro título para que tenga lugar la prescripción de una servidumbre, como si la misma ciencia y paciencia causaran el título, esto es, la concesión de aquella servidumbre; y estas cuatro leyes últimamente alegadas prueban nuestra conclusión *a fortiori*, porque mucho menos es el presumir el título alegado, que el producirle, ésto es, que causar la concesión, porque cuando sólo se admite la presunción de título, se admite también la alegación en contrario; pero no así cuando por sólo el trascurso de tiempo se produce el título mismo; por lo que esto último supone un perjuicio mucho más grave que lo primero.

Cuadragésimonono, si con la ciencia y paciencia tras-curre un dilatado plazo de tiempo, tal ciencia y paciencia continuada por dicho tiempo, produce el mismo efecto que un expreso consentimiento, autorización o licencia, aun en aquellos casos en los que para realizar algún acto, exige la ley o el estatuto el consentimiento, o la autorización o la licencia del príncipe, del obispo, del capítulo, de los padres o parientes o de cualquier otra persona, según consta por los numerosos testimonios de leyes y doctores que aparecen en la extensa nota (1). Así especialmente la defienden

14.

(1) En la ley 2.^a del Código, tít. *de his qui sponte publica munera subeunt*, lib. 10; en la ley *ne in arbitris*, Código, tít. *de arbitris*; en la ley *si filius*, Código, tít. *de petitione haereditatis*, donde lo notan Baldo y otros doctores; en la ley penúltima del Código, tít. *communi dividundo*; en la ley final del Código, tít. *arbitrium tutelae*; en la ley *quidam* del Digesto, tít. *de evictione*. Lo mismo manifiestan otras leyes: la ley 2.^a §. *voluntate* del Digesto, tít. *solutio matrimonio* donde así lo notan los doctores generalmente y en especial Alejandro que dice ser común esta opinión; la ley *qui in aliena*, Digesto, tít. *de acquirenda haereditate*; la ley *si quis forte*, §. *caeterum*, Digesto *de poenis*; el cap. primero, §. *praeterea*, colum. 2.^a, tít. 3.^o *quibus modis feud. amittatur*, donde hace notar ésto *de Afflictis* y otros; el cap. 1.^o, §. final [De los Feudos], tít. *si de investitura feudi inter dominum et vasallum lis oriatur*, donde lo nota también la glosa; el cap. *ea noscitur* «sobre las cosas que ejecuta el prelado sin el consentimiento del capítulo»; el cap. *pervenit, de emptione et venditione* donde lo nota la glosa; el cap. *pervenit, de censibus*, el cap. *accidentibus* y el cap. final *de privilegiis*. Lo mismo declaran los doctores al comentar la ley *si certis annis* del Código, tít. *de pactis* y la ley 1.^a del Código, tít. *de pactis*; la glosa, Bartolo y otros doctores en la ley *cum de in rem verso*.

esse communem opinionem. ff. solut. matri. & in d. l. qui in aliena, in princ. ff. de acq. haer. & in l. si quis forte. §. caeterum, ff. de poenis, & in c. primo. §. praeterea ubi hoc notant de Afflictis, & alii, in ii. col. iii. titu. quib. mod. feudum amitta. & in cap. i. §. fina. ubi hoc etiam notat Gl. si de investitu. feudi inter domi. & vasallum lis oriat, & in d. cap. ea nosciur, de his quae fiunt a praelato sine consensu capituli, & in c. pervenit, & ibi Glo. de emptione & vend. & in c. pervenit, de censibus & in cap. accedentibus, & in cap. finali, de privile. & notant Doctores in l. si certis annis. C. de pactis, & in l. prima. C. qui admitti. Glo. Bart. & Doctores in l. cum de in rem verso, ff. de usucapio. & in l. prima. §. finali, ff. de aqua pluviae arcenda. Idem Bart. in disputatione sua incip. mulier habens amplum patrimonium, & in l. quae dotis, & ibi latissime Alex. & Iason. qui hanc dixerunt magis communem esse opinionem ff. soluto matrimonio Hostien. & Ioannes Andreae in cap. illud, de praescriptio. Panormita. & Doctores in cap. caeterum, & ibi. Philippus Decius post alios in liii. colum. de iudiciis Oldra. in consilio. clxxxiii. incip. factum tale est, vacante ecclesia, in liii. colum. Bald. in libro statutorum, in verbo filios Cardina. in cap. requisisti, de testamen. Alexand. in consilio. lxxxviii. col. iii. volum. primo. & in consilio. viii. vol. & in consi. cxi. incip. viso & diligenter considerato, col. pen. vol. liii. & in consil. cxxxiii. incip. clementissimi, col. v. eo. volu. & in consi. xxxix. incip. ponderatis his col. i. & ii. vol. v. Franc. de Aret. in consil. xxxvi. casus talis est, Aym. Cravet. consil. cxlviii. nobilis Antonia col. fi. Hierony. Gratus resp. ix. facti speciem, & in resp. xciii. in causa excellentissimi col. fin. Stepha. Bertrand. consi. i. lib. i. col. x. Ludo. Gozad. consilio lxxiii. circa dubia colum. liii.

Bartolo (1), Alejandro y Jasón (2), que afirman ser más seguida esta opinión entre los doctores, el Hostiense, Juan Andrés (3), el Panormitano (4), Felipe Decio (5), Oldrado (6), Baldo (7), el Cardenal (8), Alejandro (9), Francisco Arellano (10), Aymon Cravet (11), Jerónimo Grato (12), Luis Gozadino (13), Carlos Ruino (14), Fernando de Loaces, Arzobispo de Tarragona (15) y Jasón (16).

De donde manifestamente se colige (cosa que tácitamente parecen sostener todos estos autores) que si durante largo tiempo poseí un fundo tuyo sabiéndolo y tolerándolo tú, se reputará haber prescrito en mi favor, aun cuando, por otra parte, ni intervenga la existencia de título, ni la prueba, ni aun la alegación del mismo, sino solamente aquella tácita concesión que se colige después de trascurrido largo tiempo. Lo mismo que prueba el texto de la ley *alienationis verbum* (17) en las palabras «pues apenas es posible el que no

(1) En su disputa que empieza *mulier habens amplum patrimonium* y en la ley *quae dotis*, Digesto, tít. *soluti matrimonii*.

(2) Comentando con toda extensión la misma ley *quae dotis*.

(3) En el cap. *illud, de praescriptione*.

(4) En el cap. *caeterum*, comentado también por otros doctores.

(5) Tratando del mismo cap. *caeterum* y siguiendo el parecer de otros autores, colum. 4.^a de *iudiciis*.

(6) En el dictamen 183 que empieza *factum tale est, vacante ecclesia*, colum. 4.^a

(7) En el libro sobre los estatutos, en la palabra *filios*.

(8) En el cap. *requisisti, de testamentis*.

(9) En el dictamen 78, colum. 3.^a, vol. 1.^o; en el dictamen 8.^o, vol. 3.^o; en el 140 que empieza *viso et diligenter considerato*, columna penúltima, vol. 4.^o; en el dictamen 153 que empieza *clementissimi*, colum. 5.^a del mismo volumen; en el 39 que empieza *ponderatis his*, colum. 1.^a y 2.^a, vol. 5.^o

(10) Dictamen 36 que empieza *casus talis est*.

(11) Dictamen 148 que empieza *nobilis Antonia*, columna final.

(12) Respuesta 9.^a *facti speciem* y 94.^a *in causa excellentissimi*, columna final. Véase también a Esteban Beltrán, *consil.* 1.^o, lib. 5.^o, colum. 10.^a

(13) *Consil.* 73 que empieza *circa dubia*, colum. 4.^a

(14) *Consil.* 69 *circa processum*, colum. 4.^a, lib. 1.^o

(15) *Consil. pro Marchione* de Vélez, pág. 260.

(16) *Consil.* 56 *circa primum*, lib. 1.^o; *consil.* 25 *quaestio vertitur*, lib. 3.^o y *consil.* 89 *ad consultationem*, columna final, lib. 1.^o

(17) Digesto, tít. *de verborum significatione*.

Carolus Ruinus consil. lxi. circa processum col. iiii. libr. i. Fernandus Loazes Archiep. Tarra. consil. pro Marchione de Velez pag. 260. las. consil. lvi. circa primum lib. i. Idem las. consil. xxv. quaestio vertitur lib. iiii. & consil. lxxxix. ad consultationem, colum. fi. lib. i.

Unde plane colligitur (id quod hi omnes facili tenere videntur) quod si fundum tuum te sciente, & patiente longo tempore possedi, eum praescripsisse videbor, etiamsi tituli aliunde, nec adsit interventus, neq; probatio, neq; etiam allegatio, sed sola illa tacita concessio, quae post longum tempus colligitur, id quod probat tex. in l. alienationis verbum, ibi vix est enim ut non videatur alienare, ff. de verborum signific. Ad idem l. si ego, §. i. ibi, per traditionem, aut per patientiam forte, ff. de publ. in rem act. ubi quod attinet ad concessionem, tantum operatur patientia, quantum traditio iuncto, §. per traditionem, instit. de rerum divis. Ad idem §. fina. insti. de iniur. ubi per taciturnitatem unius anni actio iniuriarum remissa videtur. Ad idem, d. c. illud de praesump. Ad idem l. si quid diuturno, in prin. ff. si ser. vendi. Ad idem Glo. communiter approbata in l. pen. C. com. divi. ubi divisio praesumitur ex longi temporis scientia, & patientia.

Haec conclusio varie intelligitur, primum cum agitur de dominio plenario praescribendo, ut. d. l. alienationes, deinde cum agitur de praescribendo usufructu idq; facilius, arg. d. l. Tertio cum agitur de praescribenda servitute, arg. d. l. & in spem, per d. l. si quis diuturno. Quarto cum agitur de praescribenda actione personali liberatorie seu ad liberationem debitoris, & ita procedit tex. in l. sicut & in l. omnes & l. cum notissimi, C. de praesc. xxx. annorum, & tex. in l. i. C. si adversus creditorem. Postremo etiamsi agatur de

parezca enajenar, etc.», como también la ley *si ego* (1), en las palabras «tal vez por la tradición o por la paciencia», por donde consta que en lo que se refiere a la concesión produce el mismo efecto la paciencia que la tradición. Prueba lo mismo el §. final de la Instituta *de iniuriis*, donde consta que por el silencio de un solo año parece perdonada la acción por injurias, y lo mismo prueban otras varias leyes (2).

Esta conclusión se entiende en varias acepciones: primeramente, cuando se trata de la prescripción del pleno dominio (3); en segundo lugar, cuando se trata de la prescripción del usufructo, y en este caso, con mucha mayor facilidad (4); tercero, cuando se trata de la prescripción de una servidumbre (5); cuarto, si se trata de la prescripción de una acción personal eximente o sea para quitar una obligación al deudor (6). Finalmente, aun cuando se trate de la prescripción de una acción personal para adquirir una nueva obligación conforme a los términos de la ley *cum de in rem verso* (7). Todo lo anterior tiene cumplimiento cuando la persona contra la cual se defiende la prescripción, sabía y permitía que aquella cosa o derecho suyo estuviera en posesión de otro, porque si lo desconocía, la prescripción de largo tiempo no tendrá cumplimiento de otro modo sino interviniendo título, que se alegará y probará, conforme a la ley *nulla* (8) y

(1) En el §. 1.º, Digesto, tít. *de publiciana in rem actione*, juntamente con el §. *per traditionem* de la Instituta *de rerum divisione*.

(2) Tales son: el citado cap. *illud, de praesumptione*; la ley *si quid diuturno* al principio. Digesto, tít. *si servitus vendicetur*; la glosa comúnmente aprobada de la ley penúltima del Código, tít. *communi dividundo* donde se presume la división por sola la ciencia y paciencia de larguísimo tiempo.

(3) Conforme a la ley citada *alienationes*.

(4) Como lo prueba la misma ley.

(5) Pruébalo la ley *in spem* y la citada ley *si quis diuturno*.

(6) En este sentido procede el texto de la ley *sicut*, de la ley *omnes*, de la ley *cum notissimi* del Código, tít. *de praescriptione triginta annorum*, y el texto de la ley *si adversus creditorem* del Código.

(7) Digesto, tít. *de usuris*.

(8) Del Código, tít. *de rei vindicatione*.

praescribenda actione personali ad novam obligationem adquirendam ut in terminis. l. cum de in rem verso, ff. de usuris. Quae omnia obtinent quando is, contra quem praescribi contentio est, rem suam iusve suum possideri sciebat, & patiebatur, nam si ignorabat non aliter longi temporis praescriptio procedet, quam si titulus interveniat & allegetur, & probetur. l. nullo. C. de rei vend. & dicam plenius in c. seq. itaq; data scientia, & patientia domini non est necessarius titulus aliunde proveniens ad possessionem praescribentis iustificandam, nam satis superq; iustificatur per solam domini scientiam, & patientiam. Verum domino ignorante tunc demum titulus aliunde requiritur ad iustificandam talem possessionem, ut ei sic iustificatae, legale usucapionis lucrum merito possit accedere, facit tex. egregius in l. si id quod pro derelicto ibi, quasi volente, & concedente domina, ubi ad iustificandam possessionem sufficit quoad praescribendum voluntas domini, nec alius fit. exigitur, iunge dicta. infra c. seq. nu. 3. cum seq.

según lo expondremos con mayor extensión en el capítulo siguiente. Así, pues, dada la ciencia y paciencia del dueño no es necesario otro título que proceda de otra causa para justificar la posesión de la persona que goza de la prescripción; porque ésta queda sobradamente justificada, por sola la ciencia y paciencia del dueño. Sólomente en el caso en que el dueño lo desconozca se exige otro título de diverso origen, para justificar tal posesión, para que justificada de este modo, pueda, con razón, gozar del lucro legal de la usucapición. Una prueba notable la tenemos en el texto de la ley *si id quod, pro derelicto*, en las palabras «queriéndolo y concediéndolo la dueña», donde consta que para justificar la posesión es suficiente, en lo que se refiere a la prescripción, la voluntad del dueño, sin que sea necesario otro título alguno. Añade a ésto lo que más adelante exponemos en el capítulo inmediato, número 3 y siguientes.

CAPVT LXIV

SUMMAE

1. *Feudum ex longo tempore praesumitur.*
2. *Feudi alienationi dominus ex longa patientia consentire videtur.*
3. *Tempus longum consensum ignorantis praesumi non facit.*
4. *Patientia sine tempore longo non inducit consensus praesumptionem.*
5. *Nobilitatis privilegium quanto tempore pereat.*
6. *Solemnnitas extrinseca praesumitur ex longo tempore.*
7. *Solemnnitas extrinseca ex tempore longo cum aliis adminiculis praesumitur vel sine aliis adminiculis, ardua quaest.*
8. *Scripturae interventus an ex tempore longo praesumatur, ardua q.*
9. *Supplementum actus facilius inducitur, quam ipsemet actus.*
10. *Solemnnitas extrinseca ex longo tempore an praesumatur ad damnum tertii.*
11. *Tempus longum facit praesumi consensum consanguineorum contra Doct. & praesumi insinuationem contra doct.*
12. *¶ Intel. l. 54. Tauri.*
13. *Solemnnitas extrinseca requisita ob bonum publicum an praesumatur ex longo tempore.*
14. *Solemnnitas extrinseca non praesumitur ex longo tempore quando nec veritas locum posset habere.*

CAPÍTULO LXIV

SUMARIO

- Se presume el feudo en razón del largo tiempo trascurrido. 1.
- El señor parece consentir en la enajenación de un feudo si lo tolera por largo tiempo. 2.
- El largo trascurso de tiempo no hace que se presuma el consentimiento de quien se halla ignorante del asunto de que se trata. 3.
- La tolerancia si no va acompañada de largo tiempo, no causa la presunción de consentimiento. 4.
- ¿Qué tiempo hace falta para que cese un privilegio de nobleza? 5.
- La formalidad extrínseca se presume en virtud del largo tiempo trascurrido. 6.
- La formalidad extrínseca acompañada de otros requisitos y aun sin ellos, se presume por el largo tiempo ya pasado; cuestión difícil. 7.
- ¿Se ha de presumir haber tenido lugar una escritura, en razón del largo tiempo trascurrido? Cuestión ardua. 8.
- Más fácilmente se presume lo que completa el acto, que el mismo acto principal. 9.
- Tratándose del perjuicio de un tercero, ¿se ha de presumir una formalidad extrínseca por razón del largo trascurso de tiempo? 10.
- El largo tiempo ya pasado hace que se presuma el consentimiento de los parientes y la notificación de donación; ambas partes contra algunos doctores. 11.
- Sentido de la ley 54 de Toro. 12.
- La formalidad extrínseca necesaria en razón del bien público, ¿se ha de presumir por el largo tiempo trascurrido? 13.
- La formalidad extrínseca no se presume por el largo tiempo, cuando en realidad no pudiera tener lugar. 14.

15. *Solemnitas extrinseca non praesumitur ex longo tempore quando nimis difficilis erat ipse actus principalis. Idem si non erat verisimilis.*
16. *Maioratus in venditione non praesumitur licentia principis ex tempore longo, nova opin.*
17. *Solemnitas extrinseca ex longo tempore non praesumitur si ei partes renunciare non valebant.*
18. *Consensus domini in pacto futurae successionis non praesumitur ex longo tempore, nova opi.*
19. *Iuramenti calumniae renunciatio non firmatur longo tempore, nova opinio.*
20. *Iuramento calumniae non potest renunciari facite, contra doctores.*
21. *Alimentorum transactio an longo tempore firmetur, nova opinio.*
22. *Testamentum minus solemne ex tempore longo non sumit vires, nec rumpit superius, nova opinio.*
23. *Intell. §. non tamen, inst. quib. mo. testa. infr. & l. pe. §. testamento. ff. de secund. tab.*
24. *Intellectus l. si quis diuturno. ff. si ser. vendi. & l. alienationis, ff. de verb. sig.*
25. *Tempus longum non inducit praesumptionem instrumento contrariam.*
26. *Stipulatio facta inter absentes non firmatur tempore.*
27. *Tempus non firmat venditionem factam sine pretio.*
28. *Tempus non firmat locationem factam sine mercede certa.*
29. *Intellectus. l. si filius. C. de pet. haere.*
30. *Intellectus. l. qui in aliena. ff. de acqui. haered.*
31. *Intellectus. l. cum de in rem. ff. de usur. & infra, numero 35.*
32. *Solemnitas extrinseca etiamsi de ea instrumentum non meminit, praesumitur ex longo tempore, ardua quaestio.*

- Cuando el mismo acto principal era sobremañera difícil no se presume por el largo tiempo pasado la formalidad extrínseca. Lo mismo si el acto no era verosímil. 15.
- En la venta de un mayorazgo, el largo tiempo trascurrido no hace que se presuma la licencia del príncipe; nueva opinión. 16.
- La formalidad extrínseca no se presume, aun después de largo tiempo, si las partes no podían renunciar a ella. 17.
- En el pacto sobre la herencia futura no se presume el consentimiento del dueño aun después de transcurrir largo tiempo; opinión nueva. 18.
- El dilatado tiempo no da valor a la renuncia sobre el juramento de calumnia; opinión original. 19.
- No puede renunciarse tácitamente al juramento de calumnia; contra algunos doctores. 20.
- El largo trascurso de tiempo, ¿da valor a la transacción sobre los alimentos?; nueva opinión. 21.
- El testamento falto de formalidades legales no adquiere validez por el largo tiempo trascurrido, ni invalida al anterior; nueva opinión. 22.
- Sentido del §. *non tamen* de la Instituta *quibus modis testamentum infirmetur* y de la ley penúltima, §. *testamento*, Digesto, título *de secund. tab.* 23.
- Sentido de la ley *si quis diuturno*, Digesto, título *si servitus vendicetur* y de la ley *alienationis*, Digesto, título *de verborum significatione*. 24.
- El largo tiempo trascurrido no causa presunción contraria al instrumento público. 25.
- El tiempo no hace válida la estipulación hecha entre personas ausentes. 26.
- El tiempo no da validez a la venta hecha sin señalar precio. 27.
- El tiempo no da firmeza al arriendo hecho sin señalar renta determinada. 28.
- Sentido de la ley *si filius* del Digesto, título *de petitione haereditatis*. 29.
- Sentido de la ley *qui in aliena*, Digesto, título *de acquirenda haereditate*. 30.
- Sentido de la ley *cum de in rem* del Digesto, título *de usuris*, sobre la que trata también el número 35. 31.
- La formalidad extrínseca aun cuando de ella no haga mención el documento, se presume por el largo tiempo trascurrido; cuestión difícil. 32.

33. *Intellectus. l. si filius. C. de peti. haere. contra Docto.*
 34. *Titulus ex longo tempore an praesumatur ad praesc. ardua quaestio.*
 35. *Titulus ex decennio non praesumitur ad vasallagium, sed ex tricennio.*
 36. *Princeps cives etiam ob publicam necessitatem perpetue alienare non potest.*



1. **QUINQUAGESIMO** hinc est (ut ad scientiam & patientiam redeamus) † quod si quis a domino tanquam vasallus receptus fuerit, isq; eo sciente & patiente diu pro tali se gesserit, rem illius domini ut feudalem possidendo, per hoc feudum constituitur. c. sciendum, qui testes sunt necessarii. Glo. in c. i. in verb. permisum, de prohib. feudi alien. per Lot. & ibi Bald. & Zasius in rubr. qualiter feudum acquiratur, & Fernandus Loazes in consilio pro Marchio. pag. cclxii.
2. **Quinquagesimo primo** unde Bal. ubi supra ait † quod si domino praesente & tacente feudum ille alienavit & longum tempus praeteriit, dominus consentire intelligitur. las. in l. quae dotis, in. xv. casu. ff. sol. matri. Hieronymus Gratus resp. cxvii. prima facie, col. ii. lib. i. Alex. consi. lxxix. col. iiii. lib. i. & in consi. cxiii. viso & diligenter, col. pen. lib. iiii. & Fernandus Loazes ubi supra.

Quinquagesimo secundo unde secundum eum ibi, si rem emphyteuticam sciente capitulo emi, & ita longo tempore possedi, praesumuntur in tali contractu omnium solemnium interventus.

Hactenus quando concurrebat scientia & patientia cum

- Sentido de la ley *si filius* del Cód., título *de petitione haereditatis*; contra algunos doctores. 33.
- ¿Se ha de presumir el título para la prescripción en razón del mucho tiempo trascurrido? Cuestión ardua. 34.
- No son suficientes diez años, sino treinta, para que se presuma el título necesario para el vasallaje. 35.
- El príncipe no tiene facultad para enajenar perpetuamente sus ciudadanos, ni aun para remediar la pública necesidad. 36.

Quincuagésimo, de aquí procede (volviendo al punto de la ciencia y paciencia) que, si un individuo fué recibido como vasallo por su señor y con el conocimiento y tolerancia de éste procedió como vasallo durante largo tiempo, poseyendo bienes de aquel señor como feudales, que por este hecho queda constituido el feudo (1). 1.

Quincuagésimoprimer, por lo que Baldo en el lugar últimamente citado dice: que si aquel individuo enajenó el feudo, hallándose presente y callando el Señor, y después trascurrió largo tiempo, se considera que dicho señor consiente en ello; así lo sostienen Jasón (2), Jerónimo Grato (3), Alejandro (4) y Fernando de Loaces (5). 2.

Quincuagésimosegundo, síguese también, según dicho autor en tal lugar, que si con el conocimiento del capítulo compré un bien enfitéutico, y por largo tiempo retuve de ese modo la posesión, que se presume haber tenido cumplimiento en tal contrato todas las formalidades.

Hasta aquí hemos tratado de los casos en que iban unidas la ciencia y paciencia con el largo trascurso de tiempo. Porque si sólo existiera el largo plazo de tiempo, pero sin la ciencia y paciencia del dueño, o por el con- 3.

(1) Así consta por el cap. *sciendum, qui testes sint necessarii* [de los Feudos]; por la glosa del cap. 1.º en la palabra *permissum, de prohibita feudi alienation. per Lot.* como consta también por Baldo y Zasio en la rúbr. *qualiter feudum acquiratur* y por Fernando de Loaces *consil. pro March. de Vélez*, pág. 262.

(2) Al comentar la ley *quae dotis*, Digesto, *solutio matrimonii*, caso 15.

(3) Respuesta 117 que empieza *prima facie*, colum. 2.ª, lib. 1.º

(4) Dictamen 79, colum. 4.ª, lib. 1.º y dict. 115 *viso et diligenter*, columna penúlt., lib. 4.ª

(5) *Ubi supra.*

3. temporis diuturnitate, † nam si sola temporis diuturnitas adesset sine scientia & patientia, vel sola scientia & patientia sine diuturnitate temporis, tunc non sufficeret ut consensus & concessio praesumeretur. De temporis diuturnitate sine scientia & patientia quod non sufficiat ut praesumatur consensus, aut concessio, aut ut fiat praeiudicium nobis quasi ex facto nostro, tradunt Bal. & alii in l. i. C. qui admi. Bald. & Salicetus in l. si filiusfamilias, C. de peti. haere. & in l. ii. C. de legi. haere. Bal. & Angelus in l. quaecunque, §. fi. ff. de publi. in rem actione, Alex. & alii in l. qui in aliena, in princ. ff. de acqui. haere. Idem Alex. in l. sciendum, ff. de verb. oblig. & rursus in consil. ix. lib. ii. & Fernandus Loazes ubi supra pag. cclviii. unde mandatum ex temporis diuturnitate sine scientia nostra illius negotii, quod nomine nostro fieri dicebatur, minime praesumitur, secundum Bal. col. i. & Salice. in l. i. C. de reb. alie. non alien. & in l. ii. C. si ex falsis instru. Alexan. in d. l. qui in aliena, in prin. & in l. sciendum, supra alleg. col. v. Felinus in c. sicut, col. xvi. de re iud. Decius consil. ccxv. in causa vertente, col. i. Carolus Ruinus consil. lxxix. circa processum, col. ii. lib. i. & consil. clvi. quia de pluribus, eod. lib. ias. consi. cxi. communitas lib. iiiii. & Fernandus Loazes ubi supra.

4. Quod † autem sola scientia & patientia non sufficiat sine temporis diuturnitate, ut quis de suo concedere iure videatur, probatur in l. filiusfamilias. §. invitus. ff. de procur. l. invitum. ff. de servi. urbanorum praediorum. l. Caius. ff. de pignor. actione. l. fideiussor. §. pater. ff. de pignor. l. sicut §. non videtur. ff. quibus mod. pignus vel hypothe. solvi. l. in eo iure. §. vetare, & l. pen. ff. de furtis. c. qui tacet, ubi

trario, sola la ciencia y paciencia, pero sin el largo trascurso de tiempo, en tal caso no sería suficiente la presunción de consentimiento y de concesión. En cuanto a lo primero, que el solo trascurso de tiempo, sin el conocimiento y tolerancia del dueño, no sea suficiente para la presunción de consentimiento o de concesión, o para que se nos cause perjuicio como por un acto nuestro, lo defienden numerosos autores (1). Por consiguiente, en virtud del solo trascurso de tiempo, de ningún modo se presume el mandato sin el conocimiento nuestro de aquel negocio que se decía realizado en nuestro nombre, conforme lo sostienen Baldo, Salicet (2), Alejandro (3), Felino (4), Decio (5), Carlos Ruino (6), Jasón (7) y Fernando de Loaces (8).

Del mismo modo, que no sea suficiente la ciencia y paciencia sin el largo trascurso de tiempo, para que se reputé ceder uno de un derecho que le pertenece, lo prueban numerosas leyes (9), como también los doctores al comentarlas, como Felipe Decio, Jerónimo Cagnolo (10) y el Arzobispo de Tarragona [Loaces] que expone copiosamente este

4.

(1) Tales son: Baldo y otros al comentar la ley 1.^a del Código, tít. *qui admitti*; el mismo Baldo y Salicet en la ley *si filiusfamilias*, Código, tít. *de petitione haereditatis* y en la ley 2.^a, del Código, tít. *de legitimis haeredibus*; Baldo y Angel en la ley *quaecumque*, §. final, Digesto, *de publiciana in rem actione*; Alejandro y otros en la ley *qui in aliena*, Digesto, *de acquirenda haereditate*; en la ley *sciendum*, Digesto, *de verborum obligatione* y de nuevo en el dictamen 9.^o, lib. 2.^o; Fernando de Loaces *ubi supra*, pág. 258.

(2) Comentando la ley 1.^a del Código, tít. *de rebus alienis non alienandis* y la ley 2.^a del Código en el tít. *de falsis instrumentis*.

(3) En la ley *qui in aliena* en la introducción y en la ley *sciendum* arriba citada, colum. 5.^a

(4) En el cap. *sicut*, colum. 16, *de re iudic*.

(5) Dictamen 215 *in causa vertente*, colum. 1.^a

(6) Dictamen 69 *circa processum*, colum. 2.^a, lib. 1.^o y dict. 156 *quia de pluribus* del mismo libro.

(7) Dictamen 140 *communitas*, lib. 4.^o

(8) *Ubi supra*.

(9) Así la ley *invitum*, Digesto, tít. *de servitutibus praediorum urbanorum*; la ley *filiusfam.*, §. *invitus*, Digesto, tít. *de procuratoribus*; la ley *Caius*, Digesto, tít. *de pignoratitia actione*; la ley *fideiussor*, §. *pater*, Digesto, tít. *de pignoribus*; la ley *sicut*, §. *non videtur*, Digesto, tít. *quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*; la ley *in eo iure*, §. *vetare*; la ley penúlt. del Digesto, *de furtis*; el cap. *qui tacet*, *de regulis iuris*, lib. 6.^o, comentado por los doctores; la glosa de la ley *qui patitur*, Digesto, tít. *mandato*.

(10) Comentando la ley *semper qui non prohibet*, Digesto, tít. *de regulis iuris*.

per Docto. de reg. iur. lib. vi. Gl. in l. qui patitur, ff. manda. Philippus Decius & Hieronymus Cagnolus in l. semper qui non prohibet, ff. de reg. iur. multa. per Archiepiscopum Tarraco. ubi supra pag. cclvii & sic intellige quod scripsi supra versi. xxxiii.

5. Quinquagesimo tertio † si quis habens privilegium ne ad vectigalia teneatur, passus fuerit se conscribi in libro talia solvere debentium, idq; per longum tempus toleraverit, per hoc amittit illud privilegium exemptionis, ita probat tex. in l. i. §. si quis tutor, ff. quando apell. sit, ubi ita tenent Angelus Perusi. & Angelus Aretinus, & Ioannes Imolensis, Alex. consi. ci. visis instrumentis, col. pe. lib. i. & in consi. cxxxiii. clementissimi, & consi. cxxxvi. in causa & lite lib. iiii. Fernandus Loazes ubi supra pag. cclv. Carolus Ruinus consil. cxxvi. viso privilegio, columna fin. libro quarto, & Ludovicus Gozadi. consilio. xxiii. prima facie, columna. ii. ut ergo hoc casu per longi temporis patientiam is de suo iure concedere videtur, & lex ius suum ei adimere quasi sponte sua intelligitur, sic & si quis rem suam ab alio longo tempore possidere patitur, lex quasi sponte illius transfert dominium in praescribentem, sic & in l. final. C. ad legem Iuliam maiesta. poenam sponte sua subire delinquentes videntur quasi cum eorum bona publicantur, & ad fiscum transferuntur, sponte eorum id fieri intelligatur, dixi plene de succ. creation. libr. i. §. x. nu. 665.

Deniq; ex diverso, qui re vera exemptus non erat per longum tempus viginti annorum si cum concivibus vectigalia non solvit, sed subire desiit cum alii ea persolverent, acquirit libertatem vel eam praescribet, cum moderamine tamen de quo per Fernandum Loazes ubi supra pagina. 256.

punto (1); en este sentido se ha de entender lo que he escrito arriba en el versículo 33

Quincuagésimotercero, si alguno teniendo el privilegio de no estar obligado a pagar tributos, hubiera consentido ser inscrito en el registro de los que están obligados a pagarlos y hubiera tolerado ésto durante mucho tiempo, pierde por esta razón aquel privilegio de exención; así lo prueba el texto de la ley 1.^a §. *si quis tutor* del Digesto, título *quando appellandum sit*, donde así lo defienden Angel Perusino, Angel Aretino y Juan de Imola, como también en otros lugares Alejandro (2), Fernando de Loaces (3), Carlos Ruino (4), Luis Gozadino (5); como, pues, en este caso, en virtud de la tolerancia durante largo tiempo, parece tal sujeto ceder de su derecho y que la ley le desposee del mismo en cierto modo con su consentimiento, así también si alguno consiente que una cosa suya esté en posesión de otro durante largo tiempo, la ley, en cierto modo con el beneplácito de éste, traspasa el dominio a la persona en quien se da la prescripción; del mismo modo que, según la ley final del Código en el título *ad legem Iuliam maiestatis*, los delincuentes parecen sufrir la pena según su propio beneplácito, como si al publicarse sus bienes y al adjudicarlos al fisco se considerara tener ésto lugar con su propio consentimiento. De lo mismo he tratado extensamente en la obra *de successionum creatione* libro 2.^o, §. 10, número 665.

Finalmente, quien por el contrario no estaba realmente excluido, si durante el largo plazo de veinte años no pagó tributos con los otros conciudadanos suyos, sino que dejó de tributarlos cuando los demás los pagaban, conseguirá la exención o la prescripción de la misma, si bien con la limitación a que se refiere Fernando de Loaces (6), como también Andrés Sículo (7) y Carlos Ruino (8).

(1) *Ubi supra*.

(2) Dictamen 101 *visis instrumentis*, colum. penúlt., lib. 1.^o; dict. 133 *elementissimi* y dict. 136 *in causa et lite*. lib. 4.^o

(3) *Ubi supra* 255.

(4) *Consil.* 126 que empieza *viso privilegio*, colum. final, lib. 4.^o

(5) *Consil.* 23 *prima facie*, colum. 2.^a

(6) *Ubi supra*, pág. 256.

(7) *Inter consilia Alex.*, dictamen último, lib. 4.^o

(8) Dictamen 117 que empieza *videndum est*, colum. 3.^a, lib. 1.^o

& Andraeam Siculum inter consilia Alexand. consil. ultimo libro quarto. & Carolum Ruinum consilio. cxvii. videndum est, colum. iii. libro primo.

6. Quinquagesimo quarto † solemnitas etiam extrinseca praesumitur ex temporis diuturnitate, ita tenent Gloss. ult. Innocentius, Antonius Butrius, Ioannes Imolen. & Panormit. in capitu. pervenit, de censibus, & Hostien. Ioann. Andrae Bald. Antonius, Ioannes Imol. & Felinus in capitu. Albericus, de testibus. Socinus consil. cliii. pulchra & subtilis, colum. ii. versic. ad hanc obiectionem, lib. ii. & consil. cclxvi. in causa, libro. ii. & Corneus consil. xcvi. videtur prima facie, colum. i. & ii. libro primo, & consilio cccxlviii. videtur in hac columna quinta eodem libro primo, & consilio cxliiii. superioribus dubiis, columna prima. versiculo, tamen his minime refragantibus, libro quarto, & consilio sequen. in supra scripto themate, colum. penultim. versicu. item potest dici, eodem libro iii. & consil. cclxxxiii. copiose, col. i. eo. lib. iii. Francis. Curtius Senior consil. cxvii. super motu, colum. iii. Felin. in dicto capi. sicut colum. xv. versic. fallit tertio de re iudicat. & in capitu. i. colum. prima. de lit. contestat. & in cap. licet Heli. colum. v. de simon. Ludovi. Bologni. consil. xxxiii. colum. iii. Philipp. Dec. consil. xxxvi. colum. penul. versicu. ultimo non obstat, & dicto consil. xlii. colum. vii. in quinto § dubio, versicul. & ista confirmatur, & dicto consil. clii. colum. ii. & consil. exc. visis. & diligenter, versicu. quoad tertium, & consilio ccxii. viso puncto, columna, iii. Bar. Bal. Imo. Angelus, & Ludovicus Romanus in d. l. qui in aliena, ff. de acquiren. haeredita. Barto. Bald. & Angelus in d. l. si filiusfamilias, C. de petition. haeredi. Bart. Bal. Angelus Ioannes Imolensis,

Quincuagésimocuarto, en virtud del largo tiempo trascurrido se presume también el cumplimiento de la formalidad aun extrínseca; así lo defienden la glosa última (1), Inocencio, Antonio Butrio, Juan de Imola, el Panormitano (2), el Hostiense, Juan Andrés, Baldo, Felino (3), Socino (4), Corneo (5), Francisco Curcio el Viejo (6) y otros autores (7). Todos los cuales admiten que las formalidades extrínsecas que se requieren en los documentos para estar legalmente hechos, se presumen una vez trascurrido dilatado tiempo.

Pero el que la formalidad extrínseca se presume por el largo tiempo trascurrido, se limita a que tenga cumplimiento, en último lugar, si concurren los demás requisitos y no de otro modo, tal es el parecer de Cino, Baldo (8), Jasón (9), Alejandro (10), Salicet (11), Luis Romano (12), el Panormi-

(1) En el cap. *pervenit*.

(2) Todos ellos al tratar del cap. *pervenit, de censibus*.

(3) En el cap. *Albericus, de testibus*.

(4) Dictamen 155 que empieza *pulchra et subtilis*, colum. 2.^a, versic. *ad hanc objectionem*, lib. 2.^o y dict. 266 *in causa*, lib. 2.^o

(5) Dictamen 98 *videtur prima facie*, colum. 1.^a y 2.^a del libro primero; dictamen 348 *videtur in hac*, colum. 5.^a del mismo libro; dictamen 144 *superioribus dubiis*, colum. 1.^a, versic. *tamen his minime refragantibus*, lib. 4.^o, como también el dictamen siguiente sobre el antedicho tema, colum. penúlt., versic. *item potest dici* del lib. 4.^o; dict. 284 *copiose*, colum. 1.^a del mismo libro 4.^o

(6) *Consil.* 117 *super motu*, colum. 3.^a

(7) Tales son: Felino antes citado, en el cap. *sicut*, colum. 15, versic. *fallit tertio, de re iudicata*; en el cap. 1.^o, colum. 1.^a *de litium contestat.* y en el cap. *licet Heli*, colum. 5.^a, *de simoniis*; Luis de Bolonia, dict. 54, colum. 4.^a; Felipe Decio, dict. 36, colum. penúlt., versic. *ultimo non obstat*; dict. 42, colum. 7.^a, *in quinto dubio*, versic. *et ista confirmantur*; dict. 152, colum. 2.^a; dict. 190, *visis et diligenter*, versic. *quoad tertium*; dict. 212, *viso puncto*, colum. 3.^a. Lo mismo defienden Bartolo, Baldo, Angel y Luis Romano comentando la ley *qui in aliena* del Digesto, tít. *de acquirenda haereditate*; Bartolo, Baldo y Angel en la ley *si filiusfamilias* del Código, *de petitione haereditatis*; Bartolo, Baldo, Juan de Imola, Rafael Cumano, Luis Romano, Alejandro, el de Barbatia y Jasón, todos al comentar la ley *sciendum* del Digesto, tít. *de verborum obligatione*.

(8) Al comentar la ley 2.^a del Código, tít. *qui admitti*.

(9) En la ley *si certis annis*, colum. 3.^a, Código, *de pactis*.

(10) Comentando la ley *qui in aliena* en la introducción arriba citada; lo mismo sostiene en el dictamen 9 *viso themate*, colum. penúlt. en el lib. 3.^o; en el dict. 17 del lib. 4.^o; en el dict. 218 *ponderatis narratis*, colum. 3.^a, lib. 1.^o

(11) Acerca de la ley citada *si filiusfamilias*.

(12) En la ley *sciendum*.

Rapha. Cumanus, Ludovic. Romanus, Alexan. Barbatius, & Iaso. in dict. l. sciendum, ff. de verborum obligatio qui omnes admittunt solemnitates extrinsecas desideratas in instrumentis exemplandis praesumi ex temporis diuturnitate.

7. Sed quod † solemnitas extrinseca praesumatur ex temporis diuturnitate temperatur, ut procedat, ita demum si concurrant alia adminicula, & non aliter, ita tenent Cynus & Bald. q. ii. in l. i. C. qui admittit, Ias. in l. si certis annis col. iii. C. de pact. Alexand. in l. qui in aliena, in princip. supra alleg. Idem Alex. consi. ix. viso themate, colum. pen. lib. iii. & consi. xvii. lib. iiiii. Idem Alexand. consil. ccxviii. ponderatis narratis, colum. iii. lib. i. Salicetus in d. l. si filiusfamilias. Ludovicus Romanus in d. l. sciendum, Panormitan. in d. c. Albericus, col. pen. de testibus. Idem Panormitan. in capitu. significavit, not. ii. de censibus, Paulus Castrens. consil. ccii. causa confinium, colum. ii. unde Bald. ubi supra negat ex diuturnitate temporis praesumi donationis insinuationem, negatq; praesumi intervenisse consensum consanguineorum in contractu mulieris, vel mariti in contractu uxoris qui desiderabatur per statutum.

Contrariam partem ut ex diuturnitate temporis etiam citra concursum alterius adminiculi praesumatur solemnitas extrinseca, tenent Iaso. in d. l. sciendum, & Ludovicus Romanus sibi contrarius in d. l. qui in aliena, Felinus in d. c. Albericus, colum. fina. Ias. in l. i. C. qui admi. col. iiiii. Alexand. consil. lxxix. primo quaeritur, lib. i. Barbat. consil. xxxiii. colum. iii. libr. iii. Idem Barb. in repe. rubr. C. qui admi. colum. ii. Andr. Tiraquel. de praeser. §. i. Glo. iiiii. versicu. xxxix. & haec pars sine dubio verior est data scientia & patientia eius cuius intererat, & consensum praestare debebat.

tano (1), Pablo de Castro (2), por lo que Baldo en el lugar citado no admite que por el largo trascurso de tiempo se presuma la notificación de donación, como niega asimismo el que se presuma haber tenido lugar el consentimiento de los parientes en el contrato de una mujer, o el del marido en el contrato de su esposa; consentimiento exigido por una disposición legal.

La opinión contraria, a saber, que por sólo el trascurso de largo tiempo, aun sin el concurso de otro requisito alguno se presuma la formalidad extrínseca, la defienden Jasón (3), Luis Romano contradiciéndose a sí mismo (4), Felino (5), Alejandro (6), el de Barbatia (7) y Andrés Tiraqueau (8), y esta parte es sin género de duda más conforme a verdad, supuesta la ciencia y paciencia de la persona interesada en ello, y que debía prestar su consentimiento.

En segundo lugar, la misma conclusión, de que en virtud del largo tiempo transcurrido se presume el cumplimiento de la formalidad extrínseca, admite también esta limitación, que no tiene cumplimiento en aquellos casos en que se requiere escritura, porque entonces de ningún modo, ni aun transcurrido largo tiempo, se admite la presunción de que haya tenido lugar dicha formalidad de la escritura; así lo defienden Felino (9), Alejandro (10), Andrés Tiraqueau, siguiendo el sentir de Pablo de Castro, a quien cita (11). Pero tal limitación, entendida al menos de un modo tan general, no juzgo que pueda sostenerse. Porque si me vendiste una casa tuya habiéndose convenido expresamente ésto, que de la venta

8.

(1) En el citado cap. *Albericus*, colum. penúlt. de *testibus* y en el cap. *significavit*, not. 2.^a de *censibus*.

(2) Dictamen 202 *causa confinium*, colum. 2.^a

(3) En la citada ley *sciendum* y en la ley 1.^a del Código, tít. *qui admitti*, colum. 4.^a

(4) Al comentar la ley *qui in aliena* antes citada.

(5) En el citado cap. *Albericus*, colum. final.

(6) Dictamen 79, *primo quaeritur*. lib. 1.^o

(7) Dictamen 55, colum. 3.^a, lib. 5.^o y en la citada rúbr. del Código, tít. *qui admitti*, colum. 2.^a

(8) *De praescriptionibus*, §. 1.^o, glosa 4.^a, versic. 39.

(9) En el cap. 1.^o al principio de *litis contestat*.

(10) Dictamen 219 *ponderatis his*, colum. penúlt., lib. 6.^o

(11) En el antedicho versic. 39.

8. Secundo deinde eadem conclusio † ut solemnitas extrinseca ex temporis diuturnitate praesumatur, limitatur ut non procedat in quibus casibus requiritur scriptura, tunc enim ut ea scripturae solemnitas interfuerit minime etiam post longum tempus praesumitur, ita tenent Felinus in capitu. i. in princip. de litis contestat. Alexan. consil. ccxix. ponderatis his, col. pen. libr. vi. & Andraeas Tiraquel. post Paulum Castrensem quem allegat in d. versicu. xxxix. quae limitatio saltem sic generaliter accepta non video ut sustineri possit, nam si vendidisti mihi domum hoc expressim acto ut inde fieret scriptura, nec aliter contractus perfectus esset, deinde te sciente, & patiente post pretium solutum longo tempore eam domum possedi, certe tibi haeredive tuo eam domum vendicanti exciperem eam solemnitatem scripturae interfuisse, sicq; contractum suam perfectionem recepissee, eamq; solemnitatem ex ipsa temporis diuturnitate probarem.

- Quinimo idem crederem etiamsi per procuratorem contractus ille fuisset celebratus, nec unquam ad tuam notitiam pervenisset nisi nunc, cum post longum tempus agere coepisti, quia quando re vera interfuit conventio & solummodo dubitatur de solemnibus illius contractus, ea etiam in praeiudicium absentium praesumuntur ex longo tempore, licet non praesumerentur in praeiudicium absentium ipsimet contractus si de ipsorum initio non constaret, sicq; si non probaretur quod inter me & tuum procuratorem interfuisset
9. ulla conventio, tunc licet probatum esset te illi mandatum dedisse ad illam domum vendendam meq; postea illam longo tempore possedissee, adhuc in praeiudicium tui absentis & ignorantis ea solemnitas extrinseca (hoc est illius contractus interventus) minime praesumeretur, arg. eorum omnium iurium & rationum quae supra dicta sunt quaeq; infra

se hiciera escritura y que de otro modo el contrato no se tuviera por realizado; y después sabiéndolo y tolerándolo tú, y una vez pagado el precio, retuve la posesión de dicha casa durante largo tiempo, ciertamente al reivindicar tú o tu heredero dicha casa, opondría yo la excepción de que había tenido cumplimiento aquella formalidad de la escritura, y por tanto que el contrato había sido perfecto, y probaría aquella formalidad en virtud del largo tiempo trascurrido.

Más aún, lo mismo opinaría aun cuando aquel contrato se hubiera celebrado por medio de procurador y jamás hubiera llegado a tu noticia dicho contrato hasta el momento en que, después de trascurrido mucho tiempo, empezaste a entablar acción; porque cuando efectivamente tuvo lugar el contrato y sólo surge la duda acerca de las formalidades del mismo, éstas, en virtud del largo tiempo, se presumen aun en perjuicio de los ausentes; si bien si se tratara de los contratos mismos, éstos no se presumirían en perjuicio de los ausentes si no constara haberse celebrado; por consiguiente, si no se probara haber tenido lugar contrato alguno entre tu procurador y yo, en tal caso, aun cuando se hubiera probado que tú le habías dado mandato para vender dicha casa, y que yo la había poseído por largo tiempo, con todo de ningún modo se presumiría en perjuicio tuyo, ausente y desconocedor del contrato, aquella formalidad extrínseca (ésto es, el que se hubiera realizado tal contrato). Pruébanlo así todas aquellas leyes y razones que arriba hemos expuesto y otras que más adelante se añadirán (1). La razón de la diferencia es ésta, que lo que es ya algo en sí fácilmente recibe aumento y perfección y por tanto sin dificultad se presume haberla recibido, mientras que lo que en sí es nada no puede recibir perfección o aumento, y por tanto sería injusto el presumir que lo había recibido aun en virtud del largo tiempo trascurrido, según varias leyes (2); por consiguiente, la porción que es algo en sí, fácilmente se completa

9.

(1) Lo mismo confirma la ley *filiusfamilias* del Código, tít. *de petit. haereditatis*; la ley *qui in aliena*, Digesto, tít. *de acquirenda haereditate*; el cap. *illud, de praesumpt.* y la ley 1.^a del Código, tít. *de patria potestate*.

(2) Tales son: la ley *omnimodo* y la ley *scimus*, §. *repletionem* del Digesto, tít. *de inofficioso testamento*; la ley *sed etsi manente*, Digesto, tít. *de precario* y el cap. y glos *de offic deleg.*

adiicientur & arg. d. l. filiusfamilias. C. de peti. haered. l. qui in aliena, in prin. ff. de acq. haere. c. illud, de praesump. l. i. C. de patria. potest. Ratio differentiae, quia quod est aliquid facile recipit suppletionem & perfectionem, sicq; eam recepisce facile praesumitur, sed quod est nihil, non potest recipere suppletionem augmentumve sicq; eam recepisce ex temporis etiam diuturnitate praesumi incivile esset. arg. l. omnimodo, & l. scimus, in prin. & §. repletionem. C. de inoffic. testa. l. sed & si manente, ff. de precario. c. & G. de offi. delega. unde portio quae aliqua est, facile recipit suppletionem & augmentum iuris accrescendi, non sic in ea quae nulla est l. si totam. ff. de acqui. haered. ubi tradunt communiter Doct. Bar. & alii in l. re coniuncti. ff. de lega. iii. unde repudiatio partis haereditatis vel legati quia nihil est, non trahit ad se alias partes eiusdem haereditatis ut omnes repudiatæ videantur, sed aditio partis trahit ad se alias partes, sicq; per aditionem partis totum quod delatum est, quaesitum videtur, tex. est in l. i. & ii. cum ibi notatis. ff. de acqui. haere. l. si solus, in prin. & §. i. eo. tit. iuncta l. cum quidam, ff. de lib. & posth. dixi multa in simili in c. i. lib. ii. controversiarum usu frequentium. & nostram distinctionem videntur sentire Alex. consil. 50. col. ii. lib. v. Decius consi. ccccxlii. col. iii. Tiraquell. ubi supra versi. quin & aliter.

10. Tertio limita † ut solemnitas extrinseca etiam post temporis diuturnitatem non praesumatur, quando agitur principaliter de inferendo alicui tertio praeiudicium, ita tenent (nisi demum post annos triginta vel longius tempus) Glo. Innocentius & reliqui in c. pervenit, de empti. & vendi. ubi Imola col. vi. Fulgosius in l. i. col. pe. C. qui admi. Alex. consi. xvii. viso instrumento locationis, col. iii. lib. iii.

y recibe aumento por el derecho de acrecer, cosa que no sucede con la que es nada en sí, según la ley *si totam* (1), donde así lo explican comúnmente los doctores, como Baldo y otros. De donde se sigue que el repudiar parte de la herencia o de un legado, como es nada en sí, no arrastra consigo a las restantes partes de la misma herencia, de suerte que éstas parezcan también repudiadas, mientras que la adición de una parte lleva consigo las otras partes; y por tanto, por medio de la adición de la parte se reputa adquirida toda la herencia legada, según aparece en varias leyes (2). Sobre lo mismo he tratado extensamente en parecido caso en la obra *Controv. usu frequentium* (3), y esta misma distinción parecen defender Alejandro (4), Decio (5) y Tiraqueau (6).

Tercera restricción, a saber, que no se presume la formalidad extrínseca, aun después del trascurso de largo tiempo cuando se trata principalmente de causar perjuicio a un tercero (sino sólo en el caso de haber pasado ya treinta años o más dilatado tiempo), lo defienden así la glosa, Inocencio y los demás autores que comentan el capítulo *pervenit* (7), Fulgosio (8), Alejandro (9), el Hostiense, Juan Andrés y el Panormitano (10).

Sin embargo, defienden la opinión contraria Alejandro contradiciéndose a sí mismo (11), Jasón (12), Andrés Tira-

(1) Del Digesto, tít. *de acquirenda haereditate*. Lo mismo consta por la ley *re coniuncti* del Digesto, tít. *de legatis*, lib. 3.^o

(2) Véanse la ley 1.^a y 2.^a del Digesto, tít. *de acquirenda haereditate* con lo en ellas notado; la ley *si solus* en la introducción y el §. 1.^o del mismo título, junto con la ley *cum quidam*, Digesto, tít. *de liberis et posthumis*

(3) Cap. 1.^o, lib. 2.^o

(4) Dictamen 50, colum. 2.^a, lib. 5.^o

(5) Dictamen 442, colum. 3.^a

(6) *Ubi supra*, versic. *quin et aliter*.

(7) *De emptione et venditione*, expuesto también por Imola colum. 6.^a

(8) En la ley 1.^a, colum. penúlt., Código *qui admitti*.

(9) Dictamen 17 que empieza *viso instrumento locationis*, colum. 5.^a, lib. 4.^o y dict. 218 *ponderatis narratis*, colum. 5.^a, lib. 6.^o; pruébalo también la ley *nullo*, Código *de rei vindicatione* con otras semejantes y el cap. citado *pervenit*.

(10) Comentando el cap. *Albericus, de testibus*.

(11) Al comentar la ley *qui in aliena*, en la introducción, Digesto, tít. *de acquirenda haereditate* y en el cap. *continebatur, de his quae fiunt a praelato sine consensu capituli*.

(12) En la citada ley 1.^a, colum. 5.^a, Código, *qui admitti*.

Hostien. Ioannes Andreae, Panormit. in d. c. Albericus, de testibus, Alex. consi. ccxviii. ponderatis narratis, col. iii. lib. vi. arg. d. l. nullo, C. de rei vendi. cum simili. & d. c. pervenit.

Contrarium tamen tenet Alex. sibimet contrarius in d. l. qui in aliena, in prin. ff. de acqui. haere. per c. continebatur, de his quae fiunt a praelato sine conse. cap. las. in d. l. i. col. v. C. qui admitti, Andraeas Tiraquell. de praescri. Glo. iiii. §. i. versi. xxxix. ibi, sunt & qui hoc limitant post Antonium Butrium quem allegat in d. c. illud.

Quid dicendum? & sane ut istarum sententiarum neutra simpliciter vera est, ita utraque aliqua ex parte defendi potest, nam quod tendit in praeiudicium tertii ignorantis ex diuturnitate temporis non stabilitur, aut solemnitas extrinseca praesumitur. Sicq; mandatum non praesumitur in praeiudicium ignorantis eam rem, qua de agitur, ut diximus supra. & aliquid in c. praescrip. Caeterum si ipse id agi non ignorabat, aliud esset, vires enim sumeret actus ille vel quasi ex praeambulo mandato praesumpto, vel quasi ex sequenti ratihabitione, argu. l. semper qui non prohibet. ff. de reg. iur. cum ibi late traditis per Philippum Decium & Hiero. Cagnolum, & per ea quae iam diximus.

Quarto limita † ut procedat quando ageretur de modico praeiudicio, secus si de magno, tunc enim solemnitas extrinseca non praesumeretur etiam ex temporis diuturnitate, ita Bar. in d. l. cum de in rem verso, col. iii. ff. de usu. Idem Bar. in d. dispu. mulier habens amplum patri. Idem Bar. in l. i col. pen. ff. de aqua pluvi. arcen. Fulgosius col. pe. & las. col. v. d. l. i. C. qui admitti. Alex. in d. l. qui in aliena, in prin. Idem Alex. in l. sciendum ff. de verb. oblig. Andraeas Tiraquell. ubi supra ibi, sed & hoc multi, Panormit.

queau (1), siguiendo el sentir de Antonio Butrio a quien cita (2).

¿Qué solución daremos? A la verdad, así como ninguna de estas dos opiniones es completamente verdadera, así ambas pueden ser defendidas en parte. Porque lo que se encamina al perjuicio de un tercero, si éste lo desconoce, ni recibe estabilidad, ni en ello se presume la formalidad extrínseca, en virtud del largo tiempo trascurrido; por esta razón no se presume el mandato en perjuicio de aquella persona que desconoce la cosa de que se trata, como lo hemos expuesto arriba, y algo también en el capítulo sobre las prescripciones. Por lo demás, si dicha persona no desconocía que se trataba tal asunto, sería diversa la solución, porque tal acto tomaría su valor o bien del *quasi* mandato precedente que se presume, o bien como de una ratificación subsiguiente, conforme consta por la ley *semper qui non prohibet* (3) y por lo que extensamente exponen acerca de tal ley Felipe Decio y Jerónimo Cagnolo, como también por lo que nosotros hemos expuesto antes.

En cuarto lugar una nueva restricción es, que tenga cumplimiento cuando se trata de un perjuicio pequeño, pero no cuando éste fuera grande, ya que entonces no se presumiría el cumplimiento de la formalidad extrínseca aun después de trascurrido mucho tiempo; así lo defienden Bartolo (4), Fulgoso (5), Jasón (6), Alejandro (7), Andrés Tiraqueau (8), el Panormitano (9), Pablo de Castro (10), Decio (11) y Socino (12).

(1) *De praescriptione*, glos. 4.^a, §. 1.^o, versic 39 en las palabras *sunt qui hoc limitant*.

(2) En el cap. *illud*.

(3) Del Digesto, tít. *de regulis iuris*.

(4) Comentando la ley *cum de in rem verso*., colum. 3.^a, Digesto, tít. *de usu*; en la citada disputa *mulier habens amplum patrimonium* y en la ley 1.^a, colum. penúlt., Digesto, tít. *de aqua pluv. arcenda*.

(5) En la colum. penúlt sobre la ley 1.^a del Código, en el tít. *qui admitti*.

(6) En la colum. 5.^a sobre la misma ley 1.^a

(7) Al comentar la ley *qui in aliena* en la introducción y la ley *sciendum*, ambas del Digesto, tít. *de verborum obligatione*; como también en el dictamen 20 *viso processu*., colum. final, lib. 4.^o y dict 5.^o, colum. penúltima del mismo libro.

(8) *Ubi supra*, donde dice *sed et hoc multi*.

(9) En el cap. último, colum. 5.^a de *causa possessionis et proprietatis*.

(10) En la citada ley *si filiusfamilias*.

(11) En el dictamen 444 y en el cap. 1.^o, colum. 6.^a de *fide instrumentali*.

(12) Dictamen 254, lib. 2.^o. Lo mismo consta por la ley *nullo* con otras semejantes; añade lo que arriba hemos dicho en el cap. 2.^o acerca de la glosa de la ley penúltima del Código en el tít. *communi dividundo*.

in c. ult. col. iii. de causa poss. & propri. Paul. Castren. in d. l. si filiusfa. Decius consil. cccxliiii. Idem Decius in c. i. col. vi. de fide instru. Alex. consi. xx. viso processu col. fi. lib. 4. Idem consil. v. col. pe. eod. lib. Socinus consi. ccliiii. lib. ii. per. d. l. nullo cum simi. quod dic ut supra c. ii. diximus super Glo. l. pen. C. com. divi.

Quid dicendum? & sane sunt tres casus inspiciendi, primus quando ea solemnitas extrinseca quae omissa esse dicitur, exigebatur principaliter ob utilitatem eam omittentis. Alter quando exigebatur ob utilitatem tertii, ultimus quando exigebatur ob utilitatem reipub. Primo casu ex temporis diuturnitate praesumitur: quid enim si erat statutum, ne mulier contraheret sine consensu duorum consanguineorum, certe hoc casu si mulier contraxit & post longum tempus velit contractum rescindere eo colore, quod consanguineorum consensus non interfuit, consensus ille licet sit extrinsecae solemnitatis praesumeretur, per omnia iura & rationes de quibus supra & infra, & potissimum per d. l. si filiusfamilias, & d. l. qui in aliena, & d. cap. illud, nec dubium est, quin ea solemnitas intueatur principaliter ipsius mulieris utilitatem, ut per Bart. & alios in l. si quis pro eo, ff. de fideiuss. dixi plenius lib. iii. controversiarum usu frequentium. Amplia ut procedat etiamsi per procuratorem mulier contraxisset, cum ipsa contractum initum non ignoraret ea. qui per alium, de regu. iur. libr. vi. per totos titulos. ff. & C. de procur. & ff. & C. mandati. cum simil. Amplia ut procedat non solum si de levi, sed etiam si de gravi vel mediocri praeiudicio ageretur per generalitatem iurium & rationum de quibus supra, & infra.

Limita ut non procedat quando contractus re vera initus non fuit, licet rem forte mulieris aliquis possidere

¿Qué solución hemos de dar? Ante todo vamos a examinar tres casos diversos: el primero cuando la formalidad extrínseca, que se dice omitida, se exigía principalmente en provecho de la persona que la omitió. El segundo cuando se exigía en provecho de un tercero y por fin cuando se exigía en utilidad del Estado. En el primer caso se presume dicha formalidad en razón del largo tiempo trascurrido; porque ¿qué diríamos por ejemplo, si existiera una disposición, de que la mujer no hiciera contrato sin el consentimiento de dos parientes? En verdad en este caso si la mujer realizó tal acto y trascurrido largo tiempo quisiera rescindir aquel contrato, a título de que no había tenido lugar el consentimiento de los parientes, este consentimiento, aun cuando pertenece a las formalidades extrínsecas, se presumiría basándonos en todas las leyes y razones arriba aducidas y en otras que más adelante se aducirán y principalmente en las citadas leyes *si filiusfamilias*, y *qui in alieno*, como también en el capítulo *illud*. Ni cabe la menor duda de que dicha formalidad tienda principalmente al provecho de tal mujer, conforme lo defienden Bartolo y otros autores al comentar la ley *si quis pro eo* (1), y según con mayor extensión lo hemos expuesto en el capítulo 3.º de la obra *Controv. usu frequentium*.

Esta misma solución tendría también lugar aun cuando dicha mujer hubiera hecho el contrato por medio de procurador, siempre que ella no desconociera el contrato entablado (2). Añádase, que tal solución tiene también lugar no sólo si se tratara de un perjuicio leve, sino también aun cuando éste fuera grave, conforme lo prueba el sentido general de las leyes y razones antes y en posteriores capítulos aducidas.

La primera restricción de esta solución es, que no tenga cumplimiento cuando en realidad no se entabló dicho contrato, aun cuando tal vez alguno hubiera empezado a poseer bienes de aquella mujer, como a título de venta, o de donación o de dote que tal mujer le hubiera hecho, porque en tal caso como no sólo se niega la formalidad extrínseca del consentimiento de los parientes, sino también la

(1) Del Digesto, tít. *de fideiussion*.

(2) Según consta por el cap. *qui per alium, de regulis iuris*, lib. 6.º y por toda la extensión de los títulos *de procuratoribus* y *de mandato* del Digesto y Código con otros semejantes.

coepisset, quasi ex venditione, vel donatione, vel dotis datione ab ea factis, tunc enim cum non solum negetur ea extrinseca solemnitas de interventu consanguineorum, sed etiam negetur ipse principalis contractus vel ipsa principalis conventio, ex diuturna possessione, etiam illius contractus nomine aut velamine colorata, non praesumeretur is titulus vel contractus, nec cum illa solemnitate intervenientium consanguineorum, neq; sine illa, ita procedit d. l. nullo, cum simi. C. de rei vend. Secus si contractus re vera interfuisset, sed consensus consanguineorum minime, nam tunc is consensus praesumeretur nisi abfuisse vel defuisse probaretur ut dixi. Ratio differentiae, quia contractui qui re vera non fuit nihil potest accedere aut praesumi accessisse, at contractui qui re vera fuit ea extrinseca solemnitas ut accedere potuit ita & accessisse praesumi potest.

Secundo limita quando mulier isthaec ignorabat eo quod & si mandatum dedit ad contrahendum & contractus re vera fuit celebratus, ipsa tamen id ignorabat, quia talem contractum factum fuisse sibi nunquam denuntiatus fuit, tunc enim & si probatum esset contractum fuisse celebratum, si tamen consensum consanguineorum interfuisse probatum non esset, is minime ex diuturnitate temporis praesumeretur, & ita procedit, tex. in d. l. nullo. iuncta l. ii. §. si a pupillo, ff. pro emp. l. ii. C. eod. tit. iuncta l. ii. §. ff. de publi. in rem act. nam & si forte ex vi & occasione illius contractus huius mulieris adversarius rem suam longo tempore possedisset, adhuc eam praescribere non posset, quia titulus ille utpote illegitimus non praeberet iustam ei causam possidendi, inscia muliere, ut dd. ll. ea autem sciente & patiente forte aliud esset, quia iam ille videretur habere iustam causam possidendi eo ipso quod domina patiente possidebat l. si id

existencia del mismo contrato principal o del mismo pacto principal, no se admitiría la presunción de tal título o contrato ni con la formalidad del consentimiento de los parientes ni sin ella, por sola la posesión durante largo tiempo aun disfrazada con aquel título o apariencia de contrato; tal es el sentido de la ley *nullo* y de otras semejantes del Código en el título *de rei vindicatione*. Otra cosa sería si realmente hubiera existido contrato, pero no el consentimiento de los parientes, porque entonces este consentimiento se presumiría, a no ser que se probara, como antes he dicho, no haber intervenido o haber faltado. La razón de la diferencia es ésta: que a un contrato que realmente no existió, no se le puede añadir nada, ni admitir la presunción de que se le haya añadido algo, mientras que a un contrato que existió realmente, así como era posible añadirle aquella formalidad extrínseca, así también puede presumirse que efectivamente se le añadió.

Admite también otra segunda restricción, cuando dicha mujer desconocía ésto, porque si bien había otorgado mandato para celebrar contrato y éste efectivamente se había celebrado, ella, sin embargo, lo ignoraba, porque nunca se le comunicó haberse celebrado tal contrato, ya que en este caso, aun cuando se hubiera probado que el contrato había tenido lugar, con todo si no se hubiera probado también que había intervenido el consentimiento de los parientes, nunca se presumiría éste en virtud sólo del largo tiempo trascurrido y tal es el sentido de varias leyes (1). Porque aun cuando tal vez la parte contraria de dicha mujer hubiera poseído durante largo tiempo alguna cosa de ésta en virtud y con ocasión de aquel contrato, con todo no podía prescribir ésta en su favor, porque aquel título, como ilegítimo que era, no le daba justa causa de posesión ignorándolo la mujer, conforme consta por las antedichas leyes, aunque tal vez otra cosa sucedería de saberlo y tolerarlo aquélla; ya que en este caso parecería tener justa causa de poseer, por el mero hecho de poseer tal cosa tolerándolo la dueña, conforme a la ley *si id quod* (2), en las palabras «como sabiéndolo y

(1) Tales son: la ley *nullo*, la ley 2.^a, § *si a pupillo* del Digesto, tít. *pro empto*; la ley 2.^a del Código del mismo título juntamente con la ley 2.^a, §. final del Digesto en el tít. *de publiciana in rem actione*.

(2) Del Digesto en el tít. *pro derelicto*.

quod, ff. pro dereli. ibi, quasi sciente & volente domina l. si vir uxori. ff. pro donato in quibus iuribus titulus similiter erat illegitimus, & ex domini consensu iustificabatur, quasi defectus tituli vel vitium ipsius purgetur vel suppleatur ex scientia & patientia domini. Et in d. l. i. C. pro emp. & d. §. si a pupillo, vitium illius tituli ex consensu minoris, ideo non purgatur, quod ille non potest circa id dispensare, aut iuribus suis nocere, id quod possunt qui maiores aetate sunt ut in terminis d. l. si vir, d. l. si id quod, ut utrunq; probatur in l. Titio centum, in prin. ff. de cond. & dem. iuncta l. filiusfamilias, §. divi, ff. de lega. i.

11. Ex superioribus apparet vehementer errasse Bald. in l. ii. C. de leg. haered. quem sequitur Andr. Tiraq. ubi supra versi. & quanquam post Fulgosium & Paulum Castrens. quem refert: aiunt enim ex diuturnitate temporis non praesumi insinuationem donationis, non quoque praesumi interventum consanguineorum cum utrunq; praesumi longe verius esse ostendimus, quando contractus re vera factus fuerat in quibus terminis ipsi loquuntur, id quod regulare est. Fallit in casu secundum superiorem distinctionem. Ad id quod dixi, quando contractus initus non fuit, idem tenet Tiraq. ubi supra, vers. quin & aliter, Alexand. consi. l. lib. v. Dec. consil. ccccxliiii. colum. iii.

Secundo casu principali quando ea extrinseca solemnitas desideratur in utilitatem potissimum tertii, sicq; eius omissio in illius tertii praeiudicium principaliter vergit, tunc communis opinio supra relata voluit eam non praesumi nisi probetur, intellige primum quando de magno praeiudicio ageretur, deinde idem si de mediocri, postremo idem si de minimo vel levi, quae omnia puto vera si tertius ille ignarus

queriéndolo la dueña» y a la ley *si vir uxori* (1). Leyes en las que el título era igualmente ilegítimo, pero quedaba justificado por el consentimiento del dueño; como si la ciencia y paciencia de éste, corrigiera o supliera la falta o el vicio del mismo título. Y la razón de que no pueda corregirse por el consentimiento de un menor el vicio del título de que trata la ley 1.^a del Código *pro empto*, y el §. *si a pupillo* es, porque el menor no puede dispensar en esto, o causar perjuicio a sus derechos, cosa que pueden ejecutar los que son ya mayores de edad, como consta por los términos de numerosas leyes (2).

De lo expuesto se desprende haber incurrido en grave error Baldo (3), a quien sigue Andrés Tiraqueau (4) al admitir la opinión de Fulgosio y de Pablo de Castro a quien cita; porque afirman que en virtud del largo tiempo trascurrido no se presume ni la notificación de donación, como tampoco haber tenido cumplimiento la intervención de los parientes, cuando es mucho más conforme a verdad que ambas cosas se presumen, según hemos demostrado en el caso en que el contrato se hubiera realmente celebrado, en cuya suposición hablan ellos; y como generalmente sucede, aunque tiene también aquí lugar la restricción, conforme a la distinción anterior. En cuanto a lo que expuse cuando el contrato no se hubiera realmente celebrado, defienden lo mismo Tiraqueau (5), Alejandro (6) y Decio (7).

11.

En cuanto al segundo caso principal, a saber, cuando dicha formalidad extrínseca se requiere principalmente en provecho de un tercero, de suerte que su omisión redunde principalmente en perjuicio de dicho tercero, en tal caso la común opinión arriba expuesta es que tal formalidad no se presume, si no se prueba. Lo que se ha de

(1) Del Digesto, tít. *pro donato*.

(2) Tales son: la ley *si vir*, y la ley *si id quod*, ambas citadas. Ambos extremos los prueba también la ley *Titio centum* en la introducción, Digesto, tít. *de conditionibus et demonstrationibus*, junto con la ley *filiusfamilias*, §. *divi*, Digesto, tít. *de legatis*, lib. 1.^o

(3) Al comentar la ley 2.^a del Código en el tít. *de legitimis haeredibus*.

(4) *Ubi supra*, versic. *et quanquam*.

(5) *Ubi supra*, versic. *quin et aliter*.

(6) Dictamen 50, lib. 5.^o

(7) Dictamen 444, colum. 3.^a

12. esset. † Unde cum lege Tauri. 54. prohibeatur uxor sine viri sui licentia contrahere, si ipsa se ignaro contraxisset etiam post longum tempus mariti licentia non praesumeretur, sive agatur de magno, sive de mediocri, sive de minimo praeiudicio ex mente d. communis opinionis: eam enim solemnitatem principaliter respicere utilitatem mariti diximus libr. iii. controversiarum usu frequentium. Caeterum sciente & patiente marito post temporis diuturnitatem, ea licentia praesumeretur, vel ea diutina taciturnitas pro licentia haberetur, argu. d. l. filiusfamilias d. l. qui in aliena, d. l. si id quod ibi, quasi sciente & volente domina. d. l. si quis diuturno, ff. si ser. vend. d. l. si ego. §. i. ff. de pub. in rem act. ibi, per traditionem vel patientiam forte, §. fin. inst. de usur. l. alienationis verbum ibi; vix est enim ut non videatur alienare, ff. de verb. sig. l. qui patitur, ff. mand. l. semper qui non prohibet, ff. de regu. iur. & diximus plene supra in capitibus proced.

13. Tertio casu principali † quando prohibetur actus sine illius solemnitatis interventu ob publicam principaliter utilitatem, puta quia dicit statutum ex omni contractu venditionis praestari gabellam, infirmatq; omnem contractum qui non fuerit insinuatus in actis publicis, ne gabella fraudetur, tunc si apparet initus contractus non tamen constat de insinuatione ea, etiam post longum tempus regulariter non praesumeretur, quia in dubio reipublicae ignorantia praesumeretur l. verius. ff. de proba. quod si appareret reipublicae administratores id novisse, tunc forte secus esset, arg. iurium proxime allegatorum, ergo aut sciverunt & tunc ea solemnitas praesumitur, aut ignorarunt & tunc non praesumitur, aut dubitatur & similiter non praesumitur post longum tempus:

entender en primer término si se tratara de un perjuicio grave; en segundo lugar también aunque el perjuicio fuera mediano y finalmente aun en el caso de un perjuicio mínimo o leve; todo lo cual lo considero verdadero en el caso de ignorancia de tal tercero. Por consiguiente, como la ley 54 de las de Toro prohiba a la mujer el contratar sin licencia de su marido, si ella con todo, ignorándolo él, hubiera hecho algún contrato, no se presumiría la licencia del marido ni aun después de largo plazo de tiempo, ya se trate de grave perjuicio, o de mediano o de insignificante, conforme a la mente de dicha común opinión; porque aquella formalidad tendía principalmente a la utilidad del marido, según lo hemos expuesto en el libro 3.º de nuestra obra *Controversiarum usu frequentium*. Por lo demás sabiéndolo y tolerándolo el marido se supondría la licencia después de largo plazo de tiempo, o bien aquel prolongado silencio se reputaría como licencia, según se desprende de numerosas leyes (1), y según lo hemos expuesto extensamente en anteriores capítulos.

En cuanto al tercer caso principal, cuando se prohíbe un acto sin el cumplimiento de aquella formalidad, principalmente en razón de la pública utilidad, porque dice una disposición, por ejemplo, que por todo contrato de venta se pague algún impuesto, y declara inválido todo contrato que no se hubiera hecho constar en públicos registros para evitar que sea defraudada en cuanto a aquel impuesto; en este caso si consta haberse hecho el contrato, pero no consta su inscripción, ordinariamente no se presumiría ésta ni aun después de largo tiempo, porque en caso de duda se presumiría no haber tenido conocimiento de ello el Estado (2); mas si constara que los administradores de la república habían tenido conocimiento de tal contrato tal vez la solución fuera diversa,

«(1) Tales son: la ley *filiusfamilias*, la ley *qui in aliena*, la ley *si id quod* en las palabras «como sabiéndolo y queriéndolo la dueña»; la ley *si quis diuturno* del Digesto, tít. *si servitus vindicetur*; la ley *si ego*, §. 1.º, Digesto, tít. *de publiciana in rem actione* en las palabras «tal vez por la tradición o por la paciencia»; el §. final de la Instituta *de usuris*; la ley *alienationis verbum* en las palabras «pues apenas se puede decir que no enajena», Digesto, tít. *de verborum significacione*; la ley *qui patitur*, Digesto, tít. *mandati*; la ley *semper qui non prohibet*, Digesto, *de regulis iuris*.

(2) Conforme a la ley *verius* del Digesto, tít. *de probatione*.

post longissimum autem tempus omnis actio competens ad talem contractum impugnandum expiraret, sicq; ille firmus maneret arg. l. sicut l. omnes. C. de praesc. xxx. annorum longissimum tempus accipere debemus. xxx. annorum quoad privatos d. l. sicut, & xl. quoad rem publicam d. l. omnes, ita intelligo d. c. pervenit, de censi.

Quinto limita d. regulam ut ex diuturnitate temporis solemnitas extrinseca nunquam praesumatur, nisi cum apparet actum fuisse gestum, & de solemnitate legali an interfuerit vel non dubitatur, secus si de ipso actu principali non appareret, quia tunc ut supra diximus non praesumeretur, etiam post longum tempus Andr. Tiraq. ubi supra versic. quin & aliter post Dec. consi. ccccxlii. & Alexand. consi. l. libro. v. quos ipse allegat.

14. Sexto limita ut non procedat quando actus de cuius solemnitate agitur, solemniter fieri non erat possibile (ut si forte haereditatem pupillo delatam servi ipsius administrarunt longo tempore) nam tunc non praesumetur aditio, cum ipse adire nequeat l. potuit, cum ibi not. l. si infanti. C. de iure delibe. §. sed neq; Insti. de aut. tut. ratio quia, ubi veritas locum habere non potest, ibi nec fictio locum habere potest, ita Dec. & Andr. Tiraq. ubi supra per l. qui ad certam, ff. locati. quorum opinio eo solum casu fueri potest, de quo ipsi non videntur meminisse, scilicet quando pupillus ille (quod raro accidit) nunquam habuit tutorem. Caeterum cum regulariter tutores habeant pupilli, qui eorum nomine possunt adire haereditates, ut dd. ll. quis vetat aditam eius nomine praesumi haereditatem, cum diu ab eius tutore vel ab eius servis reperitur administrata, arg. d. l. si filiusfamilias & d. l. qui in aliena.

basados en las leyes poco antes aducidas; así, pues, o tuvieron conocimiento del contrato y entonces se presume el cumplimiento de aquella formalidad, o lo desconocieron y entonces no se presume, o finalmente existe duda no dándose tampoco entonces tal presunción; ésto después de largo tiempo, porque trascurrido dilatadísimo tiempo se extinguiría toda acción competente para impugnar dicho contrato y por tanto se mantendría firme, según consta por las leyes *sicut* y *omnes* del Código (1). Tiempo dilatadísimo debemos considerar el de treinta años tratándose de particulares (2) y el de cuarenta con respecto al Estado (3).

Quinta restricción a la antedicha regla; que por el largo trascurso de tiempo nunca se presume la formalidad extrínseca, sino cuando consta que el acto se llevó a efecto, y existe sólo la duda de si tuvo o no cumplimiento la formalidad legal; cosa diversa sería si no constara el mismo acto principal, porque entonces, conforme lo expusimos anteriormente, no se presumiría éste ni aun trascurrido largo plazo de tiempo, así lo expone Andrés Tiraqueau (4), siguiendo el sentir de Decio (5) y de Alejandro (6), a los que cita.

Sexta restricción; no tiene tampoco cumplimiento, cuando el acto de cuya formalidad se trata, no era posible realizarlo legalmente (como sucedería, por ejemplo, si la herencia dejada a un menor se la hubieran administrado por largo tiempo sus siervos), pues en tal caso no se presumiría la adición [de la herencia] ya que no tenía capacidad legal para hacerlo, según varias leyes (7); y la razón es ésta, que donde la realidad no puede tener lugar, tampoco podrá tenerla la ficción; tal es el sentir de Decio y Andrés Tiraqueau (8), cuya opinión sólo puede sostenerse en el caso siguiente, que no parece haber tenido presente dichos autores: a saber, en el

14.

(1) En el título de *praescriptione triginta annorum*.

(2) Según la citada ley *sicut*.

(3) Conforme a la ley *omnes*; así entiendo el citado cap. *pervenit, de censibus*.

(4) *Ubi supra*, versic. *quin et aliter*.

(5) Dictamen 442.

(6) Dictamen 50, lib. 5.º

(7) Tales son: la ley *potuit* con lo en ella notado; la ley *si infanti* del Código, tit. *de iure deliberandi*; el §. *sed neque* de la Instituta *de auctoritate tutorum*.

(8) *Ubi supra* al comentar la ley *qui ad certam* del Digesto, tit. *locati*,

15. Septimo limita † quando erat nimia difficultas in ipso actu principali hoc est, quando ipsemet actus principalis fieri non poterat sine principis dispensatione, aut voluntate, tunc enim quia id reputatur impossibile iuxta l. apud Iulianum. §. constat, ff. de leg. i. non praesumeretur ex temporis diuturnitate, unde utilissime dicebam, † si rem maioratus vendidisti, quae citra principis licentiam vendi non potest, certe & si longo tempore emptor eam possederit adhuc ea principis licentia non praesumetur, quia ea solemnitas non solum extrinseca est, sed etiam impossibilis fere reputatur, sicq; par est ut ex solo cursu longi temporis non praesumatur nisi probetur, id quod iustificatur ex illico dicendis.
16. Octavo limita ut non praesumatur quando ea extrinseca solemnitas verosimiliter intervenire non potuit, puta apud Indorum regiones episcopus, & capitulum iurarunt rem ecclesiae non alienaturos se nisi de licentia Papae; alienata reperitur abhinc annos decem, non praesumitur Papae licentia, quia cum multum temporis ad tale iter ad talemq; navigationem requiratur a tempore quo ea licentia habita esset usq; nunc (si forte habita fuit) integrum decennium praeterite non potuit, ita Andr. Tiraq. ubi supra Decius, consi. ccccix. col. ii. Alex. consi. ix. col. ult. lib. iii.

17. Nono limita † ut non procedat quando ea est solemnitas cui partes nequeunt renuntiare, tunc etiam ex temporis diuturnitate non praesumitur, ita Petr. Anchar. in cap. i. per illum tex. de reb. eccl. non alie. Anto. Butr. & alii in capi. sicut, de re iudi. Gloss. & Bart. in l. i. C. de fide instrum. libr. x. Bart. in l. si forte, per text. ibi. ff. de castren. pecu. Alex. consi. ccxix. col. pen. lib. vi. Bart. in l. sciendum, ff. de verbo. obligat. Idem Bart. in auth. si quis in aliquo

caso (que raras veces acontecè) de que aquel menor no hubiera tenido nunca tutor. Por lo demás, como ordinariamente los menores tengan tutores que pueden adir las herencias en nombre de aquéllos, conforme a las citadas leyes, ¿quién puede impedir el que se presuma la adición de la herencia en nombre del menor, cuando consta haber sido administrada por largo tiempo o por su tutor o por sus siervos? (1).

Séptima restricción; cuando era muy grande la dificultad para realizar el mismo acto principal, ésto es, cuando el mismo acto principal no podía ejecutarse sin la dispensa o consentimiento del príncipe, porque reputándose esto imposible (2), en tal caso no se admitiría la presunción en razón del largo tiempo trascurrido. Por lo que sostenía yo esta útil doctrina, que si vendiste una cosa del mayorazgo, que no podía venderse sin licencia del príncipe, ciertamente aun cuando el comprador la haya poseído por largo tiempo, no se presumiría con todo tal licencia del príncipe, porque aquella formalidad no sólo es extrínseca, sino que además se considera casi imposible, y por consiguiente es justo que en virtud del solo trascurso de tiempo, no se presuma, si no se prueba; doctrina que se corrobora por lo que en seguida hemos de exponer.

Octava restricción; no se ha de admitir tal presunción cuando aquella formalidad extrínseca, no pudo verosimilmente tener cumplimiento; pongamos, por ejemplo, el caso de que en las Indias algún obispo o capítulo prestara juramento de no enajenar bien alguno de la iglesia sin licencia del Papa; si desde hace ya diez años se encuentra enajenada una cosa eclesiástica, no se presume la licencia del Papa; porque siendo necesario tanto tiempo para realizar semejante camino y navegación, desde el tiempo en que tal licencia se hubiera dado (si efectivamente se dió) hasta el momento presente, no ha podido transcurrir un decenio íntegro, así lo sostienen Andrés Tiraqueau (3), Decio (4) y Alejandro (5).

(1) Así lo prueban la ley *si filiusfamilias* y la ley *qui in aliena*.

(2) Conforme a la ley *apud Iulianum*, §. *constat*. del Digesto, tít. *de legatis*, lib. 1.^o

(3) *Ubi supra*.

(4) Dictamen 409, colum. 2.^a

(5) Dictamen 9, colum. última, lib. 3.^o

documento, C. de eden. Andr. Tiraq. de praescrip. §. i. Gloss. iiii. versic. xxxix. ibi aliter alii.

18. † Ex qua communi limitatione non minus utiliter quam nove colligebam egregiam declarationem ad l. ult. C. de pact. ait lex illa pactum de futura successione quod regulariter non valet l. pactum quod dotali. & l. fina. C. de pact. l. pactum dotali. C. de colla. l. fin. ff. de suis & legi. haere. l. ii. §. interdum. ff. de vulga. & pupilla. l. si quando. §. illud. C. de inoffic. testam. sustineri quidem tale pactum si fiat de voluntate illius cuius de successione agebatur, per d. l. fin. Quid autem si probatur inter duos cognatos meos abhinc annos decem fecisse pactum super haereditate mea, non tamen probatur utrum inscio me (quod semper praesumitur, l. verius, ff. de probation. l. vetare, ff. de furtis) an volente, & consentiente id pactum fuerit interpositum, utrum ex illa temporis diuturnitate meus consensus praesumatur, videbatur, quod sic; quia cum ea conventio re vera interfuerit, & de ista duntaxat qualitate, vel solemnitate (scilicet consensus mei) dubitetur interfuerit, necne, facile ex illo longo tempore praesumi deberet; adhuc tamen contrarium respondi, eo quod consensus ille sit huiusmodi, ut ei partes paciscentes renuntiare minime possent, ut legibus supra allega.

19. Similiter illinc etiam colligebam, † scis iuramento calumniae a collitigantibus non posse renuntiari. l. ii. cum Gloss. C. de iureiurand. propter calum. dando, quid postquam partes iuramento calumniae renuntiarent praeteriit decennium, nec adhuc lis finita est, an ex hoc longo tempore ea renuntiatio viresumat, vel an forte praesumatur ei accessisse

Novena restricción; no tiene tampoco lugar cuando la formalidad es de tal naturaleza que no pueden renunciar a ella las partes, pues entonces aun trascurrido largo plazo de tiempo no se presume, así lo sostienen Pedro Ancarano (1), Antonio Butrio (2), Bartolo (3). Alejandro (4) y Andrés Tiraqueau (5). 17.

De esta restricción comúnmente admitida, colegía yo una notable declaración no menos útil que nueva a la ley última del Código en el título *de pactis*. Dice aquella ley que el pacto acerca de la herencia futura, que regularmente no es válido según varias disposiciones (6), conserva con todo, su valor, si se hace con el consentimiento de aquél de cuya herencia se trata (7). ¿Qué diríamos, pues, si se prueba que entre dos parientes míos se ha hecho hace diez años un pacto acerca de mi herencia, pero no se prueba si dicho pacto se ha realizado sin saberlo yo (cosa que siempre se presume) (8) o con mi voluntad y consentimiento; se ha de presumir mi consentimiento en razón del largo tiempo? Así parece que debía afirmarse, porque habiendo tenido realmente lugar tal pacto y existiendo solamente la duda acerca de esta circunstancia o formalidad, si había intervenido o no mi consentimiento, fácilmente debería presumirse éste, en razón del largo tiempo trascurrido; con todo yo di la solución contraria por la razón de que aquel consentimiento es de tal naturaleza, que las partes contratantes no pueden renunciar a él en modo alguno, conforme consta por las leyes antes citadas. 18.

(1) En el cap. 1.º acerca del texto *de rebus eccles. non alienandis*.

(2) Acerca del cap. *sicut, de re iudicata*, que comentan también así otros doctores.

(3) Comentando la ley 1.ª del Código, tít. *de fide instrumentali*, vid. también la glosa de la misma; la ley *si forte* del Digesto, tít. *de castrensi peculio*; la ley *sciendum*, Digesto, tít. *de verborum obligatione*; y la autent. inserta en el Código *si quis in aliquo documento*, tít. *de edendo*.

(4) Dictamen 219, colum. penúlt., lib. 6.º

(5) *De praescriptione*, § 1.º, glos. 4.ª, versic. 39, *ibi aliter alii*.

(6) Tales son: la ley *pactum quod dotali* y la ley final del Código en el tít. *de pactis*; la ley *pactum quod dotali* del Código, tít. *de collatione*; la ley final del Digesto, tít. *de suis et legitimis haeredibus*; la ley 2.ª, §. *interdum* del Digesto, tít. *de vulgari et pupillari*; la ley *si quando*, §. *illud*, Código, tít. *de inofficioso testamento*.

(7) Según dicha ley final *de pactis*.

(8) Según la ley *verius*, Digesto, tít. *de probatione* y la ley *vetare*, Digesto, tít. *de furtis*.

- iudicis consensum, id quod omnino negabam, ex eo, quod partes huic solemnitati iurandi de calumnia renuntiare non poterant expressim.
20. † Quinimo, nec etiam tacite, quanvis in hoc ultimo ut facite renuntiare possint contrarium tenuerit Gloss. quam ibi (sed minus recte iudice me) videntur sequi Doctores in d. l. ii. §. sed quia veremur, C. de iuramen. calum. quia facite per partes colligantes renuntiari non potest, non magis, quam expressim, sicq; post partium renuntiationem (sive illa tacita sit sive expressa) iudex tale iuramentum in quacunq; parte litis exigere potest, sicq; apparet eam renuntiationem efficacem non fuisse, iuxta, d. §. sed quia veremur, & c. i. §. primo. de iuram. calum. lib. vi.
21. Tertio ex eadem communi limitatione colligebam † scis non licere facere transactionem super alimentis legatis, nisi demum inspectis cognitisq; verbis testamenti, l. de his, ff. de transactio. sed quid si apparuit de alimentis abhinc annos decem transactum fuisse, nunquid ex hoc longo tempore praesumetur ea extrinseca solemnitas ut inspecta, & cognita fuerint verba testamenti, id quod ex eadem communi opinione non minus utiliter, quam nove abnegabam.
22. Quarto illinc etiam dicebam † scis testamentum minus solemne non valere, nec tollere superius quod solemne esset. §. posteriore, instit. quib. mod. testamen. infir. l. si quis priore, ff. ad Treb. l. si mihi & tibi, §. in legatis, ff. de lega. primo. l. sancimus, C. de testamen. quid si post primum testamentum solemne aliud minus solemne feci, aut quid si minus solemne testamentum feci, cum antea nullum

De lo mismo deducía también lo siguiente: sabes que los litigantes no pueden renunciar al juramento de calumnia (1), ¿qué diríamos si, después de haber renunciado las partes al juramento de calumnia, transcurrió un decenio, sin que se hubiera terminado todavía el pleito, acaso en razón de este largo tiempo se hará válida la renunciación, o se ha de presumir tal vez que en ella ha intervenido el consentimiento del juez? Nosotros lo negábamos terminantemente por la razón de que a esta formalidad del juramento de calumnia, no pueden las partes renunciar expresamente.

Más aún ni tácitamente, aun cuando en esto último, sobre si pueden renunciar tácitamente a tal juramento, haya sostenido lo contrario la glosa de la citada ley 2.^a §. *sed quia veremur* (2), que parecen seguir (aunque a mi juicio poco acertadamente) los doctores al comentar dicha ley. La razón es que las partes litigantes no pueden renunciar a él tácitamente, al igual que no pueden expresamente. Por lo tanto, después de la renunciación de las partes (ya haya sido tácita o bien expresa) puede el juez en cualquier parte del pleito exigir dicho juramento, de donde se colige no ser eficaz semejante renunciación (3).

De la misma restricción común deducía en tercer lugar lo siguiente: sabes que no es lícito hacer transacción acerca de los alimentos legados, sino únicamente viendo y entendiendo las palabras del testamento (4). Pero ¿qué diríamos si constara que tal transacción sobre alimentos se había efectuado hacia diez años? ¿Acaso en virtud de este largo tiempo, admitiremos la presunción de tal formalidad extrínseca, de que se hayan examinado y entendido las palabras del testamento? Nosotros lo negábamos con no menor utilidad que novedad basados en la misma común opinión.

De lo mismo colegía en cuarto lugar lo siguiente: sabes que no es válido el testamento en que no se han observado las formalidades exteriores y que no anula al anterior que a

(1) Como consta por la ley 2.^a con su glosa, del Código, tít. *de iureiurando propter calumniam dando*.

(2) Código, tít. *de iuramento calumniae*.

(3) Conforme al citado §. *sed quia veremur* y al cap. 1.^o §. 1.^o *de iuramento calumniae*, lib. 6.^o

(4) Conforme a la ley *de his* del Digesto, tít. *de transactionibus*.

aliud fecissem, & postea decennium praeteriit, an ex ista temporis diuturnitate sumet vires hoc testamentum, quasi si quid solemnum nunc videtur deficere, interfuisse tamen praesumatur propter longi temporis cursum, videaturq; scriptum minus, quam dictum, gestumve fuerit, ut in simili definivit Papinianus in l. cum avus, ff. de legat. primo. l. Lucius. §. fi, cum sua Gloss. singulari. ff. de leg. ii. & ita ampliatur, d. l. sancimus.

23. Illud autem eleganter quaeri posset, † feci testamentum solemne, deinde dedi me in arrogationem, sicq; id testamentum hac capitis diminutione irritum factum fuit, postea ab arrogatore fui emancipatus, quo casu ex nova voluntate mea id testamentum convalesceret iuxta, l. pen. §. testamento, ff. de bon. pos. secun. tabu. & §. non tamen. Institu. quib. mod. testa. fir. praeteriit integrum decennium post talem emancipationem, nunquid ex tali longo tempore praesumetur haec solemnitas extrinseca quod videar huius esse animi, ut id testamentum sic semel irritatum quasi iudicio recenti convalescat, id quod non minus utiliter quam nove abnegarem, nec enim temporis diuturnitas inducit substantiam quam constat non interfuisse, ut in specie hac, sed quando dubitatur utrum ea solemnitas extrinseca de qua agitur interfuerit necne, & possibile est interfuisse & possibile est etiam non intervenisse, tunc temporis diuturnitas inducit probationem coniecturalem seu praesumptionem, ut interfuisse ex tunc cum actus fiebat videatur & credatur, non autem quod ea solemnitas postea accessisse intelligatur. Sic ergo & in

ellas se hubiera ajustado (1), ¿qué diríamos si después de hecho un primer testamento, ajustado a todas las formalidades, hice otro que no lo estaba, o bien no habiendo hecho antes ningún testamento hice uno falto de formalidades, habiendo transcurrido después un decenio?; ¿acaso en virtud de este largo tiempo se hará válido tal testamento, como si las formalidades que ahora parecen faltar se presumieran haber tenido lugar en razón del largo tiempo transcurrido, reputándose haberse consignado por escrito menos de lo que se dijo o significó, conforme lo resolvió en parecido caso Papi-niano? (2). Debe, desde luego, negarse; porque esta formalidad exterior es de tal naturaleza que no puede el testador derogar nada de ella (3).

Puede, en verdad, proponerse la siguiente notable cuestión: he hecho un testamento ajustado a todas las formalidades, pero con posterioridad me entregué a otra persona en *adrogación*, por lo que tal testamento quedó inválido en virtud de esta *capitis diminución* mía; posteriormente adquirí la emancipación del adrogante, en cuyo caso y en virtud de un nuevo acto de mi voluntad tal testamento se haría válido de nuevo (4); transcurrieron diez años completos después de esta emancipación, ¿acaso en razón de tan largo tiempo se ha de presumir esta formalidad exterior, a saber, que se considere tener yo la intención de que este testamento antes invalidado en la forma dicha, se haga de nuevo válido como por una reciente decisión mía? Yo lo negaría con no menor utilidad que novedad. Porque el largo transcurso de tiempo nunca produce la sustancia del acto que conste no haber tenido lugar, como sucede en nuestro caso; sino únicamente cuando existe duda sobre si tuvo o no lugar aquella formalidad exterior de que se trata, siendo

23.

(1) Según el §. *posteriore* de la Instituta *quibus modis testamentum infirmetur*; la ley *si quis priore*, Digesto, tít. *ad Trebellianum*; la ley *si mihi et tibi*, §. *in legatis*, Digesto *de legatis*, lib. 1.º y la ley *sancimus* del Código, tít. *de testamento*.

(2) En la ley *cum avus*, Digesto, tít. *de conditionibus et demonstrationibus*.

(3) Conforme a la ley *nemo potest* del Digesto, tít. *de legatis*, lib. 1.º; a la ley *Lucius*, §. final con su glosa especial, Digesto, tít. *de legatis*, lib. 2.º y así damos mayor extensión a la citada ley *sancimus*.

(4) Según consta por la ley penúltima, §. *testamento*, Digesto, tít. *de bonorum possessione secundum tabulas* y por el §. *non tamen* de la Instituta *quibus modis testam. infirmetur*.

specie proposita haec nova substantia & voluntas ad reva-
lidationem vel reparationem illius testamenti quod semel
occidisse constitit, accessisse non videbitur, eritq; egregia
declaratio ad d. §. non tamen & ad d. §. testamento, de
quibus egimus lib. ii. de succ. crea. §. xv.

24. In † contrarium tamen fortiter facit l. si quis diuturno,
in prin. ff. si servi. ven. & l. alienationis verbum, ibi, vix
est enim ut non videatur alienare, ff. de verb. signifi. ubi
tibi rem meam possidere inchoanti licet eam concedere
non videor, tamen post longum tempus eam concedere
videor, sicq; ipsa voluntatis substantia ex ipso tempore
videtur accessisse, id quod longe facilius praesumendum erat
in terminis d. §. non tamen, & d. §. testamento, quia interest
cuiusq; cum testamento decedere, sed non interest; imo
nocet res suas concedere, sicque id non praesumitur l. sed
quia hoc interest. ff. de interrog. act. §. i. insti. quib. ex
caus. manu. non liceat iuncta l. cum de indebito, ff. de
probat. sed possumus respondere hoc procedere favore
possessionis qui summus est, arg. l. i. ff. de usucap. l. fin.
ff. pro suo l. cum notissimi in princ. C. de praescrip. xxx.
annorum, & nostra sententia iustificatur ex iis, quae in
sequenti limitatione dicentur, ubi si ex instrumenti inspe-
ctione constaret eam solemnitatem extrinsecam qua de age-
retur non intervenisse, tunc temporis diuturnitas eam non
pareret aut introduceret, temporis enim natura non tam apta
est ad gignendum quam ad absumendum, non tam ad pro-
creandum quam ad perimendum procreata, & novas formas
quas denuo tempus quotidie videtur producere, non ipsum
tempus, sed elementa materialiter produciunt ut diximus ex
sententia philosophorum supra par. i. q. x.

posible, por una parte, haber tenido cumplimiento, y por otra, no haberlo tenido, entonces es cuando el largo trascurso de tiempo nos suministra una prueba conjetural o presunción para opinar y creer que efectivamente tuvo cumplimiento desde el instante en que se efectuó el acto principal, pero no para que se considere haberse añadido con posterioridad tal formalidad. Así también en el caso propuesto, este nuevo acto y voluntad para la revalidación y reparación de aquel testamento, que constaba haberse ya invalidado, no se considerarán añadidos a él con posterioridad; siendo ésta una notable declaración de las leyes citadas, §. *non tamen* y §. *testamento*, de las que hemos tratado en el libro 2.º de *succes. creatione*, §. 25.

Con todo, un poderoso argumento en contra lo suministran las leyes *si quis diuturno* (1) y *alienationis verbum* (2) en las palabras «pues apenas se puede decir que no enajena», por las que consta que, al empezar tú a poseer una cosa mía, aun cuando no parezca concedértela yo, sin embargo, trascurrido largo tiempo se considera que te la concedo, por lo que parece haberse añadido el acto mismo de mi voluntad sólo en virtud del largo tiempo, cosa que con mucha mayor facilidad podría presumirse en los términos de los citados §. §. *non tamen* y *testamento*, porque a todos interesa el morir con el testamento hecho, mientras, por el contrario, no interesa, mejor dicho, perjudica, el conceder sus propios bienes, razón por la cual ésto no se presume, conforme consta por varias leyes (3). Pero podemos responder a tal dificultad que ésto tiene lugar en razón del favor concedido a la posesión, que es muy grande, como se desprende de varias leyes (4); y nuestra opinión, se justifica por lo que expondremos en la siguiente restricción, donde veremos que si por el examen del documento nos constara no haber tenido cumplimiento aquella formalidad

24.

(1) Digesto, tít. *si servitus vindicetur*.

(2) Digesto, tít. *de verborum significatione*.

(3) Por la ley *sed quia hoc interest*., Digesto, tít. *de interrog. act.*; por el §. 1.º de la Instituta *quibus ex causis manu. non liceat*, juntamente con la ley *cum de indebito*, Digesto, tít. *de probationibus*.

(4) De la ley 1.ª del Digesto en el tít. *de usucapione*; de la ley final del Digesto, tít. *pro suo*; de la ley *cum notissimi*, introduc., Código, tít. *de prae-scriptione triginta annorum*.

25. Postremo limitatur † ut si ex ipso instrumento producto constat eam extrinsecam solemnitatem qua de agitur non interfuisse, tempore quo actus fiebat, tunc ex temporis diuturnitate postea praetereunte non praesumatur, aut (ut rectius loquar) non generetur ea solemnitas ut supra proxime dicebamus, l. obligationum fere. §. placet, ff. de action. & oblig. talem autem solemnitatem non interfuisse tunc demum ex instrumento ipso apparere videbitur, cum scriptum erat id minime factum fuisse, aut aliis verbis id declarabat.
26. Quid † enim si scriptum fuerat Titium Maevio absentis centum promisisse per solemnem stipulationem, tunc appareret sane solemnitas praesentiae, quae necessaria est ad stipulationis validitatem non intervenisse, sicq; etiam post temporis diuturnitatem eam rem, inter praesentes actam fuisse minime praesumeremus, ita licet non sic exemplificantes tenent communiter Docto. Paul. Castren. consi. lxxxii. in causa quae vertitur, col. iii. lib. ii. per l. emptorem, in prin. ff. de act. emp. And. Tiraq. ubi supra vers. xxxix. ad fidem Alex. consi. i. ponderatis his, col. i. lib. iiii. Ias. in l. i. col. v. C. qui admitti. Philipp. Dec. consi. ciii. an approbatione, col. i. Idem Decius consi. xxxvi. col. iii. Stephanus Bertrandus cons. cliiii. alienatio, col. iii. lib. ii. Bald. in l. data, col. pen. C. qui accusare non possunt.
27. Ex qua communi limitatione colligerem quod † si instrumento diceretur Titium Maevio fundum vendidisse pro certis libris plumbi, aut ferri, aut pro certa frumenti quantitate tunc certe etiam post longum tempus non convalesceret is contractus emptionis, quia quum quo tempore actus fiebat constet pretium in pecunia numerata non interfuisse, eam

exterior, de que se trata, en tal caso ni la produciría ni la introduciría el largo trascurso de tiempo, porque la naturaleza del tiempo no tanto es apta para producir cuanto para consumir; no tanto para crear de nuevo, cuanto para destruir lo ya creado, y todas las nuevas formas que a diario parece producir el tiempo, no es el mismo tiempo, sino los elementos los que materialmente las producen, conforme lo expusimos arriba (1), basados en la opinión de los filósofos.

Finalmente, la última restricción es, que si constara por el mismo documento presentado que no había tenido cumplimiento en el tiempo en que se realizaba el acto, aquella formalidad exterior de que se trata, que no se presumiría después en virtud del largo plazo de tiempo transcurrido (o hablando con más propiedad), que no se produciría aquella formalidad, según lo explicábamos en el inmediato párrafo anterior (2). Mas el que tal formalidad no haya tenido lugar, sólomente se considerará constar por el mismo documento, cuando en él se hubiera consignado por escrito que ésta no había tenido cumplimiento o cuando con otras palabras declarara lo mismo.

Porque, ¿qué diríamos si en una escritura se hubiera hecho constar que Ticio había prometido en solemne estipulación a Mevio, que se hallaba ausente, una cantidad como de cien? En este caso era manifiesto, en verdad, que no había tenido lugar la formalidad de la presencia, que es necesaria para la validez de la estipulación y por consiguiente, aun después de transcurrido largo tiempo, de ningún modo admitiríamos la presunción de que tal acto se hubiera realizado entre presentes; así, aun cuando no lo expliquen con este caso, lo defienden comúnmente los doctores, como Pablo de Castro (3), Andrés Tiraqueau (4), Alejandro (5), Jasón (6), Felipe Decio (7), Esteban Bertrán (8) y Baldo (9).

(1) En la parte 1.^a, cuestión 10.

(2) Conforme también a la ley *obligationum fere*, §. *placet* del Digesto, tít. *de actionibus et obligationibus*.

(3) Dictamen 81 *in causa quae vertitur*, colum. 3.^o, lib. 2.^o y comentando la ley *emptorem* del Digesto, tít. *de actionibus empti*, en la introducción.

(4) *Ubi supra*, versic. 39 *ad fidem*.

(5) Dictamen 1.^o *ponderatis his*, colum. 1.^a, lib. 4.^o

(6) En la ley 1.^a, colum. 5.^a, Código *qui admitti*.

(7) Dictamen 105 *an approbatione*, colum. 1.^a y dictamen, 36, colum. 3.^a

(8) Dictamen 154 *alienatio*, colum. 3.^a, lib. 2.^o

(9) Acerca de la ley *data*, colum. penúlt., Cód., tít. *qui accusare non possunt*.

solennitatem tempus postea praeteriens non potest gignere, cum eius natura ut diximus non tam apta sit ad gignendum quam ad perimendum, ars autem civilis imitatur naturam l. adoptio, ff. de adopti. §. minorem, institut. eodem titulo. l. si quis posthumos, in princ. l. filio quem, ff. de liberis & posthumis.

28. Quid ergo † si instrumento dicebatur locationem domus factam fuisse his verbis, Titius Maevio domum meam locatam volo pro uno anno, sed in eodem instrumento fides fit, quod merces non fuit designata, aut scriptum erat quod Maevio domum suam commodabat, sed non ad quantum tempus, aut quod Maevio amplum fundum donabat, sed quod non interfuit tunc insinuatio, aut quod minor vendidit praedium, nec quod non interfuit tunc iudicis decretum, aut quod uxor contraxit, sed quod tunc non interfuit mariti licentia ex forma statuti desiderata & per Taurinam l. liiil. vel quod non interfuit praesentia consanguineorum in mulierum contractibus desiderata ex forma statuti, certe in omnibus his speciebus, & similibus, per eandem receptam opinionem supra relatam colligerem, etiam post longum tempus eas solennitates non praesumi, quia licet regulariter talia solemnia post longum tempus praesumantur, tamen praesumptiones legales admittunt probationem in contrarium, hic autem contrarium probatum est per ipsum instrumentum cui in toto, vel in nihilo fides adhibenda est, sicq; si credimus ei quatenus testatur actum illum principalem gestum fuisse, similiter ei credere debemus, quatenus negat solennitates iam relatas interfuisse, quas tempus parere impossibile esse nullus modo sanus ignorat, ut diximus, nec lex eas tempore quo actus principalis fiebat interfuisse praesumere potest, cum

De esta restricción, comúnmente admitida, colegiría yo 27.
que si en una escritura se afirmase que Ticio había vendido a Mevio un fundo por determinadas libras de plomo o de hierro, o por determinada cantidad de trigo, que en tal caso, aun después de largo tiempo, no adquiriría validez tal contrato de compra, porque constándonos que en el tiempo en que se realizó el contrato no se asignó precio en dinero contante, no puede ya el tiempo que posteriormente trascurra producir tal formalidad, cuando la naturaleza de éste, según hemos dicho, no es tan a propósito para producir, cuanto para destruir, y la jurisprudencia imita a la naturaleza (1).

Y ¿qué diríamos en el caso en que se afirmara en la 28.
escritura haberse efectuado el arriendo de una casa por estas palabras: yo, Ticio, quiero que mi casa quede arrendada a Mevio por un año, pero en el mismo documento se da fe de que no se señaló precio? Qué, si constaba en la escritura que arrendaba la casa a Mevio, pero sin fijar por cuánto tiempo, o que hacía donación a Mevio de un extenso fundo, pero que entonces no se hizo notificación alguna, o que un menor vendió una finca, pero que en aquel acto no intervino decreto del juez, o que una mujer hizo un contrato, pero que en él no intervino la licencia del marido, formalidad exigida por un estatuto y por la ley 54 de las de Toro, o que no tuvo lugar la presencia de parientes, formalidad exigida por la ley en los contratos de mujeres?, ciertamente en todos estos y parecidos casos, decidiría yo en razón de la misma común opinión arriba consignada, que aun después de transcurrido largo tiempo no se presumían tales formalidades. Porque si bien ordinariamente se admite la presunción de tales formalidades después de largo tiempo, sin embargo, las presunciones legales admiten prueba en contrario, y aquí, en muchos casos, queda probado lo contrario por la misma escritura, a la que se ha de dar crédito, o en todo, o en nada. Por consiguiente, si le damos crédito en cuanto atestigua haber tenido lugar el acto principal de que se trata, del mismo modo hemos de dárselo también en cuanto niega haber tenido lugar las formalidades

(1) Según consta por la ley *adoptio*, Digesto, tít. de *adoptionibus*; por el §. *minorem* de la Instituta del mismo título, por la ley *si quis posthumus* en la introducción y por la ley *filiu quem*, del Digesto, tít. de *liberis et posthumis*.

contrarium per instrumentum sit probatum, & temporis diuturnitas non in id prodest ut post actum celebratum minus rite tunc, postea solemnitates ad illum actum necessarias, aut pariat, aut postea a partibus additas fuisse praesumat, sed tantum in id prodest, ut eas tempore ipsius actus interfuisse praesumat, quandiu non probatur eo tempore non interfuisse prout probatum est in superioribus speciebus.

29. Fallit † hoc (ut credo) favore diutinae possessionis rerum corporalium, argumen. d. l. filiusfamilias, C. de petition. haeredit. dict. l. qui in aliena, in principio. ff. de acquirenda haereditate. Unde si instrumento diceretur filium adivisse haereditatem patris tamen iussu minime interveniente tunc, sed ipso forte absente, si postea sciente, & patiente patre is filius eam haereditatem possideret, praesumerem patris iussum accessisse, computando decennium a tempore quo pater reversus coepit notitiam illius rei habere, ita not. intelligo, & amplo dict. l. si filius.

30. Et similiter † si haereditatem filio delatam, dicebat instrumentum patrem acceptasse, filio absente, & ignorante, tunc si postea is filius ad patrem reversus videbat, & patiebatur eam haereditatem diu a patre possideri, praesumam novum consensum accessisse, dummodo decennium computari incipiat a tempore quo filius reversus huius rei notitiam habere coepit, ita intelligo & egregie amplo d. l. qui in aliena, in principio. facit optime dicta. l. si quis, diuturno, in principio & dict. l. alienationis verbum, ibi, vix est enim, ut non videatur alienare, facit l. si ego, §. primo, ff. de public. ibi, per traditionem, aut patientiam forte, facit lex si id quod ff. pro dere. ibi, quasi volente, & concedente domina, ideo,

antes referidas, las que, nadie que esté en sano juicio desconocerá, ser imposible que el tiempo las produzca, según lo hemos expuesto; ni la ley puede presumir que hayan tenido éstas cumplimiento al tiempo de realizarse el acto principal, cuando por medio de la misma escritura se ha probado lo contrario, y el largo trascurso de tiempo no produce este efecto, a saber, que después de celebrado el acto sin las formalidades exigidas, o produzca él después aquellas formalidades necesarias en tal acto, o presuma que después han sido añadidas por las partes, sino que sólomente aprovecha para ésto, para que se admita la presunción de que al celebrarse el acto tuvieron éstas cumplimiento, siempre que no se pruebe que tales formalidades no tuvieron lugar en aquel tiempo, según se prueba, en efecto, en los casos arriba expuestos.

Sufre, sin embargo, una excepción (a mi juicio) en favor de la duradera posesión de cosas corporales (1). Por consiguiente, si en la escritura se afirmara que un hijo había adquirido una herencia, pero sin que hubiera intervenido entonces el mandato del padre, sino tal vez en ausencia de éste, con todo si posteriormente con el conocimiento y tolerancia del padre, dicho hijo retuvo la posesión de la herencia, admitiría la presunción de haberse añadido después el mandato del padre, contando el decenio desde que el padre, ya presente, comenzó a tener conocimiento de aquel asunto; de este modo comento, entiendo y explico la citada ley *si filiusfamilias*. 29.

Del mismo modo, si constaba por el documento que el padre había aceptado una herencia legada al hijo, estando éste ausente y desconociéndolo, en tal caso si al regresar este hijo a casa de su padre veía y toleraba que su padre retuviera por largo tiempo la posesión de aquella herencia, presumiré haberse añadido después un nuevo consentimiento, siempre que el decenio se empiece a contar desde que regresado el hijo empezó a tener conocimiento del hecho; de este modo entiendo y amplío notablemente el sentido de la citada ley *qui in aliena*, en la introducción. 30.

Muy a propósito para confirmar lo mismo son también otras

(1) Según la ley *filiusfamilias* del Código, tít. de *petitione haereditatis* y la ley *qui in aliena* en la introducción, Digesto, tít. de *acquirenda haereditate*.

supra diximus quod novus solemnitis adventus, licet post longum tempus praesumatur favore corporalis possessionis (ut modo etiam dixi) tunc non praesumeretur ubi ea possessio corporalis, vel quasi corporalis non esset, ut est in servitutibus, d. l. si quis diuturno.

31. Sicq; † non minus utiliter, quam nove dicerem, quod in terminis leg. cum de in rem verso, ff. de usur. si instrumentum diceret, me Titio decem dedisse, non ex ulla causa obligatoria, sed gratis, licet postea per novem annos sequentes tantundem ei dedissem, adhuc non praesumeretur novus obligatoriae causae adventus, quia ibi nec est possessio rerum corporalium, ut erat in terminis dict. l. alienationis, & d. l. si filius, & dict. l. qui in aliena. necq; erat quasi possessio rerum quasi corporalium, ut est in servitute praediali causam continuam habente, ut erat in d. l. si quis diuturno.
32. Hactenus † quando instrumentum, ut testabatur, actum principalem gestum fuisse, ita quoque testabatur solemnitatem ad illum actum requisitam non interfuisse eo tempore, quo actus fiebat, nam postea interfuisset, vel non, tabellionem nosse non potuit. Quid vero si instrumentum solum dixit actum principalem gestum fuisse de solemnitate autem ad illum necessaria mentionem nullam fecit, sicque nos incertos reliquit, utrum interfuerit, vel non interfuerit, & tunc quidem ut cum actus ille recens est, ea solemnitas eo ipso, quod de ea non constat, non praesumitur, quia est quid facti, quod non praesumitur nisi probetur, lege in bello, §. factae. ff. de capt. lege si emancipati, ubi not. Iaso. C. de collat. ita quoque post longum tempus non desinit praesumi, etiamsi eam non interfuisse quale quale iudicium faciat de ea nullam

leyes (1). Por eso dijimos arriba, que el posterior cumplimiento de una formalidad, aun cuando se presume en favor de la posesión corporal (según lo hemos también repetido últimamente), sin embargo, no se presumiría cuando dicha posesión no fuera corporal o semejante a la corporal, como sucede en las servidumbres, de las que trata la citada ley *si quis diuturno*.

Por consiguiente, con no menor utilidad que novedad 31. sostendría yo que, conforme a los términos de la citada ley *cum de in rem verso* (2), si afirmara la escritura que yo había dado a Ticio diez, no por alguna causa obligatoria, sino graciosamente, aun cuando después durante los nueve años siguientes le hubiera dado la misma cantidad, no se presumiría con todo, haber sobrevenido de nuevo una causa obligatoria, porque en tal caso ni existe posesión corporal de las cosas, como existe en los términos de la citada ley *alienationis* (3), ni existía tampoco cuasi-posesión de cosas equiparadas a las corporales, como se da en la servidumbre de una finca, en la que subsiste sin interrupción la misma causa, como sucede en la citada ley *si quis diuturno*.

Hasta aquí hemos tratado del caso en que el documento 32. a la vez que atestiguaba haber tenido cumplimiento el acto principal, daba también fe de que en el tiempo en que el acto principal se realizaba no tuvo lugar la formalidad exigida para dicho acto, ya que el notario público no pudo tener conocimiento de si con posterioridad se le dió o no cumplimiento. Y ¿qué diríamos si el documento sólo hiciera constar haberse realizado el acto principal, sin hacer la menor mención de la formalidad necesaria para tal acto, dejándonos en la incertidumbre de si ésta tuvo o no cumplimiento? Ciertamente en este caso, así como si el acto es reciente, no se presume tal formalidad por la misma razón de que no se hace constar, ya que se trata de un hecho que no se pre-

(1) Son las siguientes: la ley *si quis diuturno* en la introducción; la citada ley *alienationis verbum* en las palabras «pues apenas se puede decir que no enajene»; la ley *si ego*, §. 1.º, Digesto, tít. *de publicanis*, en las palabras «o bien por la tradición o por la paciencia», la ley *si id quod*, Digesto, tít. *pro derelicto* en las palabras «como queriéndolo y concediéndolo la dueña».

(2) Digesto tít. *de usuris*.

(3) Lo mismo consta por la ley *si filius* y la ley *qui in aliena*, ambas citadas.

mentionem instrumentum fecisse: praeterea, quod ipsa facti esset, ita in specie tenent Petrus Anchara. consilio centesimo trigesimo sexto ex consiliis Alexand. consilio septuagesimo nono, circa primum, colum. tertia. libro primo, Felinus in capitu. sicut, columna penultima, de re iudicata, Philipp. Decius consilio cccxli. viso puncto colum. sexta. Idem Decius consilio cccix. viso consilio colum. i. ut refert, & sequitur Andraeas Tiraquell. ubi supra versicu. trigesimo nono. in fine. quanvis ut ipse ait contra hanc communem opinionem tenuerit Paul Castren. consil. lxxx. libro secundo, existimans, & minus recte, idem iuris esse hoc casu, quod in casu superiore esse diximus:

Ergo aut agitur de solemnitate extrinsecae interventu, aut de novo ipsius adventu, primo casu, aut est certitudo, quod non interfuit, aut praesumptio tantum; cum est certitudo, quia id testabatur instrumentum, ea non praesumitur ex temporis diuturnitate, quia auctoritas instrumenti vincit hanc praesumptionem, & coniecturam ex temporis diuturnitate orientem, l. continuus, §. cum ita. ff. de verborum obligation. quando vero solum erat praesumptio, quod ea solemnitas non interfuit, tunc etiamsi ea praesumptio sit qualificata, & aucta vincitur per praesumptionem ex temporis diuturnitate emanantem, quale est cum actum principalem gestum fuisse testabatur instrumentum, nec de tali solemnitate mentionem faciebat, dicebat enim vendidisse minorem, nec de decreto mentionem faciebat, aut contraxisse nuptam, nec de mariti licentia per statutum requisita meminerat, aut amplum fundum donatum fuisse, nec de insinuatione mentionem faciebat, sicq; cum isthaec sint facta, praeterea quod regulariter non praesumuntur nisi probentur, ea praesumptio augetur eo quod verosimile erat, quod de ea si interfuisset memineret

sume si no se prueba (1), del mismo modo una vez trascurrido largo tiempo no deja de admitirse tal presunción, aun cuando el no haber hecho mención alguna de ella el documento, no deje de suscitar algún indicio de que no tuvo cumplimiento; además, de tratarse de una cosa de hecho. Así expresamente lo defienden Pedro Ancarano (2), Alejandro (3), Felino (4), Felipe Decio (5), según los cita y sigue Andrés Tiraqueau (6), aun cuando, como afirma este último autor, haya impugnado esta común opinión Pablo de Castro (7), juzgando, si bien con poco acierto, existir en este caso el mismo fundamento jurídico que dijimos existir en el precedente.

Así, pues, o se trata de si en el acto ha tenido cumplimiento la formalidad extrínseca, o de si con posterioridad se ha añadido ésta. En el primer caso o existe certeza de no haber tenido lugar, o solamente presunción. Cuando existe certeza, por testificarlo así el mismo documento, entonces el largo trascurso de tiempo no hace que se presuma tal formalidad, porque la autoridad del documento supera en valor a esta presunción y conjetura nacida del largo trascurso de tiempo (8). Mas cuando solamente existía presunción de no haber tenido cumplimiento aquella formalidad, en tal caso aunque dicha presunción sea de peso y aun la favorezcan otras razones, sin embargo, la supera en valor la presunción dimanada del largo trascurso de tiempo, como sucedería en el caso en que el documento diera fe de haberse realizado el acto principal, sin hacer la menor mención de semejante formalidad. Porque afirmaba, por ejemplo, que un menor había vendido algo, y no mencionaba para nada el decreto del juez, o que una mujer casada había hecho algún contrato sin hacer mención de la licencia del marido exigida por la

(1) Conforme a la ley *in bello*, §. *factae*, Digesto, *de captivis* y a la ley *si emancipati* del Código, tít. *de collationibus*, donde lo hace constar así Jasón.

(2) Dictamen 136 *ex consiliis*.

(3) Dictamen 79, *circa primum*, colum. 5.^a, lib. 1.^o

(4) En el cap. *sicut*, colum. penúltima *de re iudicata*.

(5) Dictamen 341 que empieza *viso puncto*, colum. 6.^a y dictamen 409 *viso consilio*, colum. 1.^a

(6) *Ubi supra*, versic. 59 al final.

(7) Dictamen 81, lib. 2.^o

(8) Según consta por la ley *continuus*, §. *cum ita*, Digesto, tít. *de verborum obligatione*.

instrumentum non secus, quam de ipso actu principali, adhuc tamen haec praesumptio utcumq; sic qualificata vincitur a praesumptione ex temporis diuturnitate emanante, ut patet ex superiore consi. opi. contra Paul. Castr. sicq; in tribus speciebus modo relatis contrarium verosimile est responsurum Paul. Cast. sed ita verosimile est, quod responderent qui tenent d. comun. op.

Secundo casu principali, quando agitur de novo solemnitis adventu (constabat enim ex instrumento tempore actus principalis eam solemnitatem minime interfuisse, dubitabaturque an postea accessisset) & tunc ex temporis diuturnitate non praesumitur ex communi opinione, supra relata, fallit favore possessionis rerum corporalium diuturnae dummodo decennium computetur a tempore quo ea solemnitas potuit intervenire, ut supra diximus, ita intelligentes. d. l. si filiusfamilias. l. alienationis. d. l. qui in aliena. Fallit. ii. favore quasi possessionis quae est in servitute praediorum causam continuam habente, ut diximus supra ita intelligentes. de l. si quis diuturno in prin. Fallit tertio etiam in possessione vel quasi ususfructus, ut dictis legibus, iuncta, l. qui ususfructum. ff. de verborum oblig. & l. iiii. ff. de usufruct. cum ibi not. Quoad materiam vero. d. l. cum de in rem verso. quae ab ista longe abscedit, dic ut supra attigimus, quae omnia nota, quia pleraque nova.

33. Ex his ergo apparet † suspectum esse intellectum quem ad. d. l. si filiusfamilias assignant Alex. consil. ix. viso themate. col. fi. lib. iii. Franciscus Balb. de praescrip. in. i. par. iii. partis prin. q. x. nume. 12. versi. alium notabilem. Salicet usq. i. in d. l. si filium aiunt enim quod ibi ex diuturnitate temporis solemnitas extrinseca ideo praesumitur, quia

ley, o que se había hecho donación de una extensa finca, sin recordar para nada su notificación; y como todas estas formalidades sean hechos, que además no se presumen generalmente si no se prueban, crece aún más tal presunción por la razón de que era verosímil que de haberse cumplido aquella formalidad, el documento lo hubiera hecho constar, del mismo modo que hizo constar el acto principal; con todo esta presunción, aun cuando sea de peso, es superada por la presunción que nace del largo trascurso de tiempo, según es manifiesto por la común opinión arriba expuesta contra Pablo de Castro. Por consiguiente, es probable que Pablo de Castro daría una solución contraria en los tres casos últimamente expuestos; pero también lo es que los defensores de la citada común opinión darían la misma solución que nosotros.

En el segundo caso de la división principal, cuando se trata de un posterior cumplimiento de la formalidad (porque nos constaba por el documento que en el tiempo de realizarse el acto principal no tuvo en absoluto cumplimiento aquella formalidad, y existe duda sobre si se agregó con posterioridad); en este caso, conforme a la común opinión arriba expuesta, no se presume tal cumplimiento por el solo trascurso del tiempo; si bien sufre una excepción en favor de la posesión duradera de cosas corporales, siempre que el decenio se cuente desde el momento en que aquella formalidad pudo tener cumplimiento, conforme lo expusimos arriba, entendiendo así varias leyes (1). Una segunda excepción se da en favor de la cuasi-posesión, que existe en la servidumbre de los predios, cuando subsiste sin interrupción la misma causa, según lo hemos expuesto arriba entendiendo de este modo la ley *si quis diuturno* en la introducción. Y por fin se exceptúa también en tercer lugar en la posesión o cuasi-posesión del usufructo, conforme a las citadas leyes (2). Y por lo que hace a la materia de la citada ley *cum de in rem verso*, que tanto se aparta de esta doctrina, podrás contestar

(1) La ley *si filius familias*, la ley *alienationis* y la ley *qui in aliena*, todas citadas antes.

(2) Lo mismo que consta por la ley *qui usumfructum* del Digesto, tít. *de verborum obligatione* y por la ley 4.^a del Digesto en el tít. *de usufructu*, con lo en ella anotado.

pater allegabat se filium iussisse ut adiret eam haereditatem, quod si id pater non allegaret, ea aditio etiam ex illa diutina possessione minime, inquiunt, praesumeretur, id quod verum non esse ex superioribus apparet, quibus conclusum fuit favore possessionis ex diuturnitate praesumi solemnitatem illam extrinsecam & l. quaecunque. §. fi. ff. de publicia. in rem act. procedere quando non erat temporis diuturnitas cum tali possessione continua, secus si esset ut d. l. filius, cum simil. Ad quod & ad. d. l. cum de in rem, vide Iasonem assignantem. xii. limitationes in. §. praeiudiciales, inst. de act. & Balb. ubi supra, nu. 20. cum plu. seq.

34. Hactenus sat superq; probatum fuit per plura quam quingenta fundamenta legum & rationum, titulum praesumi ex diutina rei corporalis possessione, sed quod attinet ad Doctorum sententias mihi non satis certum est, utrum haec an contraria pars receptior sit; hanc enim sententiam qua edocemur titulum praesumi ex tali diutina possessione, tenent Glos. Petrus. But. Bar. Bal. Raphael, Fulgosius & Florianus in d. l. cum de in rem, ff. de usuris secundum quod eos intellexit Andraeas Tiraquel. de praescri. §. i. Glo. iiii. versi. & haec quidem & taciti tenere videntur hi omnes qui ex diutina solutione aiunt praesumi legitimam solvendi causam, etiamsi non appareat; ita Panormit. consil. xxvi. in quaestione quae ad praesens vertitur, col. ult. lib. ii. post Glo. quam allegat in c. nullus. i. q. i. & Ioan. Andrae in c. pervenit, de censibus & Bar. in l. cum de in rem. supra all. & idem Panor. consil. vii. col. v. versi. item praemitto, & rursum in versi. praesumenda est ergo, eod lib. ii. Idem non solum repetit, sed etiam addit id procedere, etiamsi ea causa allegata non fuerit, sequitur Andraeas Tiraquell, d.

lo que arriba hemos tratado de paso; todo lo cual lo has de tener presente por la novedad de casi toda esta exposición.

De lo expuesto se colige ser sospechosa la explicación que dan a la citada ley *si filiusfamilias*, Alejandro (1), Francisco Balbo (2) y Salicet (3), pues afirman que la razón de presumirse en tal lugar la formalidad extrínseca en virtud del largo tiempo trascurrido, es porque el padre alegaba haber él mandado al hijo adir aquella herencia, porque si el padre no alegara ésto, de ningún modo, dicen ellos, se presumiría tal adición en virtud de la posesión por largo tiempo, doctrina que por lo anteriormente dicho, es manifiesto no ser verdadera, ya que allí sacamos la conclusión de que aquella formalidad extrínseca se presumía en favor de la posesión, en razón del largo tiempo trascurrido (4). Sería verdadera su opinión, cuando el largo trascurso de tiempo no fuera unido a dicha posesión continua, pero no en caso contrario (5). Sobre este punto y sobre la citada ley *cum de in rem verso*, puedes leer a Jasón (6) quien señala doce excepciones, y también a Balbo (7).

33.

Hasta aquí hemos probado aun sobradamente, fundados en más de cincuenta argumentos de leyes y razones, que se da la presunción de título en virtud de la larga posesión de una cosa corporal, pero en lo que se refiere a la opinión de los doctores, no me consta con suficiente certeza qué parte sea más admitida, si ésta o la contraria. Porque la opinión que nos enseña, darse la presunción de título en razón de tal posesión por largo tiempo, la sostienen la glosa, Pedro Butrio, Bartolo, Baldo, Rafael Fulgosio y Floriano (8), según el sentido que da a sus palabras Andrés Tiraqueau (9); y aunque nada digan, esto mismo parecen defender todos aquellos que afirman que en virtud de una tributación durante

34.

(1) Dictamen 9 *viso themate*, colum. final, lib. 3.º

(2) *De praescriptionibus* en la 1.ª parte de la 3.ª parte principal, cuestión 10.ª, núm. 12, versic. *alium notabilem*.

(3) En la cuestión 1.ª sobre la citada ley *si filiusfamilias*.

(4) Conforme a la ley *quaecumque*, §. final, Digesto, tít. *de publiciana in rem actione*.

(5) Según el sentido de la ley *si filius* y de otras semejantes.

(6) Acerca del §. *praeiudiciales*, Instituta *de actionibus*.

(7) *Ubi supra*, núm. 2.º y siguientes.

(8) Al comentar la ley *cum de in rem*, Digesto, tít. *de usuris*.

(9) *De praescription*. §. 1.º. glos. 4.ª, versic. *et haec quidem*.

Glo. liii. versi. xl. Gl. Bar. Florianus & Paul. Castren. qui putat hanc esse receptam opini. in l. servitutes, in mag. ff. de servi. & haec pars servabitur in practica secundum Ioan. Imolensem in l. i. §. fi. ff. de aqua pluvia. arc. & in d. l. qui in aliena, in prin. Raphael Cumanus, & Romanus in d. l. qui in aliena, in prin. Caepolla de servitutibus urbanorum praediorum c. xix. col. ii. qui hanc esse existimat receptiorem sententiam & in practica observatum iri Alex. in d. l. si certis annis, C. de pact. col. ult. & pe. Idem Alex. consi. lxix. circa primum dubium, col. i. lib. vi. Glo. Dynus Bar. in l. i. §. ult. ff. de aqua pluvi. arc. per Bar. & alios in d. l. qui in aliena, Bar. consil. clxxxix. primo quaeritur col. ii. Bal. in l. i. C. de patria potest. Albericus in l. ii. C. de servitu. Idem Bal. in l. i. C. qui admi. & rursum in l. i. C. com. divi. Salic. in d. l. si certis annis, Glo. in c. dilectio. xvi. q. iii. Glo. Antonius Butr. & alii. in repet. c. pervenit, de censibus, quorum nonnulli & si loquantur in terminis. d. l. cum de in rem. ubi nulla ut patet erat possessio corporalis rei vel quasi corporalis, tamen idem verosimiliter responsuros in specie nostra credendum est, favore corporalium rerum possessionis arg. l. i. ff. de usucap. ut plenius supra disseruimus.

Sunt tamen qui contrariam expressim tueantur partem contendentes titulum allegatum praesumi in terminis. de l. cum de in rem. eo quod interfuit actus decies geminus ex parte eius, contra quem praescriptum esse vel ius esse contenditur. Caeterum quando nullum factum ex parte illius interfuit extrinsecum, sed non factum duntaxat, & tunc negant ex longa possessione praesumi titulum etiam allegatum (quale est cum postquam rem tuam longo tempore possedi, eam me ex certo titulo legitimo, quem allegabam, praescripsisse

largo tiempo, se presume una causa legítima de tal prestación aun cuando ésta no aparezca; tales son el Panormitano (1), que no sólo repite esto mismo en varios lugares, sino que también añade que esta doctrina tiene cumplimiento aun cuando dicha causa no se hubiera alegado; siguen también esta opinión Andrés Tiraqueau (2), la glosa, Bartolo, Floriano y Pablo de Castro, quien es de parecer ser esta opinión muy seguida (3), y en la práctica es la que se ha de observar, según Juan de Imola (4); del mismo sentir son Rafael Cumano y Romano, ambos al comentar la ley *qui in aliena* en la introducción, Cepolla (5) quien es de parecer ser esta opinión más seguida por los autores y en la práctica la que se ha de observar, Alejandro (6), Dino (7) y otros muchos autores (8); alguno de los cuales, aunque se refieren a los términos de la citada ley *cum de in rem verso*, en la que, según es manifiesto, no se trata de posesión corporal o cuasi-corporal de las cosas, sin embargo, debemos creer que en favor de la posesión de cosas corporales, responderían verosimilmente lo mismo; prueba también esto la ley 1.^a del Digesto en el título *de usucapione*, como más extensamente lo hemos tratado arriba.

Hay, sin embargo, autores que sostienen expresamente

(1) Dictamen 26 que empieza *in quaestione quae ad praesens vertitur*, colum. última, lib. 2.^o, siguiendo el sentir de la glosa que cita, en el cap. *nullus* 1.^o, cuest. 1.^a; en el dictamen 7, colum. 5.^a, versic. *Item praemitto* y en el versículo *prausumenda est ergo* del mismo lib. 2.^o

(2) En la citada glosa 4.^a, versic. 40.

(3) Al comentar la ley *servitutes, in mag.*, Digesto, tít. *de servitutibus*.

(4) En la ley 1.^a, §. final del Digesto, tít. *de aqua pluviae arcendae* y en la ley *qui in aliena*, citada en la introducción.

(5) *De servitutibus urbanorum praediorum*, cap. 19, colum. 2.^a

(6) Comentando la citada ley *si certis annis* del Código, tít. *de pactis*, colum. penúlt. y última y en el dictamen 69 que empieza *circa primum dubium*, colum. 1.^a, lib. 6.^o

(7) Dino, Bartolo y la glosa acerca de la ley 1.^a, §. último del Digesto, tít. *de aqua pluv. arcendae*.

(8) Tales son: Bartolo y otros al comentar la ley *qui in aliena* y Bartolo también en el dictamen 189 *primo quaeritur*, colum. 2.^a; Baldo en la ley 1.^a del Código, tít. *de patria potestate* y en la ley 1.^a del Código, tít. *qui admitti* y de nuevo en la ley 1.^a del Código, tít. *communi dividundo*; Alberico en la ley 2.^a del Código en el tít. *de servitutibus*; Salicet en la citada ley *si certis annis*; la glosa del cap. *dilectio* 16, cuest. 3.^a; la glosa. Antonio Butrio y otros en el citado cap. *pervenit, de censibus*.

contendabam talem titulum allegatum praesumi ex ipsa longa possessione) ita tenent Iacob. de Arena, Petr. de Bellapertica, Cyn. Bulg. Bal. Ias. & alii in d. l. si certis annis, & Ang. ibi in rep. Ioannes Imol. & Romanus in l. in summa. §. fi. ff. de aqua pluvi. arcen. Petrus Ferrar. sub titu. de forma libelli pro haeredi. vel re singulari divid. verb. communiter, & pro indiviso, columna. ii. Andraeas Barb. consi. xxviii. omnipotentem Deum col. ix. lib. iiii. Florianus in d. l. cum de in rem verso. colum. ult. Bald. & Angelus in d. l. qui in aliena, in princip. ff. de acqui. haeredi. Iacobus Butrigarius, Bal. & Angelus in d. l. servitutes, in mag. Idem Bal. in d. l. cum de in rem. in lect. antiqua & in l. i. colum. iii. C. de fideico. Idem Baldus in l. solent. §. non vero. ff. de offic. pro. Idem Bal. in c. si quis. verbo. per unum annum, si de investitu. inter dominum, & vasallum fuerit controver. & consilio c. mulierem maritus duxit, lib. quarto Iacobus de Ravena, Petrus de Bellapertic. & Cynus in l. penultim. C. commun. dividun. Bartol. in l. Celsus. ff. de usucap. Idem Bart. in q. incip. mulier habens amplum patrimonium. col. fi.

35. Sed certe materia d. l. cum de in rem non iuste a nostris tradita fuit ad nostram materiam usucapionum, quia re vera inter se nihil commune habent, estq; plusquam manifesta istarum rerum differentia, nam in terminis dict. l. cum de in rem, non agebatur neque agi possibile erat de praescribendo illo iure annuo quid recipiendi in futurum, nam illo tempore hoc est de iure ff. incognita erat praescriptio actionum personalium ut ex vera, & communi opinione resolvimus supra part. prima quaest. iiii. unde cum in d. l. agatur de habenda actione personali ad aliquid annuum recipiendum, impossibile erat ut id quisquam contenderet se habiturum per

la opinión contraria, defendiendo que efectivamente se presume el título alegado en los términos de la citada ley *cum de in rem*, por la razón de existir un acto diez veces repetido por parte de aquél contra quien se defiende darse la prescripción o un derecho. Pero que en otro caso, cuando por parte de éste no intervino hecho alguno extrínseco, sino solamente omisión de un hecho, que entonces no se presume el título aun alegado, en virtud de la posesión por largo tiempo (como sucedería en el caso en que después de haber poseído una cosa tuya por largo tiempo, defendiera haber prescrito ésta en mi favor en virtud de determinado título legítimo que yo alegaba, y pretendiera que tal título alegado se presumiera en razón de la posesión por largo tiempo). Esta opinión segunda la defienden también numerosos autores (1).

Pero a la verdad, nuestros autores han aplicado con poco acierto a nuestra cuestión de las usucapiones la materia de la citada ley *cum de in rem*, ya que en realidad nada común tienen entre sí ambas materias, siendo más que manifiesta la diferencia entre ambas cosas; porque en los términos de la citada ley *cum de in rem*, ni se trataba, ni aun era posible el tratarse acerca de la prescripción del derecho de percibir en lo futuro una tributación anual, porque en aquel tiempo, es decir, en el derecho ff., era desconocida la prescripción de acciones personales, según lo resolvimos arriba (2), fundados en la común y verdadera opinión de los

35.

(1) Tales son: Jacobo de Arena, Pedro de Bellapértica, Cino, Bulg., Baldo, Jasón y otros al comentar la ley *si certis annis*. Angel en la misma ley, Juan de Imola, y Romano comentando la ley *in summa*, §. final del Digesto, *de aqua pluv. arcend.*, Pedro de Ferrara bajo el título *de forma libelli, pro haeredi. vel re singulari divid.* en la palabra *communiter et pro indiviso*, colum. 2.^a; Andrés de Barbatia, dictamen 28 *omnipotentem Deum*, colum. 9, lib. 4.^o; Floriano en la citada ley *cum de in rem vers.*, colum. última; Baldo y Angel en la ley *qui in aliena*, en la introducción, Digesto, tít. *de acquirenda haereditate*; Juan Butrigario, Baldo y Angel al comentar la ley *servitutes, in mag.*; el mismo Baldo en la ley *cum de in rem, in lect. antiqua*, en la ley 1.^a, colum. 5.^a del Código, tít. *de fideicommissis*, en la ley *solent*, §. *non vero*, Digesto, tít. *de officio proc.*, en el cap. *si quis* en la palabra *per unum annum*, que trata *si de investitura inter dominum et vasallum fuerit controversia* y en el dictamen 100 que empieza, *mulierem maritus duxit*; Jacobo de Ravena, Pedro de Bellapértica y Cino comentando la ley penúlt. del Código *communi dividundo*; Bartolo en la ley *Celsus* del Digesto *de usucapione* y en la cuest. que empieza *mulier habens amplum patrimonium*, colum. final.

(2) Parte 1.^a, cuestión 4.^a

modum praescriptionis, sed per alium longe diversum modum, hoc est per modum & causam contractus, ad cuius contractus probationem praesumptivam adducitur, & allegatur illa decies gemina eademque annua praestatio.

Unde etiam descendit alia non minus perspicua differentia, nam nihil commune habent inter se ius, & substantia cum ipsius iuris vel substantiae probatione, l. duo sunt Titii, ff. de testamen. tu. ibi non ius deficit, sed probatio, l. obligationum substantia, in princip. iuncto ultim. resp. ff. de action. & obligation. sed per d. l. cum de in rem. non inducitur ius, aut substantia per praescriptionem contingens, aut ulla acquisitio iuris, aut substantiae, sed tantum iuris quod ex causa contractus acquisitum retro fuisse dicebatur praesumptiva quaedam probatio. Caeterum si illa impropriissima possessio, & discontinua potuit efficere ut titulus allegatus praesumeretur, longe facilius, & iustius id efficiet nostra possessio, quae & propriissima est, & continua ut diximus ad prin. huius articuli.

36. Deniq; d. l. cum de in rem verso, limitatur egregie ut non procedat cum agitur de obligando aliquem hominem liberum ad servitium personale, quale est servitium vasallagii (ut more nostrorum loquar), tunc enim decennales annuae praestationes vasallagii nomine, aut similis personalis subiectionis causa factae, non inducerent tituli legitimi praesumptionem, sed longius tempus exigerebatur, puta annorum triginta, quia longe gravius, & durius praeiudicium est in persona vel personali subiectione (qualis qualis illa sit) quam in bonis; ista est vera & communis opinio, quam tenent Bartol. post antiquos in l. litibus C. de agricolis, & censit. Idem Bartol. in l. solent. §. i. ad finem, ff. de offic. procons. Cynus, &

autores. Por consiguiente, tratándose en la citada ley sobre si se ha de dar acción personal para percibir anualmente alguna renta, era de todo punto imposible el que nadie pretendiera llegar a conseguir ésto por modo de prescripción, sino por otro modo muy distinto, ésto es, por modo y en razón de contrato, para cuya prueba presuntiva se aduce y alega aquella tribulación diez veces repetida durante diez años consecutivos.

De aquí procede también otra diferencia no menos manifiesta, porque nada tienen entre sí de común el derecho y la substancial del acto, con la prueba del mismo derecho y substancia (1); pero por la citada ley *cum de in rem* no se hace referencia a un derecho o acto sustancial causado por la prescripción, ni tampoco a la adquisición de derecho o substancia alguna, sino solamente a una prueba presuntiva de un derecho que se decía adquirido con anterioridad por razón de contrato. Por lo demás, si aquella posesión, tan impropia y discontinua, pudo hacer el que se presumiera el título alegado, con mucha mayor facilidad y justicia producirá el mismo efecto la posesión de que nosotros tratamos, que lo es con toda propiedad y además sin interrupción, conforme lo expusimos al principio de este artículo.

Finalmente, la citada ley *cum de in rem verso*, admite una notable excepción: ésta es, que no tenga cumplimiento cuando se trata de obligar a un hombre libre a un servicio personal, cual es (usando términos de nuestros autores) el servicio de vasallaje; porque en este caso esos anuales actos prestados por diez años a título de vasallaje o en razón de otra semejante sumisión personal, no causarían presunción de legítimo título, sino que sería necesario más dilatado tiempo, por ejemplo treinta años; porque es mucho más grave y duro el perjuicio que se refiere a la persona o a la sumisión de la misma (de cualquier naturaleza que sea) que el que se refiere a los bienes. Esta es una opinión verdadera y comúnmente admitida que defienden Bartolo (2), siguiendo

36.

(1) Como consta por la ley *duo sunt Titii*, Digesto, tít. *de testamentaria tutela*, en las palabras «no es el derecho el que falta, sino la prueba», en la ley *obligationum substancia*, en la introducción junto con la última respuesta, Digesto, tít. *de actionibus et obligationibus*.

(2) Al comentar la ley *litibus* del Código, tít. *de agricolis et censitis* y la ley *solent*, §. 1.º al final, Digesto, tít. *de officio proconsulis*.

Bald. colum. ultim. in l. si certis annis, C. de pact. & ibi las. in vi. limit. & Franc. Balbus de praescrip. in l. parte iii. part. prin. q. x. nu. 11.

37. Unde apparet quod ut princeps rem vasalli sui etiam propter bonum publicum, aut publicam necessitatem auferre non potest, nisi dato iusto pretio, aut iusta recompensatione, ita & longe minus poterit etiam ob publicam utilitatem, aut necessitatem vasallum, hoc est civem, aut cives sibi subditos alienare, quia hoc longe gravius esset, quam bona adimere, ut docuimus, & bonorum adeptio iusto pretio, aut recompensatione potest mederi, & reparari: subiectionis autem detrimentum est inestimabile, argum. l. filiusfamil. §. secundum vulgarem, ff. de lega. primo. l. servitutem, ff. de regulis iuris Gloss. l. in servorum, ff. de poenis l. i. §. quae onerandae, ff. quarum rerum actio non detur l. prima, & secunda, ff. de homi. libe. exhi. iunctis traditis per Barto. in l. stipulationes non dividuntur, i. & ii. columna. ff. de verborum obligation. Ergo princeps vasallos saltem perpetuo, ideo alienare etiam ob causam publicam non poterit, quia id damnum est irreparabile, & bonum publicum omnium concivium danno, iactura, & labore, vel periculo non quorundam tantum parandum est, l. secundum naturam, ff. de regulis iuris. vide supra cap. v. numer. 12. & nume. 5. & 6. & nu. 13. & cap. ix. nu. 22. & ca. xvii. ad tempus autem, non perpetuo, an possint alienari, dixi in dd. locis.

el sentir de otros autores, Cino, Baldo (1), Jasón (2) y Francisco Balbo (3).

De donde se colige que así como el príncipe no puede arrebatar los bienes de un vasallo propio, ni aun en razón del bien público o de una pública necesidad, sino otorgándole un justo precio o una justa compensación, del mismo modo y con mucho mayor motivo no podrá, ni aun por la pública utilidad o necesidad, enajenar un vasallo suyo, ésto es, a un ciudadano o ciudadanos súbditos suyos, ya que ésto sería de mucha mayor gravedad que el arrebatarle los bienes, según antes lo hemos expuesto; por otra parte, el despojo de los bienes puede subsanarse y repararse por medio de un precio y compensación justos, mientras que el perjuicio de la sumisión personal es de valor inestimable, según consta por varias leyes (4). Así, pues, el príncipe no tendrá facultad de enajenar sus vasallos, por lo menos perpetuamente, ni aun por causa pública, por la razón de que, este daño del vasallo es irreparable y porque el bien público se ha de procurar con el daño, perjuicio, trabajo y peligro de todos los conciudadanos, no sólo con el de algunos de éstos (5). Puedes también consultar lo expuesto anteriormente (6). Si el príncipe puede enajenar un vasallo no perpetuamente, sino por cierto tiempo, lo hemos tratado antes en los lugares citados en la nota.

37.

(1) Comentando la ley *si certis annis* del Código, tít. de *pactis*, columna última.

(2) En la 6.^a excepción sobre la ley *si certis annis*.

(3) *De praescript.* en la 1.^a parte de la 3.^a parte principal, cuest. 10, núm. 11.

(4) Tales son: la ley *filiusfamilias*, §. *secundum vulgarem*, Digesto, tít. de *legatis*, lib. 1.^o; la ley *servitutem* del Digesto, tít. de *regulis iuris*; la glosa de la ley *in servorum*, Digesto, tít. de *poenis*; la ley 1.^a, §. *quae onerandae*, Digesto, tít. *quarum rerum actio non detur*; la ley 1.^a y 2.^a del Digesto en el tít. de *homine libero exhibendo*, junto con lo que expone Bartolo en la ley *stipulationes non dividuntur*, colum. 1.^a y 2.^a, Digesto, tít. de *verborum obligatione*.

(5) Conforme a la ley *secundum naturam* del Digesto, tít. de *regulis iuris*.

(6) Cap. 5.^o principalmente el núm. 12 y también los núms. 5, 6 y 13. Asimismo el cap. 9, núm. 22 y el cap. 17.

CAPVT LXV

SUMMAE

1. *Titulus praesumitur post longum tempus.*
2. *Temporis diuturnitatis quadruplex effectus.*
3. *Tempus immemoriale inducit iuris substantiam.*
4. *Tempus quando extinguat ius.*
5. *Intellectus l. cum de in rem, ff. de usur.*
6. *Intellectus l. si quis diuturno, ff. si ser. vendi.*
7. *Servitutis ad praescriptionem non est necessaria tituli allegatio, contra communem opinio. conclusiones quatuor.*
8. *Titulus allegatus ex diutina possessione praesumitur etiam si agatur de praescribendo dominio, contra communem opin. idem & si agatur de praescribendo usufructu, contra communem opinionem.*
9. *Intell. l. nullo cum. si. C. de rei ven. & nu. 11.*
10. *Pos. sola radix & fundamentum praesc. nova opin.*
11. *Intell. l. nullo, C. de rei vend.*
12. *Scientia quantum distet ab ignorantia quoad praescrip.*
13. *Pos. quando dicatur violenta, clandestina, precaria.*
14. *Possessio vitiosa perdurat.*
15. *Praescriptio contingit sine legitimo titulo & cum scientia rei alienae. nova declaratio.*
16. *Praescriptio sine titulo legitimo & cum scientia rei alienae contingit in decem casibus hic relatis, novae declarationes.*

CAPÍTULO LXV

SUMARIO



- Después de largo tiempo se presume el título. 1.
- Cuatro efectos del dilatado tiempo. 2.
- El tiempo inmemorial produce la sustancia misma del derecho. 3.
- ¿Cuándo extingue el tiempo un derecho? 4.
- Sentido de la ley *cum de in rem* del Digesto, título *de usuris*. 5.
- Sentido de la ley *si quis diuturno* del Digesto, título *si servitus vindicetur*. 6.
- Para la prescripción de una servidumbre no es necesaria la alegación de título, contra la opinión común; cuatro conclusiones. 7.
- La posesión durante largo tiempo hace que se presuma el título alegado, aun tratándose de la prescripción de la propiedad, contra la común opinión; lo mismo si se trata de la prescripción del usufructo, también contra la común opinión. 8.
- Sentido de la ley *nullo* del Código; título *de rei vindicatione*. 9-11.
- Sola la posesión es raiz y fundamento de la prescripción; nueva opinión. 10.
- Diferencia entre el conocimiento y la ignorancia en cuanto a la prescripción. 12.
- ¿Cuándo se dice que la posesión es violenta, clandestina, precaria? 13.
- Si la posesión es viciosa perdura en ella el vicio. 14.
- La prescripción tiene lugar sin título legítimo y aun con el conocimiento de ser ajena la cosa; declaración original. 15.
- Tiene lugar la prescripción sin título legítimo y aun con el conocimiento de ser ajena la cosa, en los diez casos aquí expuestos; exposición original. 16.

17. *Intellectus. l. si id quod. ff. pro derelicto.*
18. *Intellectus. l. neque fructuarium. C. de usufr.*
19. *Praescriptio sine titulo & cum scientia rei alienae currit in decem casibus hic relatis, novae declarationes.*

1.



N superioribus † capitibus pluribus quam quinquaginta fundamentis tam legum & iurium quam rationum ostendimus, eum qui longo tempore rem aliquam possideret, sciente & patiente domino, si alleget iustam causam aut titulum possidendi habuisse se, eum titulum vel causam a iure praesumi, citra aliud probationis onus, quinimo etiam ab auctoritate Doctorum id ostendimus receptius esse, quamvis, innumeri fere sint qui contrariam partem tuentur, ut non solum ex superioribus sed etiam ex modo dicendis apparebit.

2.

Et animadvertendum est † quod ex diuturna possessione vel quasi possessione interdum inducitur sola tituli praesumptio, quae admittit probationem in contrarium. Interdum vero inducitur ipsummet ius & substantia ita ut non admittatur, nec si admitteretur, prodesset probatio in contrarium. Interdum vero neutrum istorum contingit. Interdum & quarto ex tempore ius extinguitur. Primum contingit quando rem tuam te sciente & patiente longo tempore possedi: nam si postea eam a me petieris & dixeris praescripsisse me, quia ab aliquo tertio habui iustam possidendi causam vel titulum, is titulus allegatus praesumitur, quamvis in contrarium admittatur probatio, ita procedunt omnia fere fundamenta capituli superioris. Idem est in quasi possessione annuorum

- Sentido de la ley *si id quod* del Digesto, título *pro derelicto*. 17.
 Sentido de la ley *neque fructuarium* del Código en el título 18.
de usufructu.
 La prescripción sin título y con conocimiento de ser la cosa 19.
 ajena, tiene lugar en los diez casos aquí consignados;
 nuevas declaraciones.

1. En los precedentes capítulos dejamos demostrado por más de cincuenta argumentos, tanto de leyes y derechos como de razones, que quien por largo tiempo poseyera alguna cosa a ciencia y paciencia del dueño, si alega haber tenido justa causa o título de posesión, que la ley admite la presunción de tal título o causa, sin necesidad de ulterior prueba. Más aún, demostramos también por la autoridad de los doctores, ser esta doctrina más seguida que la contraria, aun cuando existen también un sinnúmero de autores que defienden la opinión contraria, como es manifiesto no sólo por lo arriba expuesto, sino también por lo que inmediatamente hemos de exponer.

2. Y hemos de tener muy presente, que la posesión o cuasi-posesión durante largo tiempo, unas veces sólo produce la presunción de título, que sin embargo admite prueba en contra. Otras veces, en cambio, produce el derecho y sustancia misma, de tal modo, que no se admite prueba en contra y si se admitiese nada aprovecharía. Otras veces ninguna de ambas cosas sucede. Finalmente, en cuarto lugar, a veces se extingue un derecho en razón del tiempo trascurrido. Tiene lugar lo primero cuando, a ciencia y paciencia tuya, estuve en posesión durante largo tiempo de una cosa que te pertenecía; porque si con posterioridad tú me la reclamaras y sostuviera yo que había prescrito en mi favor por haber recibido de un tercero justo título o causa de poseerla, en este caso dicho título alegado se presumiría, si bien se admitiría prueba en contra. En este sentido tienen lugar casi todos los argumentos del precedente capítulo. Lo mismo sucede tratándose de una cuasi-posesión de réditos anuales, conforme consta por los términos de la citada ley *si in rem verso* (1). El segundo caso, a saber, que la posesión

(1) Digesto tit. *de usuris*.

- redituum, ut in terminis. d. l. cum de in rem verso, ff. de
 3. usuris. Secundus casus † ut ex possessione vel quasi pos-
 sessione diuturna inducatur verum ius & substantia, ita ut
 probatio in contrarium nec admittatur, nec ex facto admissa
 prosit, contingit in possessione vel quasi temporis, cuius
 initii memoria non est, ut in terminis. l. i. §. ductus aquae.
 ff. de aqua quoti. & aesti. & in l. i. & l. ii. ff. de aqua pluvia.
 arcen. Tertius casus quando istorum neutrum contingit,
 evenit in eo qui per decennium tantum inter absentes rem
 alienam possideret corporaliter, vel in eo qui quasi mandato
 & nomine meo me ignorante aliquid egisset, & similia ut
 4. superiore capite plene exposuimus. Ultimum † ut ex tempore
 ius extinguatur, contingit in iure alicui delato vel acquisito
 quo nondum ipse uti coepit, quale est in terminis. §. fin.
 insti. de iniuri. & est in legato nondum agnito vel in haere-
 ditate nondum adita, vel in iure offerendi, ut in terminis. l. in
 bello. §. si quis servum. ff. de capti. licet, cum Glo. C. de
 iure delib. in princi. instit. de perpe. & temp. actio. l. fi. C.
 de dolo, & in actione redhibitoria, & legis Aquiliae, & quanto
 minoris, & in reliquis de quibus per totum titulum insti. de
 act. & per Glo. & omnes in prin. & §. i. inst. de perpet. &
 temp. actionibus. In omnibus enim his speciebus & similibus
 actio competens ipso iure extinguitur per transcursum tem-
 poris, nec ex parte ullius hanc ad rem desideratur possessio,
 titulus, bona fides aut aliquid aliud, quia istud est ius quod-
 dam quod defertur a lege sub hac conditione resolutive, ut
 si is rem iusve suum infra tempus lege definitum persequatur,
 bene erit, sin minus perinde sit, ac si a lege id sibi concessum
 nunquam fuisset: non aliter atq; vita animantibus concessa
 est sub conditione resolutive quae tempore ipso extinguitur,
 nisi homo per suam diligentiam efficiat ut aeternam vitam

o cuasi-poseción por largo tiempo produzca un verdadero derecho y sustancia, de tal suerte que ni se admita prueba en contrario, ni admitida de hecho, aproveche lo más mínimo, tiene lugar tratándose de posesión o cuasi-poseción de tiempo inmemorial (1). El tercer caso, cuando no tiene lugar ninguna de ambas cosas; se cumple solamente en aquella persona que entre ausentes hubiera poseído corporalmente una cosa ajena sólo por diez años, o en aquella otra que como por mandato o a nombre mío hubiera realizado algo, ignorándolo yo, o en casos semejantes, según lo expusimos con todo detenimiento en el anterior capítulo.

3.

Por último, la extinción de un derecho en razón del tiempo, tiene lugar cuando se trata de un derecho legado o adquirido, pero del que no ha empezado a usar todavía el interesado, tal es el caso a que se refieren los términos del §. final de la Instituta *de iniuriis*, o cuando se trata de un legado aún no reconocido, o de una herencia antes de adirla, o del derecho de ofrecer, a que se refieren los términos de la ley *in bello* (2); lo mismo sucede en la acción redhibitoria, de la ley Aquilia y del *quantum minoris* y en todas las demás acciones de las que se trata en todo el título de la Instituta *de actionibus*, y en el §. 1.º de la Instituta *de perpetuis et temporalibus actionibus*, según la glosa y todos los comentaristas. Porque, en todos estos casos y otros semejantes, la acción competente se extingue de pleno derecho por el trascurso del tiempo, ni para tal efecto se exige por autor alguno la posesión, el título, la buena fe, ni requisito alguno; porque es éste una especie de derecho que otorga la ley bajo esta condición *resolutiva* (3) que si tal persona persigue un derecho o cosa suya dentro del tiempo señalado por la ley, conseguirá su propósito, pero de otro modo sería lo mismo que

4.

(1) A este caso se refieren los términos de la ley 1.ª, §. *ductus aquae* del Digesto, tít. *de aqua quotidiana et aestiva* y la ley 1.ª y 2.ª del Digesto, tít. *de aqua pluviae arcendae*.

(2) En el §. *si quis servum*, del Digesto, tít. *de captivis*, como también la ley *licet* con su glosa, Código, tít. *de iure deliberandi*; la introducción de la Instituta *de perpetuis et temporalibus actionibus* y la ley final del Código en el tít. *de dolo*.

(3) La validez y efectos de un acto jurídico puede depender de una condición. Si hacemos depender el término de tal acto de una condición, ésta será *resolutiva*. D. Rom.

assequatur & similia, egregius text. in l. quibus diebus. §. quidam Titio. ff. de condit & dem. ibi, nam quod ademptum est nec datum quidem intelligitur: sic ergo & in his speciebus, cum post tempus lege definitum id ius semel oblatum adimatur, nec datum quidem intelligitur.

5. Ex † superioribus colligitur in terminis. d. l. cum de in rem, quod & si annum quid longo tempore mihi praestitisti, tamen si id postea persequar motus ex solo cursu temporis, nihil agam, quia iustam causam praecessisse allegare debeo, ut est communis opinio Bar. col. ii. & iii. & aliorum in d. l. cum de in rem. Balbus de praescrip. in. i. par. iii. partis prin. q. x. per omnes in l. si certis annis C. de pact. quod infra latius.
6. Colligitur † quid respondendum sit in terminis. l. si quis diuturno, in prin. ff. si serv. vend. ubi te sciente & patiente tignum immissum in domum vel in parietem tuum habui longo tempore, & per hoc ius servitutis acquirō & praescribo, si id nec vi, nec clam, nec precario factum fuit. Sicq; ibi
7. hoc plus est quam in d. l. cum de in rem, † quia in illa nullum factum positive servitutem patientis exigitur, at in ista requiritur factum positive solventis & decies geminatum & uniforme ut diximus in loco supra allegato. Sed cur diversum? communis opi. est, quod in l. cum de in rem, agitur de graviore praeiudicio quam in d. l. si quis diuturno, utrobique; tamen ut legitimus titulus allegetur necesse est, sicq; si in terminis d. l. si quis diuturno, praescribere contendens, non allegaret legitimum titulum, succumberet. Idem si eum allegaret, allegatumq; ex diuturna illa quasi possessione probaret praesumptive, si tamen adversarius probasset

si la ley jamás le hubiera concedido tal derecho, no de otra suerte que a los vivientes se les ha concedido la vida bajo esta condición resolutive, de ser extinguida por el tiempo mismo, a no ser que el hombre logre por su propia diligencia el conseguir la vida eterna; lo mismo en parecidos casos. Un notable texto tenemos en la ley *quibus diebus* (1) en las palabras «porque lo que se ha quitado, se considera como ni siquiera dado»; del mismo modo, pues, en estos casos, como este derecho, una vez concedido, se nos quite después del tiempo señalado por la ley, ni siquiera se considera otorgado.

De la anterior doctrina se colige, conforme a los términos de la citada ley *cum de in rem*, que si durante largo tiempo me tributaste anualmente cierta cantidad, sin embargo, si movido solamente por el largo tiempo transcurrido pretendiera lo mismo para adelante, nada conseguiría, porque debo alegar haber precedido justa causa, conforme a la común opinión de Bartolo (2) y de los demás autores al comentar la ley *cum de in rem*, como también de Balbo (3), y de todos los comentaristas de la ley *si certis annis* (4); de esto trataremos más extensamente después.

5.

Colígesse también qué respuesta hemos de dar en la materia de que trata la citada ley *si quis diuturno* (5); donde aparece que si con tu conocimiento y tolerancia tuve por largo tiempo introducido un puntal en tu casa o en una pared fuya, por este hecho adquiero ya derecho que prescribe a mi favor, siempre que no lo hubiera realizado con violencia o clandestinamente o en precario. Y así vemos que es mayor la concesión aquí que tratándose de la citada ley *cum de in rem* y eso que en aquella no se exige hecho positivo alguno por parte de quien sufre la servidumbre, mientras que en ésta [en la ley *cum de in rem*] se exige un hecho positivo del que paga, hecho repetido diez veces y siempre uniforme, según lo expusimos en el lugar arriba citado.

6.

Pero ¿en qué se funda la diversa solución? Es opinión común ser la razón ésta: que en la ley *cum de in rem* se

(1) En el §. *quidam Titio* del Digesto, tít. *de conditionibus et demonstrationibus*.

(2) En la colum. 2.^a y 3.^a al comentar tal ley.

(3) *De praescript.* en la 1.^a parte de la 3.^a parte principal.

(4) Del Código, tít. *de pactis*.

(5) En la introducción, Digesto, tít. *si servitus vendicetur*.

contrarium; istae sunt communes opiniones, quas tenent Barto. Florianus & Pau. Castren. in l. servitutes, post Gloss. mag. ibi prope finem. ff. de servit. Glo. & ibi Bart. col. iii. in d. l. cum de in rem, & est communis opinio legistarum & canonistarum secundum Paulum Castrensem in d. l. servitutes, col. fi. sequitur & ait esse communem opinionem Francisc. Balb. de praescriptio. in i. par. iii. part. princip. q. x. nume. 7. Barto. in l. qui in aliena, §. i. & ibi Alex. col. fi. ff. de acq. haered. Alberi. in l. ii. C. de servi. Ange. in §. aequae, col. v. instit. de actio. Alex. in l. si certis annis, colum. penul. C. de pact. affirmans hanc esse communem opinionem & ita in practica servari Caepolla de servi. urba. praed. cap. xix. incip. octavo principaliter, Felin. in capi. de quarta, col. xiii. de praescrip. ubi plures allegans hanc partem affirmat esse communem, & alii non pauci relati per Andraeam Tiraquellum de praescriptio. §. i. Glos. iiii. versi. xxxviii. ibi, sed & multi hoc intelligunt procedere ubi agitur de modico praeiudicio.

Quid dicendum? & sane allegatio tituli de qua in d. l. cum de in rem, non est trahenda ad terminos dict. leg. si quis diuturno, cum illuc agatur de gravi praeiudicio, hic de modico, illuc esset sola quasi possessio eademque impropriissima, hic sit possessio vel quasi aliquantulum prior, illuc esset illa quasi possessio discontinua, hic continua, sicque merito in dict. l. si quis diuturno, de tituli allegatione verbum nullum; verius ergo est eam generaliter intelligi debere prout generaliter loquitur, quod ex solo cursu temporis diuturni cum scientia & patientia illius, inducitur tacita quaedam concessio illius servitutis, quia agitur de modico praeiudicio, simile in d. l. si ego, §. i. ibi, per traditionem aut patientiam forte, ff. de pub. in rem act. ubi in huiusmodi

trata de un perjuicio más grave que en la ley *si quis diuturno*; en ambos casos, sin embargo, es necesario alegar legítimo título. Por tanto, quien defendiendo una prescripción, conforme a los términos de la ley *si quis diuturno*, no alegara legítimo título, nada conseguiría; lo mismo que le sucedería si alegara título y probara el título alegado por la presunción nacida de aquella cuasi-posesión durante largo tiempo, si en cambio, el adversario, hubiera probado lo contrario. Son estas opiniones comunes, que defienden Bartolo, Floriano y Pablo de Castro (1), diciendo este último (2) ser esta opinión común de legistas y canonistas. Siguen también esta opinión Francisco Balbo (3), quien la reputa por opinión común, Alejandro (4), quien afirma también ser opinión común y observada en la práctica (5), Alberico (6), Angel (7), Cepolla (8), Felino, quien alegando a otros muchos autores, dice ser esta parte opinión común (9), y finalmente otros no pocos autores que cita Andrés Tiraqueau (10); si bien muchos de los citados son de parecer tener lugar esta opinión cuando se trata de perjuicio pequeño.

¿Qué solución damos nosotros? En verdad, la alegación de título que exige la citada ley *cum de in rem*, no se ha de aplicar al contenido de la ley *si quis diuturno*, ya que en aquella se trata de un perjuicio grave, y en ésta, de uno pequeño; allí sólo existe una cuasi-posesión y sumamente impropia, y aquí una posesión o cuasi-posesión algo más propia que aquella; en el primer caso, una cuasi-posesión discontinua, y en éste, continua; con razón, pues, en la

(1) Los tres al comentar la ley *servitutes, post glos. mag.* casi al final, Digesto, tít. *de servitutibus*; Bartolo y la glosa también en la citada ley *cum de in rem*. y en la ley *qui in aliena*, §. 1.º

(2) En la ley *servitutes*, colum. final.

(3) *De praescription*. en la 1.ª parte de la 5.ª parte principal, cuestión 10.ª, núm. 7.

(4) Comentando la ley *qui in aliena*, colum. final, Digesto, tít. *de acquirenda haereditate*.

(5) Al comentar la ley *si certis annis*, colum. penúlt., Código, tít. *de pactis*.

(6) Al tratar de la ley 2.ª del Código, en el tít. *de servitutibus*.

(7) Acerca del §. *aeque*, colum. 5.ª, Instituta *de actionibus*.

(8) *De servitutibus urbanorum praediorum*, cap. 19 que empieza, *octavo principaliter*.

(9) En el cap. *de quarta*, colum. 15, *de praescription*.

(10) *De praescription*. §. 1.º, glos. 4.ª, versic. 58.

servitutibus ea scientia & patientia tantum operatur quantum expressa concessio & traditio, facit §. per traditionem, insti. de rerum divi. facit. §. fin. inst. de iniur. ubi etiam brevius tempus sufficit: facit l. alienationis verbum, ibi, vix est enim ut non videatur alienare, & c. ff. de verb. signi. faciunt omnia quinquaginta fere argumenta iurium, rationum & auctoritatum de quibus in praecedente capite, quae omnia si recte enumeres, invenies forte hanc nostram partem receptionem esse, quae dubio procul verior est, tene ergo haec contra hanc communem opinionem cum illa quam receptionem puto: primum quod in terminis d. l. si quis diuturno, ad praescribendam servitutem sufficit diuturna quasi possessio cum scientia & patientia domini sine ullo tituli interventu. Deinde quod talis tituli allegatio necessaria non est. Tertio quod etiam si ab adversario titulum nunquam interfuisse probatum esset, adhuc praescribens obtineret, postremo quod etiam si is confessus esset, se nullum titulum alium habuisse praeter domini tolerantiam, adhuc obtineret.

8. Colligitur † minime veram esse eam communem opinionem quam tenent Bart. & communiter Docto in d. l. cum de in rem, col. iii. Bar. & Docto. in l. i. §. fi. col. pen. ff. de aqua pluvi. arcen. Idem Barto. in q. sua incip. mulier habens amplum patrimonium Bar. & Docto. in d. l. servitutes Francisc. Balb. ubi supra q. x. numer. 7. versic. aut vero & tertio casu, dum contendunt quod in his quae sunt magni praeiudicii quale est cum agitur de praesumendo titulo translativo pleni dominii, tunc ex diuturna possessione etiam cum domini scientia & patientia non praesumitur titulus allegatus, & ita intelligunt l. nullo, C. de rei vendication.
9. l. Celsus, ff. de usucapion. cum similib. & ad d. l. cum

citada ley *si quis diuturno*, no se halla una sola palabra sobre la alegación de título. Es, pues, más conforme a verdad que esta ley debe entenderse de un modo general, como generales son los términos que usa; a saber, que por el solo trascurso de dilatado tiempo, juntamente con la ciencia y paciencia del dueño, se produce una tácita concesión de aquella servidumbre, por tratarse de un perjuicio insignificante. Cosa parecida sucede con la ley *si ego* (1), en las palabras «por la tradición o por la paciencia, donde consta que en servidumbres de esta clase el mismo efecto produce la ciencia y paciencia, que la expresa concesión o tradición. Hacen también al mismo propósito el §. *per traditionem* (2), el §. final de la Instituta *de iniuriis*, en donde aparece suficiente aun un tiempo más corto, la ley *alienationis verbum* (3), en las palabras «pues apenas se puede decir que no enajena», como también casi todos los cincuenta argumentos de leyes, razones y autoridades que expusimos en el precedente capítulo. Todos los cuales, si rectamente los computas, hallarás que tal vez sea más seguida esta nuestra opinión, que sin género de duda es más conforme a verdad. Así, pues, con esta opinión, que juzgo más admitida y en contra de aquella llamada opinión común, has de sostener lo siguiente: Primero, que con respecto a la citada ley *si quis diuturno*, para la prescripción de una servidumbre, es suficiente la cuasi-posesión durante largo tiempo, junto con la ciencia y paciencia del dueño sin intervención alguna de título. Segundo, que no es necesaria tal alegación de título. Tercero, que aun cuando hubiera probado el adversario no haber intervenido jamás título, con todo saldría victorioso el de la prescripción y, finalmente, que aun cuando este último hubiera confesado que él jamás había tenido otro título que la tolerancia del dueño, conseguiría, sin embargo, su intento.

Síguese, pues, no ser verdadera en modo alguno aquella común opinión, que defiende Bartolo y generalmente los doctores al comentar varias leyes (4), como también Fran-

8.

(1) En el §. 1.º, Digesto, tít. *de publiciana in rem actione*.

(2) Instituta *de rerum divis*.

(3) Del Digesto, tít. *de verborum significatione*.

(4) Tales son: la ley *cum de in rem*, colum. 2.ª; la ley 1.ª, §. final, columna penúlt. del Digesto, tít. *de aqua pluv. arcendae*; la citada ley *servitutes* y Bartolo también en la cuestión que empieza *mulier habens amplum patrimonium*.

de in rem, respondent quod procedit quando interfuerunt non solum patientia illius contra quem praescribitur, sed etiam ipsius plures actus positivi.

Unde subinferunt, quod etiam si ageretur non de praescribendo plenario dominio, sed de praescribendo usufructu (qui pars dominii esse intelligitur, l. iiii. ff. de usufruct. l. qui usumfructum, ubi plene per Bar. & las. ff. de verbo. obligation.) adhuc ex diuturna possessione cum patientia etiam domini non praesumeretur titu. allegatus, quasi & hoc casu videatur agi de magno praeiudicio, nec intervenerint actus positivi eius contra quem praescribitur, ut interfuerunt in terminis dict. l. cum de in rem.

Ita tenent Paulus Castrensis in dict. l. servi. colum. fina. & Franciscus Balbus ubi supra numero. 7. versicul. ex quo infertur, & Bartol. in d. l. servitutes, circa medium, & Idem Barto. in d. l. i. §. fina. ff. de aqua pluvi. arcen. & in d. quaestion. in ca. i mulier habens; colum. fina. & Caepolla & Paul. Castren. ubi supra, & Paulus Castren. in dict. l. si filius familias, ubi hanc dicit communem opinionem de petitio. haer. & alii non pauci relati per Balb. ubi supra.

Quid dicendum? ego sane non abnego, nec ignoro quin sit egregia differentia inter nostrum casum & d. l. cum de in rem, in qua interfuerunt plures actus positivi illius contra quem praescribitur, qui non interfuerunt, sed tantum etiam scientia, & patientia in speciebus nostris, adhuc tamen pro parte nostra sunt longe plures & urgentiores rationes, quas plures quam quinquaginta in capitibus superioribus retulimus, quae dilucide ostendunt hanc partem veriore esse, ut & si agatur de praesumendo titulo translativo usufructus vel etiam pleni dominii, is allegatus praesumatur ex diutina possessione cum scientia, & patientia domini, & forte est

cisco Balbo (1), cuando pretenden que en aquellas cosas que son de grave perjuicio, como acontece cuando se trata de la presunción de un título que traspasa el pleno dominio, en tal caso no se presume el título alegado por sola la posesión de largo tiempo, ni aun acompañada de la ciencia y paciencia del dueño, y en este sentido explican la ley *nullo* (2), y la ley Celsus (3) y otras semejantes. Y a la citada ley *cum de in rem*, responden que tiene cumplimiento cuando intervinieron no solamente la tolerancia de aquel contra quien se da la prescripción, sino también numerosos actos positivos suyos.

9.

De donde infieren de nuevo, que aun cuando se tratara no de la prescripción del pleno dominio, sino de la prescripción del usufructo (que se considera ser parte del dominio, según las leyes y comentaristas) (4), con todo, no se presumiría aún el título alegado en razón de la posesión por largo tiempo, ni aun interviniendo la tolerancia del dueño, como si en este caso pareciera tratarse de grave perjuicio, y no haber tenido lugar actos positivos de aquel contra quien se da la prescripción, como intervinieron según el contenido de la citada ley *cum de in rem*. Así expresamente lo defienden Pablo de Castro (5), Francisco Balbo (6), Bartolo (7), Cepolla (8), afirmando Pablo de Castro (9) ser esta opinión común; lo mismo defienden otros numerosos autores que cita Balbo *ubi supra*.

¿Qué responderemos? A la verdad, ni niego, ni desconozco que exista una notable diferencia entre nuestro caso y la citada ley *cum de in rem* en la que intervinieron varios actos positivos de la persona contra quien se da la prescrip-

(1) *Ubi supra*, cuest. 10.^a, núm. 7, versic. *aut vero et tertio casu*.

(2) Del Código, tít. *de rei vindicatione*.

(3) Del Digesto, tít. *de usucapione*.

(4) Así aparece por la ley 4.^a del Digesto en el tít. *de usufructu* y por la ley *qui usumfructum* del Digesto, tít. *de verborum obligatione*, que comentan extensamente en tal sentido Bartolo y Jasón.

(5) Al comentar la citada ley *servitutes*, colum. final.

(6) *Ubi supra*, núm. 7, versic. *ex quo inferitur*.

(7) Comentando la ley *servitutes*, hacia el medio; de nuevo en la ley 1.^a, §. final *de aqua pluv. arcendae* y en la citada cuestión, cap. 1.^o que empieza *mulier habens*, colum. final.

(8) *Ubi supra*.

(9) En la ley *si filiusfamilias*, tít. *de petitione haereditatis* del Digesto.

ista receptior opinio, ut ex dictis supra cap. praece. apparebat.

10. Deniq; veritas est † quod omnium praescriptionum fundamentum & radix consistit in causa possidendi tollerabili vel iusta ut in l. fi. ff. pro suo. Ergo si habeo possidendi iustam causam vel tolerabilem praescribere possum, nec alius titulus exigitur etiam regulariter, ut d. l. fina. cum mille similibus quas allegabimus, infra cap. lxxvii. numer. 10, cum seq. id quod procedit in tribus speciebus, primum quando agitur de praescribendo dominio. Deinde quando agitur de praescribenda servitute, postremo quando agitur de praescribendis actionibus.

De primo probatur lege & ratione, nam si fundum tuum possidere coepi, te sciente & patiente, illum; arare, colere & fructus inde percipere, perceptosq; ad meam utilitatem convertere coepi, in hocq; perseveravi per longum tempus, magis est ut tempore lege definito illum praescribam & acquiram, licet nullus titulus ad transferendum dominium idoneus interveniat, ita probat l. alienationis, ff. de verb. signif. ibi, vix est enim ut non videatur alienare, ubi plane probatur, eum qui patitur rem suam tempore per legem definito possideri ab alio, per hoc eam rem concedere, et alienare ei videri. Ad idem nam ut naturaliter ius suum per traditionem transferret, ibi nihil tam naturali aequitati, insti. de rerum divi. ita & per patientiam quae naturali & corporali traditioni exequatur ut in l. si ego. §. i. ibi, per traditionem, aut per patientiam forte, ff. de publi. in rem acti.

Nec dubium est, quin si sum in corporali rei tuae detentione, accedente concessione tua, eius rei dominium absque alia traditione statim acquiram l. qua ratione. §. interdum.

ción, actos que no tuvieron lugar en los casos por nosotros propuestos, sino solamente la ciencia y paciencia del dueño; mas con todo aún existen en favor de nuestra opinión razones mucho más numerosas y urgentes y que en número de más de cincuenta hemos expuesto en superiores capítulos, las cuales con toda claridad demuestran ser esta parte más conforme a verdad, de suerte, que aun cuando se trate de la presunción de un título, que traspase el usufructo y aun el pleno dominio, se presuma tal título alegado en razón de la posesión por largo tiempo, junto con la ciencia y paciencia del dueño; y esta opinión es tal vez más admitida que la contraria, según aparece por lo expuesto antes en el precedente capítulo.

Finalmente, es doctrina verdadera, que el fundamento y raíz de todas las prescripciones consiste en la causa tolerable o justa de poseer, según consta por la ley final del Digesto en el título *pro suo*. Luego si tengo justa o tolerable causa de poseer, puedo conseguir la prescripción, ni se exige, aun como norma general, otro título, según se desprende de la citada ley final, con otras innumerables semejantes a ésta, que citaremos más adelante en el capítulo 77, número 10 y siguientes. Doctrina que tiene cumplimiento en tres casos: primeramente cuando se trata de la prescripción del dominio. Segundo cuando se trata de la prescripción de una servidumbre y finalmente cuando se trata de la prescripción de acciones.

En cuanto al primer caso lo prueba la ley y la razón; porque si sabiéndolo y tolerándolo tú comencé a poseer una finca tuya, a ararla, cultivarla y a percibir sus frutos y una vez percibidos a emplearlos en utilidad mía, y en este estado perseveré durante largo tiempo, hay verdadero motivo para que, trascurrido el tiempo señalado por la ley, prescriba a mi favor y adquiera el dominio, aun cuando no haya intervenido título alguno apto para trasferir tal dominio. Así lo prueba la ley *alienationis* (1), en las palabras «pues apenas puede decirse que no enajena»; donde abiertamente se prueba que quien consiente que una cosa suya esté en posesión de otro durante el tiempo fijado por la ley, por ese mero hecho parece concedérsela y darle la

(1) Del Digesto, tit. *de verborum significatione*.

ff. de acquir. rerum domi. §. interdum, inst. de rerum divi. ergo si tuum fundum te non ignorante vel mox sciente ingressus eum & colere & fructus inde colligere inque meam utilitatem convertere & coepi, & per longum tempus perseveravi, post tale longum tempus lex interpretatur huic naturali rei detentioni, concessionem tuam accessisse, sicq; dominium me acquisisse, & cum haec ratio sit expressa in d. l. alienationis, dubium non est, quin ratio ipsa sit vere lex, & decisio habeatur loco exempli quod non arctat regulam (sicq; nostra propositio generalis erit, ut est illa ratio) ita tenet Gloss. in auth. de haeredi. ab intest. §. fina. in verb. ordine Gloss. in cle. i. de electione, in verbo eligatur, Bald. in l. maximum vitium, per text. ibi. C. de lib. praet. Idem Bald. in l. fina. per text. ibi. ff. de haered. inst. Alex. nume. 5. Pet. Philipp. Corn. nu. 15. las. num. 6. Curf. iun. nume. 9. per tex. ibi. C. de impub. in l. humanitatis, iidem Philip. Dec. Curf. iun. & Francisc. Purpur. nume. 23. in l. fin. per text. ibi. C. de pact. Idem Bald. in l. his solis, per text. ibi. C. de revoca. don. Paul. Castren. & las. in l. quanvis. C. de fideicom. And. Tiraq. de causa cessan. par. i. nume. 135. Georg. Nat. in c. quanvis pactum. nume. 32. de pact. lib. vi. laso. in l. de quibus, num. 14. ff. de legib.

Ad idem est text. si generaliter accipiatur, nec restringatur ad ea quae sunt levioris praeiudicii in d. l. si quis diuturno, in princip. ff. si ser. vend. Ad idem quoq; videtur esse text. non tam in specie quam in simili in d. l. cum de in rem. Ad idem in simili praesertim in sui ratione in d. §. fi. inst. de iniuri. & deniq; omnia iura & rationes quas retulimus

propiedad de ella. Confirmase lo mismo, porque así como un derecho propio se transferiría según los principios naturales por medio de la tradición, según consta por la Instituta *de rerum divisione*, en las palabras «nada hay tan conforme a la equidad natural», etc., así también por medio de la paciencia que se equipara a la tradición natural y corporal, según la ley *si ego* (1), en las palabras «tal vez por la tradición o por la paciencia».

Ni cabe la menor duda, de que si corporalmente refengo una cosa tuya, al sobrevenir después tu concesión, al punto adquiriré el dominio sobre ella sin necesidad de nueva entrega (2); luego, si habiendo entrado en posesión de un fundo tuyo, sin que tú lo ignoraras o viniendo en seguida en conocimiento de ello, empecé a cultivarle, a percibir sus frutos y a aplicarlos a mi propia utilidad y así perseveré durante largo tiempo, la ley interpreta, una vez transcurrido tan largo tiempo, que a esta natural retención de la cosa se ha añadido la concesión por tu parte, y por consiguiente, que yo he adquirido el dominio sobre ella; y como esta razón conste expresamente en la citada ley *alienationis*, no cabe la menor duda de que dicha razón es verdadera ley y la decisión se considera como un ejemplo, que no restringe la regla (y por tanto nuestra proposición será general, como lo es aquella razón); así lo afirma la glosa (3), Baldo (4), Alejandro en el número 5, Pedro Felipe Corneo en el número 15, Jasón en el número 6, Curcio el Joven en el número 9, todos ellos al comentar la ley *humanitatis* (5).

(1) En el §. 1.º, Digesto, tít. *de publiciana in rem actione*.

(2) Conforme a la ley *qua ratione*, §. *interdum*, Digesto, tít. *de acquirendo rerum dominio* y al §. *interdum* de la Instituta *de rerum divisione*.

(3) En la aut. *de haered. ab intestato*, §. final en la palabra *ordine* y en la Clementina 1.ª *de electione* en la palabra *eligatur*.

(4) Comentando el texto de la ley *maximum vitium* del Código, tít. *de liberis praeteritis* y el texto de la ley final del Digesto, tít. *de haeredibus instituendis*.

(5) Del Código, tít. *de impuberibus*. Lo mismo defienden Felipe Decio, Curcio el Joven, Francisco el Purpurado en el núm. 25 sobre la ley final del Código, tít. *de pactis*; Baldo sobre el texto de la ley *his solis* del Código, tít. *de revocandis donationibus*; Pablo de Castro y Jasón en la ley *quamvis* Código, tít. *de fideicommissis*; Andrés Tiraqueau *de causa cessante*, part. 1.ª, núm. 155; Jorge Nat. en el cap. *quamvis pactum*, núm. 32 *de pactis*, lib. 6; Jasón comentando la ley *de quibus*, núm. 14, Digesto, tít. *de legibus*.

in praecedentibus capitibus quas non expedit repetere, praesertim cum, ut plene disseruimus d. cap. lxxvii. nume. 10. ad praescriptionem non tam titulus quam sola iusta causa possidendi exigatur, vel etiam tolerabilis sufficiat d. l. fin. ff. pro suo, & ut qui rem mobilem alienam contrectat, si putavit dominum permissurum desinit furtum committere, ut notant Gloss. & communiter Doct. insti. de oblig. quae ex mal. §. i. quasi licet regulariter dominus vetare & nolle praesumatur l. vetare. ff. de furt. tamen interdum secus sit ratione forte cognationis, amicitiae, vicinitatis, necessitatis, aut similia, ita & in specie nostra potuerunt concurrere causae iustae vel saltem tolerabiles, quibus motus rem alienam propria auctoritate possidere coepissem, dum id dominum permissurum existimassem. Et eventus sequens (hoc est scientia & patientia domini diuturna) non potest non videri hanc causam iustificare per dd. ll. & deniq; haec pars probatur & iustificatur per mille leges & rationes de quibus in superioribus capit. quas non expedit repetere, ita olim tenebam, sed ad hanc opinionem, ut infra dicemus, adiicienda est necessaria declaratio & temperamentum.

In secundo casu cum agitur de praescribenda servitute, est res expeditior, quae palam probatur in d. l. si quis diuturno, in princ. cum iis, quae dicta sunt per totum praecedens & praesens caput. Idemq; in praescriptione ususfructus, nam si id admittimus cum agitur de plenario dominio praescribendo, ergo multo magis cum agitur de praescriptione ususfructus qui est pars domini l. iiii. ff. de usufruc. elegans tex. in l. qui usumfructum ubi Bar. & Iaso. ff. de

Lo mismo confirma el texto de la ley *si quis diuturno* (1), si se entiende de un modo general y sin restringirle a las cosas que son de insignificante perjuicio. A lo mismo parece poder referirse, no como caso idéntico, sino como semejante, el texto de la ley *cum de in rem*. A lo mismo en parecido caso, principalmente en razón de su contenido, el §. final de la Instituta, *de iniuriis* y, finalmente, todas las leyes y razones que hemos expuesto en anteriores capítulos y que no es preciso repetir de nuevo, principalmente teniendo presente, conforme lo hemos tratado extensamente en el capítulo 77, número 10, que para la prescripción no tanto se exige título, cuanto solamente justa causa de posesión, y aun tal vez sea suficiente una causa tolerable (2). Y así como el que sustrae una cosa mueble de otro, si creyó que el dueño lo había de permitir, deja de cometer hurto, conforme lo hacen notar la glosa y comúnmente los doctores al comentar la Instituta *de obligationibus quae ex mal.*, §. 1.º, pues, si bien generalmente se supone que el dueño lo prohíbe y no lo quiere (3), sin embargo, a veces sucede lo contrario o bien en razón del parentesco, o de la amistad, o de la vecindad, o de la necesidad o de cosas semejantes, del mismo modo también en nuestro caso pudieron existir causas justas o tolerables al menos, por las cuales impulsado hubiera empezado a poseer con propia autoridad una cosa ajena, siempre que hubiera creído que el dueño había de consentirlo. Y el hecho posterior (esto es, la ciencia y paciencia del dueño durante mucho tiempo) no puede dejar de reputarse como que justifica dicha causa, según se desprende de las citadas leyes; y finalmente, se prueba y justifica esta opinión, por innumerables leyes y razones expuestas en anteriores capítulos, que no juzgo oportuno repetir. Así lo defendía yo antes, pero según expondré más adelante, he de añadir a esta opinión una necesaria declaración y norma.

En el segundo caso, cuando se trata de la prescripción de una servidumbre, ofrece el asunto menor dificultad, y se prueba manifiestamente por la ley *si quis diuturno* en la introducción, juntamente con las razones expuestas por todo

(1) En la introducción, Digesto, tít. *si servitus vindicetur*.

(2) Según la ley final del Digesto, tít. *pro suo*.

(3) Conforme a la ley *vetare*, Digesto, tít. *de furtis*.

verb. oblig. quae intelligenda sunt sciente & patiente domino.

Tertio casu quando agitur de praescribendis actionibus sive illae personales sint, sive reales, sive mixtae (iuxta. §. omnium, & ibi plene per Angelum Aretinum, Iaso. Ludo. Gomez. & Benincasium in prin. inst. de actio.), tunc similiter eadem ratione nullus titulus requiritur, sed tantum iusta causa aut tolerabilis, quae sufficiat ad removendam malae fidei suspicionem, & ita procedit l. sicut l. omnes l. cum notissimi, C. de praescrip. xxx. annorum, & in prin. insti. de perpe. & temp. actio. ergo si tibi huius rei non ignarocentum, actione perpetua debebam, & per annos xxx. supersedisti ea petere, par est ut praescripsisse videar, cum vix sit ut concedere aut mihi remittere non videaris, sicq; militat ratio d. l. alienationis, ibi, vix est enim & c. quae ratio cum sit generalis & in ea lege expressa, lex generalis vere est, sicq; comprehendit nostrum casum, eumq; definit non secus quam illum qui ibi erat expressus. Ad idem d. l. si quis diuturno, in prin. in ratione sui. & d. l. si ego. §. i. similiter, in ratione sui, & d. §. fin. inst. de iniur. similiter in ratione sui d. l. si filiusfamilias, C. de peti. haere. l. qui in aliena, in prin. versic. sed si non adierit, ff. de acquit. haer. l. qui in provincia. §. i. ff. de ritu nup. c. illud de praesumpt. l. Procula, ff. de proba. cum similibus.

Confirmantur omnia superiora, quia id dicimur scire quod vehementer opinamur l. cum quidem. §. quod dicitur i. & ii. utrobique not. ff. de acq. haere. dummodo adsit iusta causa vel occasio opinandi, ut ibi, nec dubium est quin iustam

el anterior y presente capítulo. Lo mismo hemos de afirmar tratándose de la prescripción del usufructo; porque si lo admitimos cuando se trata de la prescripción del pleno dominio, luego con mucha más razón cuando se trata de la del usufructo, que es una parte del dominio, según consta por algunas leyes (1), si bien ésto se ha de entender, supuesta la ciencia y tolerancia del dueño.

En el caso tercero, cuando se trata de la prescripción de acciones, ya sean personales, o bien reales o mixtas (conforme al §. *omnium* de la Instituta *de actionibus*, en la introducción, expuesto extensamente por Angel Arefino, Jasón, Luis Gómez y Benincasio), entonces del mismo modo y por idéntica razón no se exige título alguno, sino sólomente justa o tolerable causa que sea suficiente para remover la sospecha de mala fe, y tal es el sentido de varias leyes (2). Si, pues, bajo acción perpetua te debía a ti anualmente cien, cosa que tú no desconocías, y durante treinta años te abstuviste de exigiérmelo, es justo el que se considere que ha prescrito a mi favor, puesto que difícilmente dejará de parecer que me has concedido o perdonado aquella cantidad, y por consiguiente milita en mi apoyo la razón de la citada ley *alienationis*, en las palabras «pues apenas se puede decir que no enajena, etc.». Razón que siendo general y constando expresamente en aquella ley, es ella misma verdadera ley general, y por tanto, abarca también nuestro caso y le define del mismo modo que el que aparece expreso en la ley. Confirman lo mismo numerosas leyes (3).

Corrobórase todo lo anterior, porque con razón se dice que tenemos conocimiento de aquello, que fundadamente

(1) Por la ley 4.^a del Digesto en el tít. *de usufructu* y por el notable texto de la ley *qui usumfructum* del Digesto, tít. *de verborum obligatione* comentadas en este sentido por Bartolo y Jasón.

(2) Tales son: la ley *sicut*, la ley *omnes*, la ley *cum notissimi* del Código, tít. *de praescript. XXX annorum* y la introducción de la Instituta *de perpetuis et temporalibus actionibus*.

(3) Tales son: *si quis diuturno* en la introduc. *in ratione sui*; la ley *si ego*, §. 1.^o igualmente *in ratione sui*; la ley *si filiusfamilias* del Código, tít. *de pet. haereditatis*; la ley *qui in aliena*, al princ., versic. *sed si non adierit*, Digesto, tít. *de acquirenda haereditate*; la ley *qui in provincia*, §. 1.^o, Digesto *de ritu nuptiarum*; el cap. *illud de praesumption*. y la ley *Procula*, Digesto, tít. *de probationibus* con otras semejantes.

causam vel occasionem id opinandi habeat, qui per longum tempus rem possedit ut suam, sciente & patiente domino, ut diximus supra cap. superiore circa principium.

11. Quae † omnia moderanda sunt ut procedant data scientia & patientia domini, nam si ignarus esset, non posset videri animum iuris sui negligendi aut alteri concedendi habuisse
12. l. mater decedens. ff. de inoffic. testam. † & consequenter possessor nisi aliunde haberet iustam causam possidendi, nunquam eam rem videretur iuste possedissee aut praescripsisse, unde sive rem tuam inscio te possiderem scienter, eam praescribere nunquam possem si confiteretur ipse, vel constaret me aliunde titulum vel iustam possidendi causam non habuisse, idem si titulum haberem si tamen eum non allegavi, ita intelligo his tribus casibus procedere l. nullo, C. de rei vend. l. Celsus, ff. de usucap. l. fina. ff. pro suo l. non solum, ff. de usucap. §. quod vulgo, & l. quod vulgo. ff. pro empt. l. unica, C. de usucap. trans. l. diutina, C. de long. temp. praes. & in prin. inst. de usucap.

Quod si titulum me habuisse ab aliquo tertio allegassem, an is ex diutina possessione praesumatur, & hoc casu quo dominus ignoravit rem iusve suum ab alio possideri magis est non praesumi, nisi probetur, ut dd. ll. quanvis si ipse sciret rem iusve suum possideri, tunc praescriptio procederet non tam ex vi tituli aliunde habiti (etiam si allegatus esset) quam ex vi ipsius possessionis eo ipso iustificatae & legitimaetae, quod dominus sciebat & patiebatur, sicq; concedere videbatur, ut sic sciente & patiente domino ad iustificandam

juzgamos ser así (1), siempre que la causa u ocasión de juzgar así sea justa, como sucede en nuestro caso; ni cabe la menor duda de que tiene motivo u ocasión de juzgar ésto, quien durante largo tiempo poseyó como propia una cosa a ciencia y paciencia del dueño, según lo hemos expuesto arriba al principio del capítulo precedente.

Toda la anterior doctrina se ha de entender que es verdadera sólo en el supuesto de existir la ciencia y paciencia del dueño, porque si éste no tenía conocimiento de ello, no podría considerarse haber tenido intención de abandonar un derecho propio o de concedérselo a otro (2), y por consiguiente, el poseedor, si no tuviera, por otra parte, un justo título de poseer, jamás se consideraría haber poseído justamente aquella cosa, o haber conseguido la prescripción de la misma; por consiguiente, si a sabiendas poseyera yo una cosa tuya, sin tu conocimiento, jamás podría conseguir que prescribiera en mi favor, si yo mismo confesara, o si constara que no había tenido, por otra parte, justo título, o causa de posesión, y lo mismo finalmente, si tuviera título, pero que no lo hubiera alegado; y en este sentido entiendo que tienen cumplimiento en estos tres casos las leyes abajo citadas (3).

11.

12.

Mas si yo hubiera alegado haber obtenido de un tercero el título de posesión, ¿se ha de presumir éste en virtud del largo tiempo trascurrido? En este caso si el dueño no tuvo conocimiento de que una cosa o derecho suyo se hallaba en posesión de otro, es más probable que no se presuma el título, si no se prueba, conforme a las citadas leyes; aun cuando si éste tuvo conocimiento de que otro poseía una cosa o derecho suyo, tendría lugar la prescripción, no tanto en virtud del título obtenido de un tercero (aun cuando tal

(1) Según consta por la ley *cum quidam*, §. *quod dicitur*, y 1.º y 2.º con lo notado sobre ambos, Digesto, tít. *de acquirenda haereditate*.

(2) Como consta por la ley *mater decedens* del Digesto, tít. *de inofficioso testamento*.

(3) La ley *nullo* del Código, tít. *de rei vindicatione*; la ley *Celsus* del Digesto, tít. *de usucapione*; la ley final del Digesto en el tít. *pro suo*; la ley *non solum*, Digesto, tít. *de usucapione*, §. *quod vulgo*; la ley *quod vulgo*, Digesto, tít. *pro empto*; la ley única del Código en el tít. *de usucapione transformanda*; la ley *diutina*, Código, tít. *de longi temporis praescriptione* y la introd. de la Instituta *de usucapione*.

possessionem non sit necessarius ullus titulus vel causa possidendi aliunde profecta, cum ex sola sua scientia & patientia & tacita concessione satis ac satis iustificetur, sed tunc demum iusta causa vel titulus tolerabilis possidendi desideretur, cum ipse dominus huius rei ignarus est. Id quod etiam in praescriptione servitutum respondendum est ut d. l. si quis diuturno, d. l. si ego. §. i. etiam si loquamur in usufructu per easdem leges & rationes. Idemq; & in actionibus, nam si sciebam me tibi ignaro centum debere (ex contractu forte inito cum servo, aut filio, aut procuratore tuo, aut ex causa haereditaria, quia defuncto cui successisti debebam) tunc impropriissima haec possessio, qua debitor ipsum debitum possidere dicitur iuxta Gloss. l. regulariter, ff. de pet. haere. nec iustificabitur quasi ex tacita concessione tua cum id ignores, nec quasi ex titulo vel causa aliunde habito, cum aliunde habitus non sit, vel habitum esse non probetur, ergo ex diuturna possessione praescriptio non contingit contra rem suam possideri ignorantem, quod varie intelligitur, primum quando re vera non interfuit titulus aut causa iusta vel tolerabilis possidendi. Deinde quando & si forte interfuit, tamen non allegatur. Tertio etiamsi & interfuerit & allegetur si non fuerit probatus, & ita procedunt si generaliter intelligantur tex. in l. nullo. C. de rei vendi. & in l. Celsus, & in l. non solum. §. quod vulgo, ff. de usuc. & in l. quod vulgo, ff. pro emp. & in l. fin. ff. pro suo, & in prin. inst. de usucap. & in l. uni. de usucap. trans. cum aliis quae congregimus in capit. lxxvii. nume. 10. Sicq; in quibus casibus contra absentem & ignorantem currit

título hubiera sido alegado) cuanto en virtud de la misma posesión, justificada y legitimada por la misma razón de saberlo el dueño y tolerarlo, pareciendo, por tanto, que éste lo concedía; de suerte que dado tal conocimiento y tolerancia del dueño, no era necesario, para justificar la posesión, título o causa alguna de poseer obtenida de otra parte, sino que quedaba más que suficientemente justificada por el solo conocimiento y tolerancia del dueño y por su tácita concesión, por lo que sólomente sería necesaria justa causa o título tolerable de poseer, cuando el propio dueño se hallara ignorante de tal posesión. Lo mismo que hemos de responder también en la prescripción de servidumbres (1), como también si hablamos del usufructo, por las mismas leyes y razones. Lo mismo también que tratándose de acciones; porque si yo sabía deberte cien, cosa que tú ignorabas (o bien por un contrato hecho con un siervo tuyo, o con tu hijo o procurador, o bien por causa de herencia por haber tú sucedido al difunto de quien yo era deudor), en este caso, tal posesión sumamente impropia, por la que se dice hallarse el deudor en posesión del débito (2) ni podía justificarse como por tácita concesión tuya, puesto que tú lo ignoras, ni como en virtud de título o causa obtenido de otro, puesto que en realidad no se ha obtenido de otra parte, o no se prueba haberse obtenido; síguese, pues, que la prescripción no tiene lugar por la posesión de largo tiempo, contra quien desconoce que una cosa suya está en posesión de otro; doctrina que hemos de entender de varios modos. Primero, cuando efectivamente no intervino título o causa justa o tolerable de poseer. En segundo lugar, cuando tal vez intervino, pero que no se alegó, y tercero, aun cuando interviniera título y se alegara, pero que no se hubiera probado; y en este sentido son verdaderos, si se entienden generalmente, los textos de varias leyes (3). Por consiguiente, en aquellos casos en que la prescripción

(1) Conforme a la glosa de la ley *regulariter* del Digesto, tít. *de petitione haereditatis*.

(2) Según la glosa de la ley *regulariter* del Digesto *de pet. haer.*

(3) Tales son: la ley *nullo* del Código, tít. *de rei vindicatione*; la ley *Celsus*, la ley *non solum*, §. *quod vulgo* del Digesto, tít. *de usufructu*; la ley *quod vulgo*, Digesto, *pro empto*; la ley final del Digesto en el tít. *pro suo*; la introd. de la Instituta *de usucapione* y la ley única del Código *de usucap. transformanda*, con otras que hemos reunido en el cap. 77, núm. 10.

praescriptio, in illis necesse est ut titulus & interveniat & allegetur & probetur.

Sed quando currit contra praesentem & scientem, tunc nec tituli interventus, nec probatio, nec etiam allegatio requiritur quia sola scientia & patientia domini vim habet concessionis & alienationis post lapsum temporis lege definiti, ut dictum est, quod varie intelligitur: primum cum agitur de plenario dominio praescribendo, deinde cum agitur de praescribendo usufructu, tertio cum agitur de praescribenda alia quavis servitute, postremo cum agitur de actionibus praescribendis, ut similiter dictum est, quinto etiamsi agatur de obligatione aliqua in futurum acquirenda ut in terminis d. l. cum de in rem, sicq; non solum si agatur de praescribenda liberatione adversus obligationem, sed etiamsi agatur de praescribenda vel acquirenda obligatione contra libertatem.

13. Contra hoc tamen fortiter facit, quod & si rei tuae te sciente & patiente possessionem ingressus sim, eamq; tenere incipiam, non ideo tu profinus desinis possidere, nec ego possum inchoare praescriptionem, nam aut vi eam coepi & vitiosa possessio est, sicq; cessat praescriptio d. l. si quis diuturno, aut clam (hoc est te ignaro ab initio) & † similiter vitiosa est, eritq; semper, quia tale vitium initio contractum perdurat. l. cum haeres, ff. de diver. & temp. praes. l. vitia. C. de acq. poss. aut, nec vi nec clam, sed te sciente, vidente & tolerante, & tunc aut constat me eo nomine eam possessionem occupasse, quasi ad libitum tuum eam dimissurus, & tunc precaria videretur, cessaretq; praesc. d. l. si quis diuturno, & per totum, ff. de precario. Aut & secundo eo nomine eam occupavi, quod testarer me tibi eam non restitutum, & tunc si te esse dominum agnoscebam, vim faciebam,

corre contra una persona ausente e ignorante de ello, es necesario no sólo que intervenga título, sino también que se alegue y se pruebe.

Pero cuando la prescripción tiene lugar contra una persona presente y que tiene de ello conocimiento, en tal caso no se requiere que intervenga título, ni que se pruebe, ni aun que se alegue; porque la sola ciencia y paciencia del dueño tiene fuerza de concesión y de cesión de dominio una vez transcurrido el tiempo fijado por la ley, conforme lo hemos expuesto antes, lo que debe entenderse de varias maneras: primeramente, cuando se trata de la prescripción del pleno dominio. En segundo lugar, si se trata de la prescripción del usufructo. En tercer lugar, cuando se trata de la prescripción de otra cualquiera servidumbre, y finalmente, si se trata de la prescripción de acciones, conforme lo hemos expuesto asimismo arriba. Quinto, aun cuando se trate de una obligación que se ha de adquirir para el futuro, como sucede según los términos de la ley *cum de in rem*; y por tanto, no sólo cuando se trata de prescribir la liberación contra una obligación, sino también cuando se trata de prescribir o de adquirir una obligación contra la libertad.

A esta doctrina se opone, sin embargo, una poderosa razón; porque aun cuando hubiera entrado en posesión de una cosa tuya sabiéndolo y tolerándolo tú, y empiece a tenerla en mi poder, no por eso dejas tú al punto de poseerla, ni yo puedo empezar su prescripción, porque o me apoderé de ella por la fuerza, y entonces la posesión es viciosa, y por tanto no tiene lugar la prescripción (1), o bien clandestinamente (esto es, ignorándolo tú al principio) y del mismo modo es y será siempre viciosa, puesto que perdura el vicio contraído desde el principio (2), o bien ni por la violencia ni clandestinamente, sino sabiéndolo, viéndolo y tolerándolo tú y en este caso o consta que bajo ese título he ocupado tal posesión, de estar dispuesto a dejarla a tu arbitrio, y entonces se reputaría como precaria y cesaría la prescripción (3), o en segundo lugar ocupé tal posesión declarando mi pro-

13.

14.

(1) Conforme a la ley *si quis diuturno*.

(2) Conforme a la ley *cum haeres* del Digesto, tít. *de diver. et tempor. praescript.* y a la ley *vitia*, Código, tít. *de acquirenda possessione*.

(3) Conforme a la ley *si quis diuturno* y a todo el título *de precario* del Digesto.

vitiosa possessio esset, cessaret praescriptio: quod si alterius tertii esse dicebam similiter vitiosa possessio esset l. quaerebatur, l. fi. C. unde vi. quod si nullius esse dicebam, sed pro derelicto habitam vel nullius unquam fuisse, sicq; occupantis esse debere, similiter cessaret praescriptio, quia statim eius dominium nactus essem, per totum titu. ff. pro derelicto l. i. ii. & iii. & iii. ff. de acq. rerum domi. Aut & tertio cum occupo eam possessionem, nec declaro me tibi volenti eam dimissurum, nec declaro contrarium, & tunc non videor acquirere possessionem, nec tu animum possidendi deponere videris, ergo cum tu possideas, & ego non, non potero inchoare praescriptionem, sed quia post longum tempus, eam possessionem neglexisse aut pro derelicto habuisse videris, ut est communis opinio ut diximus, ideo evenit ut tunc ego eam acquiram non quasi praescriptam, sed quasi pro derelicto habitam, sicque etiam tunc cessat praescriptio, nisi dixeris quod simul atque ea possessio & abs te deserta & mihi quaesita videtur, ex tunc in posterum legitimus possessor videbor, sicq; sine alio ullo titulo usucapere potero proprietatem, ita tamen ut praescriptio proprietatis a tempore possessionis iam quasi desertae acquisitaeq; inchoari videatur, & non antea † ut sic quasi duae acquisitiones sint non simul, sed successive & gradatim contingentes: prima possessionis, quae ex certo temporis lapsu contigisse videtur, postquam acquisitam, incipit aut inchoatur praescriptio, quae omnia probantur in l. iii. ff. de usuc. & in l. si id quod ff. pro derelict. ubi mulier rem a non domino (quem tamen dominum esse putabat) pro derelicto habitam coepit eamq; postea marito donavit, quam is maritus potuit praescribere, & praescripsit, & tamen in effectu non habebat titulum: quia quod attinet ad praescriptiones titulus improbat pro nullo

pósito de que no te restituiría dicha cosa, y entonces si te reconocía a ti como dueño de ella usaba de violencia y la posesión sería viciosa, cesando por tanto la prescripción; y si por el contrario declaraba pertenecer a un tercero, del mismo modo sería viciosa la posesión (1). Y si manifestaba no pertenecer a nadie, sino que era tenida *pro derelicto*, o que jamás había pertenecido a persona alguna, también cesaría del mismo modo la prescripción, puesto que habría conseguido desde el principio la propiedad de ella (2). O bien en tercer lugar cuando ocupo tal posesión, ni manifiesto que te la he de dejar cuando tal sea tu voluntad, ni manifiesto tampoco lo contrario y en este caso no parece que yo adquiriera la posesión, ni que tú abandones la intención de poseerla; luego siendo tú el posesor y no yo, no podré empezar la prescripción; pero por otra parte, como trascurrido largo tiempo se repute que tú no haces caso de tal posesión o que la has abandonado con ánimo de no retener el dominio de ella, según consta por la común opinión que hemos expuesto antes, por eso acontece que entonces adquiriera yo su propiedad, no como de cosa prescrita, sino como de cosa tenida *pro derelicto* y por tanto aun en este caso cesa la prescripción; a no ser que afirmes que desde el momento en que dicha posesión fué abandonada por ti y adquirida por mí, desde entonces en adelante seré reputado legítimo posesor y por tanto sin otro título alguno podré adquirir la usucapción de la propiedad, de tal modo, sin embargo, que dicha prescripción de la propiedad se considere empezada desde el tiempo en que la posesión fué abandonada por ti y adquirida por mí y no de antes, de suerte que de este modo existan como dos adquisiciones no simultáneas, sino sucesivas y gradualmente dispuestas: la primera la de la posesión que se considera haber tenido lugar por el trascurso de un tiempo determinado, y una vez conseguida ésta, empieza a correr o se principia la prescripción, todo lo cual se prueba por la ley 3.^a del Digesto en el título *de usucapione* y por la ley *si id quod* del Digesto *pro derelicto*; donde aparece que si la mujer cogió una cosa dejada *pro*

15.

(1) Según la ley *quaerebatur* y la ley final del Código en el tít. *unde vi*.

(2) Conforme consta por todo el título del Digesto *pro derelicto* y por las leyes 1.^a, 2.^a, 3.^a y 4.^a del Digesto, tít. *de acquirendo rerum dominio*.

est, l. ii. §. si a pupillo ff. pro empto. C. eod. l. fi. §. sin autem, C. com. deleg. quinimo vix est ut maritus ille haberet bonam fidem, quia aut eam rem uxoris esse credebat, & tunc sciebat sibi donari non potuisse per totum tit. ff. & C. & in decret. de dona. inter virum, aut credebat esse alterius & longe minus cap. fi. de praescrip. ergo nullo casu domini cogitatione possidebat, sed adhuc dicitur habere bonam fidem eo ipso, quod possidebat vel se possidere falso credebat dominae voluntate, & hanc rationem reddit tex. d. l. si id quod ibi, quasi volente & concedente domina, etiamsi eam possessionem revocabilem, & quasi quodammodo precariam esse is maritus putabat, quia credebat aut credere debebat liberum uxori esse quoties sibi libitum esset eam possessionem revocare, & cum illa ratio quasi volente, & concedente domina, sit in illa lege expressa, pro lege vere, & non interpretative habetur, cumq; sit generalis, comprehendit omnes omnia casus in quibus ipsa militare reperitur.

- Ex quibus multa non minus utilia quam nova colliguntur,
16. † quid enim si postquam rei, quam tuam esse putabam possessionem occupavi sine ullo vitio, sed te sciente, & patiente & vidente (ut in exemplis de quibus supra) eam retinui per tempus quo lex disponit possessionem pro derelicto habitam, aut desertam videri. Aut quid & secundo si rem a te conduxì, & post finitam conductionem expressim dixi tibi, me in posterum eam conductam nolle habere, & nihilominus me in eius possessione permanere sinivisti per tempus quo lex vult possessionem desertam videri. Aut quid & tertio si rem mihi ad certum tempus commodasti, quo finito expressim dixi tibi, commodati nomine eam me amplius nolle habere, & nihilominus per tempus a lege definitum ad possessionis desertionem tolerasti me in eius possessione permanere. Aut quid

derelicto, por quien no era su dueño, pero que ella juzgaba serlo, y después la mujer hizo de ella donación al marido, pudo tal marido conseguir la prescripción de ella y en efecto prescribió a su favor y sin embargo en realidad no tenía título alguno, porque tratándose de prescripciones el título no probado se considera nulo (1). Más aún apenas es posible que tal marido pueda estar en buena fe; porque o bien creía que aquella cosa pertenecía a la esposa, y en tal caso sabía que no podía donársela (2), o bien creía que era de otro y entonces con mucha menos razón (3), luego en ningún caso la poseía creyéndose dueño, y con todo se dice hallarse en buena fe por la razón de que poseía aquella cosa o creía, aunque falsamente, que la poseía con la voluntad de la dueña; y ésta es la razón que da el texto de la citada ley *si id quod* en las palabras «como queriéndolo y concediéndolo la dueña»; si bien dicho marido consideraba aquella posesión revocable y en cierto modo como precaria, porque creía o debía creer al menos estar en manos de su mujer, cuantas veces fuera así su voluntad, el revocar aquella posesión; y como aquella razón «como queriéndolo y concediéndolo la dueña» conste expresamente en aquella ley, se debe tener no sólo interpretativamente, sino en verdad como ley y siendo como es general, comprende en absoluto todos los casos que hallamos con ella relacionados.

De lo expuesto dedúcense muchas consecuencias no menos nuevas que provechosas. Porque, ¿qué diríamos si después de haber ocupado la posesión de una cosa que juzgaba tuya, sin vicio alguno, sino con tu conocimiento y tolerancia y a tu vista (como en los casos arriba expuestos), retuve después tal posesión durante el tiempo que señala la ley para que una posesión pueda considerarse como que no se quiere tener [*pro derelicto*] o que se abandona? ¿Qué diríamos en segundo lugar, si arrendé una cosa tuya, y una vez terminado el arriendo te manifesté expresamente no querer tenerla arrendada en adelante y, sin embargo, permi-

(1) Como consta por la ley 2.ª, §. *si a pupillo*, Digesto, tít. *pro empto* y por la ley final, § *sin autem* del Código, tít. *communio de legatis*.

(2) Según consta por todo el tít. *de donatione inter virum* del Digesto, Código y Decret.

(3) Según el cap. final *de praescript*.

& quarto si ad tempus indefinitum eam rem mihi concesseras precario, & postea expressim dixi tibi, me eam possessionem ut precariam amplius nolle habere, & nihilominus tolerasti me in eius possessione permanere per tempus ad possessionis tacitam desertionem a lege definitum (ut enim precarium differat a commodato docet Barto. in l. ii. in prin. ff. si cer. pet.) Aut quid & quinto si custodiae, & depositi causa eam dederas, & postea tibi expressim dixi, me in posterum eam rem ut depositam nolle tenere, & tu tolerasti eam me possidere per tempus a lege definitum ad praesumendam tacitam possessionis desertionem. Aut quid & sexto si in ea re ad tempus habebam usumfructum, quo finito expressim dixi tibi, eam me ususfructus nomine amplius nolle habere, & nihilominus tolerasti eam me possidere per tempus lege definitum, ad praesumendam tacitam possessionis desertionem. Aut quid & septimo si cum usus causa eam prius tenerem idem contigit. Aut quid & octavo si cum census annui praestandi causa eam tenerem, redempto illo censu, eam non reddidi, & ille toleravit me eam refinere. Aut quid & decimo si pignoris, aut hypothecae nomine eam tenebam, & debito soluto idem contigit.

In omnibus enim his speciebus, & similibus constat, me permanere in illius rei possessione sine ullo titulo habili ad transferendum dominium, sed tamen in omnibus his speciebus constat me habere possessionem vitio carentem, vel saltem rei detentionem corporalem vitio carentem, & consequenter posse me praescribere eam, quod quasi volente, & concedente domino (hoc est eo quem dominum esse putabam) sum in ea possessione, vel detentione, id quod sufficere ad praescribendum ostendimus per dict. l. si id quod, cum similib. supra allegatis, quod tamen contingit non

tiste que yo continuara poseyéndola el tiempo que la ley señala para que la posesión se considere abandonada? O ¿qué diríamos, en tercer lugar, si me prestaste una cosa tuya para un tiempo determinado, y pasado éste te dije expresamente que no quería tenerla por más tiempo a título de comodato y con todo toleraste que permaneciera poseyéndola el tiempo fijado por la ley para que la posesión se tenga por abandonada? ¿Qué, en cuarto lugar, si me habías concedido en precario para un tiempo determinado aquella cosa tuya, y después te manifesté expresamente que no quería tener por más tiempo aquella posesión como precaria y, sin embargo, toleraste que permaneciera en mi posesión el tiempo señalado por la ley para el tácito abandono de la misma? (En qué se diferencien lo precario y el comodato lo enseña Bartolo al comentar la introducción de la ley 2.^a del Digesto, título *si certum petatur*). O ¿qué diríamos, en quinto lugar, si me habías dado aquella cosa como en custodia y depósito y después te dije expresamente que yo no quería tenerla en adelante como depositada y tú toleraste que continuara en mi posesión el tiempo que la ley señala para que se reputé tácitamente abandonada la posesión? O ¿qué, en sexto lugar, si tenía el usufructo de aquella cosa durante un tiempo determinado, y pasado éste, expresamente te manifesté que no quería tenerla por más tiempo a título de usufructo y tú, sin embargo, toleraste el que la poseyera durante el tiempo que la ley fija para que tácitamente se considere abandonada la posesión? ¿Qué diríamos, en séptimo lugar, si poseyéndola primero a título de uso, después aconteció lo mismo que en los casos anteriores? ¿Qué, en octavo lugar, si poseyéndola dentro de un tiempo determinado a título de superficie, después aconteció lo propio? ¿Qué, en noveno lugar, si poseyendo aquella cosa en razón de tributar algún censo anual, una vez redimido tal censo, no devolví la cosa, y él toleró que yo la retuviera? O ¿qué diríamos, en décimo lugar, si retenía yo la cosa a título de fianza o de hipoteca y una vez pagada la deuda aconteció lo que en los anteriores casos?

Ciertamente, en todos estos y semejantes casos es evidente que persevero en la posesión de aquella cosa sin título alguno apto para trasferir la propiedad, pero, sin embargo, consta también que en todos ellos tengo una posesión libre de

uno ictu, sed per medium alterius requisitionis, nam per tempus lege definitum ad praesumendam tacitam possessionis desertionem eam possessionem quasi a priori possessore abscedentem ad meq; transvolantem nactus videor, & ex tunc videor iustus possessor ad inchoandam proprietatis praescriptionem.

17. † Nec vos decipiat d. l. si id quod. ff. pro derelict. ubi maritus ille simul ac sibi ab uxore res tradita fuit, statim inchoavit proprietatis praescriptionem, nam illud ideo ibi contigit, quia statim constabat ipsam uxorem voluisse desinere possidere possessionemq; in maritum transferre ut ibi & l. prima. §. si vir, ff. de acquiren. possession. Caeterum in decem speciebus supra relatis non constabat, nec praesumebatur quod prior possessor idemq; dominus verus, vel putativus, vellet statim desinere possidere eamq; possessionem in me transferre, sed is animus possessionis deserendae demum post tempus lege definitum praesumitur. In omnibus ergo his decem speciebus, & similibus constat sine ullo titulo habili ad transferendum dominium contingere praescriptionem, quamvis contrarium totus mundus existimaverit. Deinde constat sine ea bona fide, quod possessor domini cogitatione possideat contingere praescriptionem, quinimo etiam si persuasum habeat alium esse rei illius dominum, quamvis totus mundus huc usque contrarium existimaverit, quae omnia nullus unquam sic forte percepit, aut proxime accessit.

18. His omnibus minime adversatur † l. neque fructuarium, C. de usufruc. ubi fructuarius contra dominum, quandiu possidet tanquam fructuarius, praescribere non potest, sed

vicio, o por lo menos la retención corporal de la cosa exenta de vicio, y por consiguiente, que puedo conseguir su prescripción, porque me hallo en aquella posesión o retención de la cosa como por voluntad y concesión del dueño (es decir, de aquel que yo consideraba serlo), lo que hemos ya demostrado ser suficiente para la prescripción, basados en la ley *si id quod* y en otras semejantes arriba citadas. Lo que, sin embargo, no sucede de un solo salto, sino por medio de otro requisito, ya que se considera que por el trascurso del tiempo fijado por la ley para que se tenga tácitamente por abandonada una posesión, he adquirido yo tal posesión que en cierto modo se separa del antiguo posesor y se traslada a mí, y ya desde entonces soy considerado justo posesor para dar comienzo a la prescripción de la propiedad.

Ni os ha de inducir a engaño la citada ley *si id quod* (1), en donde aparece que aquel marido tan pronto como la esposa le entregó la cosa de que allí se trata, da principio a la prescripción de la propiedad, porque ésto sucede en aquel caso porque allí nos constaba que era voluntad de la esposa el cesar de poseer y el traspasar la posesión a su marido (2). Mientras que en los diez casos arriba expuestos, ni constaba, ni podía presumirse, que el primer posesor, y a la vez verdadero dueño, o por tal tenido, quisiera renunciar al punto a la posesión y trasladarla a mí, sino que esta intención de abandonar la posesión sólo se presume después de trascurrir el tiempo fijado por la ley. Así, pues, en todos estos diez casos y en otros semejantes, consta que sin título alguno apto para transferir la propiedad, tiene lugar la prescripción, aun cuando todo el mundo hubiera juzgado lo contrario. Consta en segundo lugar, que sin aquella buena fe, que consiste en que el posesor retenga la posesión considerándose dueño, tiene también lugar la prescripción, y lo que es más, aun cuando esté persuadido ser otro el dueño de la misma, sin que sea obstáculo el que hasta hoy todos los autores hayan juzgado lo contrario; doctrina ésta que tal vez nadie haya desentrañado de este modo, ni aun siquiera aproximádose a esta explicación.

17.

(1) Digesto, tít. *pro derelicto*.

(2) Según consta por dicha ley y por la ley 1.^a, §. *si vir* del Digesto, tít. *de acquirenda possessione*.

postquam ex alia causa possidere coepit bene praescribere incipit, ut ibi expressum est, sicq; primum responsum illius textus non obest nobis, quia ponimus inchoari praescriptionem post finitam primam causam, quae alterum in dominum recognoscebat, secundum autem responsum nostras sententias egregie probat, quatenus post finitam primam possidendi causam significat eum posse praescribere.

19. Hactenus † quando ea res aliena erat, hoc est, non prioris possessoris a quo ego causam habui, sed alterius contra quem praescripsi, nam in his terminis loquitur d. l. si id quod, & locuti nos sumus; quid autem si ea res ipsiusmet primi possessoris erat, a quo ego causam possidendi praesumptam habui, an postquam nactus sum possessionem per tempus lege definitum ad praesumendam eius tacitam desertionem, an (inquam) ex tunc possim proprietatis praescriptionem inchoare contra ipsummet, movet quaestionem quod ad praescribendum requiritur iusta possidendi causa, quae hic non videtur adesse, cum quasi precario in decem speciebus supra memoratis ab ipsomet contra quem praescribere paro, videar possidere, ut supra diximus, adhuc tamen magis est ut praescriptio possit contingere praecedente tamen possessionis mutatione, nam si ille per tempus lege definitum ad praesumendam tacitam possessionis desertionem me possidere eam rem toleraverit, perq; hoc possessio ab eo abscesserit, & ad me transvolaverit, iam non precario (ut antea) sed meo iure possidere videor, sicq; nihil impedimento est, quin proprietatis praescriptionem possim inchoare, quinimo contra ipsummet longe iustius, quam contra alterum tertium currit praescriptio, cum absentis ignorantiae esset indulgendum (argumen. eorum, quae

En nada se opone a lo dicho la ley *neque fructuarium* (1) 18. por la que consta que el usufructuario no puede conseguir la prescripción contra el dueño, mientras posee la cosa como usufructuario, pero cuando empezó a poseer por otra causa puede muy bien empezar a prescribir, según allí se expresa; de este modo la primera solución de aquel texto en nada nos perjudica, porque nosotros afirmamos empezar la prescripción después de terminada la primera causa por la que se reconocía al otro como dueño; y la segunda respuesta prueba admirablemente nuestras opiniones, puesto que una vez terminada la primera causa de aquella posesión, declara que puede conseguir la prescripción.

Hasta aquí hemos tratado del caso en que aquella cosa fuera ajena, es decir, que no perteneciera al anterior poseedor, de quien procedía la causa de mi posesión, sino que era de otro contra quien conseguí la prescripción, porque en este sentido habla la citada ley *si id quod* y en el mismo hemos tratado nosotros la cuestión. Pero ¿qué diríamos si aquella cosa era propiedad del mismo antiguo poseedor de quien procedía la causa presunta de mi posesión? ¿Podría entonces, después de haber retenido la posesión durante el tiempo fijado por la ley para que tácitamente se presuma abandonada por él dicha posesión; podría, repito, desde entonces dar comienzo contra él a la prescripción de la propiedad? Suscita esta cuestión el que para la prescripción se requiere justa causa de poseer, que no parece existir aquí, puesto que en los diez casos arriba citados parece que tengo la posesión como recibida en precario del mismo individuo contra quien me dispongo a conseguir la prescripción, según lo hemos expuesto arriba; sin embargo, es aún más probable que pueda tener lugar la prescripción, aunque precediendo antes el cambio de posesión. Porque si él hubiera tolerado el que yo hubiera retenido la posesión de aquella cosa durante el tiempo señalado por la ley para suponer tácitamente abandonada la posesión y por este hecho la posesión se hubiera apartado de él y pasado a mí, ya no parece que tengo la posesión en precario (como antes), sino por propio derecho y por tanto no existe ya impedimento alguno para que pueda dar comienzo a la prescripción de la propiedad; más aún, con

(1) Del Código, tít. de usufructu.

tradunt Bartol. & alii in l. fina. C. de longi tempor. praescrip.
dum contendunt succurri restitutione ei, cuius ignorantis res
praescripta est, de cuius veritate alibi agemus) quae ratio
cessat in sciente & patiente arg. l. cuius per errorem. ff. de
reg. iur. d. l. alienationis verbum. ff. de verb. sig. ibi, vix
est enim & de l. si quis diuturno, in prin. & d. §. fi. insti. de
iniur. d. l. si ego. §. i. ff. de pub. in rem act. & d. l. si id
quod ff. pro dereli. ibi, quasi volente & concedente, & mea
possessio quae prius illegitima erat (hoc est detentatio
tantum erat) ipso temporis tractu fuit legitimitata vel (ut rectius
loquar) transformata & de nuda detentatione in veram pos-
sessionem transformata, quod nota, quia nullus unquam
forte ita cogitavit.

mucha mayor justicia corre la prescripción contra éste, que correría contra un tercero con cuyo desconocimiento habría de tenerse indulgencia (como lo prueban las razones que Bartolo y otros autores exponen al comentar la ley final del Código en el título de *longi temporis praescriptione*), al defender que se favorece con la restitución *in integrum* a aquel cuya cosa ha prescrito ignorándolo él, habiendo tratado ya en otra parte, qué verdad encierre esta doctrina; pero esta razón no tiene fuerza tratándose de quien tiene de ello conocimiento y lo tolera (1). Por otra parte, aquella posesión mía, que en un principio era ilegítima (ésto es, una pura retención del objeto), se legitimó por el mismo trascurso del tiempo, o (hablando con más propiedad) se trasformó y de pura retención que era se convirtió en verdadera posesión. Lo que has de tener presente porque tal vez ningún autor discurrió de este modo sobre ello.

(1) Según la ley *cuius per errorem* del Digesto, tit. *de regulis iuris*; la ley *alienationis verbum*, Digesto, tit. *de verborum significatione* en las palabras *vix est enim*; el §. final de la Instituta *de iniuriis*; la ley *si ego*, §. 1.º del Digesto, tit. *de publiciana in rem actione*, y la ley *si id quod* del Digesto, tit. *pro derelicto* en las palabras *quasi volente et concedente*.



CAPUT LXVI

SUMMAE

1. *Divisio ex diutina separatim possessione praesumitur etiam si partes essent inaequales vel ageretur de magno praeiudicio, cum multis contra multos.*
2. *Intellectus. l. filiusfamilias. C. de petitio. haeredita.*
3. *Intellectus. l. qui in aliena. ff. de acqui. haeredi.*
4. *Intellectus. l. si quis diuturno. ff. si ser. vendi.*
5. *Tempus longum facit praesumi aditionem haereditatis, licet agatur de magno praeiudicio, contra multos & praesumi filii consensum, licet agatur de magno praeiudicio, & aliae tres conclusiones contra Docto.*
6. *L. si mater. C. de inoffic. testamento.*

1.



OLLIGITUR veram esse opinionem Glo
quae communiter appro. in l. pen. C.
commu. divi. quae ait, quod si fratres
haereditatem patris sui diu separatim
possederunt, praesumitur inter eos facta
divisio, & eam communiter app. saepe dicunt Franciscus
Balbus de praescript. in. i. par. iii. par. prin. q. x. nu. 39. &
Andraeas Tiraquell. de praesc. §. i. glo. iiii. ver. xiiii. & rursus
vers. xxxix. id quod latius supra repetiimus, quod multi
tenent contrarium. Sed glossae opinione retenta, ea limitatur
communiter, ut procedat eo casu quo inter eos fratres, si

CAPÍTULO LXVI

SUMARIO

1. La posesión por separado de los bienes, durante mucho tiempo, hace que se presuma la división de los mismos aun cuando las partes fueran desiguales o aun cuando se tratara de grave perjuicio; con muchos autores en contra también de otros muchos.
2. Sentido de la ley *filiusfamilias* del Código, título *de petitione haereditatis*.
3. Sentido de la ley *qui in aliena* Digesto, título *de acquirenda haereditate*.
4. Sentido de la ley *si quis diuturno* Digesto, título *si servitus vindicetur*.
5. El largo tiempo trascurrido hace que se presuma la adición de la herencia, aun cuando se trate de grave perjuicio, contra muchos autores; y que se presuma el consentimiento del hijo aun cuando se trate de perjuicio grande, junto con otras tres conclusiones, contra algunos doctores.
6. Sentido de la ley *si mater* del Código, título *de inofficioso testamento*.

1. Síguese de lo dicho ser verdadera la opinión de la glosa, comúnmente aprobada por los autores (1), que dice, que si los hermanos poseyeron separadamente durante mucho tiempo la herencia de su padre, se presume haber tenido lugar la división de la herencia entre ellos; glosa aprobada generalmente, según repetidas veces lo afirman Francisco Balbo (2) y Andrés Tiraqueau (3), lo mismo que más exten-

(1) En la ley penúltima del Código, tít. *communi dividundo*.

(2) *De praescript.*, en la 1.^a parte de la 3.^a parte principal, cuest. 3.^a, núm. 39.

(3) *De praescript.*, §. 1.^o, glos. 4.^a, versic. 14 y de nuevo en el versic. 39.

abintest. successerunt, partes possessae diu essent aequales, vel si ex testamento possedissent, essent partes possessae commensuratae portionibus haereditariis; ita tenent Bald. & Paul. Castren. in d. l. pen. Franc. Balbus ubi supra nu. 44. post Alex. quem allegat consil. xxv. attentis col. iiii. lib. v. Felin. in c. sicut, col. xiiii. de re iudi. qui alios allegat huius sententiae fautores, quam limitationem ait esse veram & communem Balb. ubi supra nu. 45. eamq; sequitur Andraeas Tiraquell. ubi supra versic. xiiii. in fi. & rursus versi. xxxix. Alex. tamen consil. xcii. viso & discusso lib. ii. tenet illam Gloss. generaliter procedere neq; hanc limitationem veram esse, idem vult Salicetus in d. l. pe. & Anto. Butrius in c. pervenit, de censibus & Areti. in. §. fi. instit. de soci. sed haec limitatio vera non est, quia nititur in alia limitatione, nempe quod ea Glo. procedat quando agitur de modico praeiudicio, non sic si ageretur de magno, id quod verum non esse continuo edocebimur & supra attigimus.

Dicta Gloss. ii. limitatur ut procedat solum quando ageretur de levi praeiudicio non sic si de magno ageretur, tunc enim ex diuturnitate temporis etiam scientia & patientia concurrente non induceretur consensus, ita tenet Bar. in l. cum de in rem verso, col. iii. ff. de usuris generaliter intelligens ex diuturna scientia & patientia in his quae gravis sunt praeiudicii, minime induci concessionem, sequuntur ita intelligentes tex. in l. nullo. C. de rei vend. cum simi. Raphael Fulgosius in l. i. col. pen. & las. col. v. C. qui admitti. Idem Bart. in q. sua incip. mulier habens amplum patrimonium. Idem Bar. in l. i. col. pe. ff. de aqua pluvi. arc. Paulus Castren. in l. si filiusfamilias, C. de peti. haeredi. Alex. in l. qui in aliena, in

samente hemos repetido arriba, por ser muchos los autores que opinan en contra.

Pero aun admitida la opinión de la glosa, se la restringe generalmente a que tenga lugar en el caso en que las partes poseídas por mucho tiempo por aquellos hermanos fueran iguales, si la sucesión había sido abintestato, y si entraron en posesión de ellas en virtud de testamento, si las partes poseídas se ajustaban a las porciones hereditarias; así lo defienden Baldo, Pablo de Castro (1), Francisco Balbo (2), siguiendo el sentir de Alejandro a quien cita (3), Felino (4), que alega otros autores que defienden esta opinión; Balbo (5) dice que esta restricción es verdadera y comúnmente admitida, lo mismo que defiende Andrés Tiraqueau (6). Sin embargo, Alejandro (7) sostiene que la doctrina de aquella glosa tiene sentido general y que no es verdadera esta restricción; lo mismo que opina Salicet (8), Antonio Butrio (9), y el Aretino (10). Ciertamente, tal limitación no es conforme a verdad, porque se basa en otra limitación, a saber, que dicha glosa es verdadera cuando se trata de un perjuicio leve, pero no cuando se tratara de uno grave, lo que carece de verdad, conforme lo veremos inmediatamente y según lo hemos ya tocado antes de paso.

La segunda restricción que señalan a la citada glosa es ésta; que sólo tenga cumplimiento cuando se trate de un perjuicio leve, pero no si éste fuera grave; porque en este caso no se supondría el consentimiento en virtud del largo tiempo trascurrido, aun acompañado de la ciencia y paciencia; así lo defiende Bartolo (11), entendiendo de un modo general no producir en absoluto una concesión la sola ciencia y

- (1) Al comentar la citada ley penúlt. del Código, *communi div.*
- (2) *Ubi supra*, núm. 44.
- (3) En el dictamen 25 que empieza *attentis*, colum. 4.^a, lib. 5.^o
- (4) En el cap. *sicut*, colum. 14 de *re iudicata*.
- (5) *Ubi supra*, núm. 45.
- (6) *Ubi supra*, versic. 14 al final y de nuevo en el versic. 39.
- (7) Dictamen 92 *viso et discusso*, lib. 2.^o
- (8) En la citada ley penúlt. *comm. div.*
- (9) En el cap. *pervenit, de censibus*.
- (10) En el §. final de la Instituta de *societate*.
- (11) Comentando la ley *cum de in rem verso*, colum. 3.^a, Digesto, de *usuris*; lo mismo repite en la cuestión *mulier habens amplum patrimonium* y la ley 1.^a, colum. penúlt. del Digesto, tit. de *aqua pluvi. arcend.*

- prin. ff. de acqui. haere. Idem Alex. in l. sciendum, col. iiii. ff. de verb. obliga. Panor. in c. fi. col. iii. de causa possessio. & propri. Alex. consi. xx. viso processu, col. fi. lib. iiii. & consil. v. viso & diligenter, col. pen. eod. lib. Andraeas Tiraquell. de praescri. §. i. Glo. iiii. versi xxxix. Bar. Soci. consi. ccliiii. col. ii. lib. ii. Philippus Decius consi. ccccxliiii. Idem Decius in c. l. col. vi. de fide instru. Franci. Balbus de praescript. in. i. par. iii. partis prin. q. x. nu. 7. versi. ex quo infertur, &
2. iterum num. 44. versi. nunc limita. † & hi omnes fere intelligunt similiter quod d. l. si filiusfamilias. C. de peti. haeredi. procedit quia de modico praeiudicio agebatur, locum minime
3. habitura, si magno de praeiudicio ageretur. † Iidemq; fere omnes intelligunt eodem modo text. in d. l. qui in aliena, versi. sed si non adierit, ut ibi ageretur de modico praeiudicio eumq; textum locum minime habiturum si magno vel me-
4. diocri de praeiudicio ageretur, † & in eundem sensum acceperunt iidem omnes tex. in d. l. si quis diuturno, in princ. ff. si servitus vendi. ut & ibi modico de praeiudicio ageretur, illo textu locum non habituro si magno de praeiudicio aut forte de mediocri ageretur.
5. † Unde fit consequens ex mente ipsorum, quod si in terminis dictae l. si filiusfamilias ea haereditas multis oneribus esset implicita, tunc ex diuturna illa possessione non praesumeretur patris consensus, & quod in terminis. d. l. qui in aliena, si onerosa multo esset illa haereditas ex diuturna patris possessione non praesumeretur filii consensus in ea adeunda, & quod in terminis. d. l. si quis diuturno, servitus illa praedialis esset nimis noxia praedio servienti, ex illa

tolerancia durante mucho tiempo, en aquellas cosas que son de grave perjuicio; siguen la misma opinión, explicando en este sentido la ley *nullo* (1), Rafael Fulgosio (2), Jasón (3), Pablo de Castro (4), Alejandro (5), el Panormitano (6), Andrés Tiraqueau (7), Bartolomé Socino (8), Felipe Decio (9) y Francisco Balbo (10). Casi todos estos autores son también de parecer que la citada ley *si filiusfamilias* (11) tiene cumplimiento porque se trata de un perjuicio insignificante, pero que no tendría lugar en absoluto, si el perjuicio fuera grande. Asimismo casi todos ellos entienden de igual manera el texto de ley *qui in aliena*, en el versículo *sed si non adierit*, en el caso de que allí se trate de un perjuicio pequeño, pero que tal texto no tendría cumplimiento en absoluto si el perjuicio fuera grave o mediano. En el mismo sentido admitieron todos estos autores el texto de la ley *si quis diuturno* (12), siempre que en él se tratara de un perjuicio leve, pero que tal texto no tendría lugar si se tratara de un perjuicio grande y aun tal vez mediano.

De donde se sigue, según la mente de dichos autores, que si en los términos de la citada ley *si filiusfamilias* aquella herencia estuviese gravada con numerosas cargas, no se presumiría el consentimiento del padre por aquella posesión duradera; del mismo modo que en materia de la citada ley *qui in aliena*, si aquella herencia estuviese sujeta a muchas cargas, la posesión duradera por parte del padre, no haría que se presumiera el consentimiento del hijo para adirla; asimismo,

(1) Del Código, tít. *de rei vindicatione* con otras semejantes.

(2) En la ley 1.^a, colum. penúlt. del Código, tít. *qui admitti*.

(3) En la colum. 5.^a sobre la misma ley.

(4) En la ley *filiusfam.* del Código, *de pet. haereditatis*.

(5) En la ley *qui in aliena*, Digesto *de acquir. haeredit.* y en la ley *sciendum*, colum. 4.^a, Digesto *de verbor. obligatione*, como también en el dictamen 20, *viso processu*, colum. final, lib. 4.^o y en el dict. 5.^o, *viso et diligenter*, columna penúlt. del mismo libro.

(6) En el cap. final, colum. 5.^a *de causa possession. et proprietat.*

(7) *De praescript.*, §. 1.^o, glos. 4.^a, versic. 39

(8) Dictamen 254, colum. 2.^a, lib. 2.^o

(9) Dictamen 44 y cap. 1.^o, colum. 6.^a *de fide instrumentali*.

(10) *De praescript.* en la 1.^a parte de la 3.^a parte principal, cuest. 10.^a, núm. 7, versic. *ex quo inferitur* y de nuevo en el núm. 44, versic. *nunc limita*.

(11) Del Código, tít. *de petitione haereditatis*.

(12) En la introducción, Digesto *si servitus vindicetur*.

diuturna scientia, & patientia non praesumeretur consensus domini praedii servientis, nec servitus illa praescripta videretur. Quarto inde consequens quoq; fieret, ut si esset magna inaequalitas inter portiones quas fratres diu separatimq; ex haereditate patris intestati possederunt non praesumeretur divisio: idemq; si testator paterfamilias decessisset, & magna esset inaequalitas, habita ratione portionum testamento relictarum.

Quinto consequens fieret, ut si quis diu rei meae usumfructum quasi possedit me sciente, & patiente eum non praescribere, quod multi supra relati in specie tenuerunt, quae omnia minime vera esse, supra ostendimus per plura, quam quinquaginta fundamenta legum, & rationum quas con-gessimus supra cap. superioribus quas non expedit repetere: & quia admissis opinionibus doctorum misere violantur, & restringuntur generalitates dictarum legum, nempe d. l. si filiusfamilias, quae non distinguit utrum haereditas sit onerata an opulenta. & d. l. qui in aliena quae similiter non distinguit utrum onerata an opulenta esset haereditas, & d. l. si quis diuturno, quae similiter non distinguit utrum noxia nimis an leviter tantum esset ea servitus, de qua praescribenda ibi agebatur, & Gloss. d. l. pen. quae similiter non distinguit utrum modica an non modica esset
 6. portionum possessarum disparitas, † & addo egregium textum in simili iuncta sua Gloss. singulari, & ibi communiter app. in l. si mater, C. de inofficio. testamen. ubi mater filios suos haeredes scripserat, & deinde in puerperio alterius filii decesserat, ita quod non habuit spatium mutandi testamenti, & ne illius filii sic praeteriti occasione id testamentum

que en los términos de la dicha ley *si quis diuturno*, si aquella servidumbre de un fundo fuera demasiado perjudicial al predio sujeto a tal servidumbre, la ciencia y tolerancia durante largo tiempo, no harían que se presumiera el consentimiento del dueño del fundo gravado con tal servidumbre, ni se consideraría haber ésta prescrito. De lo mismo seguiríase también, en cuarto lugar, que si hubiera una notable desigualdad entre las partes que por mucho tiempo y separadamente poseyeron los hermanos por la herencia del padre muerto abintestato, que no se presumiría la división; lo mismo que si habiendo muerto el padre con testamento, hubiera gran desigualdad con relación a las porciones dejadas en el testamento.

Seguiríase en quinto lugar que si alguno hubiera estado por mucho tiempo en cuasi-posesión del usufructo de una cosa mía, sabiéndolo y tolerándolo yo, que no obtendría la prescripción, cosa que admitieron expresamente muchos de los autores arriba citados. Pero todas estas afirmaciones se apartan del todo de la verdad, conforme lo dejamos demostrado arriba por más de cincuenta argumentos de leyes y razones que dejamos reunidas en anteriores capítulos y que no es preciso repetir aquí. Además de que admitidas las opiniones de estos doctores, se quebranta y restringe en extremo el sentido general de las citadas leyes; a saber, el de la ley *si filiusfamilias* que no hace distinción si la herencia está llena de cargas o si es opulenta; el de la ley *qui in aliena* que del mismo modo no hace distinción entre la herencia gravada de cargas y la herencia rica; el de la ley *si quis diuturno* que tampoco distingue si la servidumbre, de cuya prescripción allí se trata, era gravemente perjudicial o sólomente leve, y finalmente el sentido de la citada glosa (1), que tampoco hace distinción sobre si era pequeña o no la desigualdad de las partes poseídas. A tales razones añado el notable texto de la ley *si mater* (2), juntamente con su glosa aprobada generalmente por los autores al comentar tal ley, donde en parecido caso se hace constar que una madre había instituido herederos a sus dos hijos, y que después había muerto de sobreparto de un tercer hijo; como no tuvo

6.

(1) De la ley penult. del Código en el tít. *communi dividundo*.

(2) Código, tít. *de inofficioso testamento*.

rescinderefur, Imperator introduxit, eum filium pro instituto habendum, disputat Gloss. (quam ibi communiter appro. diximus) an ea lex legisve beneficium procedat etiamsi filii fuissent ibi inaequaliter instituti, & ait ita esse. Sic ergo & in specie d. Glo. d. l. penul. inaequalitas portionum possessarum nihil istorum mutare debet non magis, quam in terminis d. l. si mater. Astringitur hoc fundamentum, nam beneficia facilius perire solent, quam quae competunt iuxta rigorem iuris communis, l. eius militis §. milita missus, ff. de mil. testa. unde si ex inaequalitate portionum non desinit locum habere beneficium, d. l. si mater, multo minus ex tali inaequalitate portionum possessarum locum habere desinit praesumptio de qua in Glo. d. l. pen. quae descendit ex mero iuris rigore. Adde Andr. Tiraquel. ubi supra vers. xxxix. ibi sunt & qui hoc limitant post Paul. Castr. & Fulgos. quos alleg. & plures alios in ver. sed & multi.

Tenendo nostras sententias quae re vera, & aequiores sunt, & legum nostrarum (ne misere violentur & restringantur) tutrices, tunc ad l. nullo, C. de rei vendication. (in qua iacet unicum contrarium existimantium fundamentum) facilis est, & perspicua solutio, & sensus verus, nihil enim commune habet rerum substantia, aut essentia cum ipsarum rerum probatione, l. duo sunt Titii, ff. de testamen. tut. ibi, non ius deficit, sed probatio. l. obligationum substantia, in princip. iuncto, §. fina. ff. de actio. & obligation. & leges soli possessioni temporis legitimi concedunt lucrum per praescriptionem proveniens, l. iii. ff. de usucapion. dixi plene, §. lxxvii. numero. 10. ab hac regula lucrum tali possessioni deferente, excipitur ille casus, quo ea possessio

tiempo, pues, de cambiar el testamento y para que éste no se rescindiera con ocasión del tercer hijo, no incluido, el Emperador declaró que aquel hijo debía ser tenido como heredero instituido; trata allí la glosa (que hemos dicho admitir generalmente los autores al comentar tal lugar), si aquella ley o aquel beneficio de la ley tendría también cumplimiento aun cuando los hijos hubieran sido allí instituidos herederos en partes desiguales, y contesta que aun en este caso; del mismo modo, pues, con respecto a la glosa de la citada ley penúltima, la desigualdad de las porciones poseídas, no debería introducir cambio alguno en esta materia, como no la introduce tratándose de los términos de la citada ley *si mater*. Este argumento se refuerza por la razón de que más fácilmente suelen perderse los beneficios, que lo que nos compete en rigor de derecho común (1); si, pues, por la desigualdad de las partes no deja de tener lugar el beneficio (2), mucho menos dejará de tener lugar, por la desigualdad de las partes poseídas, aquella presunción a que se refiere la glosa de la citada ley penúltima (3), y que nace del estricto rigor de derecho. Defiende nuestra opinión Andrés Tiraqueau (4), siguiendo el sentir de Pablo de Castro y de Fulgoso, a quienes cita, como también a otros numerosos autores (5).

Admitiendo nuestras opiniones que son realmente más justas y defensoras de nuestras leyes (para que éstas no sean miserablemente violadas y restringidas) en tal caso a la citada ley *nullo* (6), en la que estriba el único fundamento de los defensores de la contraria opinión, es fácil hallar una clara solución y un sentido verdadero, puesto que nada tienen de común la esencia y sustancia de las cosas, con la prueba de las mismas cosas (7); y las leyes sólo conceden el lucro,

(1) Conforme a la ley *eius militis*, §. *militia missus* del Digesto, tít. de *militari testamento*.

(2) Según la citada ley *si mater*.

(3) Código *communi dividundo*.

(4) *Ubi supra*, versic. 39 en las palabras *sunt qui hoc limitant*.

(5) En el versic. *sed et multi*.

(6) Del Código, tít. de *rei vindicatione*.

(7) Así consta por la ley *duo sunt Titii*, Digesto de *testamento* en las palabras «no falta el derecho, sino su prueba», juntamente con la ley *obligationum substantia* en la introd. y en el §. final, Digesto, tít. de *actionibus et obligationibus*.

iniusta, & intolerabilis esset, l. final. ff. pro suo. l. non solum, §. quod vulgo. l. Celsus. ff. de usucap. l. quod vulgo, ff. pro emptore. l. fina. C. pro dona, l. si vir, ff. eod. l. si id quod, ibi quasi volente, & concedente domina, ff. pro dereli. in princip. instit. de usucap. l. unica, C. de transac. usucap. l. diutina C. de longi tempo. praesc. iustam autem causam possidendi (quod attinet ad praescribendum) habere intelligitur, qui possidet de voluntate domini, d. l. si id quod. d. l. si uxor, etiam si causa, & occasio dominicae concessionis esset a lege improbata ut dd. ll. iuncto titulo, ff. & C. & in decre. de dona. inter virum & uxorem, ergo in specie nostra qui non solum sciente, sed etiam longo tempore patiente domino possedit, non dubium est quin possideat ex domini voluntate, & consequenter iustam, quinimo longe iustiore causam habere videtur, quandoquidem huic possessioni non dedit originem occasio a lege improbata, id quod contigit in terminis d. l. si vir, & d. l. si id quod. Praeterea si titulus habitus a non domino praebet iustam causam possidendi etiamsi is dominus esset absens, & ignorans, iuxta l. final. C. de longi tempo. praescrip. iunctis legibus supra allegatis, quanto iustius praebere causam praescribendi titulus habitus ab ipsomet domino, ut argumen. per totum C. de reb. al. non alie.

Nec dubium est quin ex iustissima legis interpretatione ab ipsomet domino titulus (hoc est iusta possidenti causa) datus intelligatur eo ipso, quod rem suam a me possideri diu concessit dict. l. si id quod. d. l. si vir. cum mille iuribus, & rationibus superiore c. allegatis.

que sobreviene en virtud de la prescripción, a la posesión durante el tiempo por ellas señalado (1); de esta regla, que otorga el lucro a tal posesión, se exceptúa el caso en que aquella posesión fuera injusta e intolerable, según consta por numerosas leyes (2). Ahora bien, aquel se considera tener causa justa de posesión (en lo que se refiere a la prescripción) que posee la cosa por concesión del dueño (3), aun cuando la causa y ocasión de aquella concesión del dueño estuviera condenada por la ley, según consta por las citadas leyes, juntamente con el título *de donation. inter virum et uxorem* del Digesto, Código y Decretales; luego en nuestro caso quien retuvo la posesión no sólo sabiéndolo el dueño, sino tolerándolo éste durante largo tiempo, no cabe la menor duda de que tiene la posesión con la voluntad del mismo, y por consiguiente parece tener justa causa de poseer, más aún, tanto más justa cuanto que a tal posesión no dió origen una ocasión condenada por la ley, como sucede según los términos de la ley *si vir* y de la ley *si id quod*. Además, si el título recibido de quien no era dueño nos otorga justa causa de poseer, aun cuando el verdadero dueño estuviera ausente y lo desconociera (4), ¿con cuánta mayor justicia nos dará fundamento para conseguir la prescripción el título recibido del mismo dueño, conforme lo prueba todo el título del Código *de rebus alienis non alienandis*?

Ni cabe la menor duda de que, según justísimamente interpreta la ley, se considera otorgado por el mismo dueño el título (esto es, una causa justa de poseer) por el mero hecho de haber concedido el que poseyera yo una cosa suya por mucho tiempo, según se desprende de la ley *si id quod* y

(1) Según la ley 9.^a del Digesto, tít. *de usucapione*, y de ello he tratado extensamente en el §. 77, núm. 10.

(2) Tales son: la ley final del Digesto, tít. *pro suo*; la ley *non solum*, §. *quod vulgo*; la ley *Celsus*, Digesto *de usucapione*; la ley *quod vulgo*, Digesto, *pro emptore*; la ley final del Código en el tít. *pro donato*; la ley *si vir*, Digesto del mismo título; la ley *si id quod* en las palabras «como queriéndolo y concediéndolo la dueña» del Digesto, *pro derelicto*; la introd. de la Instituta *de usucapione*; la ley única del Código en el tít. *de transac. usucapion.* y la ley *diutina* del Código, tít. *de longi temporis praescript.*

(3) Según las citadas leyes *si id quod* y *si uxor*.

(4) Conforme a la ley final del Código, tít. *de longi temporis praescriptione*, juntamente con las leyes arriba citadas.

Ergo non abnegamus quin ad praescribendum sit necessarius titulus (hoc est iusta causa possidendi) ut dicitur in dict. leg. nullo, sed in omnibus speciebus supra relatis affirmamus interfuisse non solum iustam sed etiam longe iustiorrem possidendi causam quam in terminis. d. l. nullo, & consequenter continget praescriptio longe facilius & iustius quam in terminis d. l. nullo. aut d. l. fi. C. de lon. temp. praescri. quia titulus qui a d. l. nullo, cum simi. desideratur in usucapionibus vel praescriptionibus nihil aliud est, quam iusta causa possidendi ut proclamant sic declarantes quam plures leges. d. l. non solum. §. quod vulgo. d. l. quod vulgo. d. l. fin. ff. pro suo. d. l. si id quod. d. l. si vir uxori. l. ii. & l. pen. ff. pro legato cum similibus quas allegavi infra c. lxxvii. num. 10. cum seq.

de la ley *si vir* con otras innumerables razones y leyes reunidas en anterior capítulo.

No negamos, pues, que para la prescripción sea necesario el título (esto es, justa causa de poseer) según se dice en la citada ley *nullo*; sino que afirmamos que en todos los casos arriba expuestos ha existido no sólo causa justa de poseer, sino mucho más justa que en los términos de la citada ley *nullo* y por consiguiente, que la prescripción tendrá lugar con mucha mayor facilidad y justicia que según el sentido de la citada ley *nullo* y de la ley final del Código en el título *de longi temporis praescriptione*; porque el título que la citada ley *nullo* y otros semejantes exigen, tratándose de usucapiones o prescripciones, no es otra cosa que una causa justa de poseer, según lo hacen resaltar los autores al declarar de este modo numerosas leyes (1).

(1) Tales son: la ley *non solum*, §. *quod vulgo*; la ley *quod vulgo*; la ley final del Digesto, tit. *pro suo*; la ley *si id quod*, la ley *si vir uxori* y la ley 2.^a y penúltima del Digesto, tit. *pro legato*, con otras semejantes que cito más adelante en el cap. 77, núm. 10 y siguientes.

CAPVT LXVII

SUMMAE

1. *Sententia etiam nulla dat titulum ad praescribendum.*
2. *Transactionis titulus an sufficiat ad praescrip. sive res tradatur sive remittatur.*
3. *Titulus conditionalis non sufficit ad praescribendum.*
4. *Titulus revocabilis sufficit ad praescribendum.*
5. *Tituli qui sufficiant ad praescribendum.*
6. *Titulus simulatus non prodest ad praescribendum.*
7. *Tituli plures concurrunt ad praescribendum.*

1.  SENTENTIA † praebet iustam causam praescribendi, ita Bart. & ibi plene per Alex. & Ias. in l. Pomponius, per tex. ibi. ff. de acqui. possess. & per Franciscum Balbum de praescrip. in. i. par. iii. partis prin. q. xi. id quod procedit etiamsi sententia esset nulla vel forte iniusta, dummodo is cuius favore lata fuit non propterea esset in mala fide, ita Glo. in c. si sacerdotes, xvi. q. iii. in Glo. mag. & per Balbum ubi supra, & quod notatur in c. de quarta, de praescri. Haec opinio quae (non paucis tamen repugnantibus) receptior est, probatur ratione aperta, nam ad praescriptiones non titulus positive sed tantum iusta causa possidendi desideratur, ita plane probat. l. quod vulgo. ff.

CAPÍTULO LXVII

SUMARIO

- | | |
|--|----|
| La sentencia, aun siendo nula, nos otorga título para la prescripción. | 1. |
| ¿Es suficiente para la prescripción el título de transacción ya con la tradición de la cosa o bien sin ella? | 2. |
| El título condicional no es suficiente para la prescripción. | 5. |
| Un título revocable es suficiente para la prescripción. | 4. |
| ¿Qué títulos son suficientes para prescribir? | 5. |
| El título simulado no es suficiente para la prescripción. | 6. |
| En la prescripción pueden concurrir varios títulos. | 7. |

La sentencia dada nos concede justa causa para la prescripción, así lo sostienen Bartolo y extensamente Alejandro, Jasón (1), y Francisco Balbo (2), lo que tiene lugar aun cuando la sentencia fuera nula y aun tal vez injusta, siempre que aquel en cuyo favor se ha pronunciado, no quedara por ello constituido en mala fe (3). Esta opinión, que es desde luego más seguida por los doctores (aunque no son pocos también los que la rechazan) se prueba por una razón bien clara, porque para las prescripciones no se exige un título positivo, sino sólomente una causa justa de poseer, lo que prueban de lleno numerosas leyes (4) y en especial la ley 3.^a

(1) Los tres al comentar el texto de la ley *Pomponius*, Digesto, tít. *de acquirenda possessione*.

(2) *De praescriptione* en la 1.^a parte de la 5.^a parte principal, cuest. 11.^a

(3) Así consta por la glosa del cap. *si sacerdotes*, 16, cuest. 5.^a, en la *glossa magna* y por Balbo *ubi supra* y se hace notar en el cap. *de quarta, de praescript.*

(4) Tales son: la ley *quod vulgo*, Digesto, tít. *pro emptore*; la ley *non solum*, §. *quod vulgo*, Digesto, tít. *de usucapione*; la ley final del Digesto en el tít. *pro suo*; la ley 2.^a y 5.^a del Digesto. tít. *pro legato* y la ley final del

pro emptore l. non solum. §. quod vulgo. ff. de usucapi. l. fi. ff. pro suo. l. ii. & iii. ff. pro legato. l. pro legato & l. fi. eod. tit. dixi plene infra c. lxxvii. nume. 10. probatur aperte in l. iii. ff. de usucap. ubi in definitione usucapionis, ex qua usucapionis vera cognitio capienda & petenda est, non dicitur ad usucapiendum titulum sed tantum possessionem temporis lege definiti desiderari. Id quod aliis postea legibus moderatum & declaratum invenitur, ut ea possessio iusta sit ut proxime diximus. Iustam autem possessionem accipere debemus, sive illa magnopere iusta sit, sive sit tolerabilis, licet non ita iusta & invincibilis fuerit. d. l. fi. ff. pro suo, & diximus in d. nu. 10. sed qui ex sententia possidet, nullus abnegabit, quin non solum tolerabilem sed etiam iustam & laudabilem causam possidendi habuerit, praesertim cum res iudicata pro veritate habeatur ut in l. res iudicata. ff. de regul. iuris, ergo hunc habere iustam causam praescribendi praescripturumq; recte posse, in comperto erit.

2. Confirmantur isthaec, nam titulus transactionis quae exequatur sententiae. l. non minorem. C. de transact. l. i. & ii. ff. eod. ti. similiter sufficit ad praescribendum quando ex eo titulo vel causa possessio traditur (puta quia cum in iudicio fundum abs te qui eum possidebas peterem, eum ex causa transactionis tradidisti, tunc enim eum, si alienus erat, praescribere possem) ita tenent per tex. ibi Salicetus, Alex. las. col. fi. & alii communiter in l. si pro fundo. C. de transact. Balbus de praescrip. par. iii. prin. q. v. qui eum tex. hanc ad rem singularem dicit, est clarior tex. in l. ex causa transactionis. C. de usucap. pro emptore tenet Alex.

del Digesto en el título *de usucapione*, que conteniendo la definición de la usucapión en la que hemos de buscar y hallar el verdadero concepto de la usucapión, no se dice que para ésta se exija título alguno, sino solamente la posesión durante el tiempo fijado por la ley, si bien hallamos que posteriormente otras leyes han dado esta norma y declaración a tal doctrina, ésto es, que dicha posesión sea justa, conforme lo hemos expuesto hace poco. Y por justa posesión debemos entender o bien aquella que efectivamente es en absoluto justa, o bien aquella que es tolerable, aun cuando no haya sido tan justa e invencible (1). Ahora bien, quien posee algo en virtud de sentencia, nadie negará que haya tenido no sólo causa tolerable, sino también justa y laudable para poseer, sobre todo cuando lo que se determinó por sentencia se tiene por verdad (2). Es, pues, manifiesto, que éste tiene justa causa para la prescripción y que puede justamente conseguirla.

Confirmase esta doctrina por otra razón, porque el título de transacción que tiene la misma fuerza que una sentencia (3), es también suficiente para la prescripción, cuando se entrega la posesión de una cosa en virtud de dicho título o causa (por ejemplo, porque reclamándote yo en juicio una finca que tu poseías, me la entregaste a título de transacción, pues en tal caso podría conseguir la prescripción de tal finca, aun cuando fuera ajena); así lo defienden Salicet, Alejandro, Jasón y comúnmente otros autores al comentar el texto de la ley *si pro fundo* (4), texto que Balbo (5), dice ser notable para esta cuestión, aunque más claro es aún el texto de la ley *ex causa transactionis* (6); lo mismo defienden Alejandro (7), Felipe Corneo (8), la glosa y Bartolo (9), siendo esta opinión

2.

mismo título; sobre ésto tratamos con toda extensión más adelante en el cap. 77, núm. 10.

(1) Conforme aparece en la ley última del Digesto, tít. *pro suo*.

(2) Según la ley *res iudicata* del Digesto, tít. *de regulis iuris*.

(3) Según consta por la ley *non minorem* del Código, tít. *de transaction*. y por la ley 1.^a y 2.^a del Digesto del mismo título.

(4) Del Código, tít. *de transactionibus*; Jasón en la colum. final.

(5) *De praescript*. en la parte 3.^a princ., cuest. 5.^a

(6) Del Código, tít. *de usucapione, pro emptore*

(7) Dictamen 24 que empieza *ponderatis his*, colum. final, lib. 5.^o

(8) Dictamen 16 *visio primo themate*, lib. 2.^o

(9) En la citada ley *si pro fundo* del Código.

consil. xxi. ponderatis his, col. fin. lib. v. Philippus Corn-
 neus consil. xvi. viso primo themate, lib. ii. Glo. & Bart. in
 d. l. fi. pro fundo, est communis opinio secundum Balbum
 ubi supra, qui omnes per d. l. si pro fundo, communiter tenent
 contrarium, eo casu, quo ex causa transactionis possessio
 eius rei, de cuius praescriptione agitur, non esset tradita, sed
 tantum retenta, quae communis opinio non satis tuta est:
 quia nec ad transferendum dominium, nec ad transferendam
 usucapiendi conditionem traditio rei, de qua praescribenda
 agitur, necessaria est: ut in l. qua ratione. §. interdum. ff. de
 acqui. rerum domi. §. qua ratione insti. de rerum divisione
 iuncta. l. clavibus, ff. de contr. empti. actus enim gestus a
 domino qui sufficit ad transferendum dominium, is si fiat a
 non domino transfert (caeteris habilibus) usucapiendi condi-
 tionem. d. l. clavibus; ergo ut si rem tuam possidebam,
 vel ea apud me erat quovis modo, eamq; mihi vendidisti aut
 donasti, aut dotis nomine dedisti (& similia) dominium
 acquiro per d. §. interdum, & d. l. qua ratione. §. interdum,
 ita si apud me res erat, quam a me in iudicio vendicabas,
 destitisti a lite aliquo accepto, iuxta l. ii. transactio. C. de
 transact. vix est ut ius tuum in me traduxisse non videaris,
 vel saltem omisisse & quasi pro derelicto habuisse, sicq; ut si
 dominus in me talem rem transferre vellet, statim dominium
 eius quaererem, vel si dominus talem rem pro derelicto
 vellet habere, statim eius dominium quaererem, per dd.
 §. §. interdum, iuncta l. i. & ii. l. si id quod, ff. pro dereli.
 ita si non dominus isthaec faciat, ut usucapiendi conditionem
 acquiram par est, ita tamen ut tempora praescribendi a tem-
 pore huius transactionis coepisse videantur, quod obtineret

común, según el sentir de Balbo (1). Sin embargo, todos estos autores, basados en la citada ley *si pro fundo*, sostienen comúnmente lo contrario en el caso en que en virtud de la transacción no se hubiera entregado, sino solamente se siguiera reteniendo la posesión de aquella cosa de cuya prescripción se trata; pero esta común opinión no es lo bastante segura; porque ni para transferir la propiedad, ni para trasferir la facultad de usucapir, es necesaria la tradición de la cosa de cuya prescripción se trata, conforme consta por varias leyes (2). Porque el acto que realizado por el dueño es suficiente para traspasar la propiedad, ese mismo, si le realiza el que no es dueño de la cosa, traspasa (dándose los demás requisitos) la facultad de empezar la usucapión, conforme a la citada ley *clavibus*. Luego, así como si poseyera yo una cosa tuya, o estuviera en mi poder de cualquier otro modo, al vendérmela después, o al hacerme donación de ella o entregármela a título de dote (o cosa semejante) adquiero el dominio de la misma, conforme consta por el citado §. *interdum* y por la ley *qua ratione*, §. *interdum*, del mismo modo si se hallaba en mi poder una cosa tuya, que me reclamabas judicialmente y desististe del pleito por haber recibido alguna otra cosa (3), difícilmente dejará de parecer que me has trasladado tu derecho sobre ella, o por lo menos que la has abandonado y como renunciado a tu dominio sobre ella. Por lo tanto, así como si el dueño quisiera traspasarme aquella cosa, al punto adquiriría la propiedad sobre ella, o si el dueño quisiera renunciar al dominio sobre tal cosa [*pro derelicto*] al punto adquiriría también la propiedad sobre la misma (4), así también, si el que realiza estos mismos actos no es el dueño de la cosa, es justo que adquiera yo la facultad de usucapirla, de tal modo, sin embargo, que el tiempo necesario para prescribir se considere haber empezado desde el momento de esta transacción, lo que tendría lugar si creyera yo que

(1) *Ubi supra*.

(2) Por la ley *qua ratione*, §. *interdum*, Digesto, tít. *de acquirendo rerum dominio*; por el §. *qua ratione*, Instituta *de rerum divisione* juntamente con la ley *clavibus* del Digesto, tít. *de contrahenda emptione*.

(3) Conforme a la ley 2.^a y a la ley *transatio* del Código, tít. *de transactionibus*.

(4) Conforme a los citados §§. *interdum* junto con la ley 1.^a, 2.^a y *si id quod* del Digesto, tít. *pro derelicto*.

si ego putarem dominum esse eum qui litem actu moverat, vel movere minabatur, utroq; enim casu transactio valeret, l. ii. C. de transaction. nisi obicias, quod tunc essem in mala fide eo ipso, quod rem non restitui sine lite; sicq; non videretur possessio per talem transactionem iustificata, sive enim putarem illum non esse illius rei dominum, tunc eius desistentia, aut etiam expressa concessio non iuvaret, sive dominum putarem, ex bona fide erat rem restituere, sicque semper cessat praescriptio. Sed tamen quod inter ista duo extrema est medium, aut esse potest, ideo puto debilem esse casum, quo procedat praescriptio ex tali transactione.

Quid enim si te litem inferente, vel illaturum minante, coepi dubitare utrum dominus esses, necne? si enim in haereditate patris mei eam rem, quam ipse mala fide possidebat, inveni, sicq; iustam & bonam fidem habeo, capi. is qui in ius, de regulis iuris lib. vi. l. qui in ius, ff. eodem titu. sed obest mihi mala fides auctoris mei, iuxta plene notata per Glo. & Doctores per text. ibi in authenti. nisi tricennale, C. de bonis mater. & in l. vitia, C. de acquiren. possession. authenti. malae fidei, C. de praescriptio. longi tempor. tunc si te litem inferente, vel inferre minante, coepi non minus vehementer, quam iuste dubitare, dominus esses, necne, dedi tibi aliquid transactionis causa, ut a lite discederes, certe non video quomodo non videretur denuo iustificata possessio mea, non quidem in hunc sensum ut prosit mihi praeterita possessio, sed ut ex nunc a tempore transactionis praescriptionis spatium currere incipiat, facit, l. cum haeres, l. an vitium, ff. de divers. & temp. praescr.

Deniq; si verum est simpliciter, sententiam praebere iustam

el que efectivamente me había movido pleito, o amenazaba movérmelo era el dueño de la cosa, porque en ambos casos sería válida la transacción (1). A no ser que me objetes, que en tal caso me hallaba en mala fe, por el mero hecho de no haber devuelto la cosa sin necesidad de pleito, y que por consiguiente dicha transacción no parece justificar la posesión; porque ya fuera que creyera yo que aquel no era el dueño de dicha cosa, en cuyo caso nada me valdría su desistencia, ni aun su expresa concesión, o ya juzgara que era realmente el dueño y entonces la buena fe pedía que le devolviera la cosa, en ambos casos cesaría la prescripción. Pero sin embargo, como entre estos dos extremos existe o puede existir un medio, por eso juzgo ser de poca fuerza el caso en que la prescripción proceda de tal transacción.

Y ¿qué diríamos si al moverme tú pleito o al amenazarme con él, empecé a dudar si eras o no el dueño? Porque si entre la herencia de mi padre encontré aquella cosa que él poseía con mala fe, por una parte yo me hallo en legítima y buena fe (2) y por otra está en contra mía la mala fe de mi padre, conforme lo hacen notar extensamente la glosa y los doctores sobre el texto de la auténtica *nisi tricennale* (3). En este caso, pues, si al moverme tú pleito, o al amenazarme con él, empecé a dudar con no menor insistencia que justicia sobre si eras o no el dueño de la cosa, y te di a título de transacción algo para que desistieses del pleito, en verdad no veo por qué, no se ha de considerar nuevamente justificada mi posesión, no ciertamente en el sentido de que me sea provechosa la posesión pasada, sino en el sentido de que empiece a correr el tiempo de la prescripción desde el momento de la transacción (4).

Finalmente, si es simplemente verdadero que la sentencia dada nos otorga justa causa para la prescripción, ésto es, ya sea que en virtud de sentencia condenatoria se me haya

(1) Conforme a la ley 2.^a del Código, tít. *de transaction*.

(2) Según el cap. *is qui in ius, de regulis iuris*, lib. 6.^o y la ley *qui in ius* del Digesto del mismo título.

(3) Inserta en el Código *de bonis maternis*, como también en la ley *vitia* del Código, tít. *de acquir. possessione*, y en la auten. *malae fidei* inserta en el Código *de praescrip. longi temporis*.

(4) Como se desprende de la ley *cum haeres* y de la ley *an vitium* del Digesto, tít. *de divers. et temp. praescript.*

praescribendi causam, hoc est sive res ex vi sententiae condemnatoriae mihi agenti tradatur, sive apud me ex vi sententiae absolutoriae relinquatur, ut supra attigimus, idem quoque fore in transactione par est, d. l. non minorem, & dict. l. secunda, ff. & C. de transaction. & quia utroq; casu ut patet par ratio est, praesertim cum nullus possit, dum praescribit, habere bonam fidem quietam, sed subdubiam, ut plene agemus infra capitu. lxxvii. & c. lxxii. Sed tam in sententia, quam in transactione desineret praescribere, qui esset in mala fide, verum id non ex tituli defectu tunc contingeret, sed propter illam malam fidem.

Deniq; in transactione etiam si putarim eum qui vendicabat rem a me vel se vendicaturum minabatur esse dominum, & cum eo transegi, adhuc non sum, sed fui in mala fide, quae per concessionem illius purgatur, sicq; ex tunc incipio habere eam possessionem sine ullo vitio, id quod sufficit ad praescr. licet alius titulus non adsit, ut dd. ll. & supra plene egimus in tribus capitibus praecedentibus.

3. Titulus † conditionalis non prodest aut non sufficit ad praescriptionem, siquidem erat conditio suspensiva, sed si erat resolutive sufficit, ita Balb. de praescrip. in i. par. iii. partis prin. q. xii. per. l. ii. §. si sub conditione. ff. pro empt. l. i. & l. iii. ff. de in diem additione, l. si alienam, ff. de dona. causa mortis, † sicq; infert Balbus procedere
4. praescriptionem ex titulo revocabili, † & qui dicantur tituli sufficientes ad praescriptionem est Glos. melior de iure secundum Balbum, ubi supra in cap. dudum. ii. de electione in verb. intitulatam, tex. cum Glo. in l. iii. §. genera. ff. de

entregado la cosa que reclamaba judicialmente, ya sea que se deje en mi poder en virtud de sentencia absolutoria, según arriba lo hemos tratado, es justo que lo mismo suceda con la transacción (1), puesto que en ambos casos existe la misma razón, como es manifiesto. Principalmente no siendo posible que nadie, mientras transcurre el tiempo de la prescripción, tenga la buena fe tranquila, sino más bien inquieta, según lo trataremos con toda extensión más adelante en el capítulo 72 y 77. Pero tanto tratándose de sentencia, cuanto de transacción, dejaría de conseguir la prescripción, quien se hallase en mala fe, aun cuando ésto no sucedería entonces por falta de título, cuanto en razón de aquella mala fe.

Por fin, en la transacción, aun cuando pensara yo que quien reivindicaba o amenazaba con reivindicar de mí aquella cosa, era el dueño de la misma, y con él hice la transacción, no por eso me hallo en mala fe, aun cuando antes lo estuviera, ya que por la concesión de aquél se considera purificada y por tanto desde aquel momento empiezo a tener aquella posesión libre de vicio, lo que es suficiente para la prescripción aun cuando no exista otro título, conforme consta por las citadas leyes y según lo hemos expuesto extensamente en los tres capítulos precedentes.

Un título condicional no aprovecha, o no es suficiente para la prescripción, cuando se trata de una condición suspensiva, pero es suficiente si la condición era resolutive, según lo defiende Balbo (2); de donde infiere este autor tener lugar la prescripción en virtud de un título revocable. Y qué títulos se consideren suficientes para la prescripción, consta por la glosa que Balbo considera de gran importancia en derecho, *ubi supra* (3); asimismo puede uno conseguir la prescripción de una cosa suya sobre la que tenía dominio revocable, conforme consta por la ley *in bello* (4), y según la

3.

4.

5.

(1) Según la ley *non minorem* y la citada ley 2.^a del Digesto y Código, tít. *de transaction*.

(2) *De praescript.* en la 1.^a parte de la 3.^a parte principal, cuést. 10.^a, fundado en la ley 2.^a, §. *si sub conditione*, Digesto, tít. *pro emptore*; en la ley 2.^a y 4.^a del Digesto de *in diem addicione* y en la ley *si alienam* del Digesto, tít. *de donatione causa mortis*.

(3) En el cap. *dudum, de electione* en la palabra *intitulatam*, y en el texto junto con su glosa de la ley 3.^a, §. *genera*, Digesto, tít. *de acquirenda poss.*

(4) En el §. *si quis servum*, Digesto, tít. *de captivis*.

acq. poss. & potest quis rem suam, cuius dominium habebat revocabile praescribere, per l. in bello. §. si quis servum, ff. de capti. secundum Balbum ubi supra Gloss. in l. in acces-

6. sion. ff. de divers. & temp. † Ex titulo autem simulato non
7. contingit praescriptio l. fina. ff. pro donato. † & plures tituli ad praescriptionem concurrere & possunt & prosunt, secundum eundem Gl. Bar. & communiter Doct. in l. iii. §. ex plurimis, ff. de acquir. poss. estq; communis opinio, secundum Balbum ubi supra & Alex. in d. §. ex plurimis, col. v. Ergo si alienam rem tibi mortis causa donavi, dominium revocabiliter quaesivisse non videris, & si eam tradiderim, sed tantum possessionem & usucapiendi conditionem d. l. si alienam, tamen post tempus praescriptionibus definitum eius quoq; dominium quaesivisti, quia iustam possidendi causam habebas, licet causa vel titulus ille esset revocabilis, unde fit ut nec verus dominus petere queat, quia iure suo frustratus est, nec ipsi donatori repetere liceat, quia alienum peteret & sic turpiter, cum id statim restitutus esset d. l. si alienam d. l. si extraneus, ff. de donat. inter vir. & uxor. & ita intelligo l. si id quod ff. pro dereli. & l. si vir. uxori. ff. pro donato.

Dum autem supra post Accursium & Balbum diximus procedere posse praescriptionem ex titulo revocabili, hoc est, quod habens dominium revocabile eam rem potest praescribere per d. §. si quis servum, habet locum contra eum qui non erat impeditus agere, ut ibi, nam si servum alienum ab hostibus redemi, dominus potest oblato pretio servum recuperare, ut ibi. Sicq; ex sua negligentia merito excluditur tempore. Caeterum contra impeditum tempus non curreret,

opinión de Balbo (1). En cuanto al título simulado no puede en virtud suya tener lugar la prescripción (2). Para la prescripción pueden concurrir varios títulos y ésto provechosamente, conforme al sentir de Bartolo, de la glosa y en general de los doctores al comentar la ley 3.^a, §. *ex plurimis* del Digesto, título *de acquirenda possessione*, siendo esta opinión común, según lo afirma Baldo (3) y Alejandro (4). Así, pues, si te he hecho donación por causa de muerte de una cosa ajena, no parece hayas adquirido el dominio revocable, aun cuando te la hubiera entregado, sino sólomente la posesión y la facultad de la usucapión (5), sin embargo, una vez trascurrido el tiempo fijado para las prescripciones, adquiriste también la propiedad, puesto que tenías justa causa para tal posesión, aun cuando aquella causa o título fuera revocable; por lo que sucede, que ni el verdadero dueño puede reclamarla, ya que su derecho ha quedado frustrado, ni tampoco el mismo donante, puesto que reclamaría una cosa ajena, y por tanto indebidamente ya que inmediatamente tendría que restituirla al dueño (6). Y en este sentido entiendo la ley *si id quod* (7) y la ley *si vir uxori* (8).

Mas lo que arriba hemos afirmado, siguiendo el sentir de Acursio y de Balbo, que puede tener lugar la prescripción en virtud de un título revocable, es decir, que teniendo un dominio revocable puede conseguir la prescripción de dicha cosa (9), tiene lugar cuando la prescripción corre en perjuicio de quien no estaba impedido para entablar acción, como en el caso de dicha ley; porque si yo redimí de los enemigos un siervo ajeno, puede muy bien el dueño recuperarle ofreciendo su precio, y por consiguiente con toda razón se le excluye en virtud de su negligencia por el trascurso del

(1) *Ubi supra*, lo mismo consta por la ley *in accession*, del Digesto, tít. *de divers. et tempor.*

(2) Según la ley final del Digesto en el tít. *pro donato*.

(3) *Ubi supra*.

(4) En el citado §. *ex plurimis*, colum. 5.^a

(5) Conforme a la ley *si alienam*.

(6) Conforme a la ley *alienam*, a la ley *si extraneus* del Digesto, tít. *de donat. inter virum et uxorem*.

(7) Digesto, tít. *pro derelicto*.

(8) Del Digesto, tít. *pro donato*.

(9) Conforme al §. *si quis servum*.

unde si rem sub conditione legatam haeres pendente conditione alienavit, sicque dominium revocabile acquisivit ille, qui ab eo acceperat iuxta l. servo legato. §. i. ff. de leg. i. l. fi. §. sed quia. cum, §. seq. C. commu. de leg. tamen quia legatarius pendente conditione agere non potest, contra eum non currit praescriptio, nisi a tempore conditionis expletae d. l. fi. §. sin autem sub conditione l. contra maiores. C. de inoffic. testam. ubi dixi l. qui haeredi. §. si pars. ff. de cond. & dem. per rationem l. i. §. fin. C. de annali excep. & dixi plene de succ. progressu sub titulo de fideicommissis, ex quibus locis quae hic desunt petenda sunt.

tiempo. Por lo demás, contra el que estuviera impedido de entablar acción, el tiempo no correría; por consiguiente, si un heredero enajenó una cosa legada bajo condición, cuando la condición, estaba aún incumplida y de este modo el que de él recibió la cosa adquirió sólo un dominio revocable (1), con todo como el legatario, estando aun pendiente la condición, no puede entablar acción, no corre contra él la prescripción, sino desde el momento en que la condición se hubiera cumplido (2). De esto mismo he tratado extensamente en la obra *De Succes. progressu*, en el título de *fideicommissis*, lugares a donde hemos de ir a buscar lo que falta para completar este punto.

(1) Conforme a la ley *servo legato*, §. 1.º, Digesto, tít. de *legatis*, lib. 1.º y a la ley final, §. *sed quia* y siguiente del Código, tít. *communis de legatis*.

(2) Conforme a la ley final, §. *sin autem sub conditione*; a la ley *contra maiores* del Código, tít. de *inofficioso testamento*, donde he tratado de ésto; y conforme también a la ley *qui haeredi*, §. *si pars*, Digesto, tít. de *cond. et demonstr.* y a ley 1.ª, §. final del Código, tít. de *annali except.*

CAPVT LXVIII

SUMMAE

1. *Titulus pro suo sufficit ad praescribendum.*
2. *Praescribere possum sine titulo in casu hic relato.*
3. *Dominium utile praescribit dominus directus.*
4. *Praescriptio interdum occidit non transfert ius.*
5. *Titulus ad praescribendum non requiritur in casu seq. & num. 6.*
6. *Possessio abiicitur longi temporis negligentia.*



1. **T**ITULUS † generalis pro suo, iustam praescribendi causam interdum praestat, secundum Francis. Balbum, de praescrip. in i. part. iii. partis principalis. q. xii. unde Bald. in §. si quis per triginta, si de feudo fuerit controver. columna fina. qui idem tenet, ait, ipsam proprietatem aliquando loco tituli haberi ad praescribendum, id quod voluit Guilielmus de Cuneo in leg. si quis emptionis, colum. ii. C. de praescrip. xxx. annorum, † unde ipse Guilielmus & Baldus inquirunt, si rem meam praescripsisti, deinde eius possessio ad me reversa est, eam citra ullum alium titulum praescribere potero, quasi eo ipso quod olim eius dominium habueram, iustam & possidendi, detinendiq; ac praescribendi causam habere videar, sequitur Balbus ubi supra qui & etiam Baldus, aiunt etiam hoc casu
3. bonam fidem requiri † & uterq; testatur, id utile esse ad

CAPÍTULO LXVIII

SUMARIO

- El título *pro suo* es suficiente para la prescripción. 1.
- Sin título alguno puedo conseguir la prescripción en el caso que aquí se propone. 2.
- El dueño directo puede conseguir la prescripción del dominio útil. 3.
- La prescripción a veces no traspasa un derecho, sino que lo extingue. 4.
- En el caso expuesto en el núm. 5 y 6 no se requiere título para la prescripción. 5.
- La posesión se considera abandonada por la negligencia durante largo tiempo. 6.

El título general *pro suo*, otorga a veces justa causa para prescribir, según el sentir de Francisco Balbo (1); por lo que Baldo (2) que sostiene la misma doctrina, afirma que para la prescripción se reputa a veces como título la misma propiedad, lo que defendió también Guillermo Cuneo (3); por consiguiente, afirman este último autor y Baldo, si una cosa mía prescribió a tu favor, y posteriormente volvió a mis manos su posesión, sin otro título alguno podré a mi vez conseguir su prescripción, como si por el mismo hecho de haber tenido antes la propiedad sobre ella, se reputara tener ya justa causa de poseerla, retenerla y prescribirla, Así lo admite Balbo en el lugar citado, quien, lo mismo que Baldo, afirma ser necesaria la buena fe aun en este caso. Y esta doctrina, dicen ambos, tiene útil aplicación en materia

(1) *De praescript.* en la 1.^a parte de la 3.^a parte principal, cuest. 12.^a

(2) En el §. *si quis per triginta, si de feudo fuerit contr.*, colum. final.

(3) Al comentar la ley *si quis emptiois*, colum. 2.^a, Código, tít. *de praescriptione triginta annorum*.

materiam feudi, nam si dominus directus nactus esset feudi possessionem (hoc est feudatariae rei) tunc citra alium titulum eam posset praescribere, quo casu tam Baldus quam Balbus negant quod dominus directus dominium utile praescribat, sed aiunt eius remotionem & directi domini consolidationem eum videri praescripsisse vel acquisisse. Sed dum aiunt contingere praescriptionem, tum demum procedit, si adsit bona vel defit mala fides, non aliter.

- Quid enim si procuratori meo mandavi, ut fundi mei utile dominium venderet, dedi ei facultatem etiam tradendi quasi possessionem illius domini utilis, vendidit tibi & tradidit (per clausulam forte constituti, vel per retentionem ususfructus, vel alio quovis modo) id tamen se fecisse nunquam mihi renunciavit, vel forte se fecisse negavit, atq; ita securus incautusq; integrum in fundo illo dominium iusq; meum permansisse putabam, tunc enim cum non desit mihi bona fides, potero quidem praescribere, & ita ut debeat abesse hoc casu mala fides, videtur sentire Baldus & Balbus ubi supra † & dum uterq; negat utile dominium praescripsisse me, hunc (ut existimo) habet sensum, quod cum dominium utile & directum in persona unius concurrere nequeant, non magis quam ususfructus causalis & formalis, nam ut si usufructuarius ius ususfructus cedat in favorem proprietarii, is non videbitur utrumq; usumfructum tam causalem quam formalem habere, sed solum causalem integrum, nec usufructuarii concursu deminutum, quia res mea servitutem ususfructus vel alterius rei mihi debere nunquam videtur §. finitur, cum ibi not. per Glo. & Doct. inst. de usufr. ita si habens utile dominium illud, in favorem domini directi, vel cedat vel aliter amittat, non facit ut directus dominus utrumq; dominium tam causalem quam formalem habere videatur,

de feudos. Porque si el que era dueño directo, hubiera conseguido la posesión del feudo (ésto es, de una cosa feudataria), entonces sin otro título alguno puede prescribirla, si bien en este caso, tanto Baldo como Balbo, niegan ambos que el dueño directo pueda conseguir la prescripción del dominio útil, sino que, afirman, que sólo parece haber prescrito o haber adquirido éste, la remoción del dominio útil y la consolidación del dominio directo. Pero al afirmar que tiene lugar la prescripción, dicen, que sólo en el caso en que exista buena fe, o falte la mala y no en otro caso.

3.

¿Y qué diremos si otorgué mandato a mi procurador para que vendiera el dominio útil de una finca mía, y le di también facultad para entregar la cuasi-posesión de aquel dominio útil? Él, en efecto, te lo vendió y entregó a ti (o bien por medio de una cláusula de *constituto* o por retención del usufructo o de otro cualquier modo), pero sin que jamás me diera cuenta de que había hecho ésto, y tal vez hasta negándome que lo hubiera realizado, con lo que yo, seguro e incauto, juzgaba haber permanecido del todo intacto mi dominio y derecho sobre aquella finca; pues bien, en este caso, puesto que no me falta la buena fe, podré conseguir la prescripción, y ambos autores Baldo y Balbo parecen opinar, en efecto, que aun en este caso es necesario que no exista mala fe. Y lo que ambos autores niegan, que yo haya conseguido la prescripción del dominio útil, tiene (a mi entender) este sentido: que no pueden concurrir en una sola persona el dominio útil y el directo, del mismo modo que no pueden concurrir el usufructo causal y el formal; porque así como, si el usufructuario cediera el derecho de usufructo en favor del propietario, no se considerará que éste tenga uno y otro usufructo, tanto el causal, cuanto el formal, sino únicamente el causal en toda su integridad sin disminución alguna por la participación del usufructuario, puesto que una cosa propia mía nunca se considera estarme sujeta por servidumbre de usufructo o de otra cualquier especie (1), del mismo modo si el que tiene el dominio útil lo cede en favor del dueño directo, o de otro modo lo pierde, no por eso hace que el dueño directo se considere tener ambos dominios, el causal y el formal, sino

4.

(1). Conforme al §. *finitur* de la Instituta de *usufructu* con lo que acerca de él notan la glosa y doctores.

sed ut solum adhuc directum nullius tamen dominii utilis concursu deminutum habere intelligatur. Idemq; in praescriptione contingit ista, non secus quam si praedium serviens libertatem praescripsisset, quo casu servitus illa minime videretur ita praescripta, ut is dominus praescribens rem suam inciperet habere sibi ipsi servientem, sed magis, ut eam ab antea debita servitute liberam habere inciperet, quasi his casibus sive libertas praescribatur, sive ius ususfructus, sive etiam ius utilis dominii removendi, non tam translativae quam extinctivae contingat praescriptio, ut praescriptio et ius illius, contra quem praescriptum est, occidisce, non ad praescribentem transtulisse videatur.

Quod autem Baldus & Guilielmus de Cuneo & Franciscus Balbus, ubi supra, aiunt, titulum generalem pro suo aliquando sufficere ad praescriptionem, per totum titulum, ff. pro suo, id verissimum est, nam cum eo casu absit mala fides, eo ipso iusta causa possidendi adesse intelligitur, ubicunq; autem iusta possidendi causa interfuit, ibi citra ullum alium titulum contingere praescriptionem plene ostendimus infra cap. lxxii. & plenius in cap. lxxvii. per tex. in l. quod vulgo, ff. pro emptore, & in l. non solum. §. quod vulgo, ff. de usucap. l. fi. ff. pro suo, cum similibus.

5. † Unde verissimum quoq; esse existimo, quod iidem Guilielmus, Baldus & Franciscus Balbus inde colligunt, ut si rem meam usucepisti, deinde eiusdem rei possessionem bona fide coepi (forte absens & usucapionis illius ignarus fueram, iuxta l. fina. C. de longi tempo. praescr.) eam citra ullius tituli interventum praescribere potero: quia iustam possidendi causam habeo, & inter reliquas haec est potissima utilitas illius tituli. ff. pro suo, optimus text. in l. si id quod ff. pro

sólamente el dominio directo, no disminuido sin embargo por la participación del dominio útil. Lo mismo sucede también en esta prescripción, como si aquella finca sujeta a servidumbre hubiera conseguido la prescripción de su libertad, en cuyo caso aquella servidumbre no se ha de considerar prescrita de tal modo, que al conseguir ahora el dueño la prescripción de dicha cosa suya empiece ésta a estarle sujeta a él en servidumbre, sino más bien que empiece a poseerla libre ya de la servidumbre a que antes estaba sujeta, como si en estos casos, ya se prescriba la libertad, o bien el derecho de usufructo, o bien el derecho de remover el dominio útil, tuviera lugar una prescripción no tanto de valor traslativo cuanto extintivo, de suerte que la prescripción parece que ha extinguido el derecho de aquel contra quien ha tenido ésta lugar, no que lo haya trasladado a la persona en cuyo favor prescribe.

Mas en cuanto a lo que afirman Baldo, Guillermo de Cuneo y Francisco Balbo, en el lugar arriba dicho, que el título general *pro suo* es a veces suficiente para la prescripción (1), es absolutamente verdadero; porque no existiendo en tal caso mala fe, por esa misma razón se considera darse justa causa de posesión; ahora bien, siempre que exista causa justa de poseer, sin necesidad de otro título alguno, puede tener lugar la prescripción, conforme lo demostramos con toda extensión más adelante en el capítulo 72 y más aún en el capítulo 77 (2).

Por lo mismo considero ser sumamente verdadero lo que deducen de la anterior doctrina los mismos autores Guillermo, Baldo y Francisco Balbo, a saber, que si conseguiste la usucapición de una cosa mía, y posteriormente empecé yo a poseer de buena fe aquella misma cosa (por haber estado tal vez ausente y desconocer aquella usucapición tuya) (3), en tal caso podré conseguir su prescripción sin intervención de otro título alguno, ya que tengo justa causa de poseer y ésta es, entre todas, la utilidad más importante de dicho título *pro suo* (4).

5.

(1) Según se desprende de todo el título *pro suo* del Digesto.

(2) Basados en el texto de la ley *quod vulgo*, Digesto, tít. *pro emptore*; en la ley *non solum*, § *quod vulgo*, Digesto, tít. *de usucapione* y en la ley final del Digesto, tít. *pro suo* con otras semejantes.

(3) Conforme a la ley final del Código, tít. *de longi temporis praescriptione*.

(4) Existe también un excelente texto en la ley *si id quod*, Digesto, tít. *pro derelicto*; en la ley *si vir*, Digesto, *pro donato*; en la ley *qui alienam*, Digesto

dereli. & in l. si vir. ff. pro donato l. qui alienam. ff. de don. ca. mor. l. si extraneus. ubi not. Bart. ff. de dona. inter vir. & uxor.

- Colligitur ex superioribus quid respondendum sit in illa
 6. quaestione, qua controvertitur † statutum viget, ut qui rem decennio possederit, pro ea non possit conveniri, an tunc sufficiat bona fides, citra ullius tituli interventum? qua in re partem negativam ut sine titulo praescriptio illa non procedat, tenuit Ludovicus Roma. in l. praetori, in prin. in addit. noviss. ff. de damno infecto, Andr. Tiraq. de praescr. in prin. facit quod tradit Bald. in cap. unico. §. si quis per triginta, si de feudo fuerit contr. & Alex. in l. sequitur. §. si viam. ff. de usucap. secundum Tiraq. ubi supra.

Contrariam partem ut cum sola bona fide etiam sine titulo contingat ea praescriptio statutaria, tenuit Baldus in l. ii. C. de longi temp. praescr. quae pro liber. facit secundum Alexandrum in add. ad Bal. ibi, quod statutum ita intelligendum est, ut aliquid addat iuri communi, arg. l. ius civile, ff. de iust. & iur. ubi per Iaso. Bart. in l. iii. §. praetor. ait, ff. de usucap. Idem Bar. in l. ii. ff. de usucap. & haec pars longe verior est, nam cum solam bonam fidem cum continua possessione etiam in terminis iuris communis ad talem praescriptionem sufficere supra edoceamur, multo magis in terminis huius statuti admittendum esse constat, dummodo ea bona fides descendat ex causa iusta vel tolerabili, iuxta l. fi. pro suo, cum iis quae supra attigimus & etiam infra cap. lxxii. & cap. lxxvii. Sicq; dices, tale statutum videbitur frustratorium, cum quod attinet ad iustitiam possidendi, nihil addat aut detrahat iuri communi, id quod libenter admitterem eo casu, quo absens & ignorans esset dominus rei, contra quem praescriptum esset, iuxta l. fin. C. de long. temp.

De lo anteriormente expuesto colegimos la respuesta que se ha de dar en la siguiente cuestión en que se discute, si hallándose en vigor un estatuto de que, a quien durante diez años estuviera en posesión de una cosa, no pueda moversele pleito sobre ella, si en este caso es suficiente la buena fe, sin la intervención de otro título alguno. En este punto algunos autores como Luis Romano (1), Andrés Tiraqueau (2) defendieron la opinión negativa, es decir, que sin título no tiene lugar la prescripción; lo mismo prueba la doctrina que propone Baldo (3) y Alejandro (4) según el testimonio de Andrés Tiraqueau. 6.

La opinión contraria, a saber, que con sola la buena fe, aun sin otro título, tenga lugar la prescripción a que se refiere el estatuto, la defendió Baldo (5), según el testimonio de Alejandro (6); y este estatuto se ha de entender de manera que añada algo al derecho común (7). Esta segunda opinión es mucho más verdadera, porque habiendo demostrado antes ser suficiente para tal prescripción, aun bajo el aspecto del derecho común, la sola buena fe acompañada de la posesión durante largo tiempo, es manifiesto que con mucha mayor facilidad se ha de admitir lo mismo en los términos de dicho estatuto, siempre que semejante buena fe proceda de una causa justa o tolerable, conforme a la ley final del Digesto, título *pro suo*, junto con lo que arriba hemos tratado y más adelante expondremos en los capítulos 72 y 77.

De este modo, objetarás, tal estatuto parece inútil, puesto que en lo que se refiere a la justicia de la posesión nada añade ni quita al derecho común, cosa que de grado reco-

de donatione causa mortis y en la ley *si extraneus* del Digesto, tít. *de donat. inter virum et uxorem*, donde lo hace notar Bartolo.

(1) En la ley *praetori* en la adic. novis. Digesto, tít. *de damno infecto*.

(2) *De praescriptione*, en la introducción.

(3) En el cap. único §. *si quis per triginta, si de feud. fuer. controuv.*

(4) Al comentar la ley *sequitur*, §. *si viam* del Digesto, tít. *de usucapione*.

(5) En la ley 2.^a del Código, tít. *de longi temporis praescr. quae pro lib. facit*.

(6) En sus adiciones a Baldo, en dicho lugar.

(7) Según se desprende de la ley *ius civile*, Digesto *de iustitia et iure*, según lo expone en tal lugar Jasón; lo mismo sostiene también Bartolo comentando la ley 4.^a, §. *praetor ait*, Digesto *de usucapione* y la ley 2.^a del Digesto del mismo título.

praes. nec statuentes potuerunt, etiamsi vellent, introducere ut cum mala fide procederet praescriptio, secundum veram & communem opinionem Antonii, Panormi. Felini & aliorum in c. fi. de praescript. Caeterum quo casu dominus rei praesens esset & taceret ac pateretur, ex illa diuturna patientia tacitus consensus & concessio rei suae praesumeretur arg. l. si quis diuturno, in princ. ff. si servi. vendi. & l. si ego. §. i. ibi, per traditionem forte aut per patientiam. ff. de publici. l. si id quod ibi, quasi volente & concedente domina. ff. pro derelict. l. alienationis verbum, ibi, vix est enim ut non videatur alienare. ff. de verbor. signific. & consequenter iam malae fidei vitium aut praesumptio vel cessaret vel purgatum videretur, ut in simili tenuit Bart. in l. fin. ad finem. C. unde vi, quem doctores sequuntur communiter, ut diximus

7. infra capit. lxxii. & capit. lxxvii. † Facit nam & per longum tempus praesumitur possessionis vel abiectio vel obliuio, ut ex communi opinione resolvit Ias. in l. i. C. de servis fugit. col. pen. Idem Iaso. in l. naturaliter. §. nihil commune, nume. 88. ff. de acquir. poss. Paul. Castren. & Alex. post Glo. ibi in l. si de eo. §. i. ff. de acquir. possessio. ergo quid impedit, quin idem tali stante statuto etiam in proprietate praesumatur? hoc ergo casu cessante mala fide etiam ex iniusta causa ex vi statuti dicerem procedere praescriptionem, quae de iure communi ex defectu iustae causae possidendi d. non solum. §. quod vulgo cum supra allegatis, quod nota ad intel. l. i. tit. de las prescrip. lib. iii. ord.

nozco ser así en el caso en que se hallase ausente o ignorante el dueño de la cosa perjudicado por la prescripción (1), ni quienes dieron el estatuto hubieran podido, aun cuando tal fuera su voluntad, establecer el que la prescripción tuviera lugar con mala fe, según la verdadera y común opinión de Antonio, del Panormitano, de Felino y de otros autores al comentar el capítulo *si de praescriptione*. Por lo demás, en el caso en que el dueño de la cosa se hallara presente y callara y lo tolerara; en virtud de aquella prolongada tolerancia se presumiría un tácito consentimiento y la concesión de aquella cosa que le pertenecía, según se prueba por numerosas leyes (2); y por consiguiente o cesaría o se consideraría corregido el vicio o presunción de mala fe, conforme en parecido caso lo defendió Bartolo (3), a quien siguen comúnmente los doctores, conforme lo exponemos más adelante en los capítulos 72 y 77. Prueba también lo mismo el que en virtud del largo trascurso de tiempo se presume ya, o el abandono, o el olvido de la posesión, conforme lo resuelve basado en la común opinión Jasón (4), lo mismo que defienden también Pablo de Castro y Alejandro (5). ¿Qué dificultad puede haber, pues, en que estando en pie tal estatuto se presuma lo mismo, aun tratándose de la propiedad? En este caso, y cesando la mala fe, sostendría yo que, aun con causa injusta, tendría lugar, en virtud de dicho estatuto, aquella prescripción, que tendría también efecto, según el derecho común, cuando falta justa causa de poseer (6).

7.

(1) Según la ley final del Código, tít. *de longi temporis praescr.*

(2) Tales son: la ley *si quis diuturno* en la introd. Digesto, tít. *si servitus vindicetur*; la ley *si ego*, §. 1.º en las palabras «por la tradición o por la paciencia», Digesto, tít. *de publi.*; la ley *si id quod* en las palabras, «como queriéndolo o concediéndolo la dueña», Digesto, tít. *pro derelicto*; la ley *alienationis verbum* en las palabras «pues apenas se puede decir que no enajena», Digesto, tít. *de verbor. significatione*.

(3) En la ley final del Código, tít. *unde vi*.

(4) Comentando la ley 1.ª del Código, tít. *de servis fugitivis*, colum. penúltima y la ley *naturaliter*, §. *nihil commune*, núm. 88, Digesto, *de acquirenda possess.*

(5) Siguiendo el sentir de la glosa en la ley *si de eo*, §. 1.º del Digesto, tít. *de acquirenda possess.*

(6) Conforme a la ley *quod vulgo*, a la ley *non solum*, §. *quod vulgo* junto con lo arriba expuesto; lo que tendrás presente para entender la ley 1.ª del título de las prescripciones, lib. 3.º, Ord.

CAPUT LXIX

SUMMAE

1. *Titulus qui ignoratur an sufficiat ad praescriptionem, ardua q.*
2. *Titulus non requiritur ad praesc. in hoc casu.*
3. *Accrescendi iuri assimilatur ius usucapionis.*
4. *Intellect. l. i. ii. pe. & fi. ff. pro lega.*
5. *Titulus illegitimus quando noceat praescribenti.*
6. *Titulus legitimus, aut illegitimus, aut etiam nullus sufficiunt ad praescr.*
7. *Possidere se ignorans si vere possideat, praescribit.*
8. *Possessio ignorantem interdum quaeritur.*
9. *Intellect. l. cum haeredes. ff. de acq. poss.*
10. *Intellect. l. quemadmodum. ff. de acq. poss.*
11. *Intellect. l. a Titio. ff. de furt. cum concord.*

1.



T sufficere † titulum adesse ad praescriptionem, etiamsi illum ignoret praescribens, tenent Bar. Ioan. de Imola & Ang. in l. ii. §. si sub conditione, per text. ibi. ff. de usucapi. dicam capit. lxxix. nume. 15.

Contrariam partem ut tituli intervenus non sufficiat abscedente scientia praescribentis, quinimo oporteat ipsum praescribentem nosse legitimum titulum & causam possidendi sese habere, tenent Bald. & Salice. in l. i. C. per

CAPÍTULO LXIX

SUMARIO

- ¿Es suficiente para la prescripción un título que se desconoce? Cuestión importante. 1.
- No se requiere título para la prescripción en el caso aquí propuesto. 2.
- El derecho de usucapión se equipara al derecho de acrecer. 3.
- Sentido de la ley 1.^a, 2.^a, penúltima y final del Digesto en el título *pro legato*. 4.
- ¿Cuándo es perjudicial el título ilegítimo a quien pretende la prescripción. 5.
- Es suficiente para la prescripción el título legítimo, y también el ilegítimo y aun el nulo. 6.
- Quien tiene verdadera posesión, aun cuando él lo desconozca, puede conseguir la prescripción. 7.
- A veces adquiere la posesión quien lo desconoce. 8.
- Sentido de la ley *cum haeredes* del Digesto, título *de acquirenda possessione*. 9.
- Sentido de la ley *quemadmodum*, Digesto *de acquir. possessione*. 10.
- Sentido de la ley *a Titio*, Digesto, título *de furtis*, y de otras con ella afines. 11.

Que sea suficiente para la prescripción la existencia de título, aun cuando no tenga conocimiento de él, el que consigue la prescripción, lo defienden Bartolo, Juan de Imola y Angel (1) y de ello trataré después en el capítulo 79, número 15.

Sin embargo, la opinión contraria, es decir, que no es suficiente la existencia de título, cuando no tiene conoci-

(1) Todos ellos al comentar la ley 2.^a, *si sub conditione* del Digesto, tit. *de usucapione*.

quas pers. nob. acqu. & Alex. in l. possessio. §. & si possessio per tex. ibi in verb. scienti. ff. de acq. poss. Glo. in l. i. in verb. interveniat. C. eod. ti. quam sequuntur Doct. secundum Balbum qui idem sequitur de praescrip. in i. par. iii. part. prin. q. ix. & Felin. in c. illud, col. i. de praesc. in addi. ad Bar. in l. naturaliter, col. iii. ff. de acq. posses. Dyn. in cap. sine possessione, col. ii. ff. de reg. iu. lib. vi. & sic haec videtur receptior opinio.

Est & tertia opinio Francisci Balbi ubi supra ex mente Angeli in d. §. si sub conditione, ut initio possessionis & praescriptionis scientia tituli necessaria non sit, sed sufficiat eam supervenire ante expletam praescriptionem (hoc est ante finitum tempus praescribendi) tunc enim retrotraheretur, ea scientia vel eius effectus ad tempus inchoatae possessionis & praescriptionis. Unde infert quod si titulus inutilis fuerit ante completum tale praescriptionis tempus confirmatus, ea confirmatio retrotrahitur iustificatq; ac habilem reddit possessionem retro actam, quod & tenet secundum eundem Balbum Panormita. in cap. dudum. ii. col. de decimis, & in simili per Bar. in l. more, ff. de iurisd. omn. iudic. Necq; ad rem pertinuit secundum Balbum quod furiosi, qui nihil sciunt, l. in negotiis, ff. de reg. iur. & etiam infantes possint possessionem acquirere & praescribere Azon. in summa. C. pro emptore prope princ. Aret. in l. locus ad finem, ff. de acquir. possessio. l. sequitur §. i. ii. & iii. ff. de usucap. ergo videtur scientiam non requiri praescribentis, sed respondetur scientiam requiri vel ipsius praescribentis, vel eius tutoris aut curatoris aut procuratoris, ut per Azonem ubi supra, & per Balbum ibi, nam ideo furiosus per se neq; potest incipere possidere, neq; praescribere, licet possessionem ab alio eius nomine, vel a se ipso coeptam, ante

miento de él quien consigue la prescripción, más aún, que es necesario el que éste conozca que tiene legítimo título y causa de poseer, lo defienden Baldo y Salicet (1), como también Alejandro (2) y la glosa (3) que admiten comúnmente los doctores, según afirma Balbo (4), quien es de la misma opinión, como también Felino (5) y Dino (6); por lo que esta segunda parece doctrina más admitida.

Existe además otra tercera opinión, que defiende Francisco Balbo (7), fundado en el sentir de Angel (8), a saber, que no es necesario el conocimiento del título desde el principio de la posesión y prescripción, sino que es suficiente que tal conocimiento sobrevenga antes de terminarse la prescripción (ésto es, antes de que termine el tiempo necesario para la prescripción), porque entonces aquel conocimiento o sus efectos se retrotraerían al tiempo en que se empezó la posesión y prescripción. De donde infiere, que si un título inútil hubiera adquirido validez antes de que terminara de transcurrir el tiempo necesario para la prescripción, esta validez se retrotrae y justifica y hace apta para la prescripción la posesión antes retenida, doctrina que según el testimonio del mismo Balbo defiende también el Panormitano (9) y en parecido caso también Bartolo (10). Ni ofrece dificultad alguna, según Balbo, el que los furiosos, que nada saben (11), y hasta los niños recién nacidos pueden adquirir la posesión y la prescripción de ésta, según lo exponen Azón (12) y el Areino (13); luego no parece ser necesario

(1) En la ley 2.^a del Código, tít. *per quas pers. nobis acquir.*

(2) Comentando el texto de la ley *possessio*, §. *etsi possessio* en la palabra *scienti* del Digesto, tít. *de acquir. possession.* y en sus adiciones a Bartolo al comentar la ley *naturaliter*, colum. 5.^a, Digesto *de acq. posses.*

(3) Sobre la ley 1.^a del Código *de acq. pos.* en la palabra *interveniat*.

(4) *De praescript.* en la 1.^a parte de la 5.^a parte principal, cuest. 9.^a

(5) En el cap. *illud*, colum. 1.^a *de praescript.*

(6) En el cap. *sine possessione*, colum. 2.^a del Digesto *de regulis iuris*, libro 6.^o

(7) *Ubi supra.*

(8) En el citado §. *si sub conditione.*

(9) En el cap. *dudum*, colum. 2.^a *de decimis.*

(10) Comentando la ley *more* del Digesto *de iurisd. omn. iudicum.*

(11) Según la ley *in negotiis*, Digesto, tít. *de reg. iuris.*

(12) *In Summa*, Código *pro emptore* al principio.

(13) Comentando la ley *locus* al final, Digesto, tít. *de acq. possess.* y la ley *sequitur*, §. 1.^o, 2.^o y 3.^o, Digesto *de usucapione.*

furorem non impediatur post furorem continuare & sic praescribere, secundum Balbum & Azonem ubi supra.

Quid dicendum? & sane in principali opinione magis est ut tituli scientia necessaria non sit, nam si, ut supra disseruimus, acquisitio per usucapionem contingens similis est acquisitioni quae per alluvionem vel per ius accrescendi contingit, consequens fit, ut quemadmodum in duabus illis acquirendi speciebus scientia acquirentis necessaria non est, ita & in specie nostra, ut per usucapionem acquisitio contingat scientia usucapientis necessaria non sit, dummodo per talem ignorantiam non reddatur iniusta possessio.

2. Quid † enim si quis cellam vinariam vel granariam meam ingressus, inscio me, vinum suum in vasa vini mei, vel triticum suum tritico meo miscuit, idq; custodiae causa (quod non raro bellis sevientibus fieri solet) ita tamen ut grana possent dignosci, & separari, & vina quoque: quia non in iisdem vasibus infusa fuerant; ego tamen huius rei ignarus quidquid in tali cella erat bona fide visebam, & possidebam (ut homini diviti talis ignorantia facile contingit) & sane crediderim contingere triennalem usucapionem, & si omnino titulus nullus adesset, quia non possum non videri hanc rem (hoc est vinum aut triticum) possedissee, & sine ullo animi vitio possedissee, & sciebam me possidere quia ipsamet grana non raro videbam, & mea esse putabam, vel etiam ipsum vinum, in eo tantum errabam, quod ex meis forte agris illa processisse existimabam, cum aliunde re vera processissent, qui error nihil nocet, argument. l. i. §. si legatarius, cum ibi nota. per Glos. & Doctor. ff. ad legem Falcid. nec possem mihi persuadere illam possessionem veram non esse & ad usucapiendum sufficientem &

el conocimiento de quien consigue la prescripción. Pero a ésto se responde que se requiere el conocimiento o bien del mismo que consigue la prescripción, o bien de su tutor, o curador, o procurador, según responde Azón y Balbo en los lugares citados. Por esa razón no puede el furioso por sí mismo, ni dar principio a una posesión, ni obtener su prescripción, aun cuando nada impide el que la posesión, empezada por otro en su nombre o por él mismo antes de caer en locura, pueda continuarse después de sobrevenir ésta y por tanto prescribir, según lo afirman Balbo y Azón en el lugar citado.

¿Qué solución damos nosotros? Con respecto a la principal cuestión es más conforme a verdad, no ser necesario el conocimiento del título. Porque si, según arriba dejamos tratado, la adquisición que tiene lugar por medio de la usucapción, es semejante a la adquisición por medio de aluvión o por medio del derecho de acrecer, síguese que así como en estas dos últimas clases de adquisición no es necesario el conocimiento de quien adquiere, del mismo modo también en nuestro caso, para que tenga lugar la adquisición por medio de la usucapción, no es necesario el conocimiento de quien consigue la usucapción, siempre que por tal ignorancia no se convierta en injusta la posesión.

Porque ¿qué diríamos si habiendo entrado un individuo en una bodega o en un granero mío, depositó sus vinos en las vasijas del mío y mezcló su trigo con el mío, sin saberlo yo y con el fin de tenerlo a salvo (cosa que no raras veces sucede cuando estallan furiosas guerras) de tal modo, sin embargo, que fuera posible diferenciar y separar los granos, y del mismo modo los vinos, puesto que no habían sido mezclados en las mismas vasijas, yo, sin embargo, desconocedor de tal hecho (desconocimiento que fácilmente tiene lugar tratándose de un hombre rico) veía con frecuencia y poseía de buena fe, cuanto había en dicho lugar?; en este caso yo sería de parecer que tenía lugar la usucapción trienal, aun cuando no existiera en absoluto título alguno, porque no puede menos de admitirse que he poseído estas cosas (ésto es, el vino y el trigo) y que las he poseído con intención exenta de todo vicio y además tenía el conocimiento de tal posesión, porque con frecuencia veía dicho trigo y también dicho vino, creyendo que era de mi propiedad, existiendo

2.

in eo tantum, quaestio erit an verus dominus possidere desierit, cum duo in solidum eandem rem possidere nequeant, l. iii. §. ex contrario, ff. de acquiren. possession. l. fi ut certo. §. si duobus vehiculum. ff. commodat. l. quod contra. §. uni duo. ff. de regulis iuris. & magis est ut cum primum dominus cellae coepit animum habere possidendi ea grana, vel vina, tunc alter verus granorum, vel vinorum dominus etiamsi adhuc retinuerit animum possidendi, adhuc tamen non solum naturaliter, sed etiam civiliter possidere desierit, quia cum uterque tam dominus cellae, quam dominus granorum haberet animum possidendi, potior causa quoad possessionem esse debet domini cellae, qui possessionem naturalem habebat, quam domini illorum granorum qui naturali possessione carebat, sicq; civilis possessio illi naturali potius accedet, quam alteri parti ubi naturalis nulla erat, cum caetera essent paria, hoc est uterq; aequè animum iuste haberet possidendi, argum. l. si totam. ff. de acquir. haer. iunctis his quae notantur per Gloss. & Doctor. in l. qui ad nundinas, §. clam possidere, ff. de acquir. pos.

3. † Ergo ut mihi absenti, & ignorantī per recessum latentem, & sic per alluvionem acquiritur & acquiri potuit pars fundi alieni contigui mei iuxta d. §. praeterea, utq; pars collegatarii mei repudiantis mihi ignaro acquiritur ipso iure per ius accrescendi, ut docent Bart. & communiter Doctor. in l. re coniuncti, ff. de lega. iii. per d. l. si totam l. i. & ii. l. si solum. ff. de acquir. haer. §. ubi autem. C. de caduc. toll. §. si eadem, inst. de lega. utque ususfructus pars amissa mihi etiam ignorantī alteram ususfructus partem habenti ipso iure acquiritur, l. 1 in princ. §. 1, §. interdum ff. de usufruct. accres. utq; mihi proprietatem habenti,

error solamente en creer tal vez que tales frutos habían procedido de mis campos, siendo así que en realidad procedían de otros, error que en nada perjudica (1). Ni en modo alguno podría juzgar, no ser verdadera aquella posesión y suficiente para la usucapición, y solamente existiría esta duda, a saber, si el dueño verdadero había dejado de ser poseedor de aquella cosa, ya que no es posible que dos individuos posean solidariamente la misma cosa (2). Sino que es más conforme a verdad que desde el momento en que el dueño de aquel depósito comenzó a tener la intención de poseer aquellos granos y vinos, desde ese mismo, el otro que era verdadero dueño de tales granos y vinos, aun cuando retuviera todavía la intención de poseer, sin embargo perdiera, a pesar de ello, no sólo la posesión natural, sino también la civil. Porque conservando la intención de poseer tanto el dueño del local, cuanto el dueño del trigo, debe considerarse de más fuerza la causa del dueño del local que retenía la posesión natural, que la del dueño de aquellos granos que carecía de la posesión natural; y por consiguiente, la posesión civil más bien se unirá a la posesión natural, que a la otra parte en que no existía posesión natural, existiendo igualdad en lo demás, ésto es, teniendo ambos igual y justa intención de poseer (3).

Así, pues, del mismo modo que en mi ausencia y sin conocimiento mío es posible adquirir y realmente se adquiere parte de la finca ajena contigua a la mía por la insensible y paulatina disminución de aquélla por medio de aluvión (4), y así como de pleno derecho y aun ignorándolo adquiero por el derecho de acrecer la parte que ha repudiado un colegatario mío, según lo enseña Bartolo y comúnmente los doctores al comentar la ley *re coniuncti* (5), y así como de

3.

(1) Conforme a la ley 1.^a, §. *si legatarius* del Digesto, tít. *ad legem Falcidiam* con lo que sobre ella notan la glosa y los doctores.

(2) Según la ley 5.^a, §. *ex contrario* del Digesto, tít. *de acquirenda possessione*; la ley *si ut certo*, §. *si duobus vehiculum*, Digesto, tít. *commodati* y la ley *quod contra*, §. *uni duo* del Digesto, tít. *de regulis iuris*.

(3) Como lo prueba la ley *si totam*, Digesto *de acquir. haereditate*, juntamente con lo que notan la glosa y doctores al comentar la ley *qui ad nundinas*, §. *clam possidere* del Digesto, tít. *de acquir. possessione*.

(4) Conforme al citado §. *praeterea*.

(5) Del Digesto, tít. *de legatis*, lib. 5.^o Lo mismo consta por la ley *si totam*, por la ley 1.^a, 2.^a y por la ley *si solum* del Digesto *de acquirenda haereditate*:

acquiritur etiam ignoranti ususfructus amissus vel repudiat, ut per totum illum titulum, idemq; in aliis mille similibus speciebus, ut diximus de suc. prog. lib. iii. §. fin. nu... ita quoq; in specie nostra mihi etiam ignoranti ipso iure per lapsum temporis a lege ignati, acquiritur usucapione dominium eorum granorum sine ullo titulo, sed ex vi solius possessionis eiusq; iuris, cui accedit vel accedere videtur, per d. l. iii. ff. de usuc. cum simil. supra allegatis & vide dicta in iiii. capitibus praeced. ergo cum tenuerimus deficiente omnino titulo contingere posse usucapionem, consequens fit cum titulo invalido non minus, sed forte facilius procedere, argum. l. uni. in prin. C. de rei ux. actio.

4. † Id quod esse videtur contra legem. i. & l. pe. & l. fi. cum not. in dd. locis. ff. pro legato, nam si possidebam quod in testamento minus solemni sciebam mihi relictum, licet errore iuris tale testamentum minus solemne valere
5. ignorassem, non praescribam † ergo cum titulus ille invalidus non sufficiat ad praescribendum per d. l. i. l. pe. d. l. fi. cum similibus, longe minus sufficiet quando nec aderat validus nec invalidus. Solve, data paritate eorum terminorum, defectus tituli non minus, sed forte magis noceret quam eius minus solemnis interventus: unde si etiam in illo testamento minus solemni sciebam eam rem mihi legatam non fuisse & nihilo minus eam occupavi, longe minus eam praescribam, quam cum in eo mihi relicta fuerat, utroq; enim casu est animi mei vitium, priore quia scire debebam me alienum invito domino iniuria detinere (dominus enim vetare praesumitur l. qui vas, ff. de furtis) l. leges. C. de legib. c. ignorantia, de reg. iur. lib. vi. posteriore vero casu conspectius & apertius vitium

pleno derecho y aun sin yo saberlo, teniendo parte del usufructo adquiero también la otra parte del usufructo perdida por otro (1), y así como teniendo la propiedad adquiero, aun ignorándolo, el usufructo perdido o repudiado por otro, según consta por todo el expresado título, y lo mismo sucede en otros innumerables casos semejantes, según lo hemos expuesto en la obra *de successionum progressu* (2), así también en el caso presente, de pleno derecho, y aun ignorándolo yo, adquiero por la usucapión, una vez transcurrido el tiempo señalado por la ley, la propiedad de aquellos granos, sin título alguno, en virtud de la sola posesión y de dicha ley; lo mismo que parece corroborar la citada ley 4.^a del Digesto *de usucapione*, con otras semejantes arriba aducidas. Ten también presente lo dicho en los cuatro capítulos precedentes. Habiendo, pues, defendido, que aun faltando en absoluto título, puede tener lugar la usucapión, síguese que cuando el título es inválido, ésta podrá tener lugar no con menor, sino tal vez con mayor facilidad.

Pero esta solución parece ser contraria a varias leyes (3), porque si poseía lo que sabía haberme sido dejado en un testamento falto de formalidades legales, aun cuando desconociera que por error de derecho no era válido tal testamento falto de formalidades exteriores, no conseguiría la prescripción de aquella cosa; luego si aquel título inválido no era suficiente para la prescripción (4), mucho menos lo será cuando no exista título alguno, ni válido ni inválido. A esto responderás, admitida la igualdad de estos términos, que la falta de título sería no menos perjudicial, sino tal vez más que la existencia de un título falto de formalidades legales; por consiguiente, si sabía yo que no me habían legado aquella cosa en tal testamento falto de formalidades y sin embargo me apoderé de ella, mucho menos podré

4.

5.

por el §. *ubi autem* del Código, tít. *de caducis tallendis* y por el §. *si eadem*, Instituta *de legatis*.

(1) Conforme a la ley 1.^a en la introd. y en el §. 1.^o e *interdum* del Digesto, tít. *de usufructu accrescendo*.

(2) En el lib. 5.^o, §. final.

(3) A la ley 1.^a, penúltima y última del Código en el tít. *pro legato* junto con lo notado en tales lugares.

(4) Conforme a las leyes 1.^a, penúlt. y últ. citadas del tít. *pro legato*, con otras semejantes.

animi est, quia re vera alienum me possidere intellexi, & ex tali perfidia & malignitate mihi lucrum & usucapionis beneficium accedere incivile esset l. fin. C. de iureiu. l. fina. C. de fideic. sed tamen quando alienum re vera possidebam, quod tamen meum esse errore facti non supino aut intolerabili putavi (quale fuit in specie de granis vel vinis supra relata) tunc praescriptio contingit ut dixi: quibus adde l. fi. ff. pro suo, in verb. tolerabilis, & alia iura quae allegabimus infra c. lxxii. & c. lxxvii. ubi multis iuribus & rationibus disseremus ad usucapiendum titulum necessarium non esse, sed solam possessionem sine vitio qualis erat in specie proposita.

6. † Verum quia sine vitio regulariter possessio non contingit, nisi cum adest titulus, ideo passim leges dictitant titulum requiri ad praescribendum l. nullo. C. de rei vendica. l. unic. C. de usucap. transfor. in princ. inst. de usucap. cum simil. Verum, per alias leges res haec declarata reperitur ut tituli defectus non noceat quando adest iusta vel tolerabilis causa possidendi. Secundum quae si a non domino quem dominum esse credebam, rem custodiae aut depositi aut commodati causa accepi, deinde ille eam mihi in suo testamento solemni legavit, sine dubio praescribam, ut per totum tit. ff. pro lega. Idem si testamentum erat minus solemne, si tunc solemne fuisse mihi nuntiatum fuerat d. l. i. d. l. pen. d. l. fi. cum ibi not. ff. pro lega. Idem si neutrum interfuit, si tunc mihi nuntiatum fuerat in testamento solemni rem mihi relictam esse, nec defuit iusta causa nuntio fidem adhibendi, ut iam diximus & arg. d. l. fi. verb. tolerabilis. ff. pro suo, ergo contingere potuit praescriptio cum titulo legitimo hoc primo, vel etiam cum illegitimo, hoc secundo vel etiam

conseguir la prescripción que cuando en el mismo se me hubiera dejado. Porque en ambos casos es viciosa mi intención: en el primero porque estaba obligado a saber que injustamente retenía lo ajeno contra la voluntad del dueño (voluntad que en éste se presume contraria) (1), y en el segundo caso es aún más manifiesto y claro este vicio de intención, ya que tenía realmente conocimiento de hallarme en posesión de una cosa ajena, y sería injusto el que semejante perversidad y malicia nos proporcionara lucro o el beneficio de la usucapición (2). Mas con todo, cuando realmente me hallaba en posesión de una cosa ajena, que por error de hecho juzgaba ser mía, siempre que el error no fuera supino o intolerable (como no lo es en el caso de los vinos y granos arriba propuesto), en tal caso puede tener lugar la prescripción, según lo hemos sostenido arriba. Confirmase lo dicho con la ley final del Digesto, título *pro suo*, en la palabra *tolerabilis*, y con otras leyes que aduciremos más adelante en los capítulos 72 y 77, en donde defenderemos con numerosas leyes y razones no ser necesario para la usucapición título alguno, sino sólo la posesión libre de vicio, como existía en el caso que hemos propuesto.

Pero porque generalmente no tiene lugar la posesión sin vicio, sino cuando existe título, por eso afirman con frecuencia las leyes (3) ser necesario éste para la prescripción. Pero hallamos otras leyes que manifiestamente declaran este punto, a saber, que la falta de título no perjudica cuando existe justa o tolerable causa de poseer. Conforme a esto, si para su custodia o a título de depósito o de comodato recibí una cosa de quien no era dueño de ella, si bien yo le tenía por tal, y posteriormente por medio de solemne testamento me la legó, sin duda alguna podrá prescribir a mi favor, como se desprende de todo el título *pro legato* del Digesto. Lo mismo sucedería si el testamento careciera de formalidades legales, si a mí con todo me hubieran comunicado que se

(1) Conforme a la ley *qui vas* del Digesto, tít. *de furtis*; a la ley *leges* del Código, tít. *de legibus* y al cap. *ignorantia, de regulis iuris*, lib. 6.^o

(2) Según la ley final del Código, tít. *de iureiur.* y la ley final del tít. *de fideicom.* también del Código.

(3) Así la ley *nullo* del Código, tít. *de rei vindic.*; la ley única del tít. *de usucap. transform.* del Código y la introducción de la Instituta *de usucapione* con otras semejantes.

cum nullo omnino hoc tertio, dummodo desit animi vitium. Vitium autem animi adesse intelligo non solum quando adest malignitas, sed etiam quando adest inscitia intolerabilis d. l. fi. ff. pro suo cum simi. supra & infra c. lxxvii. allegatis.

7. † Ergo si rem, quam tuam esse putabam, nec eam depositi commodative causa abs te accepi, deinde eam mihi in tuo testamento reliquisti, & a tempore testamenti tempora praescribendi praeterierunt, nec unquam scivi eam rem mihi legatam esse, communiter Doct. supra relati negassent & abnegant contingere praescriptionem, sed contraria sententia quam nonnulli supra relati defendunt, longe verio rest, quia in sola possessione cessante animi vitio nititur usucapio, ut iam ostendimus; animi autem vitium cessare intelligitur, quoties quis detinet vel possidet rem ex domini voluntate d. l. si id quod, verb. quasi volente & concedente domina, ff. pro dereli. l. si vir. ff. pro dona. is autem ex domini voluntate rem detinebat, ergo & c.
8. Neq; † ad rem pertinet, quod ille detinere tantum eam rem, non etiam possidere videretur, quodq; possessio ad praescribendum requiratur d. l. iii. ff. de usucap. c. sine possessione, de reg. iur. lib. vi. nam respondeo quod ea naturalis detentatio simul ac accedit voluntas illius, qui rem disposuit vel commodavit, convertitur in ius legitimae possessionis, nam & in ius domini & possessionis (quod plus est) converti posset, argu. d. l. qua ratione. §. interdum, ff. de acq. rerum domi. §. interdum, inst. de rer. divi. nam & si ei qui depositam

ajustaba a ellas (1). Lo mismo también, aun cuando ninguna de ambas cosas hubiera tenido lugar, si a mí, sin embargo, me hubieran comunicado haberme legado aquella cosa en testamento solemne y siempre que existiera justo motivo para dar crédito a quien me lo comunicaba, conforme lo hemos ya expuesto (2). Ha podido, pues, tener lugar la prescripción con título legítimo, ésto en primer lugar; o también, en segundo lugar, con título ilegítimo, o finalmente, en tercer lugar, aun sin título alguno en absoluto, siempre que no exista intención viciosa. Considero existir intención o ánimo vicioso no sólomente cuando existe positivamente malicia, sino también cuando hay ignorancia intolerable (3).

Luego si recibí de ti no a título de depósito o de comodato, una cosa que yo juzgaba pertenecerte, y que posteriormente me dejaste en tu testamento, si desde el momento de este testamento frascurió el tiempo fijado para la prescripción, sin que jamás llegara yo a conocer que me habías legado dicha cosa, los doctores arriba citados hubieran comúnmente negado y niegan, en efecto, que tuviera lugar la prescripción; pero la opinión contraria, que defienden algunos autores, también citados anteriormente, es mucho más verdadera, puesto que la usucapión se basa en la sola posesión, libre de viciosa intención, como ya hemos demostrado. La viciosa intención se considera cesar, siempre que se retiene o se posee una cosa con beneplácito del dueño (4); ahora bien, éste, de quien tratamos, retenía la cosa con el beneplácito del dueño, luego..., etc.

Ni se opone a ésto el que tal sujeto parecería retener sólomente, no poseer aquella cosa, siendo así que para la prescripción se requiere la posesión (5). Porque responde-

7.

8.

(1) Según la ley 1.^a, penúl. y últ. del tít. *pro legato* del Digesto con lo en ellas notado.

(2) Pruébalo la ley final del Digesto en el tít. *pro suo* en la palabra *tolerabilis*.

(3) Conforme a la ley final del Digesto en el tít. *pro suo*, con otras semejantes aducidas arriba o que se citarán en el cap. 77.

(4) Conforme a la ley *si id quod*, en las palabras «como queriéndolo y concediéndolo la dueña», Digesto, tít. *pro derelicto* y a la ley *si vir*, Digesto, tít. *pro donato*.

(5) Según la ley 5.^a del Digesto en el tít. *de usucapione* y el cap. *sine possessione, de regulis iuris*, lib. 6.^o

vel commodatam rem meam habebat (hoc est, depsoiti aut commodati nomine eam a me definebat) eam ei ignaro legavi, statim ipso iure non solum dominium, sed etiam possessionis ius etiam inscius quaesivit ipso iure arg. dd. §§. interdum. Et quod dicitur vulgo nullam possessionem nisi corpore & animo acquiri non posse l. quemadmodum, cum simil. ff. de acquirenda possessio. id quidem regulare est, fallit tamen in eo qui habebat naturalem rei detentionem, is enim nova accedente causa, ut ipso iure dominium etiam ignarus acquirere potest, ita etiam & possessionem vel possessionis ius sine corpore & etiam sine animo acquirere non prohibetur arg. d. l. qua ratione. §. interdum, ff. de acq. rerum dominio & d. §. interdum, inst. de rerum divi. in quorum terminis ei qui nec civilem nec naturalem possessionem habebat, sed tantum nudam rei detentionem (ex causa depositi forte vel commodati) eandem rem vendidi, vel donavi, vel dotis titulo aliove, simili dedi, & ea iura cantant, statim eum dominium illius rei acquisisse, pro constantiq; illis iuribus habetur quasi indubitatum ius quoq; possessionis, ut nihil ei desit quaesitum videri ipso iure: nec dubium est illa iura idem quoque admisura esse, etiamsi ex causa ultimae voluntatis idem contingeret, puta quod dominus illam rem illi legasset illumve haeredem scripsisset, nam ex causa legati acquireret statim & dominium & possessionis ius ipso iure etiam ignarus arg. l. cum pater. §. surdo, ff. de lega. ii. l. a Titio. ff. de fur. l. si tibi hom. §. cum servus. ff. de lega. i. cum ibi not. per Glo. Bar. Alex. & alios, & ex causa institutionis adeundo haereditatem, ut in reliquis rebus haereditariis solum dominium non etiam possessionem acquireret. l. cum

mos a esta dificultad, que aquella retención natural del objeto, tan pronto como se le añadió la voluntad de aquel que la había entregado en depósito o en comodato, se transforma en derecho de legítima posesión, en lo que no hay dificultad ya que puede trasformarse (lo que es aún más) en derecho de propiedad y posesión (1). Porque si una persona tenía una cosa mía como en depósito o prestada (ésto es, que la había recibido de mí a título de depósito o de comodato), y posteriormente, sin que él se enterara, se la hubiera legado, al punto adquiriría de pleno derecho, aun desconociéndolo él, no sólomente el derecho de propiedad, sino también el de posesión (2). Y lo que vulgarmente se dice que no se puede adquirir posesión alguna sino tomando la cosa con intención de poseerla (3), así sucede generalmente, si bien no tiene cumplimiento tratándose de quien tenía ya la retención natural de la cosa, pues éste al intervenir una nueva causa, como puede adquirir de pleno derecho y aun sin saberlo, la propiedad de la misma, así también nada impide el que pueda adquirir la posesión o el derecho de posesión sin que tome la cosa y aun sin intención de poseerla, según las leyes abajo citadas (4), por cuyos términos aparece que, si a una persona que no tenía ni la posesión civil ni la natural de una cosa mía, sino sólomente la simple retención de la misma (a título, por ejemplo, de depósito o de comodato), si posteriormente le vendí esa misma cosa o le hice de ella donación, o se la di a título de dote o de otro semejante, dichas leyes declaran, que ha adquirido al punto la propiedad de aquella cosa, y los mismos unánimemente consideran también como indudable el derecho de posesión, de suerte que se considera no faltarle nada por adquirir y ésto de pleno derecho. Ni cabe dudar que dichas leyes admitirían lo mismo, si ésto hubiera tenido lugar en virtud de última voluntad, porque, por ejemplo, el dueño le hubiera legado aquella cosa o le hubiera

(1) Pruébalo la ley *qua ratione*, §. *interdum* del Digesto de *acquir. rer. dominio* y el §. *interdum* de la Instituta de *rerum divisione*.

(2) Así lo prueban los citados §§. *interdum*.

(3) Conforme consta por la ley *quemadmodum* del Digesto. tít. de *acquir. posses.* y por otras semejantes.

(4) Así lo prueba la citada ley *qua ratione*, §. *interdum*, Digesto, tít. de *acquir. rerum dominio* y el §. *interdum* de la Instituta de *rerum divisione*.

haeredes, in prin. ff. de acq. possess. ita in ea re, quam antea detinebat, non solum ius proprietatis sed etiam possessionis acquireret: arg. dd. §§. interdum. Ex quibus apparet hac in re adesse legis tam potestatem quam voluntatem, de potestate apparet a fortiori in l. fi. C. de sacr. eccles. iuncta. l. quod meo, in prin. ff. de acq. poss. de voluntate apparet arg. d. §. interdum, inst. de rerum divi. & d. l. qua ratione. §. interdum. ff. de acq. rerum dominio.

9. Ex † superioribus colligitur declaratio ad tex. in l. cum haeredes, in prin. ff. de acq. possessio. ut licet regulariter aditione haereditatis solum dominium, non etiam possessionem haeres acquirat, ut ibi, tamen earum rerum etiam possessionem acquireret quarum nudam detentionem habebat, puta quod ex causa forte depositi vel commodati eas teneret, ut sic cum primum ille haereditatem adierit, illa continuo nuda illarum rerum detentatio in civilem & naturalem possessionem convertatur ipso iure, arg. d. l. qua ratione. §. interdum. ff. de acqui. rerum domi. & d. §. interdum, inst. de rerum divi.

10. Unde † subinfertur notabilis declaratio ad. d. l. quemadmodum, ut solo animo hoc casu citra ullius actus corporei interventum possessio acquiratur.

11. Colligitur † etiam egregia declaratio ad l. a Titio. ff. de fur. l. cum pater. §. surdo. ff. de leg. ii. l. si tibi homo. §. cum servus. l. legatarius. §. fi. ff. de leg. i. ut si ei, qui

instituido heredero; pues en caso de legado adquiriría al punto de pleno derecho y aun ignorándolo, tanto la propiedad cuanto el derecho de posesión, según consta por varias leyes (1); y en el caso de haber sido instituido heredero para adir la herencia, sólomente adquiriría como en los restantes bienes hereditarios, la propiedad, pero no la posesión (2); pero tratándose de una cosa que ya antes retenía, adquiriría no sólo el derecho de propiedad, sino también el de posesión (3). Por lo dicho, es manifiesto coincidir en esta materia tanto la potestad cuanto la voluntad de la ley. En cuanto a la potestad de la ley, puede probarse *a fortiori* por la ley final del Código en el título de *sacrosanctis ecclesiis* (4), y en cuanto a la voluntad, aparece claramente por los citados §. §. *interdum* (5).

De lo anteriormente expuesto deducimos una declaración para el texto de la ley *cum haeredes* (6), a saber, que aunque ordinariamente por la adición de la herencia sólo adquiriera el heredero la propiedad, pero no la posesión, como en tal ley aparece, sin embargo adquirirá también la posesión de aquellas cosas que simplemente retenía, porque, por ejemplo, las había recibido a título de depósito o de comodato; de suerte que no bien tal heredero haya adquirido la herencia, al punto aquella mera retención de las cosas, se convierte de pleno derecho en posesión civil y natural (7).

De esto último despréndese a su vez una notable declaración de la ley *quemadmodum*, a saber, que en el caso que en ella consta, se adquiere la posesión con sola la intención, sin intervención de otro acto alguno corporal.

Síguese también una notable declaración a otras varias

9.

10.

11.

(1) Tales son: *cum pater*, §. *surdo*, Digesto de *legatis*, lib. 2.º; la ley a *Titio*, Digesto de *furtis*; la ley *si tibi homo*, §. *cum servus*, Digesto de *legatis*, lib. 1.º, con lo que sobre ella nota la glosa, Bartolo, Alejandro y otros autores.

(2) Conforme a la ley *cum haeredes*, en la introducción, Digesto, tít. de *acquirenda posses.*

(3) Como lo prueban los citados §§. *interdum*.

(4) Como también por la ley *quod meo*, en la introd. Digesto, tít. de *acquirenda possessione*.

(5) De la Instituta de *rerum divisione* y del Digesto en la ley *qua ratione*, tít. de *acq. rerum. dom.*

(6) Digesto, tít. de *acquirenda possessione*, en la introducción.

(7) Conforme a la ley *qua ratione*, §. *interdum* del Digesto de *acq. rerum dominio* y al §. *interdum* de la Instituta de *rerum divis.*

rei meae naturalem ex causa forte depositi vel commodati habebat detentionem, eam rem legavi, tunc is etiam ignarus non solum dominium, sed etiam civilem & naturalem possessionem quaesisse videatur, licet nullus interfuerit animus aut etiam actus corporeus, argu. dd. §§. interdum.

Postremo alia multa ad tituli materiam spectantia videbis infra c. lxxvii. nu. 7. usque ad finem & c. lxxviii. per totum & c. lxxix. per totum & c. lxxxi. per totum & lxxxiii. nu. 23. cum seq. & c. lxxxiii. per totum & c. lxxxvii. per totum.

Postremo multa ad titulum spectantia diseruimus, supra. i. & ii. parte & infra par. iii. c. lxxviii. & in. v. parte fere per totam unde, quae hic desunt, petenda sunt.

leyes (1); a saber, que si yo hubiera legado una cosa mía a quien la retenía ya corporalmente, tal vez a título de pósito o de comodato, en tal caso se consideraría haber adquirido, aun ignorándolo él, no sólo la propiedad, sino también la posesión civil y natural, aun cuando no hubiera intervenido intención alguna, ni tampo acto alguno corporal (2).

Finalmente, en ulteriores capítulos de esta obra podrás ver más copiosa doctrina referente a la materia del *título* (3). Sobre la cual hemos tratado también extensamente arriba en la 1.^a y 2.^a parte. A estos lugares, pues, has de ir a buscar lo que aquí dejamos de tratar.

(1) Son éstas: la ley *a Titio*, Digesto, *tít. de furtis*; la ley *cum Pater*, §. *surdo*, Digesto *de legatis*, lib. 2.^o; la ley *si tibi homo*, §. *eum servus* y la ley *legatarius*, §. final, Digesto, *tít. de legatis*, lib. 1.^o

(2) Conforme a los citados §§. *interdum*.

(3) Trata del título en el cap. 77 desde el núm. 7 hasta el fin; en todo el cap. 78, 79 y 81 de la parte 4.^a; así como en casi todos los capítulos de la 5.^a parte, en especial en el cap. 85, núm. 25 y siguientes y en todo el cap. 84 y 87.

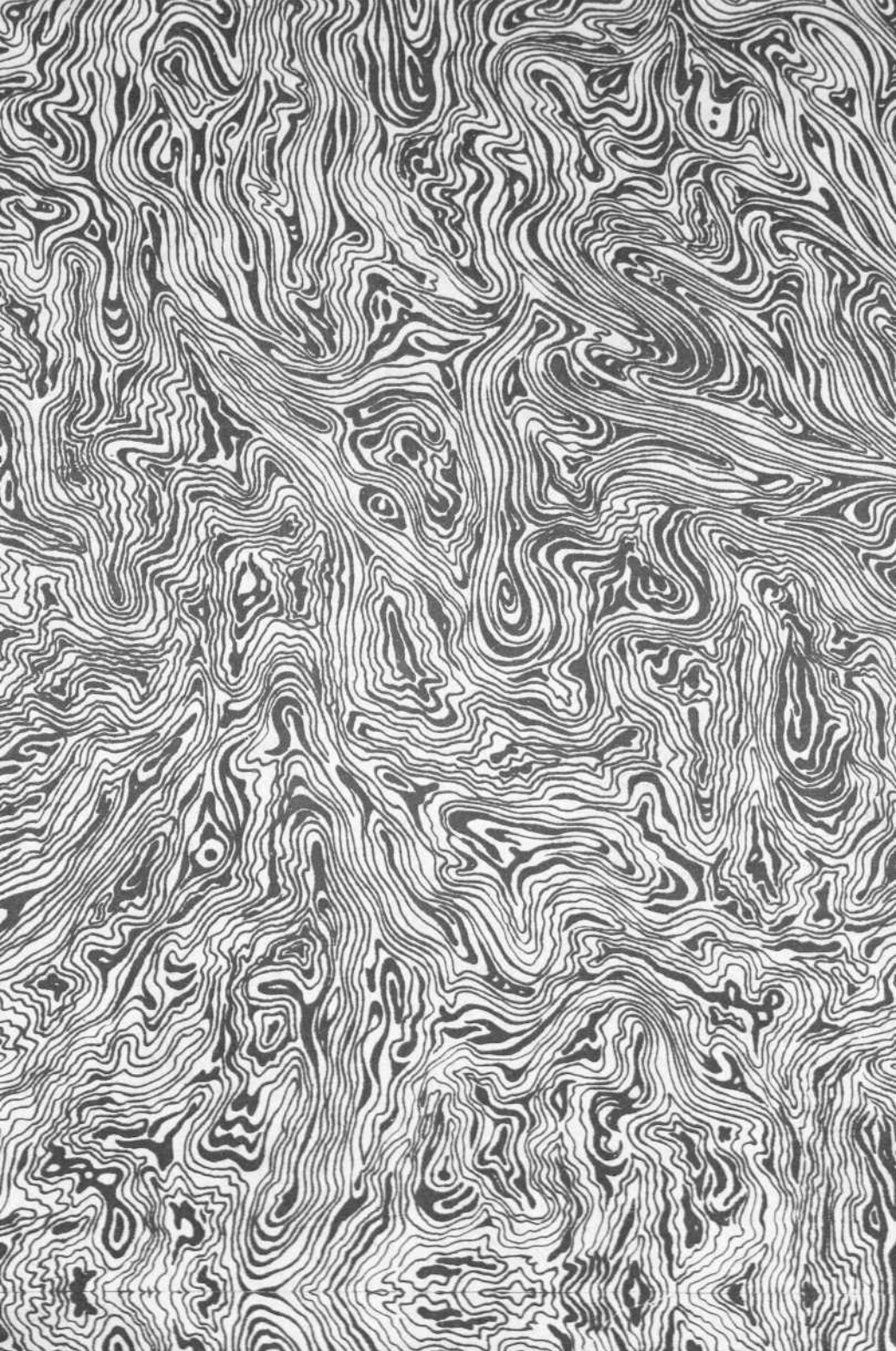
ÍNDICE DEL VOLUMEN TERCERO

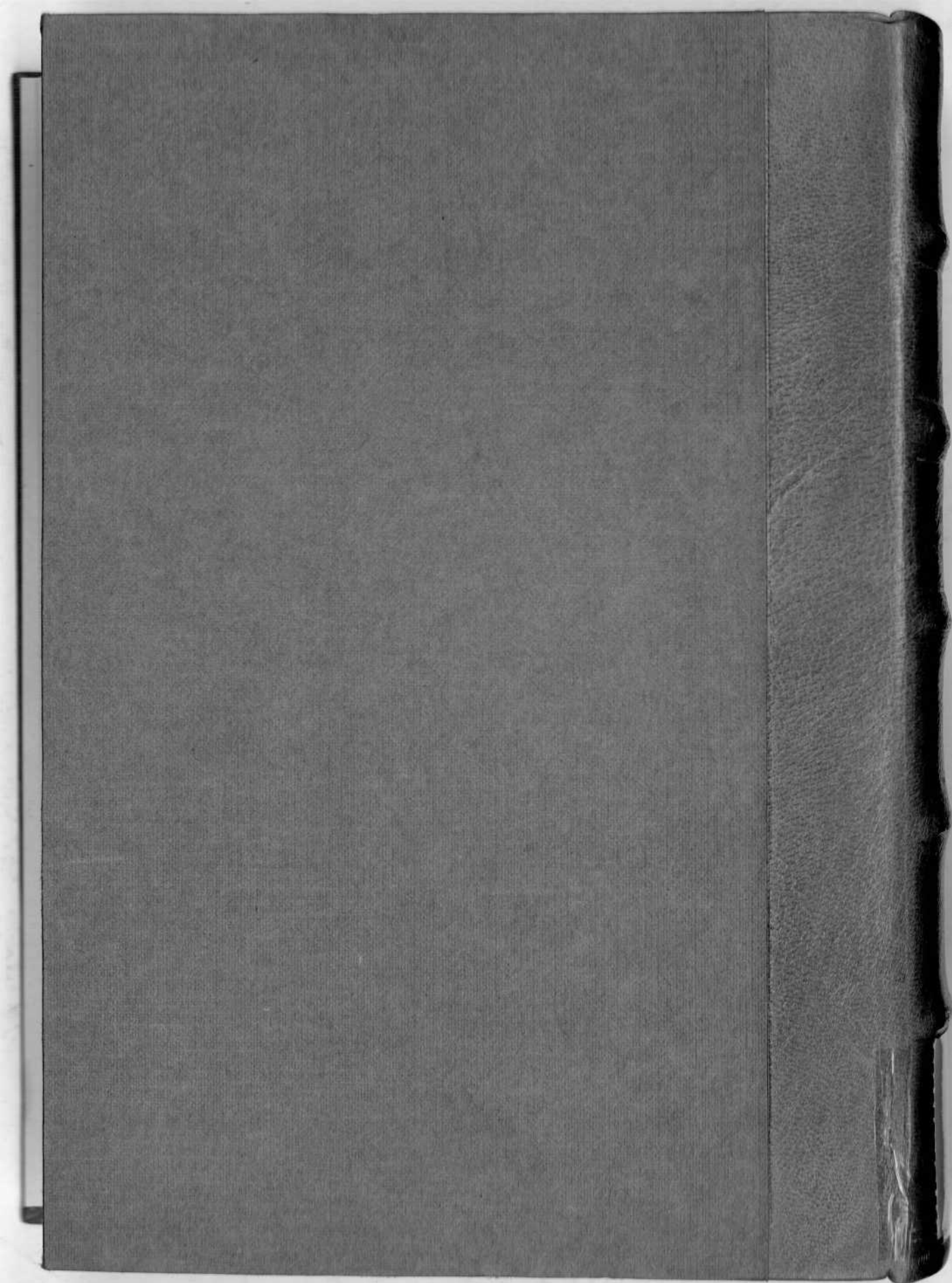
	Págs.
Capítulo XLII.—Trata sobre si el pueblo puede vender los cargos públicos.	7
Capítulo XLIII.—Continúa la misma materia de la venta de los cargos públicos.	16
Capítulo XLIV.—Del poder de las leyes antes de ser publicadas.	35
Capítulo XLV.—Del poder de las leyes con respecto al príncipe.	46
Capítulo XLVI.—De la interpretación y cambio de leyes.	59
Capítulo XLVII.—Del derecho de dar leyes.	72
Capítulo XLVIII.—Trata acerca de los lupanares y de las meretrices.	82
Capítulo XLIX.—Del duelo.	111
Capítulo L.—Acerca de las leyes inútiles.	126

LIBRO SEGUNDO

Capítulo LI.—Trata sobre las prescripciones.	134
Capítulo LII.—De la justicia y derecho de la prescripción.	181
Capítulo LIII.—Trata acerca de la prescripción de las acciones.	194
Capítulo LIV.—De la prescripción de la propiedad.	209
Capítulo LV.—Sobre la prescripción de las penas.	221
Capítulo LVI.—Sobre la excepción de la prescripción.	238
Capítulo LVII.—Trata de la posesión.	251
Capítulo LVIII.—De la posesión no interrumpida.	274
Capítulo LIX.—Sobre la tradición.	284
Capítulo LX.—Trata acerca de las personas ausentes, presentes e impedidas para entablar acción.	289
Capítulo LXI.—Acerca del título necesario para la prescripción.	299
Capítulo LXII.—Efectos que produce una tributación pagada durante largo tiempo.	315
Capítulo LXIII.—Efectos que produce el largo trascurso de tiempo.	327
Capítulo LXIV.—De la ciencia y paciencia durante largo tiempo.	337
Capítulo LXV.—Sobre la presunción de título y la posesión por dilatado trascurso de tiempo.	368
Capítulo LXVI.—¿Tiene lugar la prescripción tratándose de la división de bienes hereditarios?	388
Capítulo LXVII.—Del título suficiente para la prescripción.	395
Capítulo LXVIII.—Continúa la misma materia acerca del título suficiente para la prescripción.	402
Capítulo LXIX.—Trata del título ignorado y del ilegítimo.	407









VAZQUEZ
DE
MENCHACA

CONTROVERSIAS
FUNDAMENTALES



III

G 22208